

REVISTA DO

IBRAC

11 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 11 número 1
2004

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



São Paulo
Volume 11 número 1 - 2004
ISSN 1517-1957

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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

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

Periodicidade: 6 números em 2002

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

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

BANCA EXAMINADORA	08
REGULAMENTO	10

GRADUAÇÃO

1º COLOCADO: O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados <i>Thomas Fujiwara</i>	17
2º COLOCADO: Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo TRIPS-OMC: implicações concorrenciais <i>Paulo Eduardo Lilla</i>	33
3º COLOCADO: A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência <i>Ana Paula Martinez</i>	67
4º COLOCADO: Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel <i>Paulo Leonardo Casagrande</i>	101

PÓS-GRADUAÇÃO

1º COLOCADO: Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste <i>Léia Baeta Cavalcante</i>	129
2º COLOCADO: O setor postal brasileiro: regulação para competição? <i>Maria Neuesshwander Escosteguy Carneiro</i>	155
3º COLOCADO: A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva <i>Maria Beatriz Martinez</i>	179
4º COLOCADO: Da importância do controle conjunto de concentrações entre Brasil e Argentina: um fator de segurança a serviço do Mercosul <i>Viviane de Freitas Pereira</i>	207

ÍNDICE

GRADUAÇÃO

1º COLOCADO: O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados

<i>Thomas Fujiwara</i>	17
I. Introdução	17
II. A visão tradicional	18
III. O modelo de Whinston (1990)	20
IV. Um jogo de vendas casadas e saída/permanência no mercado	23
V. Uma crítica ao modelo de Whinston (1990)	28
VI. Conclusão	30
VII. Referências Bibliográficas	31

2º COLOCADO: Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo TRIPS-OMC: implicações concorrenciais

<i>Paulo Eduardo Lilla</i>	33
1. Introdução	33
2. Propriedade intelectual, patentes e concorrência no cenário econômico mundial ...	35
2.1. <i>A interação entre direito da concorrência e direitos de propriedade intelectual</i>	35
2.2. <i>Os impactos do acordo TRIPS no cenário econômico mundial</i>	39
2.3. <i>Estrutura do acordo TRIPS e as regras de patentes</i>	41
3. Os contrastes entre o acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e as patentes farmacêuticas	44
3.1. <i>A importância das patentes para a indústria farmacêutica</i>	44
3.2. <i>A problemática do acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento</i>	47
3.3. <i>O papel dos medicamentos genéricos</i>	48
4. Abuso do poder econômico pelo uso abusivo de patentes farmacêuticas e salvaguardas no TRIPS	50
4.1. <i>Abuso do poder econômico e patentes farmacêuticas</i>	50
4.2. <i>Salvaguardas no acordo TRIPS</i>	52
5. Os conflitos internacionais e a solução buscada em Doha	58
5.1. <i>Os conflitos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento</i>	58
5.2. <i>A conferência de Doha e a declaração sobre TRIPS e saúde pública</i>	59
6. Considerações finais	61
Bibliografia	63

3º COLOCADO: A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência	
<i>Ana Paula Martinez</i>	67
1. Introdução	67
2. Sistemas executores das políticas de defesa da concorrência e do consumidor	68
2.1 <i>O Sistema brasileiro de defesa da concorrência</i>	68
2.2 <i>O Sistema nacional de defesa do consumidor</i>	69
3. O consumidor como destinatário econômico final das normas concorrenciais	70
4. Proteção jurídica mediata ou imediata dos consumidores pelas normas concorrenciais	73
5. Disposições da Lei nº 8.884/94 que se referem expressamente aos consumidores ..	79
6. Grupos de Regras do CDC que podem interferir nas relações concorrenciais	80
7. A consideração conjunta dos princípios de defesa da livre concorrência e do consumidor na implementação de políticas públicas	84
8. Condutas anticoncorrenciais prejudiciais aos consumidores em âmbito mundial e necessidade de cooperação internacional entre autoridades	88
9. Conclusão	95
Bibliografia	96
4º COLOCADO: Controle estrutural no setor de telecomunicações: regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel	
<i>Paulo Leonardo Casagrande</i>	101
1. Introdução	101
2. Aspectos gerais dos serviços de telecomunicações	102
3. Regulação do setor de telecomunicações - regras setoriais sobre concentração econômica	104
3.1 <i>Reforma no setor de telecomunicações</i>	104
3.2 <i>Regulação concorrencial do setor de telecomunicações</i>	106
4. Aspectos institucionais do controle concorrencial no setor de telecomunicações..	114
5. Identificação do poder de mercado - definição de mercado relevante	117
5.1 <i>Delimitação do mercado relevante de serviços</i>	119
5.2 <i>Delimitação do âmbito geográfico do mercado relevante</i>	121
6. Concentração no setor de telecomunicações - o fenômeno da “consolidação”	122
7. Conclusão	123
Bibliografia	124
PÓS- GRADUAÇÃO	
1º COLOCADO: Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste	
<i>Léia Baeta Cavalcante</i>	129

Introdução	129
1. Apresentando o poder do comprador (buyer power)	131
1.1. Poder de compra do varejo: definição e ambiente propício para sua ocorrência	131
1.2. Poder de compra e poder de venda do varejo	132
1.3. Poder do comprador, poder do vendedor e a definição de mercado relevante	134
1.4. Formas de se exercer o buyer power: para além da imposição de preços	136
1.5. O buyer power colocado na balança	137
2. Análise antitruste do buyer power	139
2.1. O buyer power e as práticas restritivas verticais	139
2.2. Instrumentais de investigação antitruste: a regra da razão e a regra per se	140
2.3. Análise antitruste, lei 8.884/94 e as condutas de buyer power	142
2.4. Aspectos gerais a serem observados na análise antitruste do buyer power	143
3. Alguns aspectos da experiência internacional relacionados ao buyer power	144
3.1. O buyer power, a posição dominante presumida e as legislações específicas	144
3.2. Alternativa britânica: o código de prática dos supermercados em suas relações com os fornecedores	146
3.3. O buyer power e as fusões e aquisições no setor supermercadista: o caso Kesko-Tuko	148
Conclusão	150
Referências bibliográficas	151
2º COLOCADO: O setor postal brasileiro: regulação para competição?	
<i>Maria Neuesshwander Escosteguy Carneiro</i>	155
1. Introdução. O Estado e o ordenamento econômico – os serviços públicos explorados empresarialmente	155
2. O setor postal no Brasil	161
2.1. Um breve histórico: origem e estrutura no Brasil	161
2.2. Criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT	163
3. Inovações comerciais e industriais nos serviços postais	167
4. Mudanças institucionais necessárias – Exame da possibilidade constitucional da transformação do monopólio	170
5. Conclusão	178

3º COLOCADO: A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva

<i>Maria Beatriz Martínez</i>	179
1. Introdução	179
2. Acordos Bilaterais	180
2.1. <i>Tipos de acordos bilaterais: acordos de primeira e segunda geração</i>	180
3. Princípio da cortesia tradicional ou negativa e princípio da cortesia positiva	183
3.1. <i>Acordos de cortesia tradicional ou cortesia negativa</i>	184
3.2. <i>Acordos de cortesia positiva</i>	185
4. Exemplos de acordos de cooperação bilateral e aplicação do princípio da cortesia positiva	193
4.1. <i>Comunidade Européia/EUA</i>	194
4.2. <i>Austrália/Nova Zelândia</i>	198
4.3. <i>Brasil/EUA</i>	199
5. Conclusão	201
Bibliografia	202

4º COLOCADO: Da importância do controle conjunto de concentrações entre Brasil e Argentina: um fator de segurança a serviço do Mercosul

<i>Viviane de Freitas Pereira</i>	207
I. Introdução	207
II. As legislações nacionais em questão	209
2.1 <i>O tratamento dispensado pela legislação brasileira</i>	209
2.2 <i>A defesa da concorrência no ordenamento jurídico argentino</i>	215
III. A escassez legislativa no Mercosul	216
3.1 <i>Uma visão da concorrência pelo Mercosul</i>	217
3.2 <i>O controle conjunto como um passo à frente para o Mercosul</i>	223
IV. Uma análise da importância do controle conjunto: uma proposta de segurança jurídica	224
4.1 <i>O balcão único na União Européia: uma ilustração</i>	224
4.2 <i>A extraterritorialidade: elemento fundamental para a questão</i>	226
V. Conclusão	227
VI. Bibliografia	228
Índice geral das matérias publicadas na Revista do Ibrac	231

PRÊMIO IBRAC/ESSO 2003

BANCA EXAMINADORA 2003

Ubiratan Mattos - Advogado, Presidente do IBRAC

Arthur Barrionuevo - Economista, Professor da Fundação Getúlio Vargas- SP

Carlos Eduardo Monte Alegre Toro - Advogado, Diretor da Revista do Ibrac

Cleveland Prates Teixeira - Economista, Conselheiro do CADE

Fábio Nusdeo - Advogado, Prof. Titular da Faculdade de Direito da USP

Fernando Marques - Advogado, Conselheiro do CADE

Marcelo Calliari - Advogado, ex-Conselheiro do CADE

Ruy Santacruz - Economista, ex-Conselheiro do CADE, Prof. da UERJ

INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

1. Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
2. Faculdade Cândido Mendes - RJ
3. Faculdade de Direito de Campos - RJ
4. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade - FEA/USP
5. FADUSP - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
6. Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP
7. Fundação Getúlio Vargas - Brasília
8. Fundação Getúlio Vargas - SP
9. IBMEC Business School/RJ
10. PUC- RJ
11. PUC- SP
12. Univerdade Estadual de Campinas - UNICAMP / Instituto de Economia - IE
13. Universidade Autônoma de Barcelona / Faculdade de Direito /
Departamento de Ciência Política e Direito Público
14. Universidade Católica de Pernambuco
15. Universidade de Brasília - UnB
16. Universidade Federal de Minas Gerais
17. Universidade Federal de Santa Catarina

18. Universidade Federal de Santa Maria/RS
19. Universidade Federal do Paraná
20. Universidade Federal do Rio Grande do Norte
21. Universidade Presbiteriana Mackenzie
22. Unopar - Universidade Norte do Paraná
23. Universidade de São Paulo

MONOGRAFIAS APRESENTADAS

Graduação: 17

Pós-Graduação: 26

Total : 43

CERIMÔNIA DE ENTREGA DO PRÊMIO

Data: 28/11/2003

Local: Grande Hotel Campos do Jordão - São Paulo

Representante da ESSO: Bruno José de Sabóia Bandeira de Mello

Representante do IBRAC: Ubiratan Mattos

Mesa Diretora:

João Grandino Rodas - Presidente do CADE

Barbara Rosenberg - Diretora do DPDE/SDE

Cleveland Prates Teixeira - Conselheiro do CADE

Fernando Marques - Conselheiro do CADE

Luiz Fernando Rigatto Vasconcellos - Secretário Adjunto da SEAE

Marcelo Calliari - Advogado

**REGULAMENTO DO IV CONCURSO NACIONAL DE
MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**
PRÊMIO IBRAC - ESSO DE MONOGRAFIA

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

REGULAMENTO

1. DA INSCRIÇÃO

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

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

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

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

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

1.6 Período de inscrição: Até 10/10/2003. No caso de inscrição via postal, considerar-se-á a data de postagem.

2. DA PREMIAÇÃO

2.1 Dos prêmios:

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

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

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

2.3 Da entrega dos prêmios: Será feita durante o IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a se realizar em Novembro/2003, com a participação dos primeiros colocados, que terão dispensada a taxa de inscrição.

3. DA COMISSÃO JULGADORA

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

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

3.3 A divulgação dos resultados será feita até o dia 21/11/2003, podendo esta data ser prorrogada a critério da Comissão Julgadora.

4. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

4.1 As avaliações da Comissão Julgadora são irrecorríveis.

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

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

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

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

CLASSIFICAÇÃO - GRADUAÇÃO

1º COLOCADO

Nome: Thomas Fujiwara

Monografia: O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados

Curso: Economia

Instituição: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade - FEA/USP

2º COLOCADO

Nome: Paulo Eduardo de Campos Lilla

Monografia: Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais

Curso: Direito

Instituição: Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP

3º COLOCADO

Nome: Ana Paula Martinez

Monografia: A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

4.º COLOCADO

Nome: Paulo Leonardo Casagrande

Monografia: Controle estrutural no setor de telecomunicações - regulação setorial e direito concorrencial nos serviços de telefonia fixa e móvel

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CLASSIFICAÇÃO – PÓS-GRADUAÇÃO

1º COLOCADO

Nome: Léia Baeta Cavalcante

Monografia: Poder de compra do varejo supermercadista: uma abordagem antitruste

Curso: Direito

Instituição: MBA em Direito Econômico e das Empresas Fundação Getúlio Vargas - Núcleo Brasília

2º COLOCADO

Nome: Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro

Monografia: O setor postal brasileiro: regulação para competição?

Curso: Direito

Instituição: Pós-Graduação em Direito Empresarial L.LM1 IBMEC Business Schooll/RJ

3º COLOCADO

Nome: Maria Beatriz Martinez

Monografia: A cooperação internacional na defesa da concorrência. Acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

4º COLOCADO

Nome: Viviane de Freitas Pereira de Oliveira

Monografia: Da importância do controle conjunto de concentrações entre Brasil e Argentina: um fator de segurança jurídica a serviço do Mercosul

Curso: Direito

Instituição: Universidade Federal de Santa Maria/RS Mestrado em Integração Latino Americana

GRADUAÇÃO

O USO ESTRATÉGICO DE VENDAS CASADAS DE BENS NÃO COMPLEMENTARES PARA MONOPOLIZAR MERCADOS

*Thomas Fujiwara*¹

I. Introdução

Existe praticamente consenso, na jurisprudência de defesa da concorrência brasileira e internacional, que os efeitos anticompetitivos da prática de vendas casadas estão ligados à discriminação de preços ou o aumento de barreiras à entrada. Por outro lado, a prática pode estar ligada a efeitos pró-competitivos como a diminuição de custos de transação e a defesa da reputação de uma firma ou produto.

Além disto, a preocupação do antitruste com as vendas casadas está centrada no caso em que produtos complementares são vendidos em conjunto. Isto decorre do fato de vendas casadas de produtos complementares serem mais comuns do que as vendas casadas de produtos que não são demandados conjuntamente.

Entretanto, é possível encontrar teses na literatura econômica que relacionam vendas casadas de produtos que não são complementares e ganhos de poder de mercado. Além disto, estes ganhos ocorreriam através da própria alteração na interação estratégica entre firmas, e não através de mudanças nas condições de entrada em um mercado.

Estas obras, contudo, nem sempre têm o intuito de apresentar aplicações diretas nas práticas de defesa da concorrência.² Tentando suprir uma pequena parcela desta lacuna entre teoria e prática antitruste, este trabalho trata de estabelecer quais são as condições necessárias para uma firma racional maximizadora de lucros fazer uso de vendas casadas de bens não complementares com o intuito de monopolizar um mercado.

Para isto, será utilizado um dos modelos propostos em Whinston (1990), obra que iniciou recente literatura sobre vendas casadas e exclusão de firmas rivais. A análise crítica do mesmo modelo procura mostrar que as

¹ Economista e mestrando em economia pela FEA-USP. O autor agradece a Prof^a Elizabeth Farina, pela orientação da monografia de graduação que serviu como base para a discussão aqui apresentada, e Renata L. Falanque, pela competente revisão do trabalho. Erros e omissões são de inteira responsabilidade do autor.

² Por outro lado, a literatura de vendas casadas de bens complementares guarda estrita relação com a jurisprudência. Neste sentido, cumpre notar que o “caso Microsoft” nos EUA levou a produção de inúmeras teorias sobre vendas casadas de bens complementares e “sistemas”.

condições necessárias baseadas no modelo proposto por Whinston (1990) não são inteiramente adequadas no caso em que não há comprometimento prévio da firma com a prática de vendas casadas. Isto ocorre pelo fato do modelo em questão não considerar todas possibilidades de conduta das firmas. Assim sendo, uma alteração na lista de condições necessárias é sugerida.

O trabalho está dividido da seguinte forma: a Seção II apresenta a visão tradicional, relacionada à Escola de Chicago³, sobre vendas casadas de bens não complementares. A seção III apresenta a base do modelo de Whinston (1990). A Seção IV faz uma releitura do modelo, utilizando um outro instrumental que possibilita estabelecer as condições necessárias para ocorrer o uso de vendas casadas para monopolizar mercados. A Seção V coloca uma crítica ao modelo de Whinston (1990) e sugere um reestabelecimento das condições necessárias levando em consideração as mudanças que esta crítica acarreta no modelo. A Seção VI conclui o trabalho.

II. A visão tradicional

Conforme aponta Viscusi *et alli* (1995), as primeiras décadas da jurisprudência norte-americana envolvendo vendas casadas foram marcadas por condenações baseadas na tese de que a conduta serviria para uma firma monopolista poder alavancar seu poder de mercado para outro. Entretanto, a partir da década de 1950 a teoria da alavancagem sofreu duras críticas da Escola de Chicago, que resultou em uma inversão na jurisprudência, que começou a relacionar a conduta com baixos riscos anticompetitivos. Esta seção apresentará a crítica da Escola de Chicago à teoria da alavancagem envolvendo produtos não complementares, originalmente proveniente de Bowman (1957), e reforçada por Posner (1976) e Bork (1978).

A argumentação de Bowman (1957), apresentada abaixo, procura mostrar que a prática de vendas casadas resulta em prejuízos para a firma monopolista.

No modelo em questão, uma firma com poder de mercado sobre o produto A e que também atue no mercado competitivo do produto B tem duas opções alternativas: vender os dois bens de forma casada pelo preço P ou vender separadamente o produto A pelo preço $P - C_B$ e o produto B por C_B . Sendo C_B o custo marginal de produção do produto B.

³ “Escola de Chicago” é um termo cunhado para denominar a corrente de pensamento formada principalmente por professores da University of Chicago, que criticaram a tradicional teoria antitruste e tiveram como principal bandeira defesa da utilização de critérios baseados em ganhos de eficiência econômica nas decisões antitruste.

Também é possível dividir os consumidores deste mercado em dois tipos: aqueles que têm preço de reserva de B maior que C e aqueles para o qual isso não ocorre. Para o primeiro tipo, é indiferente comprar um pacote com os dois produtos por P ou comprar os produtos A e B por $P-C$ e C , respectivamente. Os consumidores do segundo tipo, que não estão interessados em comprar o bem B pelo seu preço de mercado, ainda podem ser subdivididos em dois grupos: os que apresentam preço de reserva para o bem A maior do que P e os outros para o qual isto não ocorre. Caso vendas casadas sejam praticadas, os membros do primeiro subgrupo comprarão o pacote apenas pelo bem A e os membros do segundo subgrupo não comprarão o pacote.

Assim, se a firma monopolista praticar vendas casadas, estará expulsando alguns potenciais consumidores do segundo tipo (especificamente, aqueles cujos preços de reserva são maiores que C_A e menores do que P) sem conseguir conquistar nenhum outro consumidor. Este efeito é denominado “perda de vendas eficientes”.

Uma vez que o lucro unitário de vender o pacote por P e o produto A por $P-C_B$ é o mesmo⁴, maiores lucros serão auferidos caso as vendas sejam feitas de forma separada, sendo que a venda casada não seria uma estratégia racional para uma empresa maximizadora de lucro.

A crítica da Escola de Chicago ganhou espaço dentro da jurisprudência e academia. Em uma das principais obras da Escola de Chicago, “*The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*”, Robert H. Bork coloca que:

“A teoria legal das vendas casadas é meramente outro exemplo da descreditada teoria da alavancagem, e provavelmente nenhuma outra variedade desta teoria foi tão demolida na literatura legal e econômica” (Bork, 1978, p. 372, tradução própria).

Como a citação acima enfatiza, a teoria da alavancagem realmente caiu em descrédito. Uma citação das *Vertical Restraints Guidelines* feitas pelo *Department of Justice* norte-americano em 1985⁵ mostra como esta visão tornou-se praticamente consensual.

“Vendas casadas geralmente não têm potencial anticompetitivo significativo. [...] Os efeitos de exclusão em casos de venda casada não

⁴ O lucro unitário de vender o pacote é $P-(C_A+C_B)$, enquanto o lucro unitário de vender 1 separadamente é $(P-C_B) - C_A$.

⁵ Este documento não está em vigor atualmente.

são provenientes da venda casada, mas sim de acordos de exclusividade e da integração vertical que normalmente a acompanham". (U.S. Department of Justice, 1985, tradução própria)

Entretanto, Whinston (1990) apresentou a possibilidade das vendas casadas serem uma estratégia racional de maximizar lucros através da expulsão de rivais do mercado, na ausência de qualquer esquema de exclusividade ou integração vertical. Segundo esta obra, a crítica da Escola de Chicago apresenta limitações por depender de algumas hipóteses cruciais:

- Hipótese de que a produção do produto casado apresenta custo marginal constante e custo fixo igual a zero, ou seja, não existem economias de escala.
- Suposição de que o mercado do produto B é marcado por concorrência perfeita, isto é, o preço do produto B é igual a seu custo marginal.
- Não utilização de uma análise de interação estratégica entre as firmas.

Segundo Whinston (1990), as vendas casadas poderiam ser utilizadas para realizar "expulsão estratégica" de rivais no mercado do bem 2. A expulsão é caracterizada como "estratégica" por ter sua efetividade relacionada à interação estratégica entre as firmas do mercado.

III. O modelo de Whinston (1990)

Este modelo, proveniente de um dos casos apresentados em Whinston (1990), tem como objetivo mostrar quais são as condições necessárias para ocorrer uma venda casada de dois bens não complementares com intuito monopolizador.

O modelo proposto assume a existência de duas firmas, 1 e 2, e de dois produtos não complementares, A e B, com custos marginais de produção iguais a c_A e c_B , respectivamente. A elasticidade cruzada entre os dois produtos não é relevante, isto é, eles não são substitutos nem complementares.

Apenas a firma 1 atua no mercado do produto A, tendo poder de mercado⁶, enquanto ambas firmas produzem o produto B, sendo que o produto B produzido pela empresa i será denominado B_i . A demanda do produto B com

⁶ No modelo original, é pressuposto que a firma 1 é monopolista no mercado do bem A.

a qual a firma i se depara é dada por uma função $x = x(P_{B1}, P_{B2})$, onde P_{ji} é o preço que do produto j da firma i . Tal função apresenta derivadas de primeira ordem $dx_i/dP_{B1} < 0$ e $dx_i/dP_{B2} > 0$ para q^i . Isto é, as firmas concorrem entre si em um esquema Bertrand-Nash, sendo que existe alguma diferenciação de produtos que permite que não ocorra um resultado do tipo “paradoxo de Bertrand”⁷.

Caso a firma 1 pratique vendas separadas, ela definirá o preço do bem A como R , sendo este o preço que lhe gera a igualdade entre custo e receita marginais. Os preços de B_2 praticados serão aqueles que maximizam as funções de lucro das firmas, p_i , dada por:

$$(1) p_i = (P_{B1} - C_{B1}) x_i(P_{B1}, P_{B2})$$

Já no caso da firma 1 praticar vendas casadas, sua função lucro se torna:

$$(2) p_1 = (P_{AB} - C_A - C_{B1}) x_1(P_{AB} - R, P_{B2})$$

onde P_{AB} é o preço do pacote casado e $(P_{AB} - R)$ é o preço implícito do produto B_1 .

Deste modo, o preço para o produto B que a firma 1 escolherá será aquele que atender sua condição de maximização do lucro, dada por:

$$(3) dp_i/dP_{B1}^* = (P_{B1}^* - C_{B1}) dx_i(P_{B1}^*, P_{B2})/dP_{B1}^* + x_i(P_{B1}^*, P_{B2}) = 0$$

no caso de vendas independentes ou:

$$(4) dp_i/d(P_{AB}^* - R) = (P_{AB}^* - C_A - C_{B1}) dx_1(P_{AB}^* - R, P_{B2})/d(P_{AB}^* - R) + x_1(P_{AB}^* - R, P_{B2}) = 0$$

no caso de vendas casadas.

A comparação entre (3) e (4) permite notar que, quando $R = C_A$, tem-se $(P_{AB}^* - R) = P_{B1}^*$. Deste modo, quando $R > C_A$, isto é, quando a firma 1 tiver poder de mercado sobre o produto A, tem-se $(P_{AB}^* - R) < P_{B1}^*$. Assim sendo, fica

⁷ Caso os bens fossem totalmente homogêneos, seria possível demonstrar que o equilíbrio do mercado ocorreria quando ambas as firmas estiverem vendendo o produto por um preço igual ao custo marginal.

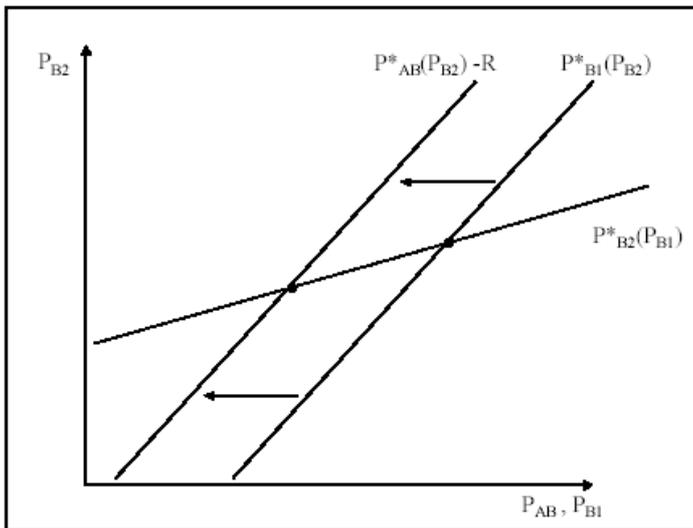
demonstrado que a firma 1, ao realizar vendas casadas, tem sua estratégia de preço maximizadora de lucro alterada de tal maneira que seu preço se torna mais agressivo. Whinston (1990) coloca que:

“...quando a firma 1 está praticando vendas casadas, ela precisa fazer vendas do produto B para continuar tendo lucro sobre o produto A. Isto faz com que ela diminua seus preços em um esforço para tomar as vendas da firma 2.” (Whinston, 1990, p. 844., tradução própria)

Devido ao modelo de concorrência proposto para este mercado, a prática de preços mais baixos por parte de firma 1 criará incentivos para a firma 2 também diminuir seus preços. Deste modo, é possível notar que a estratégia de vendas casadas gera preços de equilíbrio mais baixos no mercado do bem B.

Este argumento pode ser demonstrado através de uma análise gráfica. A partir das equações (3) e (4) e da condição de maximização de lucro da firma 2, dada por (1), é possível estabelecer curvas de reação de preço, isto é, equações que colocam o preço de uma firma como função do preço da concorrente. Tais curvas são apresentadas graficamente no Quadro 1.

Quadro 1 - Curvas de reação no modelo de Whinston (1990)



Fonte: Whinston (1990)

O fato dos preços de equilíbrio diminuírem com a prática de vendas casadas levanta a possibilidade de, no caso dos novos preços serem muito baixos para a firma 2 continuar tendo lucro, ocorrer sua expulsão do mercado, trazendo ganhos de poder de mercado para a firma 1.

No modelo de Whinston (1990), é pressuposto que existe um custo fixo positivo K necessário para entrar no mercado do bem B. Assim sendo, caso as vendas da firma 2 não sejam suficientemente grandes para cobrirem este custo, ela escolherá sair do mercado, possibilitando a firma 1 ter maior poder de mercado.

Esta suposição atende perfeitamente o propósito de Whinston (1990), que é apresentar a possibilidade de venda como uma estratégia predadora racional, contrariando a crítica da Escola de Chicago. Entretanto, como o escopo deste trabalho é estabelecer quais são as condições necessárias para a utilização estratégica das vendas casadas para expulsar rivais, a etapa do modelo onde ocorrem as escolhas de saída e permanência no mercado será examinada mais cuidadosamente na próxima seção.

IV. Um jogo de vendas casadas e saída/permanência no mercado

Abaixo será apresentado uma modelagem de teoria dos jogos extremamente simples das escolhas da firma 1 e 2 em, respectivamente, casar ou não suas vendas e permanecer ou não no mercado. Esta análise permitirá listar as condições necessárias à utilização da prática de vendas casadas.

Apesar desta análise ter sido desenvolvida pelo autor, ela respeita os pressupostos de Whinston (1990) e chega às mesmas conclusões que a obra. Deste modo, é possível afirmar que se trata do mesmo modelo, porém apresentado com instrumental levemente diferente.

A matriz de *pay-offs* do jogo em questão é descrita no Quadro 2.

Quadro 2 - Matriz de *pay-offs* do jogo de vendas casadas e permanência/saída

		Firma 2	
		Permanecer "P"	Sair "S"
Firma 1	Casar "C"	$[\pi_1(C/P), \pi_2(C/P)]$	$[\pi_1(C/S), 0]$
	Não Casar "NC"	$[\pi_1(NC/P), \pi_2(NC/P)]$	$[\pi_1(NC/S), 0]$

Fonte: Elaboração própria

Como $p_2(NC/P) > 0^8$, podemos eliminar a possibilidade do resultado (NC/S) ocorrer. Como dito anteriormente, o único resultado preocupante do ponto de vista da defesa da concorrência seria o (C/S), uma vez que foi demonstrado que o resultado (C/P) acirra a concorrência e leva a diminuição de preços. Para o resultado (C/S) ser um equilíbrio de Nash, isto é, um equilíbrio estável, onde nenhuma firma prefere alterar sua decisão, será necessário que $0 > p_2(C/P)$, isto é, que a queda de preços inviabilize a permanência da firma 2 no mercado.

Quando esta condição é atendida, o jogo terá dois possíveis equilíbrios, (C/S) e (NC/P). Deste modo, cumpre discutir quando o primeiro ocorrerá. Obviamente, uma das condições é que $p_1(C/S) > p_1(NC/P)$, isto é, a expulsão da concorrente ser uma estratégia lucrativa para a firma 1.

A outra condição para o resultado (C/S) ocorrer requer maior discussão. É importante notar que a prática de vendas casadas diminui os preços praticados e exclui algumas vendas eficientes do bem 1, como foi mostrado pela crítica da Escola de Chicago. Isto acarreta $p_1(NC/P) > p_1(C/P)$ e $p_1(NC/S) > p_1(C/S)$, ou seja, a estratégia de vendas separadas é estritamente dominada⁹ pela estratégia de vender os produtos separadamente.

Isto significa que, uma vez feita a escolha da firma 2, a firma 1 sempre preferirá não casar suas vendas. Entretanto, a decisão da firma 1 leva em consideração seu efeito na escolha da firma 2, o que pode levar a outros resultados, dependendo da dinâmica do jogo. Deste modo, para o resultado de expulsão da

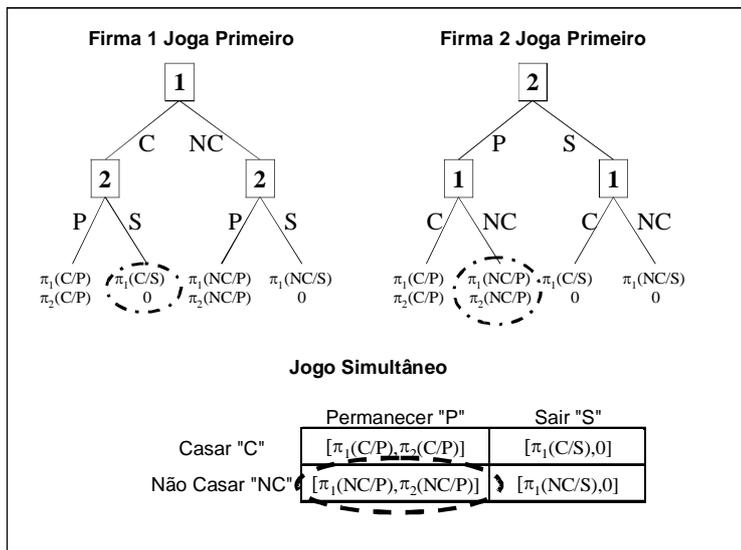
⁸ Isto decorre do fato da firma 2 atuar no mercado do bem B.

⁹ “Suponha que um jogador de um jogo considere separadamente cada uma das combinações de estratégia com que ele pode se deparar. Suponha ainda que, para cada combinação, o jogador escolha a estratégia que leva a um melhor resultado. Se a mesma estratégia é escolhida para todas as combinações de estratégia, então esta estratégia é chamada de “estratégia dominante” para o jogador no jogo.” (McCain, 1999, tradução própria).

firma ocorrer, é necessária uma terceira condição: a firma 1 jogar uma estratégia, a princípio, dominada. As condições em que isso ocorre são discutidas abaixo.

O Quadro 3 apresenta três diferentes jogos com os quais as firmas poderiam se deparar, sendo que a única variação entre eles reside na ordem das jogadas.

Quadro 3 - Possíveis jogos de vendas casadas e permanência/saída (equilíbrios de Nash perfeitos em subjogo grifados)



Fonte: Elaboração própria.

O resultado mais provável do jogo, dado pelo equilíbrio de Nash perfeito em subjogo¹⁰, só leva à saída da firma 2 quando a firma 1 é a primeira a jogar. Isto ocorre porque, apenas quando a firma 2 já toma como dada a escolha da firma 1 ela decidirá sair do mercado.

Contudo, os jogos acima não refletem satisfatoriamente a realidade por não serem jogados repetidas vezes. Em um jogo repetido, quando a firma 1 decidir casar suas vendas, a firma 2 tenderá a acreditar que, na próxima jogada, sua concorrente jogará a estratégia dominante (vendas separadas) e permanecerá no mercado, tornando a prática das vendas casadas pouco interessante para a firma 1.

¹⁰ As estratégias que levam a um equilíbrio de Nash em todo subjogo do jogo em questão formam um equilíbrio de Nash perfeito em subjogo. A idéia deste conceito é eliminar equilíbrios de Nash que são improváveis de acontecer.

Entretanto, se em algum momento do jogo a firma 1 tomar uma decisão que torne impossível ou muito custoso voltar a vender os produtos separadamente, isto é torne a decisão de casar suas vendas irreversível, ou seja, comprometa-se a praticar vendas casadas, a firma 2 decidirá sair do mercado. Assim sendo, fica claro que não é a ordem das jogadas em si que possibilita o resultado com vendas casadas, mas sim o fato da firma 1 conseguir sinalizar claramente que jogará uma estratégia dominada. Isto é, a firma 2 sairá do mercado apenas quando ela acreditar que a decisão da firma 1 de casar as vendas é irreversível.

Por outro lado, caso esteja no horizonte do jogo o fim da capacidade da firma 2 financiar os prejuízos causados pelas vendas casadas, é possível que a firma 1 resolva manter a conduta repetidamente e continuar tendo menores lucros até a firma 2 ser forçada a sair do mercado pelos seus sucessivos prejuízos. Se a firma 2 perceber isto, possivelmente ela sairá do mercado no começo do jogo, uma vez que a permanência nele só acarretará prejuízos.

A discussão acima permite concluir que uma firma praticará vendas casadas com o intuito de realizar exclusão apenas quando i) for capaz de realizar uma decisão que torne a estratégia de voltar a vender separadamente muito custosa e/ou ii) estiver no horizonte do jogo a incapacidade da firma 2 manter os prejuízos criados pelos preços mais agressivos da firma 1.

Com base na discussão acima, é possível listar as condições necessárias para o ocorrer o resultado em que firma 2 é expulsa, como faz o Quadro 4. A condição A é necessária para a venda casada gerar menores preços de equilíbrio, como discutido na Seção III. As condições B e C decorrem da discussão envolvendo o Quadro 2 e as condições D e E são provenientes da discussão envolvendo o fato da venda casada ser uma estratégia dominada.

Quadro 4 - Condições necessárias à utilização da venda casada para realizar exclusão estratégica segundo Whinston (1990)

Condição	Expressão Matemática	Conceito
A	$R > C_A$	Firma 1 ter poder de mercado sobre o bem A.
B	$\theta > \pi_2(C/P)$	Preços de equilíbrio resultantes da venda casada gerarem prejuízos para a firma 2.
C	$\pi_1(C/S) > \pi_1(NC/P)$	Lucros gerados pela expulsão da firma 2 compensarem as perdas relacionadas à prática de vendas casadas.
D ou E	Firma 2 acreditar que a firma 1 adotará uma estratégia dominante.	D) Comprometimento da firma 1 em praticar vendas casadas.
		E) Firma 2 não ter capacidade de financiar prejuízos decorrentes da conduta da firma 1.

Fonte: Elaboração própria.

A condição A envolve a análise de poder de mercado sobre o bem A. A condição B envolve estudar se houve deterioração das condições financeiras das firmas supostamente afetadas ou se ocorreu saída no mercado.

A análise da condição C deve levar em consideração que existem efeitos negativos no lucro da firma relacionados à prática de venda casada, que são as perdas de vendas eficientes apontadas na exposição sobre as idéias da Escola de Chicago, apresentada na Seção II. Deste modo, para a estratégia de exclusão via vendas casadas ser racional, é necessário que o aumento de preços que uma firma impõe após a saída do(s) concorrente(s) gere lucros que superem os prejuízos ocasionados pela perda das vendas para os consumidores que não têm interesse no bem 2 e valorizam pouco o bem 1. Por outro lado, caso a condição E seja atendida e a D não, a firma 1 simplesmente abandonará as vendas casadas após a expulsão de sua rival.

Cumprido notar que a firma que pratica a exclusão precisa ter capacidade de atender o incremento de demanda decorrente da saída de seu concorrente. Do mesmo modo, é necessário que haja barreiras à entrada no mercado, de modo que a firma 1 possa efetivamente exercer poder de mercado após a saída de sua rival.

A condição D envolve checar se a firma 1 conseguiu sinalizar uma irreversibilidade na sua decisão de casar as vendas. Por último, a condição E requer averiguar se a firma 2 apresenta incapacidade de financiar prejuízos por

um período mais longo de tempo.¹¹ Cumpre notar que, na prática, há poucos casos em que comprometimento com a prática de vendas casadas é possível, principalmente pelo fato dos produtos não serem complementares.

Finalmente cumpre notar que é preferível para a firma 1 utilizar a condição E em relação à D. Isto ocorre porque, após a saída da firma 2 do mercado, ela pode cessar as vendas casadas e conseqüentemente as perdas de vendas eficientes do bem A.

V. Uma crítica ao modelo de Whinston (1990)

A principal crítica a ser feita ao modelo de Whinston (1990) é que ele pressupõe que a firma 1 apenas escolhe estrategicamente entre casar ou não suas vendas. Uma vez feita a escolha, os aspectos estratégicos¹² são abandonados e o preço resultante das escolhas feitas é dado pelas condições de maximização de lucro do modelo Bertrand-Nash. Assim sendo, o modelo não contempla a possibilidade da firma 1 utilizar o estabelecimento do nível de seus preços de forma estratégica.

Quando isto é levado em consideração, é preciso atentar que as condições A, B, C e E listadas no Quadro 4 também são aquelas que permitem que a firma 1 consiga expulsar sua concorrente simplesmente vendendo o bem 2 por $(R-P_{B2})$. Além disso, esta estratégia apresenta, a princípio, uma vantagem sobre as vendas casadas, pois sua realização não causa prejuízos no mercado relacionados à perda de vendas eficientes do bem A que foi descrita na Seção II.¹³

Precipitadamente, poderia-se chegar à conclusão que, dada a possibilidade de exclusão por prática de preços baixos, a venda casada prevista por Whinston (1990) nunca ocorreria, uma vez que a firma poderia realizar a mesma conduta sem incorrer prejuízos no mercado em que detém poder de mercado inicialmente (mercado do bem A). Entretanto a conclusão correta é que quando a condição E é satisfeita, isto é, a firma 2 pode ser forçada para fora

¹¹ Esta afirmação é sem dúvida ambígua. Entretanto cumpre notar que o trabalho concluirá que a condição E não será relevante para análise de casos de vendas casadas.

¹² “Quando uma firma age com o intuito de melhorar sua posição futura no mercado, é dito que ela compete estrategicamente.” (Viscusi et alli, 1995, p. 171, tradução própria)

¹³ Uma das principais dificuldades das autoridades antitruste é conseguir distinguir se um preço baixo é uma estratégia visando exercício futuro de poder de mercado (algo a ser combatido) ou é um sinal de concorrência acirrada (algo a ser incentivado). A dificuldade é tal que a condenação de preços predatórios exigem a observância de preços abaixo do custo variável médio, que serve como sinal de conduta anticompetitiva. De todo modo, esta discussão foge do escopo do trabalho.

do mercado sem nenhum comprometimento da firma 1 com sua conduta, a estratégia de vendas casadas não será observada.

Quando uma sinalização da irreversibilidade da decisão é necessária, a venda casada pode ser preferível à estratégia de preço baixo. O comprometimento em vender o produto B a um preço baixo por si só elimina a possibilidade de realizar futuros ganhos de mercado. Por outro lado, o comprometimento em vender um pacote de bens acarreta perdas de vendas eficientes do bem A. Quando o primeiro efeito for mais restritivo que o segundo, a firma 1 preferirá as vendas casadas. Além disso, existe a possibilidade da irreversibilidade da estratégia de preços baixos simplesmente não ser possível.

De todo modo, duas conclusões devem ser retiradas desta crítica. A primeira é que, ao contrário do que prevê Whinston (1990), a utilização de vendas casadas sem comprometimento com a prática é extremamente improvável, só sendo observável quando vigorar algo que impeça uma empresa de baixar seus preços.

A segunda, mais relacionada com o escopo deste trabalho, é que, caso as condições A, B, C, e E sejam atendidas, a melhor escolha da firma 1 é praticar preços baixos. Deste modo, somente quando as condições A, B, C e D forem atendidas, poderá haver vendas casadas com intuito de realizar exclusão.

O Quadro 5 abaixo lista as condições novamente, excluindo a condição E.

Quadro 5 - Condições necessárias à utilização da venda casada para realizar exclusão estratégica

Condição	Expressão Matemática	Conceito
A	$R > C_A$	Firma 1 ter poder de mercado sobre o bem A.
B	$0 > \pi_2(C/P)$	Preços de equilíbrio resultantes da venda casada gerarem prejuízos para a firma 2.
C	$\pi_1(C/S) > \pi_1(NC/P)$	Lucros gerados pela expulsão da firma 2 compensarem as perdas relacionadas à prática de vendas casadas.
D	Firma 2 acreditar que a firma 1 adotará uma estratégia dominante.	Comprometimento da firma 1 em praticar vendas casadas.

Fonte: Elaboração própria.

Deste modo, a análise de casos envolvendo vendas casadas de bens não complementares com possível intuito de expulsar rivais deve atentar se as

condições listadas no Quadro 5 são atendidas, notando que elas são necessárias, mas não suficientes, para haver uma condenação.

Finalmente é preciso notar que a prática de vendas casadas não acarreta necessariamente prejuízos de eficiência econômica e bem-estar do consumidor. A conduta implica dois efeitos sobre a eficiência econômica. O primeiro será negativo, envolvendo o exercício de poder de mercado sobre os consumidores do produto B. Já o segundo será positivo, sendo este proveniente do fato de que o incentivo para a realização de preços mais agressivos (para evitar prejuízos com a perda de vendas eficientes do bem A) continuará existindo.

VI. Conclusão

A principal conclusão do artigo é a listagem das condições necessárias à prática de vendas casadas apresentada no Quadro 5. Deste modo, esta seção conclusiva tratará de colocar algumas ressalvas quanto à argumentação apresentada e discutir alguns aspectos técnicos da utilização das condições na análise antitruste.

Primeiramente, é preciso notar que o modelo apresentado ao longo do artigo pressupõe um ambiente de informação perfeita. Relaxando esta hipótese, deve-se notar que a firma 1 não precisa necessariamente comprometer-se com a estratégia de vendas casadas, mas sim sinalizar esse comprometimento para a firma 2.

Além disto, é preciso atentar ao caso no qual o preço necessário à expulsão da firma 2 seja extremamente baixo, a ponto que uma prática de preços predatórios seja requerida. Neste caso, a venda casada pode ser preferida ao preço predatório pelo medo que a firma 1 tenha de sofrer uma punição por parte da autoridade antitruste. De todo modo, note-se que este é um caso extremamente improvável, uma vez que uma venda casada dificilmente será lucrativa (a condição C não será atendida), em um ambiente com estas condições.

Em segundo lugar, é preciso notar que as condições listadas são de pouca valia no que tange montar um caso que comprove a necessidade de condenação da prática de vendas casadas. Como casos de venda casada envolvem uma comparação entre efeitos de discriminação de preços e possíveis ganhos de poder de mercado, a principal utilidade das condições listadas reside em possibilitar, em muitos casos, uma rápida refutação da existência de intuito monopolizador na prática.

VII. Referências bibliográficas

BORK, Robert H. *“The antitrust paradox: a policy at war with itself”*. New York: Basic Books, 1978.

BOWMAN, Ward S. (1957). “Tying arrangements and the leverage problem”. In: GAVIL, Andrew I., *“An Antitrust Anthology”*. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1996.

McCAIN, Roger A. *“Game theory: an introductory sketch”*. Mimeo, 1999. [Disponível em

<http://william-king.www.drexel.edu/top/eco/game/game.html>].

POSNER, Richard A. *“Antitrust law: an economic perspective”*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. *“Vertical Restraints Guidelines”*. Washington D.C., 1985.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. & HARRINGTON, Joseph E. *“Economics of regulation and antitrust”*. Cambridge: The MIT Press, 1995.

WHINSTON, Michael D. “Tying, foreclosure, and exclusion”. *American Economic Review* Vol. 80:4, 1990.

ACESSO A MEDICAMENTOS NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E PROTEÇÃO DAS PATENTES FARMACÊUTICAS NO CONTEXTO DO ACORDO TRIPS-OMC: IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS *

Paulo Eduardo Lilla **

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Propriedade Intelectual, Patentes e Concorrência no Cenário Econômico Mundial, 2.1. A Interação entre Direito da Concorrência e Direitos de Propriedade Intelectual, 2.2. Os Impactos do Acordo TRIPS no Cenário Econômico Mundial, 2.3. Estrutura do Acordo TRIPS e as Regras de Patentes; 3. Os Contrastes entre o Acesso a Medicamentos Essenciais nos Países em Desenvolvimento e as Patentes Farmacêuticas, 3.1. A Importância das Patentes para a Indústria Farmacêutica, 3.2. A Problemática do Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento, 3.3. O Papel dos Medicamentos Genéricos; 4. Abuso do Poder Econômico pelo Uso Abusivo de Patentes Farmacêuticas e Salvaguardas no TRIPS, 4.1. Abuso do Poder Econômico e Patentes Farmacêuticas, 4.2. Salvaguardas no Acordo TRIPS, 4.2.1. Licença Compulsória, 4.2.2. Exaustão de Direitos e as Importações Paralelas; 5. Os Conflitos Internacionais e a Solução Buscada em Doha, 5.1. Os Conflitos entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento, 5.2. A Conferência de Doha e a Declaração sobre TRIPS e Saúde Pública; 6. Considerações Finais; Bibliografia.

1. Introdução

As questões em torno do paradoxo existente entre acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e proteção dos direitos de propriedade intelectual (DPI), mais especificadamente, a proteção das patentes de medicamentos das quais as indústrias farmacêuticas multinacionais são titulares, vêm sendo motivo de preocupações por parte de vários segmentos da comunidade internacional.

* Agradeço a Deus por tudo. Agradeço também ao meu pai, Fábio Lilla, pelas orientações pertinentes. Por fim, agradeço ao meu orientador no presente trabalho, o Professor Juliano Froehner, grande incentivador dos estudos sobre Direito Econômico, a Maria Helena Freitas, pelos ensinamentos jurídicos gerais, a Ana Caetano, pelos ensinamentos em matéria de Comércio Exterior, e Fernanda Pecora, pelos ensinamentos em Direito Internacional Econômico e Direito da Concorrência.

** Acadêmico do Curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP.

O problema refere-se, basicamente, ao fato de que as patentes farmacêuticas conferem direitos de exclusividade aos seus titulares, o que facilita a ocorrência de abusos, tais como, imposição de preços excessivos aos medicamentos patenteados, imposição de condições abusivas para o licenciamento dos mesmos, dentre outros, restringindo o acesso desses produtos essenciais pela maioria da população dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Dessa forma, as patentes de produtos farmacêuticos constituem um direito exclusivo para produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar com esses propósitos o medicamento¹. A exclusividade confere ao titular da patente um monopólio legal que pode ou não ser usado de forma abusiva para limitar a concorrência ou abusar do poder econômico.

É por essa razão que muitos países em desenvolvimento, liderados pelo Brasil, vêm tentando demonstrar à comunidade internacional que apesar da importância dos DPI para estimular investimentos em inovação e desenvolvimento de novas tecnologias, tais direitos devem sofrer certas limitações para que seja possível a repressão a práticas abusivas provocadas por seus titulares, que podem prejudicar o acesso a medicamentos essenciais a preços razoáveis pela população dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Não obstante, o Acordo TRIPS² (Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) da Organização Mundial do Comércio (OMC) oferece algumas salvaguardas que possibilitam aos Países-Membros tomar as devidas providências no sentido de coibir abusos de DPI e de garantir o acesso a medicamentos essenciais pela população desses países. Assim, o TRIPS não impede que os Membros da OMC tomem medidas necessárias para proteger a saúde pública.

Em novembro de 2001, durante a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha, a maioria das nações reconheceram os direitos dos países em desenvolvimento de garantir medicamentos essenciais para seus cidadãos. Nesse sentido, a Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública determina que o Acordo seja interpretado de maneira que favoreça as necessidades relativas à saúde pública e que promova o acesso a medicamentos para todos.

A proposta do presente estudo é analisar o problema relativo ao acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e os limites impostos pelo TRIPS aos DPI como forma de prevenir a ocorrência de práticas anticompetitivas, proporcionando informações sobre as opções existentes no TRIPS que garantem,

¹ Cf. Acordo TRIPS, Artigo 28.1(a).

² Trade-Related Intellectual Property Rights.

ao mesmo tempo, a proteção aos DPI e a proteção da saúde pública.

O tema é relevante e extremamente importante não só para o Brasil, mas para os demais países em desenvolvimento e para a indústria farmacêutica, que apesar de ser muito criticada por priorizar os lucros em detrimento da saúde pública, é um dos setores que mais benefícios traz para a sociedade, pois investe pesadamente em pesquisa e desenvolvimento (P&D) para a criação de novos medicamentos para a população, propiciando todos os benefícios resultantes de novas tecnologias.

2. Propriedade intelectual, patentes e concorrência no cenário econômico mundial

2.1. A interação Entre direito da concorrência e direitos de propriedade intelectual

Muitos afirmam que os DPI, por conferirem exclusividade aos seus titulares, entram em colisão com a livre concorrência, principalmente pelo fato de que tal direito exclusivo enseja em situações de monopólio no mercado.

Nesse sentido, conforme lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“No jogo do mercado, o princípio da livre concorrência não admite, em tese, a exclusividade. Não se trata, porém, de uma incompatibilidade absoluta, mas apenas na medida em que a exclusividade engendra situações monopolísticas na economia de mercado livre. É exatamente esta circunstância que se choca com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”³.

Dessa forma, as legislações antitruste da maioria dos países prevê regras específicas para casos de práticas restritivas da concorrência que envolvem abusos de DPI. Citamos como exemplo as legislações norte-americana, européia e canadense, no caso dos países desenvolvidos, e a legislação antitruste brasileira, a Lei nº 8.884/94, que também dispõe sobre abuso do poder econômico por titulares de DPI, já que o artigo 15 da referida lei sujeita todos os agentes econômicos, mesmo os que exercem atividade sob regime de monopólio legal⁴.

³Tércio Sampaio Ferraz Jr. “Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência”. In: Luiz Olavo Baptista, Hermes Marcelo Huck e Paulo Borba Casella. *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, p. 499.

⁴ Os monopólios legais podem ser entendidos tanto como os setores regulados da União, como também os DPI que conferem exclusividade aos seus titulares, conforme lição de Calixto Salomão

Mesmo que haja uma lei que disponha expressamente sobre propriedade industrial, a Lei nº 9.279/96, a nossa Lei Antitruste poderá ser aplicada nos casos de abuso do poder econômico decorrente do uso abusivo de DPI.

O debate relativo à compatibilidade dos direitos exclusivos de propriedade intelectual com a livre concorrência é antigo. Atualmente, entende-se que não só tais direitos são plenamente compatíveis com a concorrência, como, principalmente, promovem a mesma⁵.

O artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”.

Nota-se que o legislador introduziu o dispositivo no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos. Mesmo assim, tal fato não significa que a propriedade do inventor industrial seja um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não há um reconhecimento expresso de um direito fundamental do titular de DPI, pois a norma indica que “a lei assegurará”, ou seja, a lei infra-constitucional deverá assegurar proteção jurídica aos inventores, já que as marcas e invenções trazem benefícios, desenvolvimento tecnológico e econômico à sociedade. Por outro lado, o direito à propriedade, de forma geral, expresso no *caput* do artigo 5º da Carta Magna é um dos direitos fundamentais da pessoa.

O fato é que os DPI estão garantidos pela Constituição Federal, que também prevê a exclusividade temporária em sua exploração, exclusividade essa que poderia ser confundida com o monopólio e com a dominação de mercados, entrando em choque com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Filho: “A demonstração da instrumentalidade da utilização da expressão ‘monopólio legal’ e a evidenciação do tipo de direito que se pretende conferir através das marcas e patentes ficam também claras uma vez analisado o dado econômico. Como destaca a doutrina, já vai longe o tempo em que se acreditava que marcas e patentes conferiam verdadeiro monopólio no sentido econômico. Em um mundo que se sofisticava e se especializa, as marcas e patentes nem sempre conferem poder no mercado. A não ser nos ramos de alta tecnologia, onde a patente efetivamente gera monopólio, ao menos temporário, praticamente todos os produtos, mesmo quando substituíveis, são dotados de patentes. Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes” (*Direito Concorrencial: As Condições*, pp. 133 e 134).

⁵ Cf. lição de Calixto Salomão Filho: “A complementaridade do direito industrial 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”(op. cit., p. 132).

Tal confusão é incorreta e imprópria, como demonstramos a seguir.

O artigo 170 da Lei Maior dispõe sobre a Ordem Econômica e garante o princípio da livre concorrência. Já o artigo 173, § 4º estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário nos lucros”. Dessa forma, a Constituição visa resguardar a livre concorrência de possíveis excessos resultantes da própria liberdade de iniciativa⁶.

Ocorre que, num primeiro momento, poder-se-ia deduzir que os direitos de exclusividade conferidos pelos DPI, que ensejam em uma espécie de monopólio legal estariam contrários ao princípio da livre concorrência garantido pela Constituição. No entanto, não se pode olvidar que as criações intelectuais e as invenções trazem benefícios para a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento econômico e tecnológico. A proteção conferida aos DPI é um estímulo para novos investimentos em P&D, para a criação de novas invenções, contribuindo, cada vez mais, para o desenvolvimento. Por outro lado, a não proteção dos DPI desestimularia novos investimentos em P&D, prejudicando, conseqüentemente, o surgimento de novas invenções⁷.

É exatamente esse fator estimulador dos investimentos em P&D para a criação de novas invenções, consubstanciado na exclusividade temporária garantida ao titular de DPI, que favorece a concorrência, o desenvolvimento e a tecnologia. Assim, as empresas procurarão investir cada vez mais em pesquisa para a criação de novas invenções, competindo entre si pelas vantagens conferidas pelo direito de exclusividade⁸. Dessa forma, quem ganha com essa competição é a própria sociedade que poderá valer-se de novos produtos colocados à sua

⁶ Cf. Tércio Sampaio Ferraz, op. cit. p. 498.

⁷ Cf. Viviane Perez de Oliveira: “Não é de difícil percepção o papel das patentes para o desenvolvimento. Em análise sistemática, pode-se dizer que a invenção, uma vez patenteada, gera o título que possibilita a exploração de forma exclusiva; esta, por sua vez, gera o lucro que permite o investimento em pesquisa, originando novas invenções. Por outro lado, a aplicação industrial do invento e a comercialização dos seus resultados geram o desenvolvimento industrial e econômico, propiciando, ao fim, o bem-estar social. Ao revés, a ausência de proteção patentária desestimula o investimento em pesquisa”.

⁸ Celso Fernando Campilongo assevera que “a justificativa mais básica de se proteger o instituto da patente está na necessidade de se remunerar a empresa pelos gastos devidos a seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Entende-se que o referido instituto seja um mecanismo de estímulo e incentivo aos inventores e às empresas para aplicarem recursos (dinheiro, tempo, risco etc.) em P&D. E convencionou-se que a melhor forma para tal remuneração seria a instituição de um monopólio legal” (“Política de Patentes e o Direito da Concorrência”. In: Márcia Flávia Santini Picarelli e Márcio Iorio Aranha (Organizadores). *Política de Patentes em Saúde Humana*, p. 162).

disposição no mercado, o que garante maior desenvolvimento econômico e tecnológico⁹.

Nesse sentido, a livre concorrência está diretamente ligada à idéia de eficiência, ou seja, aos benefícios compensatórios que podem ser gerados pelas novas invenções colocadas à disposição da população. É por isso que o dito monopólio legal concedido aos titulares dos DPI é plenamente justificado, não conflitando com a livre concorrência, mas, pelo contrário, estimulando a competição entre as empresas que investem cada vez mais em P&D para a criação de novas invenções, que por sua vez serão beneficiadas pela exclusividade temporária que é garantida¹⁰.

Nesse sentido, conforme a lição do mestre Calixto Salomão Filho, “a lei brasileira só aceita, em tese, uma justificativa para condutas anticoncorrenciais: a eficiência (art. 20, § 1º). Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste. Trata-se, então, dos chamados *monopólios legais*”¹¹.

Conclui-se, pois, que não há qualquer incompatibilidade entre os direitos garantidos ao titular de DPI, no artigo 5º, XXIX, da Constituição, e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência assegurados no mesmo diploma legal, que, segundo Débora Andrade Capp, “se somam e se completam no intuito de garantir o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”¹².

Entretanto, apesar dos DPI, principalmente as patentes, *per se*, não constituírem violação da concorrência, o seu mal uso, por sua vez, ensejando abuso do poder econômico ou dominação de mercados, deve ser coibido pelas autoridades antitruste. É apenas nesse momento que os órgãos reguladores da

⁹ Nesse sentido, confira Antonio Fonseca: “A propriedade intelectual protege o esforço humano e o investimento que levam a novos produtos, novos serviços ou processos de produção. Por isso, a proteção da patente é em si pró-competitiva. Contudo, em nome de um privilégio, o titular da patente não pode sufocar novas formas de competição” (“Exaustão Internacional de Patentes e Questões Afins”. In: Márcia Flávia Santini Picarelli e Márcio Iorio Aranha (Organizadores). *Política de Patentes em Saúde Humana*, p. 203).

¹⁰ Cf. a lição de Débora Andrade Capp: “Assim, pelo efeito estimulador e pelo benefício resultante, condizentes com o propósito constitucional, o monopólio limitado seria aceito, mesmo que em choque com os princípios da livre iniciativa e da livre competição, que não admitem, em tese, a exclusividade, temendo os problemas que desta possam advir, como elevação de preços, diminuição da concorrência, barreiras a entrada de novos produtos e abusos de mercado de modo geral” (“A Função Social da Propriedade Intelectual”. In: Antonio Fonseca (Organizador). *Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência*, p. 55).

¹¹ Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 133.

¹² *Ibidem*, p. 56.

concorrência devem atuar, para evitar que titulares de direitos exclusivos abusem dessa situação para dominar mercados ou prejudicar concorrentes e consumidores.

É por essa razão que a nossa Lei Antitruste, bem como a nossa Lei de Propriedade Industrial, prevêm alguns instrumentos úteis para coibir esse tipo de prática, como veremos mais adiante.

2.2. Os impactos do acordo TRIPS no cenário econômico mundial

A nova economia mundial, guiada pelo fenômeno da globalização, pela intensificação do comércio global, pelo surgimento das empresas multinacionais e pela diminuição das fronteiras entre as nações, trouxe novas matérias, preocupações e desafios diante da comunidade internacional. Assim, esse cenário atual tem aumentado as relações econômicas internacionais e os fluxos de comércio e investimento entre os países nas últimas décadas, acelerando o processo de globalização.

Esse processo de globalização, tão mencionado nos últimos anos, teve início no fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, por ocasião do célebre Encontro de Bretton Woods, realizado com o intuito de procurar possíveis soluções para reconstruir a Europa, devastada pela guerra, e, também, para apoiar o desenvolvimento econômico dos países emergentes, que naquela ocasião não viam qualquer perspectiva para alcançar esse fim. Naquela época, as nações passaram a perceber que não são auto-suficientes, mas interdependentes entre si. Essas foram as razões principais para os países iniciarem a negociação de um sistema internacional econômico.

Assim, como resultado do encontro, três novas instituições internacionais surgiram no cenário mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial, e a Organização Internacional do Comércio (OIC). As duas primeiras foram realmente implementadas, ao contrário da OIC, que nunca chegou a ser estabelecida devido à retirada dos EUA da negociação, uma vez que o Congresso norte-americano temia que a organização reduzisse a soberania do país. Não obstante, ao invés da OIC, os países assinaram o GATT¹³ (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), um acordo multilateral provisório, criado para regulamentar o comércio internacional de bens, enquanto uma verdadeira organização não fosse negociada.

Apesar de ter sido negociado como um acordo provisório, o GATT foi o instrumento legal que de fato regulou o comércio internacional durante décadas,

¹³ General Agreement on Tariffs and Trade.

até a implementação da OMC, a partir de 1995, após a mais complexa e longa das rodadas de negociações multilaterais até hoje conhecida, a Rodada Uruguai¹⁴.

Enquanto o GATT foi assinado para regular o comércio de bens, tal como a redução de tarifas aduaneiras, política comercial, barreiras comerciais, medidas *antidumping* e compensatórias, salvaguardas, etc., as negociações da Rodada Uruguai resultaram na inclusão de temas comerciais nunca antes institucionalizados no âmbito do comércio multilateral. Como resultado, os novos temas passaram a fazer parte da OMC como acordos multilaterais, tais como, o Acordo sobre Agricultura e o Acordo sobre Investimentos (TRIMs), o Acordo sobre Comércio de Serviços (GATS), e o Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). Assim, apesar da negociação dos novos temas, a OMC incorporou o GATT como um dos Acordos constantes no âmbito do comércio de bens.

É importante mencionar que, durante as negociações da Rodada Uruguai, grande parte dos países em desenvolvimento foi contra a inclusão dos DPI na agenda do comércio multilateral. Não obstante, os países desenvolvidos, liderados pelos EUA, pressionaram muito nas negociações para impor aos menos desenvolvidos padrões de proteção de DPI.

São várias as razões que levaram os países emergentes a se opor à inclusão dessa matéria, dentre elas, o fato de que não haveria nenhum aspecto relacionado ao comércio nesse Acordo, já que este trata apenas de proteção jurídica de DPI. Assim, a OMC somente teria jurisdição sobre questões comerciais. Outro fator que pode ser mencionado é a existência de outra organização internacional a tratar da matéria, qual seja, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI)¹⁵.

Frederick M. Abbott aponta uma razão importante para a oposição dos países em desenvolvimento à inclusão dos DPI no sistema multilateral de comércio. Para o autor, Membros como o Brasil e a Índia demonstraram preocupações com questões de interesse social, tal como submeter invenções relativas à saúde pública e nutrição a regimes rigorosos de patentes. Mesmo assim, tais preocupações foram vencidas pelas pressões e pela liderança norte-americana no intuito de assegurar os interesses do setor farmacêutico dos países desenvolvidos¹⁶.

Após longa negociação e troca de concessões entre os Países-Membros,

¹⁴ A Rodada Uruguai iniciou-se em 1986, em Punta Del Este, no Uruguai, foi concluída em 1994, em Marrakesh.

¹⁵ Cf. Bhagirath Lal Das. *The World Trade Organization: A Guide to the Framework for International Trade*, p. 355.

¹⁶ Frederick M. Abbott. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*. *Journal of International Economic Law*, 2002, pp 469-470.

foi acordado que as matérias relacionadas a DPI seriam reguladas no âmbito da jurisdição da OMC. Assim, o Acordo TRIPS foi finalmente implementado como um dos acordos abrangidos pela OMC, estabelecendo padrões mínimos de proteção de DPI a serem obrigatoriamente observados pelos seus Membros.

2.3. *Estrutura do acordo TRIPS e as regras de patentes*

O TRIPS é parte integrante da OMC, podendo ser objeto de disputa entre Membros perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que possui jurisdição sobre todos os acordos multilaterais da OMC.

Ainda, o Acordo estabelece padrões mínimos de proteção para diversas áreas relacionadas a DPI, tais como, patentes, direitos autorais, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, circuitos integrados e informação confidencial. Importante frisar que o Acordo deve ser obrigatoriamente ratificado pelos Países-Membros. Na verdade, estes deverão criar leis nacionais, ou torná-las consistentes, em relação aos padrões mínimos impostos pelo TRIPS, visto que o Acordo cria obrigações para os Estados e não para os particulares.

Importante frisar, no entanto, que o TRIPS leva em consideração os Membros com diferentes estágios de desenvolvimento econômico, uma vez que, enquanto para os países desenvolvidos foi conferido um prazo até 1996 para o cumprimento das obrigações do Acordo, para os países em desenvolvimento o prazo se estendeu até 2000, e para os menos desenvolvidos, até 2006¹⁷. O objetivo de tais períodos de transição é oferecer a esses países prazos suficientes para a implementação, em suas leis nacionais, de todos os padrões de proteção a DPI estabelecidos no âmbito TRIPS.

O TRIPS prevê a observância de certos objetivos e princípios com o intuito de equilibrar a proteção de DPI com os interesses nacionais ou necessidades de cada Membro. Assim, o Artigo 7 estabelece os seguintes objetivos:

“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”.

¹⁷ Após a Conferência de Doha, em 2001, os prazos foram estendidos até 2005, para países em desenvolvimento, e até 2016 para países menos desenvolvidos.

Nota-se que os objetivos procuram traçar um equilíbrio entre a proteção aos DIP e o bem estar social e econômico, principalmente no que se refere à promoção da inovação tecnológica e transferência de tecnologia. Já os princípios vão além, visando claramente às preocupações dos países em desenvolvimento, como se pode notar na redação do Artigo 8:

“1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo”;

“2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência de tecnologia”.

Percebe-se que o dispositivo prevê preocupações com o desenvolvimento econômico, como, por exemplo, no caso dos impactos das patentes de gêneros alimentícios e de medicamentos, uma vez que estes estão associados à proteção da saúde pública. Além disso, o artigo permite que os Membros tomem as devidas medidas para evitar o abuso de DPI, como, por exemplo, práticas anticompetitivas por abuso de patentes. Esse entendimento é de suma importância para o desenvolvimento do presente estudo.

Vale frisar também que o TRIPS não excluiu os acordos e tratados internacionais anteriores, tais como a Convenção de Paris, a Convenção de Berna, a Convenção de Roma, e o Tratado de Washington, conforme dispõe o artigo 2 do Acordo. Não há, pois, conflito entre o TRIPS e os demais acordos internacionais que o antecederam.

Conforme já mencionado, o TRIPS estabelece algumas regras de proteção para patentes. O objetivo principal de uma patente é proporcionar ao seu titular o direito de produzir, usar e vender a nova invenção, de forma exclusiva, por um período limitado de tempo. O Acordo impõe que o tempo mínimo de proteção das patentes deverá ser de 20 anos¹⁸. Não obstante, a proteção exclusiva conferida às patentes estimula investimentos em P&D para a criação

¹⁸ Cf. Acordo TRIPS, artigo 20.

de novas invenções. Como a patente garante um monopólio legal ao seu titular, este poderá recuperar os investimentos e obter lucros.

Outrossim, é importante ressaltar que o TRIPS considera patenteável qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, desde que seja nova, envolva um passo inventivo (*não-óbvio*) e seja passível de aplicação industrial (*utilizável*)¹⁹, conforme o disposto no artigo 27.

É importante ressaltar que, enquanto as patentes promovem e recompensam a inovação, garantem também a disponibilidade das novas invenções ao público, ensejando, assim, estudos e análises, promovendo maior progresso tecnológico e a disseminação de novas informações. Dessa forma, a patente não configura apenas uma proteção ao seu titular, mas, principalmente, um estímulo ao desenvolvimento econômico²⁰. Esse entendimento é muito importante, pois quando a patente expira, outras empresas poderão fabricar o produto, provocando a queda de preços e o aumento da concorrência no mercado²¹.

Dessa forma, para Débora Andrade Capp, “o sistema de patentes promove uma constante renovação tecnológica, estimulando a livre concorrência e levando as empresas a investir na obtenção de novas tecnologias e novos produtos, acelerando, assim, o desenvolvimento técnico e implementando o setor industrial do país, por meio da proteção do invento”²².

De outra parte, a questão das patentes foi um dos pontos mais controvertidos das negociações do TRIPS, durante a Rodada Uruguai²³. Vimos que os países em desenvolvimento, como o Brasil e a Índia, expressaram preocupações sociais em submeter alimentos e medicamentos à proteção patentária.

¹⁹ No entanto, o mesmo dispositivo permite que os Membros imponham exceções para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar prejuízos ao meio ambiente. Ainda, os Membros podem considerar como não patenteáveis os métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos, bem como as plantas e animais.

²⁰ Cf. Viviane Perez de Oliveira: “Sem dúvida alguma, na propriedade industrial, e especialmente nas patentes, o pungente aspecto econômico soma-se ao aspecto imaterial da criação de um elemento novo, correspondente aos recursos aplicados na pesquisa para a descoberta do invento. Além de decorrência direta do direito de propriedade, a patente representa, pois, uma forma de recompensar o inventor pelos custos despendidos com a pesquisa que ao final aproveitará a toda a sociedade” (op. cit., p. 271).

²¹ Por exemplo, no caso do setor farmacêutico, quando a patente de um medicamento expira, outras empresas poderão fabricar versões genéricas desse medicamento, promovendo uma rápida e sadia redução de preços no mercado desse produto.

²² Débora Andrade Capp, op. cit., p. 57.

²³ Cf. Maristela Basso, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, p. 228.

O Brasil, por exemplo, vedava a concessão de patentes para produtos farmacêuticos, químicos e alimentícios desde 1945, uma vez que a Convenção de Paris permitia exceções setoriais para o patenteamento de produtos e processos. No entanto, no fim dos anos 80 e início dos anos 90, o governo norte-americano, premido pela indústria farmacêutica, pressionou muito o Brasil para que passasse a conferir proteção a esses setores excluídos, principalmente ao setor farmacêutico, tendo imposto inclusive sanções comerciais ao país como forma de represália.

Passados os conflitos e tensões entre Brasil e EUA, com a criação do Acordo TRIPS todos os Membros da OMC foram obrigados a implementar legislações nacionais baseadas nos padrões mínimos de proteção, respeitados os períodos de transição garantidos pelo Acordo. Nesse sentido, embora o Brasil fosse obrigado a implementar o TRIPS apenas no ano 2000, já em 1996 foi aprovada a Lei nº 9.279/96, a nova Lei de Propriedade Industrial, pela qual o Brasil adota os padrões mínimos de proteção de DPI impostos pelo Acordo.

3. Os contrastes entre o acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e as patentes farmacêuticas

3.1. A importância das patentes para a indústria farmacêutica

O setor farmacêutico caracteriza-se pelo elevado grau de desenvolvimento tecnológico, sendo movido por uma constante busca pela inovação, o que poderá garantir vantagens competitivas no mercado²⁴. Assim, o setor depende muito da proteção das patentes, garantida por uma legislação sólida de propriedade industrial a coibir a cópia desautorizada, a fim de recuperar os elevados investimentos em P&D para a criação de novos medicamentos²⁵.

Estudos econômicos indicam que as patentes são tão importantes para a indústria farmacêutica pelas próprias características do processo de P&D para a criação de novos medicamentos. Em geral, é necessário aproximadamente mais de US\$ 100 milhões de dólares para descobrir, desenvolver, e obter aprovação de órgãos sanitários para um novo medicamento. A ausência de proteção patentária, ou alguma barreira equivalente, permitiria a empresas imitadoras aproveitar do medicamento aprovado pelos órgãos sanitários às custas do inventor, duplicando os componentes do produto a custos extremamente inferiores aos custos originários despendidas pela empresa inventora. Em geral, os custos de imitação de produtos

²⁴ Cf. Débora Andrade Capp, op. cit., pp. 61 e 62.

²⁵ *Ibidem*, p. 62.

farmacêuticos são muitos baixos, se comparados aos custos de inovação para descobrir e desenvolver novos componentes²⁶.

Segundo Débora Andrade Capp,

“com razão, um setor que requer altos investimentos em P&D precisa de mercados ampliados para aumentar e acelerar a taxa de retorno e reduzir as incertezas e riscos associados à natureza das inovações. Mais ainda, as indústrias farmacêuticas precisam de mecanismos que permitam apropriação financeira dos direitos de propriedade industrial nos países para os quais são exportados os produtos de alta tecnologia, alvos de imitação. Desta forma poderão manter a liderança tecnológica e a competitividade internacional”²⁷.

Dessa forma, a ausência de proteção de patentes ou sua fraca proteção é um desestímulo aos investimentos em novos medicamentos e, conseqüentemente, à concorrência, uma vez que as empresas farmacêuticas não concorrem com preços, mas com diferenciação de produtos e inovações, o que demanda maiores gastos em P&D²⁸. Além disso, a indústria farmacêutica de medicamentos genéricos também seria prejudicada, uma vez que não haveria novos produtos a serem copiados e explorados, como ocorre quando a patente expira.

Assim, sem um sistema bem estruturado de proteção patentária, tanto a indústria farmacêutica de pesquisa, como a indústria de genéricos, não poderiam crescer e prosperar, em razão da diminuição da quantidade de novos produtos introduzidos no mercado, levando à redução de patentes expiradas, o que prejudicaria ambos os setores industriais²⁹.

Essas afirmações podem ser constatadas ao observarmos a própria experiência da indústria farmacêutica brasileira, que dependia da produção de genéricos desde os anos 40, quando o governo proibiu a concessão de patentes para produtos farmacêuticos³⁰. Assim, sem proteção patentária, as empresas

²⁶ Cf. Henry Grabowski. “Patents, Innovation and Access to New Pharmaceuticals”, in: *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 851.

²⁷ Débora Andrade Capp, op. cit., p. 62.

²⁸ *Ibidem*, p. 63.

²⁹ Cf. Henry Grabowski. Op. cit., p. 853.

³⁰ Segundo Débora Andrade Capp, “a medida teve por base a decisão do governo brasileiro em adotar uma política de substituição de importações, visando ao equilíbrio da balança comercial, em déficit à época. Ainda que não tenha sido voltada especificamente para o

passaram a depender da cópia de medicamentos fabricados pelas empresas multinacionais, o que resultou na diminuição dos incentivos para investimentos em P&D e na redução dos investimentos estrangeiros no setor, que, somados aos ínfimos auxílios governamentais, contribuíram para o enfraquecimento e desnacionalização da indústria farmacêutica brasileira, prejudicando o progresso tecnológico e o desenvolvimento econômico do país³¹.

Após a entrada em vigor da Lei nº 9.279/96, foi permitido o patenteamento de medicamentos, apesar da resistência de grupos nacionalistas que acreditavam, basicamente, que a concessão de patentes de produtos farmacêuticos acarretaria no aumento excessivo dos preços, na diminuição do consumo de medicamentos, na transferência de divisas para o exterior, e na concentração acentuada do mercado, causando problemas no âmbito da concorrência e na política de acesso a medicamentos³². Por outro lado, os mais liberais acreditavam que a nova Lei de Propriedade Industrial, por ser mais moderna e compatível com a economia mundial, criaria um ambiente mais seguro para investimentos nacionais e estrangeiros no setor, o que fortaleceria a indústria farmacêutica nacional³³.

Nesse sentido, vale citar a lição de Ubirajara Mach de Oliveira, “ao argumento referente à necessidade de proteção do ramo produtivo interno, rebate-se com a asserção de que estimulando a pesquisa e a patente locais é que melhor se poderá incentivar a indústria nacional. Pois sem a investigação própria, o país continuará sempre dependendo dos produtos e das invenções originados no estrangeiro e que são aqui fabricados”³⁴.

desenvolvimento do setor farmacêutico, acreditava-se que poderia estimular as empresas locais a formar sua própria linha de produtos, por meio da cópia” (op. cit., p. 67).

³¹ Segundo Ubirajara Mach de Oliveira, “como resultado, presenciamos a uma desnacionalização da indústria de medicamentos no Brasil. As empresas nacionais não conseguiram se modernizar, perdendo campo vasto em matéria de inovações tecnológicas, em comparação com as estrangeiras. A partir da década de 1950, o Estado brasileiro facilitou o ingresso do capital estrangeiro na área farmacêutica, de modo que ao menos 85% do mercado nacional se encontra em poder de dorporações alienígenas” (*A Proteção Jurídica das Invenções de Medicamentos e de Gêneros Alimentícios*, p. 94).

³² Cf. Celso Fernandes Campilongo. “Política de Patentes e o Direito da Concorrência”. In: árcia Flávia Santini Picarelli e Márcio Iorio Aranha (Organizadores). *Política de Patentes em Saúde Humana*, p. 169.

³³ Conforme Ubirajara Mach de Oliveira, “não se pode olvidar que a patente, ao contrário dos monopólios característicos, nada tira da comunidade, antes a enriquece com algo que não existia. Logo, não soa coerente o argumento que a considera antiética no campo de alimentos e de remédios. Aliás, se fosse contra a ética, seria também nas demais áreas da investigação industrial, não havendo motivo para desigualar as situações” (op. cit., p. 154).

³⁴ Ubirajara Mach de Oliveira, op. cit., p. 155.

De qualquer forma, é importante ter em mente que as patentes de medicamentos são tão importantes para a indústria farmacêutica de pesquisa como para a indústria de genéricos, já que possibilita maior segurança para investimentos no setor, e, conseqüentemente, maior concorrência e desenvolvimento tecnológico e econômico.

3.2. *A problemática do acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento*

A questão do acesso a medicamentos pela população é um dos principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, principalmente pela falta de fármacos a preços acessíveis no mercado. Estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstram que os preços são um fator extremamente importante, pois enquanto nas nações desenvolvidas os medicamentos são publicamente financiados pelo governo, nas nações em desenvolvimento 50% a 95% dos medicamentos são pagos pelos próprios pacientes³⁵.

Dessa forma, na medida em que os países em desenvolvimento foram obrigados a garantir proteção a patentes farmacêuticas, surgiram várias preocupações relacionadas à saúde pública, visto que os medicamentos patenteados, uma vez explorados de forma exclusiva pelo titular da patente, resultam em preços mais elevados do que suas versões genéricas, que são fabricadas após o término do prazo da patente, sem direitos de exclusividade, como veremos adiante.

Enquanto as empresas farmacêuticas argumentavam que regimes rigorosos de proteção patentária garantem maior expectativa de fluxos de rendimento a possibilitar os necessários e custosos investimentos em P&D, regimes pouco rigorosos, pelo contrário, reduzem a expectativa de fluxos de rendimento e, conseqüentemente, os incentivos para o investimento. Assim, na visão das grandes companhias farmacêuticas, preços elevados e resultados lucrativos são os instrumentos que garantem os incentivos e investimentos em P&D que resultarão na criação de novos medicamentos³⁶.

Por outro lado, os países em desenvolvimento argumentavam que um número ínfimo de pessoas teria recursos financeiros suficientes para pagar por medicamentos patenteados, enquanto que a grande maioria da população desses países não teria acesso a esses produtos. Outro problema apontado é o fato de que as grandes companhias farmacêuticas multinacionais não investem em P&D para o

³⁵ Cf. World Health Organization (WHO). *HIV/AIDS Antiretroviral Newsletter*. Regional Office for the Western Pacific, December 2002, issue n. 8.

³⁶ Frederick M. Abbott. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*. *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 472.

tratamento de diversas doenças de particular relevância para países menos desenvolvidos, tais como a malária e a tuberculose, pois a grande maioria da população desses países não poderia pagar por novos medicamentos para o tratamento das mesmas, que são usualmente chamadas de *doenças negligenciadas*, sem contar com o problema do HIV/AIDS que afeta milhões de pessoas no mundo inteiro³⁷.

Nota-se que o problema transcende a esfera da concorrência e das relações de consumo, sendo objeto de preocupação por parte de organismos humanitários. Nesse sentido, as Nações Unidas reconheceram a questão da saúde pública, principalmente no que se refere ao HIV/AIDS, como uma preocupação a constar da agenda internacional como matéria de Direitos Humanos. Assim foi criado um Fundo Global para ajudar países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, financiando a distribuição de medicamentos para a população desses países³⁸.

Como forma de solucionar o problema, mesmo que parcialmente, alguns países criaram novas políticas de acesso a medicamentos essenciais, estimulando a produção de genéricos, como veremos a seguir.

3.3. O papel dos medicamentos genéricos

Há evidências substanciais de que a disponibilidade de medicamentos genéricos no mercado, especialmente se fabricados por diferentes empresas, provoca redução nos preços³⁹.

Estudos da OMS indicam que muitos genéricos, tais como a aspirina, são produzidos em condições muito parecidas com aquelas constatadas em mercados perfeitamente competitivos – grande número de produtores e compradores, homogeneidade de produtos e serviços, pleno acesso às informações, mobilidade dos fatores de produção e ausência de barreiras à entrada, além dos preços serem estabelecidos quase que ao custo marginal.

Por outro lado, um número pequeno de empresas farmacêuticas possui monopólios legais para medicamentos mais complexos, tais como os antiretrovirais (ARV). Esse mercado é caracterizado tanto por dificuldades de

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Conforme Frederick M. Abbott, devido a preferências políticas internas de países doadores, a atenção do Fundo tem sido voltada a medidas preventivas que, apesar de indubitavelmente desejáveis, não resolvem os problemas dos que já se encontram em tratamento. Além disso, o autor sugere maior engajamento de instituições internacionais, tais como o Banco Mundial e o FMI, para oferecer maior apoio financeiro ao Fundo (op. cit., pp. 473 e 474).

³⁹ Cf. Frederick M. Abbott. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*. Journal of International Economic Law, 2002, p. 472.

acesso às informações, quanto por barreiras legais à entrada impostas pela proteção patentária. Nesse mercado, os preços são muito superiores ao custo marginal de produção, particularmente nos primeiros anos da vigência da patente. Os lucros gerados pela proteção patentária são uma recompensa não apenas pelos riscos assumidos pela empresa, mas também pela inovação, esta considerada na forma de investimentos em P&D pela empresa titular da patente.

A concorrência é talvez o mais poderoso instrumento para reduzir os preços de medicamentos não patenteados ou genéricos. Nos EUA, por exemplo, quando a patente expira, a média do preço cai até 60% em relação ao preço do medicamento patentado ao entrar no mercado, quando há apenas um competidor, e 29% quando há dez competidores⁴⁰.

Nesse sentido, sempre que a patente expira, outras empresas entram no mercado com suas versões genéricas para o medicamento, provocando uma redução drástica nos preços e, conseqüentemente, tornando os produtos mais acessíveis à população. Dessa forma, as empresas deixam de concorrer com diferenciação de produtos e inovação, o que demanda investimentos mais elevados, passando a concorrer com preços no mercado. Nessa nova situação, não apenas as empresas farmacêuticas de pesquisa competem entre si, mas também as empresas de genéricos, que entram no mercado com novas versões para o mesmo medicamento, já que este, por sua vez, não goza mais da proteção patentária.

Dessa forma, a produção de genéricos é um instrumento importante para os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, pois facilita o acesso a medicamentos pela população desses países que, na maioria das vezes, não possui recursos financeiros suficientes para adquirir medicamentos patenteados.

Ainda, sabe-se que muitos países não garantiam proteção a patentes para medicamentos antes da entrada em vigor do TRIPS. Não obstante, como as regras de proteção a DPI não poderiam ser aplicadas retroativamente, diversos medicamento não protegidos por patentes que entraram no mercado antes do TRIPS podem ter versões genéricas fabricadas nesses países. Assim, países como Brasil, Argentina, Turquia, Índia, dentre outros, por ter proibido o patenteamento de medicamentos antes do TRIPS, não são obrigados a conferir proteção a fármacos que foram introduzidos no mercado antes da assinatura do Acordo. Nesse caso, a produção de genérico para esses produtos é permitida.

Cumpre-nos ressaltar que o Brasil cumpre um importante papel no cenário mundial, pois vem obtendo sucesso em seu programa de combate ao HIV/AIDS, adquirindo antitretrovirais genéricos para distribuição gratuita à

⁴⁰ *Ibidem.*

pacientes. A iniciativa brasileira, além de elogiada pela comunidade internacional, vem servindo de exemplo a outros países em desenvolvimento.

Por outro lado, apesar dos benefícios econômicos, sociais e concorrenciais do mercado de medicamentos genéricos, muitos países menos desenvolvidos não possuem capacitação técnica, ou possuem capacidade ínfima, para a fabricação local de genéricos. Esse problema já foi amplamente debatido na arena internacional e será brevemente abordado mais adiante.

Vale lembrar que mesmo com a possibilidade de produção de medicamentos genéricos após a expiração da patente, ou no caso de produtos não patenteados anteriormente ao TRIPS por países que não conferiam proteção, o acesso a medicamentos patenteados continua sendo um problema sem solução, apesar dos esforços despendidos por algumas Organizações Não Governamentais (ONGs) e pelas doações feitas por governos e por multinacionais farmacêuticas de vários países.

Outro problema a ser apontado é a ocorrência de práticas anticompetitivas por titulares de patentes farmacêuticas que abusam do monopólio legal como forma de obter lucros excessivos, prejudicando a livre concorrência e os consumidores, principalmente aqueles de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, com menores recursos financeiros para adquirir medicamentos.

Nesse sentido, há instrumentos no próprio TRIPS que permitem aos Membros da OMC adotar medidas contra práticas anticompetitivas por abuso de direito de patente, como veremos adiante.

4. Abuso do poder econômico pelo uso abusivo de patentes farmacêuticas e salvaguardas no TRIPS

4.1. Abuso do poder econômico e patentes farmacêuticas

Apesar das patentes constituírem um direito exclusivo legítimo ao seu titular, que poderá gozar desse direito por um período limitado de tempo, sendo, também, como outros DPI, benéficas para o desenvolvimento social e econômico, e para o progresso tecnológico, o uso abusivo por seus titulares pode causar graves prejuízos à livre concorrência, à livre iniciativa e aos consumidores. A posição do titular da patente no mercado, por gozar de um monopólio legal, permite que práticas anticompetitivas ocorram com mais facilidade.

Nesse sentido, vale frisar que a indústria farmacêutica é caracterizada por ser um setor tipicamente oligopolista, com um pequeno número de vendedores usufruindo um grande poder de mercado. Dessa forma, há um

pequeno grupo de empresas que controlam o mercado de medicamentos patenteados, o que facilita a ocorrência de condutas anticompetitivas.

Assim, podemos descrever algumas das práticas que podem resultar em abuso do poder econômico, tais como, redução da produção, imposição de preços excessivos, limitação ou impedimento de exploração de DPI ou de tecnologia, práticas abusivas nos contratos de licenciamento de patentes, imposição de preços de revenda a licenciados e a canais de distribuição, subordinação da licença a compra de insumos, uso de licenças para simular situações de cartelização, dentre outras práticas.

Dessa forma, tais condutas podem prejudicar o acesso a medicamentos pela população, principalmente nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Entretanto, o TRIPS possui alguns dispositivos que impõem certa flexibilização e limitações à proteção patentária com o intuito de prevenir práticas anticompetitivas ou abusos de DPI, uma vez que prejudicam a concorrência, restringem os fluxos de comércio e limitam a transferência de tecnologia. Tais dispositivos são importantes salvaguardas para impedir que essas práticas abusivas sejam realizadas por empresas farmacêuticas titulares de patentes, tornando os medicamentos menos acessíveis à população mais carente, principalmente nos países emergentes.

Vale frisar que o Brasil também introduziu na legislação nacional de Propriedade Industrial as salvaguardas previstas no TRIPS, como veremos adiante. Contudo, são imprescindíveis a aplicação de leis de defesa da concorrência e a atuação de órgãos antitruste, no caso do Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), para reprimir infrações da ordem econômica por abusos de patentes farmacêuticas.

Nesse caso, a Lei Antitruste deve ser aplicada quando o titular da patente farmacêutica praticar as condutas previstas no artigo 21 da Lei nº 8.888/94, produzindo os efeitos anticompetitivos previstos no artigo 20 do mesmo diploma legal, quais sejam, (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Vale frisar que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁴¹, regulamentada pela Lei nº 9.782/99, possui competência conflitante

⁴¹ Conforme a Lei nº 9.782/99, a ANVISA tem por finalidade institucional promover a

com a do CADE no que se refere à aplicação da Lei Antitruste nos casos que envolvam a saúde pública. A lei atribuiu à ANVISA, além da competência para controlar os preços de medicamentos (artigo 7, XXV), a competência de aplicar a penalidade prevista no artigo 26 da Lei nº 8.884/94 quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III e IV do artigo 20 da mesma lei, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos (artigo 7, XXV, alíneas *c* e *d*).

No entanto, de acordo com Celso Fernando Campilongo, conforme entendimento em conjunto com o CADE, a ANVISA não aplica os respectivos artigos da Lei nº 8.884/94, já que existe consenso de que aquele deve ser o único órgão competente para aplicar a lei de concorrência⁴². Mesmo assim, nada impede a ANVISA de identificar as condutas mencionadas no dispositivo e auxiliar o CADE, a SDE e a SEAE na repressão das mesmas.

4.2. Salvaguardas no acordo TRIPS

Vimos que o Acordo TRIPS estabelece alguns objetivos e princípios a serem observados pelos Membros quando forem implementar suas legislações nacionais de propriedade intelectual.

Nesse sentido, apesar do Acordo reconhecer a importância dos DPI para o desenvolvimento econômico, dispõe o artigo 8 que os Membros poderão adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, bem como para evitar o abuso dos DPI por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de modo injustificável o comércio e a transferência de tecnologia, desde que estas medidas sejam compatíveis com o as regras do Acordo.

Além disso, no caso das patentes, o artigo 30 prevê certas limitações aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que não conflitem com a exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos do titular da patente, levando em conta os interesses legítimos de terceiros⁴³.

proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e da tecnologia a eles relacionados, bem como do controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

⁴² Celso Fernando Campilongo, *op. cit.*, p. 184.

⁴³ Segundo Daniel Pezzutti Ribeiro Teixeira e Silvia Menicucci de Oliveira, “Esta disposição, ou seja, a permissão aos membros de limitar os direitos de uma patente, não impossibilita a

Dessa forma, o TRIPS estabelece algumas salvaguardas para coibir o abuso do poder econômico resultante do uso abusivo da patente, principalmente no caso das patentes farmacêuticas, que envolvem questões de saúde pública e de interesse nacional.

Assim, os instrumentos existentes no TRIPS são a licença compulsória e as importações paralelas, que serão analisados a seguir.

4.2.1. Licença compulsória

Uma das opções no âmbito do TRIPS é a possibilidade de uso de licenças compulsórias, que autorizam um terceiro a produzir, usar ou vender a invenção patenteada sem a autorização de seu titular, conforme o disposto no artigo 31 do Acordo⁴⁴. No caso dos medicamentos, uma licença compulsória poderá ser usada para permitir a produção e venda de versões genéricas do medicamento patenteado antes do término do prazo da patente.

Não obstante, há algumas condições impostas pelo Acordo aos governos para que uma licença compulsória seja utilizada com vistas a assegurar os legítimos interesses do titular da patente. De acordo com Bhagirath Lal Das, os Membros poderão basear-se nos objetivos e princípios básicos estabelecidos nos artigos 7 e 8 do TRIPS, particularmente no que se refere à proteção da saúde pública e nutrição ou para promover o interesse público no contexto do desenvolvimento social, econômico e tecnológico, ou para prevenção de abuso de DPI⁴⁵.

Basicamente, as condições incluem o seguinte: (i) a autorização deve ser considerada com base no seu mérito individual; (ii) somente será permitida se houver prévia negociação com o titular da patente para obter a licença voluntária ou redução de preço do produto; (iii) o alcance e a duração da licença será restrito ao objetivo para o qual foi autorizada; (iv) a licença não poderá ser exclusiva nem mesmo transferida; (v) a licença será autorizada predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que a autorizou; (vi) poderá ser submetida à recurso

exploração da mesma pelo titular, que a manterá. Não há definição de quais exceções poderão ser impostas, o artigo apenas traz a possibilidade geral traçando alguns parâmetros que devem ser observados” (“O Acordo da OMC sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) e a Legislação Brasileira: Considerações sobre a questão da Licença Compulsória”. In: Araminta Mercadante e José Carlos Magalhães (coord.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*, vol. III, p. 232).

⁴⁴ O termo utilizado para licença compulsória no artigo 31 do TRIPS é “outro uso sem autorização do titular da patente”.

⁴⁵ Bhagirath Lal Das, op. cit., p. 370.

judicial ou a outro recurso independente junto a uma autoridade superior; e (vii) o titular da patente deverá ser adequadamente remunerado.

O TRIPS ainda estabelece no artigo 31 (k) que quando uma decisão judicial ou administrativa determinar uma prática como anticompetitiva, sendo que uma licença compulsória foi autorizada para remediar essa prática, duas das condições impostas não serão aplicadas, quais sejam, a que determina prévia negociação e a que impõe que a licença compulsória será predominantemente para o uso no mercado doméstico. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. No entanto, as autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciaram forem tendentes a ocorrer novamente.

O artigo 40 do TRIPS autoriza os Membros a tomarem medidas apropriadas, incluindo a licença compulsória de invenções patenteadas, quando as autoridades competentes identificarem condições de abuso de DPI com efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante⁴⁶. O dispositivo oferece uma lista não exaustiva de casos em que licenças compulsórias poderiam ser autorizadas.

Conforme lição de F.M. Scherer e Fayashree Watal, a linguagem do dispositivo do TRIPS parece seguir a doutrina do “abuso” (*abuse doctrine*) do direito antitruste patentário norte-americano (*US patent antitrust law*), apesar de que o artigo pode ser reconciliado com as tradições jurídicas européias, que se baseiam na falha do fabricante ao fornecer ou licenciar o produto patenteado, ou fornecer o produto a preços excessivamente elevados, o que poderia ser considerado abusivo⁴⁷.

No mesmo sentido, o artigo 68 da Lei nº 9.279/96 dispõe que 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. Percebe-se que a lei brasileira incorporou as disposições do TRIPS que tratam do abuso da patente com efeitos adversos na concorrência⁴⁸.

⁴⁶ Artigo 40.1 do TRIPS: “Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restrinjam a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia”.

⁴⁷ F.M. Scherer e Fayashree Watal. “Post-TRIPS Options for Access to Patented Medicines in Developing Nations”. In: *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 915

⁴⁸ A Lei ainda prevê a possibilidade de concessão de licença compulsória no 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; ou se a comercialização não satisfizer às necessidades do mercado.

Já a nossa Lei Antitruste, Lei nº 8.884/94, dispõe expressamente no artigo 24, IV, alínea (a), que além das penas atribuídas no artigo 23, poderão ser impostas outras penas, isoladas ou cumulativamente, tal como a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. Nesse caso, o CADE poderá recomendar ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), órgão competente, a concessão de licença compulsória como forma de sanção a condutas anticompetitivas praticadas por titulares de patentes⁴⁹.

Assim, a licença compulsória é um instrumento importante para coibir o abuso do poder econômico, pelo titular de patentes farmacêuticas, que venha a restringir o acesso a medicamentos, principalmente nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, onde o acesso é ainda mais restrito⁵⁰. É importante ainda lembrar que no setor farmacêutico há poucas empresas que dominam o mercado mundial, podendo, em razão disso, arbitrarem livremente o preço dos produtos⁵¹. Nesse caso, é extremamente importante a atuação dos órgãos de defesa da concorrência na repressão a esse e outros abusos, além da atuação complementar do INPI e da ANVISA. Assim, forma-se no Brasil um tripé envolvendo as autoridades de defesa da concorrência, de propriedade industrial e da saúde pública, que poderão atuar conjuntamente para impedir o abuso do poder econômico pelo uso abusivo de patentes farmacêuticas.

Por fim, é importante ressaltar que embora se discuta muito a respeito da licença compulsória, até o presente momento o instrumento foi utilizado de

⁴⁹ Sobre o assunto, confira José Carlos Vaz e Dias: “Um outro aspecto relevante é a atuação complementar do INPI na concessão da licença compulsória, pois apurada a infração e determinada a pena, será necessário instituir um procedimento administrativo específico no órgão de marcas e patentes. Tendo em vista que o objetivo precípua desse procedimento no INPI, no caso da licença compulsória por abuso do poder econômico, será o de assegurar o cumprimento às regras dispostas pelos artigos 68 e 74 da Lei 9.279/96 e, conseqüentemente, garantir ao titular da patente uma adequada compensação pela compulsoriedade da outorga da licença para exploração da invenção” (*Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste*. Revista do IBRAC, vol. 8, nº 4, p. 146).

⁵⁰ Para Priscila Akemi Beltrame, “esse instituto visa atingir principalmente aquele detentor de patente que, pelo monopólio de exploração conseguido com a proteção do Estado, com aparato jurídico, administrativo e até policial disponíveis, extrapole a exploração normal, justa, com razoável expectativas de lucro, sem que para isso, apoiado na proteção que tem, aplique preços exorbitantes, atenda a uma demanda local quando a necessidade e o interesse social é amplo, deixe de produzir pois mudou de ramo seus negócios. Nestes casos, tendo o Estado concedido o privilégio de exploração e não possuindo o titular interesse social de uso do referido monopólio, sua retomada é mais do que justificada, ela é necessária e útil” (*Lei de Propriedade Industrial do Brasil em Discussão na OMC*. Revista da ABPI, nº 55, nov./dez. de 2001, p. 32).

⁵¹ Cf. Débora Andrade Capp, op. cit., p. 106.

forma extremamente limitada para os fins determinados no TRIPS, no caso de patentes farmacêuticas, embora ameaças tenham ocorrido, como veremos adiante.

4.2.2. A exaustão de direitos e as importações paralelas

A importação paralela pode ser entendida como a importação, sem autorização do titular da patente, de produtos patenteados comercializados em outro país. Essa disciplina é regida pelo princípio de exaustão de DPI, previsto no artigo 6 do TRIPS. De acordo com esse princípio, uma vez comercializado o produto patentado, o titular da patente não terá qualquer controle sobre os estágios seguintes de comercialização. Assim, pode-se afirmar que o DPI é exaurido após a primeira venda. Segundo Débora Andrade Capp, “assim, quando ele próprio, ou alguém por ele autorizado, fabrica e coloca o produto patentado no mercado, em relação a esse bem não mais se aplica nenhum direito do titular”.

Por exemplo, se a empresa “X” é titular de patente de um medicamento produzido no México, mas vende esse mesmo produto na Argentina a preço inferior, outras empresas poderiam comprar o medicamento mais barato na Argentina para importá-lo no México por um preço inferior ao já comercializado pela empresa “X”. Essa prática é denominada *importação paralela*, que se distingue da importação normal de um produto patentado por ser realizada sem o consentimento do titular da patente.

Dessa forma, a importação paralela favorece a concorrência uma vez que leva à redução dos preços no mercado do país importador, onde o mesmo produto era vendido a preço mais elevado.

Vale lembrar que o artigo 6 do TRIPS exclui a disciplina da exaustão de direitos da jurisdição do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Assim, os Membros estão livres para estabelecer ou não regras sobre importações paralelas e exaustão em suas leis nacionais. Nesse sentido, o artigo 43, IV da Lei nº 9.279/96 regula o princípio da exaustão de direitos, considerando o mesmo como uma exceção aos direitos do titular da patente.

Não obstante, a matéria ainda gera controvérsias entre vários países, principalmente pela ausência de regulamentação internacional. Enquanto alguns afirmam que as importações paralelas favorecem a concorrência, outros alegam que a prerrogativa poderia vir a prejudicar os direitos legítimos do titular da patente⁵². A verdade é que a permissão ou proibição de importações paralelas deveria variar caso a caso.

⁵² A Comunidade Européia, por exemplo, tem permitido as importações paralelas de medicamentos

Apesar de parecer benéfico à concorrência, essa prática pode vir a desencorajar as empresas farmacêuticas titulares de patentes a vender medicamentos a preços diferenciados conforme a realidade de mercado de cada país. Essa prática é denominada *discriminação de preços*, também conhecida como diferenciação, equidade ou nivelção de preços⁵³.

Por meio dessa prática, as empresas farmacêuticas poderão vender os medicamentos patenteados a preços relativamente baixos para países em desenvolvimento, normalmente mais próximos ao custo marginal, enquanto que nos países desenvolvidos, a preços mais elevados, tornando o medicamento mais acessível a um número maior de pessoas. Essa prática permite que o titular da patente maximize seus lucros.

Segundo Calixto Salomão Filho, a discriminação de preços permite que o produtor obtenha de cada consumidor exatamente aquilo que este pode dar, permitindo-lhe andar ao longo da curva da demanda, cobrando de cada consumidor um preço diferenciado (discriminação perfeita)⁵⁴.

Dessa forma, a ausência de regulamentação de importações paralelas desencoraja a prática de discriminação de preços de medicamentos, uma vez que nações mais desenvolvidas poderiam importar produtos mais baratos de nações menos desenvolvidas, prejudicando os rendimentos lucrativos das empresas farmacêuticas titulares de patentes.

Assim, seria de grande valia a criação de regras básicas para determinar em quais situações as importações paralelas devem ser autorizadas ou proibidas, para que haja um equilíbrio mais adequado entre os direitos legítimos do titular da patente e a livre concorrência.

medicamentos envolvendo os Países do bloco. Por outro lado, tem proibido importações paralelas de medicamentos provenientes de países fora da Comunidade. Países em desenvolvimento como Argentina, Tailândia e África do Sul, permitem as importações paralelas. O Congresso norte-americano já tentou aprovar leis que permitiriam a re-importação de medicamentos do Canadá e do México, onde os preços cobrados pelas empresas titulares de patentes tendem a ser inferiores se comparados aos preços cobrados nos EUA. No entanto, os projetos de lei foram bloqueados tanto na administração Clinton, quanto na administração Bush, devido às dificuldades que teriam para estabelecer controle de qualidade e padrões de rotulagem (Cf. F.M. Scherer e Fayashree Watal, op. cit., p. 929).

⁵³ Para um estudo mais aprofundado, confira Peter F. Hammer. *Differential Pricing of Essential AIDS Drugs: Markets, Politics and Public Health*. Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2002, pp. 883-912.

⁵⁴ Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 136.

5. Os conflitos internacionais e a solução buscada em Doha

5.1. Os conflitos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento

A possibilidade de uso de licenças compulsórias e de importações paralelas de medicamentos foi objeto de conflitos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. De um lado, as grandes multinacionais farmacêuticas, pressionando os governos das nações desenvolvidas, principalmente os EUA, a União Européia e o Japão, e de outro, Brasil, Índia, África do Sul, dentre outras nações emergentes, que iniciaram programas sociais para a redução de incidência de HIV/AIDS utilizando medicamentos genéricos e ameaçando utilizar a licença compulsória para alguns antiretrovirais (ARV) patenteados, colocados no mercado a preços inacessíveis para a maioria da população desses países.

O governo brasileiro, por exemplo, em 2001, baseado nas disposições relativas à licença compulsória no TRIPS e na Lei nº 9.279/96, ameaçou conceder licença compulsória de dois medicamentos ARV, Efavevrenz, da empresa americana Merck Sharp & Dohme, e Nelfinavir, da empresa suíça Roche, se as multinacionais não reduzissem os preços. Assim, ambas negociaram com o governo brasileiro uma redução de quase 60% nos preços de cada medicamento.

Não obstante, como represália, o governo norte-americano entrou em janeiro de 2001 com um pedido de consultas na OMC para questionar a lei brasileira de propriedade industrial, que permite o uso de licença compulsória pela não exploração local da patente. Os EUA alegaram que a prerrogativa estabelecida na lei brasileira violaria os princípios de não discriminação da OMC, incorporados também no Acordo TRIPS⁵⁵. Em junho do mesmo ano, o governo norte-americano entrou em acordo com o governo brasileiro e retirou o caso, embora os conflitos entre a indústria farmacêutica e os países em desenvolvimento tenham persistido.

Na África do Sul, onde a incidência de HIV/AIDS e o problema do acesso a medicamentos são ainda piores que no Brasil, os EUA e a Comunidade Européia, pressionados pelas grandes empresas farmacêuticas multinacionais, iniciaram campanhas agressivas contra o governo desse país, ameaçando inclusive impor sanções comerciais e econômicas para tentar atrasar a implementação da reforma da legislação de saúde pública, que garantiria

⁵⁵ O princípio da não-discriminação engloba tanto o sub-princípio da nação mais favorecida (NMF), entendido como a proibição de tratamento diferenciado e discriminatório entre os Membros, quanto o sub-princípio do tratamento nacional, entendido como a proibição de tratamento diferenciado e discriminatório entre produtos nacionais e estrangeiros.

melhores condições de acesso a medicamentos pela população através do uso de licenças compulsórias e de importações paralelas⁵⁶.

Além disso, as empresas farmacêuticas entraram com processos judiciais contra o governo da África do Sul e de outros países africanos com o mesmo intuito de atrasar a aprovação da reforma. No entanto, os protestos de várias ONGs, envolvendo inclusive a mídia internacional, fez com que as ameaças dos EUA e da Comunidade Européia fossem abafadas. As pressões das ONGs resultaram também na retirada dos processos iniciados pela indústria farmacêutica, cuja imagem na mídia já estava bastante prejudicada⁵⁷.

Como tentativa de resolver os conflitos, algumas organizações internacionais, tais como a OMS, a UNCTAD⁵⁸, a OMPI e a OMC, passaram a buscar instrumentos úteis que poderiam ser implementados para garantir melhores condições de acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. Não obstante, apenas na OMC o tema foi discutido de forma mais objetiva, já que os Membros passaram a debater no Conselho do TRIPS sobre as opções que poderiam ser implementadas até a IV Conferência Ministerial da organização, em novembro de 2001, quando uma solução deveria ser negociada.

5.2. A conferência de Doha e a declaração sobre TRIPS e saúde pública

Durante a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha, Qatar, realizada em novembro de 2001, os Membros tiveram a oportunidade de negociar opções para garantir o acesso a medicamentos essenciais pela população dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, bem como discutir a legalidade de instrumentos como a licença compulsória e a importação paralela de medicamentos.

Assim, os países desenvolvidos, liderados pelos EUA e pressionados pelo lobby da indústria farmacêutica multinacional, declararam que as patentes não poderiam ser consideradas como um obstáculo ao acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento, já que o preço seria apenas um fator na equação da saúde pública e que a licença compulsória deveria ser usada de forma extremamente limitada. Ainda, alegaram que as exceções aos direitos patentários deveriam ser igualmente limitadas e sugeriram que o TRIPS não deveria permitir que cada Membro determinasse livremente sua própria política de importações paralelas.

⁵⁶ Fredeerick M. Abbott, op. cit., p. 471.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento.

Por outro lado, os países em desenvolvimento procuraram demonstrar que não há nenhuma disposição no TRIPS que proíba os Membros de tomarem as medidas necessárias para proteger a saúde pública. Ainda, lembraram os acontecimentos que sucederam os ataques terroristas de 11 de setembro, quando os EUA foram surpreendidos com a ameaça bioterrorista do Anthrax. Nessa oportunidade, o governo norte-americano ameaçou conceder a licença compulsória da patente do medicamento Cipro, antibiótico próprio para o tratamento do vírus Anthrax, caso a Bayer, titular da patente, não reduzisse os preços. Dessa forma, os países em desenvolvimento, liderados pelo Brasil, declararam que as ameaças dos EUA aos países que recorriam à licença compulsória eram inconsistentes com sua própria política nacional. Alegaram também que a licença compulsória é um instrumento eficaz não apenas para lidar com situações de emergência nacional, mas também para combater práticas anticompetitivas.

Como resultado, os países em desenvolvimento conseguiram aprovar uma Declaração Ministerial separada do texto que acolheu as demais questões comerciais. Assim, a Declaração Ministerial sobre o TRIPS e Saúde Pública assegurou os direitos dos Membros de tomarem as medidas necessárias para proteger a saúde pública, bem como para assegurar o acesso a medicamentos para todos. A declaração reconheceu também que cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias e a liberdade de determinar as bases sobre as quais são concedidas essas licenças. Além disso, a declaração determinou que o efeito das disposições do Acordo TRIPS que são relevantes para a exaustão dos direitos de propriedade intelectual é o de deixar cada Membro livre para estabelecer seu próprio regime para essa exaustão sem desafio⁵⁹.

É importante ressaltar também que a declaração reconheceu que cada Membro tem o direito de determinar o que constitui emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, sendo entendido que as crises de saúde pública, incluindo as relativas a HIV/AIDS, tuberculose, malária e outras epidemias, podem representar emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência.

Apesar das principais passagens da Declaração demonstrarem uma aparente vitória dos países em desenvolvimento, o parágrafo 6 do texto reconhece que há muitos países menos desenvolvidos com capacidade de fabricação insuficiente ou sem essa capacidade no setor farmacêutico que poderão enfrentar dificuldades ao fazer uso eficaz de licenças compulsórias com base no TRIPS. Não obstante, o Conselho do TRIPS foi formalmente instruído para que encontre uma solução rápida para este problema e a relate ao Conselho Geral da OMC até o final de 2002⁶⁰.

⁵⁹ Cf. Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública, parágrafo 5.

⁶⁰ Cf. Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública, parágrafo 6.

Essa questão resulta do artigo 31 (f) do TRIPS que determina que a licença compulsória deve ser concedida predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que a concedeu. Assim, havia controvérsias sobre a possibilidade de um país fabricar medicamentos genéricos sob licenciamento compulsório e exportá-los para países sem capacidade de fabricação local⁶¹.

Não obstante, a questão foi resolvida apenas em agosto de 2003, quando os países desenvolvidos e em desenvolvimento finalmente alcançaram um consenso. Pelo acordo, os medicamentos genéricos fabricados sob concessão de licença compulsória somente poderão ser exportados em situações emergenciais⁶².

Por todo o exposto, a Declaração sobre TRIPS e Saúde Pública representa um marco importante no cenário internacional por reconhecer pela primeira vez a saúde pública como uma questão mundial e não mais apenas local. Assim, o texto estabelece o equilíbrio necessário entre as regras de comércio multilateral e as necessidades internas de cada Membro.

Nesse sentido, pode-se afirmar que enquanto o TRIPS estabelece padrões mínimos de proteção patentária, os Membros estão autorizados a tomar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e para coibir o abuso do poder econômico por titulares de patentes farmacêuticas, que restringem demasiadamente o acesso a medicamentos pela população dos países em desenvolvimento.

6. Considerações finais

A proteção de DPI é importante para estimular a indústria farmacêutica a investir em P&D para a criação de novos medicamentos. Assim, sem proteção patentária, necessária para assegurar o retorno dos investimentos e ainda garantir resultados lucrativos, as empresas seriam desencorajadas de gastar bilhões de dólares anualmente para descobrir novos tratamentos e medicamentos⁶³.

⁶¹ Segundo Maristela Basso e Thiago Luchesi, a saída para os países em menos desenvolvimento relativo seria, então, importar de outros países em desenvolvimento, que por razões de emergência nacional local podem quebrar patentes e produzir os medicamentos genéricos necessários e exportar o excedente. Como é o caso de Brasil e Índia, que têm condições de produzir medicamentos localmente e exportar possível excedente (“As Chagas na Saúde Pública”, artigo publicado no jornal Valor Econômico, em 8 de setembro de 2003).

⁶² Não cabem aqui maiores considerações sobre esse assunto, que merece análise mais aprofundada em trabalho próprio para esse fim.

⁶³ Segundo Mike Moore, “pessoas antes dos lucros pode soar como um bom slogan, mas se não houvesse proteção dos DPI, tanto o capital, quanto os investimentos, iriam para outras áreas que oferecessem melhores retornos e menos constrangimentos (*A World Without Walls: Freedom, Development, Free Trade and Global Governance*, p. 162).

Entretanto, qualquer direito está sempre sujeito a certas limitações, assim como os direitos de propriedade em geral e os DPI. Assim, o Acordo TRIPS estabelece a flexibilização e as limitações necessárias para permitir que os Membros da OMC tomem as medidas cabíveis para coibir abusos injustificados de DPI, tais como práticas anticompetitivas ou abuso do poder econômico no mercado, e para lidar com emergências nacionais relativas a questões de saúde pública.

No que se refere ao problema do acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento, estas salvaguardas disponibilizadas pelo TRIPS são importantes para prevenir que empresas farmacêuticas titulares de patentes, abusando do monopólio legal conferido pelo direito exclusivo, imponham preços excessivos no mercado, tornando os medicamentos inacessíveis para a maioria da população de países emergentes. Esse é o papel que instrumentos como a licença compulsória podem cumprir.

É importante frisar que no Brasil a nossa Lei Antitruste dispõe expressamente sobre a repressão ao abuso do poder econômico, inclusive quando praticado por titulares de patentes, assim como a nossa Lei de Propriedade Intelectual, que prevê a concessão de licença compulsória também para esse caso. Por isso é imprescindível a atuação dos órgãos de defesa da concorrência, CADE, SDE e SEAE, bem como do órgão responsável pela propriedade industrial, INPI, e também do órgão responsável pela saúde pública, a ANVISA, que poderão cooperar em conjunto para garantir a livre concorrência e a livre iniciativa, além do bem estar dos consumidores, que devem ter asseguradas condições adequadas de acesso aos medicamentos mais essenciais.

Vale lembrar ainda que o problema das condições de acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos não resulta apenas do uso abusivo de patentes farmacêuticas. Mesmo quando não há abuso do poder econômico, os preços dos medicamentos patenteados são naturalmente superiores aos preços dos não patenteados, já que o titular da patente deve, necessariamente, recuperar os elevados investimentos em P&D despendidos para a criação de novos medicamentos para a população.

Dessa forma, para que o problema seja amplamente solucionado, é extremamente importante a participação das instituições internacionais, já que as questões de saúde pública deixaram de ser, há muito, um problema local para tornar-se global, reconhecido nas Nações Unidas, na OMC e na OMS. Dessa forma, as condições de acesso a medicamentos afetam toda a comunidade internacional, sendo que essa questão é considerada matéria sujeita à proteção humanitária. Foi assim na criação do Fundo Global, pela ONU, e na Conferência de Doha, na OMC.

Dessa forma, vale citar o pensamento de um dos grandes filósofos contemporâneos, Peter Singer, que parece concordar com a necessidade de maior

engajamento das instituições internacionais nas questões aqui apontadas: “(...) quanto mais e mais questões demandarem soluções globais, diminui a extensão pela qual qualquer Estado pode independentemente determinar seu futuro. É necessário, assim, fortalecer as instituições responsáveis por decisões globais e fazê-las mais responsáveis pelas pessoas que afetam”⁶⁴.

Alcançar esse objetivo é um dos mais importantes desafios da comunidade internacional nesse novo milênio.

Bibliografia

ABBOTT, Frederick M. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*. Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2002, pp. 469-505.

BAPTISTA, Luiz Olavo, RODAS, João Grandino e SOARES, Guido Fernando Silva (Organizadores). *Normas de Direito Internacional*, Tomo III, Vol. 1. São Paulo: LTr, 2000.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: A Aplicação do Acordo TRIPS*. Rio de Janeiro, 2003.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____ e LUCHESI, Thiago. *As Chagas na Saúde Pública*. Jornal Valor Econômico, ano 4 – nº 839 – Legislação & Tributos, 8 de setembro de 2003.

_____, ESTRELA, Ângela e FLOH, Fábio. A Lei de Patentes Brasileira e as Regras da Organização Mundial do Comércio. Revista da ABPI – nº 55, 2001.

BELTRAME, Priscila Akemi. Lei de Propriedade Industrial do Brasil em Discussão na OMC. Revista da ABPI – nº 55, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Política de Patentes e o Direito da Concorrência”. In: PICARELLI, Márcia Flévia Santini e ARANHA, Márcio Iorio (Organizadores). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001.

CAPP, Débora Andrade. “A Função Social da Propriedade Intelectual”. In: FONSECA, Antonio (Organizador). *Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁶⁴ Peter Singer. *One World: The Ethics of Globalization*, p.

DIAS, José Carlos Vaz e. *Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste*. Revista do IBRAC, Volume 8, nº 7.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência”. In: Estudos em Homenagem a Irineu Strenger. *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994.

FONSECA, Antonio. “Exaustão Internacional de Patentes e Questões Afins”. In: PICARELLI, Márcia Flévia Santini e ARANHA, Márcio Iorio (Organizadores). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

GRABOWSKI, Henry. *Patents, Innovation and Access to New Pharmaceuticals*. Journal of International Economic Law. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 2002, pp. 849-860.

HAMMER, Peter F. Differential Pricing of Essential AIDS Drugs: Markets, Politics and Public Health. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 2002, pp. 883-912.

LAL DAS, Bhagirath. *The World Trade Organization: A Guide to the Framework for International Trade*. London: Zed Books, 1999.

MONTI, Mario. EC Antitrust Policy in the Pharmaceutical Sector. Alliance Unichem Conference, Brussels, 2001.

MOORE, Mike. *A World Without Walls: Freedom, Development, Free Trade and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A Proteção Jurídica das Invenções de Medicamentos e de Gêneros Alimentícios*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

OLIVEIRA, Viviane Perez de. *Exploração Patentária e Infração à Ordem Econômica*. Revista de Direito Público Econômico, ano 1, nº 1, 2003, pp. 261-279.

TEIXEIRA, Daniel Pezzutti Ribeiro e OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. “O Acordo da OMC sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) e a Legislação Brasileira: Considerações sobre a Questão da Licença Compulsória”. In: MERCADANTE, Araminta e MAGALHÃES, José Carlos de (Coordenadores). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*, Volume III. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 2003.

THORSTENSEN, Vera. OMC: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, 2ª edição. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SHERER, F. M., and WATAL, Fayashree. *Post-TRIPS Options for Access to Oatented Medicines in Developing Nations*. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 913-939.

SINGER, Peter. *One World: The Ethics of Globalization*. New Haven: Yale University Press, 2002.

World Health Organization (WHO). *HIV/AIDS Antiretroviral Newsletter. Regional Office for the Western Pacific*, December 2002, issue n. 8.

WTO. *Trips and Pharmaceutical Patents*, fact sheet, April 2001.

A DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Ana Paula Martinez

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistemas executores das políticas de defesa da concorrência e do consumidor, 2.1 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, 2.2 O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; 3. O consumidor como destinatário econômico final das normas concorrenciais; 4. Proteção jurídica mediata ou imediata dos consumidores pelas normas concorrenciais; 5. Disposições da Lei nº 8.884/94 que se referem expressamente aos consumidores; 6. Grupos de Regras do CDC que podem interferir nas relações concorrenciais; 7. A consideração conjunta dos princípios de defesa da livre concorrência e do consumidor na implementação de políticas públicas; 8. Condutas anticoncorrenciais prejudiciais aos consumidores em âmbito mundial e necessidade de cooperação internacional entre autoridades; 9. Conclusão; Bibliografia

1. Introdução

“Competition policy is primarily a mean of consumer protection. The linking of consumer policy and competition policy emphasizes their contribution to the maintenance of an effective market.”

Iain Ramsay¹

A construção de uma política econômica que vise a harmonizar as relações de consumo está intimamente ligada à construção de uma política de defesa da concorrência. Na esfera constitucional, a defesa do consumidor, disposta no artigo 170, inciso V, encontra-se ao lado da defesa da livre concorrência, prevista no inciso IV do mesmo artigo, ambos princípios da ordem econômica. Essa pluralidade de interesses é repetida na legislação infra-constitucional, tanto no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; “CDC”) quanto na lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994).

¹ Iain Ramsay. *Consumer protection: text and materials*, London: Wedenfeld and Nicolson, 1989, p. 74.

Com efeito, o mercado somente existe para atender as necessidades do consumidor. Como lembra Adam Smith², o consumo é o único objetivo da produção e o interesse do produtor em produzir termina no exato momento em que as necessidades do consumidor são atendidas. É, assim, o consumidor o destinatário econômico final das normas concorrenciais, uma vez que toda a produção é dirigida ao seu consumo. Com a manutenção de um ambiente competitivo, garantem-se preços mais baixos, possibilidade de escolha e amplo acesso à informação pelos consumidores. Inegável, portanto, a relação de instrumentalidade entre a defesa da concorrência e o bem-estar do consumidor, sendo as normas concorrenciais importantes meios de tutelar os interesses dos consumidores, tanto de forma indireta quanto, até mesmo, de forma direta.

Tendo isso em vista, objetiva o presente trabalho analisar a relação entre política das relações de consumo³ e política de defesa da concorrência. Será demonstrado que, dado o alto grau de interação entre essas políticas, não é possível a aplicação das mesmas em separado, devendo as mesmas serem harmonizadas, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

2. Sistemas executores das políticas de defesa da concorrência e do consumidor

Antes de passarmos a analisar a interação entre política de defesa da concorrência e política de defesa do consumidor, é fundamental enunciar brevemente a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”).

2.1. O Sistema brasileiro de defesa da concorrência

O SBDC⁴ é formado por três entes da Administração Pública: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”), por meio

² Ver Adam Smith. *A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, capítulo 8.

³ Como a política das relações de consumo tem como faceta principal a defesa do consumidor, política de defesa do consumidor e política das relações de consumo serão tratadas de forma indistinta para os fins do presente trabalho.

⁴ Para mais informações sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ver a página eletrônica do Portal da Concorrência <<http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrencia>>.

O Portal da Concorrência foi criado em junho de 2003 objetivando trazer maior transparência na atuação dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros.

de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”), e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (“CADE”). Tais órgãos atuam tanto no controle das estruturas, que analisa fusões, aquisições, joint ventures e outras transações que resultem em concentração econômica ou de qualquer modo possam afetar a livre concorrência⁵, quanto no controle das condutas, que objetiva reprimir as infrações à ordem econômica.

A SEAE emite pareceres econômicos não vinculativos a respeito de transações sujeitas ao controle das estruturas e possui poderes gerais de monitoramento de preços em diversos setores da economia. Quanto ao controle de condutas, apesar da SEAE não ser obrigada a emitir parecer em um dado processo, o órgão opta por se manifestar nos casos de maior relevância. Por sua vez, a SDE é o principal órgão investigador de condutas anticompetitivas e emite pareceres jurídicos não vinculativos no que diz respeito ao controle de estruturas e de condutas. Finalmente, o CADE é uma autarquia que exerce as funções de tribunal administrativo, decidindo na esfera administrativa todas as questões relacionadas ao controle de estruturas e de condutas. Vale observar que a Constituição Federal Brasileira garante a revisão judicial de qualquer decisão oriunda de um processo administrativo.

2.2. O sistema nacional de defesa do consumidor

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (“SNDC”) é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil para a implementação dos direitos do consumidor e para o efetivo equilíbrio das relações de consumo.

Conforme o CDC, integram o SNDC a SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (“DPDC”), e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de

⁵ As concentrações entre empresas podem ocorrer de forma horizontal, vertical ou por meio da formação de conglomerados. A concentração horizontal é a forma mais comum de concentração entre empresas e se dá em caso de operação que envolva agentes econômicos ativos em um mesmo mercado. Por exemplo, quando um fabricante de isotônicos adquire outro fabricante de isotônicos. A concentração vertical ocorre quando há uma operação entre agentes econômicos situados em diferentes níveis de um processo produtivo. Ocorre, por exemplo, quando um fabricante de isotônicos compra seu fornecedor de engradados para isotônicos. Finalmente, os conglomerados são a forma residual de concentração e ocorrem quando empresas que atuam em mercados distintos sem nenhuma correlação entre si realizam uma operação (por exemplo, quando um fabricante de isotônicos adquire um fabricante de automóveis).

defesa do consumidor. O DPDC tem como principais atribuições⁶: (i) coordenar a política e ações do SNDC, (ii) atuar concretamente naqueles casos de relevância nacional e nos assuntos de maior interesse para a classe consumidora; e (iii) desenvolver ações voltadas ao aperfeiçoamento do sistema, à educação para o consumo e para melhor informação e orientação dos consumidores. Com relação aos demais órgãos de defesa do consumidor, merecem ser citados os Procons (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor), os Ministérios Públicos e as entidades organizadas da sociedade civil que defendem o consumidor.

3. O consumidor como destinatário econômico final das normas concorrenciais

Tendo dito isso, passemos à consideração do consumidor pelas normas concorrenciais. Todas as escolas concorrenciais são unânimes em apontar o consumidor como destinatário econômico final das normas concorrenciais, indicando o bem-estar do consumidor como objetivo econômico último a ser alcançado pela legislação antitruste. Porém, há uma discordância entre elas no que se entende por “bem-estar do consumidor”. Antes de analisarmos esse conceito, cabe fazer referência à observação de Charles-Etienne Gudin diante da proliferação do uso do termo “bem-estar do consumidor”:

“Le “bien-être” du consommateur! Le mot magique est lâché. De quoi s’agit-il? D’une utopie ou au contraire d’une réalité qui se fonde sur les théories économiques les plus précises? Vraisemblablement les deux, puisque la précision des théories ne les empêche pas de se succéder, voire de se contredire rapidement, ce qui laisse souvent le juriste perplexe sinon même secrètement satisfait⁷”.

A Escola Econômica Neoclássica⁸ indica que as leis antitruste devem ter

⁶ De acordo com as atribuições estabelecidas no artigo 105 do CDC.

⁷ Charles-Etienne Gudin. “Qu’est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence?” in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, Paris, v. 8, n. 3, 1998, p. 223. Em tradução livre: “O “bem-estar” do consumidor! A palavra mágica foi lançada. De que se trata? De uma utopia ou, ao contrário, de uma realidade que se embasa nas teorias econômica mais precisas? Na verdade, dos dois, porque a precisão das teorias não as impede de sucederem-se, de se contradizerem em seguida, o que deixa o jurista perplexo ou mesmo secretamente satisfeito”.

⁸ A Escola Econômica Neoclássica surgiu nos anos 50 na Universidade de Chicago, motivo pelo qual também ficou conhecida como Escola de Chicago. Um dos seus maiores expoentes

apenas um objetivo legítimo, que é a maximalização do bem-estar do consumidor⁹. Isso porque a consideração de outros objetivos na aplicação de normas concorrenciais cria uma situação paradoxal, dado que, em certas situações, bem-estar do consumidor e defesa da concorrência indicam soluções antagônicas. Tal situação poderia ser comprovada em concentrações econômicas. Segundo a escola, se levarmos a extremos a proteção da concorrência, operações que beneficiariam o consumidor com formação de economias de escala poderiam ser vetadas pelas autoridades de defesa da concorrência. O oposto também seria verdadeiro. Esse paradoxo demonstraria que bem-estar do consumidor e defesa da concorrência não poderiam conviver. Assim, o fim da legislação antitruste é o bem-estar do consumidor, entendido para esses teóricos como redução de preços conseguida como resultado da eficiência econômica, que iria, necessariamente, beneficiar o consumidor.

Esse ponto de vista foi contestado pela sua parcialidade, merecendo destaque as críticas oriundas da Escola Ordo-Liberal¹⁰ e de alguns defensores das teorias pós-Chicago. Estes contestam o entendimento de que redução dos custos por meio da formação de economias de escala implica necessariamente na redução dos preços aos consumidores. Isso porque nada garante que os ganhos de escala decorrentes de uma maior eficiência econômica serão revertidos em favor dos consumidores e não totalmente apropriados pelos próprios produtores. Assim, o objetivo último da legislação antitruste deve ser o bem-estar do consumidor, não apenas no sentido de eficiência econômica, mas no sentido de liberdade de escolha, que possibilitará essa repartição.

é Richard H. Bork, cuja obra de grande destaque é *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., New York: The Free Press, 1993.

⁹ Nas palavras de Richard H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 2ª ed., New York: The Free Press, 1993, p. 51, “*The antitrust laws, as they now stand, have only one legitimate goal, and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics (i) The only legitimate goal of American antitrust laws is the maximalization of consumer welfare; therefore (ii) “Competition” for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree*”. Em tradução livre: “As leis antitruste, como elas se encontram agora, têm apenas um objetivo legítimo e esse objetivo pode ser concluído sob qualquer teoria econômica: (i) o único objetivo legítimo das leis antitruste americanas é a maximalização do bem-estar do consumidor; e, portanto; (ii) “Concorrência” para os propósitos de uma análise antitruste, deve ser entendida como um termo que signifique o estado das coisas em que o bem-estar do consumidor não pode ser aumentado por determinação judicial”.

¹⁰ A Escola Ordo-Liberal, também conhecida como Escola de Freiburg, em razão de seus principais expoentes (Professores Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth e Franz Böhm) serem originários da Universidade de Freiburg, surgiu na Alemanha na década de 30. As bases principiológicas da Escola foram reunidas no documento “Ordo-Manifesto” escrito pelos citados professores em 1936.

Com efeito, a eficiência econômica por si só não garante que os ganhos serão de fato repartidos com os consumidores e não simplesmente retidos pelos produtores. E é por meio da proteção da concorrência, garantindo a existência efetiva ou ao menos potencial da liberdade de escolha, que se pode assegurar a repartição desses benefícios com a sociedade.

A liberdade de escolha como objetivo último da legislação antitruste vem sendo apontada por muitos teóricos, especialmente norte-americanos, como o novo paradigma antitruste¹¹. A liberdade de escolha é indicada por Neil W. Averitt e por Robert H. Lande como a essência da soberania do consumidor, que deve ser buscada tanto pela política das relações de consumo quanto pela política de defesa da concorrência. Esses teóricos definem soberania do consumidor como:

“the state of affairs in which the consumers are truly “sovereign” in the sense of having the power to define their own wants and the opportunity to satisfy those wants at prices not greatly in excess of the costs borne by the providers of the relevant goods and services¹²”.

A soberania do consumidor existirá quando estiverem presentes os seguintes elementos: (i) existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência; e (ii) possibilidade dos consumidores escolherem livremente entre essas opções.

Ressalte-se, porém, que o que se busca não é o maior número de opções por si só. Se assim fosse, as autoridades antitruste desaprovavam todas as operações

¹¹ Nesse sentido, ver Neil W. Averitt; Robert H. Lande, “Consumer Sovereignty: A unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law” in *Antitrust Law Journal*, Spring, 1997; Thomas B. Leary, *Freedom as the Core Value of Antitrust in the New Millennium*, Remarks for ABA Antitrust Section 48th Annual Spring Meeting, 2000, in <<http://www.ftc.gov/speeches/leary/learyantitrustspeech.htm>>; Spencer W. Waller, “Antitrust as Consumer Choice: Comments on the New Paradigm” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001; Robert H. Lande, “Proving the Obvious: The Antitrust Laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency)”, in *Hastings Law Journal*, April 1999; Neil W. Averitt; Robert H. Lande, “Consumer Choice: The Practical Reason for both Antitrust and Consumer Protection Law” in *Loyola Consumer Law Review*, 1998; Robert H. Lande, “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001; Gregory T. Gundlach, “Choice as the focus of antitrust: a Marketing Perspective” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001.

¹² Neil W. Averitt; Robert H. Lande, “Consumer Sovereignty cit., p. 2. Em tradução livre: “O Estado das coisas em que os consumidores são verdadeiramente soberanos no sentido de terem o poder de definir seus próprios desejos e de satisfazer esses desejos a preços não muito superiores aos custos suportados pelos fornecedores desses bens ou serviços”.

que implicassem na redução do número de opções disponíveis aos consumidores, como fusões ou aquisições. Visa-se a um equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor.

Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência brasileiras não raramente indicam expressamente o bem-estar do consumidor como objetivo econômico último das normas concorrenciais. A título exemplificativo, vale citar recente parecer da SDE em que se afirma que “(...) *a análise antitruste deve estar sempre norteadada pela busca do bem-estar do consumidor. (...) Destarte, em linha com o que recomenda expressiva literatura antitruste, esta SDE procedeu à análise do ato de concentração sub examine à luz do bem-estar do consumidor*”¹³.” (grifo nosso). A SDE concluiu que a operação deveria ser aprovada, tendo em vista a inexistência de prejuízos ao bem-estar do consumidor, emergindo este como fim último da análise antitruste.

4. Proteção jurídica mediata ou imediata dos consumidores pelas normas concorrenciais

As normas concorrenciais têm interesses bem definidos na tutela do consumidor. Segundo Danièle Meledo Briand¹⁴, esses interesses podem ser de dois tipos: interesse-proteção e interesse-satisfação. Protegendo o consumidor, a norma concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações no mercado, buscando-se a equidade e a boa condução dessas relações. O Direito Concorrencial também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor. Tudo o quanto produzido só faz sentido porque será consumido pelo consumidor, sendo a satisfação dessas necessidades um incentivo à produção. A tutela dos consumidores pelas normas concorrenciais ocorre de várias maneiras. Vejamos:

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁵ aponta que a livre concorrência tutela o consumidor por possibilitar produtos a preços mais competitivos. Em suas palavras, “(...) *a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço*” (grifo nosso).

¹³ Ato de concentração nº 08012.005799/2001-92, parecer emitido em 2 de maio de 2003, versão pública, p. 3-6. Requerentes: Copene Petroquímica do Nordeste S.A. e Odebrecht Química S.A.

¹⁴ Danièle Meledo Briand, “A Consideração dos Interesses do Consumidor e o Direito da Concorrência” in *Revista do Direito do Consumidor*, nº 35, p. 58.

¹⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, A Economia e o controle do Estado, in *O Estado de São Paulo*, 4 de junho de 1989.

Obviamente, preços baixos não é a única garantia que a livre concorrência pode dar aos consumidores. Ela também garante possibilidade de escolha e constante inovação, como apontado acima. Conforme nos expõe Louis Vogel¹⁶:

*“La concurrence par les prix ne doit pas entraîner de la concurrence par la qualité. Le consommateur ne veut pas seulement bénéficier de prix bas, il veut également disposer de produits diversifiés et innovants. Grâce au droit de la concurrence, les autorités publiques contribuent à préserver cette possibilité de choix”*¹⁷.

A existência de um mercado competitivo também garante ao consumidor acesso à informação, o que é de fundamental importância se considerarmos que a assimetria de informações entre consumidores e fornecedores é um dos fatores que permite que o consumidor seja lesado. Como apontado por Menzi Simelane:

*“One of the most significant failures in the promotion of consumer welfare is access to information. This aspect touches upon all consumer protection role players. A market cannot be regarded as fully competitive unless consumers have access to and are able to use all the relevant information about a product’s value, quality, place of origin, and impact on the environment etc.”*¹⁸.

¹⁶ Jérôme Gallot *et alii*, “Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations dans les produits de grande consommation: le bénéfice pour le consommateur” in *Revue de La Concurrence et de la Consommation*, n° 119, jan./fev. 2001, p. 23-30.

¹⁷ Em tradução livre: “A concorrência por preço não deve arrebatar a concorrência pela qualidade. O consumidor não objetiva unicamente beneficiar-se por preços baixos, mas visa igualmente a ter à sua disposição produtos diversos e inovadores. Graças ao Direito da Concorrência, as autoridades públicas contribuem para preservar essa possibilidade de escolha.”

¹⁸ Menzi Simelane, *Opening address delivered by Commissioner Menzi Simelane of the Competition Commission, at The National Consumer Forum Conference on: “Challenges For The National Consumer Forum In The 21st Century”*, 04/05 August, 2000, disponível em <http://www.compro.com.co.za/events/speeches/4-5%20Augustopening_address_delivered_by_com.htm>. Em tradução livre: “Uma das mais significativas falhas na promoção do bem-estar do consumidor é o acesso à informação. Esse aspecto diz respeito a todos os agentes de proteção do consumidor. Um mercado não pode ser visto como plenamente competitivo ao menos que os consumidores tenham acesso e estejam hábeis a utilizar todas as informações relevantes sobre o preço de um produto, sua qualidade, seu lugar de origem, seu impacto no meio ambiente, etc.”

Contudo, a tutela jurídica dos interesses dos consumidores nem sempre se dá de forma imediata pelas normas concorrenciais. Pelo contrário, na maior parte dos casos, essa proteção é mediata, ocorrendo por meio da proteção da “instituição” concorrência. Isso porque, como visto, a concorrência é indispensável para a dinâmica do mercado e o mercado tem por destinatário final o consumidor. A situação de concorrência não pode senão beneficiar os consumidores. O conteúdo do interesse do consumidor, como visto acima, é essencialmente a maior rede de produtos ou serviços a escolher, a melhor relação qualidade/preço e o mais amplo acesso à informação.

Examinemos a proteção contra os atos tendentes à dominação de mercado, previstos no artigo 20, inciso III, da Lei n° 8.884/94. Nesse caso, como apontado por Calixto Salomão Filho, “diretamente o que há é o interesse institucional na proteção da ordem concorrencial e dos interesses dos consumidores que serão eliminados do mercado pelos referidos atos¹⁹”. É apenas indiretamente que o consumidor tem seu interesse tutelado.

Um dos atos tendentes à dominação de mercado mais comuns é a prática de preços predatórios, em que o produtor-predador incorre em prejuízos no presente com o fim de eliminar concorrentes, para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros próximos do nível monopolista²⁰. Note que, em um primeiro momento, o consumidor é beneficiado, uma vez que bens/serviços são ofertados no mercado a preços inferiores aos anteriormente praticados. Assim, se o interesse do consumidor fosse tutelado imediatamente, essa prática seria lícita. Porém, o interesse maior dos consumidores é a existência de um mercado competitivo, situação que não restaria no caso de prática de preços predatórios durante período suficiente para a eliminação dos concorrentes. Por isso que o interesse do consumidor - mercado competitivo/liberdade de escolha - é mediado pela proteção dos concorrentes. Sob tal prisma, a prática é ilícita e deve ser punida nos termos da legislação antitruste.

As normas que prevêm a ilicitude dos acordos de exclusividade que visam à dominação de mercado também tutelam o consumidor mediamente. Por meio dos acordos de exclusividade, os compradores de determinado bem

¹⁹ Calixto Salomão Filho, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados – Análise Jurídica*, Tese Apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 91.

²⁰ Para um estudo aprofundado de preços predatórios, ver Phillip Areeda; D. Turner, “Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act” in *Harvard Law Review* n. 88, 1975 e Paul Joskow; Alvin Klevorick, “A framework for analyzing predatory pricing policy” in *Yale Law Journal* n. 89, 1979.

ou serviço comprometem-se a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor - ou vice-versa - ficando proibidos de comercializar os dos rivais. Inegável o caráter de mediação que a proteção da concorrência tem para a proteção dos interesses dos consumidores neste caso. Se a cláusula de exclusividade fosse aceita e não havendo produtos similares acessíveis no mercado, o consumidor veria reduzidas suas opções de compra de produtos ou contratação de serviços²¹.

No caso de concorrência desleal, o consumidor também é tutelado de forma mediata na maior parte dos casos. O consumidor só será destinatário direto das normas quando puder ser comprovado que é diretamente por meio dele que tal conduta anticoncorrencial se pratica. Como exemplo, pode-se citar a concorrência desleal por meio de publicidade enganosa - meio dirigido diretamente aos consumidores - que contenha informações falsas sobre concorrentes. Ressalte-se, contudo, que mesmo nos casos em que o consumidor for tutelado diretamente, o concorrente sempre será objeto dessa tutela direta também.

O interesse dos consumidores é igualmente tutelado de forma mediata no caso de análise de estruturas concorrenciais pelos órgãos antitruste. O que se visa preservar é a existência de uma concorrência efetiva, sendo os interesses dos consumidores a justificação última da aplicação das normas, mas considerados de forma mediata.

Pode-se apontar apenas um grupo de ilícitos em que os consumidores serão sempre tutelados de forma direta pelas normas concorrenciais, qual seja, o abuso de posição dominante. Vejamos.

Como aponta Calixto Salomão Filho, no caso de abuso de posição dominante, “é inquestionável a existência de uma relação direta entre o agente que pratica o ilícito e o consumidor. (...) Ali está, na verdade, o centro nervoso do direito concorrenciais em matéria de proteção ao consumidor²²”. O que a lei antitruste pune não é a posição dominante por si só, que pode ser natural, dependendo do mercado, ou conquistada pelo bom desempenho do agente econômico. Ilícito é o abuso dessa posição, previsto no artigo 20, inciso IV, da

²¹ A título ilustrativo, vale citar recente decisão do CADE na análise de processo administrativo (Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82) que averiguou cláusulas de exclusividade nos contratos entre o Shopping Iguatemi e os lojistas deste shopping que impedia tais lojistas de instalarem-se em determinados centros comerciais da cidade de São Paulo. O relator do processo, Conselheiro Roberto Pfeiffer, votou pela condenação do Shopping Iguatemi, uma vez que tal cláusula de exclusividade restringiu o mercado para os concorrentes, prejudicando indiretamente os consumidores.

²² Calixto Salomão Filho, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados cit.*, pp. 93-94, *passim*.

Lei nº 8.884/94²³, que trará conseqüências diretas para o consumidor, o que justifica sua tutela imediata. Práticas como a venda casada, o abuso de preços e a discriminação de preços podem ser decorrentes do abuso de posição dominante.

Na venda casada, o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira outro bem ou serviço que não lhe trará utilidade²⁴. Essa prática pode constituir uma forma de burlar os limites de preços fixados pelo Governo em caso de mercados regulados, prejudicando os consumidores²⁵. Os consumidores também são lesados quando uma determinada empresa, detentora de posição dominante em um certo mercado, passa a vincular a venda de seu produto desse mercado à venda de um produto que esteja lançando em um outro mercado. Imagine, por exemplo, uma empresa detentora de posição dominante no mercado de cervejas que passe a vincular a venda desta à compra de um biscoito salgado que esteja lançando no mercado. Nesse caso, o consumidor terá que levar um produto em que não está interessado porque a empresa passa a não vender o primeiro produto separadamente. O artigo 21, inciso XXIII, da Lei nº 8.884/94²⁶ prevê a ilicitude dessa conduta.

A previsão de ilicitude do abuso de preços decorrente de abuso de posição dominante também é uma norma concorrencial que tutela diretamente os interesses dos consumidores. A Lei nº 8.884/94, em seu artigo 21, inciso XXIV, prevê como prática anticoncorrencial a imposição de preços excessivos ou o aumento sem justa causa de preço de bem ou serviço. É a própria lei concorrencial que define o que se deve considerar preço abusivo²⁷. Inquestionável

²³ Art. 20, IV, Lei nº 8.884/94: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: exercer de forma abusiva posição dominante”.

²⁴ O preenchimento desse requisito é fundamental, sendo o motivo pelo qual, por exemplo, a venda de um par de sapatos não seja considerada prática ilícita, uma vez que o casamento é natural e traz utilidade ao consumidor.

²⁵ Por exemplo, o Governo determina que em um mercado regulado o preço máximo do produto “A” deve ser “x”. Para burlar essa norma, uma determinada empresa atuante nesse mercado passa a vender o produto “A” conjuntamente com o produto “B”, praticando o preço “x+1”. O consumidor é diretamente lesado, na medida em que para obter o produto “A” passa a ter que adquirir o produto “B” sem que esse lhe trague utilidade, pagando um preço mais caro pelo produto “A”, de forma maquiada.

²⁶ “Art. 21, XXIII. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;”

²⁷ Entre outras variáveis será considerado abusivo aquele aumento não justificável pelo com-

o dano direto que essa prática traz ao consumidor, que terá que pagar um preço mais elevado por um produto ou serviço injustificadamente.

Finalmente, a discriminação de preços decorrente de abuso de posição dominante. Nesta, o produtor utiliza sua posição dominante no mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando entre consumidores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e, assim, elevar seus lucros²⁸. Essa discriminação de preços se dá por meio de uma variedade de formas, como a recusa de vendas ou a própria venda casada. Com efeito, a estratégia concorrencial ideal de um produtor é cobrar do consumidor exatamente o que cada um está disposto a pagar por um determinado bem ou serviço em decorrência de sua utilidade. A grande dificuldade é conseguir determinar essa utilidade. É a venda casada que, muitas vezes, fornece meios para descobrir essa utilidade. Por exemplo, uma empresa que venda máquinas fotográficas. Ao vender a máquina, a empresa não consegue impor um preço diferente aos consumidores, uma vez que não sabe a utilidade que a mesma terá para cada um. Contudo, pode subordinar a venda da máquina fotográfica ao cartucho de filme que será usado na máquina (a máquina deve ser incompatível com cartuchos de outras marcas). Foi possível, então, determinar a utilidade que a máquina terá para cada consumidor, uma vez que quanto mais cartucho de filme o consumidor utilizar, maior é a utilidade da máquina para ele. Descarrega-se, assim, o sobrepreço monopolista por meio dessa discriminação de preços, havendo prejuízos diretos ao consumidor²⁹. A discriminação perfeita de preços decorrente de abuso de posição dominante está prevista como conduta ilícita no artigo 21, inciso XII³⁰.

portamento do custo dos respectivos insumos ou pela introdução de melhorias de qualidade. (ver parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 8.884/94).

²⁸ Cabe ressaltar que essa prática não é intrinsecamente anticoncorrencial, uma vez que, embora aumentando os lucros do produtor, pode não afetar o bem-estar dos consumidores, ao não restringir ou até aumentar o volume de transações no mercado. Por exemplo, em serviços de utilidade pública, tal prática reflete, freqüentemente, a presença de categorias de consumidores com níveis muito díspares de consumo; em vista de elevadas economias de escala, torna-se, como regra geral, eficiente cobrar menos de consumidores que adquiram maiores volumes.

²⁹ Cabe ressaltar que, em casos em que uma determinada empresa tenha controle total sobre uma rede ou infra-estrutura essencial, a discriminação de preços pode servir para elevar o custo do concorrente, devendo os interesses deste também serem tutelados.

³⁰ “Art. 21, XII. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.”

5. Disposições da lei nº 8.884/94 que se referem expressamente aos consumidores

A Lei nº 8.884/94 apresenta inúmeros dispositivos que fazem referência expressa aos consumidores. Iremos analisar abaixo os seus artigos 1º, 27, inciso V, 29, 30, 54, § 1º, inciso II, e § 2º, 55 e 83.

Logo em seu artigo 1º, a Lei nº 8.884/94 prevê que se orienta pelos ditames constitucionais de “liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, *defesa dos consumidores* e abuso do poder econômico” (grifo nosso). Tal artigo torna inequívoca a posição que os consumidores ostentam frente às normas de defesa da concorrência, devendo a proteção de seus interesses servir como diretriz para o aplicador de tais normas.

O artigo 27 da mesma lei prevê critérios para a dosimetria da pena a ser aplicada em casos de infração à ordem econômica. Em seu inciso V, aponta como critério o grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores. Há, portanto, uma correlação entre a pena e o dano ou perigo de dano causado pela conduta anticoncorrencial ao consumidor: quanto maior o grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores, maior deve ser a pena a ser aplicada ao agente econômico que teve conduta anticoncorrencial.

Por sua vez, o artigo 29 da lei brasileira de defesa da concorrência garante aos consumidores e àqueles legitimados no artigo 82 do CDC³¹, o direito de ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica. Esse artigo tem como fundamento principal o acesso à justiça no sentido de proteger os interesses dos consumidores contra práticas anticompetitivas, principalmente nas hipóteses de reparações coletivas dos danos sofridos.

O artigo 30 da Lei nº 8.884/94 possibilita aos consumidores iniciarem um processo administrativo com o objetivo de fazer cessar práticas anticompetitivas, o que mais uma vez evidencia a relação de instrumentalidade existente entre proteção do consumidor e defesa da concorrência. Nesse sentido, há dados que demonstram que o consumidor, além de lançar mão de órgãos como o Procon, também vem recorrendo ao SBDC para defender seus interesses³².

³¹ “Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

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 protegidos por esse Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”.

³² Pesquisa realizada no Projeto Consumo e Concorrência coordenada pela Universidade de

O artigo 54 da Lei n° 8.884/94, que trata do controle estrutural de atos de concentração pelo SBDC, prevê, em seu § 1º, inciso II, que o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput* desde que atenda, entre outras condições, a distribuição eqüitativa dos benefícios do ato entre seus participantes e os consumidores. Assim, a consideração dos interesses do consumidor, na forma de distribuição eqüitativa dos benefícios decorrentes de um determinado ato de concentração, emerge como condição à sua aprovação. O § 2º do mesmo artigo prevê que determinados atos podem ser aprovados, mesmo que não cumpram todas as condições do §1º (ao menos três devem ser cumpridas), quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e desde que não impliquem prejuízos ao consumidor.

A fim de atingir os objetivos visados, entre os quais a proteção dos interesses dos consumidores, o artigo 55 da Lei n° 8.884/94 prevê a revisão da decisão do CADE pelo próprio órgão, de ofício ou mediante provocação da SDE, caso não forem alcançados os benefícios buscados. Com efeito, é praticamente impossível prever se de fato uma determinada concentração de empresas trará prejuízos aos consumidores. Aí está a validade de tal dispositivo, que permite a revisão da decisão do CADE em relação a um ato de concentração que dele não tenha decorrido os benefícios da distribuição eqüitativa ou, na pior das hipóteses, tenha trazido prejuízos diretos ao consumidor.

Por fim, o artigo 83 da referida lei prevê a utilização subsidiária do CDC à lei de defesa da concorrência, sendo mais um indicativo da existência da relação entre defesa do consumidor e defesa da concorrência.

6. Grupos de regras do CDC que podem interferir nas relações concorrenciais

Já vimos que as regras concorrenciais podem interferir nas relações

Coimbra, com a participação da Universidade de São Paulo (parte do resultado da pesquisa foi publicado em José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito da Concorrência e Direito do Consumidor” in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9, n. 34. São Paulo, abril/junho 2000, p. 79-87) nos indica quais são as principais queixas dos consumidores feitas ao SBDC. Em 1997, houve 25 processos administrativos instaurados por associações de consumidores, pelo Ministério Público ou pela SDE a pedido de consumidores. Destes, 52% dizia respeito a aumento abusivo de preços, 12% a aumento arbitrário de lucros, 8% a dominação de mercado e 8% a formação de cartel. O Relatório Anual publicado pelo CADE em 2001 aponta que em 2000, dos processos administrativos instaurados por consumidores isoladamente, por associações de consumidores ou a pedido de consumidores julgados, a maior parte deles relacionado também a aumento abusivo de preços. Comprova-se na prática a razão pela qual o combate a preços abusivos decorrentes de abuso de posição dominante pelas norma concorrenciais ser considerado como tutela direta do consumidor.

de consumo. O contrário também é verdadeiro, i.e., há regras do CDC que podem interferir diretamente nas relações concorrenciais. Assim, como apontado por Paula Forgioni, pode acontecer que um mesmo suporte fático desencadeie a incidência de normas de defesa do consumidor e de normas de defesa da concorrência³³. Seguindo divisão proposta por Calixto Salomão Filho³⁴, dois são os grupos principais dessas regras: (i) regras que se relacionam à regulamentação geral da publicidade; e (ii) regras sobre coerção do consumidor baseadas na manipulação da oferta de um determinado produto ou serviço.

Analisemos o primeiro grupo. Publicidade é “toda informação dirigida ao público com o objectivo de promover, direta ou indirectamente, uma actividade económica³⁵”. Extremo é o valor das regras de publicidade para o direito concorrencial, uma vez que a publicidade é importante meio de estimular a concorrência³⁶. Nesse sentido, ao analisar a publicidade de preços, Timothy J. Muris ressaltou o papel que esta representa para o consumidor e para a existência de um ambiente competitivo:

“Checking the newspaper ads or watching a commercial are far easier than visiting competing sellers or even telephoning to determine prices. Because shopping for the lowest price through advertising is less costly, consumers shop more, and sellers have powerful incentives to cut prices to attract consumers. Studies of restrictions on advertising have repeatedly found that the inability to advertise prices increases prices.”³⁷

³³ Paula Forgioni, Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 248.

³⁴ Calixto Salomão Filho, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados cit.*, pp. 95-96.

³⁵ Carlos Ferreira Almeida, “Conceito de Publicidade” in *Boletim do Ministério da Justiça* n° 349, outubro de 1985, p. 133.

³⁶ Nesse sentido, vale citar matéria publicada no jornal *A Gazeta Mercantil* de 28 de julho de 2003, p. A-16, intitulada “Empresas reforçam suas campanhas”. A matéria constata que as empresas do setor de planos de saúde estão gastando considerável montante de verbas em publicidade, estimulando a concorrência nesse mercado.

³⁷ Timothy J. Muris, “Economics and consumer protection” in *Antitrust Law Journal* n° 60, 1991, p. 103 (112). Em tradução livre: “Ler os anúncios publicitários no jornal ou assistir a um comercial são, com muita diferença, meios mais simples de saber preços se comparados a visitar vendedores concorrentes ou mesmo telefoná-los. Uma vez que comprar pelo menor preço por meio da publicidade envolve menos custos, os consumidores compram mais e os vendedores têm poderosos incentivos para reduzir preços e atrair consumidores. Estudos sobre a restrição em se fazer publicidade repetidamente demonstraram que a impossibilidade de se fazer publicidade indicando o preço causava um aumento nos preços”.

Citaremos aqui dois dispositivos do CDC que dizem respeito à publicidade. O artigo 36 prevê que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, sendo vedadas, portanto, a publicidade subliminar³⁸ (princípio da identificação da publicidade). Por sua vez, o artigo 37 cuida da publicidade enganosa e da publicidade abusiva. Para os fins do presente trabalho, interessa-nos apenas a publicidade enganosa, capaz de afetar a sanidade do mercado, interferindo nas relações concorrenciais. Segundo o CDC, é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, que seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito de certas características do produto ou do serviço.

Conforme nos aponta Calixto Salomão Filho³⁹, o conteúdo da publicidade é formado por informação e por um alto grau de sugestão. O caráter de sugestão não pode ser exclusivo e precisa ser destacado da informação para que o consumidor possa ser capaz de diferenciar uma da outra. Como visto acima, é ilícita a publicidade subliminar, exemplo de publicidade que contém apenas sugestão e não contém informação. É na sugestão que a publicidade enganosa pode dar lugar a uma prática de concorrência desleal⁴⁰, que alterará ou falseará de forma considerável a concorrência. Contudo, é difícil determinar o momento em que a publicidade enganosa dará lugar à prática de concorrência desleal, sendo necessário que a transferência potencial de consumidores do produtor alvo da prática para o produtor responsável pela publicidade seja considerável a ponto de pôr em risco a existência de tal concorrente⁴¹.

Por sua vez, a Lei nº 8.884/94 prevê em seu artigo 21, inciso VII, que caracteriza infração à ordem econômica a exigência ou concessão de

³⁸ Na publicidade subliminar, o agente visa a influenciar o inconsciente do indivíduo ao bombardear a publicidade a uma velocidade tal que a mente humana não consegue identificar conscientemente a publicidade. É famoso teste de publicidade subliminar feito nos Estados Unidos em 1957. Durante a exibição de um filme, a platéia foi bombardeada com a propaganda subliminar à velocidade de 1/3000 de segundo com os seguintes dizeres: “Drink Coca-Cola” e “Hungry? Eat Popcorn”. Foi detectado que no intervalo da exibição o consumo de tais produtos aumentou consideravelmente. Para maior informação, ver Daíd Gurnick, “Subliminal advertising threat to consumer autonomy” in *Beverly Hills Bar Association Journal*, vol. 21, nº 1, 1986-1987, pp. 56-72.

³⁹ Calixto Salomão Filho, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados cit.*, p. 96.

⁴⁰ O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 4º, inciso VI, que devem ser punidos todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal.

⁴¹ Para mais informações, ver decisão da Corte Federal norte-americana (2nd Circuit) – *Berkey Photo vs. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263, 287-288, 1979.

exclusividade para divulgações de publicidade nos meios de comunicação de massa, na medida em que objetive produzir os efeitos do artigo 20 do mesmo diploma legal⁴². Garante-se com esse dispositivo a concorrência formal, mas isso não basta. Imagine-se a situação extrema em que um agente econômico com poder econômico adquire todos os espaços publicitários do horário nobre, impedindo, conseqüentemente, que seus concorrentes usem esse espaço para fazer publicidade de seus produtos ou serviços. Essa situação é diversa da prevista no artigo 21, inciso VII, enquadrando-se nos incisos IV e V do mesmo artigo, que prevêm, respectivamente, que constituem infração à ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

Passemos ao segundo grupo de normas do CDC que informam o direito concorrencial: as regras sobre coerção do consumidor baseadas na manipulação da oferta de um produto ou serviço. O inciso I do artigo 39 do CDC veda ao fornecedor de produtos ou serviços condicionar o fornecimento dos mesmos ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, condicionar seu fornecimento a limites quantitativos (essa prática é conhecida na doutrina norte-americana classicamente como *tying arrangement*). Por sua vez, o inciso II do mesmo artigo prevê como prática abusiva a recusa por parte do fornecedor em atender as demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais (por força da inclusão do inciso IX pela Lei nº 8.884/94).

Cabe dizer que ambos os ilícitos só têm sentido quando quem os pratica desfruta de poder de mercado. Se assim não for, o agente que praticou a conduta será o único lesado, uma vez que perderá fatia de mercado, havendo a migração dos consumidores de seus produtos ou serviços para os dos concorrentes. Além disso, ainda que haja poder de mercado, é preciso comprovar se não há nenhuma outra justificativa econômico-jurídica que afaste a ilicitude da conduta (como uma crise conjuntural). Assim, a previsão de ambas as hipóteses como práticas

⁴² “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

ilícitas de forma absoluta no CDC, sem a consideração dessas duas condicionantes, é razão de crítica por parte da doutrina⁴³”.

Por sua vez, a Lei nº 8.884/94 prevê esses dois ilícitos no seu artigo 21. O inciso XXIII prevê a primeira das condutas descritas acima (nesse sentido, ver comentários *supra* a respeito da venda casada). A segunda conduta está prevista nos seguintes incisos do mesmo artigo: I (fixar ou praticar, em acordo com o concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços), XIII (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro de condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais) e XXII (reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção). Mais uma vez, deve-se deixar claro que os ilícitos do artigo 21 estão ligados à definição dos ilícitos previstos no artigo 20 da lei concorrencial. Estão sujeitos, portanto, à regra da razão e, como exposto acima, a prática só estará configurada se tiver por fim os efeitos previstos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94 e inexistirem justificativas razoáveis para tal conduta.

7. A consideração conjunta dos princípios de defesa da livre concorrência e do consumidor na implementação de políticas públicas

Demonstrou-se que a política de defesa da concorrência serve como um instrumento que garante a satisfação dos interesses dos consumidores por meio da manutenção de um ambiente concorrencial, que garantirá eficiência, preços mais baixos, amplo acesso à informação e maior possibilidade de escolha de produtos e serviços pelo consumidor.

A relação desses dois subsistemas também é demonstrada pelos seus respectivos órgãos aplicadores no Brasil. Como vimos, o órgão responsável por traçar as diretrizes da Política Nacional das Relações de Consumo é o DPDC, subordinado à SDE. Também subordinado a essa Secretaria é o DPDE, órgão que analisa atos de concentração entre empresas e é o principal responsável pela condução de investigação de infrações à ordem econômica.

Com efeito, política de defesa da concorrência e política de relações de consumo bem elaboradas apresentam caminhos complementares para promover o bem-estar do consumidor, podendo ser apontados vários benefícios em se combinar ambas as funções em uma única instituição pública. Timothy J. Muris, Presidente

⁴³ Calixto Salomão Filho, *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados cit.*, p. 102, faz a seguinte crítica “Pode-se dizer que a inserção de ambas as hipóteses no Código do Consumidor, bem como a sua regulamentação específica, são equivocadas e podem levar a sérios problemas aplicativos, com conseqüências estruturais negativas para o sistema concorrencial”.

da *Federal Trade Commission* (“FTC”), órgão responsável pelas políticas de defesa da concorrência⁴⁴ e de defesa do consumidor nos Estados Unidos, afirma que a experiência norte-americana demonstra várias sinergias decorrentes dessa união⁴⁵.

Em primeiro lugar, promover a política das relações de consumo pode propiciar indicativos úteis de como a política de defesa da concorrência deve ser conduzida. A regulação de práticas de comercialização e publicidade aumenta consideravelmente o conhecimento dos órgãos formuladores de políticas em relação a como um determinado mercado funciona. E, como um mercado funciona vai determinar o tipo de política de defesa da concorrência necessária para garantir um ambiente concorrencial. Como apontado no relatório *The Consumer Guide to Competition: A practical handbook*⁴⁶, muitos dos mercados que parecem ser competitivos não o são. O relatório chega a dizer que “*Many regulators like to think that the natural state of markets is competition. In fact, the natural state of markets is more likely to be collusive*”⁴⁷.” Nesses casos, o órgão responsável pela política das relações de consumo pode informar diante de que mercado o regulador da concorrência se encontra.

O contrário também é válido, isto é, o órgão da política de defesa da concorrência pode indicar ao órgão de defesa do consumidor qual o nível de concorrência existente em um mercado. Tal dado certamente afetará a decisão do nível de proteção ao consumidor que deve ser implementado por meio de regulação em cada mercado. Se um mercado é competitivo⁴⁸, estando garantida a possibilidade

⁴⁴ Em determinados mercados, o órgão competente é o Departamento de Justiça – Divisão Antitruste – dos Estados Unidos e não a *Federal Trade Commission*. Apesar de não haver uma divisão formalmente estabelecida, há áreas em que um desses órgãos tem maior domínio. Por exemplo, a FTC tipicamente analisa casos da indústria química e petrolífera. Por sua vez, o DOJ analisa casos no setor aéreo e no setor de telecomunicações. Para uma lista das especialidades de cada órgão, ver ABA Antitrust Section, *The Merger Review Process*, 2ª ed., 2001, pp. 447-84.

⁴⁵ Para um informe detalhado, ver American Bar Association, *Report of The American Bar Association Section of Antitrust Law Special Committee to Study The Role of The Federal Trade Commission*, de 7 de abril de 1989. No mesmo sentido, ver Neil W. Averitt; Robert H. Lande, *Consumer Sovereignty cit.*, (714).

⁴⁶ Consumers International, *The Consumer Guide to Competition: A practical handbook*, março de 2003, p. 7, disponível em <<http://www.consumersinternational.org>>; arquivo capturado em julho de 2003.

⁴⁷ Consumers International, *The Consumer Guide to Competition cit.*, p. 7. Em tradução livre: “Muitos reguladores gostam de pensar que o natural estado dos mercados é a livre concorrência. Na verdade, o natural estado dos mercados tende a ser colusivo”.

⁴⁸ Quando se fala em mercado competitivo, não se quer dizer que nele estão presentes todos os requisitos da concorrência perfeita, por ser esta situação excepcional. Deve-se ter em mente o conceito de concorrência eficaz (*workable competition*). Nas palavras de Phillip Areeda e

de escolha do consumidor de produtos de qualidade, a preços competitivos, então a intervenção do Estado em defesa dos consumidores deve ser limitada. Por outro lado, o Estado deve formular a política de defesa do consumidor de forma mais cuidadosa quando se tratar de mercados oligopolizados, em que há poucos agentes no mercado (como o setor aéreo comercial brasileiro), ou monopolizados, em que há um agente no mercado. Como aponta Ricardo Hasson Sayeg, “a contratação com um agente econômico em condições monopolísticas pelo consumidor torna inequivocadamente débil o equilíbrio contratual, de maneira que se impõe proteção especial⁴⁹”. É inegável que os órgãos aplicadores da política de defesa da concorrência podem ter uma visão mais precisa de um determinado mercado decorrente da análise de várias estruturas e condutas ocorridas no mesmo. Deve, então, informar aos órgãos responsáveis pela política de defesa do consumidor para que seja posta em prática o nível de proteção especial necessário.

Dessa forma, como aponta Menzi Simelane, “given the degree of interaction between consumer and competition policies, it is not possible to implement consumer and competition policies in isolation, it is, however necessary to implement these laws in harmony with each other.⁵⁰”

Nesse sentido, a necessidade de convergência entre as políticas de defesa do consumidor e de defesa da concorrência já foi reconhecida pelas autoridades brasileiras responsáveis por tais políticas⁵¹, havendo acordos para troca de informações entre tais autoridades⁵² e um crescente número de seminários internos

Louis Kaplow. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 5^a ed. New York: Aspen Law & Business, 1997: “it is said that an imperfect market whose results are reasonably compatible with general economic welfare is workably competitive. Workable competition is not a precise concept, nor it is intended to be”. Em tradução livre: “entende-se que um mercado imperfeito cujos resultados sejam compatíveis com o bem-estar econômico geral é eficazmente competitivo. Concorrência eficaz não é um conceito preciso e nem pretende ser”.

⁴⁹ Ricardo Hasson Sayeg. “A proteção do consumidor frente ao monopólio”, in *Revista do Ibrac*, vol. 3, nº 5, maio de 1996, p. 105.

⁵⁰ Menzi Simelane, *Opening address delivered by Commissioner Menzi Simelane of the Competition Commission, at The National Consumer Forum Conference on: “Challenges For The National Consumer Forum In The 21st Century”*, cit.

⁵¹ Por exemplo, Ricardo Morishita, atual Diretor do DPDC, em entrevista concedida em junho de 2003, in <<http://www.mj.gov.br/dpdc/entrevista.htm>>, ressaltou a importância da convergência entre defesa do consumidor e defesa da concorrência.

⁵² Pela iniciativa, destaca-se o Termo de Cooperação Técnica firmado entre o CADE e o Procon-SP em 1999, visando à troca de informações entre tais órgãos, a prestação de consultoria mútua e a realização de estudos sobre a interseção das relações de consumo e as normas de proteção de concorrência. Sobre tal acordo, consultar <<http://www.procon.sp.gov.br/insthistorico19901999.shtml>>.

e abertos ao público que visam demonstrar a importância da relação entre consumidor e concorrência na formulação de políticas públicas⁵³.

Inegável o valor desse diálogo entre os órgãos, que leva a uma harmonização dos entendimentos técnicos e jurídicos orientadores dos subsistemas de proteção da concorrência e do consumidor. Podem-se apontar aspectos práticos dessa aproximação. Por exemplo, como exposto acima, a Lei nº 8.884/94 estabelece a necessidade de se avaliar o grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores na dosimetria da pena por condenação à infração à ordem econômica. Acordos de cooperação como o firmado pelo Procon-SP e o CADE podem ajudar a quantificar a lesão dos consumidores, uma vez que órgãos de defesa do consumidor recebem e avaliam diariamente milhares de reclamações, podendo ter uma noção mais exata dos prejuízos que uma certa prática anticompetitiva causou aos consumidores, em vista do número de reclamações recebidas.

A sociedade civil, seguindo a iniciativa das autoridades, também começa a estudar a interconexão entre consumidores e concorrência e as sinergias decorrentes da aproximação de suas políticas⁵⁴.

⁵³ Por exemplo, (i) no III Encontro Nacional da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal em setembro de 2000, foi discutido o tema “Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica”; (ii) a SDE promoveu em maio de 2001 um Seminário Internacional intitulado “Defesa da Concorrência e do Consumidor no Brasil: nova legislação e políticas”, que teve como um dos temas “A relação entre o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência”; (iii) em julho de 2001, em apresentação na SDE sobre a idealizada Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, foi ressaltada a necessidade de coordenação de ações entre a defesa do consumidor e a defesa da concorrência (cf. <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/Presentations/Cartagena/R_Freitas.ppt>); (iv) no III Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor, em Florianópolis (SC), em março de 2003, o secretário da SDE fez conferência que teve como tema “A Defesa da Livre Concorrência como Instrumento de Proteção do Consumidor”.

⁵⁴ Por exemplo, (i) a Ordem dos Advogados do Brasil (“OAB”) – Seccional Minas Gerais celebrou em abril de 2000 o Seminário “O CADE, o consumidor e a defesa da concorrência”; (ii) o 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e celebrado em maio de 2000 teve como um dos temas principais “A livre concorrência e o direito à escolha”; (iii) o Workshop “Consumidor e Concorrência”, organizado pela OAB – Seccional São Paulo em julho de 2003; (iv) a criação do recente Comitê de Estudo da Concorrência e das Relações de Consumo criado pelo Centro de Estudo das Sociedades de Advogados (“CESA”), associação civil sem fins lucrativos que se reúne para estudar questões jurídicas atuais; (v) os estudos promovidos pelo Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (“IBRAC”).

8. Condutas anticoncorrenciais prejudiciais aos consumidores em âmbito mundial e necessidade de cooperação internacional entre autoridades

Vimos o quão relacionadas estão as políticas de defesa do consumidor e de defesa da concorrência. O presente capítulo irá analisar o impacto que a globalização representa na implementação dessas políticas em âmbito mundial. Com efeito, a transformação que a economia mundial passou nas últimas décadas, decorrente dos avanços tecnológicos, da expansão da economia de mercado e da crescente liberalização do comércio mundial faz com que as questões envolvendo políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor tenham que ser encaradas conjuntamente em sua dimensão global. Vale apontar observação feita por Thomas B. Leary nesse sentido: “*I predict that the interface between competition policy and consumer policy will become increasingly significant as the world shrinks.*”⁵⁵

Condutas anticompetitivas com conseqüências a nível mundial vêm se tornando comuns. Dentre essas condutas, merecem destaque os cartéis internacionais⁵⁶, por serem as que causam maiores danos aos consumidores⁵⁷. Nas palavras do Comissário da Comissão Européia responsável pelo Diretório Geral da Concorrência, Mario Monti:

“Os seus únicos efeitos são negativos, na medida em que *reduzem a escolha dos consumidores*, provocam um aumento dos custos e uma redução da competitividade da indústria, um atraso nas adaptações necessárias das empresas e desvantagens no domínio da inovação⁵⁸” (grifo nosso).

⁵⁵ Thomas B. Leary, *Freedom as the core value of antitrust in the New Millennium 7*, Speech Before The American Bar Association, Section of Antitrust Law, 48th Annual Spring Meeting, in <http://www.ftc.gov/speeches/leary/learyantitrustspeech.htm>. Em tradução livre: “Eu prevejo que o inter-relacionamento entre a política de defesa da concorrência e a política de defesa do consumidor irá aumentar significativamente a medida que o mundo diminui”.

⁵⁶ Os cartéis internacionais são acordos ou ajustes entre empresas, não necessariamente concorrentes, que objetivam, ao alterar artificialmente as condições de mercado com relação a certos bens ou serviços, restringir ou eliminar a concorrência em âmbito mundial. Os cartéis operam essencialmente por meio da fixação de preços ou de condições de venda; limitação ou redução da capacidade produtiva ou distributiva; ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento.

⁵⁷ Nesse sentido, ver Consumers International. *Consumers, Multilateral Competition Policy and the WTO: Technical Report*, março de 2003. Disponível em <www.wto.int/english/tratop_e/dda_e/symp03_ci_tech_report_e.pdf>; arquivo capturado em julho de 2003, p. 14.

⁵⁸ Comissão Européia, Direção Geral da Concorrência, XXXI Relatório sobre a Política da

Recentemente, houve uma série de cartéis internacionais punidos pelas autoridades de defesa da concorrência estrangeiras - cartel da lisina⁵⁹, do ácido cítrico⁶⁰, dos eletrodos de grafite⁶¹, do gluconato de sódio⁶² e das vitaminas. Analisaremos brevemente este último, por ser o cartel internacional que causou prejuízos mais significativos aos consumidores em âmbito global.

O cartel das vitaminas dividiu o mundo em regiões de atuação para cada uma das empresas, fixando preços de uma série de vitaminas⁶³ entre 1990 e 1999. O cartel contava com um sistema rigoroso de controle da aplicação de seus acordos, com reuniões regulares para o acerto das condutas. Foi em uma dessas reuniões que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos obteve provas para punir o comportamento das empresas em mais de US\$ 1 bilhão, condenando também altos executivos à prisão. A Comissão Européia⁶⁴ igualmente puniu a

Concorrência (2001) da Comissão Européia, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2002, p. 4.

⁵⁹ A lisina é um aminoácido usado em alimentos de animais para fins nutricionais. O cartel da lisina era formado por empresas que acordaram os preços e o volume da oferta do produto em âmbito mundial entre julho de 1990 e junho de 1995. A Comissão Européia (JO L 152, de 7.6.2001) impôs multas superiores a 110 milhões de euros, para cobrir o prejuízo estimado aos consumidores comunitários.

⁶⁰ O ácido cítrico é um aditivo orgânico usado em bebidas, cosméticos, medicamentos, detergentes, produtos químicos e têxteis. O cartel do ácido cítrico era formado pelas cinco maiores empresas do mercado mundial que, mediante um acordo, fixaram preços e o volume da oferta em todo o mundo entre os anos de 1991 e 1995. Calcula-se que o preço do produto era artificialmente aumentado em 30%, resultando em milhares de milhões de dólares de lucro com a prática. A Comissão Européia (Processo COMP/36.604; IP/01/1743, de 5 de dezembro de 2001) decidiu pela aplicação de multa no valor de 135,22 milhões de euros às empresas participantes do cartel.

⁶¹ Os eletrodos de grafite são colunas de grafite moldadas em cerâmica utilizadas principalmente na produção de aço em fornos de aço elétrico. O cartel dos eletrodos de grafite era formado por empresas que acordaram o preço e o volume da oferta dos eletrodos de grafite em âmbito mundial entre os anos de 1992 e 1997. A Comissão Européia (Processo COMP/36.490; IP/01/1010, de 18.7.2001) aplicou multa às empresas em um total de 218,8 milhões de euros, depois de uma aprofundada investigação que teve início em 1997.

⁶² O gluconato de sódio é um produto químico utilizado para a limpeza de metal e de vidro. O cartel do gluconato de sódio fixava os preços do produto e dividia o mercado mundial entre seus participantes entre os anos de 1987 e 1995. A Comissão Européia (Processo COMP/36.756; IP/01/1355, de 20 de outubro de 2001) deu início à investigação em 1997, tendo punido as empresas participantes em 57,53 milhões de euros.

⁶³ As vitaminas eram: A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, beta-caroteno e carotenóides.

⁶⁴ Processo COMP/37.512; IP/01/1625, de 21 de novembro de 2001. De acordo com o XXXI

conduta, com multa total de 855,23 milhões de euros. Seu Comissário, Mario Monti, apontou a importância dessas condenações, em vista dos danos que esse cartel acarretou aos consumidores e a desconsideração que a indústria teve com os mesmos ao cobrar um preço artificialmente elevado em se tratando de um produto de fundamental importância para o desenvolvimento humano:

“The companies collusive behaviour enabled them to charge higher prices than if the full forces of competition had been at play, damaging consumers and allowing companies to pocket illicit profits. It is particular unacceptable that this illegal behaviour concerned substances which are vital elements for nutrition and essential for normal growth and maintenance of life⁶⁵”.

Todos os cartéis acima referidos prejudicaram os consumidores brasileiros. Porém, o SBDC, apesar dos elogiáveis esforços, ainda se encontra em um estágio embrionário no tocante ao combate aos cartéis internacionais. Isso se deve principalmente à falta de estrutura e à falta de pessoal suficiente para realizar tais investigações. Atualmente, encontram-se em curso três investigações de cartéis internacionais no Brasil: cartel das vitaminas, das lisinas e dos eletrodos de grafite.

O processo administrativo que investiga o cartel das vitaminas⁶⁶ foi instaurado a partir de recomendação da SEAE, em parecer técnico que instruíra averiguação preliminar que relatava evidências de que o cartel internacional havia gerado efeitos no mercado nacional, prejudicando seus consumidores. Em parecer exarado em dezembro de 2002⁶⁷, a SEAE considerou que as práticas internacionais deveriam ser punidas *“se comprovado o dano ao consumidor brasileiro⁶⁸”* (grifo

Relatório sobre a Política da Concorrência (2001) da Comissão Européia, p. 23, decidiu-se pela abertura de apenas um processo, a despeito de que para cada vitamina havia um cartel, uma vez que o *modus operandi* de todos eles era essencialmente o mesmo e que duas empresas – Hoffman-La Roche e BASF – lideraram praticamente todos os cartéis.

⁶⁵ Em tradução livre “A conduta colusiva das empresas possibilitou que elas cobrassem preços superiores àqueles que seriam cobrados se todas as forças da concorrência estivessem atuando, prejudicando consumidores e permitindo às empresas embolsarem lucros ilícitos. Essa conduta ilícita é ainda mais inaceitável por tratar-se de substâncias que são vitais para a nutrição e essenciais para o normal desenvolvimento e manutenção da vida”.

⁶⁶ Processo Administrativo n° 08012.004599/99-18.

⁶⁷ Parecer n.º 210 / 2002/ COGDC/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2002, disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Ind.%20Processo/pcr210vitaminasmarcos.PDF>>.

⁶⁸ Parecer *cit.*, p. 2.

nosso). Vê-se a importância que a SEAE conferiu aos interesses dos consumidores, dado que a comprovação de dano ao consumidor emergiu como condição determinante para a recomendação de condenação do cartel. Em vista do alto volume de exportações ao Brasil em função das representadas serem as fabricantes da grande maioria das vitaminas vendidas no país, a SEAE recomendou a punição das empresas e de seus dirigentes.

O processo administrativo que investiga o cartel das lisinas⁶⁹ foi instaurado a partir de recomendação da SEAE em nota técnica que indicava que o cartel teria prejudicado os consumidores nacionais. Em dezembro de 2002, a SEAE emitiu seu parecer⁷⁰, que seguiu a linha do parecer exarado no cartel das vitaminas. Comprovado o dano ao consumidor brasileiro em vista do elevado número de exportações do produto ao país, a SEAE recomendou igualmente a punição do cartel nos termos da Lei n° 8.884/94⁷¹.

Ambos os processos ainda devem ser analisados pela SDE antes da decisão final a ser proferida pelo CADE.

Por fim, a investigação do processo dos eletrodos de grafite ainda se encontra em fase de procedimento⁷² na SDE, instaurado em abril de 2001.

⁶⁹ Processo Administrativo n° 08012.004897/00-23. As empresas investigadas (ADM Exportadora e Importadora S.A., Ajinomoto Interamericana Ind. e Com. e Sumitomo Corporation do Brasil S.A.) são subsidiárias brasileiras de três das empresas participantes do cartel mundial de lisina.

⁷⁰ Parecer n.º 209 /2002/COGDC-DF/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2002, disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/Ind.%20Processo/pcr209lisinamarcos.PDF>>.

⁷¹ Parecer *op. cit.*, p. 8: “A SEAE recomenda a punição às representadas nos termos da Lei n.º 8.884/94 por prática de cartel, já comprovada em outras jurisdições e com efeitos no território nacional, uma vez que as representadas, na condição de subsidiárias e distribuidoras exclusivas das firmas do cartel tinham atuação direta no mercado interno, *vendendo aos consumidores nacionais o produto fabricado pelo cartel, a preços superiores aos que vigorariam na ausência deste acordo*” (grifo nosso).

⁷² Procedimento n° 08012.009264/2002-71. Em dezembro de 2002, a SEAE emitiu Nota Técnica recomendando à SDE a instauração de processo administrativo contra empresas envolvidas no cartel de eletrodos de grafite. A análise realizada pela SEAE indicou que tais práticas produziram efeitos prejudiciais à concorrência e ao consumidor no mercado brasileiro, pelos seguintes motivos: (i) as condutas sob as quais recaíram as acusações nos Estados Unidos e na Europa também constituem infrações à Lei n° 8.884/94; (ii) a divisão geográfica do mercado mundial compreendia o Brasil; e, por fim, (iii) a maior parte da demanda do mercado nacional era suprida seja pelas importações dos produtos das empresas participantes do cartel, seja pela única subsidiária das empresas representadas que produzia eletrodos de grafite no Brasil.

Com o intuito de coibir práticas como as relatadas acima, o Brasil firmou tratados de cooperação para combater práticas anticompetitivas com os Estados Unidos⁷³, em 1999, com a Rússia⁷⁴, em 2001, e com a Argentina⁷⁵, em 2003. Também foi criado um programa de leniência⁷⁶ que permite que a União celebre, por meio da SDE, acordo com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, conforme for o caso, se a empresa participante do cartel denunciá-lo às autoridades brasileiras e contribuir com sua investigação⁷⁷.

Porém, cabe dizer que a cooperação bilateral tem-se mostrado insuficiente, uma vez que na maioria dos casos essas condutas atingem mais de duas jurisdições. Faz-se necessário o implemento de acordos de cooperação multilaterais. Tem-se avançado nesse sentido. Na 4ª. Reunião Ministerial de Doha⁷⁸, a OMC reconheceu pela primeira vez a importância da criação de um quadro multilateral de regras de concorrência que declare ilegais condutas anticompetitivas a nível mundial. Apesar de não ter se conseguido um avanço na 5ª. Reunião Ministerial da OMC, realizada em Cancun em setembro de 2003, a expectativa é de que esse acordo de cooperação multilateral para coibir práticas anticompetitivas seja posto em prática em breve⁷⁹. Há um consenso

⁷³ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência para aplicação de suas leis de concorrência, de 26 de outubro de 1999. Este tratado foi promulgado em 21 de maio de 2003 pelo Decreto nº 4.702.

⁷⁴ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre cooperação na área de Política da Concorrência, firmado em 12 de dezembro de 2001 e publicado no DOU 21 Seção I de 30.1.2002.

⁷⁵ Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência, firmado em 16 de outubro de 2003.

⁷⁶ Introduzido pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

⁷⁷ Os cartéis carregam dentro de si certa instabilidade, provocada não somente por fatores estruturais, mas pela falta de capacidade, na maior parte dos casos, de seus membros implementarem mecanismos de controle de delação e comportamentos oportunistas por parte de alguns de seus integrantes por um período razoável de tempo. Tendo isso em mente e considerando que com a sofisticação dos cartéis é cada vez mais difícil conseguir provas sólidas para uma condenação, algumas autoridades antitruste, entre as quais o Brasil, decidiram maximizar essa instabilidade oferecendo tratamento favorável àquelas empresas que optem por denunciar o cartel de que fazem parte ou cooperar com as investigações levadas a cabo pelas autoridades antitruste sobre esse cartel. O que o programa de leniência faz, então, é estabelecer um fim para o jogo entre agentes travado no mercado.

⁷⁸ Realizada em Doha (Qatar), de 9 a 14 de novembro de 2001.

⁷⁹ Mario MONTI, *A Global Competition Policy?*, discurso proferido no Dia da Concorrência

no fato de que um acordo em matéria de concorrência para o combate a cartéis internacionais e outras práticas anticompetitivas é amplamente favorável aos interesses dos consumidores, globalmente considerados⁸⁰.

Para que os interesses dos consumidores possam ser efetivamente resguardados a nível mundial, faz-se necessário também a aproximação entre autoridades responsáveis diretamente pela política de defesa do consumidor dos diferentes países. Até muito recentemente, essa possibilidade não era sequer considerada, uma vez que as questões relativas a interesses diretos de consumidores diziam respeito a apenas um país. Ainda que os produtos de consumo eram vendidos em âmbito mundial, as campanhas de publicidade até pouco tempo atrás tinham natureza nacional. Há muitas razões para isso, incluindo diferenças de idiomas, barreiras culturais que requerem diferentes estratégias de *marketing* para os diferentes países e diferenças no ambiente competitivo. Contudo, a forma de comercializar os produtos vem mudando rapidamente, devendo-se destacar os canais de televendas internacionais e principalmente o comércio eletrônico⁸¹.

Diante da globalização, o Comissário Orson Swindle da FTC ressaltou a importância da cooperação entre as autoridades estrangeiras para a efetiva proteção do consumidor: “[t]he phenomenal growth of global trade has provided a greater sense of urgency to the FTC’s seeking cooperation with its foreign counterparts to protect consumer⁸²”. Nesse sentido, os Estados Unidos já firmaram alguns acordos de cooperação com autoridades estrangeiras⁸³ visando proteger diretamente os interesses do consumidor.

disponível in <http://www.europa.eu.int/comm/competition/index/pt.html>, 2002, em expectativa um tanto quanto otimista aponta o ano de 2005 como o ano de assinatura de tal acordo.

⁸⁰ Nesse sentido, ver Consumers International, *Consumer Policy and Multilateral Competition Frameworks: A Consumers International Discussion Paper*, março de 2003 in <<http://www.consumersinternational.org>>.

⁸¹ Por exemplo, por meio da Internet, qualquer consumidor brasileiro pode acessar uma página eletrônica de uma empresa norte-americana, por exemplo, e adquirir um determinado produto, percebendo, em seguida, ter sido alvo de propaganda enganosa. O consumidor sente-se desprotegido, não sabendo a quem recorrer.

⁸² Conforme nos indica Timothy J. MURIS, *The Interface of Competition and Consumer Protection*, Prepared Remarks presented at The Fordham Corporate Law Institute’s, Twenty-Ninth Conference on International Antitrust and Policy, New York, 2002, p. 16. Em tradução livre: “O fenômeno do crescimento do comércio mundial ocasionou consenso por parte da FTC de buscar cooperação com outras autoridades para defender os consumidores”.

⁸³ Como os acordos com o Canadá (Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Canadá Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, de 3 de agosto de 1995, disponível em <<http://>

Algumas iniciativas multilaterais também merecem ser citadas. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) estabeleceu um Comitê para a Política de Consumo e seus membros já reconheceram a importância de uma convergência na política de proteção ao consumidor⁸⁴.

Foi criada também uma rede - “*International Consumer Protection and Enforcement Network*” (“ICPEN”)⁸⁵ - que reúne autoridades de diversos países, especialmente os membros da OCDE, para discutir questões de política das relações de consumo, entre as quais a relação entre políticas de defesa da concorrência e do consumidor. A rede é considerada a precursora da *International Competition Network* (“ICN”), rede que reúne autoridades e organizações de defesa da concorrência de todo o mundo⁸⁶. Essa relação é muito importante na defesa dos interesses dos consumidores. Imagine a situação em que a ICPEN comece a receber queixas de consumidores de toda a parte do mundo a respeito da uniformidade de preços em um certo mercado. A ICPEN pode, diante disso,

www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/uscan721.txt), com a Austrália (Agreement Between the Federal Trade Commission of the United States of America and the Australian Competition & Consumer Commission on Mutual Enforcement Assistance in Consumer Protection Matters, de 20 de julho de 1999, disponível em <<http://www.ftc.gov/os/2000/07/ftcaccagrmt.htm>>) e Reino Unido (Memorandum of Understanding on Mutual Enforcement Assistance in Consumer Protection Matters Between the Federal Trade Commission of the United States of America and Her Majesty’s Secretary of State for Trade and Industry and the Director General of Fair Trading in the United Kingdom, de 31 de outubro de 2000, disponível em <<http://www.ftc.gov/os/2000/10/ukmemo.pdf>>).

⁸⁴ Nesse sentido, ver *OECD Guidelines on Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*, emitida em dezembro de 1999, disponível em <<http://www.ftc.gov/opa/1999/9912/occdguide.htm>>.

⁸⁵ A rede foi inicialmente criada como “*International Marketing Supervision Network*” (ISMN) e conta atualmente com 31 países membros. São eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Malta, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Coreia do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. A Comissão Europeia e a OCDE participam como observadores. Para mais informações, consultar a página eletrônica da IMSN: <<http://www.imsnricc.org>>. Essa rede é considerada a precursora da *International Competition Network* (ICN), rede criada em outubro de 2001 e que reúne autoridades de defesa da concorrência. Na ICN, há vários grupos de estudo, dentre os que se destaca os que estudam as relações do consumidor e da concorrência.

⁸⁶ *International Competition Network* (ICN) é uma organização formada em outubro de 2001 inicialmente por 14 agências de concorrência de todo o mundo. Atualmente, conta com mais de 70 membros, entre os quais o Brasil. Sua primeira Conferência Anual foi em Nápoles, em fins de setembro de 2002. As próximas conferências serão no México (2003), Coreia (2004), Alemanha (2005), África do Sul (2006) e Rússia (2007). Para maiores informações, <<http://internationalcompetitionnetwork.org>>.

comunicar o fato à ICN, onde a questão será discutida pelas autoridades concorrenciais dos mais diversos países, podendo as mesmas darem início a uma investigação sobre um suposto cartel internacional.

Outra organização internacional que merece destaque é a *Consumers International*⁸⁷, por seu papel ativo na análise da interseção das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor em âmbito mundial e da necessidade de cooperação entre autoridades estrangeiras para proteger os interesses dos consumidores. Em recente relatório dirigido à Organização Mundial do Comércio, intitulado *Consumers, Multilateral Competition Policy and the WTO: Technical Report*, a organização reconhece os benefícios que uma política de defesa da concorrência bem formulada traz aos consumidores e a necessidade de se criar um acordo multilateral para o combate de condutas anti-competitivas praticadas em âmbito mundial, dando especial ênfase ao combate de cartéis internacionais⁸⁸. Outros dois estudos merecem ser citados: *Consumer Policy and Multilateral Competition Frameworks: A Consumers International Discussion Paper* e *The Consumer Guide to Competition: A practical handbook*.

O Brasil, seguindo essa tendência, deve firmar outros acordos de cooperação em matéria de defesa do consumidor e de defesa da concorrência, com o intuito final de proteger seus consumidores de práticas anticompetitivas com efeitos mundiais.

9. Conclusão

Demonstrou-se que o consumidor é o destinatário econômico final das normas concorrenciais. A manutenção de um ambiente concorrencial possibilita preços mais acessíveis, possibilidade de escolha entre diversos produtos e serviços e amplo acesso à informação por parte dos consumidores. A proteção de seus interesses se dá comumente de forma indireta, pela defesa da “instituição” concorrência, mas pode haver casos em que os interesses dos consumidores sejam tutelados diretamente pelas regras concorrenciais (ilícito de abuso de posição dominante).

⁸⁷ A *Consumers International* é uma organização internacional sem fins lucrativos fundada em 1960 que reúne mais de 250 organizações de 115 países do mundo. Seu foco principal é a necessidade de implementar uma política mundial na defesa dos consumidores. A sede da organização encontra-se em Londres. Para maiores informações, <<http://consumersinternational.org>>.

⁸⁸ Consumers International. *Consumers, Multilateral Competition Policy and the WTO: Technical Report*, março de 2003. Disponível em <www.wto.int/english/tratop_e/dda_e/symp03_ci_tech_report_e.pdf>; arquivo capturado em julho de 2003.

Conclui-se que defesa do consumidor e defesa da livre concorrência, enquanto princípios constitucionais imprescindíveis para a implantação de políticas públicas baseadas na equidade, interrelacionam-se de forma intensa. A formulação de tais políticas para cada um desses campos deve ser feita de maneira harmônica, para que os interesses dos consumidores possam ser efetivamente tutelados.

Apesar dos elogiáveis esforços das autoridades brasileiras nesse sentido, há ainda muito que ser feito em termos de políticas públicas de proteção do consumidor em relação a práticas anticompetitivas que lhe causam prejuízos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Devem-se aproveitar as sinergias que decorrem da união do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e do Departamento de Proteção e Defesa Econômica sob um mesmo órgão, qual seja, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Ao mesmo tempo, faz-se necessária uma maior cooperação com autoridades estrangeiras no combate a infrações à ordem econômica com efeitos mundiais, tais como os cartéis internacionais, uma vez que os principais prejudicados de tais práticas são os consumidores de países em desenvolvimento, como o Brasil.

Bibliografia

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Report of The American Bar Association Section of Antitrust Law Special Committee to Study The Role of The Federal Trade Commission, de 7 de abril de 1989.

AREEDA, Phillip; TURNER, Donald, “Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act”, in *Harvard Law Review* n. 88, 1975.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 5^a ed., New York: Aspen Law & Business, 1997.

BORK, Richard H., *The Antitrust Paradox*, 2^a ed., New York: The Free Press, 1993.

BRIAND, Danièle Meledo, A Consideração dos Interesses do Consumidor e o Direito da Concorrência, in *Revista do Direito do Consumidor*, nº 35, pp. 39-59.

COMISSÃO EUROPÉIA, DIREÇÃO GERAL DA CONCORRÊNCIA, *XXXI Relatório sobre a Política da Concorrência (2001)*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Relatório Anual 2000*, Brasília: Imprensa Nacional, 2001.

CONSUMERS INTERNATIONAL, *Consumer Policy and Multilateral Competition Frameworks: A Consumers International Discussion*

Paper, março de 2003 in <<http://www.consumersinternational.org>>; arquivo capturado em julho de 2003.

_____ *The Consumer Guide to Competition: A practical handbook*, março de 2003, in <<http://www.consumersinternational.org>>; arquivo capturado em julho de 2003.

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. *DPDC defenderá o consumidor de forma preventiva* in <<http://www.mj.gov.br/dpdc>>, arquivo capturado em 23 de março de 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, “A Economia e o controle do Estado” in *O Estado de São Paulo*, 4 de junho de 1989.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de Direitos do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

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

GALLOT, Jérôme *et alii*, “Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations dans les produits de grande consommation: le bénéfice pour le consommateur” in *Revue de La Concurrence et de la Consommation*, nº 119, p. 23-30, jan./fev. 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, São Paulo: Forense Universitária, 7ª ed., 2001.

GUDIN, Charles-Etienne, “Qu’est devenu le consommateur en droit communautaire de la concurrence?” in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, Paris, v. 8, n. 3, 1998, pp. 221-33.

GUNDLACH, Gregory T., “Choice as the focus of antitrust: a Marketing Perspective” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001.

GURNICK, Daid, “Subliminal advertising threat to consumer autonomy” in *Beverly Hills Bar Association Journal*, vol. 21, nº 1, 1986-1987, pp. 56-72

HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust*, 2ª. ed, St. Paul: West Publishing Co., 1997.

JOSKOW, Paul; KLEVORICK, Alvin, “A framework for analyzing predatory pricing policy” in *Yale Law Journal* n. 89, 1979.

LANDE, Robert H., “Proving the Obvious: The Antitrust Laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency)”, in *Hastings Law Journal*, April 1999.

_____ “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001.

LANDE, Robert H.; AVERITT, Neil W., “Consumer Sovereignty: A unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law” in *Antitrust Law Journal*, Spring, 1997.

_____ “Consumer Choice: The Practical Reason for both Antitrust and Consumer Protection Law” in *Loyola Consumer Law Review*, 1998.

LEARY, Thomas B., *Freedom as the core value of antitrust in the New Millennium 7*, Speech Before The American Bar Association, Section of Antitrust Law, 48th Annual Spring Meeting in <<http://www.ftc.gov/speeches/leary/learyantitrustspeech.htm>>.

LOPES, José Reinaldo de Lima, “Direito da Concorrência e Direito do Consumidor” in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9, n. 34. São Paulo, abril/junho 2000, p. 79-87.

MONTI, Mário, *A Global Competition Policy?* in <http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_pt.html>, 2002.

MURIS, Timothy J, *The Interface of Competition and Consumer Protection*, Prepared Remarks presented at The Fordham Corporate Law Institute’s, Twenty-Ninth Conference on International Antitrust and Policy, New York, 2002,

_____ “Economics and consumer protection” in *Antitrust Law Journal* n° 60, 1991.

RAMSAY, Iain, *Consumer protection: text and materials*, London: Wedenfeld and Nicolson, 1989.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ *Condutas Tendentes à Dominação dos Mercados – Análise Jurídica*, Tese Apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

SAYEG, Ricardo Hasson, “A proteção do consumidor frente ao monopólio”. In *Revista do Ibrac*, vol. 3, n° 5, maio de 1996, pp. 103-113.

SIMELANE, Menzi, Opening address delivered by Commissioner Menzi Simelane of the Competition Commission, at The National Consumer Forum Conference on: “Challenges For The National Consumer Forum In The

21st Century”, August, 2000, disponível em <http://www.compcom.co.za/events/speeches/4-5%20Augustopening_address_delivered_by_com.htm>.

SMITH, Addam, *A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

WALLER, Spencer W., “Antitrust as Consumer Choice: Comments on the New Paradigm” in *University of Pittsburgh Law Review*, Spring 2001.

WEBER, Max., *Economie et société*, vol. 2, Paris: Plon, 1971.

CONTROLE ESTRUTURAL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES: REGULAÇÃO SETORIAL E DIREITO CONCORRENCIAL NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL

Paulo Leonardo Casagrande

1. Introdução

O setor de telecomunicações está passando por momento especial. Cinco anos após a privatização, uma onda de fusões e aquisições vem sendo anunciada entre as principais empresas do setor, quais sejam, aquelas que prestam serviços de telefonia fixa e móvel¹.

Isso não é por acaso. As restrições a transferências de controle acionário e participações cruzadas entre as operadoras desses serviços são condicionadas a prazos que estão vencendo agora. Assim, grandes operações de concentração vêm sendo implementadas com vistas ao aumento da escala e conseqüente diminuição de custos e aumento de eficiência. Trata-se da tão falada “consolidação” do setor de telecomunicações².

Em face de desses eventos, é de extrema importância análise detida sobre o regime jurídico do controle de concentrações neste setor tão importante de infra-estrutura. Tal análise se justifica, ainda, pelo interrelacionamento entre as regras de controle concorrencial e regulatório existentes para essa hipótese. É o que se pretende no presente trabalho

O objetivo desta monografia é destacar algumas características peculiares para as quais o aplicador do direito concorrencial deve atentar quando da análise de

¹“Intelig pode ser vendida em 20 dias para fundo dos EUA, anuncia Miro”, *O Estado de São Paulo*, 10 de setembro de 2003, seção “Economia”; “Embratel compra a AT&T da América Latina”, *O Estado de São Paulo*, 04 de setembro de 2003, seção “Economia”; “Embratel leva a Vésper sem pagar nada”, *O Estado de São Paulo*, 13 de agosto de 2003, seção “Economia”; “Controle da TCO custou R\$ 1,5 bi à Telesp Celular”, *O Estado de São Paulo*, 22 de agosto de 2003, seção “Economia”; “Três operadoras devem fazer ofertas pela BCP”, *Valor Econômico*, 18 de agosto de 2003; “Telemig Celular acerta compra da CTBC”, *Valor Econômico*, 4 de agosto de 2003; “Telecom Americas anuncia compra da BSE”, *Valor Econômico*, 6 de março de 2003.

²“Especialistas prevêem poucos sobreviventes após a consolidação”, *Valor Econômico*, 29 de julho de 2003, seção “Telecomunicações”; “Operadoras terão nova rodada de consolidação”, *O Estado de São Paulo*, 8 de junho de 2003, seção “Economia”; “Mais consolidado, setor de telefonia celular volta a ter boas perspectivas”, *Valor Econômico*, 7 de abril de 2003.

atos de concentração envolvendo o setor de telecomunicações, mais precisamente nos dois principais serviços nele presentes, quais sejam, os de telefonia fixa e móvel. Não tem a pretensão de indicar todas as implicações do direito concorrencial neste setor, ou de demonstrar todos os aspectos pró-concorrenciais da regulação de telecomunicações. Antes, intenta-se, em um primeiro momento, apresentar as regras setoriais que têm claro objetivo de fomentar a competição no setor por meio de restrições à concentração econômica. Posteriormente, busca-se apresentar critérios a orientar dois momentos da aplicação do direito concorrencial nesse setor: a identificação do *poder de mercado* e a das *estruturas nas quais este se organiza*.

Para tanto, iniciaremos pela apresentação de alguns aspectos elementares da organização do setor de telecomunicações (item 2). Passaremos, então, no item 3, à descrição das regras setoriais que prevêm limites à concentração econômica envolvendo operadores dos serviços de telefonia fixa e móvel. Posteriormente, faremos a análise de aspectos diretamente relacionados à aplicação do direito da concorrência no setor, quais sejam: estrutura institucional competente (item 4); definição do mercado relevante nos serviços de telefonia fixa e móvel (item 5); e, finalmente, tendências verificáveis nas formas de concentração e cooperação no setor de telecomunicações (item 6).

2. Aspectos gerais dos serviços de telecomunicações

O setor de telecomunicações é uma indústria de rede, composto por diversos serviços³. Nele se enquadram os serviços de telefonia fixa, telefonia móvel, televisão a cabo e por assinatura, serviços de rede corporativa e outros serviços de menor abrangência. São serviços de infra-estrutura, que, ante a relevância que a tecnologia e a transmissão eficiente de informações possuem na economia atual, apresentam crescente importância, vez que permitem e facilitam o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas.

Dentre esses serviços, se destacam os de telefonia fixa e móvel. A importância desses dois serviços decorre do grande número de usuários que os utilizam e, conseqüentemente, da importância que suas redes têm para a prestação de diversos outros serviços. Apresentam, assim, grande relevância social, e, portanto, são os serviços de telecomunicações que os reguladores de todo o mundo mais de perto acompanham.

³Uma introdução aos aspectos tecnológicos dos serviços de telecomunicações é apresentada por José Claudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini em “Serviços de telecomunicações: aspectos tecnológicos”, *Ensaio BNDES* (obtido em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ensaio/ensaio5.pdf>, em 03.10.2003).

Inicialmente representado quase que exclusivamente pelos serviços de telefonia fixa, o mais antigo serviço de telecomunicações⁴, o setor de telecomunicações, foi historicamente estruturado como um monopólio natural, exercido, na maioria das vezes, por empresas estatais⁵. No entanto, a partir da década de 1970, houve o desenvolvimento de novas tecnologias⁶, que aumentaram a contestabilidade desse monopólio. Paralelamente a isso, os processos de abertura comercial e globalização econômica criaram demanda para serviços sofisticados em escala global⁷. Esses fenômenos vêm dando causa a processos de liberalização do setor de telecomunicações em diversos países⁸.

Tais reformas tiveram como característica comum a abertura para que novas empresas entrassem nos mercados, incentivo expresso à concorrência, e, em muitos casos, a privatização do antigo monopolista. Esses fatores, dentre outros, foram preponderantes para que o setor de telecomunicações apresentasse um grande número de fusões e aquisições, o que ainda hoje se verifica⁹.

⁴ Sobre a evolução da tecnologia do setor de telecomunicações, ver HORROCKS, John, “Telecommunications technology”, in LONG, Colin D., *Telecommunications law and practice*, 2nd. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, cap. 1.

⁵ Ver, dentro outros, LAFFONT, Jean-Jaques; TIROLE, Jean, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, MIT Press, 2000, p. 3.

⁶ Em função dos desenvolvimentos no campo da informática, nas décadas de 50 e 60 do século passado, iniciou-se processo de crescente digitalização das redes de telecomunicações a partir da década de 70, o que resultou em redução substancial de custos e criação de novas utilidades para as redes de telecomunicações. Esse processo está na base do fenômeno conhecido como “convergência” no setor de telecomunicações, que se caracteriza pela tendência de se utilizarem diversos tipos de rede para o uso dos mesmos serviços, o que é possibilitado pela digitalização. A respeito, ver FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*, São Paulo, Cultural Paulista, 2003, p. 29-31.

⁷ BRONCKERS, Marco C.E.J; LAROUCHE, Pierre, “Telecommunications services and the World Trade Organization”, *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Geneva, v.31, n.3, jun. 1997

⁸ A reforma regulatória de caráter liberalizante do setor de telecomunicações, longe de ser um fenômeno brasileiro isolado, se deu em diversos países, em diferentes escalas e formas. Sobre o tema, ver PIRES, José Cláudio Linhares, “Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro”, *Textos para Discussão n° 71*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Rio de Janeiro, set. 1999; LAFFONT, Jean-Jaques; TIROLE, Jean, *Competition in Telecommunications*, cit., item 1.3.

⁹ PIRES, José Cláudio Linhares; DORES, Adely Branquinho das: “Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações: Características e Enfoque Regulatório Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações”, in *Revista do Bndes*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 179-228, dez. 2000.

3. Regulação do setor de telecomunicações - regras setoriais sobre concentração econômica

3.1 Reforma no setor de telecomunicações

O Brasil não foi exceção nessa tendência mundial, e também submeteu seu setor de telecomunicações a um amplo processo de liberalização promovido a partir de 1995, caracterizado por três elementos fundamentais: reforma regulatória, criação de agência reguladora independente e privatização¹⁰.

O processo de reforma regulatória¹¹ iniciou-se com a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que, ao alterar o artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal, permitiu que a União prestasse os serviços de telecomunicações por meio de concessão, permissão ou autorização a empresas privadas, o que antes lhe era vedado. A nova redação do dispositivo constitucional prevê que a exploração desses serviços se dará “nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Portanto, os serviços de telecomunicações são de titularidade da União, assim como o é a competência privativa para legislar sobre telecomunicações (Constituição Federal, artigo 22, inciso IV).

Inicialmente, esse preceito constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, conhecida como “Lei Mínima”, que tratou apenas de telefonia móvel e outros serviços. No entanto, a lei que realmente estabeleceu as bases para a reforma regulatória do setor de telecomunicações brasileiro é a de nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (“LGT”). Seus principais objetivos são o estabelecimento de concorrência no setor de telecomunicações e a universalização¹² desses

¹⁰ Sobre os principais elementos da reforma do setor de telecomunicações no Brasil, ver PIRES, José Cláudio Linhares, “A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil”, in *Revista do BNDES*, nº 11, Rio de Janeiro, jun. 1999.

¹¹ O conceito de “reforma regulatória”, como vem sendo ultimamente empregado, está intimamente relacionado com seus objetivos, quais sejam, o de reformar regulamentações sobre atividades econômicas que representem barreiras desnecessárias à concorrência, inovação e crescimento, ao mesmo tempo que cumpram objetivos sociais relevantes (ver ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO, “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”, 9 de março de 1995, obtida no site www.oecd.org).

¹² A LGT define “universalização” como “o acesso de qualquer pessoa a serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização ou condição sócio-econômica, bem como a utilização de telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”

serviços. Para efetivar a concorrência, a LGT previu tanto a existência de diversos operadores para o mesmo serviço¹³, quanto regras para o relacionamento entre eles, basicamente relacionadas a interconexão¹⁴ e uso compartilhado de infraestrutura¹⁵. Já no que se refere à universalização, a LGT previu o estabelecimento de um fundo para financiá-la, o que se deu efetivamente com a edição da Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000.

Essa Lei previu, ainda, a criação da agência reguladora setorial, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. A Agência representa a União nas funções de regulação, fiscalização e outorga de serviços do setor de telecomunicações, nos seus mais variados aspectos, como prestação do serviço, concentração de mercado, controle de tarifas, uso de radiofrequências, compartilhamento de infra-estrutura e interconexão, dentre outros. Além disso, possui a natureza de autarquia de regime especial, com autonomia decisória,

(artigo 79, §1º da LGT). De acordo com Alexandre Ditzel Faraco, a universalização “[r]eflete a implementação de uma política pública (vinculando-se, portanto, ao cumprimento de um dever decorrente da titularidade sobre a respectiva atividade) cujo escopo consiste na viabilização do acesso a certos serviços à sociedade como um todo, dada a importância que apresentam no âmbito das relações sociais e econômicas.” (*Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*, cit., p. 368.)

¹³ LGT, art. 136: “Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.”

¹⁴ A interconexão é essencial em qualquer estrutura na qual se baseie uma indústria de telecomunicações. “What is special about telecommunications? In the public area especially, the answer is interconnectivity. The benefit from telecommunications to a large extent depends on the ability to communicate with others in changing circumstances and in response to a need that may not be foreseeable. (...) The need for interconnectivity means that communications systems have to be technically compatible with each other and have to be actually interconnected.” (HORROCKS, John, “Telecommunications technology”, cit., p. 3). Esse requisito é, obviamente, ainda mais importante em setores submetidos à concorrência, em que diversas redes são operadas por agentes diferentes. É por isso que no processo de reforma regulatória é essencial a obrigação de interconexão entre redes operacionalmente compatíveis. A LGT a prevê em seus artigos de nº 146 e 147.

¹⁵ No dizeres de Eduardo Alfred Taleb Boulos, “[c]ompartilhamento de elementos de infra-estrutura ou da rede em si é o uso por prestador de serviço, no caso telecomunicações, de elementos de infra-estrutura ou da rede em si, pertencente a outro prestador. O prestador deixa de construir parte da rede própria, seja a infra-estrutura, ou a rede em si, para a conexão de seus clientes, aproveitando-se de elementos da rede alheia, em parte que compartilha, mediante remuneração, para a conexão à sua clientela. (BOULOS, Eduardo Alfred Taleb, “Concorrência e regulação no serviço telefônico fixo comutado - um balanço”, in ROCHA, Bolívar Moura (org.). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil*. São Paulo, IOB - Thomson, 2003, p. 43)

administrativa e financeira, sem subordinação hierárquica ao ministério ao qual é vinculada, o Ministério das Comunicações¹⁶.

Por fim, deve ser destacada, dentro do processo de liberalização do setor de telecomunicações brasileiro, a privatização do Sistema Telebrás. Uma grande reestruturação societária das empresas componentes do sistema resultou em quatro operadoras de telefonia fixa (uma para serviços de longa distância nacional e internacional, e três de caráter regional) e seis operadoras de telefonia celular, que foram vendidas a empresas privadas em leilão promovido em 29 de julho de 1998. A privatização, uma das maiores já realizadas até hoje mundialmente, teve como uma de suas características essenciais o fato de ocorrer após o processo de reforma regulatória, o que certamente contribuiu para seu sucesso¹⁷.

3.2 Regulação concorrencial do setor de telecomunicações

Sendo um dos objetivos da regulação setorial a instituição de efetiva concorrência no setor de telecomunicações, há diversos mecanismos nessa regulação que refletem tal preocupação. Essa nova forma de regular setores econômicos anteriormente caracterizados por monopólios é comumente denominada na doutrina como *regulação concorrencial*.¹⁸ O fundamento para a adoção desse tipo de regulação no setor de telecomunicações decorre da análise

¹⁶ Ver PORTO NETO, Benedicto, “A Agência Nacional de Telecomunicações”, in SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 286-99.

¹⁷ PIRES, José Cláudio Linhares, “A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil”, cit., p. 2. A importância do estabelecimento de um cuidadoso aparato regulatório e institucional prévio à privatização foi demonstrada, de maneira geral e tendo como um dos exemplos a experiência brasileira, por Joseph Stiglitz, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2001, em seu *paper* “Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries” (Banco Mundial, 1999, obtido em www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/articles/beijing.htm - em 06.10.03).

¹⁸ Ver SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, cap. 1. Como sintetizado por Alexandre Faraco, “[a] noção de regulação concorrencial é, na essência, a aceitação de que uma ação centrada no Estado não é apta a, adequadamente, determinar a priori e impor o melhor resultado que poderia ser alcançado no âmbito do desenvolvimento de uma atividade econômica. Assim, ao invés de direcionar-se a regulação à produção de tais resultados, como era típico no regime de monopólio, aquela é voltada à viabilização do processo através do qual tais efeitos podem ser alcançados (i.e., o processo de descoberta possibilitado pela concorrência).” (*Regulação e direito concorrencial*(...), cit., p. 43.)

dos princípios prescritos pela LGT em diversos de seus trechos, podendo ser destacado como o mais paradigmático deles o seguinte:

“Art. 6º: Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

Mas em que consiste, afinal, essa regulação concorrencial? Quais as medidas presentes na regulação do setor de telecomunicações que objetivam instaurar e garantir um ambiente concorrencial? É o que veremos a seguir, no que se refere aos limites de concentração econômica relacionados aos serviços de telefonia fixa e móvel.¹⁹

3.2.1 Telefonia fixa

A telefonia fixa é denominada pela regulamentação como Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)²⁰. Como já comentado acima, a privatização do Sistema Telebrás foi estruturada de forma tal a criar quatro grandes empresas de STFC. Essa divisão se baseou no Plano Geral de Outorgas, aprovado, com base na LGT, pelo decreto presidencial de nº 2.534, de 2 de abril de 1998, que dividiu o território nacional em quatro áreas, sendo três de caráter regional e uma de âmbito nacional²¹. Obedecendo ao PGO, a reestruturação societária que antecedeu a

¹⁹ É importante, aqui, reforçar a ressalva apresentada no início deste trabalho: não pretendemos apresentar todos os aspectos pró-concorrenciais da regulação do setor de telecomunicações, mas, tão somente, aqueles que têm como preocupação principal estabelecer limites à concentração econômica, com vistas a possibilitar a diversidade de operadores.

²⁰ O Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) é definido pela regulamentação como “serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia” (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, aprovado pelo Resolução ANATEL nº 85, de 30 de dezembro de 1998, art. 3º, XX).

²¹ Área geográfica correspondente ao(s) território(s): Região I - dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima; Região II - do Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre; Região III - do Estado de São Paulo; Região IV - nacional.

privatização deu origem a três empresas de telefonia local e de longa distância intra-regional, e uma empresa para STFC de longa distância interregional e internacional. Essas quatro empresas (conhecidas como “incumbentes”) assinaram os respectivos contratos de concessão de STFC com a Anatel tal qual exigido pela LGT (art. 207), o que ocorreu antes do leilão de privatização, em 29 de julho de 1998.²²

O próprio PGO previu um cronograma de crescente liberalização para o serviço de telefonia fixa. Em um primeiro momento, foi promovida licitação para outorgas para quatro novas empresas de telefonia fixa (conhecidas como “espelhos”), com áreas equivalentes àquelas das quatro incumbentes²³. O regime de duopólio incumbentes-espelhos foi temporário, durando apenas até 2002. A partir do primeiro dia desse ano, a Anatel estava autorizada, pelo PGO, a outorgar novas autorizações de telefonia fixa, sem limite de número²⁴.

Tanto as “espelhos” quanto as novas empresas de STFC, ao contrário das antigas operadoras fixas, obtiveram *autorização*, e não *concessão*, da Anatel, para operarem STFC. Assim, as incumbentes e as entrantes (espelhos e as novas empresas de STFC) estão submetidas a dois regimes regulatórios distintos, medida essa conhecida como “assimetria regulatória”, que se justifica, precipuamente, pelo poder de mercado das incumbentes²⁵.

²² No leilão, a holding de concessionárias da Região I foi comprada por um consórcio de sociedades brasileiras e fundos de investimento, composto pelos grupos Andrade Gutierrez e Inepar, dentre outros, e hoje é conhecida por Telemar. A holding da Região II foi comprada por consórcio composto pela Telecom Itália e fundos de pensão, e opera como “Brasil Telecom”. A holding da Região III, por sua vez, foi comprada por consórcio liderado pela operadora espanhola Telefónica. Por fim, a Embratel (Região IV) foi adquirida pela empresa americana então denominada MCI, hoje MCI Worldcom.

²³ As autorizações para operar nas Regiões I e III foram obtidas pelo consórcio formado pelas empresas Qualcomm e Bell Canada e o fundo VeloCom, sendo que as operadoras hoje se chamam, respectivamente, Vésper S.A. e Vésper São Paulo S.A.; a autorização para operar na Região II foi comprada pela empresa holandesa Global Village Telecom, sendo que a operadora hoje utiliza a mesma denominação. Por fim, a autorização para atuação na Região IV foi vendida a consórcio formado por France Telecom, National Grid e Sprint, e a autorizatária hoje opera como Intelig.

²⁴ Essas autorizações são regidas pela Resolução nº 283, de 29 de novembro de 2001.

²⁵ Convém, aqui, expor simplificadaamente os regimes para a prestação de serviços de telecomunicações previstos pela LGT. Esta classificou esses serviços com base em dois critérios: (i) do interesse a que servem; e (ii) do regime de prestação. Pelo critério do interesse a que servem, os serviços podem ser classificados como sendo de *interesse restrito* ou de *interesse coletivo*, conforme a abrangência da sua prestação. Pelo critério do regime de prestação a que estão submetidos, os serviços podem ser prestados no *regime público* e no *regime privado*. A diferença entre os dois está na maior imposição de encargos e controles aos prestadores de serviços de telecomunicações no regime público, como cumprimento de

O poder de mercado das antigas monopolistas, mais particularmente daquelas que herdaram as redes de telefonia fixa local, é fenômeno verificado em todos os países que promoveram a liberalização de seus respectivos mercados²⁶. Esse poder de mercado, por sua vez, se baseia no fato de a principal forma tecnologicamente viável de se acessar o consumidor final de telecomunicações ser por meio da rede fixa local, ao menos por enquanto. Logo, há uma grande dependência da rede de telefonia local, tanto por parte das outras empresas de telecomunicações como dos consumidores²⁷. Em vista disso, o regime jurídico a que estão submetidas impõe maiores controles (como o tarifário) e deveres (metas de universalização) a essas empresas.

As características especiais das incumbentes concessionárias justificam também outras medidas legais. A primeira a ser destacada é a

metas de universalização do serviço, controle de tarifas e reversibilidade de bens à União, devendo ser sempre prestados sob concessão ou permissão (a última somente aplicável em casos excepcionais). Além disso, a prestação e continuidade desses serviços é garantida pelo governo federal. Atualmente, o único serviço sob este regime é o de telefonia fixa prestado pelas empresas privatizadas sucessoras do Sistema Telebrás. Desse modo, essas operadoras possuem contrato de concessão com a Anatel, que foi assinado em 1998 e vigorará até o final de 2005, quando serão assinados novos contratos, a vigorarem por 20 anos. Já os serviços prestados no regime privado são pautados nos princípios relacionados à livre iniciativa. Os preços são livremente estipulados pela prestadora, a qual não possui obrigação de universalização dos serviços e os presta por meio de autorização por tempo indeterminado. Cf. MARQUES NETO, Floriano, “*Direito das Telecomunicações e ANATEL*”, in SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Direito Administrativo Econômico*. cit., p. 300-16.

²⁶ De acordo com estudo de Olivier Boylaud e Giuseppe Nicoletti sobre o setor de telecomunicações em países membros da OCDE, “[d]espite widespread privatisation and liberalisation, large segments of the industry still remain dominated by incumbent PTOs [Public Telephony Operators]” (“Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications”, *OECD Economic Studies No. 32, 2001/I*, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 2001, p. 7). A telefonia local ainda permanece como monopólio de fato na franca maioria de seus países membros, mesmo após o processo de liberalização. A situação nos serviços de longa distância nacional e internacional é diferente, mas o principal operador, que é, em geral, o mesmo que controla a rede local, detém, em média, respectivamente, 90,8 e 85,7% do mercado, conforme dados de 1998 (idem, p. 102; 106-8). Sobre a realidade brasileira a respeito, ver BOULOS, Eduardo A. T., “Regulação e concorrência ...”, cit., p. 32-35.

²⁷ “While the description of the local configuration of the public switched network must constantly be adjusted to reflect technological change, the key point that we will emphasize is that *some elements of the local network, such as the link close to customer premises, are essentially a fixed cost, and that because they are crucial parts of the network, law makers and regulators have been preoccupied with the access of all telecommunications actors to these elements.*” (LAFFONT, Jean-Jaques; TIROLE, Jean, *Competition in Telecommunications*, cit., p. 12 - grifo no original).

proibição, pela LGT, de as concessionárias terem seu controle acionário transferido antes de cinco anos contados da privatização, ou seja, 28 de julho de 2003 (art. 209)²⁸. Além disso, é vedada pela LGT a participação cruzada (i) entre as concessionárias de STFC, e (ii) entre concessionária e autorizada de STFC na mesma área do PGO (LGT, art. 87 e 133, IV). Ainda persiste, quanto às empresas espelho, a proibição de que a operadora de longa distância nacional e internacional seja coligada às operadoras regionais²⁹. A relevância dessas regras está no fato de elas permitirem a criação de grupos empresariais distintos que se colocam em concorrência entre si.

Tal concorrência é potencial em um primeiro momento, e efetiva, depois. Isso em vista de regra de enorme importância para o setor, que é a que prevê que as concessionárias, bem como seus controladores, controladas e coligadas, não poderiam atuar em quaisquer outros serviços que não os previstos em seus contratos de concessão antes de 31 de dezembro de 2003 (PGO, art. 10, § 2º)³⁰, ou, caso as metas de universalização fossem cumpridas até 31 de dezembro de 2001³¹, a partir de 2002. Todas as concessionárias anteciparam essas metas, à exceção da Brasil Telecom (Região II), cujo pedido de reconhecimento de antecipação de metas ainda não foi aprovado pela Anatel. Há objetivo claramente pró-concorrencial nessa norma, pois ela “impede, no período inicial de liberalização do setor, que tais empresas abusem do poder econômico detido nos mercados em que eram monopolistas com o propósito de dominar outros mercados.”³²

3.2.2 Telefonia móvel

Quanto às operadoras de telefonia móvel, devemos distinguir os dois

²⁸ Esse tipo de regra quanto ao prazo a partir do qual é permitida a transferência de controle de empresas não apresenta justificativa concorrencial, mas sim preocupação quanto à viabilização da prestação do serviço. Busca-se impedir que os controladores da concessionária se ocupem de sua venda, ao invés de promover os investimentos necessários. Esse mesmo princípio será verificado também no Serviço Móvel Celular Banda B, comentado abaixo.

²⁹ Havia, até 1.1.2002, proibição de transferência do controle acionário dessas operadoras.

³⁰ Exceção relevante é a prevista no edital de privatização (Edital MC/BNDES nº 01/98, item 3.5), com base na LGT (art. 194), pela qual foi permitida a aquisição conjunta de empresas de telefonia fixa e celular, desde que respeitadas as regras de participação cruzada entre empresas prestadoras deste último serviço, a serem comentadas a seguir. Essa regra foi empregada pela Telecom Itália Móvel, coligada da Telecom Itália, e pela espanhola Telefônica. Ambas adquiriram outras duas empresas de telefonia celular.

³¹ Trata-se de evidente incentivo para que as concessionárias cumprissem antecipadamente as metas de universalização a elas definidas,

³² Faraco, cap. 7, item 7.5, p.

principais serviços que compõem esse segmento, quais sejam, o Serviço Móvel Celular (“SMC”) e o Serviço Móvel Pessoal (“SMP”).

3.2.2.1 Serviço móvel celular (“SMC”)

As principais regras que regulamentam o SMC foram editadas com base na Lei Mínima, e não na LGT. Esta o define como “serviço de telecomunicações móvel terrestre, aberto à correspondência pública, que utiliza sistema de radiocomunicações com técnica celular, conforme definido na regulamentação, interconectado à rede pública de telecomunicações, e acessado por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, de uso individual” (art. 2º, § 1º).

Quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 8/95, estava em pleno desenvolvimento a implementação da telefonia celular no país, e havia o interesse de se outorgar à iniciativa privada a prestação desses serviços. Assim, a Lei Mínima previu a possibilidade de outorga desse serviço, mediante *concessão*, a empresas brasileiras, com sede e administração no país, sendo que “[o]s processos de outorga para exploração dos serviços de que trata es[s]a Lei dever[iam] conter requisitos que propici[assem] a diversidade de controle societário das entidades exploradoras, em estímulo à competição.” (art. 12). Ao mesmo tempo, exigiu que as empresas do Sistema Telebrás que já prestavam telefonia celular criassem subsidiárias para a exclusiva prestação desse serviço, que celebrariam contrato de concessão semelhante àquele elaborado para as empresas privadas (arts. 4º e 5º).

Com base nessas normas, o Ministério de Comunicações, então exercendo a função de órgão regulador do setor de telecomunicações³³, editou diversas Normas Gerais de Telecomunicações (“NGTs”), dentre as quais se destaca a de nº 20/96³⁴. Esta define, dentre outros aspectos, regras sobre participação cruzada entre as operadoras de SMC. Para tanto, tal norma divide o território nacional em 10 áreas de concessão para prestação do SMC³⁵. Em cada uma delas, haveria duas operadoras,

³³ Lei Mínima, art. 13, parágrafo único. Essa função foi exercida até a criação da Anatel. Esses regulamentos editados pelo MC devem ser “gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a [LGT]” (LGT, art. 214, inciso I).

³⁴ Aprovada pela Portaria nº 1.533, de 4 de novembro de 1996.

³⁵ Área 1 = diversos municípios da região metropolitana de São Paulo; Área 2 = Estado de São Paulo, excluídos os municípios contidos na Área 1 anterior; Área 3 = Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; Área 4 = Estado de Minas Gerais; Área 5 = Estados do Paraná e Santa Catarina; Área 6 = Estado do Rio Grande do Sul; Área 7 = Estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre e Distrito Federal; Área 8 = Estados do

uma de Banda A, integrante do Sistema Telebrás, e uma de Banda B, empresa privada selecionada mediante licitação³⁶. Como regra de participação cruzada, definiu a NGT nº 20/96 que “para uma mesma subfaixa de frequências [Bandas A e B], Pessoas Jurídicas Coligadas entre si só podem explorar o SMC em, no máximo, duas Áreas de concessão, sendo uma delas dentre as Áreas de 1 a 6 e a outra dentre as Áreas de 7 a 10.” (item 5.2.6.2). Tal proibição se aplica pelo prazo de cinco anos, “a contar da data de início de operação comercial associada à concessão da pessoa jurídica que, por último, iniciou a operação comercial do serviço” (item 5.2.6.1.1)³⁷. As mesmas regras valem para a prestação do SMC pela mesma pessoa jurídica.

Assim, quando da reestruturação do Sistema Telebrás com vistas à privatização, foram criadas nove *holdings* controladoras de concessionárias de SMC – Banda A, e, paralelamente, foram outorgadas 10 concessões de SMC para empresas privadas – Banda B. Como as concessionárias de telefonia fixa, também as concessionárias de SMC de Banda A só podem ter seu controle acionário transferido após cinco anos da privatização³⁸. Já para as concessionárias Banda B esse mesmo prazo é contado a partir da respectiva data de início da operação comercial³⁹. Como se pode verificar, também aqui foi implementado o modelo de duopólio para a prestação do serviço.

3.2.2.2. Serviço móvel pessoal (“SMP”)

Todavia, assim como na telefonia fixa, o duopólio na telefonia móvel foi temporário. As concessões de SMC foram outorgadas sem caráter de exclusividade⁴⁰, e o duopólio deveria durar até 31 de dezembro de 1999, data a partir da qual a Anatel estava autorizada a abrir licitações para outorga de serviços de telefonia móvel⁴¹. Para tanto, a Agência definiu, inicialmente, as radiofrequências

Amazonas, Roraima, Amapá, Pará e Maranhão; Área 9 = Estados da Bahia e Sergipe; Área 10 = Estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco e Alagoas.

³⁶ Exceção ocorreu no estado de São Paulo, onde a concessionária de Banda A (Telesp Celular) atuava nas Áreas 1 e 2, que tinham, cada uma, uma operadora de Banda B (BCP e Tess, respectivamente), de acordo com a NGT nº 20/96, item.

³⁷ De acordo com informações obtidas junto à Anatel, essa data é 30 de novembro de 1998, e se refere à Norte Brasil Telecom.

³⁸ LGT, art. 202, caput.

³⁹ Regulamento do Serviço Móvel Celular, aprovado pelo Decreto nº 2.056, de 4 de novembro de 1996, art. 39.

⁴⁰ Regulamento do SMC, art. 5º.

⁴¹ Portaria n.º 66, de 10 de abril de 1996, do Ministério das Comunicações.

a serem utilizadas por novos serviços móveis⁴² e, posteriormente, estabeleceu as regras do Serviço Móvel Pessoal, já com base no regime legal da LGT. Dentre essas regras, se destacam as Diretrizes Regulatórias do SMP, aprovadas pela Resolução Anatel n° 235, de 21 de setembro de 2000. De acordo com essa norma, o SMP é de interesse coletivo, prestado no regime privado, e apresenta características que o qualificam como sucedâneo do SMC (art. 1º).

São definidas três grandes áreas de prestação de SMP, com extensão igual às áreas delineadas no PGO para as operadoras regionais de telefonia fixa. Para cada uma dessas regiões houve licitação para a escolha de três novas empresas autorizadas para operar nas chamadas Bandas C, D e E⁴³. Adicionalmente, as empresas selecionadas receberam autorização para prestar também STFC de longa distância nacional e internacional.

No que se refere às regras de participação cruzada⁴⁴, essas se resumem ao previsto no art. 7º das Diretrizes Regulatórias: “É vedada a uma mesma prestadora, sua controladora, controlada ou coligada, a prestação de SMP, SMC ou ambos por meio de mais de uma autorização ou concessão, em uma mesma área geográfica de prestação de serviço, ou parte dela”. É de se destacar, ainda, que as regras relacionadas à aprovação prévia da Anatel para a transferência de controle de operadoras de SMP são bem mais flexíveis que aquelas aplicáveis ao SMC, como de resto pode-se dizer de toda a regulamentação do SMP comparada com a do SMC.

As Diretrizes Regulatórias prevêm a possibilidade de as operadoras de SMC migrarem para o regime do SMP⁴⁵, de forma a se beneficiarem das

⁴² Resolução n.º 227, de 21 de junho de 2000.

⁴³ Nota sobre licitações e empresas vencedoras.

⁴⁴ É importante, aqui, para fins de clareza, rápida digressão quanto ao fundamento legal das regras setoriais que impõem restrições à concentração econômica, além daquele apresentado no item 3.1 acima. A Anatel define essas restrições pautada no art. 71 da LGT, *in verbis*: “Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.” No caso do STFC, as regras sobre participação cruzada foram definidas pela própria LGT e pelo Poder Executivo, por meio do PGO. Este, quando de sua elaboração (que é de competência da Anatel - LGT, art. 19, XXX), deveria considerar o “ambiente de competição” (LGT, art. 84, § 1º). Em ambos os casos, o Poder Público estava obrigado a “adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários” (LGT, art. 2º, III). No entanto, no caso do SMC, por ter sido a regulamentação editada pelo Ministério das Comunicações antes da LGT, seu fundamento era a Lei Mínima, com base em seu art. 12, citado acima.

⁴⁵ Procedimento detalhado pela Resolução Anatel n.º 254, de 11 de janeiro de 2001.

vantagens desse regime regulatório. Para tanto, elas devem adaptar seus instrumentos de concessão de SMC para autorizações de SMP. Essa adaptação não implica qualquer alteração na área de prestação dos serviços. Entretanto, as operadoras que migrarem para o regime do SMP poderão promover reestruturações societárias para adequar a área de prestação do serviço às três regiões nas quais o país foi dividido, sem as restrições a transferências de concessão e de controle acionário atualmente aplicáveis às prestadoras de SMC⁴⁶. Ademais, elas recebem autorização para utilizarem radiofrequência adicional, na mesma faixa que será outorgada às vencedoras da licitação referente às Bandas C, D e E, bem como autorizações de STFC nas modalidades longa distância nacional e internacional. Até o momento, a maioria das operadoras de SMC já se adaptaram ou estão em vias de se adaptar ao SMP⁴⁷.

Uma vez apresentadas as regras setoriais que estabelecem os limites de concentração econômica envolvendo prestadores dos principais serviços de telecomunicações, passaremos a avaliar qual a estrutura institucional estabelecida pela legislação para a análise de atos de concentração econômica no setor de telecomunicações.

4. Aspectos institucionais do controle concorrencial no setor de telecomunicações

Um primeiro problema a ser aqui analisado é se há algum conflito de competência entre o órgão responsável pela aplicação da legislação antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE⁴⁸, e a Agência reguladora setorial. A doutrina é unânime em responder negativamente a essa questão⁴⁹.

⁴⁶ Art. 35 das Diretrizes Regulatórias.

⁴⁷ Conforme informações constantes no site da Anatel (www.anatel.gov.br).

⁴⁸ A Lei básica em matéria concorrencial no Brasil é a de nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com fundamento no artigo 173, § 4º da Constituição Federal. Por meio dela, instituiu-se o assim chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e duas secretarias ministeriais que o auxiliam, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e a de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda. O CADE funciona como “tribunal administrativo” responsável por exercer tanto o controle de estruturas quanto o de condutas, em qualquer setor da economia brasileira. Ele é auxiliado nessa tarefa pelas duas secretarias mencionadas. A SEAE é responsável pela análise dos aspectos econômicos relacionados aos processos, enquanto a SDE coordena os procedimentos e promove as investigações relevantes.

⁴⁹ OLIVEIRA, Gesner; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, “Regulation and competition

Isso porque leitura cuidadosa da LGT nos permite verificar que a estrutura institucional por ela criada é clara. Ela define a competência da Agência para a aplicação do direito concorrencial no setor, resguardada a competência do CADE (art. 19, XIX). Todavia, essa competência está mais bem detalhada em seu art. 7º, § 2º, que prevê que os atos de concentração econômica, assim definidos pela legislação concorrencial geral, envolvendo empresas de telecomunicações, “serão submetidos à apreciação do (...) CADE, por meio do órgão regulador.” Assim, no setor de telecomunicações, atos de concentração econômica são inicialmente analisados pela Anatel, que emite parecer sobre os aspectos concorrenciais da transação e o envia ao CADE para que este dê a decisão final quanto à licitude do ato⁵⁰. A Anatel desempenha, assim, o papel que a Lei nº 8.884/94 concede às Secretarias de Direito Econômico e Acompanhamento Econômico.⁵¹

Todavia, as operações de concentração no setor de telecomunicações não estão submetidas apenas ao controle estrutural concorrencial. Quando estas envolvem transferência direta ou indireta de controle de operadora de serviço de telecomunicações, devem ser submetidas à aprovação prévia da Anatel, para então serem enviadas ao CADE, caso se verifiquem os requisitos previstos pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94. A Anatel, nessa decisão, leva em consideração a adequação do ato com relação à regulação setorial⁵² e, se tal adequação é verificada, o ato é aprovado. Dentre as normas que condicionam esta transferência

policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry”, *Brooklyn Journal of International Law*, v. XXV, n. 2, 1999, p. 311-335; ROCHA, Bolívar M., “Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência”, *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58; FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e direito concorrencial...*, p. 359 e ss.

⁵⁰ Esse procedimento está detalhado nas Normas de nº 04/98 (aprovada pela Resolução Anatel nº 76, de 16 de dezembro de 1998) e 7/99 (Resolução Anatel n.º 195, de 7 de dezembro de 1999).

⁵¹ O CADE vem solicitando a opinião dessas secretarias em diversos atos de concentração e procedimentos administrativos relevantes envolvendo o setor de telecomunicações, mesmo havendo apresentação de parecer por parte da Anatel. Ver, p.ex., AC 08012.007968/2001-29 (Brasil Telecom e Vant Telecomunicações) e Representação nº 08700.001639/2003-88 (Telesp em face de Embratel).

⁵² A fim de verificar se determinada situação configura ou não transferência de controle vedada pela regulamentação setorial, a Anatel editou o “Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações”, aprovada pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999. A definição de controle prevista por esse regulamento é bastante genérica, a abarca diversas situações. A Anatel, ao aplicar essa resolução, tem empregado critérios diversos para situações semelhantes, o que gera insegurança por parte das empresas. Ver, sobre o tema, a reportagem “Falta critério para mudança de controle”, *Valor Econômico*, 27 de setembro de 2002, seção “Empresas & Tecnologia”.

de controle estão as que prevêm limites à participação cruzada entre empresas de telecomunicações, tal qual as descritas nos itens 3.2 e 3.3 acima.

E qual é a relação entre essas duas aprovações? Como bem resumido por Faraco, “[o] preenchimento das condições trazidas pelas normas setoriais pode ser enfocado como o primeiro momento da análise da licitude de tais atos. O seu não atendimento inviabilizará por completo a operação pretendida. Todavia, sua observância em nada altera a circunstância de que a licitude dependerá, ainda, do atendimento integral das condições do direito concorrencial geral.”⁵³ A justificativa para tanto se baseia no fato de serem os serviços de telecomunicações de titularidade da União. Desse modo, pode a União, por meio da Anatel e com permissão legal expressa para tanto, definir esses limites com caráter obrigatório, e, portanto, determinar a melhor configuração possível para o setor, pois se aplica a atividades das quais é titular. Além do mais, o caráter imperativo desses limites se justifica por se caracterizar a indústria de telecomunicações como um setor regulado dominado⁵⁴, no qual se demanda uma aplicação mais incisiva do direito concorrencial, por meio de regulação setorial que expressamente objetiva a implantação de ambientes competitivos. Desse modo, uma primeira influência que as regras de participação cruzada exercem na aplicação do controle estrutural concorrencial no setor está no fato de se apresentarem como condição de legalidade desses atos, que deve ser verificada antes mesmo da aplicação do direito concorrencial.

Uma vez aprovada operação de concentração pela Anatel, com base nas regras setoriais, cabe ao CADE, com exclusividade, julgar a licitude do ato com relação à legislação concorrencial, levando em consideração parecer emitido pela Anatel⁵⁵. Cabe-nos, então, como proposto, apresentar critérios de orientação para este momento do controle estrutural do setor de telecomunicações.

⁵³ *Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*, cit., p. 356.

⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, cit., p. 96-8. O autor distingue nesta obra (p. 41-50) dois grandes tipos de setores regulados: os *setores regulados dominados*, caracterizados pela dependência de todos os agentes econômicos do setor a uma estrutura essencial, normalmente organizada como uma rede; e os *setores de acesso e permanência regulados*, nos quais, embora as condições existentes nos do primeiro tipo inexistam, possuem relevância pública e o Estado os controla para “garantir a segurança e a integridade física e econômica dos indivíduos e da nação” (p. 46). Como é evidente, o setor de telecomunicações pertence à primeira classe exposta.

⁵⁵ Decisões importantes envolvendo a discussão sobre a divisão de competências entre o CADE e a Anatel são as que julgaram os atos de concentração nºs 53500.002183/98, de 17 de fevereiro de 1999, Requerentes: Consórcio Ugb-Bitel e Tele Nordeste Celular Participações S.A. (DOU de 16 de março de 1999) e 53500.002128/98, de 17 de fevereiro de 1999, Requerentes: Consórcio Lestecel e Tele Leste Celular Participações S.A. (DOU de 16 de março de 1999).

5. Identificação do poder de mercado - definição de mercado relevante

A identificação de poder de mercado, atual ou decorrente de concentração econômica, tem como pré-requisito essencial a definição do mercado relevante de bens e serviços, de acordo com a legislação concorrencial pátria. (Lei nº 8.884/94, art. 54). Trata-se, portanto, de etapa fundamental para a aplicação do direito concorrencial.

A doutrina concorrencial prevê que “uma correta definição do mercado deve levar em conta necessariamente três dimensões: a dimensão substancial (ou dos produtos), a dimensão geográfica e a temporal”⁵⁶. No setor de telecomunicações, algumas de suas peculiaridades influem decisivamente nessa tarefa, tais como a definição regulamentar dos serviços, as barreiras legais, o fenômeno de convergência, as características de indústria de rede e o rápido desenvolvimento tecnológico que se tem observado nos últimos tempos.

Como identificar em que medida essas características do setor influem na definição de mercado relevante? Excelente exemplo, que em muito pode contribuir para essa reflexão, está presente nas novas regras estabelecidas pela Comunidade Européia para o estabelecimento de regras comuns para o setor de telecomunicações⁵⁷.

Após diversas etapas de liberalização, iniciadas ainda na década de 80, o Parlamento Europeu e o Conselho⁵⁸ editaram um conjunto de cinco diretivas, dentre as quais se destaca a Diretiva 2002/21/CE, de 7 de março de 2002, “relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)”⁵⁹. Esta diretiva, em seus considerandos, reconhece

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial - as estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 98.

⁵⁷ Acerca dos fundamentos e do desenvolvimento do direito comunitário europeu em matéria de telecomunicações, ver FARACO, *Regulação e direito concorrencial...*, cit., p. 96-100 (tópico “A abertura do setor a partir do direito comunitário: privatização e liberalização no âmbito europeu”); ALEXIADIS, Peter, “European Union Telecommunications Policy”, in LONG, Colin D., *Telecommunications law and practice*, 2nd. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, cap. 16.

⁵⁸ Informações sobre o funcionamento dos órgãos da Comunidade Européia podem ser obtidas no site www.europa.eu.int.

⁵⁹ O conceito de “comunicações electrónicas” engloba o de serviços de telecomunicações, pois é definido como “o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, excluindo os serviços que prestem ou exerçam controle editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações electrónicas; (...)”. (Diretiva quadro, art. 2º, letra c).

que as etapas anteriores permitiram criar condições de plena concorrência no setor de telecomunicações, anteriormente caracterizado por monopólios nacionais, e estabelece como seu objetivo expresso incentivar ainda mais esse desenvolvimento. Para tanto, a diretiva-quadro e as outras quatro diretivas (as diretivas específicas⁶⁰) prevêm a possibilidade de aplicação de obrigações regulamentares *ex ante* somente quando constatada posição dominante de uma empresa em um dado mercado. Essa verificação, a ser feita pelas autoridades reguladoras dos Estados Membros (ARNs⁶¹), deve se dar com base em definição de mercado relevante de produtos prevista em recomendação dada pela Comissão, que, por sua vez, tem o dever de se pautar no direito da concorrência para elaborar tal norma. Além disso, a diretiva-quadro prevê a edição de orientações, por parte da Comissão, a fim de nortear a atuação das ARNs quanto à análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo⁶². Exercendo essas competências, a Comissão editou as Orientações 2002/C 165/03⁶³, e a Recomendação C(2003) 497, de 11 de fevereiro de 2003. Percebe-se um objetivo claro de que, sempre que possível, a regulamentação setorial seja sucedida pelo direito concorrencial geral.

Interessa-nos, para o presente estudo, essas duas últimas normas, tendo em vista seus objetivos específicos de estabelecer critérios para a definição de mercado relevante.⁶⁴ Precederemos, então, com a apresentação de critérios, com base nestes normativos comunitários, para a definição de mercado relevante.

⁶⁰ São elas: Diretiva 2002/20/CE, (diretiva autorização), Diretiva 2002/19/CE (diretiva acesso), Diretiva 2002/22/CE (diretiva serviço universal) - todas de 7 de março de 2002 -, a Diretiva 97/66/CE, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no setor das telecomunicações. Todas essas diretivas podem ser acessadas no *site* especial da Comissão Européia para comunicações: http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/index_en.htm.

⁶¹ “Autoridades Reguladoras Nacionais”.

⁶² Diretiva quadro, art. 15º, nºs 1 e 2.

⁶³ Publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 11 de julho de 2002.

⁶⁴ As Orientações apresentam três distinções a serem tomadas em conta entre a definição de mercado relevante com base no direito da concorrência para justificar regulamentação *ex ante* e para aplicação mesma do direito antitruste: i) na aplicação do direito concorrencial comunitário, o mercado relevante para controle de condutas é definido *ex post*, enquanto o de estruturas o é em base prospectiva; já para aplicação de regulamentação setorial específica, isso se dá sempre em base prospectiva; ii) mesmo havendo essa similitude entre definição de mercado relevante para controle estrutural e para justificativa de regulação setorial, esta se dá periodicamente, o que não ocorre com aquela; iii) a identificação de uma empresa como uma detentora de poder de mercado significativo para fins de sujeição a restrições regulamentares não significa que ela o seja para a aplicação do direito concorrencial comunitário ou dos países membros (cf. itens 26 a 31 das Orientações).

Isso se dará nos próximos dois tópicos, que tratarão do âmbito substancial e geográfico dessa definição. O aspecto dinâmico, aludido acima, estará presente na análise de cada um dos outros dois aspectos. Além disso, apresentaremos aqui apenas as sugestões apresentadas pela Comissão às ARNs que, consideramos, representem efetiva contribuição para a prática nacional.

5.1 Delimitação do mercado relevante de serviços

A jurisprudência do CADE demonstra que esta órgão, quando da definição de mercado relevante de serviços no setor de telecomunicações, tem se pautado, basicamente, na definição dada pela Anatel, que por sua vez o faz com a mesma definição regulamentar do serviço. Isso é claro tanto nas decisões envolvendo a privatização do Sistema Telebrás⁶⁵, quanto em julgados mais recentes⁶⁶.

No entanto, em decisão envolvendo a privatização de operadora de SMC, no qual considerou o mercado relevante como sendo o desse serviço na área de concessão da operadora, o Conselheiro-Relator Marcelo Calliari já alertava: “É importante ressaltar que a rapidez das modificações tecnológicas e institucionais a nível mundial do setor de telecomunicações podem questionar no curto ou no médio prazo a presente caracterização do mercado relevante.”⁶⁷ Este mesmo alerta é feito por Salomão Filho: “Aliás, é de questionável valia e limitada aplicação prática a

⁶⁵ No que se refere ao STFC, ver Ato de Concentração nº 53500.002152/98, de 10 de fevereiro de 1999, Requerentes: Consórcio Telemar, Construtora Andrade Gutierrez S/A, Fiago Participações S/A, Macal Investimentos e Participações Ltda., Inepar S/A Indústria e Construções, Companhia de Seguros Aliança do Brasil, Brasil Veículos Companhia de Seguros e Tele Norte Leste Participações S/A. DOU 05/03/1999; Ato de Concentração nº 53500.002126/98, de 24 de fevereiro de 1999, Requerente: Tele Brasil Sul Participações S.A. e Telesp Participações S.A. DOU 09/03/1999. No que se refere ao SMC, ver Ato de Concentração nº 53500.002128/98, de 17 de fevereiro de 1999, Requerentes: Consórcio Lestecel e Tele Leste Celular Participações S.A. DOU 16/03/1999; Ato de Concentração nº 53500.002182/98, de 10 de fevereiro de 1999, Requerente: Tele Centro Oeste Participações S.A. DOU 05/03/1999. É importante destacar que há, nos votos que embasaram as decisões dos atos de concentração citados, análise quanto à substitubilidade entre os serviços citados e outros. No entanto, sempre se levou em consideração apenas os serviços tal qual definidos pela regulamentação.

⁶⁶ Ato de Concentração nº 53500005688/2000, Requerentes: Portugal Telecom S.A. e Telefônica Internacional S.A., Voto do Conselheiro-Relator Cleveland Prates Teixeira; Ato de Concentração nº 53500.000318/2002, Requerentes: Telecom Américas Ltd., AM Latin América, LLC; e Bell Canadá International Investments Limited, Voto do Conselheiro Relator Thomson Almeida Andrade.

⁶⁷ Voto no Ato de Concentração nº 53500.002182/98, de 10 de fevereiro de 1999, Requerente: Tele Centro Oeste Participações S.A.

tentativa de estabelecer uma rígida classificação de mercados relevantes no setor de telecomunicações. O mercado relevante não é algo que se possa determinar de forma abstrata e estática. É indispensável considerar os dados concretos de cada caso e do ato analisado, além do comportamento efetivo dos consumidores e as características do próprio sistema econômico em que o agente se encontra. Ademais, a constante e acelerada evolução tecnológica verificada nas telecomunicações tende a provocar rápidas mudanças nas características dos serviços e no grau em que eles são substituíveis entre si”⁶⁸. Levando isso em consideração, não apresentaremos aqui uma lista contendo todos os possíveis mercados relevantes relacionados aos serviços de telefonia fixa e móvel. Antes, apresentaremos apenas aspectos a serem levados em consideração quando da definição desses mercados.

As Orientações 2002/C 165/03 trazem diversos aspectos de fundamental importância para a definição de mercado relevante no setor de telecomunicações. Não convém, aqui, apresentá-los todo. No entanto, cremos que podem ser destacadas duas observações importantes apresentadas nesse documento, no que se refere à verificação de substitubilidade na oferta e na demanda, respectivamente. A primeira é a que verificação de que, em decorrência do fenômeno de convergência⁶⁹, a substitubilidade do produto entre vários serviços será cada vez maior⁷⁰. A segunda é de que, do lado da demanda, os consumidores geralmente incorrem em custos fixos para se utilizarem desses serviços (terminais, tecnologia, etc.) e, portanto, um aumento significativo nos preços dos serviços de que utilizam não permitem que troquem imediatamente de prestador⁷¹.

Já a principal contribuição que a Recomendação C(2003) 497 pode nos fornecer está prevista em seu considerando nº 6: “Existem no sector das comunicações electrónicas pelo menos dois grandes tipos de mercados relevantes a considerar: os mercados dos serviços ou produtos fornecidos aos utilizadores finais (mercados retalhistas) e os mercados dos elementos necessários para os operadores fornecerem serviços e produtos aos utilizadores finais (mercados grossistas). Dentro destes dois tipos de mercados, podem fazer-se outras distinções em função das características da procura e da oferta.” Com base nesta observação, e na técnica do direito concorrencial geral, o Anexo dessa Recomendação traz uma classificação bastante detalhada de serviços⁷². Trata-

⁶⁸ “Setor de telecomunicações: definição de mercado”, in SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 18.

⁶⁹ Ver nota 6.

⁷⁰ Item 47 das Orientações.

⁷¹ Item 50 das Orientações.

⁷² São citados, dentre outros, os seguintes mercados “Nível retalhista: 1. Acesso à rede telefônica

se de classificação bastante original se comparada à tendência até aqui verificada nos pareceres da Anatel e nas decisões do CADE, pois estes tendem a definir os mercados relevantes com base na definição regulamentar do serviço, que por sua vez considera precipuamente as utilidades apresentadas ao consumidor final. Trata-se de abordagem certamente representa com mais fidelidade os mercados envolvidos no setor de telecomunicações, e mais particularmente nos serviços de telefonia fixa e móvel, já que as operadoras desses serviços, em um ambiente onde há diversidade de empresas, prestam serviços tanto aos consumidores finais como entre si, sendo o exemplo mais evidente os relacionados à interconexão entre redes.

É claro que a classificação apresentada pela Recomendação não pode ser adotada de forma acriteriosa no Brasil. Deve-se levar em consideração as características peculiares de nosso mercado. No entanto, cremos ser válida para nossa realidade a preocupação apresentada por tal norma em buscar com mais precisão o funcionamento dos mercados nesse setor, e defini-los de forma a considerar separadamente aqueles que envolvem prestação de serviços ao consumidor final e aqueles que podem ser considerados grossistas (ou atacadistas). Assim, a avaliação de atos de concentração que envolvam operadoras de telefonia fixa e móvel deve levar em consideração essa distinção.

5.2 *Delimitação do âmbito geográfico do mercado relevante*

Quanto ao âmbito geográfico do mercado relevante, o CADE considera como fatores predominantes para sua definição a área em que a rede das operadoras envolvidas está presente e restrições legais presentes em seus atos de outorga (concessões ou autorizações)⁷³.

Outra não é a opinião expressa nas Orientações 2002/C 165/03. De acordo com elas, são esses dois elementos os de principal importância a serem

pública num local fixo para clientes residenciais; 2. Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes não residenciais; 3. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes residenciais; 4. Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes residenciais; 5. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes não residenciais.(...) Nível grossista: 8. Originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo. (...), 9. Terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo (...) 10. Serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa. (...),11. Fornecimento grossista de acesso desagregado (incluindo acesso partilhado) a lacetes e sub-lacetes metálicos para oferta de serviços em banda larga e de voz (...)"

⁷³ Isso pode ser constatado nas decisões citadas nas notas 65 e 66.

considerados quando da definição do âmbito geográfico do mercado relevante⁷⁴. Não poderia ser diferente, pois os serviços de telecomunicações dependem da existência de conexões em rede que permitam sua prestação, e a extensão desta rede está muitas vezes condicionada por limites regulamentares. Levando isso em consideração, a atual fase de diminuição de barreiras regulamentares para que as operadoras possam atuar em diversas áreas e em diversos serviços, como descrita no item 3.2, deve ser detalhadamente analisada quando do controle concorrencial no setor de telecomunicações.

6. Concentração no setor de telecomunicações - o fenômeno da “consolidação”

Uma vez descritos as regras setoriais sobre limites à concentração econômica, e apresentadas contribuições para a definição de mercados relevantes nos serviços de telefonia fixa e móvel, resta-nos apresentar, com maiores detalhes, as tendências verificáveis no setor no que se refere ao desenvolvimento de formas organizativas do poder de mercado. Mais precisamente, buscaremos apresentar as justificativas econômicas para o o movimento concentracionista de “consolidação” de empresas de telecomunicações. O objetivo é realçar algumas preocupações concorrenciais que tal fenômeno acarreta e, por conseguinte, reforçar a necessidade de que seja dada destacada importância a atos de concentração envolvendo empresas prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel.

O fenômeno da “consolidação” do setor de telecomunicações pode ser entendido como um processo de crescente concentração econômica, tanto vertical quanto horizontal, justificado por diversos motivos de ordem econômica. Pires e Dores, após estudarem os principais casos de fusões e aquisições envolvendo empresas européias e norte-americanas, apresentam tipologia das justificativas verificadas em estratégias de consolidação dessas empresas. No que se refere às concentrações horizontais, estes autores identificam como motivações predominantes: a) expansão da área geográfica de atuação; b) acesso a redes complementares; c) aquisição de redes já implantadas em locais estratégicos; d) obtenção de poder dominante; e) acesso a novos serviços e/ou mercados em crescimento; e f) viabilização de novos mercados para os equipamentos do grupo. Já para as concentrações verticais, esses autores identificaram como motivos preponderantes a) busca pela presença em áreas fora de suas licenças; b) obtenção de nichos de mercado de alto crescimento; c) acesso em banda larga aos usuários residenciais; d) acoplamento de redes; e e)

⁷⁴ Item 59 das Orientações.

acesso a tecnologia para desenvolvimento de novos serviços⁷⁵. É importante notar que esse fenômeno está ocorrendo também no Brasil. Há diversas operações de concentração econômica com essas características⁷⁶.

Esse movimento é claramente decorrente da progressiva liberalização do setor, como apontam os dois autores citados acima⁷⁷. Como bem observado por Faraco, “(...) as três estratégias gerais que podem ser associadas às operações de integração econômica enquanto respostas à abertura do setor são: (i) a eliminação de concorrentes (normalmente potenciais na etapa inicial do processo de liberalização); (ii) o fortalecimento da posição dos agentes para enfrentar novos concorrentes e ingressar em outros mercados; e (iii) o ingresso em outros mercados por meio da integração com agentes que já atuam nesses.”⁷⁸ Em função dessas características, diversas dessas operações de concentração econômica apresentam evidentes preocupações concorrenciais. A uma, pelo fato de se tratarem concentrações de grande monta, envolvendo grandes empresas, muitas vezes com reflexos transfronteiriços. A duas, porque há clara opção política de instauração de concorrência nos serviços de telecomunicações. Desse modo, resta clara a necessidade de um controle concorrencial bastante cuidadoso em atos de concentração econômica envolvendo empresas de telefonia fixa e móvel.

7. Conclusão

A reforma do setor de telecomunicações tem como um de seus objetivos primordiais o estabelecimento de um ambiente concorrencial. Uma das medidas para tanto foi o estabelecimento de regras de participação cruzada entre os agentes do setor, que são mais evidentes para as operadoras dos dois principais serviços do setor, quais sejam, os de telefonia fixa e móvel. Tratam-se de medidas de grande importância, a serem aplicadas pela Anatel.

No entanto, tais regras podem não ser suficientes para a competição seja efetivamente implementada no setor. Daí a importância de uma correta aplicação do controle concorrencial de estruturas a fim de impedir a formação

⁷⁵ PIRES, José Cláudio Linhares; DORES, Adely Branquinho das: “Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações...”, cit., p. 192 e ss.

⁷⁶ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, “As Telecomunicações no Brasil”, Cadernos de Infra-Estrutura nº 15, Rio de Janeiro, junho de 2000, p. 46 e ss.

⁷⁷ PIRES, José Cláudio Linhares; DORES, Adely Branquinho das: “Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações...”, cit., p. 181.

⁷⁸ FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e direito concorrencial...*, cit., p. 347.

de agentes capazes de cometer abusos de poder econômico. Portanto, é necessário aplicação bastante cuidadosa, que leve em consideração as características dos mercados envolvidos, e que não se leve pelas definições dos serviços vindas da regulamentação setorial. Cremos que uma correta definição do mercado relevante é etapa fundamental para que esse procedimento (o da aplicação do direito concorrencial) seja adequadamente cumprido. A importância desse controle fica ainda mais evidente a partir do momento em que as restrições impostas pela regulamentação setorial sejam levantadas, como vem ocorrendo atualmente.

Essa liberalização têm dado causa ao fenômeno da consolidação do setor de telecomunicações, que tem como agentes principais as empresas de telefonia fixa e móvel. Trata-se de movimento francamente concentracionista que, por apresentar elementos de considerável preocupação concorrencial, deve ser acompanhado de perto tanto pelo órgão regulador quanto pelo tribunal antitruste.

Bibliografia

ALEXIADIS, Peter, “European Union Telecommunications Policy”, in LONG, Colin D., *Telecommunications law and practice*, 2nd. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, cap. 16.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, “As Telecomunicações no Brasil”, Cadernos de Infra-Estrutura nº 15, Rio de Janeiro, junho de 2000

BOULOS, Eduardo Alfred Taleb, “Concorrência e regulação no serviço telefônico fixo comutado - um balanço”, in ROCHA, Bolívar Moura (org.). *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil*. São Paulo, IOB - Thomson, 2003

BOYLAUD, Olivier; NICOLETTI, Giuseppe, “Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications”, *OECD Economic Studies No. 32, 2001/I*, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Paris, 2001.

BRONCKERS, Marco C.E.J; LAROUCHE, Pierre, “Telecommunications services and the World Trade Organization”, *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Geneva, v.31, n.3, jun. 1997

FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações)*, São Paulo, Cultural Paulista, 2003.

HORROCKS, John, “Telecommunications technology”, in LONG, Colin D., *Telecommunications law and practice*, 2nd. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, cap. 1.

LAFFONT, Jean-Jaques; TIROLE, Jean, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, MIT Press, 2000.

MARQUES NETO, Floriano, “Direito das Telecomunicações e ANATEL”, in SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Direito Administrativo Econômico*. cit., p. 300-16.

O ESTADO DE SÃO PAULO, “Controle da TCO custou R\$ 1,5 bi à Telesp Celular”, *O Estado de São Paulo*, 22 de agosto de 2003, seção “Economia”

_, “Embratel compra a AT&T da América Latina”, *O Estado de São Paulo*, 04 de setembro de 2003, seção “Economia”;

_, “Embratel leva a Vésper sem pagar nada”, *O Estado de São Paulo*, 13 de agosto de 2003, seção “Economia”;

_, “Intelig pode ser vendida em 20 dias para fundo dos EUA, anuncia Miro”, 10 de setembro de 2003

_, “Mais consolidado, setor de telefonia celular volta a ter boas perspectivas”, *Valor Econômico*, 7 de abril de 2003.

_, “Operadoras terão nova rodada de consolidação”, 8 de junho de 2003, seção “Economia”.

OLIVEIRA, Gesner; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, “Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry”, *Brooklyn Journal of International Law*, v. XXV, n. 2, 1999, p. 311-335.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO, “Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of government regulation”, 9 de março de 1995, obtida no site www.oecd.org.

PIRES, José Cláudio Linhares, “A reestruturação do setor de telecomunicações no Brasil”, in *Revista do BNDES*, nº 11, Rio de Janeiro, jun. 1999.

_, “Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro”, *Textos para Discussão nº 71*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Rio de Janeiro, set. 1999.

_, DORES, Adely Branquinho das: “Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações: Características e Enfoque Regulatório Fusões e Aquisições no Setor de Telecomunicações”, in *Revista do Bndes*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 179-228, dez. 2000.

_, PICCININI, Maurício Serrão, “Serviços de telecomunicações:

aspectos tecnológicos”, *Ensaio BNDES*, obtido em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ensaio/ensaio5.pdf>, em 03.10.2003.

PORTO NETO, Benedicto, “A Agência Nacional de Telecomunicações”, in SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 286-99.

ROCHA, Bolívar M., “Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência”, *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58.

SALOMÃO FILHO, Calixto, “Setor de telecomunicações: definição de mercado”, in SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*, São Paulo, Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito concorrencial - as estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001.

STIGLITZ, Joseph, “Promoting Competition and Regulatory Policy: With Examples from Network Industries”, Banco Mundial, 1999, obtido em www.worldbank.org/knowledge/chiefecon/articles/beijing.htm - em 06.10.03.

VALOR ECONÔMICO, “Especialistas prevêem poucos sobreviventes após a consolidação”, 29 de julho de 2003, seção “Telecomunicações”.

., “Falta critério para mudança de controle”, 27 de setembro de 2002, seção “Empresas & Tecnologia”

., “Telemig Celular acerta compra da CTBC”, 4 de agosto de 2003.

., “Telecom Americas anuncia compra da BSE”, 6 de março de 2003.

., “Três operadoras devem fazer ofertas pela BCP”, 18 de agosto de 2003.

PÓS-GRADUAÇÃO

PODER DE COMPRA DO VAREJO SUPERMERCADISTA: UMA ABORDAGEM ANTITRUSTE¹

Léia Baeta Cavalcante

Introdução

A relação entre varejo e indústria sempre foi marcada por conflitos. Os supermercados, tal como concebidos atualmente, originaram-se nos Estados Unidos, na década de 30, e chegaram ao Brasil nos anos 50. O sistema de auto-serviço adotado por eles e caracterizado pela ausência do vendedor revolucionou não somente o varejo, como também a indústria. Em certa medida, essa assumiu para si a responsabilidade, antes nas mãos do vendedor, de convencer o cliente a consumir. Para tanto, desenvolveu estratégias de *marketing*, que incluíram a construção e a solidificação de suas marcas.

Na década de 70, eram raríssimas, no Brasil, as empresas supermercadistas detentoras de várias lojas. Ressalte-se que, em 1974, apenas 9 empresas possuíam mais que 20 lojas sob seu comando². Com isso, de modo geral, o poder de barganha dos supermercados em suas negociações com a indústria era quase nulo, o que permitia a essa última ditar as regras de prazos de entrega, pagamento e, sobretudo, preços.

No Brasil, essa relação desbalanceada e favorável à indústria começa a se inverter na década de 90, fruto de uma série de fatores conjunturais, dentre os quais pode-se destacar a abertura da economia, que permitiu às empresas comercializarem produtos importados, a entrada de diversos grupos varejistas internacionais no mercado brasileiro (exemplos: o norte-americano Wal-Mart e os portugueses Jerônimo Martins e Sonae) e, principalmente, as fusões e aquisições ocorridas no setor, que levaram a um aumento de concentração. Apenas para se ter uma idéia, há que se recordar que, em 1995, as cinco maiores empresas varejistas atuantes no mercado brasileiro detinham 28% das vendas anuais do setor, enquanto que em 2001 referido índice já alcançava a cifra de 39%³.

¹ O presente trabalho recebeu o 1º lugar na categoria pós-graduação do IV Concurso Nacional de Monografias sobre Defesa da Concorrência - Prêmio IBRAC-Esso 2003. Uma versão completa foi apresentada como monografia de conclusão do curso de MBA em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas - Núcleo de Brasília.

² Cf. Panorama Setorial Gazeta Mercantil: Supermercados, vol. I., 1998, p. 8-9.

³ Esse percentual é baixo, se comparado com determinados países. Na França, Canadá e Reino

Cabe indagar se esse novo cenário teve como consequência tão-somente a igualação das forças entre varejo e indústria. Em caso negativo, isso implica em uma nova situação desconfortável para a sociedade, para o mercado e para as relações do Direito: um jogo desbalanceado e agora favorável ao varejo.

Destacando a atualidade e pertinência do tema, vale lembrar a constante troca de acusações entre as partes. Por um lado, a indústria argumenta que o varejo tem feito exigências cada vez maiores no que diz respeito a preços, prazos para entrega de mercadorias, qualidade dos produtos, descontos para vendas em datas especiais, contribuições para inauguração de lojas (os chamados “enxovais”), etc. Como consequência, a indústria alega ser forçada a reduzir suas margens de lucro, o que poderia levá-la, no curto prazo, à diminuição de seus gastos com publicidade e, no médio e longo prazos, à redução de seu ritmo natural de inovação. Por outro lado, nos últimos tempos, o varejo vem responsabilizando a indústria pelas remarcações de preços ocorridas. Justificam que, caso não aceitem os aumentos de preços propostos, haveria grande possibilidade de ocorrer ruptura de estoques, isto é, ausência de determinados produtos nas gôndolas. Essas acusações são apenas parte do embate travado entre varejo e indústria que, no caso brasileiro, tomou vulto a partir de meados da década de 90. Há que se destacar que, em todo o mundo, o problema vem ganhando espaço na pauta da agenda antitruste de diversos países, sendo recorrentes os estudos sobre o assunto no âmbito da OECD e da Comissão Européia.

A presente monografia buscará analisar o *buyer power* sob a ótica do Direito Antitruste. Nessa direção, a questão crucial que se coloca é: práticas verticais impostas pelo varejo à indústria se encontram no escopo da análise antitruste? Em outras palavras, os conflitos entre indústria e varejo devem fazer parte da preocupação dos órgãos de defesa da concorrência ou, de outro modo, devem ser solucionados pela justiça comum?

Antes de dar início à análise, ressalte-se que no presente trabalho tomou-se a liberdade de se utilizar o termo “poder do comprador” em inglês (“*buyer power*”), dado o seu emprego consolidado na literatura sobre o tema, a qual é predominantemente em língua inglesa. Isso, porém, não impede que em diversas ocasiões ao longo do trabalho sejam usadas expressões em português como sinônimos do *buyer power*, a saber, “poder de compra do varejo”, “poder do comprador” e “poder de barganha do varejo”. Além disso, em vários

Unido, as cinco maiores empresas varejistas detinham, juntas, respectivamente, 83%, 69% e 68% do mercado. Por outro lado, há que se considerar as dimensões continentais do Brasil, sendo, portanto, mais razoável comparar o percentual brasileiro com o norte-americano, por exemplo, que é de 38%.

momentos existem referências ao poder do varejo diante de seus fornecedores. Esclarece-se, por oportuno, que os termos “fornecedor” e “indústria” estão sendo usados de maneira indiscriminada. Sendo assim, não está se considerando as situações nas quais o fornecedor do supermercado é uma empresa atacadista, por exemplo.

Deve ser salientado, ainda, que apesar das notórias diferenças existentes entre “supermercados” e “hipermercados”, no que tange, principalmente, à área de vendas, ao número de *check-outs* (caixas), ao *mix* de produtos vendidos e aos serviços adicionais ofertados aos consumidores, optou-se por utilizar a palavra “supermercado” de modo geral, apenas por simplificação. Nesse estudo, portanto, esse termo representa tanto lojas de pequeno e médio porte, quanto lojas maiores, com o ponto em comum de todas ofertarem produtos alimentícios, de higiene pessoal, limpeza e bazar, dispostos de maneira departamentalizada, na qual os próprios consumidores escolhem os produtos que desejam adquirir e efetuam o pagamento nos caixas.

A presente monografia é composta de três capítulos. No primeiro deles é apresentado o tema do *buyer power*, destacando-se o ambiente de mercado propício para sua ocorrência, as definições de mercado relevante fundamentais à análise antitruste, bem como uma lista não-exaustiva de práticas possivelmente abusivas, exercidas pelos varejistas sobre os fornecedores. No segundo capítulo, busca-se caracterizar as condutas de *buyer power* como práticas restritivas verticais à luz da Lei 8.884/94. Por fim, o terceiro capítulo descreve um pouco da experiência internacional sobre o assunto.

1. Apresentando o poder do comprador (buyer power)

1.1. Poder de compra do varejo: definição e ambiente propício para sua ocorrência

O “*buyer power*” é caracterizado por Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 5) como uma situação em que um comprador é capaz de obter condições mais favoráveis de seus fornecedores do que aquelas disponíveis aos outros compradores ou do que as vigentes em uma estrutura de mercado competitiva. A OECD (1998, p. 98), de maneira similar, define o *buyer power* como a habilidade do comprador de influenciar os termos e as condições nas quais ele realiza suas compras. Finalmente, o verbete “*Buyer power*”, presente no “*Glossary of terms used in competition related matters*”, da Comunidade Européia, além de ir ao encontro das duas definições anteriores, acrescenta que referida vantagem do comprador está baseada em sua importância econômica no mercado em questão.

A situação mais evidente em que é possível observar a ocorrência do *buyer power* é aquela em que o varejo supermercadista encontra-se em posição privilegiada perante um determinado fornecedor. No limite, tal situação seria caracterizada pelo fato de o fornecedor possuir apenas um supermercado como possível comprador de sua produção; nesse caso, diz-se que o supermercado é monopsonista. Em um “monopsônio puro”, tem-se, de um lado, um único comprador (na presente análise, representado pelo varejista supermercadista) e de outro lado vários pequenos vendedores (fornecedores), atuantes em um mercado competitivo. As principais características decorrentes dessa situação são: (i) o monopsonista é quem define os preços que serão pagos aos fornecedores (eles são “tomadores de preços”); (ii) os preços pagos pelo varejista aos fornecedores são, em geral, menores do que aqueles vigentes em um mercado competitivo; (iii) como a curva de oferta dos fornecedores é positivamente inclinada, preços menores conduzem a uma redução da produção (menos produtos são ofertados).

Contudo, o que ocorreria se, ao invés de adquirir um determinado produto de vários pequenos fornecedores, o suposto varejista monopsonista se deparasse com um único fornecedor? Essa é a situação que a literatura econômica convencionou chamar de monopólio bilateral: um único comprador negociando com um único vendedor. Nesse caso, dado que as posições das partes são conflitantes e ambas possuem poder de barganha, nenhum dos lados estará, *a priori*, em condições de fixar preços; o resultado final depende, portanto, de intensa negociação.

Vale lembrar, ainda, que Dobson (1999, p. 18) considera pouco provável, no varejo supermercadista, a situação anteriormente descrita de monopólio bilateral. Segundo ele, mais comum seria a presença de um pequeno número de varejistas poderosos. Nesse sentido, é razoável também supor, ao invés de um único vendedor poderoso, um reduzido número deles. A estrutura de mercado daí decorrente seria caracterizada pela existência de um oligopólio (poucos vendedores) e um oligopsônio (poucos compradores).

1.2. Poder de compra e poder de venda do varejo

Na presença de *buyer power*, são maiores as possibilidades de o varejista exigir preços mais baixos nas negociações com os fornecedores do que aqueles vigentes na ausência de tal vantagem. Antes de prosseguir, vale observar o seguinte aspecto: ainda que grande parte dos conflitos entre varejo e indústria esteja relacionado a preços, não é verdade que a natureza da disputa entre as partes seja sempre ligada a esse quesito, conforme será visto mais à frente.

Feita essa consideração - e voltando ao clássico exemplo de exigência de preços baixos - , a questão crucial que se levanta é: teria o varejista incentivos

para repassar esses preços mais baixos ao consumidor final? Em outras palavras, isso significa dizer que, embora obtenha preços mais vantajosos com os fornecedores, em virtude de seu poder de compra, nada garante que tais preços serão repassados aos clientes. O que, em grande medida, determinará o comportamento do varejista é a estrutura de mercado vigente na outra ponta da cadeia – seu elo com os consumidores.

Nesse sentido, caso um determinado supermercado seja único em sua área de atuação (monopolista), de maneira que os consumidores somente possam como opção para efetuar suas compras aquele estabelecimento, é pouco provável que os preços baixos obtidos nas negociações com os fornecedores sejam repassados. Raciocínio inverso deve ser aplicado na hipótese de se imaginar que tal supermercado atue em um ambiente não-monopolista. Nesse caso, o fator fundamental a determinar se os preços mais baixos serão repassados diz respeito à efetividade da rivalidade entre as empresas concorrentes naquele mercado, isto é, a existência de outros supermercados capazes de fazer frente ao supermercadista detentor de *buyer power*.⁴

Pode-se considerar que a análise de *buyer power* deve sempre observar dois aspectos, estando cada um deles relacionado a um elo da cadeia produtiva. O primeiro aspecto diz respeito à parcela de mercado detida pelo varejista em seu mercado de atuação (se alta, é provável que o varejista detenha poder de barganha, dadas suas compras em grande escala). Já o segundo leva em consideração o grau de dependência dos fornecedores em relação ao varejista em questão (novamente, se alto, é provável que os fornecedores não tenham outras opções para escoar suas produções e, com isso, fiquem “reféns” de determinado varejista). É somente a partir da ponderação desses dois fatores que passa a ser possível tecer conclusões a respeito do assunto.

Um terceiro aspecto, quase nunca abordado em análises de *buyer power*, chama a atenção para o fato de a alta parcela de mercado detida pelo varejista não ser uma condição necessária para abusos de *buyer power*. É essa, por exemplo, a posição das autoridades antitruste francesas. Em discussão promovida pela OECD sobre o assunto⁵, a delegação francesa afirmou que um varejista pode abusar de

⁴ Raciocínio similar é desenvolvido por Teixeira (1997, p. 121-122), ao sugerir que na análise de possíveis efeitos competitivos gerados por fusões entre empresas devam também ser considerados os efeitos derivados de mudanças na cadeia produtiva como um todo (ex.: empresa fornecedora de matéria-prima – empresa intermediária – consumidor final). Em comum com o presente trabalho, observa-se a relevante preocupação com a dinâmica da cadeia produtiva.

⁵ A OECD, em outubro de 1998, promoveu uma mesa-redonda sobre o assunto, na qual participaram vários países-membros. Para acesso ao conteúdo das discussões ver: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD).

seu *buyer power* mesmo sendo detentor de uma baixa participação de mercado. Isso ocorreria porque caso ele excluísse o produto de um fornecedor do rol de produtos ofertados por sua loja e, ao mesmo tempo, oferecesse um produto substituto, seria pouco provável que o consumidor, dados os custos de mudança, trocasse de loja em busca daquele produto excluído. De modo geral, pode-se dizer que o mais provável seria o consumidor substituir o produto, e não a loja.

1.3. Poder do comprador, poder do vendedor e a definição de mercado relevante

O espaço em que se observa a existência ou não de poder de mercado do supermercado perante o consumidor pode ser – e, de maneira geral, é – distinto daquele espaço em que é posto à prova o poder de mercado do supermercado frente aos seus fornecedores. Tal peculiaridade origina-se de um conceito central da análise antitruste, a saber, a definição de “mercado relevante.” Simplificadamente, constitui este o menor espaço econômico no qual uma suposta empresa monopolista é capaz de exercer poder de mercado. O mercado relevante possui duas dimensões que sempre devem ser consideradas – a material (ou do produto) e a geográfica.

No caso específico do varejo supermercadista, pode-se considerar que o mercado relevante do produto é composto somente por supermercados. Essa afirmativa advém do fato que esses, além de ofertar uma “cesta” de bens, e não produtos específicos, oferecem também uma série de serviços e comodidades não encontradas em outras categorias do varejo. Isso significa dizer que o pequeno comércio (padarias, açougues, quitandas, mercearias, etc.) não constitui, de maneira satisfatória, uma alternativa aos consumidores, caso um determinado supermercado efetue um aumento de preços na cesta de produtos ofertada. Decorre daí a definição de mercado relevante do produto que deve ser considerada quando se pretende observar a relação entre supermercados e consumidores: é um serviço de venda integrada efetuado pelos supermercados.

A delimitação do mercado geográfico, por sua vez, necessita que se considere, primordialmente, a disposição do consumidor para se deslocar, com o intuito de efetuar suas compras de supermercado. Em geral, é razoável supor que tal deslocamento não ultrapasse os limites de um município, no caso de pequenas cidades, e de alguns bairros, em se tratando de médias e grandes cidades. Dobson & Waterson (1996, p. 26) atribuem a “natureza localizada da competição varejista” (*localised nature of retailing competition*) aos custos de busca incorridos pelos consumidores. Esses, em geral, tentam minimizar tais custos,

Buying power of multiproduct retailers. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.

decorrendo daí que o mercado geográfico assume uma dimensão extremamente localizada (ou regionalizada).⁶

Por sua vez, a definição de mercado relevante, no que se refere à relação entre supermercados e seus fornecedores, é distinta da anteriormente exposta. Não há que se falar em um único mercado relevante, visto que a natureza da relação entre supermercados e fornecedores é vertical. Sendo assim, para cada produto oferecido pelo supermercado, existem dois mercados relevantes, um chamado “mercado de origem”, que é onde são travadas as relações entre os fornecedores e os supermercados, e outro denominado “mercado-alvo”, onde se dão as relações entre os supermercados e os consumidores.

A delimitação do mercado geográfico “de origem” assume uma abrangência mais ampla do que aquela do “mercado-alvo” (local ou regional). Deve-se levar em consideração a extensão das negociações entre os fornecedores e os supermercados. Índícios da abrangência desse mercado são dados pelo fato de que, de modo geral, médios e grandes fornecedores são capazes de abastecer supermercados localizados em todo o território nacional. Além disso, é notório o fato de que empresas multinacionais (varejistas e fornecedores) negociam volumes de mercadorias em escala internacional.⁷

Na contramão desses argumentos, entretanto, existem dois aspectos que contribuem para a limitação do mercado geográfico no qual se inserem as relações entre varejo e fornecedores. O primeiro deles é a perecibilidade de alguns produtos, como hortifrutigranjeiros, por exemplo; o segundo é a preferência dos consumidores por produtos de marcas regionais ou locais, fato que pode ser creditado à tradição, confiança e apego que tais marcas despertam. Caso se tratem de produtos dessa natureza, portanto, há que se ponderar a dimensão localizada da relação entre o varejista e o fornecedor, o que implica em uma definição de mercado geográfico de origem mais restrita.

⁶No Brasil, as idéias aqui contidas acerca de mercado relevante do setor supermercadista já foram amplamente desenvolvidas nos pareceres relativos a fusões e aquisições envolvendo esse setor, emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda. Ressalte-se, ainda, que o CADE, em suas recentes decisões, tem adotado as definições de mercado sugeridas pela Seae. Para maiores detalhes sobre os pareceres, ver <http://www.fazenda.gov.br/seae> e <http://www.cade.gov.br>.

⁷Dobson (2002, p. 2) cita associações de compra cujos membros pertencem a diferentes países da Comunidade Européia, ressaltando seu aumento nos últimos anos. Segundo ele, as sete maiores associações supra-nacionais, juntamente com os três maiores varejistas independentes, respondem por mais da metade dos produtos comercializados em toda a União Européia.

1.4. Formas de se exercer o buyer power: para além da imposição de preços

Além das exigências de preços⁸, existem outras práticas impostas pelo setor varejista de supermercados sobre seus fornecedores. No presente tópico, buscou-se, baseando-se nas descrições da London Economics (1997), OECD (1998, p. 123-126) e, principalmente, da Competition Commission (2000, p. 398-401)⁹, listar essas práticas. Vale ressaltar que não se trata de uma relação exaustiva e que é provável que algumas dessas práticas assumam nuances mais ou menos fortes dependendo do poder das partes envolvidas. Sendo assim, “pedidos” feitos por varejistas poderosos certamente devem soar para fornecedores fracos como “exigências”, embora não sejam assim interpretados caso se trate de um fornecedor significativo¹⁰. Dentre as principais práticas, destacam-se:

- i) Exigir (ou pedir) que o fornecedor não ofereça para varejistas concorrentes, por meio dos chamados contratos de exclusividade;
- ii) Demandar do fornecedor uma quantidade mínima de determinado produto, tendo como objetivo inviabilizar o fornecimento para outros varejistas (o que, na prática, poderia funcionar como um contrato de exclusividade);
- iii) Cobrar taxas dos fornecedores para exposição dos produtos em localização privilegiada dentro das lojas (como, por exemplo, nas

⁸ Deve-se lembrar que nem sempre exigências de preços por parte dos varejistas sobre os fornecedores devem ensejar maiores preocupações dos órgãos antitruste, dado que podem refletir, tão-somente, práticas normais de comércio.

⁹ A Competition Commission, órgão antitruste britânico, publicou em outubro de 2000 um interessante estudo sobre o setor supermercadista, intitulado “*Supermarkets: a Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*”. Dentre os vários objetivos do estudo, havia especial interesse sobre o *buyer power*. Após o recebimento de várias reclamações dos fornecedores em relação ao comportamento dos varejistas supermercadistas, a *Competition Commission* enviou questionários a esses últimos (24 grandes empresas), pedindo para que fosse confirmado se as práticas citadas pelos fornecedores haviam de fato ocorrido. A maneira como foram aplicados estes questionários, cujas respostas deveriam ser “sim” ou “não”, foi amplamente criticada pelos supermercados. Eles alegaram, de modo geral, que as relações com os fornecedores eram complexas e heterogêneas demais para serem respondidas por meio de um simples “sim” ou “não”.

¹⁰ Waitrose, um dos supermercadistas consultados pela Competition Commission, declarou-se insatisfeito com a equivalência dada pela Comissão aos termos “pedido” e “exigência” (*require and request*). A empresa disse não acreditar que um pedido seu fosse uma proposta ao estilo da Máfia, que não pudesse ser recusada.

prateleiras situadas à altura dos olhos do consumidor e nas “pontas de gôndola”, ou seja, espaços localizados nas “esquinas” dos corredores);

iv) Exigir (ou pedir) que o fornecedor despenda um montante mínimo em publicidade, de maneira a divulgar determinado produto dentro da loja, por meio de promoções ou *merchandising*, por exemplo;

v) Exigir (ou pedir) descontos dos fornecedores, em ocasiões como lançamentos e promoções de produtos, vendas em datas especiais, etc. Além disso, em certos casos, os varejistas, ao inaugurar uma nova loja, exigem dos fornecedores contribuições que se traduzem, em muitas vezes, na doação de lotes de mercadorias – são os chamados “enxovais”;

vi) Exigir (ou pedir) que os fornecedores reduzam os descontos concedidos aos outros varejistas;

vii) Cobrar do fornecedor uma determinada quantia para cobrir gastos relacionados ao desperdício de produtos (em geral, o desperdício é maior em se tratando de produtos perecíveis ou em lançamento);

viii) Exigir (ou pedir) que o fornecedor compre de volta produtos que não foram vendidos;

Mais uma vez é importante lembrar que a lista não é definitiva. As práticas aqui elencadas foram selecionadas de um extenso rol exposto pelos órgãos anteriormente citados, com base na representatividade da prática para a análise antitruste.

1.5. O *buyer power* colocado na balança

De modo geral, os efeitos do *buyer power* sobre o bem-estar econômico são ambíguos e bastante difíceis de serem, *a priori*, definidos como positivos ou negativos, sem que seja efetuada uma análise criteriosa de seus impactos sobre os participantes da cadeia de distribuição: fornecedores, varejistas e consumidores finais.

Tan (2001, p. 15) lembra que o papel do *buyer power* foi primeiramente abordado em 1952, por J. K. Galbraith, em seu livro *American Capitalism: the Concept of the Countervailing Power*. Galbraith alegava que as grandes organizações varejistas eram capazes de exercer um “poder compensatório” (*countervailing power*) sobre seus fornecedores para reduzir os preços de atacado e que estariam dispostas a repassar esses descontos aos consumidores. Com isso, o *buyer power* seria socialmente desejável. Tan, porém, contesta essa tese,

afirmando que Galbraith não explica por que os varejistas teriam incentivos para repassar os descontos.¹¹

A conclusão a que se chega é a de que a sociedade estaria melhor na presença do *buyer power* do que em sua ausência. Todavia, é fundamental que outros aspectos sejam observados. A Competition Commission (2000, p. 7) adverte para os efeitos que poderiam ser sentidos pelos fornecedores. Esses, ao sofrerem os impactos do *buyer power*, poderiam, no médio e longo prazos, reduzir sua capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, o que levaria a uma piora de qualidade dos produtos ofertados e menos opções de escolha ao consumidor. Prossegue a Competition Commission afirmando que é provável que o *buyer power* resultasse, também, em um menor número de entrantes no mercado do fornecedor.

Ainda em relação aos preços mais baixos pagos pelos varejistas aos fornecedores, Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 28) ressaltam outro aspecto interessante: em um primeiro momento, o varejista pode até repassar os preços mais baixos aos consumidores, o que aumentaria o movimento em suas lojas. Esse comportamento, entretanto, pode ser reflexo de uma conduta predatória, que, cumprindo seu intento, reduziria a competição no mercado, ao eliminar os concorrentes (os outros supermercados atuantes na região). Em consequência disso, o varejista aumentaria sua participação no mercado, o que reforçaria seu poder de barganha junto aos fornecedores e aumentaria suas vantagens competitivas perante os outros varejistas. Trata-se de um “círculo virtuoso” para o varejista ou um “círculo vicioso” para fornecedores, consumidores e concorrentes.

O reconhecimento de que qualquer uma conduta de *buyer power* é uma questão afeta ao Direito Antitruste, com a possível declaração da ilicitude de tal comportamento, nos termos da Lei n° 8.884, de 1994, deve ser ponderado, tendo-se em vista a averiguação dos danos causados à livre concorrência e à livre iniciativa. Portanto, no exemplo anterior, para que a prática fosse considerada ilícita, não bastaria que beneficiasse, no curto prazo, o consumidor, trazendo-lhe preços mais baixos, se ela, por exemplo, lesasse o fornecedor, reduzindo-lhe sua capacidade de investimento. É na análise antitruste do *buyer power* que se deterá o próximo capítulo.

¹¹Em suas palavras: “*However, Galbraith does not explain why retailers would have incentives to pass cost-savings to consumers.*” (p. 15).

2. Análise antitruste do buyer power

2.1. O buyer power e as práticas restritivas verticais

As condutas elencadas no item 1.4 foram expostas como exemplos de possíveis práticas exercidas contra os fornecedores por varejistas com considerável poder de barganha. Sob a ótica antitruste, essas condutas são enquadradas como práticas restritivas verticais, isto é, “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’).”¹²

De modo geral, a literatura especializada não tem dado a devida importância às práticas verticais impostas pelos distribuidores/revendedores (varejistas, na análise em tela) sobre os produtores. Viscusi, Vernon & Harrington (1995), em livro clássico sobre o antitruste, ao abordarem o tema das restrições verticais, exemplificam e analisam as quatro práticas consideradas mais comuns: fixação de preços de revenda, restrições territoriais, contratos de exclusividade e vendas casadas. Todas elas, entretanto, são impostas na direção inversa à focada nesse trabalho, ou seja, exercidas pelo produtor sobre o varejista.¹³ Nesse sentido, vale ainda destacar que Dobson (2002, p. 21) lembra que o guia de análise da Comissão Européia sobre restrições verticais (*EC’s Vertical Restraints Guidelines*) trata quase que exclusivamente de restrições derivadas do poder do vendedor (*seller power*), com pouca ênfase naquelas originárias do *buyer power*.

Um dos motivos a serem considerados como responsáveis pelo citado descuido da literatura em relação às restrições impostas pelo varejo é a suposta ausência de poder de mercado detido pelos varejistas. Como bem ressaltam Dobson & Waterson (1996, p. 2), a visão que a Escola de Chicago e seus seguidores tinham do varejo era a de um mero distribuidor de produtos fabricados pela indústria. Nesse cenário, os varejistas operariam em competição perfeita, em um

¹² Definição constante na Resolução n° 20, de 09/06/1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

¹³ A Resolução n° 20, de 09/06/1999, do CADE, dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei n° 8.884/94. Em seu Anexo I, são definidas e classificadas algumas práticas que podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Ainda que referido anexo contenha somente exemplos, que, conforme a própria Resolução, “não exaurem o universo de práticas”, é interessante observar que, das seis práticas restritivas verticais elencadas, nenhuma delas se refere diretamente a imposições efetuadas pelos revendedores/distribuidores sobre os produtores.

mercado onde coexistiriam vários competidores, inexistência de barreiras à entrada e amplo acesso às informações sobre as características do mercado. Os autores reconhecem, entretanto, que a literatura recente vem atribuindo ao varejo uma função maior do que a de somente distribuir; o varejo, ao ofertar inúmeros serviços ao consumidor, agrega valor aos produtos expostos nas gôndolas (cite-se como exemplos desses serviços: estacionamento, entrega em domicílio, galerias comerciais ao lado das lojas, fraldário, atendimento 24 horas, entre tantos outros). Além disso, o crescente poder de mercado obtido pelo varejo tem o colocado em posição de igualdade ou até mesmo superioridade perante os fornecedores.

2.2. *Instrumentais de investigação antitruste: A regra da razão e a regra per se*

Ainda que a preocupação específica com condutas impostas por distribuidores/revendedores sobre os produtores seja relativamente recente, é inegável que as práticas restritivas verticais, de modo geral, ocupem espaço na agenda antitruste de diversos países há algum tempo. Com o intuito de analisá-las, as autoridades antitruste em todo o mundo têm lançado mão de instrumentais de investigação, que ficaram conhecidos como “regras”: a Regra da Razão e a Regra *Per Se*. Sobre elas, Schuartz (2002) esclarece que:

“Qualquer investigação no contexto de um procedimento de aplicação do direito (em qualquer área do direito) requer a existência de certas regras, por assim dizer ‘parajurídicas’ ou de ‘economia processual’, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma certa quantidade de informações e evidências a seu respeito.” (p. 15-16)

Segundo o mesmo autor, baseando-se em Hovenkamp, é justamente nesse “*quantum* de informações” necessário à conclusão de que uma determinada conduta anticompetitiva é ou não ilícita que reside a diferença entre uma investigação antitruste que adota a regra *per se* (menos informações são requeridas) de uma cujo referencial seja a regra da razão (mais informações são necessárias). Essa opinião parece ser compartilhada por Forgioni (1998), quando a autora afirma que “a ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico (...)” (p. 186) (sem negritos no original).

Ainda conforme Schuartz, é errôneo concluir que a regra *per se* seja inferior, do ponto de vista de racionalidade e sofisticação técnica, à regra da

razão. Com efeito, Bruna (2001), fundamentando-se também em Hovenkamp, afirma que “o emprego do critério de ilicitude per se será mais freqüente em relação a práticas em cuja análise os juízes já tenham longa experiência, que os tenha convencido da alta probabilidade de tais práticas produzirem maus resultados concorrenciais.” (p. 156) Parece ser justamente baseando-se nessa “longa experiência” que as cortes norte-americanas têm considerado, dentre as práticas verticais mais comuns, somente aquelas cujas restrições se relacionem a imposições de preços como ilícitas *per se*. No Brasil, a Resolução nº 20/99, do CADE, sustenta que embora as práticas verticais representem “em princípio, limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (‘eficiências econômicas’), que devem ser ponderados *vis-à-vis* os efeitos potenciais competitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade.¹⁴

No que tange especificamente ao *buyer power*, é importante destacar um exemplo de adoção da regra *per se* pelo direito norte-americano. Trata-se do *Robinson-Patman Act*, dispositivo legal publicado em 1936, o que por si só já o torna peculiar, representando, inclusive, um contra-argumento à noção exposta anteriormente de que o *buyer power* é um problema recente. Clark (1995, p. 2) conta que, naquela época, o Congresso norte-americano acreditava que (i) as grandes firmas poderiam dominar o mercado por meio de condutas predatórias e outras formas de estratégia econômica contra as pequenas empresas e (ii) os compradores poderosos, como por exemplo, os grandes varejistas, poderiam usar seu poder de mercado para obter descontos dos fornecedores, os quais não estariam disponíveis para os varejistas de menor porte.

O *Robinson-Patman Act* surgiu da pressão realizada pelos *lobbies* de pequenos supermercados independentes e farmácias (*independent grocers and drug store lobbies*), segundo Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 28-29). Resumidamente, ele busca proibir que os fornecedores ofereçam condições especiais para compradores “selecionados”, proibindo a discriminação de preços (com isso, ele impede que os grandes varejistas exerçam seu poder de barganha para obter descontos nas negociações de grandes volumes de mercadorias). Cabe ressaltar, ainda, que o *Robinson-Patman Act* tem sofrido duras críticas de economistas e autoridades antitruste, sendo acusado de: (i) beneficiar os pequenos varejistas, ao padronizar as condições em que são efetuadas as transações com os fornecedores (com isso, ele poder estar, de certa maneira, fortalecendo formas menos eficientes de distribuição); (ii) enfraquecer a competição existente no mercado de fornecedores, ao desincentivar possíveis disputas entre eles em busca de varejistas.

¹⁴ Vale lembrar que tal ponderação também é prevista para os casos de práticas restritivas horizontais, ou seja, aquelas que envolvem empresas atuantes em um mesmo mercado relevante.

2.3. Análise antitruste, Lei 8.884/94 e as condutas de *buyer power*

Um dos maiores desafios das autoridades antitruste diante de conflitos entre empresas diz respeito à caracterização e ao enquadramento do referido conflito no escopo do Direito Antitruste. Em relação a conflitos entre varejo e indústria, o desafio não é menor. Nesse sentido, a questão crucial que se coloca é: práticas verticais impostas pelo varejo à indústria se encontram no âmbito da análise antitruste? Em outras palavras, os conflitos entre varejo e indústria devem fazer parte da preocupação dos órgãos de defesa da concorrência ou, de outro modo, devem ser solucionados pela justiça comum, sendo, então, conduzidos pelo Direito Comercial?

No Brasil, o diploma legal que guia a análise antitruste é a Lei 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência). Com efeito, caso uma empresa supermercadista estabeleça determinada exigência a seu fornecedor, e tal comportamento seja considerado anticoncorrencial (ou anticompetitivo), é a Lei 8884/94 que estará sendo ferida. A esse respeito, vale citar a existência de recorrentes críticas ao fato de o Brasil não contar com uma legislação específica sobre *buyer power*, ao contrário do que acontece em alguns outros países como França e Portugal. Aceitar essa crítica é, contudo, concordar com o argumento de que a Lei 8884/94 não é capaz de prever possíveis abusos cometidos por varejistas aos fornecedores, o que não é verdade. Os artigos 20 e 21 da citada lei, ao tratar das infrações da ordem econômica, são bastante abrangentes.

De acordo com o art. 20,

“constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

O art. 21, por sua vez, elenca vinte e quatro condutas que são caracterizadas como infração da ordem econômica e, mesmo assim, não esgota o assunto, dado que em seu *caput* consta que: “as seguinte condutas, além de

outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)”. (sem negritos no original)

Para fins do presente trabalho, dois incisos do art. 20 da lei 8.884/94 fazem-se especialmente relevantes. Conforme visto, de um deles (inciso I), depreende-se que um ato cujo objeto ou efeito, ainda que não alcançado, seja limitar, falsear, ou qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa constitui infração da ordem econômica. Por meio do outro (inciso IV), tal infração é causada por ato cujo objeto ou efeito seja exercer de forma abusiva posição dominante.

Enquadrar determinada exigência de *buyer power* em um ou outro inciso é responder afirmativamente às seguintes questões: (i) essa exigência tem como efeito ou objeto o prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa? (ii) essa exigência constitui abuso de posição dominante por parte da empresa supermercadista?

2.4. Aspectos gerais a serem observados na análise antitruste do *buyer power*

Como forma de auxiliar as autoridades antitruste em sua decisão de prosseguir ou não com uma investigação de uma suposta conduta de abuso de *buyer power*, Dobson, Waterson & Chu (1998, p. 31) propõem que sejam observados determinados aspectos. Para tanto, os autores elaboram cinco questões, que se seguem:

- a) A empresa supermercadista detém significativo *buyer power*?
- b) O *buyer power* é exercido contra fornecedores relativamente fracos?
- c) O varejista possui significativo poder em seu próprio mercado de atuação, ou seja, diante de seus consumidores?
- d) O varejista tenta influenciar outras ações de seus fornecedores ou deliberadamente criar uma relação de dependência?
- e) Existem significativos ganhos de eficiência associados à conduta de *buyer power*?

As questões acima, portanto, representam um breve guia a ser seguido pelas autoridades antitruste diante de um abuso de *buyer power* por parte de um suposto varejista.

3. Alguns aspectos da experiência internacional relacionados ao buyer power

3.1. O buyer power, a posição dominante presumida e as legislações específicas

O abuso de posição dominante é, em geral, reprimido pelas legislações antitruste em todo o mundo. Como forma de presumir a existência de posição dominante, é usual que as legislações estabeleçam determinados parâmetros, sendo o mais comum deles o de participação de mercado¹⁵. Assim, se a empresa ou o grupo ao qual ela pertença detiver uma parcela de mercado igual ou maior do que aquela pré-estabelecida pela lei, é presumida sua posição dominante. Do contrário, uma empresa detentora de participação de mercado inferior ao parâmetro citado não possui posição dominante e, sendo assim, não pode abusar daquilo que não tem.¹⁶

Nesse sentido, Forgioni (1998) explica:

“... é fato que as autoridades antitruste mantêm uma vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante. Essa postura se justifica porque é o comportamento do agente econômico ‘mais forte’ que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ele próprio tem capacidade para determinar o ambiente concorrencial, coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado. Ou, como diz Hovenkamp: ‘In general, the more market power a firm has, the more damaging its exclusionary practices might be.’”

Por essa razão, em outros países, algumas vezes, as condutas somente são consideradas ilícitas se praticadas por agente econômico detentor de posição dominante.” (p. 300) (sem negritos no original)

Como procederiam, então, as autoridades antitruste diante de um suposto abuso de *buyer power* cometido por uma empresa varejista cuja

¹⁵ Esse fato não exclui, no entanto, outros fatores que também devem ser analisados para se concluir a respeito da existência de posição dominante de um agente econômico. Forgioni (1998, p. 283-299) chama esses fatores de “indicativos da existência de posição dominante” e os elenca. Além do critério de participação de mercado, devem ser considerados, dentre outros destacados pela autora, a concorrência potencial de novos agentes e o comportamento/dependência dos consumidores e/ou fornecedores.

¹⁶ Conforme exposto no capítulo anterior, parece ser essa também a tendência da legislação antitruste brasileira.

participação de mercado fosse inferior ao parâmetro legal pré-estabelecido, ou, dito de outra forma, por uma empresa que não possuísse a presumida posição dominante legal? Isso poderia ocorrer, por exemplo, em um caso em que a empresa não detivesse *seller power* diante de seus consumidores, mas fosse detentora de *buyer power*, frente aos fornecedores.

Estudo efetuado pela OECD (1998, p. 128-129) sobre o *buyer power* relata como a França, Portugal e Alemanha enfrentaram esse problema: as leis de abuso de posição dominante passaram a prever também proibições de abuso de dependência econômica¹⁷, o que ocorreu primeiro na Alemanha, em 1973, e, posteriormente, na França (1986) e Portugal (1993). O exemplo desse último país, relatado no citado estudo da OECD, ilustra bem a situação. Em Portugal, o conceito de “abuso de dependência econômica” foi incluído no capítulo da Lei de Defesa da Concorrência relativo às “práticas restritivas”. O objetivo principal dessa medida era reequilibrar as relações entre fornecedores e varejistas, sancionando certas práticas exercidas pelo varejista sobre a indústria. O que ocorria é que, muito embora esse varejista não possuísse posição dominante no mercado, as práticas por ele exercidas demonstravam sua clara dominância sobre o fornecedor. Daí a necessidade de se sancionar práticas que representassem um abuso de dependência econômica, ao invés de um abuso de posição dominante.

Os efeitos dessas alterações nas legislações não foram, contudo, os esperados, quais sejam, conseguir abarcar os conflitos derivados de possíveis abusos de *buyer power*. De modo geral, um dos maiores obstáculos ao sucesso dessas mudanças estava ligado ao medo de represálias, enfrentado pelos fornecedores, em denunciar práticas de *buyer power* cometidas pelos varejistas. Dobson (1999, p. 35) lembra que mesmo que houvesse a denúncia, os fornecedores enfrentariam uma grande dificuldade para mostrar e provar: (i) dependência; (ii) abuso e (iii) efeito no mercado. Posteriormente, os três países levaram a cabo novas alterações em suas legislações.

De acordo com a OECD (1998, p. 131-132), a Alemanha introduziu presunções de dependência, de maneira a simplificar, para o fornecedor, sua prova de dependência de um varejista. A França adotou postura semelhante, definindo situações de dependência nas quais não mais era exigido provar que o abuso havia gerado um efeito restritivo no mercado. Por fim, Portugal implementou, por meio de uma legislação específica, uma série de proibições

¹⁷ A OECD define o que seria um agente econômico dependente, na relação varejo-fornecedor: “*In the manufacturer-retailer context, a supplier is considered economically dependent if it has no equivalent alternative to a certain retailer as an outlet for its goods, or if the retailer is an inescapable partner for it.*” (p. 129).

per se contra práticas abusivas de *buyer power*, tais como obter, de um fornecedor, preços, condições de venda e de pagamento exorbitantes.

3.2. Alternativa britânica: o código de prática dos supermercados em suas relações com os fornecedores

Uma interessante alternativa para lidar com a questão do *buyer power* foi proposta pela *Competition Commission*, órgão antitruste britânico, em outubro de 2000. Naquela ocasião, foi publicado um extenso estudo sobre o setor supermercadista¹⁸, o qual, dentre outras conclusões, constatou que as cinco maiores empresas varejistas do Reino Unido (eram elas: Asda, Safeway, Sainsbury, Somerfield e Tesco), cada qual detentora de pelo menos 8% de participação de mercado¹⁹, possuíam *buyer power*. Ao investigar as práticas levadas a cabo pelos supermercados em suas relações comerciais com os fornecedores, a *Competition Commission* concluiu que 30 delas, se exercidas pelas 5 maiores empresas citadas, afetavam alguns fornecedores, dado que era provável que esses investiriam e gastariam menos com desenvolvimento e inovação de produtos. As práticas também trariam aos grandes varejistas vantagens não alcançadas pelos pequenos, cujo poder de competição, em consequência, ficaria bastante ameaçado.

A *Competition Commission* ponderou se as práticas poderiam ter, por outro lado, um resultado líquido positivo sobre o mercado e, por fim, concluiu que, das 30 práticas, 27 delas operavam contra o interesse público (ou seja, possuíam um resultado líquido negativo). Foi então recomendado que se elaborasse um “Guia de Prática” (*Code of Practice*), que deveria ser seguido pelas 5 maiores empresas supermercadistas²⁰. Para tanto, haveria a colaboração conjunta dessas empresas e de representantes dos fornecedores, além da aprovação final pelo Diretor-Geral do *Office of Fair Trading*.

¹⁸ O estudo, intitulado “*Supermarkets: a Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*”, já foi mencionado em momento anterior dessa monografia.

¹⁹ Dobson (2002, p. 21) lembra não haver consenso em relação à participação de mercado que deve ser detida pela empresa para lhe assegurar *buyer power*. Assim, a *Competition Commission* trabalha com o patamar de 8%, a OECD sugere 15%, enquanto que recentes decisões da Comunidade Européia, envolvendo fusões do setor, citavam 22%.

²⁰ À época da publicação do estudo da *Competition Commission*, cinco empresas detinham mais que 8% de participação de mercado. No entanto, com a venda de algumas de suas lojas, a empresa Somerfield passou a deter uma participação inferior a 8%, o que a excluiu da obrigação de participar do Código de Prática.

Em 17 de março de 2002, o Código entrou em vigor²¹. Com fins meramente ilustrativos, são relacionados a seguir alguns dos pontos abordados:

- (a) Os termos nos quais são efetuadas as transações entre a empresa supermercadista e o fornecedor devem ser feitos por escrito e devem, além disso, estar disponíveis para os outros fornecedores daquela categoria de produtos;
- (b) Não deve haver excessivo atraso nos pagamentos ao fornecedor;
- (c) A empresa supermercadista não pode requerer que o fornecedor reduza o preço previamente acordado ou aumente o desconto anteriormente concedido, a menos que um motivo razoável para tanto seja dado ao fornecedor, por escrito, antes da entrega do produto;
- (d) O fornecedor não pode ser obrigado a contribuir com os custos de *marketing* do supermercado, tais como aqueles derivados de abertura ou reforma de lojas, pesquisas de mercado ou de consumidor, despesas com as visitas efetuadas por funcionários do supermercado a novos fornecedores, etc.

Dobson (2002, p. 25) lembra das dificuldades em se implementar e, posteriormente, monitorar um código dessa natureza. Além disso, pode ocorrer de um varejista descumprir os dispositivos do código e, mesmo assim, não ser denunciado pelo fornecedor, que teme represálias. Desse modo, o conjunto de medidas governamentais necessárias para se fazer cumprir o código faz-se fundamental (*enforcement system*).

Outra crítica de Dobson (2002, p. 26) à elaboração de um código de prática é a de que proibir os varejistas de exercer determinadas práticas não ataca o cerne do problema. Ao serem impedidos de agir de uma certa forma, os varejistas teriam incentivos para desenvolver outras práticas, diferentes daquelas que foram banidas pelo código, mas cujo efeito sobre os fornecedores seria o mesmo. Segundo o autor, isso poderia gerar um “jogo de gato e rato”, onde o código teria que ser continuamente atualizado de forma a incluir as novas práticas que naturalmente surgiriam.

Por fim, o autor sugere que o código funcionaria tão-somente como um importante complemento de uma política maior, que deveria atacar as causas do *buyer power*. Por meio dela, seriam aplicados remédios estruturais,

²¹Em 15/08/2003, o Código estava disponível no seguinte endereço: <http://www.warmwell.com/feb18supermarkertcc.html>.

que assegurassem o funcionamento de um ambiente concorrencial efetivo, como, por exemplo, a obrigação de alienação de ativos quando uma fusão entre duas empresas varejistas conferisse excessivo poder de mercado (com conseqüente *buyer power*) à empresa adquirente. Concomitantemente, poderiam ser aplicados remédios comportamentais, como, por exemplo, o código de prática.

3.3. *O buyer power e as fusões e aquisições no setor supermercadista: o caso Kesko-Tuko*

Em todo o mundo, fusões e aquisições no setor supermercadista têm sido uma constante há cerca de uma década. As empresas, em busca de ganhos de escala, conquista de novos mercados ou domínio de mercados já explorados, vêm adquirindo as concorrentes em um movimento sem precedentes na história do setor. Dobson (1999, p. 165) alerta que as autoridades antitruste na Europa têm se mantido impassíveis diante da concentração ocorrida por meio de fusões e aquisições no setor supermercadista. Ele credita tal postura à crença de que uma maior concentração poderia trazer uma redução de custos cujas conseqüências seriam preços mais baixos para os consumidores finais. Esse raciocínio seguiria a linha da tese do poder compensatório, segundo a qual uma empresa varejista forte seria capaz de obter descontos dos fornecedores e, então, repassá-los aos consumidores.

Essa idéia é controversa e perigosa, conforme já discutido nesse trabalho. É sabido que, caso não exista um ambiente concorrencial efetivo no mercado onde atua o varejista, é muito pouco provável que os benefícios decorrentes do citado poder compensatório sejam compartilhados. Pelo contrário, pode-se afirmar que o poder diante dos fornecedores apenas serviria para reforçar o poder perante os consumidores, principalmente ao elevar as barreiras à entrada de novas empresas supermercadistas.

Na contramão dos argumentos da suposta condescendência da Comissão Européia com as fusões varejistas, está a fusão entre as empresas finlandesas Kesko e Tuko. Essa foi proibida pela Comissão em 20 de novembro de 1996 e representa um marco nas decisões envolvendo o setor.²²

A operação, ocorrida na Finlândia, envolveu a aquisição de Tuko, pela Kesko, duas empresas com estruturas bastante peculiares. Ambas eram companhias atacadistas controladas por diversos varejistas independentes (os chamados *K-*

²² A decisão encontrava-se, em 29/08/2003, disponível no seguinte endereço:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277

retailers e *T-retailers*, respectivamente). Além de atuar no setor atacadista, Kesko e Tuko realizavam de modo centralizado as compras de todos os seus varejistas-controladores, além de prover serviços como *marketing* e informática de forma unificada. Vale destacar, ainda, que os varejistas atuavam de modo padronizado em termos do *lay-out* das lojas e apresentam-se aos clientes com os logotipos da Kesko e da Tuko. Apesar de cada varejista vinculado às redes possuir certa independência para definir suas estratégias comerciais (como preços, por exemplo), a padronização das lojas e a unificação de políticas de compras e *marketing* levou a Comissão Européia a analisar os grupos Kesko e Tuko como atuantes nos setores de atacado e varejo, desconsiderando a sua estrutura societária.

A Comissão Européia, em sua análise, definiu três mercados relevantes: (i) varejo de bens de consumo diário (alimentos, bebidas, material de limpeza e higiene, etc.); (ii) *cash-and-carry*²³; e (iii) compras de bens de consumo diário. No mercado de varejo de bens de consumo diário²⁴, a operação resultou numa concentração de 55% no mercado da Finlândia. Em níveis regionais, a participação conjunta da Kesko e Tuko variava entre 40% e 90%, enquanto em nível local observavam-se somas ainda mais elevadas. De acordo com a Comissão Européia, esses percentuais levantavam suspeitas de dominância no mercado finlandês, comprovadas por diversos fatores. Três deles estava a questão do *buyer power*.

A Comissão concluiu que após a fusão, a Kesko seria capaz de obter preços mais baixos de seus fornecedores do que aqueles disponíveis aos competidores. Isso seria, então, um desincentivo para que os rivais de Kesko competissem em preços, além de representar uma barreira à entrada de novos concorrentes. Além disso, constatou-se que o poder de venda dos grandes fornecedores não se comparava ao poderio de compra da Kesko após a operação. Segundo a Comissão, na maioria dos casos, a Kesko sempre encontrava um fornecedor alternativo, instalado na Finlândia ou no exterior, com capacidade suficiente para atender às suas demandas caso um concorrente se recusasse a negociar ou exigisse preços maiores. Outros fatores que aumentavam o poder de negociação da Kesko eram a presença de marcas próprias fortes e os cartões de fidelidade (que oferecem aos varejista informações sobre hábitos de consumo que não são captados pelos fornecedores). Por esses motivos - e também outros, não

²³ O “*cash and carry*” ou atacado de auto-serviço funciona como o supermercado do pequeno varejista. Nesse sistema, o varejista realiza suas compras na loja de atacado, escolhendo as mercadorias nas prateleiras, pagando-as e transportando-as em seu próprio veículo. De modo geral, tal tipo de loja atende também aos consumidores finais.

²⁴ A análise da Comissão Européia sobre os outros dois mercados relevantes definidos, ainda que extremamente interessante, não foi comentada nesse trabalho, por não estar diretamente relacionada às questões aqui discutidas sobre o poder de compra do varejo.

relacionados estritamente ao escopo do presente trabalho -, a Comissão declarou que a operação era incompatível com o Mercado Comum, proibindo-a.

Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo discutir a questão do poder de compra do varejo supermercadista diante de seus fornecedores (*buyer power*). Conforme observado, o tema é bastante complexo, pois envolve as relações quase sempre conflituosas entre o varejo e a indústria. Uma das perguntas às quais esse estudo buscou responder disse respeito ao fato de esses conflitos estarem ou não no escopo da análise antitruste. Como na maioria das questões envolvendo a defesa da concorrência, não existem respostas prontas. No entanto, os órgãos antitruste devem ficar atentos para coibir possíveis práticas abusivas cometidas por varejistas contra os fornecedores, desde que essas tragam prejuízos ao ambiente concorrencial do mercado, prejudicando a livre concorrência.

Com efeito, o tema do *buyer power* tem despertado interesse acadêmico e também das autoridades antitruste em diversos países do mundo. De modo geral, a preocupação está relacionada a possíveis abusos de varejistas poderosos que, atuando e realizando compras em grande escala, têm condições de impor preços e outros tipos de exigências sobre seus fornecedores (prazos de pagamento, condições de entrega, dentre várias outras listadas no decorrer desse trabalho). Os efeitos finais sobre a concorrência, e sobre os consumidores, dependem essencialmente da estrutura de mercado em que o varejista atua.

Caso se considere que os varejistas enfrentem um ambiente onde exista competição, é razoável imaginar que o *buyer power* possa trazer um efeito líquido positivo sobre o bem-estar, dado que há incentivos para que, por exemplo, os descontos obtidos junto aos fornecedores possam ser repassados ao consumidor, com o objetivo de atraí-lo para suas lojas com a oferta de preços menores. É essa a “teoria do poder compensatório”, que durante vários anos foi determinante para o não aprofundamento de possíveis malefícios trazidos pelo *buyer power*. De acordo com essa corrente, o poder de compra dos varejistas contribuía para o bem-estar do consumidor.

Deve-se ponderar, contudo, que caso existam poucos varejistas concorrendo no mercado, nada garante que o varejista irá repassar os descontos obtidos. Na ausência de concorrência, o varejista não teria incentivos para oferecer preços aos consumidores que refletissem os ganhos derivados de seu maior poder de barganha em relação aos fornecedores – o resultado final, portanto, seria uma elevação de lucros indevida dos varejistas, derivada de uma prática anticoncorrencial. A análise antitruste do *buyer power* deve, portanto,

abranjer os efeitos sentidos ao longo de toda a cadeia produtiva, de maneira a se obter um “resultado líquido final”.

Observa-se que diversos países do mundo têm procurado lidar com o assunto, seja por meio de legislações específicas, como é o caso da França, seja por meio da introdução de um código de prática entre fornecedores e grandes varejistas, como foi o caso do Reino Unido. No Brasil, é possível observar que a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n° 8.884/94) é capaz de abarcar possíveis abusos cometidos por varejistas contra fornecedores, decorrentes de seu *buyer power*. Isso poderia ser realizado por meio das previsões contidas nos artigos 20 e 21 da Lei, conforme análise efetuada no presente estudo.

Autoridades antitruste internacionais, em suas análises de fusões e aquisições entre empresas varejistas, também têm se preocupado com a questão do *buyer power*. Isso acontece porque a constituição de grandes empresas varejistas pode ter como consequência, além de um aumento do poder de mercado indesejável do ponto de vista dos consumidores, possíveis impactos negativos sobre os fornecedores. A questão tem implicações práticas: de modo geral, a análise de *buyer power* pode ser bastante dificultada pela não-cooperação dos próprios fornecedores, que temem represálias dos varejistas. A matéria é complexa e requer, portanto, um esforço de investigação antitruste que caminhe lado a lado com um controle preventivo das estruturas de mercado.

Referências bibliográficas

1. BLECHER, Nelson. A ditadura do varejo. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 44-52, 12 jun. 2002.
2. _____. Eu tenho a força. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 53-55, 12 jun. 2002.
3. BRASIL. Lei N° 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de junho de 1994.
4. BRASIL. Resolução n° 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei n° 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 de junho de 1999.
5. BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

6. CANADA. Competition Bureau. *The abuse of dominance provisions (sections 78 e 79 of the Competition Act) as applied to the canadian grocery sector*, dec. 2002. Disponível em: < <http://strategics.ic.gc.ca/SSG/1/ct02465e.html> >. Acesso em: 13 mai. 2003.

7. CLARK, Donald S. *The Robinson-Patman Act: general principles, commission proceedings, and selected issues*. Speech before the Ambit Group Retail Channel Conference for the Computer Industry. San Jose, California, june 7, 1995. Disponível em: < <http://ftc.gov/speeches/other/patman.htm> >. Acesso em: 17 jul. 2003.

8. DOBSON CONSULTING. *Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the Europe Union*. Prepared for the European Commission, May 1999. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/bpifrs>>. Acesso em: 15 abr. 2003.

9. DOBSON, Paul. *Retailer buyer power in european markets: lessons form grocery supply*. Loughborough University, Business School Research Series, Paper 2002:1, June 2002. Disponível em: < <http://www.lboro.ac.uk/departments/bs/research/2002-1.doc> > Acesso em: 26 jun. 2003.

10.DOBSON, Paul and WATERSON, Michael. *Vertical Restraints and Competition Policy*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 12, London, december 1996.

11.DOBSON, Paul; WATERSON, Michael and CHU, Alex. *The welfare consequences of the exercise of buyer power*, Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 16, London, september 1998.

12.. EUROPA. European Commission. *Commission Decision of 20 November 1996 declaring a concentration to be incompatible with the common market (Case No IV/M.784 - Kesko/Tuko)* . Disponível em:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31997D0277. Acesso em: 29 ago. 2003 .

13.EUROPA. European Commission. *Glossary of terms used in competition related matters*. Disponível em: http://eu.int/comm/competition/general_info/b_en.htm. Acesso em: 24 abr. 2003.

14.FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

15.FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

16.FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

17._____. O mercado do grande varejo e a encruzilhada mundial. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30 ago. 2002.

18.LONDON ECONOMICS. *Competition in Retailing*. Prepared for the Office of Fair Trading, Research Paper 13, London, september 1997.

19.ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Buying power of multiproduct retailers*. Roundtable on Buying Power, Paris, October 1998.

20.PANORAMA SETORIAL: Supermercados, vol. I. São Paulo: Gazeta Mercantil, set. 1998.

21.PARENTE, Juracy. *Varejo no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

22.REBOUÇAS, Lídia. Vida de nanico. *Revista Exame*, São Paulo, pp. 57-58, 12 jun. 2002.

23.SHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*. In: Reunião da ANCHAM (Câmara Americana de Comércio), 08 nov. 2002, Brasília. Barbosa, Müsnich & Aragão Advogados, nov. 2002.

24.SUPER HIPER. Revista da Associação Brasileira de Supermercados. Ano 29, n° 331, São Paulo, mai. 2003.

25.TAN, Guofu. *The economy theory of vertical restraints*. Prepared for the Competition Bureau, Canada. Vancouver, october 9, 2001. Disponível em: < http://strategics.ic.gc.ca/pics/ct/tan_e.pdf > Acesso em: 17 mai. 2003.

26.TEIXEIRA, Cleveland Prates. *Controle preventivo de atos de concentração: a experiência brasileira em 1994-1996*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 1997.

27.UNITED KINGDOM. Competition Commission. *Supermarkets: a report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, october, 10, 2000. Disponível em: <http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/446super.htm#full. Acesso em: 18 jun. 2003.

28.U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. April 2000. Disponível em: < <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf> >. Acesso em: 26 jun. 2003.

29.U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE

COMMISSION. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: < <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm> >. Acesso em: 16 jun. 2003.

30. VISCUSI, W.K.; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2 nd. ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1995.

31. WEN, Jean-François. *Market power in grocery retailing: assessing the evidence for Canada*. Prepared for the Competition Bureau, Canada. Calgary, september 25, 2001. Disponível em: < http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/wen_e.pdf > Acesso em: 17 mai. 2003.

32. Code of Practice on supermarkets' dealings with suppliers. Disponível em: < <http://www.warmwell.com.br/feb18supermarketcc.html> > Acesso em: 15 ago. 2003.

O SETOR POSTAL BRASILEIRO: REGULAÇÃO PARA COMPETIÇÃO?

Maria Neuesshwander Escosteguy Carneiro

1. Introdução - O Estado e o ordenamento econômico – os serviços públicos explorados empresarialmente

Pesquisar e escrever sobre o setor postal é um desafio ligado intrinsecamente às reflexões em torno da transformação, ao longo dos anos, da atividade administrativa do Brasil. Está nos jornais a polêmica instaurada há tempos, mais especificamente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e mais intensamente com o Projeto de Lei nº 1.491/1999, polêmica esta que envolve a existência ou não do monopólio estatal de regime público, o desenvolvimento da competição em regime privado e uma possível (?) convivência desses dois regimes em um ambiente regulado pelo Estado, cuja função cumpre ser reavaliada levando-se em consideração as transformações da sociedade e as peculiaridades do setor postal.

Neste contexto, imprescindível constatar que a atividade econômica é parte de um fenômeno social e cultural que antecede a criação do Estado. O Estado nasce para estabelecer regras de harmonia na vida em sociedade e para preservá-la, podendo, indiretamente, afetar a atividade econômica.¹ Mas a distinção entre o que é econômico e o que não é econômico, na lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti², citando Francesco Galgano, “*não reside em uma intrínseca e imutável natureza das coisas; ela é uma distinção historicamente determinada.*”

Sobre o papel da inovação como combustível da concorrência e das modificações sociais, relevante invocar os ensinamentos de Joseph Schumpeter³. Para ele, são inerentes ao processo de concorrência rivalidades, enfrentamento, cooperação e mecanismos de seleção. Desta forma, tem-se que o processo concorrencial, na visão do mencionado autor, traz em si uma perspectiva darwiniana, em que o mais bem adaptado será o mais eficiente dentro dos incentivos proporcionados naquela moldura institucional específica.

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo da Economia. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003, p. 5.

² O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2003, Coleção Temas de Direito Administrativo, p. 133.

³ Conferir, neste sentido, a obra *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres: Unwin Hyman, 1987.

O processo de concorrência é, para este autor, contra-intuitivo, no sentido de que ganhará aquele que realizar mudanças, e não, aquele que optar por manter-se inalterado. O mecanismo é inaugurado com uma ação empreendedora do tipo *animal spirits*, decorrente de uma visão empresarial estratégica, que se segue à inovação e à concorrência, juntamente com lucros e conflitos, gerando, ao fim, mudanças estruturais. A conciliação de mercados oligopolizados com eficiência produtiva e preços cadentes deve ter como norte a análise do comportamento dos mercados, “[c]omo resultado da história passada e como tentativa de enfrentar uma situação que irá mudar – como tentativa, por parte das firmas de se manterem de pé num terreno que se move por debaixo delas.” Ou seja: não se pode analisar esses mercados apenas com base no princípio da maximização dos lucros; é preciso parar de ver o problema de como o capitalista administra as estruturas existentes, mas sim, como ele as cria e as destrói.

Daí derivamos que as inovações tecnológicas – e, conseqüentemente, a introdução da competição no setor – têm papel determinante na estruturação do modelo regulatório correspondente.

Mas independentemente da evolução histórica pela qual a sociedade passa, a vida em sociedade deve se manter preservada. E essa preservação se dá pela atribuição de uma parcela do poder de cada indivíduo a um Estado, que, em nome do interesse da coletividade, terá legitimidade para estabelecer limites à liberdade individual.

É certo que o papel do Estado, sobretudo de intervenção na economia para a conseqüente preservação da sociedade, sempre foi, e continuará sendo, de extrema relevância. É mais certo ainda, que, ao longo dos anos, essa intervenção se deu nos mais diversos graus, não nos importando, para fins do presente trabalho, analisar a evolução deste fenômeno. Partiremos, por conseguinte, da concepção de que a intervenção pesada do Estado transformou-se, ao longo dos anos, em uma intervenção mais leve, de um Estado regulador/fomentador, sendo possível afirmar que igualmente o conceito de *competição* teve que sofrer adaptações.⁴

⁴ Conferir, neste sentido, o acurado trabalho de Sara Jane Leite de Farias (em *Evolução Histórica dos Princípios Econômicos da Constituição in Direito Empresarial Público*; Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 95): “[N]o final do século XIX, unidades econômicas passaram a assumir posições de destaque nos mercados, regulando-os em proveito próprio, conforme ensina Reich: O mercado ficou submetido ao arbítrio dos grandes conglomerados que, não raramente, conduziam-se de forma abusiva, comprometendo o aspecto organizativo que o caracterizou até então. Disso resultou a inviabilização da mobilidade das próprias forças produtivas, com o aniquilamento dos valores da competição e estabelecendo uma contradição no quadro de dogmas econômicos provenientes da visão liberal clássica. O princípio da livre iniciativa, correspondente ao estado original e revolucionário das forças industriais,

Neste contexto, Isaac Benjó⁵ esclarece que a competição é um mecanismo pelo qual, de um lado, cada firma tenta maximizar seus lucros, sem qualquer preocupação com o benefício social, i. e., com os consumidores; e de outro, os consumidores buscam maximizar a implementação de seus interesses com comportamentos absolutamente individuais. Tais condutas egoístas têm como consequência a maximização do bem-estar social. Ocorre que, na prática, o bom funcionamento do livre mercado exige que sejam cumpridos alguns requisitos: (i) não haver dominação dos mercados⁶; e (ii) não haver externalidades⁷.

Daí resulta o principal fundamento econômico da intervenção estatal⁸: restabelecer o equilíbrio garantidor da livre competição.⁹ Em outras palavras, conforme citado na obra de Vital Moreira¹⁰, uma das acepções possíveis da palavra ‘regulação’ diz respeito à idéia de manutenção ou restabelecimento do equilíbrio de um sistema.

não mais enquadrava as condições dos agentes econômicos do mercado. A associação dos interesses das grandes empresas substituiu o livre jogo econômico – organização, produção, distribuição e repartição de mercados – negando o ilimitado acesso ao mercado e acentuando uma vocação ao protecionismo privado de caráter associativo e monopolístico. Foi o saturamento do campo competitivo.”

⁵ *Fundamentos da Economia da Regulação*; Thex Editora, Rio de Janeiro, 1999, p. 67.

⁶ A dominação dos mercados, para o referido autor, é entendida como a possibilidade de qualquer agente econômico entrar e sair do mercado livremente, tendo como exemplos típicos as situações de cartel e de monopólio, inclusive o natural, em que a liberdade dos demais agentes é limitada pelos agentes cartelizados ou monopolistas.

⁷ Externalidades, para o referido autor, são entendidas como os custos ou prejuízos involuntários causados por um agente econômico para produzir um bem ou serviço.

⁸ Carla C. Marshall (em *A Regulação para a Competição in Direito Empresarial Público*; Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 37) estabelece que “[A] intervenção do Estado no economia pode se expressar a partir de 5 categorias diferentes identificadas na Carta Econômica: 1ª) de ordem normativa – na parte inicial do caput do art. 174, quando age como agente normativo; 2ª) de ordem tributária – art. 149; 3ª) de ordem reguladora – parte final do caput do art. 174, ao atribuir ao Estado papel de regulador da atividade econômica, exercendo, para tanto, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento; 4ª) de ordem executiva – ao prever no art. 175, caput, que: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos; e, por fim, a 5ª) mas não menos importante, de ordem repressiva – expressa no § 4º do art. 173: A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

⁹ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Direito Regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático., p. 77.

¹⁰ Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34-37.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹, o “aspecto econômico” da regulação não é o único existente; pode haver o “aspecto jurídico” da regulação, que seria mais amplo e abrangeria outras áreas, que não a econômica, das quais a professora destaca os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado, em textual:

“Para essas áreas, o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica, mas de ordem social. Daí ser preferível conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação, que é a de proteger o interesse público ou, mais precisamente, o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos e não-exclusivos do Estado.”

Parece-nos um tanto confusa a visualização da regulação sob o “aspecto econômico” ou sob o “aspecto jurídico”, razão pela qual entendemos ser mais precisa a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹², que enumera os fundamentos econômicos, políticos e jurídicos da regulação.

Mas para estabelecer este “equilíbrio garantidor da livre competição”, é preciso que o Estado se mantenha íntegro com relação à “tentação” de ir além das soluções prescritas para determinadas situações, promovendo intervenções regulatórias “adicionais” desnecessárias. Desta forma, uma vez verificada a demanda regulatória, ou seja, a necessidade de intervenção do Estado em um dado setor, é importante esclarecer os limites em que deva ocorrer e em que modalidades.

São quatro as modalidades de intervenção estatal na economia elencadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³, quais sejam: a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória.

A intervenção regulatória implica imposição, através de normas legais, de prescrições positivas e negativas sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, tendo em vista a preponderância de interesses públicos específicos legalmente definidos.

¹¹ Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 30.

¹² Direito Regulatório: Uma alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Ed. Renovar, 2003, pp. 129 e seguintes.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., pp. 129 e ss.

A intervenção denominada concorrencial tem como característica a imposição, também por meio de normas legais, da presença do Estado-empresário, atuando em regime de competição com agentes privados, no desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, tendo em vista a preponderância de interesses públicos legalmente definidos.

A intervenção monopolista seria, por sua vez, caracterizada pela imposição, por meio de normas legais, da presença do Estado-empresário, afastando a competição dos agentes privados, no desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, tendo em vista a preponderância de interesses públicos legalmente definidos.¹⁴

E por fim, a intervenção sancionatória, que se caracteriza pela imposição, com previsão legal, de sanções estatais punitivas, pelo Estado aos agentes privados, que desempenham determinadas atividades econômicas e sociais transgredindo as normas predefinidoras dos interesses públicos legalmente definidos em seus respectivos setores.

Ainda neste contexto, conforme bem esclarece Marcos Juruena Villela Souto¹⁵, citando José Afonso da Silva, a atuação econômica do Estado exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, distinção que tem fundamento na própria Constituição nos arts. 21, incisos XI e XII, 173¹⁶ e 174.

A definição de serviço público deve consistir, primordialmente, na identificação “*[d]os setores em que se apresenta imprescindível a presença do Estado, seja por força do princípio da subsidiariedade, seja em razão da necessidade de utilização do ius imperi na execução do cometimento, dada à sua impositividade à vida social.*”¹⁷

Sobre serviço público e atividade econômica, Eros Roberto Grau destacou que a distinção dos conceitos não pode ser feita de forma absoluta,

¹⁴ Essa modalidade, para fins deste trabalho, cumpre ser estudada em especial mais adiante após o delineamento das funções regulatórias e de alguns aspectos concernentes aos serviços públicos, tendo em vista a discussão acerca da existência ou não de um monopólio estatal no setor postal.

¹⁵ Id. Ob. cit., p. 81.

¹⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

¹⁷ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Serviço Público: Conceito, Classificação e Limites à Gestão Empresarial in SOUTO*, Marcos Juruena Villela (coordenador). Direito Empresarial Público; Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 443.

porquanto serviço público, para o mencionado autor, é uma modalidade de atividade econômica.¹⁸

Uma referência para o estudo aqui introduzido, é o modelo do setor de telecomunicações, que se estrutura em uma tentativa de equilíbrio entre a competição e a universalização por meio do conceito de assimetria regulatória muito bem explanado por Carlos Ari Sundfeld¹⁹ conforme trecho abaixo transcrito:

“Para aqueles que já estão usufruindo do serviço público é necessário melhorar sua prestação, torná-lo mais barato e mais adequado tecnologicamente. Entretanto, é importante que a política se volte a dar este serviço público para aqueles que não desfrutam dele, a quem não possui o serviço. Ilustrando esta situação, temos: os que já usufruem do serviço telefônico querem ter uma maior oferta para, por exemplo, ter uma segunda linha para ligar a Internet. Porém, o sujeito que está no rincão do Tocantins, se já tivesse à sua disposição um telefone público estaria de bom tamanho. No primeiro caso, interessa a introdução da competição, enquanto para o sujeito que está no rincão do Estado de Tocantins é importante ter um serviço que ele nunca teve, isto é, que ocorra a universalização do serviço.(...) A incidência regulatória, portanto, permite que se imagine alguns prestadores olhando mais para a competição, para estudos de mercados vantajosos, e outros prestadores olhando para a perspectiva da universalização. Isto é garantido pelo modelo estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações. (...)”

O trecho acima é um bom ponto de partida para a reflexão sobre o funcionamento e regulação do setor postal. Será que o setor postal está acompanhando a trajetória do setor de telecomunicações? Será que possui peculiaridades? Será que o setor postal ilustra hipótese de monopólio natural?

Enfim, muitas indagações dão ensejo à presente pesquisa, que se presta a uma tentativa de delimitação do marco regulatório do setor postal no Brasil mediante a compreensão do entendimento da evolução histórica da própria administração pública brasileira, das transformações do setor postal no mundo, da análise dos conceitos e da natureza dos serviços postais e da adequação dos limites de intervenção do Estado neste setor específico.

¹⁸ A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

¹⁹ Direito Administrativo Econômico. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Malheiros, pp. 306 e 307.

2. O setor postal no Brasil:

2.1. Um breve histórico²⁰: origem e estrutura no Brasil

A análise da regulação do setor postal brasileiro demanda que sejam bem conhecidas as raízes históricas e as razões para existência de uma ou de outra modalidade de intervenção estatal. Os serviços postais²¹ brasileiros nasceram com o próprio Brasil, no ano de 1500, quando Pero Vaz de Caminha, escrivão da frota de Pedro Álvares Cabral, relata ao Rei de Portugal, por meio de uma carta de 27 páginas, o descobrimento de uma nova terra.²²

Apesar do significado histórico daquele acontecimento, o primeiro registro de organização de um serviço regular de correios no Brasil é de 1663, quando foi oficialmente instituído o Serviço Postal no Brasil, com o objetivo de possibilitar a comunicação entre Portugal e sua Colônia. Mais de um século depois, no ano de 1798, foram criados os Correios Marítimos, que instituíram o serviço regular entre Brasil e Portugal. Após a Independência, os serviços postais continuaram a se desenvolver. Em 1829, por determinação de D. Pedro I, foi

²⁰ Para um bom panorama da história do setor postal no Brasil, conferir: http://www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/historia_correios/historia_correios_brasil.cfm.

²¹ Sobre o sentido dos termos “postal” e “correios”, já o disse conclusivamente Pontes de Miranda, citado por Joaquim Macaloss (Parecer *O serviço postal e o privilégio exclusivo* in Revista de Direito Público nº 68, p. 123): “[C]orreio significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais as que se equiparam às cartas. Isso não quer dizer que se vede, constitucionalmente, a particulares, ou às próprias entidades intraestatais, manter serviços de entregas de objeto (não de cartas!). O cerne do conceito está nas cartas missivas: carta, escritos, mensagens fechadas, instituem serviço postal, e tem esse de pertencer à União.” Mais recente, o Projeto de Lei nº 1.491/1999, em trâmite na Câmara dos Deputados, traz detalhada diferença entre as definições de serviço postal, correspondência, serviço parapostal, serviço de interesse social e serviço essencial. Na época de Pedro Álvares Cabral, entendemos que já havia serviço postal, entendido como o conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência (comunicação escrita, gravada ou fixada em suporte material e, nesta condição destinada a endereço determinado ou a pessoa com endereço determinado) ou objeto postal (bem material, com ou sem valor mercantil, que atenda aos requisitos de postabilidade fixados na lei e na regulação e que seja encaminhado a pessoa com endereço determinado) de um remetente para um endereço final, certo e determinado, com ou sem indicação de destinatário, sob o regime de prestação definido na lei.

²² Cf., neste sentido, SILVA, Francisco Carlos Teixeira in LINHARES, Maria Yedda (organizadora). *História Geral do Brasil*. Ed. Campus, 9ª edição, p. 43: “[E]m pouco mais de um mês, Cabral chega ao nordeste do Brasil, enviando a El-Rei a nova da descoberta, através da célebre carta de Pero Vaz de Caminha. (...)”

levada a efeito uma reorganização dos serviços postais, que resultou na criação da Administração dos Correios, cujos serviços passaram a estar presentes também em todas as capitanias das províncias brasileiras.

Em 1844, entrou em vigor uma nova legislação postal, a qual fixou taxas distintas para as vias marítimas e terrestres. Essa legislação instituiu, ainda, o Quadro de Carteiros do Correio da Coroa e o sistema de Distritos Postais, o que possibilitaria a entrega domiciliária de correspondências, seguida, logo no ano de 1845, da instalação das primeiras caixas de coleta do Império nas vias públicas do Rio de Janeiro.

Em 1877, o Brasil aderiu ao Tratado relativo à criação da União Geral dos Correios celebrado em Berna, Suíça, em 1874. A União Geral dos Correios transformou-se, em 1879, na União Postal Universal, ainda hoje atuante como entidade especializada da Organização das Nações Unidas para o setor postal no mundo. Logo após a proclamação da República, no ano de 1890, a Repartição Postal passou ao Ministério da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Entretanto, em 1893, foi criado o Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas, ao qual ficou subordinado o Departamento de Correios e Telégrafos.

O advento da aviação permitiu o aprimoramento dos serviços postais. Em 1921, foi iniciado o transporte de malas postais por via aérea no Brasil. O uso de máquinas de franquear correspondência iniciou-se em 1924, ano em que também foi introduzido o serviço de “Expressos Internacionais”. Em 1927, iniciou-se o transporte de correspondência por via aérea regular entre a América do Sul e a Europa. Alguns anos mais tarde, em 1931, foi criado o Departamento de Correios e Telégrafos (DCT). Impende transcrever a seguir as razões para criação do DCT insculpidas no Decreto nº 20.859, de 26 de dezembro de 1931:

“Considerando que é imprescindível a reorganização dos serviços de Correios e Telégrafos como medida de aperfeiçoamento e para que atendam com eficiência aos interesses do público;

Considerando que, antes da remodelação dos serviços técnicos, convém atender à nova disposição do órgão administrativo;

Considerando que a fusão desses dois serviços se impõe, não só como medida econômica na administração dos negócios do Estado, como também pelas vantagens decorrentes da sua execução em conjunto;

Considerando que em decretos anteriores já foram determinadas medidas preliminares para a instalação dos dois serviços em comum;”

O mencionado Departamento era uma autarquia comum, ou seja, uma

pessoa jurídica de direito público, sujeita a todas as prerrogativas e limitações inerentes às funções típicas do Estado. A personalidade jurídica distinta da administração direta implica outorga de autonomia (leia-se patrimônio, receitas e regime de pessoal próprios) para o seu funcionamento.²³

Embora a criação do Departamento de Correios e Telégrafos sob a forma autárquica represente considerável avanço na história dos serviços postais brasileiros, há que se assinalar que a autonomia inerente ao próprio conceito de autarquia não é tanta quanto parece à primeira vista, *“posto que submetida a forte controle político materializado na livre nomeação e exoneração de seus dirigentes. Não é, pois, suficiente para o exercício da função regulatória independente.”*²⁴

Em 6 de dezembro de 1945, foi editado o Decreto-lei nº 8.308, que dispõe sobre a autonomia técnico-administrativa do Departamento de Correios e Telégrafos, o que vai ao encontro das considerações de Marcos Juruena Villela Souto acerca da relatividade da autonomia conferida às autarquias comuns (especificamente, ao DCT).

2.2. Criação da empresa brasileira de correios e telégrafos - ECT:

Conforme os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto²⁵, a Administração Pública, para desempenhar suas funções, pode funcionar de forma centralizada (na qual o poder será exercido diretamente pelo ente político criado pela Constituição Federal) ou descentralizada (na qual o poder será exercido por criaturas decorrentes de seu poder de auto-organização, por execução direta ou em colaboração com terceiros).

Uma das modalidades da técnica de descentralização consiste na autorização legislativa para a criação de empresa pública e é consequência de uma demanda de atuação do Estado sob a forma empresarial, para a exploração comercial de serviços públicos, nos termos do art. 175 da Constituição Federal de 1988.²⁶ A criação da ECT consistiu tão somente na descentralização da função do Estado que, nesse caso, é de prestar o serviço público postal. É incorreto, portanto, associar esta hipótese à exploração de atividade econômica pelo Estado, na

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Regulatório. Id. Ob. cit., p. 223.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Regulatório. Id. Ob. cit., p. 225.

²⁵ Direito Administrativo da Economia. Id. Ob. Cit., p. 57.

²⁶ Neste ponto, necessário anotar, ainda, que não se deve confundir a atividade econômica do Estado prevista no art. 173 da Constituição Federal de 1988 com a exploração comercial dos serviços públicos preconizada pelo art. 175 da Constituição Federal de 1988.

modalidade concorrencial (de acordo com a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto), em conformidade com o art. 173 da Constituição Federal de 1988.

Mister se faz deixar claro que o exercício (discricionário), pelo Estado, desta opção técnico-administrativa de descentralização não altera a titularidade, que continua a pertencer ao povo (de quem emana em favor do Estado); há apenas um desmembramento do exercício do poder. O Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, ao tratar da Reforma Administrativa Federal, sistematizou a conceituação da Carta Magna de 1967, que equiparava as autarquias às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Todavia, conforme criticou Joaquim Macaloss²⁷ “[e]stranheza nenhuma causaria a criação de empresa pública para a exploração do serviço postal, não fora ‘nos termos do art. 5º, II, do Dec-lei 200/67.’ (...) Evidente está, pois, até porque expresse, embora por referência ao Dec-lei 200/67, que a ECT foi criada para explorar atividade econômica.”

Registre-se, todavia, que tal entendimento é anterior à Constituição Federal de 1988, daí a grande confusão em torno da existência ou não de monopólio postal. Importa, outrossim, expor alguns pontos importantes contidos em tal parecer, quais sejam: (i) o conceito de serviço público é relativo e o serviço postal é serviço público privativo, i. e., aqueles que supõem a prática de atos de império e que, embora sujeitos à concessão ou permissão, estão dentro da alçada do Poder Público, já expressos na CF; (ii) não existe monopólio postal, e sim, o serviço postal goza de privilégio exclusivo. Os serviços submetidos ao privilégio exclusivo (em regime de monopólio, no dizer da lei) são atividades postais; restringe-se o privilégio postal ao recebimento, transporte e entrega de cartas, cartões postais, e de correspondência agrupada (objetos postais com caráter de mensagem), bem assim à fabricação e emissão de fórmulas de franqueamento postal.

Ademais, o mesmo autor explicou as diferenças entre privilégio exclusivo e monopólio, senão vejamos: (a) o regime de privilégio exclusivo incide sobre serviços públicos e o de monopólio incide sobre as atividades econômicas privadas; (b) o privilégio exclusivo é específico, abrangendo somente o serviço a ele submetido, enquanto que o monopólio é genérico, compreendendo todos os processos de exercício da atividade monopolista e em toda a área onde deva ser exercida; (c) tanto o privilégio exclusivo quanto o monopólio (quando afastada qualquer competição) devem obediência ao art. 153, parágrafo 3º e o art. 163 parte final da Constituição Federal de 1967²⁸.

²⁷ Parecer *O serviço postal e o privilégio exclusivo* in Revista de Direito Público nº 68, p. 121.

²⁸ Como dissemos, o parecer referido na nota 25 acima foi elaborado provavelmente com base na Constituição Federal de 1967.

A Lei nº 6.538/78 estabelece a prestação do serviço postal e do serviço de telegramas por empresa pública, em regime de monopólio. Seus principais preceitos são:

- A) A ECT é a grande prestadora de serviços no setor, com monopólio;
- B) Não reconhece a existência de operadores privados no setor;
- C) Estabelece o monopólio para carta, cartão postal, telegrama e correspondência agrupada;
- D) Não fixa regras claras para a delegação da prestação dos serviços a terceiros; e
- E) Não prevê mecanismos de regulação do setor, mas apenas de controle da ECT.

Voltando ao histórico do setor postal no Brasil, temos, em 1967, a criação do Ministério das Comunicações que, a partir de 1968, recebeu em sua estrutura o já existente Departamento de Correios e Telégrafos, o qual, em 20 de março de 1969, por meio do Decreto-Lei n.º 509, foi transformado na empresa pública Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Nessa ocasião, os serviços postais eram de má qualidade, pois não havia o cumprimento dos prazos de entrega estabelecidos e os usuários dos serviços não tinham garantias da entrega das cartas e encomendas ao destinatário final.

A gestão do DCT era realizada sob diversas restrições administrativas e fortes injunções políticas. Por essas razões, não era possível um gerenciamento eficiente e eficaz dos recursos sob sua responsabilidade. O serviço postal era altamente deficitário e somente sobrevivia graças a subvenções oriundas do Tesouro Nacional.

Naquele momento, fez-se, então, essencial a atuação do Estado para instaurar um modelo que estimulasse o desenvolvimento do setor, melhorando sua eficiência. O modelo instituído mantinha sob o controle do Estado a totalidade do capital da ECT, permitindo ao serviço postal alcançar um novo patamar de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse a primeira grande transformação no setor postal brasileiro e, simultaneamente, permitindo a ampliação do poder estatal de intervenção e decisão sobre os rumos da empresa, independentemente de interesses de acionistas privados (o que, ao contrário, ocorreria caso houvesse sido criada uma sociedade de economia mista).

Assim, se o Estado optou por intervir no setor postal pela criação da ECT é porque, naquele momento, aquele era o modelo que mais parecia ser capaz de tornar o setor mais eficiente. E, de fato, houve uma evolução no setor.

Dentre as principais transformações ocorridas na década seguinte à criação da ECT, podemos citar:

- a) Mudança do regime jurídico de seus servidores, que deixaram a condição de estatutários para o regime das normas trabalhistas da Consolidação das Leis do Trabalho;
- b) Redução de custos administrativos e operacionais;
- c) Estabelecimento de padrões objetivos de qualidade, tendo como exemplo o conceito “D+1”, ou seja, o compromisso de entrega de cartas no dia seguinte ao da postagem²⁹;
- d) Criação da Rede Postal Aérea Noturna – RPN – composta por um conjunto de linhas para o transporte aéreo de objetos postais, operadas por aeronaves das principais empresas aéreas brasileiras³⁰;
- e) Criação da Rede Postal Fluvial da Amazônia, formada por uma frota de embarcações fluviais que promovem a integração da região norte por meio do serviço postal regular³¹;
- f) Investimentos na reconstrução da infra-estrutura operacional, como construção de centros operacionais, renovação da frota de veículos e aporte de máquinas de triagem automática;

²⁹ Essa transformação atende, ou pelo menos tem a intenção de atender ao princípio da eficiência, trazido pela Emenda Constitucional nº 19/98. Este princípio, segundo Odete Medauar (*Direito Administrativo Moderno*; Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 142), “[n]orteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.”

³⁰ Em atendimento ao princípio constitucional da generalidade. Cf. nota 12. Registre-se, ademais, que, ao longo da década de 80, a ECT operou como uma entidade prestadora de serviços públicos, especialmente nos segmentos de menores rendas, prestando serviços que, embora não tragam em sua natureza o caráter postal, usufruem da infra-estrutura construída para alcançar pessoas e localidades, em muitas circunstâncias não atingíveis por outras estruturas de serviço público. Como exemplo podemos citar o pagamento de benefícios previdenciários em localidades sem agência bancária, a distribuição de livros escolares, a distribuição de medicamentos e o recebimento de pedidos de documentação oficial, como CPF e Passaporte. A ECT, detentora da maior cadeia de lojas de atendimento no país, atinge os pontos mais remotos e torna acessível, a toda a população brasileira, um extenso leque de produtos e serviços.

³¹ Em atendimento ao princípio constitucional da generalidade. Cf. nota 12.

- g) Criação do Código de Endereçamento Postal – CEP;
- h) Amplo esforço de formação, treinamento e atualização dos empregados;
- i) Criação de novos serviços, como o SEDEX;
- j) Expansão da rede de agências de correios e de caixas de coleta; e
- k) Introdução do sistema de franquia para expansão da rede de agências.

3. Inovações comerciais e industriais nos serviços postais

Alguns estudos da União Postal Universal³² concluíram que: (i) o mercado global de cartas em 1999 abrangeu 430 bilhões de itens enviados; (ii) em 1995, a correspondência física representou apenas 20% do mercado de comunicações; (iii) comunicações eletrônicas cresceriam mais do que o dobro do que a correspondência física; e (iv) a parcela de mercado da correspondência física cairia progressivamente ao longo do tempo em razão do crescimento da correspondência eletrônica.

Entretanto, os referidos estudos constataram que, apesar da diminuição na parcela de mercado detida pela correspondência física, havia expectativa de continuidade no crescimento em termos absolutos de tal espécie de correspondência. É válido transcrever alguns trechos de um outro estudo da União Postal Universal, *The Postal Market in the Age of Globalization*³³ em que se relata o desenvolvimento do setor eletrônico até o ano de 2005:

³² *Core business scenarios Post 2005 e Post 2005 – Follow-up trends, Strategic Planning and Statistics*, ambas publicações da Universal Postal Union, Berne, 1997 e 2000, respectivamente citadas in *The Post Emergind Trends and Issues*, Universal Postal Union, 2002, pp. 21 e 22 retirado do site www.upu.int/market_analysis/en/02_the_post-emerging_trends_and_issues_en.pdf.

³³ Este estudo foi publicado em 2002 e se encontra disponível no site www.upu.int/market_analysis/en/02_the_post-emerging_trends_and_issues_en.pdf. Cf. a versão original dos trechos transcritos em inglês: “*Post 2005 reports that electronic communication will grow at more than twice the rate for physical mail and 60% more than the growth in GDP (gross domestic product) in the ten years to 2005, continuing the trend of recent years. Over this period, the communications market as a whole is expected to grow by 5.6% per year, compared to about 2.5% annually for physical mail. The World Bank reference scenario provides for an annual GDP growth rate of 3.5% over this period. The result is that, although the world economy is expected to continue to grow to 2005, and postal volumes are also expected to grow, their share will decline further. By 2005, the share of physical mail will account for a little under 15% of the total communications market. In the period to 2005, against an average world mail volume growth rate of 2.5%, high- and low- income countries*

“O Estudo Correios 2005 relata que a comunicação eletrônica crescerá a um índice duas vezes maior do que o correio físico e 60% mais do que o crescimento do PIB até 2005, continuando a tendência dos últimos anos. Neste período, a expectativa de crescimento do mercado de comunicações como um todo é de 5.6% ao ano, comparado a um crescimento de aproximadamente 2.5% anuais para o correio físico. O Banco Mundial fornece um cenário de referência para o crescimento anual do PIB de 3.5% no mesmo período. O resultado é que, apesar de haver uma expectativa de crescimento da economia mundial e dos volumes postais até 2005, as parcelas de mercado irão entrar em declínio posteriormente. Até 2005, a parcela de mercado do correio físico contabilizará um pouco menos de 15% do total do mercado de comunicações. No período até o ano 2005, contra um volume bruto anual de correspondência de 2.5%, países de renda alta e baixa terão crescimentos no tráfego postal de 2.3% e 2% respectivamente, em contraposição a 5.8% para países de renda média. A categoria de baixa renda é representativa do grupo dos países em desenvolvimento conforme definição elaborada para fins do Estudo Correios 2005. Após 2005, o crescimento do mercado de comunicações somente pode ser adivinhado. O comércio eletrônico, sozinho, trará mudanças significativas para os negócios, consumidores, governo e para a economia. O crescimento da Internet e o desenvolvimento do comércio eletrônico, que está apenas engatinhando, são manifestações de uma

will have traffic growths of 2.3% and 2% respectively, in contrast to 5.8% for middle-income countries. The low-income category is representative of the developing countries group as defined for the purposes of Post 2005. Beyond 2005, the growth of the communications market can only be guessed at. E-commerce alone will bring significant changes to business, consumers, government and the economy. The growth of the Internet and the development of e-commerce, which is still in its infancy, are but two manifestations of a wave of development of similar significance to the railways in the nineteenth century, and of the motor car in the twentieth. The OECD sees e-commerce as ‘...part of a broader process of social change, characterized by the globalization of markets, the shift towards an economy based on knowledge and information... (which)... will probably continue far into the future.’ A conservative assumption is that over the five years to 2010, growth in the communications industry will continue at around 5% per year – a slight reduction in the rate forecast for the ten years to 2005. Many new products and services will continue to come onto the market – some directly substituting for written communications, others enriching the data, education, information and entertainment options available. Consumers will be offered an ever-increasing range of choices. While the market share of physical mail will inevitably continue to decline, physical mail is likely to continue to grow albeit at lower rates than the economy at large. As already stated above, an important conclusion is that the postal business is not a ‘sunset sector’ and it will continue to play a significant part in economic and social infrastructures.”

onda de desenvolvimento de significado similar ao desenvolvimento das estradas de ferro no século dezenove e do automóveis no século vinte. A OECD vê o comércio eletrônico como ‘...parte de um processo mais amplo de mudança social, caracterizado pela globalização dos mercados, a mudança em direção a uma economia baseada em conhecimento e informação ...(que)... provavelmente continuará longe no futuro.’ Uma premissa conservativa é que entre os anos 2005 e 2010, crescimento na indústria de comunicações continuará em aproximadamente 5% por ano – uma redução pequena na previsão para os 10 anos até 2005. Muitos produtos e serviços novos continuarão a entrar no mercado – alguns diretamente substituindo as comunicações escritas e outros enriquecendo as opções de informação, educação e entretenimento disponíveis. Aos consumidores será oferecida uma gama crescente de opções. Enquanto a parcela de mercado do correio físico continuará inevitavelmente a declinar, o correio físico provavelmente continuará a crescer ainda que a índices menores que a economia como um todo. Conforme afirmado acima, uma importante conclusão é que o mercado postal não é um setor em declínio e continuará a ter um papel significante nas infra-estruturas econômica e social.”

É inevitável, portanto, constatar que a rede mundial de serviços postais vivencia importantes mudanças estruturais decorrentes da introdução de novas tecnologias da informação. O setor postal não pode ser tido, em face das inovações tecnológicas como um setor que se está esvaziando, mas sim, como parte importante no desenvolvimento econômico e social das infra-estruturas de um país.

Questionamento relevante decorrente destas mudanças estruturais e da influência da tecnologia concerne à substituição da correspondência física pela eletrônica. O estudo *Post – Emerging Trends and Issues*³⁴ menciona que ainda não há consenso. Por sua vez, o estudo *The Postal Market in the Age of Globalization*³⁵, comentando o estudo *Post 2005*, relata que a perda de parcela de mercado sofrida pelas correspondências físicas é somente em parte consequência da substituição destas pelas correspondências eletrônicas.

O grau de substitutibilidade, i. e., a prontidão dos usuários em migrar de um serviço para outro (utilizar correspondência física ou eletrônica), varia de acordo com os segmentos de mercado. Estudos europeus³⁶ constataram que

³⁴ Id. Ob. cit., p. 23.

³⁵ Id. Ob. cit. pp. 19, 20.

³⁶ Estes estudos europeus foram citados, embora não especificados, no estudo *The Postal*

o grau de substitutibilidade é maior em tráfegos de correspondências profissionais, se comparado ao tráfego de correspondências pessoais. Todavia, do ponto de vista dos consumidores, o grau de substituição está intimamente relacionado ao valor que a pessoa atribui às características de determinado serviço. Fatores tais como velocidade, segurança, facilidade de uso e fidelidade de reprodução, e não o preço propriamente dito, irão influenciar o consumidor na escolha do modo de comunicação. Daí porque é tão difícil testar empiricamente o grau de substitutibilidade.

Interessante registrar, ainda neste contexto, que a correspondência física tem sido objeto tanto de substituição quanto de complementação. Um exemplo de complementaridade pode ser tido quando o encaminhamento de um fac-símile é seguido de envio do documento original via correio. Outros exemplos envolvem o envio por correio de catálogos como parte de promoção feita previamente via e-mail.³⁷

4. Mudanças institucionais necessárias – Exame da possibilidade constitucional da transformação do monopólio

Justamente pela presença das inovações tecnológicas e da competição no setor postal, verificou-se que o modelo institucional existente, com operador único, sem competição regulada, não mais poderia subsistir. Neste sentido, cumpre destacar trecho do completo estudo *The Postal Market in the Age of Globalization*, já citado anteriormente neste trabalho³⁸:

“Tipicamente, empresas postais nacionais têm responsabilidade exclusiva pela manutenção do serviço postal, e, com isso, são obrigadas a aplicar tarifas uniformes.. Geralmente, fornecem serviços de custo alto para áreas remotas abaixo do custo, enquanto cobram mais alto

Market in the Age of Globalization (Ob. Cit.), p. 20.

³⁷ Cf. estudo *The Postal Market in the Age of Globalization* (Ob. Cit.), p. 20.

³⁸ Id. Ob. Cit., p. 30: *“Typically, national postal enterprises have sole responsibility for the maintenance of the universal service, and with that, they are required to apply uniform (non-differentiated tariffs). Generally, they supply high-cost services to remote or uneconomic areas at less than cost, while they overcharge services in densely serviced urban areas. Apart from the requirement to apply uniform rates, postal rates are formally or informally government controlled. Because the enterprises are government-owned, operations and regulation (until recently) were often carried out by the same entity. Increasingly, however, separation of regulators and operators is being accepted as a desirable goal.”*

pelos serviços em áreas de maior densidade urbana. Independente da obrigatoriedade de aplicar tarifas uniformes, os índices postais são formalmente ou informalmente controlados. Pelo fato das empresas serem de propriedade do Estado, as operações e a regulação (até recentemente) eram muitas vezes feitas pela mesma entidade. Crescentemente, todavia, a separação entre os reguladores e os operadores está sendo aceita como um objetivo desejável.”

A relação existente entre a análise das instituições e a evolução econômica foi detalhadamente estudada por Douglass C. North³⁹. O referido autor constatou que as instituições existem para reduzir as incertezas envolvidas nas relações humanas, incertezas essas originadas tanto da complexidade dos problemas que têm que ser resolvidos como do aparato individual a ser utilizado para resolver tais problemas.

Em vista disso, o papel do Estado deve se concentrar na remodelação institucional (já que é através das instituições que é possível reduzir as incertezas inerentes às relações humanas), o que significa moldar os marcos regulatórios.

O setor postal brasileiro hoje não possui um marco regulatório definido. O arcabouço legal que sustenta a organização do setor está, basicamente, na Constituição Federal e na Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978. Em todo o texto da Constituição Federal existem somente três menções diretas à atividade postal, quais sejam, o art. 5º, inciso II, o art. 21, inciso X e art. 22, inciso XII⁴⁰.

O primeiro entendimento necessário é o de que o inciso X do art. 21 acima transcrito reúne duas atividades totalmente distintas: o serviço postal e o correio aéreo nacional. Este último, embora usando o substantivo correio, não irá ser abordado no presente trabalho.

No caso do setor postal, estaremos diante de uma categoria especial de serviço público. O serviço postal se enquadra na categoria de serviço público que pode ser explorado comercial ou industrialmente, conforme lição de Marcos Juruena Villela Souto, transcrita anteriormente, sendo, portanto, denominado “serviço público

³⁹ *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 25.

⁴⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do seguinte: II – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (...)” “Art. 21. Compete à União: X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;” “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XII – o serviço postal;”

econômico”. Nesta situação, importante frisar, o Estado deverá se revestir da forma empresarial, constituindo empresas públicas ou sociedades de economia mista, conforme o disposto nos arts. 37, XIX e 173 da Constituição Federal de 1988.

Para entender melhor a natureza do serviço postal, como fruto da atuação empresarial do Estado, invocaremos obra do mestre português Rodrigo Gouveia⁴¹ em que realiza uma análise setorial do que denomina “serviços de interesse econômico geral”. Dentre os setores estudados, tem-se o de telecomunicações, que se encontra, na mencionada obra, subdividido em telecomunicações e serviços postais.

De acordo com o referido autor, é possível inferir do tema as seguintes definições:

(i) Serviço de interesse geral: é aquele que satisfaz necessidades básicas da generalidade dos cidadãos – econômicas, sociais ou culturais – e cuja existência é essencial à vida, saúde e participação social dos mesmos.

(ii) Serviço público: é o serviço de interesse geral executado pelo Estado ou pelos poderes públicos. O conceito é usado ora em sentido subjetivo – atividades prestadas pelo Estado, ora em sentido objetivo – designando os princípios de serviço universal.

(iii) Serviço de interesse econômico geral: é aquele que satisfaz as necessidades básicas de natureza econômica dos cidadão, ou seja, é uma subespécie do conceito mais amplo de serviço de interesse geral.

(iv) Serviço Público essencial: é o definido como tal pela lei portuguesa para proteger os usuários dos serviços de fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone.

(v) Serviço universal: é o serviço público em sentido objetivo e exprime um conjunto de princípios e obrigações que determinados serviços deverão cumprir para serem acessíveis a todos os cidadãos a preços razoáveis.

Em realidade, a natureza do serviço postal no Brasil, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, mais se aproxima do conceito de serviço universal do que do conceito de serviço de interesse econômico geral de Rodrigo Gouveia,

⁴¹ Os Serviços de Interesse Geral em Portugal da série Direito Público e Regulação 2; Coimbra Editora, 2001.

pois o primeiro está mais voltado ao atendimento de um interesse coletivo do que à satisfação de necessidades básicas de natureza econômica da população.

Desta forma, o foco da avaliação deve ser o da competência da União para *manter o serviço postal* e, nesse particular, prevalece o entendimento de que o verbo *manter* não significa a prestação direta do serviço, mas sim a responsabilidade de garantir a disponibilidade do serviço, podendo delegar a terceiros, mediante concessão, permissão ou autorização a execução do serviço postal.

No âmbito da análise jurisprudencial, ressaltamos que há entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 recepcionou e manteve o monopólio da União sobre o serviço postal, não restando prejudicada a exclusividade da União em razão do monopólio postal não estar previsto no art. 177 da Constituição porque esta norma trata apenas de exceção à livre iniciativa privada, e não, de serviços públicos.⁴²

Outrossim, importa-nos testar uma hipótese diversa, sutilmente abordada por Walter Nunes da Silva Júnior (em obra citada anteriormente), que seria a de que os serviços postais seriam uma espécie de serviço de telecomunicações, abrangidos, portanto, no inciso XI do art. 21 da Constituição. Fruto de um exaustivo e brilhante trabalho de pesquisa, a recente obra de Carlos Roberto Siqueira Castro⁴³ cumpre ser aqui transcrita em trecho que trata da natureza e do regime constitucional dos serviços de telecomunicações no Brasil, a fim de construirmos nosso raciocínio para testar a hipótese mencionada no parágrafo anterior:

“Muito embora o texto de nossa Lei Maior, sob o prisma de competência da União, desdobre o regramento dos serviços de telecomunicações em dois incisos do artigo 21, a saber o inciso XI (referente aos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, prestáveis diretamente pelo Estado ou por empresa estatal) e o inciso XII (respeitante aos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações, prestáveis diretamente pelo Estado, ou por empresas públicas e privadas mediante autorização, concessão ou permissão), não resta a mais mínima dúvida de que, tanto num caso quanto no outro, sobreleva a natureza publicista da prestação, sendo que, na primeira hipótese, os serviços

⁴² TRT 4ª região, AC nº 346716, DJU 16/01/2002, 4ª Turma, Relator Des. Sergio Renato Tejada Garcia.

⁴³ A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, pp. 594 a 596.

permanecem estatizados, enquanto, na outra e seguinte previsão constitucional, são delegáveis a terceiros sob o regime de concessão ou permissão pública. Esta é a oportuna e correta advertência de Gaspar Vianna, autor de importante livro dedicado ao Direito das Telecomunicações, que sustenta, com arrimo no magistério de José Afonso da Silva: ‘Ao separar os serviços de telecomunicações em dois incisos do art. 21 ao tratar, no primeiro, dos serviços públicos, e no segundo, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons, imagens e demais serviços de telecomunicações, a Constituição de 1988 pode conduzir o leitor pouco atento à interpretação superficial e equívoca de que, quanto à utilização, os serviços de telecomunicações se dividiriam em duas categorias: a de serviços públicos e a de serviços não públicos – ou privados. Isso não ocorre, todavia. Todos os serviços de telecomunicações são serviços públicos, uma vez que a sua exploração compete sempre à União, que tornará efetiva de forma direta, por meios próprios do Estado, ou de forma indireta, por meio de empreendimentos governamentais e particulares submetidos ao regime de concessões, permissões ou autorizações. A diferença está unicamente no regime jurídico a que estão submetidos uns e outros serviços, conforme registra com propriedade o professor José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo: ‘- todas essas formas previstas no art. 21, XI e XII, a, constituem serviços públicos da União. A diferença de regime está em que os indicados no inciso XI serão explorados no regime de monopólio da União, por si ou por empresa estatal, não se admitindo sua prestação por particulares, nem por concessão, nem por permissão, nem por autorização, enquanto os referidos no inciso XII podem ser explorados, também, por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão (obra citada, 5ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 450)’ - Se existissem serviços privados de telecomunicações, a sua exploração independeria de qualquer autorização de órgãos públicos, controle ou fiscalização, pois estaria no campo do ‘livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).’”

Se, inclinados que estamos a atribuir ao serviço postal a natureza de serviço público e, uma vez sendo o serviço postal, na qualidade de serviço público, espécie de serviço de telecomunicações, parece-nos plausível a noção de que tal serviço não pode olvidar do princípio constitucional da livre iniciativa e do comprometimento com a modicidade e universalidade.

Desta forma, tendemos a acreditar que não há necessidade de emenda constitucional para “corrigir” a suposta não-recepção do monopólio postal da ECT

para cartas, cartões postais, correspondências agrupadas e emissão de selos, já que a descentralização a particulares poderá ser feita mediante concessão, permissão ou autorização, com base no inciso XI do art. 21 da Constituição Federal.

Assim, o que aqui se sustenta é que é possível a convivência do monopólio da União para as atividades explicitadas na Lei nº 6.538/78 com a preservação do princípio da livre iniciativa exercida pelos particulares para aquelas atividades não contempladas na Lei nº 6.538/78, mediante concessão, permissão ou autorização. Aliás, cumpre registrar que o modelo da União Européia, que está à frente do Brasil na modernização e regulação do setor, é exatamente neste sentido. Veja-se o seguinte trecho da Diretiva 2002/39/CE do Parlamento e do Conselho Europeus, de 10 de junho de 2002, que modifica a Diretiva 97/67/CE no que concerne à abertura à concorrência dos serviços postais da Comunidade Européia:

“(23) Convém continuar a prever a possibilidade para os Estados Membros de reservar) certos serviços postais aos prestadores do serviço universal. Essas disposições permitirão que estes concluem as iniciativas de adaptação de suas atividades e de seu pessoal a um contexto concorrencial sem conflitar com seu equilíbrio financeiro e, assim sem o risco de comprometer a prestação garantida do serviço universal.”⁴⁴

Assim, reconhecendo a necessidade de um modelo mais ágil, especialmente para a vertente empresarial, o art. 176 do Projeto de lei nº 1.491/1999 descreve em seus incisos diversas operações que permitirão à Correios do Brasil S.A. um grande avanço na estruturação de seu modelo empresarial. Esse novo modelo não só propiciará melhores condições para a vertente empresarial, mas, em decorrência disso, preservará e incrementará a sua vertente social, em razão da consolidação da fonte de financiamento do serviço essencial e do serviço de interesse social.

É relevante destacar que tais operações denotam um mecanismo denominado pela doutrina de *unbundling* ou seja, desagregação – contábil, jurídica e/ou societária - de atividades segregando segmentos que comportam competição daqueles que não comportam, sendo que a escolha por um desses modelos de

⁴⁴ O texto original em francês: “*Il convient de continuer à prévoir la possibilité pour les États Membres de réserver certains services postaux au(x) prestataire(s) du service universel. Ces dispositions permettront à ce(s) derniers(s) de mener à bien les initiatives d’adaptation de leurs activités et de leur personnel à un contexte plus concurrentiel sans porter atteinte à leur équilibre financier et donc sans risquer de compromettre la prestation garantie du service universel.*”

segmentação deve ser fruto de uma ponderação entre custos e benefícios da intervenção.⁴⁵ Não está sendo proposta, desta forma, a privatização da empresa e esse ponto está claramente enunciado no inciso III do art. 176 do projeto, quando estabelece como limite para a abertura do capital a manutenção de seu controle, direto ou indireto pela União. O fundamento da transformação da ECT em sociedade de economia mista é nada mais do que a maior flexibilidade de gestão por lhe ser aplicado um regime privado, que cria condições para responder mais rapidamente às transformações inerentes a um mercado competitivo e, futuramente, quando da abertura de seu capital, permitirá a captação de recursos imprescindíveis aos projetos de investimentos inseridos na reforma tecnológica.

Um dos principais pontos de entrada das empresas privadas foi o serviço internacional. Isso porque, a heterogeneidade da qualidade de serviços entre os diversos correios estatais favoreceu o nascimento de serviços que se utilizavam de redes privadas e com qualidade homogênea. Com o passar do tempo, a operação nas ligações internacionais viabilizou a expansão para os mercados nacionais, representando uma ameaça direta aos monopólios estatais.

Em reação à atuação dos operadores privados, os correios estatais foram obrigados a adotar uma nova estratégia de atuação, na qual o cliente ganhou mais destaque, exigindo uma organização postal mais moderna e orientada para o mercado. Os correios, antes órgãos da administração pública direta, a exemplo do Brasil em 1969, passaram a agir com maior flexibilidade administrativa, na forma de organismos mais autônomos, para enfrentar os desafios da demanda crescente em um ambiente cada vez mais competitivo.

O mundo assistiu, por conseguinte, a uma mudança de paradigma consistente na superação de uma polarização política pré-existente a uma integração econômica. A atividade postal passou, então, a acompanhar tal mudança de paradigma. Nesse contexto, o setor assumiu o papel vital de infraestrutura para transações comerciais. O fornecimento de serviços passou a ser partilhado pelo Estado e pela iniciativa privada. O primeiro passou a ser o disciplinador do setor e garantidor, perante a sociedade, da existência de serviços básicos necessários à cidadania, enquanto que os outros passaram a oferecer serviços em regime de livre iniciativa.

Neste ponto, essencial invocar a lição de Marcos Juruena Villela Souto⁴⁶ para esclarecer que:

⁴⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Regulatório. Id. Ob. cit., pp. 380 e 381.

⁴⁶ Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, pp. 257 e 258.

“[a] livre iniciativa, como fundamento do Estado Democrático de Direito, orienta os limites da atividade empresarial do Estado, dele derivando o princípio de abstenção, por força do qual é dever do Estado se abster do exercício de atividades econômicas em competição com o setor privado e é direito dos particulares não sofrerem tal competição e nem custearem, com suas poupanças, tal atividade empresarial do Estado. A exceção decorre do princípio da subsidiariedade, que admite a atividade empresarial do Estado nas situações de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, assim reconhecidos em lei. Vale notar que tal lei deve se submeter aos limites previstos no art. 37, XIX, da Constituição Federal, onde estarão definidas as situações em que o Estado pode renunciar às prerrogativas inerentes à autoridade para assumir personalidade de direito privado. É fácil visualizar a limitação das liberdades, em especial, a econômica, quando em risco a segurança do território e sua população. O mesmo não se pode dizer da caracterização do ‘relevante interesse coletivo’, que autoriza o afastamento do princípio da abstenção para legitimar a intervenção concorrencial do Estado. A única hipótese legítima de se conciliar a liberdade de iniciativa, fundamento da República, com exploração direta de atividade econômica pelo Estado é pela adoção do citado princípio do planejamento.”

Silvia Faber Torres⁴⁷, apropriando-se da brilhante expressão “cadeia de subsidiariedade”, criada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, explica que é através do princípio da subsidiariedade que ocorre a preponderância, em primeiro plano, do indivíduo sobre os grupos intermediários; em segundo plano, dos grupos intermediários sobre a sociedade e, em um último plano, da sociedade sobre o Estado.

Assim, tendo os Estados se mostrado incapazes não só de realizar os investimentos necessários à melhoria do setor, como também de gerenciá-lo de forma empresarial e, simultaneamente, tendo a iniciativa privada observado o grande potencial de mercado, passou a entender a atividade empresarial como objeto de exploração econômica rentável. A convivência entre capitais públicos e privados passou a existir não só na forma de iniciativas empresariais desvinculadas dentro de um mesmo mercado, como também o próprio setor público passou a absorver capitais privados para a revitalização de sua organização empresarial, nas mais diferentes formas.

⁴⁷ O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2001, pp. 10 e 11.

Uma vez delineada a situação atual do setor postal no Brasil, temos como cristalina a necessidade de uma efetiva regulação do setor, de onde destacamos a função regulatória do Estado. O objetivo precípua da função regulatória é promover a competição entre os agentes de mercado e, onde não seja possível promovê-la, impedir que dos oligopólios ou monopólios surjam abusos. Ao cumprir seus objetivos, a norma regulatória está traduzindo em termos técnicos, despidos de ânimos políticos, os princípios constitucionais componentes do marco regulatório necessário à implementação eficiente da política pública pré-determinada.⁴⁸

E uma norma regulatória será eficiente quando conseguir ponderar os interesses da sociedade (representada pelo Poder Público), dos consumidores (especificamente, usuários de serviços públicos) e fornecedores (ou, em especial, prestadores de serviços públicos).

5. Conclusão

O presente estudo permitiu concluir que o histórico do setor postal no Brasil se coaduna com a própria história da Administração Pública Brasileira. A descentralização administrativa é parte integrante da agenda de reforma administrativa do Estado para atribuir poder de decisão a graus hierárquicos inferiores ou a setores locais.

Nossa posição é no sentido de harmonizar os regimes público e privado no setor postal. As atividades comprometidas com a universalidade e com a modicidade são aquelas explicitadas na Lei nº 6.538/78 e a elas se aplica o regime público. Para todas as outras, aplica-se o regime privado, sendo que os particulares que desejarem ingressar no mercado deverão fazê-lo mediante concessão, permissão ou autorização, nos termos do inciso XI do art. 21 da Constituição Federal.

O Projeto de Lei nº 1.491/1999 representa um avanço e uma iniciativa de se coadunar o setor às incessantes transformações operadas com o passar dos anos. O presente estudo, embora preliminar, demonstrou que a estruturação do setor demanda profunda análise do papel do Estado e das instituições que o integram para que o caminho a ser percorrido rumo à preservação do princípio da subsidiariedade e da livre iniciativa seja o menos árido possível.

⁴⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Id. Ob. Cit., p. 23.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ACORDOS BILATERAIS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORTESIA POSITIVA

Maria Beatriz Martinez

Conteúdo: 1. Introdução; 2. Acordos Bilaterais. 2.1. Tipos de acordos bilaterais: acordos de primeira e segunda geração; 3. Princípio da Cortesia Tradicional ou Negativa e Princípio da Cortesia Positiva; 3.1. Acordos de cortesia tradicional ou cortesia negativa; 3.2. Acordos de cortesia positiva; 3.2.1. Definição e evolução histórica; 3.2.2. Panorama atual; 4. Exemplos de Acordos de Cooperação Bilateral e Aplicação do Princípio da Cortesia Positiva; 4.1. Comunidade Européia/EUA; 4.2. Austrália/Nova Zelândia; 4.3. Brasil/EUA; 5. Conclusão; Bibliografia.

Uma vez escritas as leis, o fraco e o forte gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande.

Eurípides, “As Suplicantes”, versos 434-437.

1. Introdução

A constante transformação que a economia mundial vem sofrendo desde a última década, decorrente, principalmente, da expansão da economia de mercado, da crescente liberalização e internacionalização do comércio mundial e dos avanços tecnológicos, demonstra a necessidade de que a defesa da concorrência seja examinada em uma perspectiva global.

Nesse sentido, uma das mais evidentes conseqüências da internacionalização dos mercados é a crescente sujeição dos interesses econômicos dos diferentes países aos prejuízos resultantes das condutas anticompetitivas praticadas ao redor do mundo. Essa sujeição fica ainda mais expressa quando se analisam as limitações de jurisdição encontradas para o cumprimento unilateral das medidas para a defesa da concorrência.

Como resultado dessas limitações, pode configurar-se impossível ou bastante difícil remediar condutas anticompetitivas externas que prejudiquem seriamente as economias nacionais individualmente consideradas. Também podem existir situações em que nenhum dos países afetados possua autoridade capaz de solucionar ou sequer de deter esse tipo de prática, o que demonstra a

ampla necessidade de cooperação internacional no âmbito da defesa da concorrência.

Ademais, ainda que inexistissem limites jurisdicionais aos poderes detidos pelas autoridades responsáveis pela defesa da concorrência em cada país, considerações acerca das eficiências de mercado demonstram que a cooperação entre nações no intuito de investigar e encontrar soluções para a problemática das práticas anticompetitivas com efeitos transnacionais é essencial para a harmonização do sistema econômico.

Nesse contexto, vale esclarecer que a cooperação internacional pode ser bilateral, regional ou multilateral. No presente trabalho, será dada ênfase à cooperação bilateral para a defesa da concorrência, enfocando-se o princípio da cortesia positiva como forma de reduzir os efeitos negativos das condutas anticompetitivas.

2. Acordos bilaterais

Os acordos bilaterais podem ser definidos como aqueles firmados entre dois países no intuito de estabelecer políticas conjuntas que permitam o aprimoramento da cooperação entre eles no tocante a determinados temas.

2.1. Tipos de acordos bilaterais: acordos de primeira e segunda geração

Os acordos de cooperação bilaterais podem ser divididos em acordos de primeira e de segunda geração. Como nos indica Georgios Kiriazis¹, a distinção desses acordos é feita com base na possibilidade de troca de informações confidenciais entre os países.

¹ Georgios Kiriazis, *Jurisdiction and cooperation in the investigation of international cartels*, in: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/tex/sp2001_010_en_pdf>. Para ele, “The ability to exchange information is an element that sometimes serves to distinguish antitrust cooperation agreements in 1st and 2nd Generation ones. Agreements such as the 1991 and 1998 EC/US ones are considered 1st Generation Agreements since they enable the parties to exchange mainly-non-confidential information.” Em tradução livre: “A habilidade de trocar informações é um elemento que, em alguns casos, serve para distinguir os acordos de cooperação antitruste de primeira e de segunda geração. Acordos como os de 1991 e 1998 entre a Comunidade Européia e os Estados Unidos da América são considerados acordos de primeira geração, na medida em que eles permitem às partes intercambiar, principalmente, informações não confidenciais.” Ver também Greta Spota Dierix. “Reflexiones en torno a las posibilidades de Cooperación Internacional en Materia de Competencia” in *Boletim Latino Americano de Concorrência*, nº 5, nov. 1998, pp. 40-43.

Os acordos de primeira geração são aqueles que estabelecem mecanismos para a troca de informações não confidenciais relacionadas a atos de concentrações e práticas anticompetitivas transnacionais. Por esse tipo de acordo, as informações confidenciais somente podem ser compartilhadas se a fonte de informação expressamente o consentir. Geralmente, quando isso ocorre, o compartilhamento dessas informações está sujeito a várias condições e limitações².

Um exemplo de acordo de primeira geração é o acordo de cooperação bilateral firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América (“EUA”), que será posteriormente examinado no presente trabalho.

Os acordos de segunda geração, por sua vez, objetivam a intensificação da cooperação bilateral, prevendo, também, a troca de informações confidenciais entre as autoridades de defesa da concorrência.

Nesse sentido, vale esclarecer a problemática vivenciada pela maioria dos Estados quanto à assinatura de acordos de segunda geração. Tendo em vista a necessidade de proteção dos interesses nacionais, diversos países possuem previsão legal que proíbe a troca ou a divulgação de informações confidenciais sem a expressa autorização da parte detentora da informação. Os acordos de cooperação ficam, portanto, subordinados a esse tipo de limitação, sendo muitas vezes denominados de “*soft agreements*”.

No intuito de reverter esse quadro e em razão da necessidade de consolidar e efetivar a defesa da concorrência, alguns países passaram a alterar suas legislações de modo a permitir a assinatura de acordos de cooperação de segunda geração. Em 1994, por iniciativa do Departamento de Justiça norte-americano (Department of Justice – “DOJ”)³, foi assinado o *International Antitrust Enforcement Assistance Act*⁴, que autoriza os EUA a firmar acordos

² Nesse sentido, ver Anexo 2-D do *International Competition Policy Advisory Committee (“ICPAC”) to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust – Final Report*, 2000, em que há modelo de manifestação da fonte da informação sigilosa, permitindo a troca dessas informações com informações fornecidas pelas demais autoridades de defesa da concorrência.

³ Em conjunto com o Federal Trade Commission (“FTC” – Comissão Federal do Comércio), o DOJ integra o sistema de defesa da concorrência norte-americano. No Brasil, esse sistema é integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência do Ministério da Justiça (“CADE”), pela Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (“SDE”) e pela Secretaria de Administração Econômica do Ministério da Fazenda (“SEAE”).

⁴ 5 U.S.C., ss. 6200-6212. Para um estudo mais aprofundado, ver John H. Chung, “The International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 and the Maelstrom Surrounding the Extraterritorial Application of the Sherman Act” *in Temp. L. Rev.* n. 371, 1996 e Charles S. Stark, “International Antitrust Cooperation in NAFTA: The International Antitrust

de cooperação em matéria antitruste em que se preveja a troca de informações confidenciais entre as autoridades, desde que sejam observados os interesses norte-americanos. O primeiro desses acordos foi firmado em 1999 entre EUA e Austrália⁵, sendo certo que diversas outras autoridades já manifestaram interesse em seguir essa política, caso da Comunidade Européia e do Canadá⁶.

Entretanto, a despeito das recentes tentativas de aumentar a existência de acordos de segunda geração, a grande maioria dos acordos de cooperação bilateral é de primeira geração. Isso decorre de duas razões principais: (i) a legislação da maior parte dos países continua não permitindo a troca de informações confidenciais; e (ii) os acordos de segunda geração exigem um alto grau de comprometimento entre as autoridades de defesa da concorrência dos países signatários, bem como um alto índice de maturidade institucional, o que ainda não é realidade para muitos Estados.

Esse fato configura um enorme obstáculo para a efetiva cooperação das autoridades de defesa da concorrência no combate a práticas anticompetitivas com efeitos em mais de uma jurisdição. Tendo isso em vista, a grande maioria das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência vem manifestando seu interesse em incluir previsões de intercâmbio de informações confidenciais nos acordos firmados, ao menos nos que envolvem autoridades que tenham nível de maturidade institucional reconhecido, caso dos EUA e da Comunidade Européia. Contudo, mesmo nesses casos, ainda há dúvidas por parte de algumas autoridades, devendo-se analisar os interesses protegidos por cada política nacional de defesa da concorrência. Por essa razão, a Comissão Européia⁷ vem resistindo ao convite

Assistance Act” in *U.S.-Mex. L. J.* n. 169, 1996.

⁵ *1999 US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance*, firmado em Washington, em 27 de abril de 1999, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>>. O acordo entrou em vigor em 5 de novembro de 1999. Para outras informações, ver U.S. DOJ Press Release, *Attorney General Signs Antitrust Assistance Agreement with Australia* (Apr. 27, 1999) in <<http://www.usdoj.gov>>.

⁶ Cf. International Competition Policy Advisory Committee, *Hearings Transcripts*, Washington, D.C., November 2, 1998.

⁷ Karel Van Miert, *Globalization of Competition: The Need for Global Governance*, speech on March 25, 1998, Vrije Universiteit Brussel, in <http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_052_en.html>, após reconhecer os méritos dos acordos de segunda geração afirma: “*However, even in countries or regional groupings of countries with developed systems of competition rules, competition policy server different policy objectives which are adapted over time to economic realities. Invariably, there are different substantive and procedural rules. Therefore, the Commission has to make sure that the information that it supplies can not be used in a way that would harm European interests.*”

dos EUA de firmarem um acordo de segunda geração em matéria antitruste⁸.

3. Princípio da cortesia tradicional ou negativa e princípio da cortesia positiva

O termo “cortesia” (“*comity*”) refere-se ao princípio geral de que um país deve considerar os interesses dos outros países quando da aplicação de suas leis, em troca de que estes façam o mesmo⁹. Dependendo da forma como os interesses dos outros países são considerados, pode-se ter diferentes tipos de “cortesia”.

Nesse sentido, os acordos de cooperação bilaterais podem ter previsões de cortesia negativa (“*negative comity*”), também conhecida como cortesia tradicional (“*traditional comity*”), e previsões de cortesia positiva (“*positive comity*”). Ressalte-se que as cláusulas de “cortesia” também podem estar presentes em acordos multilaterais.

These are the reasons why the Commission is not suggesting that the WTO working group discussion should extend to the exchange of confidential information”). Em tradução livre: “De qualquer modo, até mesmo nos países ou grupos regionais de países com sistemas de defesa da concorrência desenvolvidos, as políticas concorrenciais servem a diversos objetivos políticos que são adaptados no tempo de acordo com as realidades econômicas. Invariavelmente, existem diferentes regras substantivas e procedimentais. Dessa forma, a Comissão (Européia) deve estar certa de que a informação fornecida não possa ser usada de forma a prejudicar os interesses europeus. Existem razões pelas quais a Comissão não está sugerindo que os grupos de discussão da WTO (World Trade Organization – Organização Mundial do Comércio – “OMC”) extendam o intercâmbio de informações confidenciais”.

⁸ Charles S. Stark, *Improving Bilateral Antitrust Cooperation*, Remarks at a Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States and the European Union, Washington, in <<http://www.usdoj.gov/atr>>, 2000, p. 7.

⁹ Segundo OECD Committee on Competition Law and Policy, *CLP Report on Positive Comity - Making International Markets more Efficient through “Positive Comity” in Competition Law Enforcement* [DAFFE/CLP (99) 19] in <<http://www.oecd.org>>, 14 de junho de 1999, p. 5, § 18, as Recomendações sobre Cooperação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) define “cortesia” como uma “voluntary policy calling for a country to give full and sympathetic consideration to other countries important interests while it is making decisions concerning the enforcement of its own competition laws. The principle is inherently voluntary, and does not imply that another country’s interests will be given any particular weight, merely that they will be considered”. Em tradução livre: “política voluntária proveniente dos países de oferecer completa e compreensiva consideração aos interesses importantes dos outros países quando tomarem decisões relativas ao cumprimento de suas próprias leis de defesa da concorrência. O princípio é inerentemente voluntário e não implica que será dado particular destaque aos interesses de outro país, nem que eles serão efetivamente considerados”.

3.1. Acordos de cortesia tradicional ou cortesia negativa

A cortesia tradicional ou negativa foi definida pela primeira vez pelas Cortes Norte-americanas, em 1895, no julgamento do caso *Hilton v. Guyot*:

“the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws¹⁰”.

Partindo desse conceito, a cortesia negativa determina que cada Estado signatário do acordo leve em consideração os interesses do outro Estado quando da aplicação de suas leis de defesa da concorrência, respeitando sempre os seus interesses econômicos. Configura mero compromisso de observância dos interesses da outra parte, sem ensejar atitude comissiva por parte do Estado eventualmente prejudicado pelas práticas anticompetitivas.

Esse tipo de cláusula é comum nos acordos bilaterais de cooperação, podendo variar em seu detalhamento. Faremos referência à previsão constante no artigo VI (1) do acordo de cooperação Brasil/EUA¹¹, que assim estabelece:

“Cada Parte deverá, ao amparo de suas leis e na medida em que for compatível com seus próprios interesses, assegurar cuidadosa consideração aos importantes interesses da outra Parte, em todas as fases das Atividades de Aplicação, incluindo decisões relacionadas à iniciação de uma investigação ou procedimento, à amplitude de uma investigação ou procedimento e à natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso”.

¹⁰ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895) in Black’s Law Dictionary, 6ª ed., 1990. Em tradução livre: “o reconhecimento que uma nação oferece, em seu território, aos atos do Legislativo, Executivo ou Judiciário de outra nação, tendo observado tanto o dever e a conveniência internacionais quanto os direitos de seus próprios cidadãos ou de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis”.

¹¹ “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência”, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/3776.htm>>.

Nesse contexto, temos a cortesia tradicional ou negativa como forma superficial de integração dos países no combate às práticas anticompetitivas, na medida em que não enseja medidas claras e diretas por parte dos Estados. Estes apenas comprometem-se a observar os interesses da outra parte, na medida em que isso não for incompatível com seus próprios interesses. Essa ressalva acaba por permitir uma subjetividade prejudicial aos interesses da concorrência como um todo, possibilitando que os países em geral justifiquem a inobservância dos interesses dos outros Estados com base nos interesses próprios. Falta, portanto, o comprometimento necessário à efetivação de uma defesa da concorrência compatível com as atuais exigências do mundo globalizado.

3.2. *Acordos de cortesia positiva*

3.2.1. Definição e evolução histórica

O princípio da cortesia positiva começou a se desenvolver na década de 90, em decorrência dos constantes processos de mega-fusões entre empresas transnacionais e do incremento de condutas anticompetitivas com conseqüências em diversos países do mundo. Aliado a essa situação, inexisteriam instrumentos multilaterais capazes de lidar com a problemática da concorrência, o que obrigou os países líderes do comércio mundial a introduzir uma inovação em suas relações bilaterais. Surge o princípio da cortesia positiva¹².

Esse princípio permite a um Estado requerer a outro que, segundo as leis deste último, tome as medidas necessárias para combater uma determinada prática anticompetitiva que tem lugar em seu território e que afeta importantes interesses do primeiro. Tal pedido deve ser levado em consideração pelo país requisitado para que se possa dizer que a cortesia positiva foi aplicada¹³.

¹² Apesar do termo “cortesia positiva” começar a ser usado no começo da década de 90, a teoria e a prática de vários aspectos da cortesia positiva tiveram seu início algumas décadas antes. O espírito do princípio da cortesia positiva pode ser encontrado no acordo de cooperação bilateral *Friendship, Commerce, and Navigation Treaty* firmado em 1954 entre os Estados Unidos e a Alemanha. Tal acordo estipulava previsões sobre práticas comerciais que poderiam ter efeitos prejudiciais no comércio entre as Partes signatárias e previa, em seu artigo XVIII, que: “*Each Government agrees upon the request of the other Government to consult with respect to any such practices and to take such measures, not precluded by its legislation, as it deems appropriate with a view to eliminating such harmful effect*”. Em tradução livre: “Cada Governo deve, diante do pedido do outro Governo, investigar acerca de qualquer dessas práticas e tomar as medidas necessárias, desde que não proibidas por sua legislação, se entender necessário para eliminar tais efeitos danosos”.

¹³ Há aqui que se diferenciar a cortesia positiva da chamada “cortesia positiva informal”

O princípio da cortesia positiva tem como principal objetivo diminuir os conflitos entre as nações ao colocar a responsabilidade por iniciar investigações sobre uma determinada conduta nas mãos do país prejudicado. Potencialmente, a aplicação do princípio da cortesia positiva afasta a necessidade de aplicação extraterritorial das leis antitruste do país prejudicado se a parte em que a conduta tiver sido cometida conseguir combater de forma eficaz as atividades anticompetitivas prejudiciais aos interesses do primeiro.

Nesse sentido, um país que recebe fundamentadas reclamações acerca da ocorrência de violações à concorrência verificadas em outro país possui, geralmente, três opções: (i) sugerir que o reclamante demande perante o país em que se verifica a conduta¹⁴; (ii) utilizar-se da aplicação de seu próprio sistema de defesa da concorrência, ainda que a conduta não viole as suas regras ou esteja claramente fora de sua jurisdição¹⁵; ou (iii) efetuar uma notificação do outro país com base no princípio da cortesia positiva, desde que exista prévio acordo prevendo a utilização dessa cláusula¹⁶.

Os acordos que envolvem esse princípio costumam incluir as seguintes determinações¹⁷: (i) notificação mútua das investigações iniciadas em cada país, desde que afetem os interesses da outra parte. Essas notificações devem ser suficientemente detalhadas, de forma a permitir que a outra parte avalie a relevância dos impactos efetivos ou potenciais de cada caso sobre sua economia; (ii) permissão de que as autoridades e funcionários das agências de defesa da concorrência de cada país visitem o outro país no curso das investigações; (iii) possibilidade de solicitação do início das investigações sobre condutas anticompetitivas em

(“informal positive comity”), em que a cooperação emerge sem ter havido um pedido formal por parte do país que crê ter seus interesses prejudicados por condutas cometidas fora de suas fronteiras. Por exemplo, não fica caracterizada a cortesia positiva propriamente dita se um país A, sem ter recebido nenhum pedido do país B, começar a perseguir uma conduta em seu país que afete os interesses do país B, que deixa de tentar perseguir essa conduta por meios próprios.

¹⁴ A vantagem dessa escolha está relacionada a seu baixo preço e à mínima necessidade de assistência. Pode ser a melhor opção se o país requerido possuir substancial confiança nas habilidades e disposição do outro país de tomar as medidas apropriadas.

¹⁵ Essa opção permite que um país utilize seus procedimentos e legislação para a solução do problema e, a despeito dos custos envolvidos, os países geralmente preferem proteger seus interesses por meio de seus próprios mecanismos.

¹⁶ Essa escolha requer a aceitação de que qualquer procedimento adotado será controlado pelo país requisitado e regido pelas leis deste. Entretanto, essa é a melhor forma de se deter condutas anticompetitivas por meio da cooperação, evitando conflitos jurisdicionais.

¹⁷ José Tavares de Araújo Jr. *Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima*, agosto de 2001, p. 7. Disponível no site <www.fazenda.gov.br>.

determinado país nos casos em que os prejuízos se verificarem para o país solicitante; (iv) assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território da outra parte; e (v) encontros regulares das autoridades para discutir a evolução das respectivas políticas nacionais e intercambiar informações sobre os setores econômicos de interesse de ambos.

Vale ressaltar que a idéia presente na cortesia positiva já vinha sendo discutida em fóruns multilaterais, como é o caso do Acordo Geral de Tarifas Alfandegárias e Comércio (“GATT”)¹⁸. Em 1960, um grupo de especialistas desse órgão recomendou que uma nação levasse em consideração os pedidos de consulta feitos por uma outra nação e, se entendesse que os efeitos danosos estavam presentes, deveria tomar as medidas necessárias para eliminar esses efeitos¹⁹.

A OCDE, por outro lado, incorporou pela primeira vez a idéia do princípio da cortesia positiva em sua recomendação relacionada a questões concorrenciais e de comércio intitulada *OECD Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*²⁰, adotada em 1973.

¹⁸ O GATT pode ser definido como um tratado multilateral de comércio internacional, tendo sido firmado em Genebra no ano de 1947. Tendo o livre comércio como princípio básico, o GATT constituiu-se em uma organização internacional com secretariado em Genebra, administrada, desde 1955, pela Organização para a Cooperação Comercial. Tinha por objetivo reduzir as tarifas alfandegárias e limitar as restrições comerciais para tentar atingir o câmbio livre. A última rodada de negociações foi a Rodada Uruguai (1986-1993), com a participação de 115 países. Desde 1º de janeiro de 1995, foi substituído pela OMC (Organização Mundial do Comércio).

¹⁹ Nesse sentido, ver OECD Committee on Competition Law and Policy, *CLP Report on Positive Comity - Making International Markets more Efficient through “Positive Comity” in Competition Law Enforcement* [DAFFE/CLP (99) 19] in <<http://www.oecd.org>>, 14 de junho de 1999, n. 8, § 30.

²⁰ Segundo OECD Committee on Competition Law and Policy, *CLP Report on Positive Comity - Making International Markets more Efficient through “Positive Comity” in Competition Law Enforcement* [DAFFE/CLP (99) 19] in <<http://www.oecd.org>>, 14 de junho de 1999, p. 2, § 6, o termo “cortesia positiva” nunca foi formalmente definido, tendo sido geralmente utilizado pelas autoridades de defesa da concorrência para referir-se à uma das formas de cooperação internacional bilateral, nos termos da *OECD Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade* [C (73) 99 (Final)], part I.B.5., que se refere ao princípio como “that policy is that a country should give full and sympathetic consideration to another country’s request that it open or expand a law enforcement proceeding in competition cases in order to remedy conduct in its territory that is substantially and adversely affecting another country’s interests. In addition, the requested country is urged to take whatever remedial action it deems appropriate on a voluntary basis and in consideration of its own legitimate

As recomendações posteriores, de 1986²¹ e 1995²², também recomendam a seus países o implemento do princípio da cortesia positiva. Nessas recomendações, a OCDE prevê que um país membro pode consultar outro país membro quando o primeiro entender que práticas anticompetitivas que estejam ocorrendo no território do segundo país estejam afetando seus interesses. Se o segundo país entender que empresas situadas em seu território estão praticando condutas anticompetitivas que prejudicam os interesses do primeiro país, deve tomar as medidas necessárias para a cessação dessas condutas²³. Se o país prejudicado entender que o primeiro país não tomou as medidas suficientes para a cessação dessas práticas, a OCDE põe à disposição um mecanismo em que o Comitê da OCDE para Política e Direito da Concorrência atua como mediador para uma possível conciliação entre os países membros²⁴. Esse mecanismo ainda não foi utilizado por nenhum país membro da OCDE²⁵.

Na prática, a primeira vez em que um acordo de cooperação bilateral em matéria antitruste previu o princípio da cortesia positiva ocorreu em 1991, em um acordo entre a Comunidade Européia e os EUA²⁶. Reconhecendo que práticas anticompetitivas que tenham lugar em uma jurisdição podem afetar negativamente os interesses da outra parte, o artigo V prevê que um Estado pode pedir a outro que dê início a investigações e tome as medidas adequadas para a cessação dessas condutas. Estipula seu artigo V (2), *in verbis*:

interests.” Em tradução livre: “Essa política em que um país deve oferecer completa e compreensiva consideração ao pedido de outro país no sentido de que inicie ou expanda os procedimentos de cumprimento da lei em casos que envolvam a defesa da concorrência, no intuito de remediar condutas verificadas no primeiro país que estejam prejudicando substancial e desfavoravelmente os interesses do último. Por outro lado, o país requisitado deve tomar todas as medidas cabíveis e apropriadas ao caso em consideração a seus próprios interesses.”

²¹ *OECD Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade* [C (86) 44 (Final)].

²² *OECD Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade* [C (95) 130 (Final)].

²³ *OECD Revised Recommendation of the Council cit.*, B.5 (c).

²⁴ *OECD Revised Recommendation of the Council cit.*, B.8.

²⁵ Nesse sentido, ver *ICPAC Report cit.*, p. 228.

²⁶ *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities regarding the application of their competitive laws*, firmado em 23 de setembro de 1991, publicado no JO nº L 95, de 27 de abril de 1995, p. 47-50, com as correções publicadas em JO nº L 131/38 (1995). Esse acordo pode ser considerado o exemplo mais notável de cortesia positiva da atualidade.

“If a Party believes that anticompetitive activities carried out on the territory of the other Party are adversely affecting its important interests, the first Party may notify the other Party and may request that the other Party’s competition authorities initiate appropriate enforcement activities. The notification shall be as specific as possible about the nature of the anticompetitive activities and their effects on the interests of the notifying Party, and shall include an offer of such further information and other cooperation as the notifying Party is able to provide²⁷”.

A inclusão de tal previsão no acordo gerou muita expectativa para ambas as partes, tendo sido considerado um importante primeiro passo rumo à efetiva cooperação em matéria de defesa da concorrência²⁸. Seus autores foram enfáticos ao afirmar que suas previsões levariam à redução das disputas decorrentes da aplicação extraterritorial das leis antitruste²⁹.

Nesse sentido, o dispositivo acima se baseia, puramente, na cooperação voluntária entre as partes, isto é, fica a critério exclusivo da parte notificada dar início às investigações requisitadas, devendo, contudo, informar a outra parte de sua decisão³⁰. Independentemente da decisão da parte notificada, a parte afetada pode tomar as medidas que entender cabíveis para combater as práticas anticompetitivas extraterritoriais que lhe são prejudiciais³¹.

Esse acordo foi complementado por um outro, firmado pelas mesmas partes em 4 de junho de 1998, que discorre especificamente sobre a aplicação

²⁷ Em tradução livre: “Se uma parte acredita que práticas anticompetitivas ocorridas no território da outra Parte estejam afetando de forma negativa seus interesses importantes, a primeira Parte pode notificar a outra Parte e requerer que suas autoridades de defesa da concorrência iniciem as apropriadas medidas para combater tais práticas. A notificação deve ser tão específica quanto possível sobre a natureza das práticas anticompetitivas e de seus efeitos nos interesses da Parte que fez a notificação e deve incluir uma previsão de quanta informação adicional e formas de cooperação esta Parte pode providenciar.”

²⁸ Nesse sentido ver *U.S. E.C. Commission Forge Antitrust Cooperation Accord*, 61 Antitrust & Trade Reg. Rep., 375, de 26 de setembro de 1991.

²⁹ Discurso de James F. Rill, então Assistan Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, U.S. Department of Justice Press Release *U.S. and Commission of European Communities sign Antitrust Cooperation Agreement*, de 23 de setembro de 1991.

³⁰ *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities regarding the application of their competitive laws*, art. V (3).

³¹ *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities regarding the application of their competitive laws*, art. V (4).

do princípio da cortesia positiva entre esses países³². Tem como principal objetivo garantir maior segurança e certeza às partes quando da aplicação desse princípio, recomendando o afastamento da aplicação extraterritorial da lei de defesa da concorrência pela parte que tem seus interesses afetados por práticas cometidas na outra jurisdição, desde que a parte notificada comprometa-se a proceder a uma determinada investigação³³. Com o intuito de evitar investigações lentas, tal acordo recomenda que as investigações sejam completadas em um período máximo de seis meses³⁴.

Merece ser aqui feita referência ao curso de ação previsto pelo acordo de 1998, a ser seguido pela parte notificada quando da condução das investigações³⁵. Se a parte notificada segue esse curso de ação, mas a parte afetada decide por dar início a uma investigação autônoma, esta deve justificar sua decisão perante a primeira.

Com uma regulamentação pormenorizada, o acordo de 1998 visa a tornar funcional o quanto previsto pelo acordo de 1991 no tocante à cortesia positiva. Suas previsões foram pensadas, entre outros fatores, diante das necessidades que surgiram quando da primeira situação em que o princípio da cortesia positiva foi invocado pelos EUA perante a Comunidade Européia, em 1997³⁶, no caso envolvendo o sistema de reservas Amadeus

³² *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities on the application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws*, de 4 de junho de 1998. Esse acordo começou a ser negociado em outubro de 1996, quando o Conselho Europeu conferiu um mandato para que a Comissão Européia negociasse tal acordo com as autoridades norte-americanas.

³³ *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities on the application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws cit.*, art. IV.

³⁴ As autoridades de defesa da concorrência norte-americanas têm expressado certa preocupação no tocante ao reduzido prazo sugerido para o fim das investigações. Tais autoridades crêem que seis meses não são suficientes para se concluir investigações, especialmente quando se trata daquelas que tem aspectos internacionais. Nesse sentido, ver William J. Baer, então Diretor do Bureau of Competition da U.S. Federal Trade Commission, *International Antitrust Policy*, 1999, *Fordham Corp. L. Int.* pp. 247/255.

³⁵ De acordo com o Acordo firmado em 1998, art. IV, (2) (c), a autoridade de defesa da concorrência que esteja investigando uma prática anticompetitiva a pedido de outra Parte que alegue ter tido seus interesses afetados deve: (i) direcionar recursos financeiros suficientes à investigação; (ii) investigar todas as fontes possíveis e razoáveis de informação; (iii) informar à outra Parte com regularidade do curso das investigações, fornecendo-a documentos relevantes obtidos durante a investigação; e (iv) levar em conta opiniões da Parte afetada durante a investigação.

³⁶ Em 28 de abril de 1997, os Estados Unidos anunciaram um pedido formal para que a Comunidade

3.2.2. Panorama atual

Após mais de uma década da primeira previsão da cortesia positiva em um acordo de cooperação bilateral em matéria antitruste, o entusiasmo inicial das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência parece ter passado. O Presidente da US Federal Trade Commission (“FTC”), Robert Pitofsky, apontou que a cortesia positiva é “*a small and modest element that you use in unusual cases to try to protect American firms doing business abroad or foreign firms doing business in the United States.*”³⁷ No mesmo sentido, o então diretor do Diretório da Concorrência da Comunidade Européia observou que o conceito de cortesia positiva “*had been oversold at its inception*”³⁸.

Com efeito, o princípio da cortesia positiva possui suas limitações, como a necessidade de que a conduta perseguida seja ilegal no país em que se verifica, bem como a confiança que deve ser estabelecida entre o país que requisita a aplicação do princípio e o país requisitado a cooperar e combater a conduta prejudicial. Outra limitação diz respeito à sua reduzida eficácia para coibir práticas originadas de terceiros países que não os signatários dos acordos, bem como a demora na resposta ao pedido de investigações efetuado pelo país prejudicado e a falta de transparência que pode verificar-se quando da condução das mesmas.

Européia investigasse condutas anticompetitivas que estavam ocorrendo na Europa no mercado de sistemas de reservas por computador da indústria do setor aérea (CRS). Os Estados Unidos afirmavam que três companhias aéreas européias (Lufthansa, Air France e Ibéria), que detinham o Amadeus, principal sistema de reservas de bilhetes da Europa, estavam dificultando os sistemas de reservas norte-americanos, caso do Sabre, a terem acesso aos dados de companhias aéreas européias (ver U.S. Department of Justice Press Release, *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines’ Computer Reservation Systems*, in www.usdoj.gov/atr, 1997). Em 15 de março de 1999, mais de dois anos após o Departamento de Justiça norte-americano ter feito sua demanda, a Comissão Européia anunciou a emissão de um *Statement of Objections* contra a Air France por possível abuso de posição dominante (ver European Commission Press Release, *Commission Opens Procedure Against Air France for Favours Amadeus Reservation System*, in www.europa.eu.int/comm, 1999).

³⁷ Transcrição de trecho de discurso proferido perante o “Senate Judiciary Comitee, Antitrust, Business Rights and Competition Subcommittee” (May 4, 1999). Em tradução livre: “um pequeno e modesto elemento que você usa em casos incomuns para tentar proteger empresas norte-americanas que realizam negócios ao redor do mundo ou empresas estrangeiras que realizam negócios nos Estados Unidos”.

³⁸ Remarks at the American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Advanced International Antitrust Workshop*, (January 14, 1999). Em tradução livre: “foi superestimado desde o seu nascimento”.

Ademais, a natureza voluntária da cortesia positiva configura, de certa forma, outra limitação, a despeito de também poder ser considerada uma vantagem. É limitação na medida em que o país notificado a auxiliar no combate às condutas anticoncorrenciais não pode ser obrigado a investigar ou remediar situações que entenda não terem ocorrido ou que sejam vistas como benéficas ou sem importância. Ou seja, inexistente qualquer obrigação de atuação por parte do país notificado, o que demonstra um certo poder reduzido na efetivação do princípio. Os que vêem isso como uma vantagem consideram que, ao não ser obrigado a atuar nos casos em que entender inviáveis, o país pode efetivamente proteger seus próprios interesses.

Ainda assim, configuram-se inegáveis os benefícios da previsão desse princípio nos acordos bilaterais, existindo recente pressão no sentido de expandir os acordos envolvendo o princípio da cortesia positiva. Seguindo o previsto no acordo entre EUA e Comunidade Européia, muitos outros acordos bilaterais firmados por autoridades de defesa da concorrência adotaram esse princípio, caso dos acordos firmados entre o Brasil e os EUA³⁹, o Japão e os EUA⁴⁰, e a Comunidade Européia e o Canadá⁴¹. Esses seguiram o modelo do acordo de 1991, firmado entre a Comunidade Européia e os EUA, adotando previsões mais gerais sobre a cortesia positiva, sem entrar no alto grau de detalhamento do acordo de 1998, firmado entre essas mesmas partes.

Nesse sentido, o princípio da cortesia positiva configura importante instrumento de enaltecimento da cooperação internacional no combate às práticas anticompetitivas, permitindo que sejam minimizados os conflitos que possam surgir em decorrência da necessidade de investigações transfronteiriças de condutas prejudiciais aos mais diversos mercados. Utilizando-se desse princípio, pode-se reduzir, ainda, a necessidade de aplicação extraterritorial da legislação antitruste, ficando o combate às condutas prejudiciais sob a responsabilidade do Estado em que as mesmas se verificam. Dessa forma, a aplicação da cortesia positiva evita dúvidas e, até mesmo, conflitos políticos, que possam advir no tocante à determinação do direito aplicável às condutas, evitando, também, o risco de existirem decisões conflitantes a respeito da mesma infração⁴².

³⁹ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência, *cit.*

⁴⁰ *Agreement between the Government of the United States and the Government of Japan concerning Cooperation on Anticompetitive Activities*, de 7 de outubro de 1999.

⁴¹ *Agreement Between the European Communities and the Government of Canada regarding the Application of Their Competition Laws*, JO nº L 175, de 10 de julho de 1999, p. 50.

⁴² Nesse sentido, diversos autores reconhecem que os acordos bilaterais que incluem cláusulas como a cortesia positiva podem promover ou facilitar o aumento da convergência das legislações

Outros benefícios dizem respeito ao aumento da eficácia no combate às condutas anticompetitivas. Invocando a utilização das leis do país em que se verifica a violação, o princípio da cortesia positiva permite a solução de problemas que a legislação do país afetado eventualmente não poderia resolver. Ademais, estando o país requisitado em posição privilegiada para analisar e punir a conduta, verifica-se a redução dos custos, do risco de erro e do risco de existirem decisões inconsistentes, com considerável aumento da eficiência.

Finalmente, vale ressaltar que a aplicação do princípio da cortesia positiva permite uma melhor harmonização da aplicação do direito da concorrência entre os países, promovendo maior segurança jurídica aos agentes econômicos. Cabe dizer ainda que a troca de experiências e técnicas de investigação beneficia, sobretudo, as nações menos desenvolvidas em matéria de defesa da concorrência, entre as quais se inclui o Brasil.

4. Exemplos de acordos de cooperação bilateral e aplicação do princípio da cortesia positiva

Nos últimos anos, percebeu-se um aumento considerável no número de acordos de cooperação bilaterais⁴³. Ainda que a grande maioria deles siga, em termos gerais, as mesmas linhas, a dinâmica de cooperação que envolve as autoridades representantes dos Estados signatários de cada um deles é bem peculiar, o que demonstra a necessidade de que os esforços se concentrem, inicialmente, na cooperação bilateral antes de se passar ao estágio multilateral⁴⁴.

legislações antitruste dos países signatários dos mesmos. À medida que a cooperação evolui, as jurisdições mostram-se mais conhecedoras das leis e políticas adotadas pelas demais jurisdições. Esse conhecimento potencial das diferentes legislações de defesa da concorrência pode acarretar um aumento considerável do mútuo reconhecimento da legislação antitruste de cada Parte envolvida nos esforços da cooperação, minimizando potencialmente os possíveis resultados divergentes decorrentes de qualquer investigação.

⁴³ Os Estados Unidos, por exemplo, firmaram acordos com oito autoridades antitruste (Alemanha, Austrália, Comunidade Européia, Canadá, Israel, Brasil, Japão e México).

⁴⁴ Nesse sentido, ver Charles S. Stark, *Improving Bilateral Antitrust Cooperation*, Remarks at a Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States and the European Union, Washington, in <<http://www.usdoj.gov/atr>>, 2000, p. 12: “*There is no single template for antitrust cooperation. Each of our bilateral relationships has developed along a unique path, sometimes in ways neither party would have predicted. Each jurisdiction has its own laws, procedures, priorities, and legal culture, and these and other factors take cooperation in different directions*”. Em tradução livre: “Não há um único sentido na cooperação antitruste. Cada uma de nossos relacionamentos bilaterais desenvolveu-se por um caminho exclusivo, algumas vezes em sentidos que nenhuma

Analisaremos abaixo o acordo de cooperação entre a Comunidade Européia e os EUA, tendo em vista que o mesmo é considerado um dos mais efetivos dentre os seus pares, tendo seus termos sido utilizados como modelo para a maioria dos acordos de cooperação bilaterais posteriores, em que os EUA figuram como parte. Analisaremos, ainda, o acordo firmado entre a Austrália e a Nova Zelândia, bem como o acordo existente entre o Brasil e os EUA, no intuito de avaliar em qual estágio nosso país encontra-se em termos de cooperação bilateral.

4.1. Comunidade Européia/EUA

A cooperação bilateral entre a Comunidade Européia e os EUA pode ser indicada como um dos mais efetivos acordos de cooperação atualmente existentes entre autoridades de defesa da concorrência. Baseia-se, como dito acima, em dois acordos de cooperação, complementados por outras disposições que regulam provisões acessórias. Nesse sentido, vale ressaltar que, apesar de a cooperação entre essas autoridades não ter se iniciado com a assinatura dos acordos referidos, foi apenas a partir desse momento que o contato entre os países deixou de ser esporádico⁴⁵.

O acordo de 1991, relativo à aplicação do direito da concorrência, foi firmado em 23 de setembro entre a Comissão Européia e o Governo dos EUA⁴⁶, tendo por objetivo principal o incentivo à cooperação entre as autoridades em matéria de antitruste⁴⁷. Posteriormente, sob alegação de que a Comissão Européia seria incompetente para celebrá-lo, esse acordo foi anulado pelo Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Européia⁴⁸, decisão que foi revertida pelo

das Partes previu. Cada jurisdição tem suas leis, procedimentos, prioridades e cultura jurídica e esses e outros fatores levam a cooperação a seguir diferentes direções.”

⁴⁵ Ver Charles S. Stark, *Improving Bilateral Antitrust Cooperation*, Remarks at a Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States and the European Union, Washington, in <<http://www.usdoj.gov/atr>>, 2000, p. 4.

⁴⁶ *Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities regarding the application of their competitive laws*, *cit.*

⁴⁷ A iniciativa para assinatura do acordo de 1991 partiu de um representante das Comunidades Européias, Sir. Leon Brittan, em um encontro com o então Assistant Attorney General, James Rill, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Os Estados Unidos concordaram com a idéia, não porque acreditavam que haviam dito muitos problemas no passado, mas porque estava claro que a nova conjuntura mundial, juntamente com a aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência Comunitário (especialmente depois do caso Woodpulp), iria aproximar as autoridades de defesa da concorrência desses países. Com efeito, uma transação internacional de porte estará sujeita, muito provavelmente, à análise tanto das autoridades de defesa da concorrência norte-americanas quanto européias.

⁴⁸ Case C-327/91, julgado em 9 de agosto de 1994.

Conselho Europeu, em conjunto com a Comissão Europeia, em 10 de abril de 1995⁴⁹. O acordo foi, então, declarado aplicável a partir da data em que foi inicialmente assinado pela Comissão.

Esse acordo pode ser considerado como de primeira geração e prevê, em linhas gerais: (i) a notificação mútua de casos analisados por uma parte que podem afetar importantes interesses da outra parte - artigo II; (ii) a troca de informações entre as autoridades no que se refere à implementação de suas normas de defesa da concorrência - artigo III; (iii) a cooperação e a coordenação das atividades das autoridades em matéria de defesa da concorrência - artigo IV; (iv) a cortesia tradicional ou cortesia negativa - artigo VI; e (v) a cortesia positiva - artigo V.

Entretanto, diante da necessidade de intensificar e aprofundar a cooperação entre a União Europeia e os EUA, e diante da crença de que certos conflitos poderiam ser evitados por meio do alargamento do conceito de cortesia positiva, essas partes firmaram outro acordo, em 1998, por meio do qual se regulamentou, de maneira mais explícita, o princípio ora debatido⁵⁰.

Além desses dois acordos, as partes também estabeleceram diversas outras disposições para regular as formas por meio das quais se dará a cooperação. Em 31 de março de 1999, foi assinado o *Administrative Arrangements on Attendance* (AAA)⁵¹, que regula a possibilidade de comparecimento mútuo por parte das autoridades de defesa da concorrência em certos estágios da análise antitruste de casos específicos, sejam eles de controle de estruturas ou de controle de condutas. Seguindo o disposto no AAA, representantes do Departamento de Justiça dos EUA compareceram aos *Oral Hearings*⁵² no ato de concentração GE/Honeywell.

No mesmo sentido, foi firmado, em 30 de outubro de 2002, o acordo de *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*⁵³, que estabelece as linhas

⁴⁹ Ver JO nº L 95, de 27 de abril de 1995, p. 45-46.

⁵⁰ *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws*, JO nº L 173, de 18 de junho de 1998, pp. 26-31. A negociação do acordo foi feita pela própria Comissão Europeia, com base em um mandato do Conselho Europeu.

⁵¹ *XXIX Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000, p. 5.

⁵² Sustentação oral.

⁵³ US-EU Merger Working Group, *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*. Esse acordo visa apenas estabelecer regras para a cooperação entre as agências envolvidas, não sendo vinculativo para as partes. O US-EU Merger Working Group é formado por advogados e economistas da Comissão Europeia, da FTC e do DOJ, que se reúnem anualmente

gerais em que a cooperação entre a Comissão Européia, o DOJ e a FTC deve direcionar-se no que diz respeito à análise de atos de concentração apresentados a ambas as jurisdições. As principais previsões dizem respeito à coordenação temporal da análise dos casos entre essas autoridades e à necessidade de que ambas as partes sejam mantidas informadas acerca do prosseguimento das investigações. Ademais, caso seja necessário reprovar parcialmente um determinado ato de concentração, isso deve ser feito de maneira consistente entre as autoridades. Visou-se, mais uma vez, ao fortalecimento da cooperação bilateral entre as partes.

Dessa forma e por meio de todos esses acordos, a Comissão Européia coopera com o DOJ ou com a FTC, usufruindo das vantagens da cooperação em um número importante e crescente de casos⁵⁴. Como exemplo, pode-se citar que no período compreendido entre abril de 1995 e junho de 1996, a Comissão Européia notificou as autoridades de defesa da concorrência norte-americanas acerca de 54 processos que poderiam afetar os seus interesses. Por sua vez, a FTC e o DOJ notificaram a Comissão Européia acerca de 44 processos que poderiam lhes afetar⁵⁵. Em 2000, a Comissão Européia notificou as autoridades norte-americanas sobre 84 processos que poderiam afetar seus interesses, enquanto que a FTC e o DOJ notificaram a Comissão Européia sobre 37 processos⁵⁶.

no intuito de ampliar a cooperação entre tais autoridades em matéria de defesa da concorrência. Para mais informações, ver DOJ Press Release, *United States and European Union Antitrust Agencies Issue "Best Practices" for Coordinating Merger Reviews* (October 30, 2002), in <<http://www.usdoj.gov>>.

⁵⁴ Nesse sentido, o ato de concentração entre as empresas WorldCom Inc. ("WorldCom") e a MCI Communications Corporation ("MCI"), ambas atuantes no ramo de telecomunicações e estabelecidas nos EUA, é tido como um exemplo de como deve ser a cooperação bilateral entre as autoridades antitruste. A mega-operação de US\$ 37 bilhões, realizada em 09/11/97 entre as empresas, foi apresentada às autoridades de defesa dos EUA (neste caso, o DOJ) e da Comunidade Européia (Comissão Européia). A principal preocupação da Comissão Européia era se a operação criaria uma posição dominante da empresa capaz de prejudicar os consumidores comunitários. Houve uma intensa cooperação das autoridades antitruste para análise do caso, facilitada pela expressa autorização das empresas envolvidas no tocante à possibilidade de troca de informações entre a Comissão Européia e o DOJ. Após negociações com as Partes no sentido de restringir o objeto da operação, ambas as autoridades a aprovaram. Ressalte-se que a cooperação entre as autoridades continuou mesmo depois de emitida a decisão. A Comissão Européia solicitou o auxílio do DOJ no acompanhamento do cumprimento dos compromissos assumidos pelas partes, o que foi prontamente atendido.

⁵⁵ *Commission Report to the Council and the European Parliament on the application of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the application of their competition laws*, 10 April 1995 to 30 June 1996, Brussels, 08.10.1996, COM (96), 479 final, p. 2.

⁵⁶ Commission of the European Communities, *Report from the Commission to the Council*

Além das vantagens específicas que surgem em cada caso concreto em decorrência da intensa cooperação, permitindo uma maior rapidez e gestão mais coerente dos assuntos tratados, o estreito contato diário entre essas autoridades cria um ambiente de confiança mútua e possibilita um maior conhecimento tanto das normas substantivas quanto das normas procedimentais de ambas as partes⁵⁷. Assim, quando da cooperação em atos de concentração, por exemplo, as duas partes tentam chegar a uma mesma definição de mercado e, sendo o caso, estabelecer restrições à operação que não impliquem em prejuízos à outra jurisdição. Para isso, busca-se que as investigações sejam o máximo possível sincronizadas.

Deve-se aqui ressaltar a transparência oferecida aos administrados por parte da Comissão Européia no que diz respeito a essa cooperação. Desde 1996, a Comissão Européia divulga relatório anual, informando sobre os casos em que houve cooperação, bem como os casos notificados às autoridades norte-americanas e os casos que lhe foram notificados por estas⁵⁸.

and the European Parliament on the application of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws, 1st January 2001 to 31 December 2001, Brussels, 17.09.2002, COM (2002), 505 final, p. 13/19.

⁵⁷ Segundo Commission of the European Communities, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws*, 1st January 2001 to 31 December 2001, Brussels, 17.09.2002, COM (2002), 505 final, p. 4, a maioria dos contatos são feitos por telefone ou por e-mail e, em casos especiais, pode haver visitas mútuas dos agentes.

⁵⁸ O primeiro relatório cobre o período de 10 de abril de 1995 a 30 de junho de 1996 (XXV *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1996, pp. 299-311); o segundo cobre o período de 1^o de julho de 1996 a 31 de dezembro de 1996 (XXVI *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1997, pp. 312-318); o terceiro cobre o ano de 1997 (XXVII *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1998, pp. 317-327); o quarto cobre o ano de 1998 (XXVIII *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1999, pp. 313-328); o quinto, o ano de 1999 (XXIX *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2000, pp. 319-332); o sexto, o ano 2000 (XXX *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2001, pp. 291-307); e o sétimo, o ano de 2001 (XXXI *Relatório sobre a Política da Concorrência*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2002, pp. 312-318).

4.2. Austrália/Nova Zelândia

Austrália e Nova Zelândia conseguiram estabelecer uma das mais eficazes formas de cooperação bilateral entre autoridades de defesa da concorrência, a despeito de não se utilizarem expressamente do princípio da cortesia positiva.

Em 1983, esses países assinaram o *Closer Economic Relations Trade Agreement*⁵⁹. Reconhecendo que a separação dos mercados em termos territoriais era artificial no âmbito econômico, o acordo estabeleceu um mandato para que as autoridades desses países harmonizassem suas leis de defesa da concorrência. Esse mandato resultou na adoção, em 1986, de uma nova lei de defesa da concorrência pela Nova Zelândia, com base naquela da Austrália.

Posteriormente, em 1994, esses países firmaram novo acordo relativo à aplicação das leis de defesa da concorrência de seus países a condutas anticompetitivas que afetassem o comércio entre ambos⁶⁰. Simultaneamente, tais países ampliaram a área de aplicação de suas leis que punem o abuso de poder de mercado. As novas disposições nacionais (*section 46A do Australian Trade Practices Act 1974* e *section 36A do New Zealand Commerce Act 1986*) abrangem condutas anticompetitivas cometidas com base em abuso de poder de mercado efetivadas no chamado *trans-Tasman market*, que pode chegar a abranger a Austrália e a Nova Zelândia como um todo.

Por meio desses acordos, as autoridades de defesa da concorrência da Austrália (*Australian Competition and Consumer Commission*) e da Nova Zelândia (*New Zealand Commerce Commission*) podem conduzir investigações diretamente no outro país, podendo fazer valer ali sua condenação⁶¹, o que demonstra o alto grau de cooperação existente.

Ademais, no intuito de fomentar essa interligação, Austrália e Nova Zelândia passaram a assinar, em conjunto, acordos de cooperação com os

⁵⁹ *Closer Economic Relations Trade Agreement*, firmado em 28 de março de 1983. Mais informações sobre este acordo estão disponíveis em

<<http://dfat.gov.au/geo/spacific/nz/>> e <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/>>.

⁶⁰ *Cooperation and Coordination Agreement Between the Australia Trade Practices Commission and the New Zealand Commerce Commission* (1994), disponível em

<<http://www.accc.gov.au/>>.

⁶¹ Ver WTO, “Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, Submission from New Zealand”, *New Zealand’s Experience with Trade and Competition Policy under the Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, WT/WGTCP/W/47, par. 26 (Nov. 25, 1997).

demais países em matéria antitruste, caso do acordo firmado com o Canadá em outubro de 2000⁶².

Vale esclarecer que o sucesso da cooperação em matéria antitruste entre Austrália e Nova Zelândia não se deve apenas aos termos dos acordos firmados entre as partes que, por exemplo, não tem provisões de cortesia positiva⁶³, mas, sobretudo, à proximidade existente em seus sistemas econômico e jurídico e na cultura desses países.

4.3. Brasil/EUA

Reconhecendo que a efetiva aplicação das leis de concorrência é matéria de importância crucial para o funcionamento eficiente dos mercados, EUA e Brasil firmaram, em outubro de 1999, um acordo de cooperação bilateral em matéria de concorrência⁶⁴. Ressalte-se ser esse o primeiro exemplo desse tipo de acordo firmado entre os EUA e um país em desenvolvimento⁶⁵.

Como outros tipos de acordos bilaterais, o acordo firmado com o Brasil também prevê o princípio da cortesia positiva⁶⁶ como forma de minimizar os efeitos negativos das condutas anticompetitivas, possibilitando que qualquer uma das partes notifique a outra para solicitar investigações em seu território com relação a uma determinada prática que esteja atentando contra os interesses

⁶² *Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canada), The Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws*, October, 2000, in <<http://www.apeccp.org.tw/doc/Canada/Cooperation/10c.htm>>.

⁶³ A cooperação existente entre Austrália e Nova Zelândia foi apontada por OECD Committee on Competition Law and Policy, *CLP Report on Positive Comity* [DAFFE/CLP (99) 19] in <<http://www.oecd.org>>, p. 7, como um exemplo da importância de não se deixar levar por rótulos – nesse caso, o rótulo de que apenas acordos de cooperação bilaterais que tenham previsão do princípio de cortesia positiva seriam eficazes.

⁶⁴ Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência na aplicação de suas leis de concorrência, *cit.* Esse acordo pode ser definido como de primeira geração, tendo em vista que seu artigo IX prevê que nenhuma Parte está obrigada a fornecer informações à outra Parte se o fornecimento dessa informação for proibido segundo as leis da Parte detentora da informação.

⁶⁵ Ver U.S. Department's of Justice Press Release, “*Attorney General Signs Antitrust Cooperation Agreement with Brazil*”, in <http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1999/3780.htm>.

⁶⁶ Artigo IV.

do primeiro país⁶⁷. Essa notificação permite que o país em que se verificarem práticas lesivas aplique medidas reparadoras para saná-las antes que o país afetado aplique suas próprias leis de defesa da concorrência.

Se compararmos este acordo com outros do tipo firmados pelos EUA, veremos o quão tímido e contido ele foi em suas disposições, omitindo regras comuns a quase todos os outros acordos bilaterais. A título de comparação, contrastaremos algumas de suas disposições com as constantes no acordo firmado entre os EUA e Israel⁶⁸, país de cultura concorrencial tão recente quanto a brasileira.

O artigo II do acordo Brasil/EUA estabelece, em três parágrafos, disposições gerais a respeito das hipóteses em que uma parte deve notificar a outra de atos ou condutas que estejam acontecendo no território da primeira e que podem afetar os interesses da segunda⁶⁹. O mesmo artigo II do acordo EUA/Israel é muito mais detalhado, prevendo, em seis parágrafos, detalhes como a forma pela qual a notificação deve ser feita, em que prazo, desnecessidade de notificação em certos casos de contato telefônico direto de um país com um indivíduo do segundo país, entre outras previsões específicas.

O artigo III do acordo Brasil/EUA, por sua vez, trata da cooperação na aplicação das leis em dois parágrafos que, como bem apontado por Kevin

⁶⁷ Acordo Brasil/EUA *cit.*, “Artigo IV: Cooperação relativa a práticas anticompetitivas no território de uma parte que possam afetar adversamente os interesses da outra parte (...) 2. Se uma Parte acreditar que Práticas Anticompetitivas realizadas no território da outra Parte afetam adversamente seus importantes interesses, a Primeira Parte poderá, após consulta prévia à outra Parte, solicitar que as Autoridades de Defesa da Concorrência daquela outra Parte iniciem atividades de aplicação apropriadas. O pedido deve ser o mais específico possível acerca da natureza das Práticas Anticompetitivas e de seu efeito nos importantes interesses da Parte solicitante, e deverá incluir oferta de informação e cooperação adicionais que as Autoridades de Defesa da Concorrência da Parte solicitante forem capazes de fornecer (...)”.

⁶⁸ “*Agreement between the Government of the United States of America and the State of Israel regarding the application of their competition laws*”, de 15 de março de 1999, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usis.htm>>.

⁶⁹ As hipóteses são: (i) as relevantes às atividades de proteção à concorrência; (ii) as que envolvem práticas anti-competitivas, excluindo fusões ou aquisições que ocorram total ou parcialmente no território da outra Parte; (iii) as que envolvem fusões ou aquisições das quais uma ou mais Partes, ou uma empresa controladora de uma ou mais partes, seja uma sociedade constituída ou organizada sob as leis da outra Parte ou de algum de seus Estados; (iv) as que envolvam condutas reputadas de serem exigidas, encorajadas ou aprovadas pela outra Parte; (v) as que envolvem recursos que expressamente exijam ou probam condutas dentro do território da outra Parte ou são, de outra forma, direcionadas a uma conduta no território da outra parte; ou (vi) as que envolvem a busca de informações no território da outra Parte.

Kennedy, configuram “*mere exhortation*”⁷⁰. Tais parágrafos prevêm, genericamente, que é de interesse comum cooperar para a identificação de práticas anticompetitivas. Já o mesmo artigo III do acordo EUA/Israel prevê, em quatro parágrafos específicos, obrigações expressas de como se darão o auxílio mútuo e o compartilhamento de informações.

Finalmente, o artigo VI do acordo Brasil/EUA dispõe sobre a prevenção de conflitos e consultas. Interessa-nos apenas o primeiro tema. Em apenas um parágrafo, há uma previsão geral do princípio de cortesia, assegurando que um país deve levar em consideração os interesses do outro quando da apreciação de estruturas e condutas. De outra forma, o acordo EUA/Israel reserva o artigo VI apenas para dispor da prevenção de conflitos em cinco longos e detalhados parágrafos.

O acordo Brasil/EUA foi promulgado pelo Decreto nº 4.702, de 21 de maio de 2003, e já encontra-se em vigor. Apesar de suas tímidas disposições, representou o primeiro e importante passo do Brasil no campo da cooperação com autoridades antitruste dos demais países. Seguindo essa linha, o país firmou um acordo de cooperação em matéria de defesa da concorrência com a Rússia em 2001 e outro com a Argentina em 2003.

5. Conclusão

A experiência demonstrada pelos EUA e pela Comunidade Européia, corroborada pelas práticas adotadas por diversos organismos internacionais, caso da OCDE e OMC, demonstra que a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência configura instrumento importante e eficaz para combater as condutas anticompetitivas transnacionais. Ressaltem-se a assinatura de acordos bilaterais e a utilização de mecanismos como a cortesia positiva.

A despeito dos diversos benefícios advindos da adoção do princípio da cortesia positiva, todavia existem inúmeras imperfeições em sua aplicação que necessitam ser sanadas para que se possa falar em implementação total e efetiva do mesmo. A remanescente falta de confiança das autoridades antitruste no comprometimento dos outros países continua fazendo com que os benefícios desse princípio permaneçam modestos e ilusórios, impedindo a ampla cooperação bilateral no combate às práticas antitruste.

Ainda são poucos os países que contam com uma estrutura ideal ou ao menos funcional para utilizar-se desse mecanismo, caso dos EUA, União

⁷⁰ Kevin Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation – The limits of Multilateralism*, London: Sweet & Maxwell, 2001, 2.068.

Européia e Canadá. Faz-se, então, necessário o empenho das autoridades antitruste no intuito de firmar acordos que permitam sua efetivação. Nesse sentido, a adoção de medidas que aumentem a comunicação e a transparência quando da utilização da cortesia positiva configuram uma das formas mais evidentes de se enaltecer a cooperação internacional, valendo destacar a louvável iniciativa do Brasil de inserir-se nesse contexto.

Bibliografia

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A Aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro* in Revista do IBRAC v. 8, n° 3, São Paulo: Ed. Revista do IBRAC, pp. 67-87, 2001.

ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. *Antidumping e Política de Concorrência na Alca e no Mercosul* in Boletim Latinoamericano de Concorrência n° 13, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, pp. 133 – 142, 2001.

_____. *Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima* in www.fazenda.gov.br/seae/artigos/politica%20de%20concorrenca.html, 2001.

BAER, William J. *International Antitrust Policy*, Fordham Corp. L. Int., 1999.

BLOOM, Margaret. *International Cooperation between Competition Authorities*, Speech to the Law Society’s Solicitor’s European Group Annual Conference, Bristol, 13 June 1997.

Cooperation and Coordination Agreement Between the Australia Trade Practices Commission and the New Zealand Commerce Commission, 1994, in <http://www.accc.gov.au>.

Cooperation Arrangement between the Commissioner of Competition (Canada), The Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission regarding the application of their competition and consumer laws, October, 2000, in <http://www.apeccp.org.tw/doc/Canada/Cooperation/10c.htm>.

COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the applications of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws – 1st January 2000 to 31 december 2000*, Brussels,

08.10.96, COM (2002), 505final in <www.europa.eu.int/comm/competition>.

_____. Commission Report to the Council and the European Parliament on the application of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the application of their competition laws, 10 April 1995 to 30 June 1996, Brussels, 08.10.1996, COM (96), 479 final in <www.europa.eu.int/comm/competition>.

_____. Press Release, Commission Opens Procedure Against Air France for Favouring Amadeus Reservation System, in <www.europa.eu.int/comm>, 1999.

_____. *Acordo entre a Comunidade Européia e o Governo do Japão respeitante à cooperação no âmbito das atividades anticoncorrenciais*, JO L 183, de 22.07.03.

_____. *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América en lo que respecta a la aplicación de sus Normas de Competencia*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1999.

_____. *XXIX Relatório sobre a Política da Concorrência (2000)*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2001.

_____. *XXX Relatório sobre a Política da Concorrência (2001)*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2002.

CHUNG, John H. “The International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 and the Maelstrom Surrounding the Extraterritorial Application of the Sherman Act” in *Temp. L. Rev.* n. 371, 1996.

DIERIEX, Greta Spota. “Reflexiones em torno a las posibilidades de Cooperación Internacional en Materia de Competencia” in *Boletim Latino Americano de Concorrência*, nº 5, nov. 1998.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*, 2a. ed, Washigton: West Information Pub Group - Paperback , 1997.

KENNEDY, Kevin. *Competition Law and the World Trade Organisation – The limits of Multilateralism*, London: Sweet & Maxwell, 2001.

KIRIAZIS, Georgios. Jurisdiction and cooperation in the investigation of international cartels/

<http://www.europa.eu.int/comm./competition/speeches/text/sp2001_010_en_pdf>

KLEIN, Joel. Statement before The Senate Judiciary Comitee on May 4, 1999 in <www.usdoj.gov/atr/public/speeches>, 1999.

MIERT, Karel Van, *Globalization of Competition: The Need for Global Governance*, speech on March 25, 1998, Vrije Universiteit Brussel, in <http://www.europa.eu.int/comm./competition/speeches/text/sp1998_052_en.html>.

OECD Committee on Competition Law and Policy, CLP Report on Positive Comity - Making International Markets more Efficient through “Positive Comity” in Competition Law Enforcement [DAFFE/CLP (99) 19] in <<http://www.oecd.org>>.

OECD Revised Recommendation of the Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade [C (86) 44 (Final)], in <<http://www.oecd.org>>.

OECD Revised Recommendation of the Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade [C (95) 130 (Final)], in <<http://www.oecd.org>>.

PINSKY, Lior. Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste in Revista de Direito Mercantil n° 115, São Paulo: Malheiros, pp. 130 – 141, 1999.

STARK, Charles S. Improving Bilateral Antitrust Cooperation, Remarks at a Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States and the European Union, in <<http://www.usdoj.gov/atr>>, 2000.

_____. International Antitrust Cooperation in NAFTA: The International Antitrust Assistance Act in U.S.-Mex. L. J. n. 169, 1996.

THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations issued by The US Department of Justice and The Federal Trade Comission in <www.usdoj.gov>, 1995.

_____. Revised Recommendation of The Council concerning co-operation between Member Countries in Anticompetitive Pratices Affecting InternacionaI Trade in <www.usdoj.gov>, 1995.

_____. InternacionaI Competition Policy Advisory Committee – Hearings – Washington D.C., November 2, 1998 in <www.usdoj.gov>, 1998.

_____. InternacionaI Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust - Final

Report in <www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm>, 2000.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities regarding the Application of their Competition Laws in <www.usdoj.gov>, 1991.

_____. *Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities in the Application of Positive Comity Principles in the enforcement of their Competition Laws* in <www.usdoj.gov>, 1998.

_____. *Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Canada regarding the Application and Deceptive Marketing Practice Laws* in <www.usdoj.gov>, 1995.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Australia relating to cooperation on antitrust matters in <www.usdoj.gov>, 1982.

_____. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of The Federal Republic of Brazil concerning cooperation on antitrust matters in <www.usdoj.gov>, 1999.

_____. Agreement between the Government of the United States and the Government of Japan concerning Cooperation on Anticompetitive Activities, in <www.usdoj.gov>, 1999.

_____. Agreement between the Government of the United States of America and the State of Israel regarding the application of their competition laws in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usis.htm>>.

_____. US/Australia Agreement on mutual antitrust enforcement assistance in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm>>.

_____. Press Release, Attorney General Signs Antitrust Assistance Agreement with Australia, Apr. 27, 1999, in <<http://www.usdoj.gov>>.

_____. Press Release, *Attorney General Signs Antitrust Cooperation Agreement with Brazil*, in <http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1999/3780.htm>.

_____. Press Release, United States and European Union Antitrust Agencies Issue “Best Practices” for Coordinating Merger Reviews, October 30, 2002, in <<http://www.usdoj.gov>>.

THE US FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust International Guidelines, in <www.usftc.gov>, 1995.

Working Group on the Interaction between Trade and Competition

Policy, Submission from New Zealand, *New Zealand's Experience with Trade and Competition Policy under the Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement*, WT/WGTCP/W/47, Nov. 25, 1997.

DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE CONJUNTO DE CONCENTRAÇÕES ENTRE BRASIL E ARGENTINA: UM FATOR DE SEGURANÇA JURÍDICA A SERVIÇO DO MERCOSUL

Viviane de Freitas Pereira de Oliveira¹

I. INTRODUÇÃO

A concentração de poder econômico é hoje uma realidade que demanda uma atenção especial por parte dos ordenamentos jurídicos em geral. Dessa realidade não se excetuam os mercados integrados, nos quais se percebe que o controle de tais operações também demanda uma preocupação peculiar, já que as referidas estruturas são propícias a essas práticas. As concentrações giram em torno de uma dualidade entre efeitos positivos e negativos². Por essa razão, devem ser submetidas à análise, a fim de que sua compatibilidade com os interesses regionais seja verificada, uma vez que podem vir a representar riscos à livre concorrência, por meio da criação de obstáculos ao acesso ao mercado, pela independência de comportamento, pela ineficiência em relação aos consumidores, entre outros fatores. Assim, também se impõe aos blocos econômicos a regulação dessas operações, com o único intuito de garantir a concorrência e evitar atos lesivos aos próprios consumidores. Essa regulação serve, como revelam os próprios tratados constitutivos de blocos econômicos, ao objetivo comum visado³.

Ao se analisar a ordem jurídica comunitária acerca do controle de concentrações, verifica-se que a União Européia constatou a necessidade de uma disciplina específica, consubstanciada no Regulamento nº 4064/89 e alterações posteriores. No âmbito mercosulino, entretanto, observa-se que existe

¹ Mestranda em Integração Latino Americana. Mestrado em Integração Latino Americana. Universidade Federal de Santa Maria/RS.

² Maria Cecília Andrade, *Controle de Concentrações de Empresas*, São Paulo: Singular, 2002. p. 36, ilustra a importância do controle de concentrações ao referir que a preocupação justifica-se porque as concentrações podem gerar efeitos não apenas positivos, mas também negativos e, além disso, porque podem levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, e ainda resultar na concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes. Segundo a autora, uma situação dessa espécie pode vir a comprometer o jogo da concorrência, deixando de existir “pressão concorrencial” no mercado, em prejuízo do sistema de liberdade econômica ou da livre concorrência. Nessa dualidade de efeitos é que se encontra o cerne do problema das concentrações de empresas.

³ Nesse sentido ver artigo 3º, alínea g) do tratado de Roma e parágrafo 7º do Preâmbulo do Tratado de Assunção.

uma escassa disciplina a respeito da matéria, a qual restringe-se, tão somente, ao artigo 7º da Decisão 18/96, a qual trata da defesa da concorrência como um todo, e estabelece quanto ao controle de concentrações prazo para adoção de normas comuns para controle de atos e contratos.

Nesse contexto, portanto, é que se destaca a importância de um controle conjunto por parte de Brasil e Argentina, hipótese ventilada em 14 de julho de 2003, quando divulgada a possibilidade de um acordo que seria firmado entre Brasil e Argentina na área de defesa da concorrência, o qual abrangeria a análise de atos de concentração com ênfase nos setores de energia elétrica, telecomunicações, combustíveis, farmacêutico, transporte aéreo, transporte rodoviário internacional e empresas de administração de planos de saúde. De acordo com a notícia, os dois Estados Partes passariam a adotar a uniformização dos procedimentos de análise das operações de fusão e de aquisição e de acompanhamento dos setores sob regulamentação governamental a partir do princípio da extraterritorialidade, o qual trata das operações empresariais ocorridas nas fronteiras dos países ou no exterior que tenham impacto em suas respectivas economias⁴.

Deve-se salientar que a importância do controle conjunto não serve somente ao fortalecimento do Mercosul, mas também a questões de segurança jurídica, em razão da competência estabelecida pela Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, Lei nº 8884/94 e pela Lei Argentina de Defesa da Concorrência, Lei nº 2156/99. Considera-se que tanto a legislação brasileira como a argentina estabelecem a sua competência para análise de atos que tenham sido praticados em seus territórios ou que neles tenham produzido efeitos. Essas disposições, que se relacionam ao princípio da extraterritorialidade, reforçam a importância de um controle conjunto, já que é fácil concluir que operações de concentração realizadas em um desses países venha a produzir efeitos no outro. Com isso, aplicando-se as legislações pertinentes, os dois ordenamentos jurídicos teriam competência para análise de uma mesma operação, criando-se, assim, além de um ônus às partes interessadas, ainda a possibilidade de decisões divergentes. Importa considerar, portanto, que a extraterritorialidade, adotada pelas duas legislações, ao mesmo tempo que autoriza a possibilidade do controle conjunto, aparece como argumento para a verificação de sua necessidade.

Nessa linha, então, é que se busca com esse trabalho demonstrar a importância de que Brasil e Argentina estabeleçam o controle conjunto. Para tanto, será desenvolvida uma análise das legislações nacionais em questão, assim como da disciplina existente no âmbito do Mercosul, a fim de apontar a

⁴ Notícia divulgada pelo Jornal gazeta Mercantil. Disponível em <http://www.mercosul.gov.br>. Acesso em 05 de agosto de 2003.

importância que o controle conjunto representa para o fortalecimento do bloco. A título ilustrativo, serão tecidas considerações acerca do balcão único vigente na União Européia e, a seguir, acerca do princípio da extraterritorialidade estabelecido pelas duas legislações.

II. AS LEGISLAÇÕES NACIONAIS EM QUESTÃO

Uma visão geral das legislações sobre defesa da concorrência importa ao estudo que ora se desenvolve, uma vez que proporciona a constatação de que houve, com a nova lei argentina de 1999, uma aproximação que permitirá o controle conjunto dos atos de concentração. Quando em vigor a lei anterior, de 1980, a hipótese tornava-se remota e pode-se dizer até impossível. Ocorre que ao contrário da lei brasileira de 1994, que já havia estabelecido a extraterritorialidade, a lei argentina anterior não adotava o princípio e, além disso, em muito se distanciava da brasileira, na medida em que apresentava um caráter essencialmente penal-econômico.

2.1 O tratamento dispensado pela legislação brasileira

No Brasil, a Constituição Federal de 1988⁵, em seu capítulo VII dispõe acerca da “ordem econômica e financeira”. Eros Roberto Grau⁶ define a ordem econômica como uma parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser) que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser). O autor faz essa definição, porque esclarece que mesmo antes das Constituições escritas pode-se dizer que havia nas sociedades uma ordem econômica, enquanto mundo do ser, referindo que as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do direito⁷. Conclui no sentido de que, o artigo 170 da Constituição brasileira, o qual fixa os princípios em que se fundam a

⁵ Dylle Campelo, *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. fl. 64, afirma que no contexto de uma Constituição que erige como fim da ordem econômica o assegurar a todos uma vida digna conforme os ditames da justiça social, teria de se estabelecer mecanismos de controle das atividades econômicas a fim de assegurar a prossecução de seus objetivos. E acrescenta: segundo o texto constitucional em tela, a liberdade de iniciativa só será legítima se exercida no interesse da justiça social, cabendo ao estado intervir todas as vezes que esta liberdade contrarie este interesse.

⁶ Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1998. p.53

⁷ *Ibid*, p. 53

ordem econômica deveria ser redigido de outra forma, ou seja, ao invés de constar em seu texto que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” deveria constar “a ordem econômica deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.

Nessa linha, o artigo 170 da Constituição Federal Brasileira, na verdade, traça princípios que orientam a atividade econômica do país. Estabelece que a ordem econômica deverá estar fundada na livre iniciativa, prevendo como princípio orientador a livre concorrência, no inciso IV do mesmo dispositivo. Associando-se esses dois princípios⁸, constata-se que a ordem econômica brasileira buscará evitar a existência de obstáculos à atividade privada, garantindo, entretanto, o livre acesso ao mercado. Resulta dessa constatação que, por vezes, a livre iniciativa ver-se-á limitada pela necessidade de garantia da livre concorrência⁹. Nesse sentido, está o disposto no artigo 173, parágrafo 4º, segundo o qual “ a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados , à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Manifestação expressa do poder regulatório do Estado, o dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei nº 8.884/94, a qual disciplina a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada, entre outros, pelo ditame da livre concorrência. Esse diploma legal tem por função penalizar e impedir acordos que restrinjam a concorrência e que não tragam qualquer efeito benéfico para o mercado, controlar as tentativas de empresas dominantes ou monopolistas de abusar de sua posição, impondo obstáculos à entrada de novos concorrentes, assegurar a concorrência efetiva nos setores oligopolizados e controlar a integração de empresas para evitar a concentração dos mercados e a restrição da concorrência.¹⁰

A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência entrou em vigor em 11 de junho de 1994. Sua disciplina divide-se, conforme já salientado, em disposições de caráter preventivo e de caráter repressivo, de acordo com o que prevê o artigo 1º. Nos termos do artigo 2º, esta lei aplica-se às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir

⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 251 O constitucionalista, citando Alexy, consigna que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Trata-se de resolver a colisão de princípios na dimensão do valor.

⁹ Paulo Caliendo da Silveira, *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR. p. 44. O autor define a livre iniciativa como a inexistência de obstáculos à atividade privada e negocial e a livre concorrência como o livre acesso ao mercado, expressão que presume que o livre acesso deve ser garantido mesmo com limitações à livre iniciativa.

¹⁰ José Marcelo Martins Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, São Paulo: Saraiva, 2001. p.64

efeitos^{11 12}, adotando, portanto o princípio da extraterritorialidade.. No parágrafo 2º, esse mesmo dispositivo estabelece, no território nacional, o domicílio de empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil, filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado.¹³

Importa referir que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência: a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE -, do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico – SDE -, do Ministério da Justiça, ambas com função investigativa e analítica, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A referida legislação determina que os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. O CADE é uma autarquia¹⁴ federal, vinculada ao Ministério da Justiça, à

¹¹ José Inácio Gonzaga Franceschini, *Introdução ao Direito da Concorrência*, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 34/35, esclarece que a Lei antitruste adotou a teoria da ubiqüidade. Segundo o autor, à exceção dos atos meramente preparatórios e os posteriores à consumação, em relação aos atos praticados alhures, basta à incidência da Lei de Defesa da Concorrência que qualquer parcela da atividade do acusado ou que qualquer efeito integrante do resultado da infração tenha se verificado no país.

¹² Na apreciação do ato de concentração nº 28/95, julgado em 19 de junho de 1996, o CADE afirmou sua competência para apreciar os atos de concentração que produzam ou possam produzir efeitos no Brasil. Cabe destacar trecho do voto do Conselheiro Relator Rodrigues-Chaves: “Da mesma forma que no Direito Penal, há certos atos, no direito da Concorrência, que embora praticados no estrangeiro afetam de tal forma o mercado interno que é como se fossem praticados no próprio território nacional: são as chamadas “práticas à distância”. Para estas, a lei brasileira adota, concomitantemente, a *teoria da ubiqüidade*, em que são combinadas a *teoria da atividade* e a *teoria do efeito*. Aplica-se, em consequência, a lei brasileira nacional mas àqueles que nele produzam ou possam produzir efeitos. Se configurarem esses atos infrações contra a ordem econômica brasileira, seus responsáveis deverão ser punidos de acordo com a lei brasileira independentemente do fato de já terem sido punidos ou, eventualmente, absolvidos no Exterior....”

¹³ De acordo com Maria Cecília Andrade, op. cit., p. 302, essa previsão visa a garantir a efetividade de suas decisões. À p. 303 ele esclarece que no cálculo do índice de concentração será considerado o faturamento bruto anual da empresa-mãe estrangeira.

¹⁴ Toshio Mukai, *Direito Administrativo Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31/32. O administrativista define autarquia como “entes administrativos autônomos com personalidade jurídica de direito público, criadas por lei, com patrimônio próprio e atribuições típicas do Estado. Não possuem autonomia política, isto é, o poder de editar as suas próprias leis. Autonomia política somente têm a União, o Estado-Membro, o Município, dada pela Constituição. As autarquias possuem apenas autonomia administrativa ou auto-administração; administram-se a si mesmas sob controle meramente legal das entidades que as criaram, exercido sob a forma de correção finalística do serviço autárquico. Não há subordinação hierárquica

qual é atribuído tanto um poder-dever de reprimir os abusos de poder econômico, quanto de preveni-los¹⁵. No que tange ao controle de concentrações, a função decisória incumbe ao CADE, enquanto a SEAE e SDE desenvolvem função auxiliar durante a atividade instrutória, inclusive proferindo pareceres.

Conforme foi salientado a Lei nº 8.884/94, deixa claro em seu artigo 1º o seu caráter repressivo e o seu caráter preventivo. Nos artigos 20 e 21 estão definidas as infrações à ordem econômica e nos artigos 23 a 27 as penas a serem aplicadas, o caráter repressivo, portanto. O controle de concentrações e de todos os atos e contratos são objeto das disposições do artigo 54, manifestação expressa do caráter preventivo.

Foi mencionado como objeto do artigo 54 o controle de atos e de contratos, porque a legislação não restringiu a tal controle somente as concentrações. Aliás, esse dispositivo, que refere os atos sob qualquer forma manifestados, deixa clara a inexistência da preocupação com a forma, tanto que a legislação não define concentração. Importa à aplicação do dispositivo que tais atos possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Observa-se, porém, que a lei brasileira impõe o controle aos atos que criem a posição de dominância, nada referindo ao seu reforço, conforme ocorre na União européia. De qualquer forma, as concentrações aí se incluirão, porque podem vir a preencher as possibilidades do *caput* do artigo 54 ou, ainda, porque poderão atingir os patamares estabelecidos pelo seu parágrafo 3º.

Deve-se observar que o parágrafo 3º do artigo 54, o qual expressamente refere a concentração econômica, fixa que se incluem entre os atos referidos no *caput* aqueles que através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Enfatiza-se que não existe a necessidade de cumulação dos índices previstos pelo parágrafo com as hipóteses do *caput*. Ambas as situações são causas que desencadeiam a necessidade do controle de forma independente. As concentrações que não atingirem os índices, porém resultarem na dominação de mercado, estarão sujeitas ao controle.

A legislação brasileira não impõe a necessidade de que as concentrações sejam previamente submetidas à apreciação do CADE. Isso se depreende da

com a entidade a que pertencem, apenas vinculação, que justifica o referido controle legal.”

¹⁵ José Marcelo Martins Proença, op. cit., p. 47.

previsão do parágrafo 4º do artigo 54, o qual possibilita que sejam apresentadas para exame previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização¹⁶. Esse dispositivo merece crítica por parte da doutrina¹⁷ pois é evidente que no período que vai suceder a realização, efeitos serão produzidos no mercado. Sem dúvida, até mesmo para a própria empresa a possibilidade de submissão posterior da operação não parece conveniente. Caso não autorizada, poderá vir a ser determinada a desconstituição, a qual gerará incontáveis prejuízos.

A resolução nº 15/98, do CADE, traz em seu anexo I o formulário a ser preenchido. Com esse formulário, serão fornecidas as informações necessárias à apreciação. A SEAE e a SDE dispõem, respectivamente, do prazo de trinta dias para que emitam um parecer técnico. Instruído o procedimento, será este encaminhado ao CADE, para decisão. O CADE poderá manifestar-se das seguintes formas: autorização automática em razão do decurso do prazo, quando a autarquia não observá-lo, de acordo com o parágrafo 7º, do art. 54; autorização por não ter constatado prejuízo à livre concorrência ou formação de posição dominante ou, ainda, nas situações do parágrafo 1º daquele dispositivo; autorização condicionada à assinatura do compromisso de desempenho e, por fim, a não aprovação da operação.

A autorização automática da operação verificar-se-á quando o CADE não manifestar-se no prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido pelo parágrafo 6º do artigo 54. Deve-se ressaltar que os prazos estabelecidos para as secretarias e para a autarquia ficam suspensos quando se fizerem imprescindíveis à análise esclarecimentos ou documentos adicionais. A autorização em razão da não constatação de prejuízo à livre concorrência ou da não formação de posição de dominância faz-se natural ao fim pretendido com o controle. Interessante se faz a autorização em decorrência das hipóteses previstas pelo parágrafo 1º, as quais revelam manifestação da concorrência instrumento, ou seja, em nome dos valores ali enumerados será a operação autorizada, embora inclua-se na previsão do *caput* do artigo. Trata-se de promover a eficiência econômica¹⁸. A autorização

¹⁶ Segundo Maria Cecília Andrade, op. cit., p. 309, o artigo 2º da Resolução 15/98 do Cade gerou uma insegurança jurídica (p.311) e inúmeras discussões ao determinar que para cumprimento do artigo 54, o momento da realização da operação será definido a partir do primeiro instrumento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

¹⁷ A respeito ver José Marcelo Martins Proença, op. cit., p. 105: o Brasil optou pelo caminho mais difícil ao não adotar a consulta prévia.

¹⁸ Ibid, p. 98. O autor explica que dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa da concorrência está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos

condicionada à assinatura do termo de compromisso de desempenho é hipótese de freqüente aplicação, pois passível de privilegiar interesses coletivos e privados, já que oportuniza a operação, impondo a sua adaptação às regras de acesso ao mercado¹⁹. Esta foi a opção adotada pelo CADE no julgamento do ato de concentração da Ambev, em 30 de março de 2000. A decisão de não-aprovação, a seu turno, verifica-se quando o CADE constata um potencial de que venham a ser gerados efeitos anticoncorrenciais ou de que se forme uma posição dominante e, ainda, quando tais situações já estiverem consubstanciadas, sendo que nem mesmo o compromisso de desempenho viabilizaria a aprovação²⁰. Destaca-se, por fim, que o CADE tem a possibilidade de lançar mão da desconstituição, mecanismo que, indubitavelmente, atribui efetividade às suas decisões. Ocorre que, conforme foi analisado, há a possibilidade de que as operações de concentração venham a gerar efeitos, principalmente se considerada a faculdade detida pelos interessados quanto ao momento da submissão ao exame, e que posteriormente venha o CADE decidir pela não aprovação. Neste caso, de acordo com o parágrafo 9º do artigo 54, poderá determinar as providências necessárias à desconstituição, por distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos a ordem econômica.

lucros dos produtores, uma vez que o mercado competitivo é o bem jurídico tutelado pela legislação antitruste, que tem sua matriz constitucional no princípio da livre concorrência harmoniosamente conciliado com o princípio da livre iniciativa.

¹⁹ Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, aponta a importância do compromisso de desempenho, quando se fizer possível. Consigna a autora que se uma decisão de autorização for possível, mediante a celebração de um compromisso de desempenho, essa solução revelar-se-á menos prejudicial para as partes, para terceiros e para o mercado do que a desconstituição do ato. Nos atos de concentração nº 54/95 (Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL, OPP – Petroquímica. Poliolefinas S. A. e Polisol Petruímica S. A.) e nº 58/95 (Cia. Cervejaria Brahma, Millaer Brewing Company e Miller Brewing M1855 Inc.) tem-se exemplos de autorizações mediante termo de compromisso de desempenho, pelo CADE.

²⁰ No ato de concentração nº 06/94, julgado em 14 de dezembro de 1994, o Cade negou autorização à associação de empresas Eterbrás Sul Ltda. que seria formada pelas empresas Brasilit S/A e Eternit S/ª No voto, a conselheira-relatora Neide Teresinha Malard, entendeu que inexistiam eficiências que justificassem a eliminação da concorrência entre as requerentes. Os ganhos financeiros para estas seriam certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor afiguravam-se, no seu entendimento, duvidosos. Disse a conselheira que não via como sacrificar a concorrência para resolver problemas passíveis de serem solucionados por outra via que não a integração, aduzindo que as duas associações levadas a efeito pelas requerentes nos últimos dois anos não demonstraram, conforme já se viu, redução de preços significativa. Afirmou ser injustificável a restrição da concorrência que decorrerá da associação entre as requerentes.

2.2 A defesa da concorrência no ordenamento jurídico argentino

A Constituição argentina, nos termos da reforma constitucional de 1994, assegura em seu artigo 42 a proteção da livre concorrência contra toda forma de distorção dos mercados. Observa-se que a defesa da concorrência é relacionada aos direitos dos consumidores, pois centrada na sua garantia de escolha e em sua proteção da saúde, segurança e interesses econômicos.²¹

A Lei Argentina de Defesa da Concorrência, nº 2.156 de 1999, foi promulgada por meio do Decreto 1019 de 16 de setembro de 1999 e publicada em 20 de setembro do mesmo ano. Em 1º de abril de 2001 sofreu modificações pelo Decreto 396. Essa lei trouxe significativas alterações à questão da defesa da concorrência no ordenamento jurídico argentino. A lei anterior, Lei nº 2.226/80, atribuía à Defesa da Concorrência um enfoque de Direito Penal-Econômico, isto é, eminentemente repressivo. A atual legislação traz, pela primeira vez, medidas de índole preventiva, introduzindo o sistema de controle de concentrações econômicas. Seus dispositivos não penalizam práticas anticompetitivas *per se*, pois deve haver um dano ou um perigo real para a sociedade²². A nova legislação criou o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, como um ente autárquico vinculado ao Ministério da Economia.

Nos termos do artigo 3º, as disposições da lei de defesa da concorrência argentina aplicam-se a todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, com ou sem fim lucrativo que realizem atividades econômicas em todo ou em parte do território nacional e às que realizem atividade econômica fora do país, na medida em que seus atos, atividades ou acordos possam produzir efeitos no mercado nacional.²³ O artigo 6º define as concentrações como a tomada de controle de uma ou várias empresas, através da fusão, da transferência de fundos de comércio, da aquisição da propriedade ou de qualquer direito sobre ações ou participações de capital ou de títulos de dívida que dêem qualquer tipo de direito a serem convertidos em ações ou participações de capital ou a ter qualquer tipo de influência nas decisões da pessoa que os emita quando tal aquisição outorgue ao adquirente o controle de, ou a influência substancial sobre a mesma. Ainda, de qualquer outro acordo ou ato²⁴ que transfira de fato ou de direito a uma pessoa

²¹ Paulo Antônio Caliendo da Silveira, op. cit., p.135.

²² Julian Peña, *Control de Concentraciones Económicas*, Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 12 /13

²³ Observa-se que a exemplo da legislação brasileira, a legislação argentina também adotou o princípio da extraterritorialidade, pela teoria da ubiqüidade ou do efeito.

²⁴ Destaca-se que essa alínea aponta a opção pela informalidade.

ou grupo econômico os ativos de uma empresa ou lhe outorgue influência determinante na adoção de decisões de administração ordinária ou extraordinária de uma empresa²⁵. No ordenamento jurídico argentino, restam proibidas as concentrações econômicas cujo objeto ou efeito seja ou possa ser restringir ou distorcer a concorrência, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral, conforme dispõe o artigo 7º.

Essa lei também estabelece a notificação obrigatória aos atos enumerados no artigo 6º, quando o volume de negócios superar, no país, duzentos mil pesos. Observa-se que da mesma forma que a lei brasileira, a lei argentina abre um espaço à opção pelo momento da notificação: ele pode ser prévia ou no prazo de uma semana da conclusão do acordo, da publicação da oferta de compra ou de venda, ou da aquisição de uma participação de controle, contando-se o prazo a partir do momento em que se produza o primeiro desses acontecimentos. A lei prevê a imposição de multa no caso de não ser realizada a notificação. No artigo 10, encontram-se enumeradas as operações isentas de notificação obrigatória.

Ao final do procedimento, o artigo 13 prevê que o Tribunal poderá autorizar a operação, subordinar o ato ao cumprimento das condições que ele mesmo estabelecer ou denegar a autorização. Destaca-se que a lei argentina também prevê uma espécie de autorização tácita, quando não observado o prazo estabelecido para a decisão, que lá é de 45 dias.

III. A ESCASSEZ LEGISLATIVA NO MERCOSUL

O filósofo francês Pierre-Joseph Proudhon afirmou que a concorrência destrói a concorrência. Ao sustentar em sua *Filosofia da Miséria*²⁶ a necessidade da concorrência para a constituição do valor, para o próprio princípio da distribuição e, conseqüentemente, para o advento da igualdade, o filósofo reconheceu que em seus resultados ela seria injusta. Dessa forma, defendeu que se deveria encontrar o seu equilíbrio, a sua polícia, pois toda a força, toda a espontaneidade, seja individual, seja coletiva, deve receber a sua determinação. Segundo ele, ocorre com a concorrência o mesmo que acontece com a inteligência e com a liberdade. Percebeu, assim, que a concorrência abandonada a si mesma e privada da direção de um princípio superior e eficaz, nada mais é que um

²⁵ Na medida em que o ato em questão não modifique o “status jurídico-econômico” detido anteriormente pelas empresas, o mesmo não se encontra incluído no artigo 6º (Opinião Consultiva da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência). Julian Peña, op. cit. p. 46. O autor ainda refere que a lei assimila o termo “concentração econômica” à “tomada de controle”

²⁶ Livro de Proudhon, publicado pela primeira vez em 1846.

movimento vago, uma oscilação sem objeto do poder industrial, eternamente arrastado entre dois extremos igualmente funestos: as corporações e o patronato por um lado e o monopólio, por outro.²⁷

No Mercosul, entretanto, parece que a concorrência ainda não foi vista dessa forma, uma vez que não recebeu a devida atenção. No que concerne ao controle de concentrações, a parca disciplina evidencia-se pelo fato de ter merecido, tão somente, um dispositivo no protocolo de defesa da concorrência. Assim, a análise a seguir desenvolvida demanda uma observação inicial: uma vez que no âmbito do Mercosul a legislação acerca do controle de concentrações é praticamente inexistente, as considerações que, neste ponto se desenvolvem, incluem a defesa da concorrência como um todo, ressaltando-se, é lógico, os aspectos eventualmente atinentes às concentrações. Com as colocações a seguir expostas, pretende-se demonstrar que, a curto prazo, o controle conjunto de concentrações é a hipótese mais viável ao bloco econômico.

3.1 Uma visão da concorrência pelo Mercosul

O Tratado de Assunção²⁸ foi firmado em 26 de março de 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1991, com o depósito das ratificações necessárias, pelo Brasil, pela Argentina, pelo Uruguai e pelo Paraguai. O referido tratado é o instrumento constitutivo²⁹ do Mercosul e aponta como objetivo a

²⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. Tradução de J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003. p. 261 a 307

²⁸ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas Instituições e Ordenamento Jurídico*, São Paulo: LTR, 1998. p.36, o define como elemento de mudança, porque apontava para um novo quadro, não só econômico e comercial, como político e elemento de continuidade, porque prolongou os esforços integracionistas de Brasil e Argentina, assim como os do continente. O autor aponta raízes remotas ao Mercosul: União Aduaneira Brasil- Argentina, em 1940, ou a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) pelo Tratado de Montevideú de 1960. Ainda a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), criada pelo Tratado de Montevideú de 1980 ou o Programa de Integração e Cooperação Econômica entre o Brasil e Argentina (PICAB) de 1985 e os Tratados que os sucederam : Tratado de Integração Brasil Argentina de 1988, no Acordo de Complementação Econômica número 14. Deisy Ventura, *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*, p. 24, refere que alguns estudiosos afirmam que esse acordo, assinado no contexto da ALADI, em 20 de dezembro de 1990 é o ‘esqueleto sobre o qual foi constituído o TAS’. Esclarece que esse acordo reúne os 24 protocolos de natureza comercial assinados entre 1980 e 1990 pelos dois países, sobre diversas matérias, entre as quais os produtos alimentares, a indústria automobilística e a cooperação nuclear.

²⁹ Deisy Ventura, *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, São Paulo: Manole, 2003. p. 12, consigna que o TAS apresenta-

criação de um Mercado Comum, estabelecendo os instrumentos a serem utilizados na busca de tal intuito³⁰. A personalidade jurídica foi-lhe atribuída pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, o qual tratou de sua estrutura institucional³¹. Dispôs este protocolo que cabe ao Conselho Mercado Comum exercer a titularidade da personalidade jurídica. O Protocolo também reconheceu a existência da Comissão do Comércio do Mercosul, cujo principal objetivo é promover uma política comercial comum³².

O preâmbulo³³ do instrumento constitutivo traz referência expressa à questão da ampliação das dimensões dos mercados nacionais e ao desejo de desenvolvimento econômico e, ainda, à busca do desenvolvimento científico e tecnológico e à modernização das economias dos Estados Partes.

O Tratado de Assunção, em seu artigo 1º, clarifica o objetivo dos Estados Partes em constituir o Mercado Comum, assim como o compromisso por eles assumido no sentido de coordenar políticas macroeconômicas e setoriais, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência exatamente para obter o fortalecimento do processo de integração. Observa-se que as assimetrias existentes entre as normas nacionais acerca do tema podem acabar por prejudicar o desenvolvimento do projeto de mercado comum.

Há de se salientar, que de acordo com a estrutura prevista para o Mercosul, as decisões em seu âmbito advirão do consenso entre os Estados partes. Não foi

se, nitidamente, como a carta constitutiva de um novo sujeito de direito, no sentido de que o Mercosul existe desde a entrada em vigor do TAs e que ele deve formalmente a sua existência a esse ato constitutivo.

³⁰ Ibid. Aponta, autora, no Mercosul uma assimetria interna, já que considera a existência de um propósito constitutivo ambicioso diante de uma fragilidade dos meios colocados a sua disposição pelos estados Partes.

³¹ Paulo Roberto de Almeida. *Mercosul: Fundamentos e Perspectivas*, São Paulo: LTR, 1998.. p. 12 De acordo com o autor, o protocolo confirma a visão gradualista do processo de integração, ao reconhecer a importância dos avanços alcançados durante a fase de transição (entre 1991 e 1994) e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção de um mercado comum. O protocolo não modifica os objetivos básicos que já tinham sido definidos no tratado de Assunção: ele apenas adapta a estrutura institucional do Mercosul às mudanças ocorridas desde àquela época e lista os órgãos encarregados de administrar a união aduaneira em implementação.

³² Deisy Ventura, op. cit., p. 61.

³³ Fazendo referência ao preâmbulo da Constituição, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2000, afirma que embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente não contenha normas de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem.

estabelecido, como ocorre na União Européia, uma estrutura supranacional. De outra parte, as normas emanadas do Mercosul dependem da adoção pelos Estados Partes dos procedimentos pertinentes a sua incorporação a cada ordem jurídica nacional. As normas do Mercosul não detêm aplicabilidade imediata³⁴. As normas entendidas como “de efeito imediato” relacionam-se simplesmente à desnecessidade da negociação de um novo acordo prevendo as condições de sua execução³⁵.

De acordo com o que já foi mencionado, certo é que a questão da defesa da concorrência exsurge com grande relevância à consecução do objetivo. Ocorre, porém, que o tratado dispensa uma parca atenção à matéria, sendo que especificamente acerca do controle de concentrações nada refere. O art. 1º estabelece tão somente a coordenação de políticas macroeconômicas. O artigo 4º, por sua vez, após mencionar as relações com terceiros países, prevê que as políticas nacionais deverão ser coordenadas com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial³⁶. Para Werter Faria, a finalidade das políticas econômicas nacionais não consiste na elaboração de regras de concorrência, porém na realização que os Estados-membros tiveram em vista, ou seja, a integração econômica. O autor, também enfatiza que a concorrência é a base do sistema de economia de mercado e nessas condições, o bom funcionamento do Mercosul depende da instauração de um regime de concorrência não falseado, no espaço econômico uno³⁷. Caliendo da Silveira³⁸

³⁴ Jânia Maria Lopes Saldanha, *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial. Um Mecanismo de Direito Processual a serviço do Direito comunitário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39. A autora acredita que essa expressão seja mais apropriada ao fenômeno do que a expressão aplicabilidade direta, uma vez que a regra aplica-se no ordenamento interno sem necessidade de mediação ou de intermediário de um instrumento que introduza a norma coercitiva no âmbito interno.

³⁵ Deisy Ventura, *op. cit.*, p. 56.

³⁶ *Ibid.* A autora enfatiza que, entre as assimetrias, as que se referem à concorrência se fazem sentir já na redação dos respectivos tratados. O TCEE referia esse tema desde a Quarta alínea de seu preâmbulo (*in fine*), complementada por outras disposições cujas incontáveis aplicações práticas demonstram uma importância crucial para a construção européia. Em 1991, por ocasião da assinatura do Tas, a experiência européia indicava que essas disposições haviam permitido a instauração de uma verdadeira “política” de concorrência. Essa competência comunitária – não exclusiva, pois exercida concomitantemente pelos Estados no âmbito nacional – foi alargada graças ao abundante exercício do poder regulamentar pela Comissão Européia, e à construção de um notável edifício jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades européias.

³⁷ Werter Faria, *Disciplina da Concorrência e Controle de Concentrações de Empresas no Mercosul*. Brasília, 1993, p. 16

³⁸ Paulo Antônio Caliendo da Silveira, *op. cit.*, p.44.

menciona que os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa assumem um papel de relevo como fundamento da ordem econômica criada pelo Tratado de Assunção e como informadores do sistema de integração³⁹.

Em 17 de dezembro de 1994, a Decisão nº 21/94 do Conselho do Mercado Comum, aprovou pautas básicas sobre defesa da concorrência no Mercosul, relativas à questão da harmonização. Observa-se, nas disposições do artigo 3º das pautas gerais de harmonização, uma certa similitude com o artigo 85, do Tratado de Roma. Prevê o dispositivo a proibição de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado, assim como do abuso de posição dominante. O controle de concentrações é tratado no artigo 5º, nos termos do qual os Estados Partes deverão submeter a controle as operações de qualquer natureza entre empresas ou grupos de empresas que impliquem uma concentração econômica, das quais resulte uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercosul. Deve-se atentar que a disciplina referente ao controle de concentrações na decisão nº 21/94 resume-se ao dispositivo citado. Embora imponha o controle, não é estabelecido o procedimento ou os meios a serem utilizados a serviço deste controle. Evidentemente, não há como se cogitar de eventual efetividade dessa previsão⁴⁰.

Em 1996, considerando que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência e que é importante contar com um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência e, assim, contribua para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção, o Mercosul elaborou o protocolo de Defesa da Concorrência, consubstanciado na Decisão nº 18/96 do Conselho do Mercado Comum, que traz normas gerais referentes à concorrência. Este Protocolo aplica-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes. Fica ressalvada a competência dos Estados Partes para regulação dos atos praticados no respectivo

³⁹ Ibid, p. 46 O autor acrescenta que a consagração do regime de mercado e da livre iniciativa como elementos fundantes do processo de integração é resultado óbvio da adoção do modelo econômico que está na base das economias dos quatro países integrantes do Mercosul.

⁴⁰ Deisy Ventura, op. cit., p. 3, esclarece que para que as organizações sejam eficazes se faz preciso que o meios colocados pelos Estados-membros à disposição da coletividade sejam adequados aos objetivos por ela perseguidos.

território, quando os efeitos a ele se restringirem. O Protocolo atribui à Comissão de Comércio do Mercosul e ao Comitê de Defesa da Concorrência a sua aplicação.

Conforme o art. 4º da Decisão nº 18/96, constituem infração às suas normas, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul ou que afetem o comércio entre os Estados Partes. A iniciativa do procedimento cabe aos órgãos nacionais de aplicação, os quais poderão iniciar o procedimento de ofício ou mediante representação fundamentada da parte legitimamente interessada. Cabe ao Comitê de Defesa da Concorrência instaurar a investigação ou, com *referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, arquivar o processo.⁴¹ A investigação da prática restritiva incumbe, de acordo com o artigo 14, ao órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado, com o auxílio dos órgãos de aplicação nacional dos demais Estados Partes, assim como a elaboração de um parecer conclusivo, quando concluído o parecer investigatório. É possível ao Comitê de Defesa da Concorrência homologar, em qualquer fase do procedimento, o chamado compromisso de cessação, em que o representado assume obrigações e o compromisso de apresentação de relatórios, sob pena de multa, para que a investigação fique suspensa durante um prazo, ao final do qual o procedimento é arquivado.

Com o final das investigações e a apresentação do parecer conclusivo por parte do órgão nacional, o Comitê definirá as práticas restritivas e estabelecerá as sanções e demais medidas pertinentes. Em sendo alcançado o consenso, as sanções serão definidas pelo Comitê. Caso contrário, a Comissão de Comércio do Mercosul pronunciar-se-á mediante a adoção de Diretiva. O Protocolo remete ao órgão nacional de aplicação do Estado Parte a aplicação da sanção, prevendo o parágrafo 2º do artigo 20, mais uma vez a possibilidade da inexistência de consenso, situação em que as alternativas serão encaminhadas ao Grupo Mercado Comum. Caso neste âmbito não seja alcançado o consenso, estabelece o Protocolo o recurso ao sistema de soluções de controvérsia⁴².

⁴¹ Observe-se que o grau de independência dado ao Comitê é muito pequeno. Cecília Andrade, p. 430, consigna que o Comitê não faz uso de qualquer tipo de decisão, medida preventiva ou multa sem o *referendum* da Comissão. Acrescenta que na hipótese de não se chegar a uma decisão por consenso o Comitê deve enviar as suas decisões à Comissão de Comércio do Mercosul, que irá adotar a Diretiva definindo as sanções aplicáveis à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso. Outra disposição que conforta essa conclusão é a do artigo 12, segundo a qual o Comitê deve encaminhar regularmente à Comissão relatórios sobre o estado de tramitação dos casos em estudos.

⁴² O texto original da Decisão nº 18/96 remete ao Protocolo de Brasília, porém este resta

É fácil verificar a dificuldade que a necessidade de um consenso impõe à atuação de uma efetiva defesa da concorrência. A falta de consenso revela a protelação de uma medida definitiva, o que, sem dúvida, poderá permitir nesse período que os efeitos restritivos da concorrência continuem sendo gerados, até porque se extrai do texto do Protocolo um caráter eminentemente punitivo. Ocorre que o procedimento adotado não revela a preocupação com um mecanismo de análise *a priori*, com o fim de evitar a conduta, pois o protocolo tanto menciona as práticas “que tenham por objeto produzir” como aquelas “que produzam efeitos sobre a concorrência”. Existe a previsão de aplicação de medidas preventivas, no artigo 13, entretanto somente aos casos de urgência ou quando houver ameaça de dano irreparável à concorrência.

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

Como se vê, também no Protocolo de Defesa da concorrência do Mercosul, não há nenhuma norma específica, com possibilidade de atribuir efetividade ao controle de concentrações. O protocolo remete ao Estado Parte o compromisso de editar normas comuns que visem a tal controle. Para tanto, foi fixado o prazo de 2 anos, o qual, se sabe, não foi observado. Resulta de tal disciplina que as concentrações que causassem algum prejuízo à concorrência no bloco teriam de ser inseridas nas práticas, que de forma geral, estão disciplinadas no já referido art. 4º e exemplificadas no artigo 6º. Disse se retira que as operações somente poderiam ser coibidas depois de praticadas, pois ausente qualquer mecanismo de controle *a priori*. De outra parte, como não houve a harmonização prevista pode-se afirmar que inexistente no âmbito do Mercosul um mecanismo de controle de concentrações, por essa razão o controle conjunto entre Brasil e Argentina se mostra necessário.

Em dezembro de 2002, os Estados Partes firmaram um acordo sobre o

derrogado pelo Protocolo de Olivos. Os dois têm em comum a previsão de três estágios para a solução: negociação direta, reclamação na seção nacional da Comissão de Comércio do Mercosul e laudo arbitral. Pode-se citar como modificações introduzidas pelo Protocolo de Olivos a oportunidade de que as partes, após não terem logrado êxito na negociação direta, poderem optar pela Reclamação ou pelo Laudo Arbitral. Ademais o Protocolo de Olivos criou o Tribunal Permanente de Recursos.

regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência⁴³, em que é afirmada a imprescindibilidade das condições adequadas de concorrência. Este acordo define a composição do Comitê de Defesa da Concorrência e dos órgãos nacionais de aplicação, bem como o procedimento para aplicação do Protocolo. Entre suas disposições destaca-se o disposto no artigo 10, que trata do âmbito de aplicação do Protocolo. Ocorre que esse aludia exclusivamente à afetação do comércio entre os Estados Partes e este explicita que serão consideradas, concomitantemente, a afetação do comércio entre os Estados Partes e a afetação dos mercados relevantes de bens ou serviços no âmbito do Mercosul. É a primeira vez que há uma preocupação com os serviços, já que o Protocolo 18/96 mostrava-se exclusivamente mercantilista⁴⁴.

De qualquer sorte não se têm no Mercosul meios de controle de concentrações que possam ser colocados em prática. Ainda não houve a harmonização prevista pelo Protocolo. De qualquer sorte, portanto, o controle conjunto entre Brasil e Argentina é a medida que se mostra passível de efetividade.

3.2 O controle conjunto como um passo à frente para o Mercosul

Considerando-se que, como se viu, até à presente data não foram elaboradas normas comuns que permitam que o disposto no artigo 7º do protocolo seja observado, sem dúvida alguma o estabelecimento de um controle conjunto entre Brasil e Argentina representaria um grande passo para a proposta integrativa. Parece lógico que a hipótese representaria um incentivo aos demais Estados Partes, Uruguai e Paraguai. Veja-se que a aproximação entre a lei argentina e a lei brasileira serve como alicerce para o controle conjunto. Dessa forma, o incentivo com certeza levaria os outros dois países à criação de legislações que permitissem tal procedimento.

Cabe referir, de acordo com José Tavares Jr., que existe uma dicotomia entre o escopo normativo do protocolo e o estado das instituições nacionais, que estão retardando a aplicação de suas disposições. Como é sabido, Paraguai e Uruguai até a presente data não possuem legislação de defesa da concorrência. Efetivamente não se pode falar em normas comuns se essas sequer existem no ordenamento nacional. De outra parte, o autor destaca, que a viabilidade do controle conjunto entre Brasil e Argentina independe desse protocolo, o que

⁴³ Acordo firmado na XXIII Reunião do Conselho de Mercado Comum, de 05 a 06 de dezembro de 2002, em Brasília. Disponível em <http://www.mercosur.org.uy>, acesso em 07/08/2003.

⁴⁴ José Tavares de Araújo Jr, *in Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima*, refere que o protocolo de Fortaleza deixava impunes várias práticas no setor de serviços. Disponível em www.cade.gov.br, acesso em 06 de outubro de 2003.

decorre, exatamente, do princípio da extraterritorialidade, que consta das duas legislações⁴⁵. Com isso, então, o que se tem é que esse controle representaria um avanço ao Mercosul, além de possibilitar decisões convergentes que trariam benefícios às partes interessadas, gerando segurança jurídica às operações.

IV. UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE CONJUNTO: UMA PROPOSTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Cabe esclarecer que serão apresentadas considerações a respeito do sistema de controle encontrado na União Européia apenas a título ilustrativo e com o intuito de reforçar a questão da segurança jurídica. É lógico que não se busca, com isso, trazer alguma outra possibilidade para o Mercosul: primeiro porque a estrutura existente nos dois blocos é completamente diversa, segundo porque o que se pretende é simplesmente expor uma forma de efetivar um mecanismo já autorizado, o controle conjunto.

4.1 O balcão único na União Européia: uma ilustração

O Tratado que instituiu a Comunidade Européia não regula especificamente o controle de concentrações, situação que, por vários anos, gerou controvérsia a respeito do tratamento a ser dado à questão⁴⁶. A fim de que cessasse essa controvérsia, impunha-se a regulamentação, o que foi feito atendendo os termos dos artigos 87 e 235, do Tratado de Roma.

O Regulamento específico foi criado em 1989 – Regulamento nº 4064/89 do Conselho de 21 de dezembro de 1989 –, entrando em vigor em 21 de setembro de 1991. Essa legislação sofreu alterações nos termos do Regulamento nº 1310/97 do Conselho de 30 de junho de 1997⁴⁷.

⁴⁵ José Tavares Araújo Jr. op. cit.

⁴⁶ Embora o Regulamento tenha sido editado a fim de dar um tratamento específico ao controle de concentrações, o Regulamento do Conselho nº 1310/97, de 30 de junho de 1997, que o alterou, incluiu no art. 2º a previsão de que quando a criação de uma empresa comum que constituir uma operação de concentração na aceção do artigo 3º tiver por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação será avaliada segundo os critérios previstos nos nº 1 e 3 do artigo 85 do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

⁴⁷ Antoine Winckler. *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations*, Paris: De Boeck Université, 1998. p. 07, esclarece que o estabelecimento de um mercado único impôs a necessidade da adoção de regras comuns, a fim de fazer face à multiplicação das

Observa-se que o critério adotado pelo Regulamento é exatamente acerca da avaliação pela Comissão^{48 49} da compatibilidade ou da incompatibilidade das operações. O artigo 1º do Regulamento determina a sua aplicação a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, estabelecendo os limites que devem ser observados para que se considere a operação de concentração como de dimensão comunitária⁵⁰.

Preenchidos os critérios estabelecidos pelo Regulamento, estará a operação sujeita às regras do Regulamento, de forma exclusiva. Trata-se do princípio chamado de balcão único, que compreende a aplicação da disciplina comunitária com a exclusão da aplicação paralela de normas nacionais. Tal princípio é pautado pela necessidade da segurança jurídica, ao evitar a possibilidade de decisões divergentes acerca da mesma questão, assim como eventuais conflitos de competência.⁵¹ Winckler salienta que esse princípio essencial distingue de maneira significativa as regras comunitárias aplicáveis em matéria de concentração

reestruturações industriais e das fusões/aquisições transfronteiriças resultantes da integração das economias europeias. Completa o autor dizendo que se trata do resultado de um compromisso difícil – para não dizer trabalhoso – entre diversas concepções nacionais, razão pela qual foi o Regulamento objeto de numerosas críticas.

⁴⁸ De acordo com Pascal Fontaine, *in Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992, a Comissão das Comunidades Europeias é um dos órgãos fulcrais do sistema institucional comunitário. Na seqüência do tratado de fusão dos órgãos executivos, o qual entrou em vigor em 1 de julho de 1967, a Comissão passou a constituir um organismo comum às três Comunidades Europeias: A CECA, a CEE e a Euratom. Acrescenta o autor que enquanto órgão representativo dos interesses comunitários, a Comissão não deve aceitar instruções de nenhum Estado-membro. Na sua qualidade de guardião dos tratados, vela pela aplicação dos regulamentos e das diretivas adotadas pelo conselho, podendo recorrer à via contenciosa perante o Tribunal de Justiça a fim de garantir a aplicação do direito comunitário. *In Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1992.

⁴⁹ Émile Noël, *In As Instituições da Comunidade europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1993. p. 15., explica que todos os Tratados das comunidades Europeias atribuem à Comissão amplas tarefas que podemos esquematicamente descrever como: a Comissão é a guardião dos Tratados, A Comissão é órgão executivo das Comunidades, a Comissão é a indicadora da política comunitária e exprime o interesse comunitário no Conselho.

⁵⁰ *Ibid*, p.42. Refere o autor que se aplicam as disposições do regulamento às modificações estruturais importantes, cujo efeito sobre o mercado se estende além das fronteiras nacionais de um Estado-membro.

⁵¹ Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, p. 157, esclarece que o princípio significa que a comissão é a única autoridade competente para conhecer as operações de concentrações de empresas que tenham dimensão comunitária.

daquelas aplicáveis em matéria de *ententes* e de abuso de posição dominante, os quais não excluem a aplicação concorrente das disposições nacionais⁵².

Cabe salientar que, entretanto, não foi o referido princípio estabelecido de forma absoluta naquele âmbito. Verifica-se nas regras contidas no Regulamento que há uma espécie de relativização do balcão único, o que se observa em razão das cláusulas de cooperações com os Estados-membros, das cláusulas de reenvio e, ainda, da cláusula que autoriza a proteção de interesses legítimos. De qualquer sorte, porém, tratando-se de uma ordem jurídica supranacional, não seria possível cogitar da possibilidade de que a análise das concentrações ocorresse de forma diversa. Ao ser estabelecida a competência da Comissão para analisar a compatibilidade ou não das concentrações aos interesses regionais de forma exclusiva, impõe-se que as operações de âmbito comunitário sejam notificadas somente àquele órgão, com a conseqüente submissão dos Estados-membros às decisões adotadas.

4.2 A extraterritorialidade: elemento fundamental para a questão

Conforme já foi mencionado por ocasião da análise das legislações nacionais, tanto a lei brasileira de 1994, quanto a lei argentina de 1980 adotaram o princípio da extraterritorialidade, uma vez que estabelecem nos artigos 2º e 3º, respectivamente, que estarão sujeitos a suas disposições as operações que sejam praticadas em seus territórios, como também aquelas que nesses espaços surtam efeitos. Como se viu, a teoria relacionada à extraterritorialidade, que adota como critério definidor da competência o local da prática da conduta e ainda o local onde são produzidos os efeitos, é conhecida como da ubiqüidade.

Salienta-se que a extraterritorialidade deve ser vista como fundamental ao controle conjunto de concentrações sob dois aspectos: primeiro como base jurídica que o autoriza, segundo como elemento que reforça a sua necessidade. Trata-se da base jurídica, porque somente em razão da previsão que estabelece a competência para análise de operações praticadas em outros países que surtam efeitos em seus territórios é que será possível juridicamente o controle conjunto. É essa previsão que autoriza que Brasil e Argentina conjuntamente analisem uma operação de concentração praticada em um dos territórios que tenha produzido também efeitos no outro. José Tavares Jr esclarece que um acordo de cooperação antitruste poderia ser baseado na chamada cortesia positiva, que em geral tem como conteúdo uma mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, o acesso do funcionário de um país a outro durante as investigações,

⁵²Antoine Winckler, op. cit., p. 15.

a possibilidade de que um país solicite ao outro o início da investigação em razão de feitos produzidos em seu território, além de encontros regulares das autoridades para discutir as políticas domésticas e trocar informações⁵³. De outra parte, a extraterritorialidade aponta para a necessidade do controle conjunto por questões de segurança jurídica. Considerando-se a teoria da ubiqüidade, não serão poucas as operações praticadas no Brasil que surtirão efeitos na Argentina, bem como praticadas na Argentina que surtirão efeitos no Brasil. Pela aplicação das leis nacionais, em ambos os casos far-se-iam necessárias duas notificações: uma no território da prática da operação e a outra no território onde seriam produzidos efeitos. No mesmo sentido do que já se mencionou em relação ao balcão único, essa notificação dupla poderia resultar em problemas de competência e ainda de decisões divergentes, acrescentando-se a isso um maior ônus aos interessados. Assim, o controle conjunto representaria fator de segurança jurídica, uma vez que evitaria tais riscos, alcançando aos interessados uma certeza que se faz imprescindível em operações que, em geral, envolvem grandes dimensões.

V. CONCLUSÃO

Embora indiscutível a importância de um controle de concentrações no âmbito dos blocos econômicos, conta-se a respeito uma grande deficiência no âmbito do Mercosul. A disciplina estabelecida pelo Protocolo 18/96 até hoje não foi aplicada, sendo que em razão da falta de normas nacionais acerca do tema, tanto no Paraguai, quanto no Uruguai, não existe possibilidade de se falar em harmonização.

Com isso, a hipótese de um controle conjunto de atos de concentração entre Brasil e Argentina surge com definitiva importância, inclusive para estimular os outros dois países. A análise das legislações brasileira e argentina permite verificar uma grande aproximação no tratamento dispensado à questão da concorrência. A lei argentina de 1999, a exemplo da brasileira de 1994, adota o princípio da extraterritorialidade, o qual autoriza juridicamente o referido controle. Além disso, a extraterritorialidade, que define a competência dos dois países pela teoria da ubiqüidade, acaba por reforçar a necessidade do controle conjunto, já que em razão da regra que estabelece, quanto à conduta e aos efeitos, estabelece-se o risco de problemas de competência, bem como de decisões divergentes.

⁵³ José Tavares de Araújo Jr., *op. cit.*. O autor ainda descreve que a cortesia positiva faz parte de um acordo entre União Européia e Estados Unidos, sendo que na última década houve 473 notificações relativas a fusões e aquisições.

Assim, urge que o acordo noticiado em julho último seja efetivamente firmado. Um controle de concentrações conjunto representaria uma avanço para a proposta mercosulina, baseado em uma imprescindível segurança jurídica.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Mercosul: Fundamentos e Perspectivas*. São Paulo: LTR, 1998. 159p.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentrações de Empresas*. São Paulo: Singular, 2002. 480 p.

ARAÚJO JR., José Tavares de. *Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima*. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 06/10/2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTR. 1998. 272p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. 680p.

CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366p.

CELLI JR., Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1999. 252p.

DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico. Jurisprudência Anotada*. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1927p.

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

FONTAINE, Pascal. *Dez Lições sobre a Europa*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1992.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. 440 p.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998. 362 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2000. 798 p.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. 558 p.

NOËL, Émile. *As Instituições da Comunidade Européia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1993.

PENÁ, Julián. *Control de Concentraciones Económicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002. 608p.

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

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. São Paulo: Ícone, 2003. 438 p.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial. Um Mecanismo de Direito Processual a serviço do Direito Comunitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 144p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo da. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR1 998. 317p.

VENTURA, Deisy. *As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. São Paulo: Manole, 2003. 694 p.

WINCKLER, Antoine *et al.* *La Pratique Communautaire du Contrôle des Concentrations*. Paris: De Boeck Université, 1998. 649p.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol./n.º-
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Almeida, Valdomiro José de	A defesa da concorrência no setor regulado de energia elétrica	10-3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de	Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy	10-3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Araújo Jr., José Tavares de	Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy	10-2
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas tv's por assinatura	10-1
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boeing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6

Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro	10-3
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Considera, Cláudio	Uma breve história da economia política da defesa da concorrência	9-5
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cristofaro, Pedro Paulo Salles	As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência	10-3
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
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	Concorrência em mercado regulado: a ação na ANP	9-5
Dutra, Pedro	Atividade econômica, empresa sob controle estatal e livre concorrência	10-3
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	A atividade econômica, empresa sob controle estatal e livre concorrência	10-3
Fagundes, Jorge	Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price-standard	10-5
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
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, Marco Vinícios Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinícios Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinícios Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinícios Chein	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tércio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6

Ferraz, Tércio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tércio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tércio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Gonçalves, Victor Hugo Pereira; Serau Junior, Marco Aurélio	A regulamentação e fiscalização da atividade econômica na internet : problemas inerentes à defesa da concorrência	10-5
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	10-5
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9

Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leal, João Paulo G.	Discriminação de preços e o Robinson-Pattman Act	10-3
Leal, João Paulo G.	Discriminação de preços e o robinson-patman act	10-5
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
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	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6

Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
Nogueira, José Carlos da Silva	A análise do mercado relevante e o princípio da isonomia na matéria antitruste	10-5
OECD	Suggested Issues for Discussion III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	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
Peña, Julián	La defensa de la competencia en la argentina	10-3
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, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações	10-1
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
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
Prieto, Magali Favaretto	Transnational reach of economic regulations - the extraterritorial reach of u.s. regulation on telecommunications	10-3
Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert	Sports and the rule of reason	10-3
Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert	Yield management and the airlines industry: a new standard for predatory behavior	10-5
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
Reynolds, Michael J.	European merger control	10-5
Riviére Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv x Globo	8-7
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas , triângulos e retângulos	9-5
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI	10-1
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
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
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza da Silva, Anderson	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
Spíndola silva, vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1

Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
VEIGA, LUIZ HUMBERTO CAVALCANTI	E-BANKING: UM FORTE ALIADO DA CONCORRÊNCIA.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE - Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4

14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós 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 Holding inc. – 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 Willians do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapotí S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1

39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímetros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraiá	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 investimetno s/a; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Rousset S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Rousset S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11

40/92	Refrío Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda. X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
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 dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. 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	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco 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 Bilingüe) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingüe) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingüe) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3

Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana	4-4
Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO Nº 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 1999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency 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

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br