

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

volume 9 número 1 - 2002

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 9 número 1 - 2002

ISSN 1517-1957

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

APOIO:



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

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

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

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: 10 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

REGULAMENTO.....	3
BANCA EXAMINADORA	5
GANHADORES DO PRÊMIO IBRAC/ESSO - 2001	5

GRADUAÇÃO

1.º COLOCADO: Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	
ANTONIO CARLOS MACHADO DE ANDRADE JR.	9
2.º COLOCADO: Dumping e preços predatórios	
LETÍCIA FRAZÃO ALEXANDRE	29
3.º COLOCADO: Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	
BRUNO VILHENA LANA PEIXOTO	51
4.º COLOCADO: A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	
LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO	75
5.º COLOCADO: Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	
MELISSE CHIESA.....	105
6.º COLOCADO: Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	
PEDRO AURÉLIO DE QUEIROZ PEREIRA DA SILVA.....	127

PÓS GRADUAÇÃO

1.º COLOCADO: Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	
CAROLINA SPACK KEMMELMEIER	157
2.º COLOCADO: Da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	
LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO	179
3.º COLOCADO: A defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	
FÁBIO CARVALHO LEITE	203

DESTAQUES (em ordem alfabética de sobrenome)

Regulação, empresa e política de concorrência	
MARCOS VINÍCIO CHEIN FERES	235
A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	
ANA CAROLINA DOS SANTOS GATTO	259
Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	
LUIZ GUILHERME DE ANDRADE VIEIRA LOUREIRO	285
A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	
MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES	307
O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	
VLADIMIR SPÍNDOLA SILVA	325
E-banking: um forte aliado da concorrência.	
LUIZ HUMBERTO CAVALCANTI VEIGA	349
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	363

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

O **INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO**, promoverá o *II CONCURSO I-BRAC 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.

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 9 (nove) vias, rubricadas, com o mínimo de 7 (sete) e o máximo de 30 (trinta) laudas formato A-4.

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

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

1.6 Período de inscrição: Até 30/9/2001. 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 VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a se realizar em Novembro/2001, 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 30/11/2001, podendo esta data ser prorrogada a critério da Comissão Julgadora.

4. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

4.1 As avaliações da Comissão Julgadora são irrecorríveis.

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

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

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

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

BANCA EXAMINADORA

Alberto Venâncio Filho , Arthur Barrionuevo, Carlos Eduardo Monte Alegre Toro, Celso Campilongo, Elizabeth Farina, Fernando de Oliveira Marques , Gesner Oliveira, Mário Possas, Walter Ceneviva.

Ganhadores do Prêmio IBRAC/ESSO - 2001

GRADUAÇÃO

1.º Colocado - Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual

Autor: Antonio Carlos Machado de Andrade Jr.

Aluno de Graduação do Curso de Direito da Univ.Paulista - UNIP -São Paulo

2.º Colocado - Dumping e preços predatórios

Autora: Letícia Frazão Alexandre

Aluna de Graduação do Curso de Direito da USP

3.º Colocado - Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica

Autor: Bruno Vilhena Lana Peixoto

Aluno de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado - Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA

Autora : Carolina Spack Kemmelmeier

Aluna de Pós-Graduação em Direito Negocial da Univ. Estadual de Londrina - UEL

2.º Colocado - Da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Autor: Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto

Aluno de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP

3.º Colocado - A Defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -

Autor: Fábio Carvalho Leite

Aluno de pós-graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC- RIO

GRADUAÇÃO

POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA E OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL

*Antonio Carlos Machado de Andrade Jr.**

INTRODUÇÃO

A economia atual é cada vez mais fundada sobre o saber e a inovação e influenciada pela rápida evolução das tecnologias da informação e da comunicação. As novas tecnologias criam as possibilidades econômicas, culturais, sociais e pedagógicas para que as pessoas possam contribuir com suas idéias para a produtividade, criação de novos empregos e riqueza. O fato de que a propriedade intelectual seja bem protegida exerce um papel importante no estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias e difusão do saber essenciais às economias fundadas sobre este ativo intelectual.

De fato, os direitos de propriedade intelectual contribuem de maneira importante para fomentar a inovação e para consolidar o crescimento econômico. Estes direitos conferem a seus titulares a possibilidade de excluir terceiros, durante um determinado lapso temporal, dos benefícios derivados de novos conhecimentos e, mais concretamente, da utilização comercial dos produtos e métodos inovadores que estão baseados nos novos conhecimentos.

As leis sobre a propriedade intelectual (PI) e sobre a concorrência constituem dois instrumentos complementários da política governamental que favorece a eficiência econômica. As leis sobre PI incentivam a inovação e a difusão de tecnologia. Por sua vez, a lei sobre concorrência pode ser invocada para proteger esses estímulos contra qualquer prática anti-concorrencial que cria, mantém ou reforça uma potência comercial ou impõe obstáculos à rivalidade entre empresas.

Com a atribuição da exclusividade jurídica, os direitos de propriedade intelectual podem conferir também a seus titulares a capacidade de ocupar uma posição de domínio sobre o mercado, ao menos enquanto não existam tecnologias e produtos análogos que estabeleçam limites viáveis. O exercício desse domínio pode dar lugar a insuficiências em matéria de distribuição.

Os benefícios que derivam dos direitos de propriedade intelectual estão diretamente relacionados à duração do alcance desses direitos. A deter-

* Estudante de Graduação do curso de Direito da Unip - Universidade Paulista -São Paulo

minação da duração e o alcance dos DPI não é uma das funções dos formuladores da política da concorrência, mas essa política contribui de maneira importante para limitar a amplitude do domínio relacionado com os direitos de propriedade intelectual e garante em particular que esse domínio não seja excessivamente amplo a outros mercados não conexos. Destarte, o direito da concorrência pode haver por resultado a limitação das modalidades e das condições em virtude das quais são concedidas licenças para utilização dos direitos de propriedade intelectual.

O objetivo do presente trabalho consiste exatamente em refletir sobre o tema, com base no direito internacional e no direito comparado, para analisar de que forma a política da concorrência pode contribuir para limitar os abusos monopolísticos relacionados com o exercício de dos direitos de propriedade intelectual.

Para tanto, esse trabalho se dividirá em quatro Partes: na primeira delas apresentaremos os principais conceitos relacionados com os direitos de propriedade intelectual e sobre o direito da concorrência. Na segunda Parte, verificaremos as relações entre a direito de concorrência e o exercício dos direitos de propriedade intelectual. Na Parte III, analisaremos o âmbito da análise da autoridade de concorrência no que se refere ao contexto da propriedade intelectual e, na quarta Parte, apresentaremos uma série de cenários hipotéticos que ilustram a forma na qual a autoridade de concorrência (CADE), pode aplicar a Lei n. 8.884/94 à um gama de práticas comerciais que se referem à propriedade intelectual.

BREVE VISÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.

1. A propriedade intelectual

A doutrina define propriedade intelectual como sendo o domínio absoluto e ilimitado sobre uma coisa imaterial. Com efeito, como em matéria de direitos de propriedade sobre bens corpóreos, também em tema de propriedade intelectual são os direitos oponíveis *erga omnes*.

Os bens tutelados são as obras originárias do espírito humano, as criações do intelecto, tais como as obras literárias, musicais, os programas de computador, as invenções e modelos de utilidade, o desenho industrial e os sinais distintivos. No que se refere a estes últimos, a proteção legal não decorre necessariamente da criação intelectual, mas principalmente em razão da necessidade da tutela da função de identificação destes sinais (marca e nomes

geográficos). O direito exclusivo de utilizar e explorar o bem imaterial tem, de acordo com as legislações nacionais, um caráter monopolístico.

Quanto ao ramo do direito no qual está inserida a propriedade intelectual, as duas posições podem ser encontradas. Durante muito tempo, o direito de propriedade intelectual foi considerado como pertencendo ao direito público. Os defensores de tal opinião a fundamentavam afirmando que os direitos imateriais são conferidos pelo Estado, em razão da necessidade de registro, e que o sistema de propriedade intelectual contém normas de direito penal. Não obstante, a opinião atual, que deve prevalecer, é no sentido de que na ordem jurídica, a propriedade intelectual é inserida no sistema de direito privado. Afinal, ela regula, de uma parte, as relações entre um indivíduo com um bem imaterial e, de outra parte, as relações entre este indivíduo e as demais pessoas concernentes ao bem imaterial.

Neste sentido, a lição de K. TROLLER: “O conjunto do direito de propriedade intelectual pertence de forma preponderante ao direito privado. Ele regulamenta os poderes dos particulares sobre os bens imateriais que eles criaram ou adquiriram. O Estado aí não participa” (trad.)¹. As disposições penais e as relativas ao registro, além de outras, não retiram o caráter de direito privado da propriedade intelectual, assim como o direito de família, o direito real e o direito empresarial também pertencem a esse mesmo ramo da ordem jurídica, não obstante possuam regras relativas ao estado civil, ao registro imobiliário ou aos requisitos formais. Ademais, se considerássemos a propriedade intelectual como pertencente ao direito público, não poderíamos aceitar o reconhecimento dos direitos imateriais dos estrangeiros, o que é previsto nos tratados internacionais e nos direitos nacionais, inclusive na Lei 9.279/96 (referente à propriedade industrial).

Segundo a Convenção de Estocolmo de 14 de julho de 1967, que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Industrial (OMPI), os direitos protegidos são, de uma maneira geral, todos os que resultam de uma atividade intelectual no domínio industrial, científico, literário ou artístico (Art. 2, VIII). Convém, assim, examinar os diferentes bens imateriais objetos do direito de propriedade intelectual.

1.1 As diferentes categorias de bens imateriais

A propriedade intelectual é tradicionalmente dividida em duas grandes categorias: a propriedade industrial e os direitos do autor. Esta divisão resulta da distinção operada a nível convencional (Convenção da União de

¹ Manuel du droit suisse des biens immatériels, t.1, Bâle e Francfort-sur-le-Main, 1992.

Berna sobre direitos do autor e Convenção da União de Paris sobre direitos de propriedade industrial). A propriedade industrial concerne notadamente às invenções, marcas e outros sinais distintivos (nomes geográficos e nomes comerciais), desenhos industriais e concorrência desleal. Os direitos de autor são referentes às obras literárias e artísticas e aos programas de computador. Outras criações humanas também são tuteladas pelo direito, como por exemplo os cultivares² (novas variedades vegetais) e as topografias de semicondutores (“chips” de computadores).

No direito brasileiro, os bens imateriais protegidos são previstos na Lei de Direitos Autorais, na Lei de Propriedade Industrial, na Lei de Proteção dos Cultivares e na Lei de Proteção dos Softwares. A previsão é *numerus clausus*, vale dizer, apenas os bens expressamente previstos nas leis supracitadas são passíveis de proteção jurídica na órbita civil e penal. Eles são divididos em três categorias: as obras estéticas, as obras técnicas e os sinais distintivos. As primeiras compreendem as obras literárias e artísticas às quais podem ser somados os desenhos industriais. As segundas são representadas pelas invenções e obtenções vegetais. Quanto aos sinais distintivos, englobam as marcas, os nomes comerciais e os nomes geográficos (indicações de origem e designações de proveniência).

No que tange aos principais artigos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (lei sobre concorrência) que se referem à propriedade intelectual, cumpre citar o 23, XVI, que define como infração da ordem econômica o açambarcamento ou impedimento à livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; e o art. 24, IV, a, que prevê a possibilidade de recomendação ao INPI para concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator.

1.2. Justificativas para a concessão de direitos de propriedade intelectual

A primeira justificativa dos direitos de propriedade intelectual, notadamente da patente, fundamentava-se no direito natural e remonta aos sécs. XVIII e XIX. Segundo esse argumento, todo homem tem um direito natural às suas próprias idéias, direito que a sociedade tem o dever de reconhecer. A expropriação da idéia consistiria em verdadeiro furto³.

No entanto, o autor de uma invenção pode inevitavelmente retirar sua idéia de um conjunto de idéias herdadas do passado e pode ocorrer que duas ou mais pessoas tenham a mesma idéia ao mesmo tempo. Ademais, seria

² Protegidos pela Lei 9.456/97.

³ Alfredo Robles, *La Révision de la Convention de Paris sur les brevets et le transfert de technologie*, tese de doutorado, Paris I, 1985, p.31.

difícil ou impossível localizar o verdadeiro autor da invenção a fim de se obter a autorização do seu uso (ROBLES, 1985).

A tese da justa recompensa é mais consentânea com a realidade por ser de fácil administração e contribuir para o progresso da ciência e da tecnologia. O inventor que obtém a patente é recompensado pela sociedade pelos serviços úteis que prestou. No entanto, é difícil identificar o inventor de uma obra já que, atualmente, as pesquisas científicas são realizadas por equipes trabalhando em grandes laboratórios empresariais. Pode também ocorrer que, para recompensar o inventor, a patente pode reduzir a taxa de utilização social da invenção. O consumidor vai pagar um preço maior pelo produto e o acesso de outros produtores às invenções protegidas será, portanto, limitado (efeito perverso do monopólio).

A atividade do criador terá uma incidência sobre o corpo social. O inventor enriquece o patrimônio científico. A invenção traz novas forças á expansão industrial. O interesse do Estado é, pois, o de recompensar o inventor para encorajar e multiplicar as invenções⁴. Para que o inventor não guarde segredo de sua invenção, ele é recompensado. Há um contrato entre a sociedade e o inventor que lhe reserva o direito de utilização exclusiva de sua invenção durante um certo período.

Finalmente, segundo a justificação econômica, um inventor hesitará em investir um alto capital num invento com pouca possibilidade de exploração industrial e retorno financeiro. Ele deve recuperar os fundos investidos. O governo deve recompensar as invenções agindo sobre as condições de preço para aumentar o fluxo das invenções e a atividade científica.

As duas últimas justificativas são semelhantes e não há dúvidas de que a patente representa uma justa recompensa para a pessoa que cria novas soluções para os problemas enfrentados pela sociedade. Por outro lado, sem garantia de retorno do investimento, ninguém concordaria em investir uma alta soma de capital, se o seu invento pudesse ser livremente copiado e utilizados por terceiros.

A capacidade de excluir temporariamente terceiros do gozo dos possíveis benefícios derivados da inovação pode estimular as pessoas físicas e jurídicas a utilizar recursos financeiros e humanos para atividades de pesquisa e desenvolvimento e outras atividades custosas que permitem obter novas invenções e novas criações.

⁴Marcel Plaisant, *Traité de Droit conventionnel international concernant la propriété industrielle* - Recueil Sirey, 1949, p.4.

Quando tal proteção jurídica não existe, as empresas rivais podem aproveitar os resultados positivos dos investimentos em pesquisas e desenvolvimento (P&D), para imitar e explorar comercialmente as novas invenções. Uma empresa rival poderia, portanto, copiar uma nova substância química inventada por sua concorrente (v.g. um medicamento), sem investir um centavo no desenvolvimento do produto, produzindo-a em grande escala a um custo sensivelmente mais baixo. Sem os DPI, portanto, não haveria estímulo e segurança para grandes investimentos em P&D de novos produtos e processos que podem trazer grandes benefícios para a sociedade.

De fato, é óbvio que as empresas se sentirão mais inclinadas a transferir novas técnicas e investimentos quando o país possuir regras claras e rígidas para a proteção da propriedade intelectual. Na ausência de um sistema forte de propriedade intelectual, as empresas tenderiam a manter em segredo suas inovações, impossibilitando que, no futuro, a sociedade toda tirasse proveito desse desenvolvimento técnico (quando a invenção caísse sob domínio público).

Ademais, o segredo industrial ou de comércio também exige considerável investimento e nem sempre é possível evitar que empresas competidoras tenham acesso às inovações. De qualquer forma, quando os DPI não estão solidamente fundamentados, é lógico prever que existirá uma tendência ao investimento em atividades inovadoras que possam ser guardadas em segredo com maior facilidade.

2. Direito da concorrência

O direito de concorrência repousa sobre o princípio de que o interesse público é melhor atendido pelos mercados concorrenciais. Estes são socialmente desejáveis porque possibilitam uma alocação eficiente dos recursos. O direito de concorrência procura impedir as empresas de criar, manter ou reforçar de forma inoportuna um potência comercial que possa fragilizar a concorrência sem oferecer vantagens econômicas em compensação.

A potência comercial designa a capacidade de uma empresa de influenciar uma ou várias variáveis da concorrência, como o preço, a produção, a qualidade, a diversidade, o serviço, a publicidade e a inovação. A Lei n. 8.884/94 caracteriza como infração da ordem econômica a dominação de mercado relevante de bens ou serviços, bem como o exercício de forma abusiva da posição dominante (art. 20, I e III). Cumpre ressaltar que uma empresa não viola o direito de concorrência pelo simples fato de adquirir uma posição de destaque no mercado em razão de sua eficiência comercial e da adoção de práticas inovadoras que a faz superar os concorrentes.

Segundo a lei supracitada, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (art. 20, par.2). Esta parcela é fixada em geral como 20% do mercado relevante, mas pode ser alterada pelo CADE para alguns setores específicos da economia.

Outras infrações contra a ordem econômica são o complot (acertos entre concorrentes sobre preços e condições de venda; para adoção de conduta comercial uniforme e divisão de mercado; etc – art. 21; art. 23, X da Lei n. 8.884/94); a discriminação por preços e preços de evicção (v.g. art. 23, VIII, IX, XI, XII e outros dispositivos); assim como certas formas de publicidade enganosa e práticas comerciais desleais (v.g. art. 23, IV, V, VII, XV,...).

No caso de infração à ordem econômica consistente nas condutas visadas nos artigos supracitados, a autoridade administrativa (CADE) e o tribunal podem aplicar as sanções previstas nos arts. 23 a 25 da Lei n. 8.884/84. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode inclusive limitar os direitos de propriedade intelectual de uma empresa infratora, recomendando ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade desta empresa (art. 24, IV, a); além de determinar outras medidas limitativas da propriedade privada (cisão, venda de ativos, etc.).

3. Os DPI e o equilíbrio entre a eficiência distributiva e a eficiência dinâmica

Ao atribuir a exclusividade jurídica, os direitos de propriedade intelectual podem conferir também a seus titulares a capacidade de ocupar uma posição de domínio no mercado⁵, pelo menos enquanto não existam técnicas e produtos análogos que constituam limitações viáveis.

O exercício de uma posição de domínio pode dar lugar a ineficiências em matéria de distribuição: os proprietários de direitos exclusivos determinarão provavelmente os volumes de produção tendo em conta as situações mais competitivas nos mercados de bens e serviços em que tenham reconhecidos esses direitos. Assim farão com o objetivo de conseguir os maiores benefícios possíveis. Conseqüentemente, se é aumentada a oferta de bens e serviços, se acrescentará o bem-estar social graças à uma distribuição mais eficiente dos recursos.

⁵ Entende-se por posição de domínio no mercado a capacidade de manter os preços acima de níveis competitivos durante um lapso de tempo considerável e de se beneficiar, assim, da elevação dos preços.

É importante assinalar que, embora os DPI possibilitem a exclusão das empresas rivais da exploração das invenções patenteadas e dos produtos e métodos derivados, eles não outorgam necessariamente a seus titulares uma posição de domínio no mercado⁶. De fato, as técnicas que podem ser consideradas, pelo menos até certo ponto, como possíveis técnicas de substituição fornecem indicações efetivas sobre a capacidade dos titulares dos DPI para fixar os preços de seus produtos acima dos níveis competitivos. Somente quando não se dispõem de técnicas alternativas, se pode dizer que os DPI conferem a seus titulares posições de monopólio nos correspondentes mercados, apropriadamente definidos⁷.

O exercício de direitos exclusivos de propriedade intelectual que conferem um poder de monopólio, fato de ineficiência distributiva na ausência de técnicas e produtos competidores, está manifestamente em conflito com o que se considera na maioria dos casos como o objetivo principal da política de concorrência: manter uma situação de concorrência para obter uma distribuição eficiente de dos recursos, preços mais baixos e uma gama maior de produtos e serviços para o consumidor.

Não obstante, a política de concorrência admite que, em certas circunstâncias, a sociedade pode ser beneficiada com as restrições limitadas do mercado, de benefícios monopolísticos e da ineficiência distributiva a curto prazo quando é possível provar que dá origem a uma eficiência dinâmica e a um crescimento econômico a longo prazo. Este equilíbrio, que os formuladores da política de concorrência têm de avaliar em múltiplos setores (fusões,

⁶ Segundo um estudo realizado em 1981, os titulares de direitos de propriedade intelectual comunicaram que apenas precisavam de abastecedor rival em 27% dos casos: OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris, 1989, pp. 16 e 17.

⁷ Para determinar os mercados correspondentes, deve ser realizada uma avaliação de todas as mercadorias (ou serviços) que os consumidores consideram diretamente intercambiáveis. Para verificar a possibilidade de substituição, se faz referência em muitos casos à dupla elasticidade da demanda: considera-se que duas mercadorias se destinam ao mesmo mercado quando o aumento do preço da primeira causa um aumento não-marginal da quantidade pedida da segunda. Por causa de limitações em matéria de recursos e tempo, as autoridades reguladoras da concorrência não têm acesso, em muitos casos, às estimativas de dupla elasticidade na determinação dos correspondentes mercados. Pode-se, no entanto, lançar mão de outras técnicas, como os estudo de mercado sobre as preferências dos consumidores. A determinação do mercado tem também uma delimitação geográfica: o mercado está formado por todas as zonas nas quais os consumidores interessados podem e querem reorientar suas compras. V. ONU, *Informe preliminar sobre as modalidades de aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual*, Doc. TD/B/COM.2/CLP/10, 1999.

empresas mistas, etc.), é evidentemente um aspecto de suma importância na relação entre política de concorrência e a proteção da propriedade intelectual. Pode-se afirmar que a ineficiência a curto prazo é o preço a pagar para que a sociedade seja beneficiada com os frutos do crescimento econômico a longo prazo⁸.

Ainda que a necessidade de reconhecer direitos exclusivos com o fim de incentivar o progresso técnico e científico seja um verdade aceita pelos países em geral, o desafio maior consiste em definir os limites de tais direitos. Se forem conferidas exclusividades excessivas, corre-se o risco de danos ao bem-estar social. Esses direitos exclusivos, portanto, devem ser necessários apenas para o inventor tenha um retorno de seu investimento e receba estímulo suficiente para empreender a atividade inventiva, sem que haja um grande risco de reduzir o bem-estar da sociedade.

Os benefícios dos DPI estão diretamente ligados ao prazo de duração do monopólio e à extensão dos direitos. Ainda que a autoridade responsável pela concorrência não tenha meios de fixar a duração e o alcance dos DPI, ela pode limitar a amplitude da posição de domínio relacionada com esses direitos e garantir que essa posição não seja excessivamente ampla e nem seja utilizada como fator de influência em mercados conexos.

Cumprе ressaltar que as patentes não conferem o direito de excluir a concorrência entre os diferentes produtos patenteados. Assim, a política de concorrência deve ser usada para limitar os abusos monopolísticos relacionados com o exercício dos direitos de propriedade intelectual e impedir que as empresas concorrentes, titulares de patentes (ou outros títulos de DPI), empreguem táticas anti-competitivas.

4. Relações entre o direito de concorrência e o direito de propriedade intelectual

A Relação entre o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual está patente no Acordo sobre Aspectos de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (Acordo TRIPS) da Organização Mundial do Comércio.

De fato, no Acordo TRIPS se enuncia expressamente a função da política de concorrência para conseguir que os direitos de propriedade intelectual sejam utilizados para o crescimento econômico e a inovação, conforme se percebe do seguinte dispositivo: *“Nenhuma disposição do presente Acordo impedirá que os membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um*

⁸ Cf. trabalho das Nações Unidas, ob. cit., p.5.

abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro” (art. 40.2).

Destarte, o Estado Membro pode estabelecer, no direito interno, instrumentos para combater e reprimir as práticas relacionadas com os direitos de propriedade intelectual que sejam contrárias à concorrência. Um dos instrumentos mais importantes é a licença obrigatória. Aliás, a Lei n. 8.884/94 dispõe que, sem prejuízo de outras penas, a autoridade de concorrência pode recomendar aos INPI a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, IV, a).

Parte II. O CONTRATO DE LICENÇA E O DIREITO DE CONCORRÊNCIA

Muitas autoridades reguladoras da concorrência aplicam ao exercício de direitos de propriedade intelectual um regime análogo ao de outras formas de propriedade. Não obstante, existem diferenças entre a consideração atribuída ao maior risco inerente ao livre aproveitamento dos DPI e o fato de que a propriedade intelectual possa ser objeto de apropriação mais fácil⁹. Ademais, as práticas anti-competitivas são avaliadas em muitos casos tendo em conta seus efeitos tanto sobre os produtos como sobre os mercados de tecnologia. De fato, limitar a concorrência entre tecnologias rivais tem efeitos sociais redutores que são paralelos aos que produziriam restrições aplicadas ao mercado de produtos.

Outro princípio importante da política da concorrência com relação ao reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual, coerente com o critério geral adotado em todos os outros setores de aplicação, é o de estabele-

⁹ O documento intitulado *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995) do Departamento de Justiça dos EUA, por exemplo, declara o seguinte: “Os organismos aplicam à atividade relacionada com a propriedade intelectual os mesmos princípios gerais anti-monopólio que se aplicam à atividade relacionada com qualquer outra forma de propriedade fungível ou não fungível. Isso não quer dizer que a propriedade intelectual não seja igual em todos os aspectos a qualquer outra forma de propriedade. Estas características podem ser consideradas na análise anti-monopólio e não requerem a aplicação de princípios fundamentalmente diferentes” (trad. do A)

cer uma nítida distinção entre os efeitos horizontais e os efeitos verticais dos acordos de licença. É provável que as práticas horizontais, que têm como resultado a coordenação de atividades entre competidores efetivos ou potenciais, produzam efeitos negativos sobre a concorrência e o bem-estar social. Existe um comportamento anti-competitivo relacionado com o exercício dos direitos de propriedade intelectual entre competidores diretos, por exemplo, quando os titulares de técnicas substituíveis estabelecem acordos de licença recíproca que são acordos encobertos de cartelização com o objetivo de fixar preços para os produtos competidores e para os serviços que utilizam estas técnicas. Estes pactos são análogos aos acordos, que não estão necessariamente circunscritos ao campo da propriedade intelectual, que são considerados pela maior parte das jurisdições como as formas mais prejudiciais de comportamento anti-competitivo.

Outros tipos de acordos horizontais entre titulares de tecnologias rivais também podem ter efeitos prejudiciais à concorrência. Como fazem com outras práticas horizontais, as autoridades reguladoras da concorrência avaliam estes tipos de acordos levando em consideração as circunstâncias concretas de cada caso, analisando as condições básicas do mercado, entre elas o grau de concentração e a intensidade relativa dos obstáculos que se opõem à entrada no mercado. A parte do mercado ocupada por empresas que utilizam as licenças é um elemento particularmente importante da análise. Quando os titulares de licença ocupam pequenas partes do mercado, é menos provável que surjam efeitos negativos para a concorrência.

Os efeitos anti-competitivos das licenças devem ser examinados com atenção pelas autoridades reguladoras da concorrência, especialmente daqueles contratos que possuem cláusulas de exclusividade ou cláusulas restritivas. Não há dúvida de que a transferência de DPI mediante contratos de licença possuem efeitos benéficos, uma vez que facilitam a transferência de tecnologias e permitem a exploração da inovação por empresas que podem gozar de uma maior vantagem comparativa. A eficiência dos métodos de produção pode aumentar e a qualidade do produto pode ser melhorada quando as tecnologias são utilizadas de forma complementar. Ademais, licenciar tecnologia patenteada aumenta os benefícios obtido pelos titulares da patente e estimula as empresa a incrementar investimentos em P&D. A proibição de outorga de licenças teria efeito negativo, portanto, para a sociedade, na medida em que impediria a transferência de conhecimentos a terceiros que estão em melhores condições de fabricar e comercializar os bens e serviços protegidos pelos DPI.

Não obstante, a transferência de tecnologia patenteada pode acarretar danos à concorrência, conforme as disposições contratuais que tenham sido pactuadas pelas partes e as condições reinantes no mercado. Nesta Parte

do trabalho, analisaremos de forma sumária os efeitos favoráveis ou contrários à concorrência dos quatro tipos mais comuns de restrições contratuais. Em virtude dessas restrições, é estabelecida a exclusividade territorial, são impostas exigências de vinculação e são previstas prestações recíprocas. Tais cláusulas são freqüentemente utilizadas como instrumentos para facilitar a transferência de tecnologia, mas em determinadas circunstâncias podem ter como resultado uma restrição abusiva da concorrência.

1. Exclusividade territorial e importações paralelas

Quando é possível dividir os mercados em territórios bem delimitados e bloquear ou limitar suficientemente as correntes comerciais a fim de manter os preços em níveis mais elevados que cada mercado pode suportar, os titulares de direito preferem atribuir exclusividade a um só beneficiário de cada zona (região, cidade, país). Existem duas modalidades diferentes de exclusividade territorial: a versão “aberta” e a versão “fechada”. Na exclusividade territorial aberta, o direito contratual é atribuído ao titular exclusivo de uma zona determinada, sem proteção face à concorrência exercida pelos importadores paralelos que obtêm seus produtos dos titulares de outras zonas¹⁰. Já a exclusividade territorial fechada outorga o direito exclusivo e completo de venda dentro de determinado território. Nesse caso, estão proibidas as importações paralelas e estas não são um fator de concorrência para os produtos distribuídos pelo titular exclusivo local.

A exclusividade territorial nem sempre favorece um comportamento anti-competitivo e pode favorecer a eficiência e o bem-estar social. Reduzir a concorrência entre distribuidores de um mesmo produto pode ser uma condição necessária para intensificar a concorrência entre diferentes marcas. Por exemplo, pode ocorrer que concessionários locais tenham que realizar investimentos para promover produtos introduzidos recentemente no mercado e ainda desconhecidos da maioria dos consumidores. Essa promoção pode ser feita por publicidade, distribuição de amostras gratuitas ou então mediante o aperfeiçoamento dos produtos objetos da licença a fim de adaptá-los à demanda local. A exclusividade territorial pode impedir que outros concessionários se aproveitem gratuitamente desse investimento.

No caso de um número limitado de produtos, a exclusividade territorial aberta pode resultar em um rendimento suficiente dos investimentos realizados pelos concessionários exclusivos locais. Não obstante, quando os obstá-

¹⁰ É o caso da EU, onde não se pode opor à importação paralela de mercadorias e serviços colocados no mercado por fabricantes estrangeiros. O fato de se permitir a exclusividade territorial aberta para impedir a exclusividade territorial atende ao princípio do esgotamento do direito da patente.

culos comerciais são limitados e os gastos de transporte não são importantes, os importadores paralelos podem realizar um volume considerável de vendas, o que reduziria a possibilidade para os concessionários locais de obterem ressarcimento dos custos no país.

Por outro lado, a exclusividade territorial fechada pode ter como conseqüência o estabelecimento de margens duplas excessivas para os concessionários, em prejuízo dos titulares dos DPI. De fato, os concessionários que dispõem de um poder monopolístico podem reduzir a produção e estabelecer preços elevados, em detrimento de toda a estrutura vertical: fixar preços mais baixos graças a uma maior coordenação vertical teria como resultados maiores benefícios tanto para os titulares das licenças como para os concessionários. Com as importações paralelas, os concessionários exclusivos têm limitada a sua capacidade de impor margens excessivas. Se os preços são demasiado elevados, as importações paralelas podem exercer sobre os preços uma influência de baixa.

Outra consideração importante em favor do reconhecimento da exclusividade territorial pelos titulares de direitos de propriedade intelectual é a possibilidade de se beneficiarem da discriminação em matéria de preços. Quando as regiões ou países têm elasticidade de demanda diferentes, fixar preços diferentes em zonas diferentes pode ter como resultado um aumento da rentabilidade total. Mais concretamente, os benefícios totais são aumentados quando são fixados preços mais elevados nas zonas nas quais a demanda é mais inelástica. Com a discriminação em matéria de preços internacionais, os objetivos nacionais da política de concorrência (bem estar da sociedade) pode colidir com o objetivo do bem estar global.

Sob uma perspectiva social internacional, as licenças exclusivas podem ser utilizadas para conseguir, como já foi mencionado, uma discriminação de preços e podem estar associadas, conseqüentemente, com a intensificação da eficiência e expansão mundial da produção. Não obstante, na perspectiva do país de preços mais elevados, a eliminação da exclusividade territorial (ou então da proibição de importação paralelas) pode ter como resultado uma maior concorrência, com conseqüente queda dos preços, em particular quando os titulares dos DPI estão domiciliados no estrangeiro. Assim, esta política é benéfica principalmente para os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que são importadores de tecnologia. Por conseguinte, é interessante para esses países a proibição de restrições territoriais e outras formas de restrições de licença; bem como autorizar e incentivar a importação paralela¹¹.

¹¹ A África do Sul baseou-se na política de importações paralelas para baratear os medicamentos para combate da Aids.

Entretanto, é importante salientar que a adoção de políticas para impedir a discriminação internacional de preços pode ter por conseqüência a abstenção da concessão de licenças pelas grandes empresas multinacionais. Ademais, segundo alguns autores¹², a discriminação internacional de preços e a proibição de realizar importações paralelas podem beneficiar sobretudo os países em desenvolvimento, uma vez que as empresas dos países desenvolvidos podem estabelecer preços mais baixos nos mercados pobres sem ter que reduzir também seus preços nos mercados ricos. Deste modo, as empresas multinacionais poderiam abastecer mercados que não seriam aprovionados se os preços fossem fixados obrigatoriamente de maneira uniforme. A Organização Mundial de Saúde, por exemplo, defende os preços diferenciados dos medicamentos, conforme os recursos financeiros dos mercados.

Outra conseqüência da exclusividade territorial nos contratos de licença é que pode facilitar a aplicação de acordos encobertos de cartelização. Empresas competidoras titulares de um número considerável de patentes relativas a uma determinada classe de produtos podem estabelecer um acordo para conceder licenças exclusivas para uma empresa de propriedade conjunta, que possibilitará a repartição do mercado entre as empresas associadas segundo zonas de exclusividade territorial. Um tal acordo teria como conseqüência a redução substancial da concorrência porque se aplicaria a empresas que de outro modo (ausência de acordo de licença) seriam competidoras diretas.

Por outro lado, a exclusividade territorial torna mais fácil a fiscalização dos preços definitivos dos concessionários. Assim, a aplicação de restrições territoriais por parte dos formuladores da política concorrencial depende da motivação efetiva de seu uso em cada caso concreto e de seu provável efeito. Quando esses acordos não apresentam como resultado uma eficiência considerável, mas formam na verdade parte de um plano de cartelização, é fácil prever que seus efeitos serão negativos para a concorrência e o bem-estar da sociedade. Por outro lado, se são utilizados para corrigir as assimetrias em matéria de informação entre os titulares de direitos e concessionários ou para conseguir discriminação de preços, seus efeitos de caráter social são mais incertos e dependem em boa parte da concentração do mercado e dos obstáculos que se oponham à sua entrada.

2. Exploração exclusiva

¹² V. David Malueg e Maruis Schwartz, "Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination", Economic Analysis Group Discussion Paper, Departamento de Justiça dos EUA, Divisão Anti-monopólio, 1993.

Os acordos de exploração exclusiva impedem que os concessionários fabriquem produtos com o emprego de tecnologias subministradas pelos competidores do titular. Esta disposição é análoga à dos acordos de exploração exclusiva consignada nos acordos de distribuição, em virtude da qual os distribuidores não estão autorizados a vender marcas competidoras. Os argumentos que justificam o estabelecimento de restrições para a exploração exclusiva na concessão de licenças de propriedade intelectual são análogos aos que se aplicam aos mercados de produtos: evitar as possibilidades de aproveitamento gratuito por titulares de direitos rivais e promover o aperfeiçoamento das tecnologias graças à uma relação entre os titulares e os concessionários¹³.

O estabelecimento de relações em regime de exclusividade permite também evitar a utilização de conhecimentos patenteados pelas empresas rivais que também outorgam licenças ao concessionário para fabricação de seus produtos. Por outro lado, este tipo de licença pode ocasionar o fechamento de mercado em detrimento de concessionários rivais e limitar a concorrência no mercado, em particular quando as empresas que celebram tais acordos dominam uma grande parte do mercado correspondente. O efeito de fechamento do mercado depende notadamente da possibilidade de que os titulares existentes ou os novos titulares disponham de uma capacidade suplementar de fabricação.

3. Vinculação de vendas

Vinculação de vendas é a obrigação contratual em virtude da qual um fabricante se compromete a vender um produto determinado unicamente aos compradores que se comprometam a comprar outros produtos que não guardem relação com o anterior. É também denominada “venda casada”. A vinculação pode ser utilizada para proteção do renome da tecnologia objeto da transferência. Por exemplo, o fabricante de novo modelo de elevador exige que os compradores do novo modelo adquiram do fabricante peças de substituição e façam uso de seus serviços de reparação. Esta exigência pode ter por finalidade garantir que qualidade do bem, reconhecida no mercado, não seja aviltada por causa de serviços de conservação ou reposição de peças com qualidade inferior.

A vinculação pode reduzir também o risco inerente à licença de inovações cujo valor comercial é incerto. Esse objetivo pode ser atingido com a fixação de um preço mais baixo para a inovação e mediante a obrigação de

¹³ Patrick Rey e Ralph Winter, “Exclusivity restrictions and intellectual property”, in Robert D. Anderson (dir) *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, 1998.

comprar um produto cuja demanda é relacionada com a utilização da inovação.

Não obstante, a vinculação geralmente é utilizada para discriminar em matéria de preços entre os consumidores que utilizam os produtos ou as tecnologias mais ou menos intensamente. Por exemplo, o aluguel de aparelhos fotográficos é condicionado à aquisição pelo consumidor de filmes fotográficos no estabelecimento do locador. Conforme vimos, a discriminação em matéria de preços pode ter efeitos socialmente benéficos como resultado do aumento de produção.

Por outro lado, a vinculação de vendas pode ter também resultados socialmente negativos, quando é empregada para fechamento de outros mercados. Esse resultado pode ser obtido se o titular do direito ocupa uma posição importante no mercado do produto vinculado e se são consideráveis os efeitos do fechamento nos produtos vinculados.

4. Prestações recíprocas

Esta modalidade de restrição se dá quando os titulares reclamam todos os direitos relacionados com as novas tecnologias que tenham sido obtidos pelos concessionários mediante aperfeiçoamento da tecnologia objeto da licença. Para tanto, pode ser facilitada a transferência de tecnologias aos concessionários, pode ser reduzida também a vantagem dos concessionários pelas atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Tais cláusulas reduzem a concorrência uma vez que não estimulam a obtenção de novas tecnologias.

PARTE III. APLICAÇÃO DA LEI DE CONCORRÊNCIA ÀS PRÁTICAS RELATIVA À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Em geral, para investigar a existência de infração contra a ordem econômica, a autoridade de concorrência procede a uma análise em cinco etapas: estabelece a natureza da transação ou da prática em causa; define os mercados pertinentes; determina se as empresas investigadas possuem posição dominante de mercado; determina se a transação ou a prática em causa pode impedir ou reduzir a concorrência sobre os mercados pertinentes e leva em consideração, se for o caso, motivos fundados sobre a eficiência.

Esta análise é aplicada a todas as indústrias e a todas as categorias de transação e de práticas comerciais. Apenas após definir o mercado pertinente e examinar os fatores de concentração, as barreiras de entrada e a evolução tecnológica é que a autoridade competente poderá concluir se o titular

de uma patente, por exemplo, exerce validamente o domínio de um mercado relevante de bens ou serviços.

No caso de transações ou práticas relativas aos DPI, para definir o mercado pertinente são utilizados os critérios seguintes: a tecnologia ou conhecimentos intangíveis com base na 1ª e os processos ou produtos originados da PI. Já a posição de domínio é investigada em função do grau de concentração, as condições de entrada de outras empresas, a velocidade da evolução tecnológica, a capacidade das empresas de suplantarem posições que aparentam estar solidamente estabelecidas e os efeitos horizontais¹⁴ sobre o mercado.

Cumpra ressaltar que o só fato de uma empresa exercer posição dominante em virtude de possuir um produto ou processo de qualidade superior ou de instaurar uma prática comercial inovadora não caracteriza, conforme já foi visto, infração à ordem econômica (art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8.884/94).

Não obstante, vários dispositivos da Lei n. 8.884/94 podem ser aplicados às práticas anti-concorrenciais relativas à propriedade intelectual, como as . relatadas no capítulo precedente.

De forma geral, conforme vimos, o simples exercício de um direito de propriedade intelectual não constitui uma infração da ordem econômica; mas, ainda que raramente, pode ocorrer a exploração de uma patente ou de outro DPI possa suscitar uma questão litigiosa sobre o plano da concorrência.

1. Disposições dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94

Entre as condutas tipificadas como infração da ordem econômica não se encontra, de fato, o simples exercício de um direito de propriedade intelectual. Portanto, o monopólio de exploração de uma invenção durante um certo lapso temporal não configura ato anti-concorrencial e não viola a lei sobre concorrência. O exercício de um direito de PI compreende a faculdade de utilizar e de não utilizar um direito de propriedade intelectual. .

Por outro lado, quando os DPI constituem o fundamento de acordos concluído entre entidades independentes, seja sob a forma de transferência, de acordo de licença ou .de pacto visando a utilização ou a aplicação dos direitos de propriedade intelectual, pode haver, em tese, infração à ordem econômica, quando o dano à concorrência deriva de tal acordo e não simplesmente do exercício do direito.

¹⁴ Efeitos horizontais anti-concorrenciais podem surgir se a transação ou prática faz aumentar os custos dos concorrentes. Por exemplo, uma transação pode impedir o acesso de concorrentes ao mercado ao aumentar o custo

Em tese, há infração da ordem econômica quando uma empresa aproveita a proteção outorgada por uma patente para promover acordo que crie, mantenha ou reforce a posição de dominância de um mercado relevante de bens ou serviços. Quando duas ou mais empresas adotam uma prática que diminui ou impede a concorrência, o ~ prejuízo à ordem econômica decorre de alguma coisa mais do que um simples exercício de um direito de propriedade intelectual.

De fato, constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que limitem ou prejudiquem de qualquer forma a concorrência (art. 20, I), que implique na Cominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, II) ou que favoreça o exercício abusivo de posição dominante (art.20, IV); bem como aqueles que impliquem em divisão dos mercados de serviços ou produtos (art. 21, III). A existência de um direito de propriedade intelectual não constitui um fator v atenuante.

A transferência de direitos de PI que diminua ou impeça a concorrência representa uma outra situação na qual o prejuízo do concorrente decorre qualquer coisa além que o simples exercício de um direito de propriedade intelectual. É o que ocorreria, por exemplo, quando um concedente vinculasse um produto que ano seja objeto de propriedade à um produto protegido por seu direito de PI ou no caso de uma empresa obter, por meio de um contrato de exclusividade, uma posição de domínio que vai além da duração da patente que ela detém. Nessas duas hipóteses é possível a intervenção do CADE para impedir prejuízo à concorrência.

Pode ocorrer ainda que a recusa de outorgar uma licença ou de conceder outras formas de acesso a um DPI não consubstancie um simples exercício do direito do inventor ou criador, mas configure, na verdade, um ato que atenta contra a concorrência. Assim, por exemplo, pode ocorrer posição dominante quando uma empresa adquire sistematicamente uma coleção determinante de DPI e recusa, por outro lado, a outorga de licenças para terceiros, impedindo ou reduzindo sensivelmente a concorrência sobre mercados relativos a esses direitos. Nesta hipótese, entendemos que a recusa na , outorga da licença pode caracterizar açambarcamento ou impedimento à livre exploração de direito de propriedade intelectual ou de tecnologia (art. 21, XVI).

2. A recusa na outorga de licença pode caracterizar infração da ordem econômica ?

Conforme sustentamos ao longo do trabalho, entendemos que o simples exercício de um direito de propriedade intelectual não constitui motivo para atuação da autoridade encarregada da defesa da concorrência.

Ao nosso ver, a recusa na outorga de licença está inserida no direito de exploração da invenção (ou criação) pelo titular da patente (ou de outro

DPI), que pode optar pela exploração exclusiva. Não há, portanto, açambarcamento ou impedimento a livre exploração de DPI.

Por outro lado, pode ocorrer que a simples recusa de outorga de licenças de PI prejudique a concorrência, a um ponto considerado importante sobre um mercado pertinente diferente ou consideravelmente mais vasto do que aquele que é objeto dos produtos ou serviços que resultam diretamente do exercício da PI.

De fato, a recusa para que terceiros utilizam a PI pode impedir que outras empresas garantam uma concorrência eficaz sobre o mercado pertinente. Nesta hipótese, a propriedade intelectual, ao invés de constituir um estímulo para o progresso e desenvolvimento tecnológico, representaria um freio à inovação e daria origem a uma situação de posição dominante, onde os outros concorrentes não poderiam entrar sem acesso à propriedade intelectual¹⁵.

Em tal situação, forçoso concluir que haveria limitação ou „f impedimento do acesso de novas empresas ao mercado e obstáculo ao desenvolvimento de empresa concorrente, bem como abuso de posição dominante e impedimento à livre exploração de DPI, de forma a causar prejuízo ao bem estar social e a justificar a intervenção do CADE.

Portanto, três são os fatores que justificam a intervenção da autoridade de concorrência em caso de recusa na outorga de licenças: o titular da PI ocupa uma posição dominante sobre o mercado pertinente, a recusa impede que outras empresas atuem no mercado pertinente e freia a inovação.

Neste caso, sem prejuízo de outras sanções, o CADE pode recomendar ao INPI que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, IV, a).

CONCLUSÃO

O presente estudo mostra que existem relações recíprocas entre a política de competência e o exercício de direitos de propriedade intelectual, notadamente nos contratos de licença. Uma maior convergência dos princípios do direito e da política de concorrência em relação com o exercício dos direitos de propriedade intelectual pode incrementar o bem estar social ao reduzir as incoerências e prevenir as diferenças no sistema internacional de comércio. Para conseguir este objetivo a longo prazo, convém em particular impulsionar o fortalecimento e a compreensão mútua dos critérios nacionais, tanto dos elementos comuns, quanto das divergências.

É importante para esses países aplicar os princípios do direito de concorrência na esfera da propriedade intelectual, para a correta avaliação dos

¹⁵ É o caso por exemplo da licença de dependência- art. 70 da Lei n. 9.279/96.

efeitos anti-competitivos da licença dos direitos de propriedade intelectual, que podem ser positivos ou, como é mais comum, prejudiciais ao bem-estar social. Para tanto, é imprescindível que o país possua um bom quadro de pessoal especializado.

BIBLIOGRAFIA

- INDUSTRIE CANADA. Bureau de la concurrence. *Propriété intellectuelle: lignes directrices pour l'application de la loi*. Québec: Bureau de la concurrence, 1999.
- MALUEG, David e SCHWARTZ, *Parallel imports, demand dispersion and international price discrimination*. Economic Analysis Group Discussion Paper. Washington: Departamento de Justiça, Divisão Anti-monopolio, 1993.
- OCDE, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris, 1989, pp. 16 e 17.
- ONU, *Informe preliminar sobre as modalidades de aplicación de la política de la competencia al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual*, Doc. TD/B/COM.2/CLP/10, 1999.
- PLAISANT, Marcel. *Traité de Droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*.- Paris: Recueil Sirey, 1949.
- REY, Patrick e Ralph Winter. “Exclusivity restrictions and intellectual property”, in Robert D. Anderson (dir) *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, 1998.
- ROBBLES, Alfredo. *La Révision de la Convention de Paris sur les brevets et le transfert de technologie*. Tese de doutorado: Paris I, 1985
- VEIRA LOUREIRO, L.G de Andrade. *A Lei de Propriedade Industrial Comentada*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999.
- SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e a Nova Lei de Propriedade Intelectual*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TROLLER. A. *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, t.1. Bâle e Francfort-sur-le-Main : 1992

DUMPING E PREÇOS PREDATÓRIOS

Letícia Frazão Alexandre*

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Lógica Econômica do Mercado
3. Preços Predatórios
 - 3.1 Determinação dos Preços Predatórios (*Areeda & Turner test*)
 - 3.2 Estrutura do Mercado
 - 3.2.1 Posição Dominante
 - 3.2.2 Barreiras à Entrada
 - 3.2.3 Capacidade Excedente
 - 3.2.4 Disposição de Fatores Produtivos
4. *Dumping*
 - 4.1 Razões do *Dumping*
 - 4.1.1 Discriminação de Preços
 - 4.1.2 Preços Predatórios
 - 4.1.3 Flutuações de Mercado
 - 4.2 Medidas *Antidumping*
 - 4.3 Subsídios
5. Conclusão
6. Bibliografia

1. Introdução

As legislações dos primeiros países que trataram da repressão ao *dumping* buscavam proteger suas indústrias incipientes contra a atuação ruinosa das grandes companhias, especialmente americanas. O Canadá, buscando proteção do *dumping* praticado pela Steel Corporation dos Estados Unidos contra as empresas canadenses, já em 1904 criou a primeira legislação de repressão ao *dumping*, sendo seguido pela Nova Zelândia (1905) e pela Austrália (1906). Os Estados Unidos e o Reino Unido também criaram suas leis *antidumping* antes da Primeira Guerra mundial, visando a impedir a atuação dos cartéis alemães nos seus territórios¹.

A regulamentação do *dumping* pelo GATT (*General Agreement of Trade and Tariffs*), já em 1947, surgiu como uma forma de repressão à adoção

* Aluna de graduação do curso de Direito da Universidade de São Paulo - USP

¹ José R. Pernomian RODRIGUES. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências*, p.137.

generalizada de medidas *antidumping* visando a proteger suas indústrias da concorrência dos produtos estrangeiros. Principalmente no momento de estabelecimento da indústria e na reconstrução do pós-guerra, medidas de repressão ao *dumping* e à concessão de subsídios foram instrumentos cruciais para o crescimento e o desenvolvimento interno da economia.

Nessa época, os governos buscavam legitimar a aplicação de medidas *antidumping* sob a argumentação de que o país exportador possuía intuito predatório, i. e., vendia por preços menores do que aqueles praticados em seu próprio país, pois desejava eliminar todos os concorrentes para tornar-se monopolista, e então, uma vez alcançado seu objetivo, poderia elevar seus preços, causando um grande malefício para todo o mercado interno.

O objetivo desse trabalho é demonstrar que, muito embora esse intuito predatório possa estar presente – principalmente naquele momento em que a indústria era incipiente – os bens juridicamente protegidos pela repressão ao *dumping* e à prática de preços predatórios são distintos. Enquanto a repressão à prática de preços predatórios protege a concorrência, o *dumping* é condenado independente de razões concorrenciais. O bem protegido pela imposição de medidas *antidumping* é o parque industrial do país importador e a situação de pleno emprego. Enquanto a legislação *antitruste* visa a proteger a concorrência, a imposição de medidas *antidumping* protege um ou outro concorrente, v. g., empresas nacionais².

2. Lógica econômica do mercado

A compreensão dos conceitos de preço predatório e *dumping* exige conhecimentos prévios sobre a lógica econômica do mercado. Antes de se adentrar no estudo desses dois conceitos, torna-se necessário demonstrar de modo sucinto como os agentes econômicos agem no mercado.

O sistema de mercado é regido pelo comportamento hedonista, segundo o qual cada um dos agentes econômicos sempre agirá de forma a maximizar os seus resultados. Se por um lado esse comportamento permite que as decisões sobre alocação de recursos escassos sejam tomadas de modo a gerar eficiências para todo o sistema, por outro lado, sempre que esses agentes dispõem de poder de mercado, tornam-se ávidos para exercê-lo, visando a aumentar seus ganhos. O maior grau de eficiência que pode ser alcançado por um agente econômico é a situação de monopólio. Assim, o fim último de qualquer agente econômico é obter o monopólio para que possa auferir lucros monopolistas.

² Tércio Sampaio FERRAZ JR. “Underselling” na Lei nº 8.137/90 Considerações sobre o tipo penal, p. 142

O processo de formação dos preços no mercado segue a lei da oferta e da procura segundo o binômio utilidade e escassez. Assim, o preço de um bem é diretamente proporcional à intensidade da procura (utilidade) e inversamente proporcional à quantidade ofertada (escassez)³. Deste modo, a curva da demanda do mercado é representada por uma reta decrescente pois a medida que a quantidade ofertada cresce, o preço por unidade do bem decresce.

O grau de inclinação dessa reta dependerá da elasticidade-preço da demanda. Pode-se conceituar elasticidade como a proporção relativa em que variam os preços à medida que ocorrem variações na oferta ou na procura. Em um mercado com demanda totalmente elástica, qualquer aumento de preço fará com que a quantidade demandada caia para zero. Já em um mercado com demanda totalmente inelástica, a quantidade demandada será a mesma qual quer que seja o preço do bem. Na prática, o mais comum é que a elasticidade-preço da demanda de um mercado encontre-se em algum lugar entre esses dois extremos. É fácil verificar, entretanto, que quanto mais inelástica a demanda, maior a probabilidade de abuso por parte dos agentes econômicos.

Para explicar as relações no mercado entre preços, custos e quantidades demandadas, os economistas costumam utilizar dois modelos teóricos, concorrência perfeita e monopólio.

Na concorrência perfeita, o mercado é atomizado, i. e., composto por inúmeros agentes econômicos sem capacidade de influir nos preços. O preço é um dado, não depende da quantidade que cada um dos agentes coloca individualmente no mercado, tendo em vista que essa é insignificante em relação ao volume total do mercado. A demanda é totalmente elástica. O produtor individual conseguirá vender toda a sua produção ao preço do mercado, não tendo incentivos para diminuir o preço e não podendo aumentá-lo, pois perderia toda a sua demanda.

Os preços no mercado são fixados no ponto em que a curva de custo marginal, o custo de oferecer uma unidade a mais do bem, encontra a curva de receita marginal, receita obtida com a venda desse bem curva. Neste ponto ocorre a maximização dos lucros. Individualmente considerado, o comportamento do competidor não é economicamente diferente do monopolista. Ambos terão seu ponto ótimo de maximização dos lucros no encontro das curvas de custo marginal e de receita marginal. A diferença reside no fato de que, enquanto para o competidor o preço é o dado do mercado, para o monopolista esse varia em razão da quantidade por ele ofertada. A tabela abaixo explica a

³ Sérgio Varella BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, p. 18.

evolução das receitas e dos custos do monopolista conforme, a variação da quantidade ofertada⁴.

Tabela 1

<i>Q</i>	<i>TC</i>	<i>AC</i>	<i>MC</i>	<i>P</i>	<i>TR</i>	<i>MR</i>
1	10	10.0	10	20	20	20
2	15	7.5	5	19	38	18
3	18	6.0	3	18	54	16
4	20	5.0	2	17	68	14
5	21	4.2	1	16	80	12
6	22	3.7	1	15	90	10
7	23	3.3	1	14	98	8
8	24	3.0	1	13	104	6
9	26	2.9	2	12	108	4
10	30	3.0	4	11	110	2
11	36	3.3	6	10	110	0
12	44	3.7	8	9	108	-2
13	54	4.2	10	8	104	-4
14	66	4.7	12	7	98	-6
15	80	5.3	14	6	90	-8

Pela análise da tabela pode-se perceber que a situação ideal para o monopolista seria que ele pudesse discriminar preços de tal forma que conseguisse vender cada unidade pelo preço máximo que os consumidores estariam dispostos a pagar⁵. No entanto, na medida em que o monopolista não é capaz de praticar essa discriminação, cada unidade colocada no mercado influi no preço das demais, reduzindo-o cada vez mais.

Desse modo, como os demais agentes econômicos, o monopolista dimensionará sua produção no ponto em que o custo marginal iguala-se à receita marginal. A partir desse ponto, o monopolista não mais aumentará a quantidade ofertada, já que isso representaria uma redução de ganhos. O ponto ótimo ocorre em 10 unidades, pois ao produzir a 11^a unidade, ocorrerá um aumento de custo de 2 reais, enquanto a receita marginal também aumentará em 2 reais, não tornado rentável produzir uma unidade a mais.

⁴ Phillip AREEDA e Louis KAPLOW. *Antitrust analysis - Problems, text, cases*, p. 15.

Na tabela (Q) é a quantidade ofertada, (TC) custo total, (AC) custo médio, (MC) custo marginal, (P) preço, (TR) receita total, (MR) receita marginal.

⁵ Discriminação de preços de primeiro grau.

O gráfico abaixo representa a comparação entre o modelo de concorrência perfeita e o de monopólio. Como dito anteriormente, tanto o concorrente como o monopolista maximizam seus lucros ao fixarem o preço no encontro da curva do custo marginal (Cm) com a receita marginal (Rm). No entanto, enquanto no modelo concorrencial a curva de receita marginal coincide com a da demanda (D), no modelo monopolista, pela razões acima explicadas, essa curva sofre uma inclinação⁶, fazendo com que, para o monopolista, seja mais rentável produzir uma quantidade menor, quantidade de monopólio (Qm), aumentando, assim, o preço ao nível de monopólio (Pm).

Figura 1

O monopólio acarreta lucros extraordinários para o monopolista, por meio de uma transferência de riquezas dos consumidores, retângulo *A*. Além disso, leva a uma perda para toda a sociedade, triângulo *B*. Este representa todos os consumidores que estariam adquirindo o bem a preço concorrencial que devido ao monopólio deixarão de consumir (é o chamado *deadweight loss of monopoly*). É uma perda para toda a sociedade. A área *C* corresponde ao lucro adicional que a empresa teria ganhado vendendo $Q_c - Q_m$ pelo preço P_c .

Esse dois modelos são paradigmas teóricos para que se possa compreender como se formam os preços no mercado e como os agentes econômicos atuam. A realidade das relações do mercado se distancia muito desses modelos. O conceito de custo marginal, por exemplo, é meramente teórico; as empresas não costumam fazer esse tipo de análise para saber qual a quantidade que maximiza os lucros. Esses conceitos foram aqui apresentados, pois sem eles seria bastante árduo compreender as diferentes razões que levam empresas à prática de *dumping* e de preços predatórios.

3. Preços Predatórios

Como visto, todo agente econômico colocará seus produtos no mercado pelo preço que maximize seus ganhos, ou seja, no ponto onde a curva de custo marginal encontra a de custo marginal. Essa é a lógica econômica do mercado.

A prática de preços predatórios, em uma primeira análise, parece atentar contra esta lógica. O predador vende seus produtos no mercado abaixo do seu custo marginal, preços que não maximiza os seus ganhos.

⁶ A curva de receita marginal é calculada através da bissetriz entre o preço e a demanda.

Preços menores, a princípio, não deveriam ser alvo das preocupações antitruste. Na verdade, o preço predatório não é condenado por resultar em preços menores. Ele é condenado porque, se os objetivos visados forem alcançados, haverá a formação de um monopólio, resultando em preços monopolísticos⁷.

Por trás da aparente irracionalidade dos preços predatórios há certa racionalidade. Calixto Salomão Filho⁸, expõe três explicações para a conduta. “Em primeiro lugar, o monopolista pode querer estabelecer uma reputação de comportamento agressivo em relação aos que tentam invadir seu mercado. Ele pode, ainda simplesmente querer transmitir a falsa impressão ao mercado de que seus custos são menores do que os dos concorrentes, desincentivando a sua entrada. A terceira explicação é baseada no maior potencial financeiro do monopolista, que faz crer poder forçar a empresa economicamente mais fraca a sair do mercado”. Destarte, a prática de preços predatórios só é racional, na medida em que vise ou à formação ou à manutenção de um monopólio, tornando possível ao agente econômico auferir os lucros extraordinários do monopolista.

3.1 Determinação do preço predatório (Areeda & Turner test)

Na conceituação de preços predatórios, não se analisa se os preços da empresa acusada de predação são menores do que aqueles praticados pelos concorrentes, mas sim se esses preços estão fixados abaixo do seu custo marginal. Lembre-se que o direito antitruste protege a concorrência e não os concorrentes. Muitas vezes, um número elevado de pequenas empresas não garante que o mercado seja eficiente. Nesses mercados pode-se verificar a existência de uma escala mínima de eficiência. Em alguns tipos de mercados, o grau máximo de eficiência só é obtido com a presença de uma única empresa⁹. Assim, caso a empresa acusada possua legalmente custos menores irá eliminar os concorrentes porque é mais eficiente. Essa é a racionalidade econômica do mercado.

Desse modo, para caracterizar a predação torna-se necessário constatar que a empresa oferta seus produtos abaixo do seu custo marginal. Aí começam a surgir as dificuldades na constatação da prática de preços predatórios.

⁷ Herbert HOVENKAMP. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*, p. 299.

⁸ Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial, as estruturas*, p. 81.

⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre escala mínima de eficiência e monopólio natural, consultar a Herbert HOVENKAMP, op. cit. p. 29

Ocorre que o valor do custo marginal é uma definição conceitual. É o custo incorrido ao se produzir uma unidade a mais de um bem. Na prática, as empresas, dada a extrema dificuldade, não costumam realizar esse tipo de cálculo. Portanto, para que se possa condenar uma empresa pela prática de preços predatórios é necessário ter um valor aproximado que seja possível de calcular.

Por essa razão, Areeda e Turner propuseram um critério substituto, o custo variável médio. Segundo esse teste, para verificar a existência de preços predatórios basta verificar quais são os custos variáveis, somá-los e dividir o resultado pelo número de unidades produzidas. Se o preço estiver abaixo do custo variável médio, a princípio será considerado predatório. O teste traz ainda uma tabela contendo quais custos devem sempre ser considerados como fixos; todos os demais custos serão considerados como variáveis.

Uma análise mais aprofundada deste teste mostraria que ele deixa certa margem para a prática de preços predatório, principalmente devido às diferenças entre a curva do custo marginal e a do custo variável médio¹⁰.

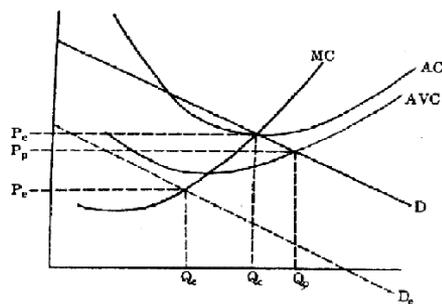
Apesar das críticas ao teste, a grande maioria dos sistemas de defesa da concorrência no mundo passou a adotá-lo, quer integralmente, quer com algumas modificações.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência parece adotá-lo. O art. 21 da Lei nº 8.884/94, em seu inciso XVIII, elenca como prática anticoncorrencial “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”. Já a resolução nº 20 do CADE é mais detalhada definindo preços predatórios como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando a eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”.

3.2 Estrutura do mercado

10

HOVEMKAMP, idemp. 302, demonstra graficamente essa questão.



Pelo fato de que a prática de preços predatórios só é racional na medida em que através dela o predador possa auferir lucros monopolísticos em um segundo momento, só se pode conceber a predação em mercados suscetíveis a monopolização. Assim, para que o predador seja bem sucedido, deverá ser capaz de manter os preços ao nível de monopólio por tempo suficiente para cobrir os custos da predação e ainda obter um lucro que compense correr o risco.

Segundo Hovenkamp, a predação é improvável, a não ser que o mercado seja suscetível à monopolização e que o predador detenha posição dominante¹¹. Partindo-se desse pressuposto, para caracterizar a predação, antes de se examinar se ocorre venda abaixo do custo marginal, ou do custo variável médio, poupar-se-á muito tempo e recursos se a estrutura do mercado for analisada. Se, no mercado em questão, a monopolização não for possível, não se pode falar em preços predatórios, uma vez que o predador nunca seria capaz de recuperar seus prejuízos em um segundo momento. A figura a seguir procura demonstrar que o custo suportado para se manter uma estratégia de predação (*cost of predation*) só será recompensado se o predador for capaz de auferir lucros monopolísticos (*monopoly profits*) por um tempo igual ou maior; é a chamada recuperação.

Figura 2¹²

A Suprema Corte norte-americana, na análise do caso *Brook Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹³, foi a primeira a considerar as

¹¹ *Idem*, p. 307

¹² *Idem*, p. 308.

¹³ Pp. 9-17. “Accordingly, two prerequisites to recovery are also the same. A plaintiff must prove (1) that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs and (2) that the competitor had a reasonable prospect of recouping its investment in below-cost prices. Without recoupment, even if predatory pricing

estruturas do mercado para inocentar uma empresa da prática de preços predatórios. Neste caso, apesar dos preços efetivamente estarem fixados abaixo do custo variável médio, não poderia tratar de predação, uma vez que a estrutura do mercado não permitia a posterior recuperação.

3.2.1 Posição dominante

É necessário que o predador detenha elevada participação no mercado relevante. Caso contrário, seus esforços em eliminar os concorrentes seriam inúteis¹⁴.

causes the target painful losses, it produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced. For recoupment to occur, the pricing must be capable, as a threshold matter, of producing the intended effects on the firm's rivals. This requires an understanding of the extent and duration of the alleged predation, the relative financial strength of the predator and its intended victim, and their respective incentives and will. The inquiry is whether, given the aggregate losses caused by the below-cost pricing, the intended target would likely succumb. If so, then there is the further question whether the below-cost pricing would likely injure competition in the relevant market. The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it. Evidence of below-cost pricing is not alone sufficient to permit an inference of probable recoupment and injury to competition. The determination requires an estimate of the alleged predation's cost and a close analysis of both the scheme alleged and the relevant market's structure and conditions. Although not easy to establish, these prerequisites are essential components of real market injury". Pp. 20-33. "Nor does the evidence about the market and Brown & Williamson's conduct indicate that the alleged scheme was likely to have brought about tacit coordination and oligopoly pricing in that segment".

¹⁴ Voto do Conselheiro Antônio Fonseca na Averiguação Preliminar nº 08000.018467/95-06, de 16 de julho de 1997, Representante: Hot House Indústria Metalúrgica, Representada: Metalcorp Ltda.

- "2. No caso a denúncia é de preço predatório. Em princípio, o preço baixo é resultado da concorrência e favorece ao consumidor. Para essa prática se tornar ilegal é preciso que tenha por efeito excluir um concorrente. Quem pratica preço predatório, i. e., vende abaixo do custo passa por um momento inicial de prejuízo que é compensado num momento futuro após a exclusão do concorrente. Somente se lança nessa aventura arriscada quem efetivamente detém poder de mercado.
3. A empresa denunciada é de pequeno porte. O mercado de lareira e churrasqueira é caracterizado pela pulverização de concorrentes. Embora mal instruídos, os autos revelam que não restou comprovado domínio de mercado. Faltando esse pressuposto, não há que se falar em prática anti-concorrencial".

Uma empresa com *market share* menor ou igual ao de seus concorrentes dificilmente conseguiria expulsá-los do mercado. Em um mercado no qual quatro empresas participam com iguais *market share*, a possibilidade de, através da predação, uma delas conseguir “quebrar” as demais, tornando-se monopolista, é muito pequena¹⁵. Já em mercados muito concentrados, em que uma empresa detém 75% de *market share*, por exemplo, a predação torna-se muito mais provável.

3.2.2 Barreiras à entrada

Tome-se o seguinte exemplo: a empresa *A* que detinha 75% de participação de mercado engajou-se na prática de preços predatório. Com isso, foi capaz de tirar do mercado a empresa *B*, que antes detinha apenas 25%. Passou, então, a empresa *A* a praticar preços monopolísticos. Isso fez com que não apenas a empresa *B* voltasse ao mercado como nele entrasse também a empresa *C*, ambas buscando auferir os lucros monopolísticos de *A*. Por óbvio, o aumento da concorrência no mercado derrubou os preços. *A*, além de não ter sido capaz de recuperar os custos da predação, ainda terá que enfrentar um novo concorrente no mercado relevante.

O mercado do exemplo acima é um “mercado contestável”. Nesse tipo de mercado, qualquer aumento de preço é “contestado” pela entrada de novos *players*. O pressuposto desse mercado é que não haja barreiras à entrada¹⁶.

Como bem coloca Areeda e Kaplow¹⁷, “barriers are not an all-or-nothing phenomena”. O que barra algumas empresas pode não impedir outras de entrarem em um mercado. As barreiras permitem que as empresas estabelecidas em um determinado mercado relevante possam perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes.

Com caráter exemplificativo, relaciona-se alguns dos principais tipos de barreiras à entrada: economias de escala; economias de escopo; escalas mínimas de eficiência; exigências de altos investimentos de capital; tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes; barreiras institucionais; custo de aprendizado; acesso difícil a matérias-primas; diferenciação de produtos; leal-

¹⁵ In *Zoslaw v. MCA Distrib. Corp.*, the court dismissed a predatory pricing claim without inquiring into price, because the record demonstrated that the defendant’s market share was only 10%.

¹⁶ O conceito de barreiras à entrada adotado nesse trabalho é o de Bain, pois esse é adotado tanto pelas cortes norte-americanas, como pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

¹⁷ Op. cit. p. 21

dade do consumidor à marca; elevados gastos com publicidade; elevada parcela de custos irre recuperáveis (*sunk costs*).

3.2.3 Capacidade excedente

Refere-se à capacidade da planta industrial de uma empresa de produzir além da sua demanda atual¹⁸.

Para que seja possível a predação, torna-se necessário que, após ter expulsado os demais concorrentes, o predador seja capaz de absorver toda a demanda do mercado ao nível de monopólio. Destarte, caso a empresa não detenha capacidade excedente incorrerá em elevados custos para ampliar sua planta industrial, o que pode impedir a recuperação.

Na análise do já comentado caso Brook a Suprema Corte entendeu que a ausência de capacidade excedente da empresa acusada da prática de preços predatórios era um fato tão relevante que só por essa razão a predação não seria possível.

3.2.4 Disposição dos fatores produtivos

A prática de preços predatórios só será bem sucedida se a saída do concorrente do mercado significar que seus fatores produtivos não serão adquiridos por um novo entrante.

Ainda segundo Hovenkamp¹⁹, o pior “pesadelo” de um predador seria que após um longo período de predação o concorrente finalmente pedisse falência e, no entanto, a sua planta industrial fosse adquirida por um preço muito baixo por um novo entrante, que se tornaria mais competitivo que o predador devido ao seu baixo custo fixo.

A saída para o predador seria que ele mesmo adquirisse sua vítima. Porém, as autoridades antitruste dificilmente aprovariam um ato de concentração como este.

4. Dumping

Dumping é largamente definido com a venda de um bem por um preço menor que seu “valor normal”. Nicolaides esclarece que existem duas acepções de “valor normal”, podendo significar tanto o preço cobrado no mercado interno quanto o custo de produção²⁰.

¹⁸ Na definição de Hovenkamp “excess capacity is the capacity of firms in a market to produce more than the market demands at a competitive price”, op. cit. p. 311

¹⁹ Idem, p.313

²⁰ Phedon NICOLAIDES, *The Competition Effects of Dumping*, p. 116.

Segundo o Acordo Internacional *Antidumping* do GATT, para que esta prática seja punível, basta que sejam cumpridos três requisitos, a saber: (i) a existência de diferença (margem de *dumping*) entre o preço de exportação e o preço do produto doméstico, ou produto similar, no mercado interno do país exportador, (ii) a existência de dano ou ameaça de dano à indústria doméstica instalada ou retardamento sensível à implantação de uma indústria; e (iii) relação de causalidade entre (i) e (ii).

Uma vez constatada a prática de *dumping*, o governo nacional poderá adotar medidas *antidumping*. Em suma, essas consistem em uma sobretaxa à importação dos produtos objetos de *dumping* que não poderá exceder à margem de *dumping*.

A proteção da indústria local é considerada o fim último do *anti-dumping*. Na verdade, a regulação do *dumping* pelo GATT surgiu mais como uma maneira de impedir a imposição das medidas *antidumping* como forma de restringir o livre comércio de bens do que, propriamente, uma maneira de disciplinar o *dumping*²¹.

Como afirmado anteriormente, em um primeiro momento a argumentação para legitimar a aplicação de medidas *antidumping* era o intuito predatório da empresa estrangeira que praticava o *dumping*²². Qualquer venda abaixo do “valor normal” do bem era vista como uma tentativa de predação, o

²¹ A frequência com que os Estados Unidos utilizavam os direitos *antidumping* na forma de barreiras não-tarifárias sempre foi motivo de inquietação de outras nações desenvolvidas, fazendo com que se desse uma disciplina para esta atividade pelo GATT. Josefina M. M. GUEDES e Silvia M PINHEIRO. *Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias*, p. 37.

²² Já em 1904, quando o a primeira norma *antidumping* foi proposta pelo Ministro das Finanças do Canadá, ressaltava-se, com fundamentação, a tentativa de trustes estrangeiros em conquistar o mercado local, elevando-se em seguida os preços praticados. Sykes cita um trecho de um discurso em que o Ministro W. S. Fielding asseverava: “We find today the high tariff countries have adopted that method trade which has now come to be known as *dumping*; that is to say, that the trust or combine, having obtained command and control of its own market and finding that it will have surplus of goods, sets out to obtain command of the neighboring market, and for the purpose of obtaining control of neighboring market will put aside all reasonable considerations with regard to the cost or fair price of the goods; the only principle recognized is that the goods must be sold and the market obtained. They send the goods here with the hope and expectation that they will crush out the native Canadian industries. And with the Canadian industries crushed out, what would happen? The end of cheapness would come, and the beginning of dearness would be at hand”. *Apud* Welber Oliveira BARRAL, *A Regulação Antidumping após a Rodada Uruguai: Impacto para os processos de integração*, p. 16

que permitira ao governo, de pronto, impor medidas *antidumping*, sem necessidade de queixar-se às autoridades antitruste.

Passa-se, agora, a analisar os possíveis fatores que levam uma empresa a praticar o *dumping*, quais os fundamentos dos governos para justificar a imposição de medidas *antidumping* e em que medida a argumentação de *dumping* predatório é sustentável frente a elevada complexidade dos fatores necessários para caracterizar a prática de preços predatórios.

4.1 Razões do *Dumping*

A teoria econômica, desde o trabalho pioneiro de Viner (1923)²³, costuma classificar o *dumping* em três categorias: esporádico, de curto prazo (*short-run*) e permanente. O *dumping* permanente decorre da prática de discriminação de preços, pode ocorrer quando o mercado exportador é protegido, enquanto o mercado importador competitivo. O *dumping* de curto prazo pode decorrer tanto da prática de preços predatórios como da tentativa de entrar no mercado ou ganhar *market share*. Já o *dumping* esporádico ocorreria em situações excepcionais, como a necessidade de vender excesso de estoque.

Nicolaides afirma que, durante as últimas décadas, a teoria econômica do *dumping* foi estendida para abranger outras causas de variação de preços entre países e também para vendas abaixo do preço de custo. Três novas categorias surgiram na literatura moderna (1982-90) sobre *dumping*. Em primeiro lugar, existem explicações para variações de preços na ausência de poder de monopólio. Em segundo lugar, a definição de *dumping* foi estendida para abranger vendas abaixo do preço de custo. Este tipo de *dumping* é considerado mais como causado pelas incertezas de preços e ajuste de custo do que pelo poder de monopólio. Finalmente, a última categoria faz menção às vantagens competitivas dos mercados oligopolizados²⁴.

4.1.1 Discriminação de Preços

Como analisado no item 2, a situação ideal para um monopolista seria que ele pudesse discriminar preços de tal forma que conseguisse vender seus produtos pelo preço máximo que cada consumidor estivesse disposto a pagar; hipótese denominada discriminação de preços de primeiro grau. Dentro de um mesmo mercado tal prática não é possível pois cada unidade a mais ofertada influirá no preço do bem, no entanto, se os mercados forem segmentados uma mesma empresa poderá ofertar em cada um dos mercados o mesmo

²³ NICOLAIDES, op. cit. p. 117.

²⁴ Idem.

bem por preços diferentes se outras condições estiverem presentes; hipótese denominada discriminação de preços de terceiro grau²⁵.

Dessa maneira, a prática de discriminação de preços será possível se (i) os mercados forem segmentados - os consumidores de um mesmo bem nos dois mercados não são capazes de comercializar entre eles e assim igualarem os preços; (ii) a empresa tiver poder de mercado em pelo menos um dos mercados - poder de mercado significa que um aumento de preços não reduzirá as vendas a zero; (iii) os mercados tiverem diferentes elasticidades da demanda; quanto mais inelástica a demanda maior é a capacidade de aumentar preços sem perder vendas²⁶. Se presentes essas condições, uma empresa que detenha alguma parcela de poder de mercado será capaz de vender para um mercado estrangeiro, mais competitivo, por um preço menor do que aquele que pratica dentro do seu próprio país, onde detém poder de mercado.

Deixando de lado a discussão sobre a eficiência econômica da discriminação de preços, importante é notar que é o país importador que se beneficia da discriminação de preços, ao passo que os consumidores do país exportador que são as vítimas, ou seja, suportam preços mais altos. Por essa razão, o *dumping* deveria ser proibido no país exportador, ao invés de sê-lo no importador.²⁷

4.1.2 *Dumping* Predatório

Uma das faces do *dumping* de curto prazo é o *dumping* predatório. Se, com base nos argumentos expostos anteriormente, pode-se verificar que a prática de preços predatórios exige condições demasiado complexas a ponto de alguns doutrinadores chegarem mesmo a negar a sua existência, com mais razão é possível refutar a utilização de tal prática em se tratando da eliminação dos concorrentes no mercado estrangeiro. Veja “o grau de risco envolvido e a incerteza do retorno do investimento, tornam mais factíveis outras formas de inserção mercadológica, como por exemplo (no caso de se buscar ainda lucros monopolísticos através de condutas anticoncorrenciais) a cartelização com os produtores nacionais”²⁸.

²⁵ Na discriminação de preços de segundo grau são cobrados preços diferentes para quantidades diferentes ou porções da mesma mercadoria ou do mesmo serviço.

²⁶ Richard D. BULTUCK, *An economic analysis of Dumping*. p. 47

²⁷ Gunnar NIELS e Adriaan ten KATE, *Trusting antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidump in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law* p. 33. Esse artigo traz uma análise mais aprofundada sobre as eficiências econômicas da discriminação de preços.

²⁸ BARRAL, op cit., p. 17.

Segundo Bovard, “em cem anos de história, não se comprovou nenhum caso em que um produtor estrangeiro houvesse efetivado vendas com *dumping* nos EUA, e lograsse eliminar a concorrência interna e subido os preços em seguida”²⁹.

Susan Hutton e Michael Trebilcock em artigo publicado no *Journal of World Trade*³⁰, afirmam que nenhum dos 30 casos mais recentes de imposição de medidas *antidumping* pelo governo do Canadá decorrera da prática de *dumping* predatório. Nenhum dos 30 casos envolvia situações em que a empresa que praticava o *dumping* poderia esperar auferir lucros monopolísticos, quer devido ao elevado grau de competitividade do mercado internacional ou nacional, quer devido a sua reduzida participação de mercado.

Esses argumentos são confirmados por um série de estudos empíricos. O mais importante deles é um relatório do OECD (*Committee on Competition Law and Policy*), 1995, que analisa a prática de *dumping* nos Estados Unidos, Canadá, Europa e Austrália. Na maioria dos casos em que foram impostas medidas *antidumping*, não havia possibilidade de ameaça à concorrência no mercado doméstico - lembre-se que o objetivo do direito antitruste é a defesa da concorrência e não dos concorrentes. Apenas em 28, dos 282 casos em que foram aplicadas medidas *antidumping* nos Estados Unidos entre 1979 e 1989, havia condições estruturais suficientes para a prática de preços predatórios, o que não significa dizer que a predação efetivamente ocorreu. Na União Européia, em apenas um caso, dos 297 em que foram impostas medidas *antidumping* entre 1980 e 1989, essas condições estavam presentes. Além disso, essas condições não estavam presentes em nenhum dos 155 caso canadenses, examinados entre 1980 e 1991 ou dos 20 australianos analisados, entre 1988 e 1991³¹.

4.1.3 Flutuações de Mercado

Ao analisar o mercado canadense Susan Hutton e Michael Trebilcock concluíram que, excluídos os casos de predação (o que não ocorreu em nenhum dos casos), o único outro caso em que a prática de *dumping* poderia ser prejudicial em termos econômicos é aquele em que a indústria doméstica seria forçada a suportar repetidas expansões e contrações na oferta. Essa situação aumentaria os custos das empresas no mercado relevante e, na ausência da concorrência dos produtos estrangeiros, tais custos seriam repassados para os consumidores.

²⁹ *Apud idem* p. 17

³⁰ HUTTON e TREBILCOCK, op. cit., p. 141

³¹ NIELS e KATE, op. cit., p.38

Dos 30 casos analisados por esses autores, foi possível verificar esse efeito nos quatro casos ligados à agricultura. Pelo fato de a agricultura possuir ciclos bem definidos, devido, principalmente, ao longo espaço de tempo compreendido entre a decisão de plantar e a colheita – o plantio se faz, em geral, quando os preços estão altos -, é comum haver fortes flutuações na quantidade ofertada. Tendo em vista que produtos agrícolas são perecíveis, qualquer país que tenha produzido mais que o seu mercado interno é capaz de absorver, tentará venderá suas mercadorias no mercado externo para tentar amenizar seus prejuízos, mesmo que isso signifique vender abaixo do custo marginal de produção.

Neste caso, o *dumping* é uma resposta às flutuações do mercado. A imposição de medidas *antidumping* surtiria pouco, ou nenhum efeito, na fonte dessas flutuações, além de não serem capazes de aliviar a indústria doméstica, atingida pela mesma flutuação. Embora essas medidas pudessem aliviar um pouco a pressão sobre empresas atuantes em um mercado oligopolista, o efeito em um mercado competitivo seria bem menor³².

4.2 Medidas *antidumping*

Diversas são as razões que podem levar à prática de *dumping*. O governo do país importador considerar-se-á no direito de impor medidas *antidumping* qualquer que seja o motivo que levou o bem a ser vendido por menos que seu “valor normal”.

Muito embora, em um primeiro momento, a adoção de medidas *antidumping* tenha buscado fundamentação no teoria econômica como forma de combater preços predatórios, se os padrões utilizados pelo direito antitruste para identificar a predação fossem aplicados às queixas de *dumping*, praticamente nenhuma queixa seria procedente. Apesar de muitas estratégias pareçam desleais do ponto de vista concorrencial, elas não serão consideradas nem anticoncorrenciais, nem ineficientes.³³ É até possível que os efeitos do *dumping* no mercado interno tenham caráter pró-competitivo, quer quebrando monopólios ou oligopólios, quer eliminando empresas ineficientes.

Nesse sentido, empresas domésticas tentam utilizar-se das medidas *antidumping* como forma de se protegerem da competição estrangeira, uma espécie de barreira à entrada, o que tornaria possível a elas auferir lucros mais próximos ao de monopólio. Muitas das empresas que buscam a imposição de medidas *antidumping* acreditando serem alvo de competição desleal, na verdade, tratam-se de firmas ineficientes ou que buscam proteger seu poder de mercado.

³² NICOLAIDES, op. cit. p. 119

³³ HUTTON e TREBILCOCK, op. cit., p. 141

Além disso muitas queixas de *dumping* podem decorrer da retração do mercado interno. A figura seguinte representa a influência dos ciclos da economia no aumento das queixas de *dumping* no Canadá entre 1970 e 1989³⁴. Pela análise da figura percebe-se que quanto mais elevadas são a taxa de retração do mercado (*inverse growth rate*) e a taxa de desemprego (*unemployment rate*), maior é o número de casos de *dumping* (*number of cases*) – com conseqüente imposição de medidas *antidumping*.

Figura 3

Embora seja possível a imposição de medidas *antidumping* por razões concorrenciais, na grande maioria dos casos, a repressão ao *dumping* decorre da política econômica adotada pelo país importador. Quando a proteção da indústria interna e da situação de pleno emprego passa a ser vista como um objetivo de política econômica, a imposição de medidas *antidumping* torna-se um dos instrumentos utilizados para a sua persecução. Em decorrência desse objetivo, a defesa da concorrência pode ser relativizada, transformando-se em uma variável de política econômica. Cria-se a noção de que a concorrência não é um valor em si mesma, podendo ser sacrificada em homenagem a outros valores³⁵.

Eros Roberto Grau afirma que a defesa da concorrência possui uma dupla instrumentalidade: “por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (...) e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas como se vê”.³⁶

4.3 Subsídios

Atualmente, não se pode identificar a concessão de subsídios com a prática de *dumping*. John Jackson marca nem essa distinção, ao afirmar que “*dumping* é geralmente considerado como uma atividade de uma firma ou empresa particular, embora ela possa ser suficientemente abrangente em um

³⁴ Idem, p. 121

³⁵ Paula A. FORGIONI. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 83

³⁶ *Apud* FORGIONI, op. cit. p. 85.

país para provocar a imposição de tributos de importação (medidas compensatórias) aplicados a todos os bens do país que pratica o *dumping*. Subsídios, de outro turno, são geralmente ações dos próprios governos.”³⁷ O subsídio é qualquer tipo de benefício (financeiro, fiscal ou comercial) concedido pelo governo do país de origem, direta ou indiretamente, à produção e à exportação de uma mercadoria. Conferem grandes vantagens às empresas afetadas, podendo vender por um preço mais baixo pois incidem artificialmente em custos menores. Além disso, causam uma “falha de sinal”, pois a lógica do mercado é que os preços devem sinalizar utilidade e a escassez de um bem. Ao se conceder um subsídio, o preço é fixado artificialmente abaixo deste nível, o que faz com que alguns custos fiquem incompensados.

Enquanto os argumentos empregados para condenar o *dumping* têm como embasamento mais consecução de objetivos de política econômica do que, propriamente, a teoria econômica, “a condenação do subsídio se fundamenta na incorreções que ele induz no mercado, impedindo uma melhor alocação de recursos, induzindo a uma concorrência ‘injusta’”³⁸.

O CADE, analisando os efeitos da “guerra fiscal”, concluiu que a concessão de subsídios ilegais acarreta em “um brutal favorecimento que desnivela o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, gerando diversos efeitos para a concorrência e o bem estar da coletividade, entre os quais: (i) retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo o uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país; (ii) protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação; (iii) permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão de que dispõem; (iv) prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação; (v) gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dados que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo; (vi) desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos, tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento”³⁹.

³⁷ *Apud* RODRIGUES, op. cit., p. 142

³⁸ BARRAL, op. cit., p. 139.

³⁹ Voto do Conselheiro Marcelo Callari na Consulta nº 0038/99.

Partindo dessa análise dos efeitos econômicos da concessão de subsídios ilegais no mercado interno pode-se facilmente, passando para o mercado internacional, compreender o fundamento econômico das medidas compensatórias. Não obstante existam igualmente argumentos econômicos em sentido contrário⁴⁰, as razões pelas quais se combate os subsídios não são meramente de política econômica, o dano que pode ser causado ao mercado do país importador é bastante factível nos termos da teoria econômica.

Quanto a questão do intuito predatório dos subsídios, embora a predação fique claramente facilitada, ainda será necessário que o mercado do país importador seja suscetível à monopolização pois, se a empresa subsidiada não for capaz de aumentar seus preços em um segundo momento, far-se-á, necessário que a concessão de subsídios continue eternamente.

5. Conclusão

Partindo-se do pressuposto de que os agentes econômicos agem de modo racional, a prática de preços predatórios só será tentada em situações nas quais a monopolização do mercado é provável. Isto porque os custos incorridos para se manter os preços abaixo do custo marginal só serão recomensados se, após eliminar todos os concorrentes, o predador for capaz de auferir lucros maiores do que aqueles obtidos ao nível concorrencial, ou seja, lucros mais próximos do nível de monopólio.

Os requisitos estruturais necessários para que a prática de preços predatórios seja bem sucedida podem ser, cumulativamente, elencados: (i) o predador deve possuir posição dominante no mercado relevante; (ii) as barreiras à entrada devem ser elevadas; (iii) o predador deve possuir capacidade excedente de modo a poder suprir toda a demanda (monopolística) do mercado; (iv) os fatores produtivos das empresas que foram expulsas do mercado não poderão ser adquiridos por um novo entrante. Esse complexo conjunto de requisitos diminui bastante a probabilidade de sucesso em estratégias de predação. Na verdade, os requisitos estruturais bem como o risco envolvido na prática de preços predatórios são tão elevados que alguns doutrinadores che-

⁴⁰ Schwartz e Harper apontam, como fundamentos desta indeterminação, o controle de alguma externalidades pela concessão de subsídios, sua vinculação a interesse nacionais não mensuráveis e a compensação de determinados ônus a algumas categorias de empresas. Mais especificamente em comércio internacional, argumenta-se que a aplicação de medidas compensatórias contra subsídios, com o objetivo de defender indústrias locais, na realidade provoca a redução da riqueza nacional, prejudicando consumidores (pelo preço mais alto) e o Estado (pela redução, a médio prazo, do recolhimento de tributos). *Apud* BARRAL, op. cit., p. 141

garam a afirmar que a predação, excluídas situações muito especiais, não ocorria.

Da análise dos fundamentos econômicos da imposição das medidas *antidumping*, verifica-se que, apesar de o intuito predatório do *dumping* ter sido a argumentação invocada pelos governos para a sua repressão, de fato, pelo menos na conjuntura atual, esse argumento não procede. Uma vez constatado que a prática de preços predatórios só é bem sucedida se presentes condições muito peculiares, sua adoção a nível mundial torna-se ainda mais improvável.

Como o único argumento de natureza concorrencial que poderia ser invocado para fundamentar a imposição de medidas antidumping seria o seu intuito predatório, tais medidas têm fulcro em motivos outros que não a defesa da concorrência. Nesta breve análise desses motivos, foi possível verificar que a prática de *dumping* é reprimida por razões de política econômica. Desse modo, enquanto a repressão à prática de preços predatórios visa a proteger a concorrência, a imposição de medidas *antidumping* procura assegurar que os objetivos de política econômica elevados à categoria de bens juridicamente relevantes pelo Estado, sejam alcançados.

6. Bibliografia

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 4º ed., Boston: Little Brown, 1988.

BARRAL, Welber Oliveira. *A Regulamentação antidumping após a rodada Uruguai: impacto para os processos de integração*, tese apresentada como requisito à Conclusão de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

BIERWAGEN, Rainer M. e HAILBRONNER, Kay. Input, Downstream, Upstream, Secondary, Diversionary and Components or Subassembly *Dumping*, *Journal of World Trade*, vol. 22, nº 3, p. 27

BOLTUCK, Richard D., An Economic Analysis of *Dumping*, *Journal of World Trade Law*, vol. 21, nº 5, p. 45

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*. 1º ed., 2º tir., São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. Aplicação do Acordo *Antidumping* no Brasil, *Revista do IBRAC*

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Underselling” na Lei nº 8.137/90 Considerações sobre o tipo penal, *Revista do IBRAC*, vol. 8, nº 3, p. 139, 2001.

- FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A., *Cases and materials on anti-trust*, St. Paul: West, 1989.
- GUEDES, Josefina Maria M. M. e PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias*, São Paulo: Aduaneiras, 1993.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, St. Paul: West, 1994.
- HUTTON, Susan e TREBILCOCK, Michael. Na Empirical Study of the application of Canadian Anti-Dumping Laws: A Search for Normative Rationales, *Journal of World Trade*, vol. 24, nº 3, p.123
- NICOLAIDES, Phedon. The Competition Effects of Dumping. *Journal of World Trade*, vol. 24, nº 5, p. 115.
- NIELS, Gunnar e KATE, Adriaan tem. Trusting antitrust to Dump Antidumping, Abolishing Antidump in Free Trade Agreements Without Replacing it with Competition Law, *Journal of World Trade*, vol. 31, nº 6, p. 29
- NUSDEU, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 2º ed. rev., São Paulo: RT, 2000.
- PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomia*. 4º ed., São Paulo: Markron Books, 1999.
- RODRIGUES, José R. Pernomian. *O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico :caracterização e consequências*, tese apresentada como requisito à Conclusão de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
-
- _____ *Dumping em serviços. Revista do IBRAC*, vol. 5, nº 3, p. 7, 1998.
- ROWBOTHAM, Elizabeth J., *Dumping and Subsidies. Their Potential Effectiveness for Achiving Sustainable Development in North America*. *Journal of World Trade*, vol. 27, nº 6, p. 145.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial, as estruturas*.1º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PREÇOS PREDATÓRIOS: ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO COMO INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

O ordenamento jurídico, a teoria econômica e o desafio de distinguir entre condutas predatórias e condutas competitivas

*Bruno Vilhena Lana Peixoto**

SUMÁRIO

1. Introdução e Relevância do Tema
2. A Teoria Tradicional dos Preços Predatórios
3. Eficiência e Racionalidade: A Escola de Chicago e a Análise Econômica dos Preços Predatórios
4. Condições Estruturais do Mercado e Recuperação dos Prejuízos: Preços Predatórios na Suprema Corte Norte-Americana
5. Interação e Comportamento Estratégico: A Nova Justificação da Ilicitude dos Preços Predatórios com Fundamento na Teoria dos Jogos
6. Definição dos Elementos Necessários para Configuração da Prática de Preços Predatórios como Infração da Ordem Econômica
 - 6.1. Considerações Preliminares sobre o Direito Concorrencial Brasileiro
 - 6.2. A Limitação da Concorrência e o Prejuízo à Livre Iniciativa
 - 6.3. Recuperação dos Prejuízos - Inexigibilidade
 - 6.4. Condições Estruturais do Mercado
 - 6.5. Comportamento Estratégico da Empresa
 - 6.6. A Preservação da Eficiência
 - 6.7. Custo Variável Médio – O Teste de Areeda e Turner
 - 6.8. Justificativas para a Venda Abaixo do Custo Variável Médio
 - 6.9. Posição Dominante
 - 6.10. Intenção de Eliminar Concorrentes – Inexigibilidade
7. Conclusões
8. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO E RELEVÂNCIA DO TEMA

No âmbito das discussões sobre Política de Defesa da Concorrência, não há tema que desperte debates mais calorosos e acirrados do que o tema Preços Predatórios. A discussão permeia a literatura econômica relativa à organização industrial e ocupa posição de destaque nos principais tratados de

* Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da Europa¹. Discute-se a viabilidade econômica dos preços predatórios, suas consequências, os critérios para identificá-los, os meios de controlá-los e as razões que justificam sua ilicitude.

O debate data de 1958 quando foi publicado o clássico artigo de John S. McGee sobre o caso *Standard Oil*². As discussões desenvolvem-se no decorrer da década de 70 com os teóricos da Escola de Chicago; sofrem uma revolução nos anos 80 com a aplicação da Teoria dos Jogos; e voltam à tona, nos últimos dois anos, com a publicação, em 1999, da obra de John Lott Jr. intitulada *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?*³

No Direito da Concorrência Brasileiro, a **venda injustificada de mercadorias abaixo do preço de custo** está incluída no rol das condutas anticompetitivas passíveis de configurar infração da ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, e recebe, ainda, tratamento especial da Resolução nº 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A Resolução nº 20, emitida em 09 de junho de 1999, classifica a fixação de preços predatórios como prática restritiva horizontal definida como “*prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.*” Determina, ainda, a referida Resolução que: “*O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.*”

Apesar dos citados dispositivos legais, o debate acerca dos preços predatórios encontra-se incipiente em nosso país⁴. A presente monografia tem

¹ No Direito Norte-Americano, a conduta é proibida pela Seção 2 do Sherman Act e pelo Robinson-Patman Act. No Direito Comunitário Europeu, a fixação de preços predatórios é coibida pelo artigo 86 (a) do Tratado de Roma.

² MCGEE, John S. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case*, in *Journal of Law and Economics* 1, nº. 1

³ LOTT JR., John R. *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?* The University of Chicago Press, 1999.

⁴ Entre os trabalhos publicados: DÖBLER, Sônia Maria M. *Infração à Ordem Econômica: Preço Predatório*, in *Revista do IBRAC*, vol. 3, nº. 5, 1997. BARRAL, Welber. *Dumping, Underselling e Preço Predatório*, in CADE. *Revista de Direito Econômico* nº 29, Jan./Jul. 1999. RAMOS, Marcelo de Matos. *Antitrust and Preda-*

por objetivo definir e clarificar os elementos que configurarão a prática de Preços Predatórios como infração da ordem econômica, em conformidade com a Lei 8.884/94, a Resolução nº 20 do CADE e com os princípios constitucionais da Ordem Econômica. Em nossa avaliação, estes elementos ainda se encontram sob penumbra no Direito Brasileiro. Várias indagações, ainda sem resposta⁵, surgem já a partir da análise da Lei 8.884/94 e da Resolução nº 20, como por exemplo:

1. O inciso XVIII do artigo 21 se refere à venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo. O que podemos depreender do termo “*injustificadamente*”? Quais são as justificativas plausíveis para a venda de mercadorias abaixo do preço de custo? Quais justificativas evitariam que tal conduta viesse a configurar infração da ordem econômica? Ou mesmo, existiria alguma justificativa para a venda abaixo do preço de custo caso tal conduta venha, de fato, limitar a concorrência e levar à dominação de mercado?

2. A Resolução nº 20 do CADE define preços predatórios como prática “*deliberada*” de preços abaixo do custo. Podemos considerar necessário, a partir de então, que fique demonstrada a intenção da empresa-agente em praticar a conduta predatória? Ou, ao contrário, seria tal dispositivo ilegal por contrariar o *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94 que afirma que “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”?

3. A que espécie de “*custo*” se refere a Lei 8.884/94? A Resolução nº 20 do CADE se refere a custo variável médio, mas o que é e o que determina o custo variável médio?

4. A Resolução nº 20 recomenda que seja feita a análise do comportamento estratégico da empresa. Em que consiste esta análise? Como o comportamento estratégico pode afetar a livre concorrência?

5. Da mesma forma, a Resolução nº 20 afirma que devem ser avaliadas as condições objetivas de ganhos posteriores capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. Qual o sentido desta exigência?

tion - Reflections on the State of Art. Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho nº 5, Outubro 2000. Outros autores, como Calixto Salomão Filho e Elizabeth Farina tratam, incidentalmente, da matéria em suas obras.

⁵ Nenhum dos trabalhos citados na nota anterior, tem por objetivo a análise dos preços predatórios enquanto infração da ordem econômica em consonância com o Direito da Concorrência Brasileiro

Este trabalho almeja sugerir respostas a estas questões e a outras que surgirão no decorrer da exposição. **O objetivo maior será o de definir os elementos que caracterizam a prática de preços predatórios como infração da ordem econômica em consonância com os princípios constitucionais da Ordem Econômica e com a Lei 8.884/94.** Para tanto, será necessário proceder a uma análise: (i) da teoria dos preços predatórios, (ii) dos estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago e pela Teoria dos Jogos, assim como, (iii) dos julgados da Suprema Corte Norte-Americana e (iv) da jurisprudência do CADE.

O debate sobre Preços Predatórios, envolve discussões sobre os principais aspectos da Política de Defesa da Concorrência. O debate sobre Preços Predatórios envolve a discussão acerca dos valores tutelados pelo Direito da Concorrência; a discussão acerca da capacidade do ordenamento jurídico de distinguir entre condutas competitivas e condutas anticompetitivas; a discussão acerca da interação entre Direito e Economia; e a discussão fundamental acerca da capacidade ou incapacidade do mercado de se auto-regular. O debate sobre Preços Predatórios é, como definiu a *American Bar Association*, um verdadeiro **microcosmo do debate sobre o Direito da Concorrência**: “*The debate over predatory pricing is a microcosm of the debate over the basic issues of antitrust laws, the broader conflicts over the objectives of anti-trust laws, the role of economists, the free market's capacity to control anti-competitive behavior on its own, the legal system's capacity to distinguish between pro- and anticompetitive conduct.*”⁶

2. A TEORIA TRADICIONAL DOS PREÇOS PREDATÓRIOS

A concepção de preços predatórios surge a partir da idéia de que empresas detentoras de grande poder econômico podem reduzir os preços de seus produtos ou serviços, abaixo do preço de custo, por determinado período de tempo, de forma a (i) acarretar a falência ou quebra de suas concorrentes de menor porte que, incapazes de competir com tais preços, seriam forçadas a deixar o mercado (*exclusionary conduct*) ou, ainda, (ii) de forma a inviabilizar a entrada de novos concorrentes no mercado (barreira à entrada). Como consequência da drástica redução de preços e da quebra das concorrentes, tal empresa assumiria posição dominante ou passaria a usufruir de posição monopolística no mercado relevante. Os prejuízos incorridos, a curto prazo, em razão das vendas abaixo do preço de custo seriam compensados, a médio e a longo prazo, pelos ganhos auferidos, em um segundo momento, através da elevação significativa dos preços ou através da fixação de preços de monopólio.

⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION – ANTITRUST SECTION, *Predatory Pricing: Monograph 22*, ABA, 1996.

Para a consecução do objetivo de excluir concorrentes do mercado, a empresa predadora viabiliza a redução dos preços dos seus produtos abaixo do custo mediante a utilização de grandes reservas de lucros ou outras reservas financeiras ou, ainda, mediante recursos advindos do lucro com a comercialização de outros produtos em mercados distintos - fenômeno conhecido como utilização de subsídios cruzados. Note que, neste sentido, o CADE já se pronunciou para condenar a fixação de preços predatórios mediante a prática de subsídios cruzados. Assim afirmou a Conselheira-Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva: “*A venda injustificável de produto abaixo do preço de custo, compensando-se o prejuízo pela margem de lucro obtida na comercialização de outro produto constitui, em tese, infração da ordem econômica.*”⁷

A fixação de preços predatórios é definida como a *conduta que visa a exclusão de competidores e/ou a imposição de barreira à entrada de novos competidores no mercado com base na redução dos preços abaixo do preço de custo, com o objetivo de proteger ou adquirir poder de mercado.*⁸

3. EFICIÊNCIA E RACIONALIDADE: A ESCOLA DE CHICAGO E A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PREÇOS PREDATÓRIOS

A Escola de Chicago é definida por defender, essencialmente, três teses. A primeira diz respeito aos objetivos do Direito Antitruste. Segundo os teóricos de Chicago, o objetivo maior do Direito Antitruste consiste na maximização do bem-estar do consumidor. A segunda tese afirma que a economia é instrumento indispensável para a análise do impacto de condutas empresariais no mercado e das consequências de sua proibição ou permissão, em vista do bem-estar do consumidor. E, finalmente, a terceira tese, fruto da combinação das duas primeiras, afirma que a eficiência é o verdadeiro agente do progresso econômico, capaz de trazer os maiores benefícios à sociedade e ao consumidor.

A Escola de Chicago⁹, através da Análise Econômica do Direito, faz contundente crítica à teoria tradicional dos preços predatórios. Em 1958, McGee¹⁰ publica um artigo no recém-criado *Law and Economics Review* onde analisa a condenação da refinadora de petróleo Standart Oil Company, empresa de John Rockefeller, por monopolização do mercado mediante a fixação de preços predatórios. Com base na análise de dados do processo, McGee con-

⁷ Voto no Proc. Admin. n°0800.020787/96-62. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Panificação. Representada: Associação Brasileira de Supermercados.

⁸ OCDE, *Predatory Pricing*. OCDE Paris, 1989, p.7

⁹ POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in University of Pennsylvania Law Review 127, 1979, p. 925.

¹⁰ *Op. cit.*

clui que a utilização de preços predatórios para conquista do mercado de refinamento de petróleo teria sido irracional e incapaz de atingir o fim almejado. Segundo McGee, a Standard Oil monopolizou o mercado, não por meio da fixação de preços predatórios, mas em virtude de eficiências e de diversas fusões e aquisições. As conclusões de McGee acerca da fixação de preços predatórios são desenvolvidas por outros autores como Bork¹¹, Demsetz¹² e Easterbrook¹³, segundo os quais, a fixação de preços predatórios seria, de fato, uma conduta **irracional e incapaz de gerar retornos** à empresa predadora, pelas seguintes razões:

(1) Em primeiro lugar, os prejuízos decorrentes da redução do preço das mercadorias abaixo do preço de custo são extramente elevados, uma vez que não basta que a empresa predadora reduza o preços das unidades já produzidas, mas que a empresa seja também capaz de **expandir sua produção** e vendê-la a preços abaixo do custo de forma a conseguir conquistar a parcela de mercado pertencente a seus concorrentes. Além disto, a empresa-predadora nunca terá certeza sobre quanto **tempo** deverá manter os preços em patamares tão baixos a ponto de acarretar a quebra de suas concorrentes, fato que causa incerteza acerca do volume dos prejuízos a serem contabilizados¹⁴.

(2) Em segundo lugar, a empresa-vítima dificilmente será excluída do mercado se obtiver recursos para se proteger contra a prática predatória. A empresa-vítima poderá obter financiamentos que a possibilite encarar a guerra temporária de preços. Poderá ter firmado, anteriormente, significativo volume de contratos de longo prazo com estipulação de preços lucrativos. Ou poderá, como último recurso, fechar as portas e esperar que os preços sejam elevados para, então, voltar ao mercado.

(3) Mesmo que a empresa-predadora tenha sucesso em causar a quebra das concorrentes, será necessário que tal empresa eleve os preços de forma a recuperar e compensar os prejuízos incorridos no período anterior, sendo, por vezes, necessário que ela pratique preços de monopólio de forma que sua estratégia se mostre lucrativa. Contudo, a

¹¹ *Op.cit*

¹² DEMSETZ, Harold. *Barriers to Entry*, in *American Economic Review* 72, n°. 1, 1982, p. 47

¹³ EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*, in *University of Chicago Law Review* 48, 1981, p. 263.

¹⁴ McGee chega a afirmar que a empresa predadora irá perder mais com a fixação de preços predatórios do que com a coexistência com as rivais. *Predatory Pricing Revisited*. in *Journal of Law and Economics* 23, n°.2, 1980, p.289.

prática de preços de monopólio pode se transformar em um incentivo para que **novos empresários** entrem no mercado e passem a praticar preços mais baixos em busca de novos consumidores e de afirmação no mercado. Neste contexto, a empresa-predadora, diante de novos empreendedores, se veria obrigada a reduzir, novamente, os preços abaixo do preço de custo o que a levaria a entrar em um ciclo de prejuízos infindáveis.

E mesmo que, hipoteticamente, a empresa-predadora detenha, por ventura, poder econômico de tal magnitude que a permita incorrer em prejuízos recorrentes e sem fim, o grande beneficiário deste cenário não será a empresa-agente, mas o consumidor que se deparará sempre com preços baixos; seja em virtude da tentativa da empresa predadora de eliminar seus concorrentes, ou, seja em virtude da entrada de novos concorrentes no mercado dispostos a competir com os preços de monopólio por ela impostos, em um momento posterior.

Ademais, a intenção de excluir as concorrentes do mercado não pode ser considerada como indício de conduta predatória e não pode ser utilizada como parâmetro para a caracterização da conduta predatória. Os expoentes da Análise Econômica do Direito, alertam para o fato de que a empresa pode almejar conquistar maior poder de mercado e eliminar suas rivais; e se assim o fizer, em virtude de maior eficiência e menores custos, não poderá ser oposta objeção racional a tal fato¹⁵. Seria, sim, irracional punir a empresa mais eficiente e incentivar a ineficiência em detrimento da eficiência. Richard Posner, afirma que: *“I believe that the most useful definition of predatory pricing is the following: pricing at a level calculated to exclude from the market an equally or more efficient competitor.”*¹⁶

De acordo com os autores da Escola de Chicago, a doutrina dos preços predatórios foi utilizada, em várias ocasiões, por concorrentes menores e menos eficientes, que, incapazes de concorrerem com empresas mais eficientes, as acusam de praticar preços predatórios. A doutrina dos preços predatórios estaria sendo, portanto, utilizada, erroneamente, para defender concorrentes, e não a concorrência, a eficiência ou o bem-estar do consumidor. Estes valores fundamentais do Direito Antitruste Norte-Americano estariam, na verdade, sendo prejudicados.¹⁷ Assim afirma Demsetz¹⁸: *“The attempt to re-*

¹⁵ POSNER, Richard A. *Antitrust Law – An Economic Perspective*. The University of Chicago Press, 1978, p.188

¹⁶ *Op. cit.*, p.188

¹⁷ Este seria um exemplo do Paradoxo de Bork. No mesmo sentido: DILORENZO, Thomas J. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Policy Analysis* 169, 1992.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 47

duce or eliminate predatory pricing is also likely to reduce or eliminate competitive pricing beneficial to consumers”.

É importante notar que o §1º do artigo 21 da Lei 8.884/94, introduz o conceito de eficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe o referido parágrafo: “A *conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II [dominar mercado relevante de bens ou serviços]*”. Entretanto, a preservação da eficiência e a defesa do consumidor não são os únicos valores tutelados pelo Direito Concorrencial Brasileiro e pela Constituição da República de 1988. Exploraremos esta questão, entretanto, no tópico 6 *infra*.

4. CONDIÇÕES ESTRUTURAIS DO MERCADO E RECUPERAÇÃO DOS PREJUÍZOS: PREÇOS PREDATÓRIOS NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Centenas de casos foram julgados nos Estados Unidos envolvendo alegações de preços predatórios, desde a promulgação do Sherman Act em 1890, havendo significativo número de condenações¹⁹. Nos últimos anos, a propagação das idéias da Escola de Chicago e as constatações da Análise Econômica do Direito, influenciaram decisivamente, a Suprema Corte Norte-Americana. Mediante o julgamento dos casos *Cargill Inc. vs. Monford of Colorado Inc.* (1986), *Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zenith Radio Corp.* (1986) e *Brooke Group Ltd. vs. Brown Williamson Tobacco Corp.* (1993), a Suprema Corte²⁰ fixou os seguintes requisitos para a configuração da prática de preços predatórios e para a consequente punição da empresa agente com base na Seção 2 do Sherman Act e do Robinson-Patman Act:

1. Deve ficar provado que a empresa acusada tenha de fato vendido mercadorias **abaixo do preço do seu custo variável médio**²¹;

2. Deve haver perspectiva razoável ou perigosa probabilidade²² de que a empresa acusada possa vir a **recuperar o prejuízo in-**

¹⁹ OCDE, *op. cit.* p. 39

²⁰ BOUDREAUX, Donald J., ELZINGA, Kenneth E. e Mills, David E. *The Supreme Court's Predation Odyssey: From Fruit Pies to Cigarettes*, in *Supreme Court Economic Review* 4, 1995, p. 57.

²¹ A questão do custo variável médio sera analisada no tópico 6 *infra*, uma vez que a Lei 8.884/94 também o adota como um dos critérios identificadores da conduta predatória.

corrido mediante o aumento dos preços em um momento posterior²³. Para se apurar este requisito deve ser analisada a capacidade da empresa de expandir sua produção e conquistar nova parcela do mercado. Da mesma forma devem ser analisadas **as condições estruturais do mercado relevante** que incluem concentração e competitividade do mercado e existência ou não de barreiras à entrada.

Ressalte-se que, na decisão do caso *Brooke Group*, a Suprema Corte afirma que o objetivo do Direito Antitruste é proteger a concorrência e não os concorrentes, e que não há violação das leis antitruste caso a conduta não preencha os requisitos fixados, mesmo que tenha de fato ocasionado danos a determinados concorrentes ou mesmo a exclusão de um deles²⁴.

5. INTERAÇÃO E COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO: A NOVA JUSTIFICAÇÃO DA ILICITUDE DOS PREÇOS PREDATÓRIOS COM FUNDAMENTO NA TEORIA DOS JOGOS

No final da década de 80, são publicados nos Estados Unidos trabalhos de autores que, fundados na chamada Teoria dos Jogos, defendem a viabilidade econômica da prática de preços predatórios²⁵ e vislumbram a lógica motivadora de tal conduta.

A Teoria dos Jogos estuda a **interação e o comportamento estratégico** entre empresas em cenários de concorrência imperfeita. Nestes cenários, as empresas precisam tomar decisões com base em informações imperfeitas sobre as variáveis do mercado e sobre os objetivos de seus concorrentes. Nos modelos de concorrência imperfeita, as decisões dos agentes econômicos são capazes de afetar as decisões de outros agentes assim como as variáveis do mercado, como preço e quantidade produzida²⁶. De acordo com a Teoria dos Jogos²⁷, as constatações da Escola de Chicago estão fundadas na falsa suposição de que o mercado é um ambiente onde as empresas detêm completa e perfeita informação sobre os custos e os lucros dos concorrentes e onde os

²² *Reasonable prospect or dangerous probability*

²³ *Recoupment requirement.*

²⁴ *Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)

²⁵ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, in *Journal of Economic Theory* 27, 1982, p. 280 e RASMUSEN, Eric. *Entry for Buy-out*, in *Journal of Industrial Economics* 36, 1988, p. 281

²⁶ RASMUSEN, Eric. *Games and Information: An Introduction to Game Theory*. Basil Blackwell. New York. 1989.

²⁷ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 281

agentes têm por objetivo único a maximização de seus lucros. A Teoria dos Jogos argumenta que esta não é a descrição do mundo real.

Sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, vários estudos apontam para a existência de certa racionalidade por trás da aparente irracionalidade dos preços predatórios²⁸. A empresa predadora pode, através da redução dos preços abaixo do preço de custo, vir a estabelecer uma reputação de comportamento agressivo em relação à concorrência ou àqueles que tentarem invadir um de seus mercados impondo, assim, uma espécie **barreira à entrada** de novos empreendedores que diante da possibilidade de se depararem com uma guerra de preços impossível de ser vencida, optarão por não entrar no mercado. Milgrom e Roberts afirmam que: “*predation is practiced not because it is directly profitable to eliminate the particular rival in question, but rather because it may deter future potential entrants.*”²⁹

Segundo os citados autores, neste cenário de informação imperfeita e assimétrica, a empresa predadora pode, simplesmente, transmitir a falsa impressão de que é extremamente eficiente e que seus custos são muito mais baixos dos que os custos das demais concorrentes. Uma empresa que atue em mercados distintos pode adotar conduta predatória em um destes mercados ou em relação a um de seus produtos de forma a criar a reputação de empresa predadora e evitar que novos empreendedores invadam seus outros mercados. Os prejuízos em um dos mercados seriam compensados pelos lucros em outros. Diante da história de comportamento predatório, diante da reputação agressiva da empresa dominante e diante da falsa impressão sobre os custos e eficiências desta, novos empreendedores preferirão investir em outros setores onde inexistam predadores ou empresas “hiper-eficientes” e que apresentem, portanto, riscos menores e perspectiva de lucros maiores.

A partir de uma análise das estratégias, estes estudos argumentam que a racionalidade da fixação de preços predatórios, não está baseada, necessariamente, na possibilidade de recuperação de prejuízos mediante a fixação de preços de monopólio, mas, sim, na simples defesa e manutenção do poder de mercado.³⁰

É neste sentido que Resolução n° 20 do CADE, na vanguarda do Direito da Concorrência, recomenda que seja, no julgamento de casos de preços predatórios, analisado o comportamento estratégico da empresa acusada, com

²⁸ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 282

BAIRD, D., GERTNER R. e PICKNER R. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, 1994.

²⁹ *Op. cit.* p282

³⁰ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 281

o intuito de estabelecer se esta, mesmo não tendo a perspectiva de recuperar os prejuízos decorrentes das vendas abaixo do preço de custo em determinado mercado, vem se utilizando de tal expediente para impor barreiras à entrada de novos concorrentes nos mercados onde atua ou, vem utilizando-se da prática de subsídios cruzados para financiar estas operações.

No julgamento do caso *Labnew versus Merck*³¹, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky afirmou:

*“(...) é preciso ver que a recuperação das perdas nem sempre é um objetivo imediato ou de curto prazo da empresas [que praticam preços predatórios]. Além disto parece patente que o receituário [da Escola de Chicago] tem como quadro de referência, firmas cujas receitas dependem da linha de produção de um só produto. Tenho minhas dúvidas se o **recoupment** seria uma condição **sine qua non** para a prática predatória no caso de firmas multiproduto, como é, em geral, o que acontece no mundo real. Nos casos concretos, a prática do subsídio cruzado pode se mostrar necessária como uma estratégia temporária para deslocar um concorrente incômodo.”*

6. DEFINIÇÃO DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS COMO INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

6.1 Considerações Preliminares sobre o Direito Concorrencial Brasileiro

Não há, no Direito Concorrencial Brasileiro vigente, condutas anti-competitivas *per se* como se infere a partir da análise do *caput* artigo 21 da Lei 8.884/94 que, ao elencar as condutas passíveis de configurar infração da ordem econômica, preceitua: “As seguintes condutas, além de outras, **na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos**, caracterizam infração da ordem econômica.” Por este motivo, a venda injustificada de mercadorias abaixo do preço de custo não constitui, por si só, infração da ordem econômica, em conformidade com o Direito da Concorrência Brasileiro³². De início, é necessário que tal conduta, nos termos do artigo 20 da Lei 8.884/94, “*tenha por objeto ou possa produzir um dos seguintes efeitos:*

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

³¹ A Labnew Indústria e Comércio Ltda. Apresentou, à SDE, representação contra a Merck S.A. Indústrias Químicas e sua subsidiária MB Bioquímica Ltda acusando-as de praticar preços predatórios no mercado de tubos paa coleta de sangue à vacuo.

³² Anteprojeto de Lei da Casa Civil da Presidência da República propõe a divisão das infrações em absolutas (*per se*) e relativas. De qualquer modo, a venda abaixo do preço de custo permanecerá como infração relativa.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Perante os citados dispositivos legais, extrairemos, a seguir, conclusões relevantes.

6.2 A Limitação da Concorrência e o Prejuízo à Livre Iniciativa

A fixação de preços predatórios deverá ser reprimida caso venha a **acarretar danos ou exclusão de um ou mais concorrentes**. A legislação brasileira é clara. O inciso I do art. 20 da Lei 8.884/94 se refere ao efeito de **limitar** a concorrência e ainda ao efeito **prejudicar a livre iniciativa**. Não encontra amparo no Direito Concorrencial Brasileiro, a posição da Escola de Chicago - reafirmada pela Suprema Corte Norte-Americana - segundo a qual a prática de preços predatórios, somente, traz danos à concorrência, se ficar provado que há possibilidade de que a empresa predadora venha a elevar extraordinariamente os preços ou venha a impor preços de monopólio, independentemente dos danos causados aos concorrentes. Ora, mesmo que, a empresa-predadora não consiga elevar os preços, em razão das condições estruturais do mercado, a exclusão de uma empresa do mercado ou a imposição de perdas extraordinárias aos concorrentes, mediante a fixação de preços abaixo do custo, produz ambos os efeitos: limita a concorrência e prejudica a livre iniciativa. O que importa, aqui, é que, ainda que não ocorra a dominação do mercado, a concorrência foi limitada e sofreu nítido prejuízo. Nas hipóteses de exclusão (real ou potencial) de concorrentes por meio da fixação de preços predatórios estaremos, indubitavelmente, diante de infração da ordem econômica passível de repressão nos termos da Lei 8.884/94.

Mas como responder à afirmação da Análise Econômica do Direito de que o grande beneficiário de um cenário de preços predatórios não será a empresa agente, mas o consumidor que se deparará sempre com preços baixos; seja em virtude da tentativa da empresa predadora de eliminar seus concorrentes, seja em virtude da entrada de novos concorrentes no mercado dispostos a competir com os preços de monopólio por ela impostos, em um momento posterior?

Inicialmente, este argumento pressupõe que novos empresários entrarão no mercado, imediatamente após a exclusão de concorrentes antigos, o que pode não acontecer, tendo em vista as condições estruturais do mercado e o volume dos investimentos necessário para dar início à produção e comercialização. Em segundo lugar, a maximização do bem-estar do consumidor não é, em nosso entendimento, o único valor tutelado pelo Direito da Concorrência

Brasileiro. A Lei 8.884/94 afirma em seu artigo 1º que: “*Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*” É impresindível notar que estes são princípios constitucionais da ordem econômica, nos termos do **artigo 170 da Constituição da República de 1988**. Todos estes princípios necessitam ser observados e valorados quando se tratar de regular o mercado brasileiro e de apurar a existência de infração à ordem econômica nacional. Haverá, em última instância, infração da ordem econômica nacional sempre que qualquer destes princípios deixar de ser resguardado.

6.3 Recuperação dos Prejuízos - Inexigibilidade

Face ao exposto, o critério da possibilidade de recuperação de prejuízos via elevação dos preços (*recoupment requirement*) não pode ser considerado como exigência indispensável para a configuração da fixação de preços predatórios como infração da ordem econômica. Neste contexto, a exigência feita pela Resolução nº 20 de que sejam avaliadas “*as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo*” deve ser vista com precaução. A avaliação das referidas condições deve ser considerada como um indicativo da existência da infração da ordem econômica, mas nunca como condição *sine qua non*, sob pena de acabar por permitir a limitação da concorrência e da liberdade de iniciativa, em decorrência da exclusão de concorrentes, por meio de artifícios anticompetitivos

6.4 Condições Estruturais do Mercado

Segundo a mesma linha de raciocínio, as condições estruturais do mercado, devem ser analisadas, mas não devem ser consideradas condições essenciais para se auferir a racionalidade e o malefício da prática de preços predatórios, como defende a Escola de Chicago.

Ao elaborar seu voto no caso *Labnew versus Merck*, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky procedeu a minuciosa análise das condições estruturais do mercado relevante de tubos para coleta de sangue incluindo uma análise da estrutura da oferta, grau de concentração do mercado e existência de barreiras à entrada de novos competidores. Entretanto, o próprio Conselheiro reconheceu que: “*uma análise abrangente das condições estruturais do mercado, por*

*si só, não permite uma presunção absoluta e conclusiva sobre a ocorrência ou não da prática de predação no mercado relevante.*³³

6.5 Comportamento Estratégico da Empresa

A partir da análise do artigo 20, inciso I da Lei 8.884/94 é possível concluir que deverão, também, ser punidas as empresas que se utilizarem da fixação de preços predatórios para criar uma reputação agressiva ou transmitir a impressão de que seus custos são significativamente menores, de forma a **falsear a concorrência** e afastar novos empreendedores de seus múltiplos mercados de atuação. *Falsear*, segundo o Novo Dicionário Aurélio³⁴, é enganar, atraiçoar; induzir em erro. Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência devem atentar para as empresas que detêm reputação de hipereficiência, uma vez, que, como constata a Teoria dos Jogos, em um ambiente de informações imperfeitas, tal reputação pode ser construída por meio da utilização de artifícios como a venda temporária de produtos por preço abaixo do custo. A análise do comportamento estratégico da empresa, recomendado pela Resolução nº 20, tem, por finalidade, apurar se esta vem se utilizando da prática de preços predatórios para falsear a concorrência.

6.6 A Preservação da Eficiência

Apesar das críticas feitas às constatações da Escola de Chicago e a sua aplicação ao Direito Concorrencial Brasileiro, é inegável que a Análise Econômica do Direito trouxe valiosa contribuição para o debate sobre a Política de Defesa da Concorrência.

A Análise Econômica do Direito tem o mérito de apontar para o fato de que o Direito Antitruste deve ser aplicado com precaução dentro de critérios rígidos amparados pela lógica econômica. Isto é especialmente verdadeiro em matéria de preços predatórios. Não há sentido ou racionalidade em punir empresas que pratiquem preços mais baixos que os concorrentes em virtude de inovações tecnológicas, de investimentos em pesquisa e aumento da produtividade, de melhores fornecedores ou melhor logística reponsáveis em última instância, por custos realmente mais baixos. Estaríamos, nesta hipótese punindo a empresa mais eficiente e incentivando, então, a ineficiência em detrimento da eficiência, da inventividade humana e do progresso científico-tecnológico.

³³ Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97

³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1a. edição, 12a. impressão. Rio de Janeiro, 1983.

Neste ponto, concordamos com os teóricos da Escola de Chicago quando afirmam que é lícito a uma empresa excluir outras do mercado **em virtude de maior eficiência** (seja por meio de inovações ou maiores investimentos em tecnologia e aumento da produtividade). Veja que, esta é, também, uma hipótese de exclusão de empresa do mercado e de limitação da concorrência. Porém, há aqui uma limitação **lícita** da concorrência. Coibir tal limitação fundada na eficiência significa coibir, também, o progresso científico-tecnológico³⁵.

Neste sentido, o artigo 20, §1º da Lei 8.884/94 determina que: “*a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior **eficiência** de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no **inciso II [dominar mercado relevante de bens ou serviços]**”*

Em nosso entendimento, a conquista de mercado resultante de tal processo natural fundado na maior eficiência, não poderá caracterizar, tampouco, o ilícito do **inciso I** do artigo 20, no tocante à limitação da concorrência, pelos motivos acima expostos. Apesar de estar não expressa no texto da lei, esta é uma constatação lógica.

O que o Direito da Concorrência torna **ilícito** é a exclusão de concorrentes e a limitação da concorrência por meio de abuso do poder econômico - como ocorre na fixação de preços predatórios viabilizados por grandes reservas financeiras ou por subsídios cruzados - ou por meio de outras condutas e outros artifícios anticompetitivos.

Neste contexto, preços mais baixos do que os dos concorrentes ou preços abaixo da média dos preços das demais concorrentes não são preços predatórios se tiverem por base custos realmente menores, advindos de maior eficiência, mesmo que tais preços venham a acarretar a quebra de concorrentes. Os preços somente serão predatórios se estiverem abaixo do custo variável médio da **própria** empresa produtora/vendedora, pois nesta hipótese a empresa estaria, comprovadamente, incorrendo em prejuízos economicamente injustificáveis.

³⁵ Bork leciona: “*The problem is to know what exclusion is improper. All business activity excludes. A sale excludes rivals from that piece of business. Any firm that operates excludes rivals from some share of the market. Superior efficiency forecloses. Indeed, exclusion or foreclosure is the mechanism by which competition confers its benefits upon society. The more efficient exclude the less efficient from the control of resources, and they do so only to the degree that their efficiency is superior. Such exclusion is proper and beneficial. It is the task of antitrust to see that it continues to operate. Antitrust, therefore, must be able to distinguish efficiency exclusion from improper exclusion.*”

6.7 Custo Variável Médio – O Teste de Areeda e Turner

Afirmamos no item anterior que serão predatórios os preços que estiverem abaixo do custo variável médio da própria empresa produtora/vendedora, pois nesta hipótese a empresa estaria comprovadamente incorrendo em prejuízos **economicamente injustificáveis**. Esta constatação foi feita pelos autores americanos Areeda e Turner³⁶ que, já em 1975, recomendavam a utilização do custo variável médio, ao invés da intenção do agente, enquanto critério identificador da fixação de preços predatórios. Mas o que é custo variável médio?

Os custos totais, no curto prazo, de uma empresa podem ser divididos em custos fixos e custos variáveis. Os custos fixos são aqueles advindos dos imóveis, da planta da fábrica e das máquinas. Os **custos variáveis** são os custos advindos dos demais fatores como, por exemplo, matéria-prima e mão-de-obra e que variam de acordo com a quantidade produzida. São definidos como custos dos fatores variáveis de produção³⁷. De acordo com Areeda e Turner, na apuração do custo variável devem ser excluídos apenas os custos fixos e os custos advindos do pagamento de tributos incidentes sobre os imóveis, devendo ser computados, portanto, todos os demais custos incluindo os referentes à produção (i.e., matéria-prima e mão-de-obra), à pesquisa e ao desenvolvimento, ao gerenciamento, ao marketing e à publicidade³⁸.

Nenhuma empresa produzirá ou venderá se não tiver a expectativa de recuperar, ao menos, seus custos variáveis.³⁹ O **custo variável médio** é o custo variável total dividido pelo número de unidade produzidas/vendidas. Fixar os preço do produto abaixo do custo variável médio é incorrer em prejuízo absurdo e injustificável sob a perspectiva econômica⁴⁰. O custo variável médio é o principal critério identificador da fixação de preços predatórios. Estas constatações, propagaram-se, pelas cortes norte-americanas e européias, dando origem ao **teste de Areeda e Turner**, segundo o qual **preços abaixo do custo variável médio** devem ser presumidos como predatórios⁴¹.

³⁶ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in Harvard Law Review 88, 1975, p. 697.

³⁷ SCHOTTER, Andrew R. *Microeconomics – A Modern Approach*. Harper Collins College, p.189

³⁸ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *op. cit.* p. 697

³⁹ BORK, *op. cit.*, p.150

⁴⁰ Para uma abordagem econômica do custo variável médio, vide SCHOTTER, *op. cit.* p. 171

⁴¹ AREEDA, Phillip, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Law & Business. 1995.

No caso *Labnew versus Merck*, o Conselheiro-Relator Mércio Fel-sky afirma em seu voto que não foi configurada a prática de preços predató-rios e, conseqüentemente, a infração da ordem econômica porque os preços de venda da Merck estariam acima do custo variável médio. Entretanto, neste caso, o Relator aplicou de forma equivocada o teste de Areeda e Turner ao excluir do cálculo do custo variável médio os custos chamados por ele de “*despesas financeiras, de administração e de venda da empresa*”, sob a justi-ficativa de que em se tratando de uma empresa que comercializa outros produ-tos farmacêuticos seria impossível determinar em que proporção tais despesas contribuiriam para o custo dos tubos de coleta de sangue à vácuo. Entretanto, a lógica e o êxito do teste de Areeda e Turner estão condicionados à inclusão de todas estas “despesas”⁴² no cálculo do custo variável.⁴³ Para se assegurar de que os custos da Reprintada estariam acima ou abaixo do seu custo variá-vel médio, o Relator deveria ter requerido uma estimativa sobre a alocação destas despesas em relação à comercialização dos tubos de coleta de sa-gue à vácuo.

6.8 Justificativas para a Venda Abaixo do Custo Variável Médio

Se preços abaixo do custo variável médio devem ser presumidos como predatórios, que fatores poderiam contrar esta presunção? A Lei 8.884/94 se refere à vender **injustificadamente** abaixo do preço de custo. Quais as justificativas para a venda abaixo do custo variável médio?

Não serão predatórios os preços promocionais, definidos como: pre-ços praticados, por curto espaço de tempo, por empresas que acabaram de entrar no mercado ou acabaram de lançar novos produtos no mercado⁴⁴. Os preços promocionais são prática comum que não trazem prejuízo à concorrên-cia, se praticados por **empresas nestas condições e, por curto período**.

Outras justificativas plausíveis surgem quando as empresas se depa-ram com situações nas quais precisam auferir, em curtíssimo espaço de tempo, qualquer receita, por menor que seja, para evitar prejuízos maiores como ocorre, por exemplo, nas liquidações (*clearance*) da moda inverno tendo em vista a chegada da estação quente. Outro exemplo, é a venda de passagens feitas, pelas empresas aéreas, nos momentos que antecedem o vôo, com o objetivo de ocupar lugares que, de outra forma, permaneceriam vazios. Estas situações não limitam a concorrência em virtude de sua excepcionalidade e de sua bre-vidade.

⁴² A diferenciação entre despesas e custos é uma diferenciação contábil, irrelevante para a teoria econômica.

⁴³ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *op. cit.* p.697

⁴⁴ DEMSETZ, *op. cit.* p. 53

6.9 Posição Dominante - Inexigibilidade

De acordo com o Plenário do CADE, não é necessário que a empresa predadora exerça posição dominante no mercado para que venha praticar infrações da ordem econômica: “...a não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações da ordem econômica...”⁴⁵.

Não é necessário que a empresa detenha posição dominante para que a fixação de preços predatórios atinja os objetivos almejados, basta que detenha instrumentos para financiar a conduta tais como grandes reservas financeiras ou subsídios cruzados. Basta que a empresa tenha poder econômico suficiente para viabilizar a conduta predatória. Determinada empresa munida de tais recursos pode utilizá-los para conquistar maior poder de mercado, mediante a exclusão de concorrentes, ou ainda para conquistar novos mercados. A fixação de preços predatórios pode ser utilizada para proteger ou para conquistar poder de mercado⁴⁶.

6.10 Intenção de Eliminar Concorrentes – Inexigibilidade

A Resolução nº 20 do CADE define preços predatórios como prática “**deliberada** de preços abaixo do custo variável médio, **visando eliminar concorrentes** ...”. Entretanto, a intenção da empresa predadora não pode ser considerada como exigência indispensável para a configuração da prática de preços predatórios, uma vez que o *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94 que afirma que “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” Ora, de acordo com a Lei 8.884/94 não há que se cogitar da culpa (e muito menos da intenção ou do dolo)⁴⁷ da empresa-agente para a caracterização de qualquer infração da ordem econômica. Estamos aqui diante de uma contraposição entre A Resolução nº 20 e a Lei 8.884/84. É preciso, então, recorrer ao Direito Administrativo e à Teoria do Poder Regulamentar segundo a qual **resolução**, tal como o regulamento, é o “*ato geral, de competência do Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da*

⁴⁵ Acórdão da Consulta nº 31/99, emitido em 31.03.99 e publicado no D.O.U. de 11 de maio de 1999.

⁴⁶ OCDE, *op. cit.*, p. 75

⁴⁷ Interpretação lógica da lei, segundo o princípio “*a minori ad majus*”. No Direito Comum, “se é vedado o menos, conclui que o será também o mais.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 18a. edição, Rio de Janeiro 2000.

Administração Pública”⁴⁸. De acordo com grandes administrativistas brasileiros, como Celso Antônio Bandeira de Mello, a resolução é dependente da lei e subordinada a esta, não podendo, de forma alguma contrariá-la ou ultrapassá-la sob pena de violar a Constituição da República de 1988 e o princípio da separação de poderes. Do mesmo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, professora titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo afirma: “*Em todas essas hipóteses [resoluções, portarias, deliberações, instruções], o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações (...) que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput da Constituição)*”⁴⁹. A Resolução nº 20 não pode, portanto, contrariar a Lei 8.884/94. E se o faz, incorre em ilegalidade e em violação da Constituição da República. Pelos motivos expostos deve, prevalecer a vontade do legislador, segundo a qual a intenção do agente é irrelevante na configuração das infrações da ordem econômica. A intenção não deve ser considerada, tampouco, como indício da existência de conduta predatória, pelos motivos já expostos no tópico 3 *supra*.

7. CONCLUSÕES

- As condutas anticompetitivas e as infrações da ordem econômica definidas pela Lei 8.884/94 ainda carecem de estudos detalhados e definições doutrinárias seguras. Este é um campo fértil e ainda pouco explorado no Brasil, tendo em vista sua importância e magnitude.

- O maior desafio do Direito Concorrencial é o de distinguir, com base nos efeitos produzidos no mercado, condutas competitivas e condutas anticompetitivas.

- Entre as condutas anticompetitivas, a fixação de preços predatórios é, indubitavelmente, a mais complexa e controversa. O debate sobre preços predatórios envolve a discussão sobre aspectos fundamentais da Política de Defesa da Concorrência como a discussão acerca dos valores tutelados pelo Direito da Concorrência; a discussão acerca da capacidade do ordenamento jurídico de distinguir entre condutas competitivas e condutas anticompetitivas; a discussão acerca da interação entre Direito e Economia; e a discussão fundamental acerca da capacidade ou incapacidade do mercado de se autorregular.

- Preços Predatórios podem ser definidos como *conduta que propicia a exclusão de competidores e/ou a imposição de barreira à entrada de novos*

⁴⁸ MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* Ed. Malheiros, 13ª edição São Paulo, 2000, p. 309

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 13ª edição, São Paulo, 2001, p. 89

*competidores no mercado, com base na redução dos preços abaixo do preço de custo, com o objetivo de proteger ou adquirir poder de mercado.*⁵⁰

▪ A prática de preços predatórios constitui abuso do poder econômico capaz de limitar e falsear a concorrência ou levar à dominação de mercado de bens ou serviços.

▪ A partir do estudo e da contraposição das idéias defendidas pela Escola de Chicago, das constatações da Teoria do Jogos e dos princípios constitucionais informadores da ordem econômica brasileira, buscamos definir os elementos que configuram a prática de preços predatórios como infração da ordem econômica.

▪ Não é necessário que a empresa detenha posição dominante no mercado para que, da fixação de preços predatórios, sejam emanados efeitos nocivos à concorrência, de forma, a configurar infração da ordem econômica. Basta que a empresa tenha poder econômico suficiente para viabilizar a conduta predatória.

▪ A prática de preços predatórios deve ser reprimida com o máximo zelo para se evitar que sejam punidas empresas, comprovadamente, mais eficientes que suas rivais.

▪ O principal critério identificador da fixação de preços predatórios no Direito Concorrencial Brasileiro é o custo variável médio. Preços abaixo do custo variável médio devem ser presumidos como predatórios e considerados aptos a configurar infração da ordem econômica uma vez que podem causar a exclusão de concorrentes do mercado ou a imposição barreiras à entrada de novos concorrentes.

▪ Não encontra amparo no Direito Brasileiro a exigência de comprovação da possibilidade de elevação dos preços em momento seguinte à adoção da conduta predatória para esta seja punível. Se a conduta tem o potencial de acarretar danos aos competidores e eventual exclusão destes do mercado deve ser reprimida, uma vez o Ordenamento Jurídico Brasileiro não tolera a exclusão de concorrentes do mercado por motivo outro que não a superior eficiência.

▪ Seguindo raciocínio análogo, a análise das condições do mercado deve ser utilizada apenas como fator indicativo da ocorrência da conduta predatória.

⁵⁰ Veja que, ao invés da definição da Resolução n° 20, adotamos a definição da OCDE uma vez que esta, ao contrário daquela, inclui também o efeito de imposição de barreiras à entradas e o objetivo de proteger poder de mercado..

▪A intenção de excluir os rivais é irrelevante para a a verificação da prática predatória, em função do disposto no artigo 20, *caput* da Lei 8.884, segundo o qual “*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...*”

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Predatory Pricing Law: A Circuit-by-Circuit Survey*, ABA, 1995.

_____. *Predatory Pricing: Monograph 22*, ABA, 1996.

AREEDA, Phillip, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Law & Business. 1995.

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis – Problems, Texts and Cases*. 5ª edição. Aspen Law & Business. 1997.

AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review* 88, 1975, p. 697.

AUSTIN, Page. *Predatory Pricing Law since Matsushita*, in *Antitrust Law Journal* 58, 1990, p. 895.

BAIRD, D., GERTNER R. e PICKNER R. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, 1994.

BAKER, Jonathan B. *Predatory Pricing after Brooke Group: An Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal* 62, 1994, p. 26.

BARRAL, Welber. *Dumping, Underselling e Preço Predatório*, in CADE. *Revista de Direito. Econômico* nº 29, Jan./Jul. 1999, p. 129-144.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. 2ª edição. The Free Press. 1993.

BOUDREAUX, Donald J., ELZINGA, Kenneth E. e Mills, David E. *The Supreme Court’s Predation Odyssey: From Fruit Pies to Cigarettes*, in *Supreme Court Economic Review* 4, 1995, p. 57.

BURNS, Malcolm R. *Predatory Pricing and Acquisition Cost of Competitors*, in *Journal of Political Economy* 94, nº..2, 1986, p. 286

_____. *New Evidence on Predatory Price Cutting*, in *Managerial and Decision Economics* 10, 1989, p. 327.

DARBY, Michael R. e LOTT JR., *Qualitative Information, Reputation and Monopolistic Competition*, in *International Review of Law and Economics* 9, n.º.1, 1989, p. 87.

DEMSETZ, Harold. *Barriers to Entry*, in *American Economic Review* 72, n.º. 1, 1982, p. 47

_____. *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*. North-Holland. New York. 1982.

DILORENZO, Thomas J. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Policy Analysis* 169, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 13ª edição, São Paulo, 2001, p. 89

DÖBLER, Sônia Maria M. *Infração à Ordem Econômica: Preço Predatório*, in *Revista do IBRAC*, vol. 3, n.º. 5, 1997.

EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*, in *University of Chicago Law Review* 48, 1981, p. 263.

_____. *On Identifying Exclusionary Conduct*, in *Notre Dame Law Review* 62, 1986, p. 972.

FARINA; Elizabeth M. Mercier; GARCIA, Fernando e ALVES, Marcel Cortez. *Padrão de Concorrência e Competitividade da Indústria de Materiais de Construção* Ed. Singular, São Paulo.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido, AZEVEDO, Paulo Furquim de e SAES, Maria Sylvia Macchione, *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações* Ed. Singular, São Paulo.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª. edição, 12ª. impressão. Rio de Janeiro, 1983.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1996.

_____. *Lei de Proteção da Concorrência*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio G. *Direito da Concorrência – Case Law*. Editora Singular. São Paulo. 2000.

JORDE, Thomas M., LEMLEY Mark A. e MNOOKIN, Robert H. *Antitrust*. Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1996

KOLLER, Rolland L. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Antitrust Law and Economics Review* 4, n.º.4. 1971, p. 105.

- KWOKA JR., John E. e WHITE, Lawrence J. *The Antitrust Revolution*. 2ª edição. Scott Foresman. New York. 1994
- LIEBELER, Wesley. *Wither Predatory Pricing? From Areeda and Turner to Matsushita.*, in *Notre Dame Law Review* 61, 1986, p. 1052.
- LOTT JR., John R. *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?* The University of Chicago Press, 1999
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia – Princípios de Micro e Macroeconomia*. Editora Campus. Rio de Janeiro. 1999.
- MARK, Isaac R. e SMITH, Vernon L. *In Search of Predatory Pricing*, in *Journal of Political Economy* 93, n°.2, 1985 p. 320.
- MCGEE, John S. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case*, in *Journal of Law and Economics* 1, n°.1, 1958, p.137.
- _____. *Predatory Pricing Revisited*, in *Journal of Law and Economics* 23, n°.2, 1980, p.289.
- MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* Ed. Malheiros, 13ª edição São Paulo, 2000
- MILGROM, Paul e ROBERTS John. *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, in *Journal of Economic Theory* 27, 1982, p. 280.
- OCDE, *Predatory Pricing*. OCDE Paris, 1989.
- PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4ª edição. Makron Books. São Paulo. 1999.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law – An Economic Perspective*. The University of Chicago Press, 1978.
- _____. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review* 127, 1979, p. 925.
- RAMOS, Marcelo de Matos. *Antitrust and Predation - Reflections on the State of Art*. Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho n° 5, Outubro 2000.
- RASMUSEN, Eric. *Entry for Buyout*, in *Journal of Industrial Economics* 36, 1988, p. 281
- _____. *Games and Information: An Introduction to Game Theory*. Basil Blackwell. New York. 1989.
- ROBERTS, John. *A Signaling Model of Predatory Pricing*, in *Oxford Economic Papers (Supplement)* 38, 1986, p. 75.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. 1ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1998.

SCHOTTER, Andrew R. *Microeconomics – A Modern Approach*. Haper Collins College.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios Básicos – Uma Abordagem Moderna*. Tradução da 5ª edição americana. Editora Campos. Rio de Janeiro. 2000.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1993.

_____. *Direito Econômico das Propriedades*, 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1992.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 1968.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON JR. Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2ª edição. MIT Press. Cambridge. 1998.

WATSON, Andrew, *Predatory Pricing in the Software Industry*, in *Rutgers Law Review* 23 , n.º. 1, 1998.

YAMEY, Basil S. *Predatory Pricing Cutting: Notes and Comments*, in *Journal of Law and Economics* 15, n.º. 1, 1972, p. 129.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS UTILIDADES PÚBLICAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Luís Felipe Valerim Pinheiro**

Capítulo I - A defesa da concorrência e a função regulatória do estado; Capítulo II - A atuação indireta do estado sobre as utilidades públicas – as competências decisórias dos órgãos reguladores; Capítulo III - As Decisões Regulatórias e o Devido Processo Legal - A Pretexo de Conclusão.

Ao meu pai, exemplo de homem.

À minha irmã, companheira pela vida.

À minha mãe, por tudo que aprendo além do Direito.

Ao Prof. Jacintho A. Câmara, hoje meu Amigo e Professor .

I. INTRODUÇÃO

O tema da defesa da concorrência nos mercados abertos à livre iniciativa é, por si só, complexo, em decorrência de sua interdisciplinariedade entre o direito, a economia e as definições das políticas públicas de ação do Estado na Economia. Quando o tema envolve a implementação de concorrência em setores em que encontramos monopólios naturais a serem dissolvidos, garantia de escolha a usuários, desregulação dos serviços até pouco tempo completamente regulados (prestação direta pelo Estado), entre outros fatores adiante apontados, a complexidade cresce consideravelmente.

No esforço de tentar compreender o fenômeno da implementação de concorrência nos antigos serviços públicos, hoje por nós denominados utilidades públicas, empreendemos este estudo. Primeiramente, traçamos um perfil da Ordem Econômica, com a classificação das espécies de atividades econômicas, conforme julgamos mais conveniente para compreensão do regime jurídico aplicável às referidas utilidades públicas. Em seguida, enquadramos os princípios aplicáveis aos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, escolhidos como modelos da atual transição da intensa regulamentação estatal para um regime de livre concorrência entre prestadores privados. Ainda neste tópico, elencamos as competências decisórias da regulação ativa exerci-

* Aluno de graduação do curso de Direito de PUC-SP

da pela ANATEL e pela ANEEL, bem como a competência decisória da regulação reativa exercida pelo CADE. Por fim, tentamos introduzir algumas considerações acerca da importância do devido processo legal para a implementação de concorrência nas utilidades públicas, tanto como parâmetro decisório como de controle pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO I

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO

1. A Atividade Econômica. 2. O Princípio da Livre Concorrência. 3. A Regulação Indireta da Economia e a Aplicação do Princípio Livre Concorrência.

1.A Atividade Econômica.

A Ordem Econômica, conforme tratado pela Constituição Federal de 1.988, prevê tanto os princípios norteadores da atividade econômica como, também, as formas de intervenção e de atuação do Estado na economia. A Constituição configura um modelo de Estado que age sobre a economia, de maneira que insere uma concepção jurídica abstrata de Ordem Econômica, a fim de aparelhá-lo de instrumentos capazes de garantir a realização dos valores e objetivos da República Federativa do Brasil, previstos em seus arts. 1º ao 4º.¹

A atividade econômica é, portanto, incorporada e regulada pelo direito. Cabe, para os fins do presente estudo, delimitar a abrangência que a Carta Magna atribuiu para o conceito jurídico “atividade econômica”. A disciplina da matéria, em seus arts. 170 a 181, rege desde as atividades desempe-

¹ Mencionamos, aqui, a concepção de Estado intervencionista como forma de garantia do próprio capitalismo, isto é, a Constituição Federal adota um conjunto de princípios e normas balizadores da atividade econômica. Sendo assim, existe a incorporação, pelo direito, de valores a serem perseguidos e garantidos pelo Estado, ou seja, a atividade econômica do mundo real é constatada e incorporada pelos pontos de cognição do direito (Poderes Constituinte e Legislativo), que a disciplina de forma cogente (normas jurídicas). A partir deste ponto, o Estado, através do direito, passa a disciplinar as atividades econômicas e a agir sobre ela, nos termos em que julgar politicamente conveniente (sempre conforme o Direito), objetivando, sempre, a realização dos objetivos previstos no art. 3º da CF/88. A respeito do conceito de Ordem Econômica, consultar profunda análise de Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1.988*, 3ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 41 a 57.

nhadas livremente pelos particulares até os serviços públicos e monopólios. Todas estas atividades estão condicionadas aos mesmos princípios (CF, art. 170), havendo diferenças apenas na composição destes princípios, pelo próprio texto constitucional (CF; arts. 175 e 177) e pelo legislador ordinário, com fulcro neste mesmos princípios. Esta pequena, mas nevrálgica, diferença tem o condão de dar asa a questões jurídicas de grande monta, como p. ex., a definição do regime jurídico específico aplicável a cada atividade econômica.

A doutrina, encabeçada por Eros R. Grau², classifica a atividade econômica em sentido amplo (CF; arts. 170 e 174 da CF), como gênero do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito (CF; art. 173 e 177) e os serviços públicos (CF; art. 175). Neste sentido, a intervenção do Estado na economia, como ente normatizador e regulador (CF, art. 174), deverá obedecer aos princípios enumerados no art. 170 da CF, notadamente ao princípio da livre concorrência, para os fins deste estudo. Em outras palavras, o desempenho das atividades econômicas pelo setor privado (livres de outorga ou regulamentação pública ou na prestação de serviços públicos delegados) ou pelo Poder Público (intervenção nas atividades econômicas típicas do setor privado ou atuação na prestação de serviços públicos) deverá respeitar, como regra geral, os princípios vetores da Ordem Econômica³.

Importante ressaltar que a atribuição de regime concorrencial (CF; art. 170, IV) aos serviços públicos depende de uma vontade política de governo, verificada no regime jurídico (lei em sentido formal) que disciplina determinada atividade. A razão para esta interpretação é dada pelo próprio texto constitucional, que dispõe poder o Estado prestar o serviço público diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão a particulares (prestação indireta), de maneira que este tem a prerrogativa de retirar qualquer possibilidade de regime concorrencial para a fruição da atividade econômica (o serviço público), através da exploração direta, e, quem pode prestar diretamente pode inse-

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp. 129 a 147.

³ Sobre este tema, Fernando Herren Aguilar (*Controle Social dos Serviços Públicos*, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, pp. 117 a 159) classifica as atividades desempenhadas pelo Estado como: função pública exclusiva (p. ex. repressão ao uso da força), função pública não-exclusiva (p. ex. resolução de conflitos, educação e saúde), serviços públicos (desempenhados pelo Estado, concedido e permitido) e atividade econômica desempenhada pelo Estado (monopólio – p. ex. petróleo e em regime de concorrência com os particulares – p. ex. instituições financeiras). Eros R. Grau (*A Ordem Econômica...*, pp. 143) enumera os serviços de saúde e educação como espécies de serviço público não privativos do Estado, visto que podem ser exercidos livremente pelos particulares, em regime de concorrência, independentemente de outorga do Poder Público, salvo aquela autorização ordinária decorrente do exercício do poder de polícia.

rir o grau de concorrência que entender conveniente para a atividade econômica sob sua titularidade.

Convém mencionar, ainda sobre esta questão, que as atividades econômicas em sentido estrito, sob o regime de monopólio estatal, justamente pelo fato de não poderem ser exploradas pelos particulares (CF, art. 177), também podem ter o seu regime jurídico, no que tange à aplicação do princípio da livre concorrência, disposto conforme a conveniência do governo, através da via legislativa⁴.

2. O Princípio da Livre Concorrência.

Após estas breves considerações acerca das atividades econômicas, devemos traçar algumas linhas a respeito do princípio da livre concorrência (CF/88; art. 170, IV) e sua relação com o princípio da liberdade de iniciativa (CF/88; arts. 1º, IV e 170, *caput*), visto que, no atual regime regulatório do Estado (intervenção indireta por direção), como se verá adiante, estes são vetores fundamentais da decisão do Poder Público, tanto na regulação econômica setorial (ativa), como na regulação econômica geral (reativa).

O princípio da liberdade de iniciativa constitui um primado da Ordem Jurídica pátria, pelo qual as relações jurídicas devem ser pautadas com base na liberdade de empreender do particular em face de outro particular e do Poder Público. A ação do Estado sobre a economia⁵ deverá levar em consideração este princípio constitucional garantidor da liberdade econômica.

⁴ A Emenda Constitucional nº 09/95 deu nova redação ao § 1º do art. 177 da CF/88 e acrescentou o § 2º ao mesmo dispositivo, os quais disciplinam as hipóteses de contratação, entre a União e os particulares, para desempenho das atividades econômicas em sentido estrito relativas ao setor petrolífero. Vale observar que a Agência Nacional do Petróleo – ANP poderá outorgar o direito de exploração das atividades através de uma modalidade de concessão *sui generis*, em que a exploração e produção se dará por conta e risco do particular – produz um contrato administrativo, regido por princípio e normas de direito público, porém sem garantia, como p. ex., ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ou por autorização, nos termos da Lei Federal nº 9.478, de 06 de agosto de 1.997, arts. 23 a 26, 43 e 44, 53 e 56. A respeito da natureza jurídica do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo consultar: MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2000, pp. 125 a 137.

⁵ Adotamos, aqui, tanto a concepção de *intervenção* do Estado na atividade econômica em sentido estrito quanto (direta, como p. ex.: empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou indireta, como p. ex.: regulação econômica ativa e reativa de atividades livres à exploração pelos particulares – serviço de saúde suplementar) a atuação do Estado nos serviços públicos (direta, como p. ex.: exploração de serviço

A liberdade de iniciativa é um princípio constitucional que se refere exclusivamente aos particulares, vale dizer, não há o que se falar em liberdade de iniciativa do Estado, pois esta ocorrerá apenas nos serviços públicos, monopólios e nas demais atividades econômicas em sentido estrito, quando presentes os requisitos enumerados no art. 173, *caput* da CF/88. Observe-se, ainda, que a valorização do trabalho humano (CF/88; art. 1º IV e 170, *caput*) pressupõe o desempenho de atividade econômica por particulares (pessoas) e não pelo Estado, conforme entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶ (“A Economia e o Controle do Estado”, parecer publicado *in: O Estado de São Paulo*, edição 04.06.89).

Entretanto, a garantia material de liberdade de iniciativa depende do seu princípio ancilar, qual seja, a livre concorrência. É através deste que o Estado Pós-Social buscará efetivar a liberdade de iniciativa do empreendedor e o direito de o consumidor ter opções e de realizar a melhor escolha⁷. A adoção deste princípio demonstra a assunção, pelo texto constitucional, da desigualdade de oportunidades entre concorrentes existente no mercado (ordem econômica real). Para contorná-la, o Estado conta com o princípio instrumental da livre concorrência como meio para implementação de sua ação, principalmente sobre a economia.

O princípio da livre concorrência assume um aspecto de crescente importância nos setores regulados da economia, pois é fundamento autônomo

público por empresa pública ou sociedade de economia mista, ou indireta, como p. ex.: regulação econômica ativa e reativa de serviços públicos outorgados aos particulares – serviços de energia elétrica e de telecomunicações) e em atividades econômicas em sentido estrito sob o regime de monopólio (direta, como p.ex.: empresa pública ou sociedade de economia mista, ou indireta, como p. ex.: a regulação ativa e reativa da indústria do petróleo explorada por particulares), hipótese esta em que o Poder Público tem a prerrogativa de disciplinar a concorrência conforme decisão política-legislativa. Percebemos, neste ponto, uma diferença na disciplina constitucional, no que tange à restrição à liberdade de iniciativa, das prerrogativas para a regulação estatal indireta da atividade econômica em sentido estrito em geral em oposição à regulação estatal indireta dos serviços públicos concedidos, qual seja, a possibilidade de maiores condicionamentos à liberdade de iniciativa nesta segunda em comparação com a primeira, em razão da atuação estatal incidir sobre atividades econômicas (serviços públicos ou monopólios) sob sua titularidade exclusiva ou conferido unicamente a ele o direito de explorá-la. Esta nossa classificação difere, em seu conteúdo, daquela elaborada por Eros R. Grau (*A Ordem Econômica...*, pp. 130 e segs.). Tratamos, ainda, indistintamente as expressões “intervenção sobre a economia” e “intervenção na economia”.

⁶ *Apud.* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp.228 e 229.

⁷ Adiante, mencionaremos as teorias que institucionalizam a concorrência como um “valor institucional”.

para implementação de concorrências em tais setores (regulação econômica ativa), assumindo um caráter autônomo do conteúdo do art. 173, § 4º da CF/88, que se refere, exclusivamente, à prevenção e repressão de abuso do poder econômico (regulação econômica reativa). A regulação econômica ativa, empreendida pelas agências reguladoras setoriais, tem, em suas leis específicas, com grande variação qualitativa, a previsão de standards setoriais específicos sobre a proteção da concorrência no respectivo setor, que balizam a suas atuações. Isto é assim em razão da extrema peculiaridade técnica que estes setores da economia atingem, não sendo possível criar um “regime jurídico geral de implementação de concorrência para os setores regulados”.

Sendo assim, o princípio da livre concorrência exige uma conduta pró-ativa do Estado, no sentido de implementar a igualdade material entre os agentes do mercado e de garantir a difusão do conhecimento econômico, ao contrário do princípio da liberdade de iniciativa que possui a abstenção de atuação do Poder Público como conteúdo jurídico, em proteção da liberdade de empreender pertencente à pessoa física ou jurídica de direito privado⁸.

A partir das privatizações ocorridas nos setores de infra-estrutura brasileiros, o Estado, por opção político-legislativa, tem se retirado da gestão dos serviços públicos (atuação direta do Estado na economia), assumindo o papel de regulador destes serviços (regulação indireta da economia). Como forma de acabar com a aplicação de recursos públicos em atividades que podem ser exercidas pelos particulares e, ao mesmo tempo, objetivando atrair a aplicação de recursos pelo setor privado nestas atividades, se chegou ao consenso de que os serviços deveriam ser privatizados, juntamente com uma política de desregulação destes setores da economia⁹.

A desregulação pressupõe, principalmente, a flexibilização dos mecanismos de acesso ao mercado¹⁰ (unbundling, autorizações prévias vincula-

⁸ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Op. cit.*, pp. 58 a 60.

⁹ Mister observarmos que a Lei de Concessão de Serviços Públicos nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, em seu art. 29, XI, já atribuía, como encargo do Poder Concedente, o dever deste incentivar a competitividade na prestação do serviço público. Entretanto, esta função do Poder Público nunca foi implementada a fim de garantir o direito de escolha dos usuários.

¹⁰ A viabilização de acesso ao mercado para novos agentes tem sido efetivada mediante a outorga de autorizações para prestação de serviços, com um regime jurídico diverso daquele classicamente tratado pela doutrina administrativista. Estas novas autorizações não são discricionárias, não podem ser revogadas sem devido processo legal e, em regra, geram direito à indenização ao particular quando cassadas. Cf. MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Vol. I – Los Fundamentos, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 309 a 316.

das etc.), livre acesso ao mercado (às redes de distribuição e a infra estrutura para prestação do serviço), liberdade de contratação e formação de preços para os segmentos em que existe viabilidade técnica¹¹, liberalização da aplicação de investimentos sem vinculação com taxas de retorno (para os prestadores em regime privado)¹². A redução indireta da intervenção do Estado na economia em tempos de concentração econômica, para Calixto Salomão Filho¹³, é a razão para aproximação entre a regulação econômica setorial (ativa) e a regulação econômica antitruste (reativa)¹⁴. Em nossas palavras, diríamos que a regulação do Estado passou a ser indireta sobre a economia, como reflexo da privatização de setores em que havia monopólios naturais e, por consequência, a regulação passou a abarcar novos parâmetros, agora nos serviços públicos delegados, dentre eles a função de implementar a livre concorrência e de garantir o seu controle¹⁵.

Percebe-se, portanto, que a desregulação dos serviços públicos delegados é seguida de uma nova técnica de ação do Estado na economia, qual seja, a regulação para inserção de concorrência nestes setores ou regulação concorrencial¹⁶. Através da desregulação, o serviço público passa a ser pres-

¹¹ Sobre a desregulação dos preços e tarifas nos serviços de telecomunicações : Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. “A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 321.

¹² Cf. ORTIZ, Ariño et alli. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación”, in: *El Nuevo Servicio Público*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrd, 1997, pp. 20 e segs.

¹³ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 15 e 16.

¹⁴ Neste contexto, a aproximação entre o Direito Administrativo, disciplinando as regras de ação do Estado no domínio econômico (regulação econômica) e o Direito Econômico, tratando da disciplina das relações de caráter econômico e seus condicionamentos em função dos princípios da Ordem Econômica, se faz presente. Surge, então, um Direito Administrativo-Econômico que abarca os aspectos dos novos regimes jurídicos oriundos pós reforma do Estado.

¹⁵ No capítulo seguinte, discutiremos a aplicação de outros princípios à função regulatória do Estado, os quais delinearão o arcabouço normativo balizador da decisão de cada órgão regulador (setorial ou geral), bem como a finalidade de cada espécie regulatória, seus instrumentos e competências.

¹⁶ A este respeito: “*Participants recognized that even in the context of liberalized trade regimes and procompetitive privatization programs, there is still scope for anticompetitive behavior by private enterprises. It was argued that competition law should apply to all sectors of economy, including those that undergo privatization process. There was a consensus that economic reform should be oriented to the pro-*

tado pelo particular, sob uma incidência maior das regras do mercado e, para garantia do funcionamento deste sistema concorrencial, existe um incremento de normas estatais diretivas, tanto por meio das leis setoriais (telecomunicações, energia elétrica e, ainda por vir, correios e saneamento básico) quanto pelo exercício do poder normativo das agências reguladoras setoriais.

Passaremos a analisar, no próximo tópico, de forma mais detida, a atribuição de uma competência regulatória com finalidade de inserção de concorrência nos novos setores regulados e sua repercussão nas decisões dos órgãos estatais de regulação indireta da atividade econômica.

3.A Regulação Indireta da Economia e a Aplicação do Princípio da Livre Concorrência.

Conforme afirmado alhures, o modelo regulatório atual consiste em uma ação indireta do Estado sobre a atividade econômica, ora sob *intervenção* ora sob *atuação* sobre a ordem econômica¹⁷.

As agências reguladoras setoriais devem agir na Ordem Econômica a fim de implementar a concorrência, uma vez garantida, também, a maior subsunção do princípio da livre concorrência, por via legislativa, em garantia da liberdade de iniciativa à exploração dos serviços públicos com sua outorga destinada aos particulares (regulação por atuação indireta do Estado). A implementação da concorrência, nestes setores, é pró-ativa, isto é, exige o exercício de competências positivas das agências reguladoras setoriais, no sentido de construir uma estrutura de mercado e de aplicação das normas específicas capazes de garantir, em última análise, o direito de escolha e o bem estar do consumidor. Esta é uma das prerrogativas do Estado Regulador em sua feição Pós-Social.

Outra prerrogativa deste modelo de Estado, quanto à defesa da concorrência, é o controle preventivo e de repressão às infrações da Ordem Econômica, vale dizer, a ação indireta sobre a Ordem Econômica, por meio, por vezes da atuação (em mercados regulados em que o particular atua como exceção) e da intervenção (mercados em que a regra é a atuação livre do particular). Esta forma de regulação econômica é reativa, pois implica uma conduta positiva do Estado, tão somente para corrigir aqueles atos que possam gerar prejuízos à Ordem Econômica, isto é, implica uma atuação do particular que

motion of sustainable procompetitive market structures, and that the objectives of competition policy should be taken as their own by regulators and privatization agencies.”(WORLD BANK, The. Competition Policy and Economic Reform – An Interpretative Summary, 1998, p. 5).

¹⁷ Ver nota 5.

traga prejuízo ao livre exercício das forças de mercado. Esta competência é atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem a função de repressão às infrações à Ordem Econômica (controle de condutas) e de controlar a produção de efeitos de atos jurídicos que causem, de fato ou em hipótese, prejuízos à Ordem Econômica (controle de estruturas)¹⁸.

Para Calixto Salomão Filho¹⁹, a regulação econômica setorial busca, entre outros objetivos, a imposição do Direito Antitruste (intervenção ativa) sobre os setores regulados, de forma que o direito concorrencial passa a ter papel relevante na função regulatória estatal. A intervenção ativa através das agências reguladoras setoriais tem o condão de gerar a criação de uma utilidade pública, vale dizer, a criação de um sistema concorrencial. Enquanto isto, a atuação do Direito Antitruste (CADE), por si só, é eminentemente passiva, limitando-se a fiscalizar e controlar a observância dos princípios norteadores da atividade econômica, buscando fundamento na clássica concepção de poder de polícia.

Agora se faz mais claro o fato de adotarmos esta concepção para classificação da regulação da Ordem Econômica pelo Estado, pois teremos um arcabouço normativo diverso a ser aplicado tanto pelas agências reguladoras setoriais quanto pelo CADE no que se refere à defesa da concorrência, dependendo do setor da atividade econômica envolvido na decisão a ser tomada, cada qual com princípios a serem seguidos, regimes jurídicos e peculiaridades técnica e instrumentos jurídicos próprios.

Esta é a razão da utilidade de nossa classificação das formas de intervenção na Ordem Econômica, pontificada no regime jurídico aplicável a determinada atividade econômica., que determinará o direito aplicável à decisão tanto das agências reguladoras setoriais quanto do CADE, a qual deverá observar, para ambas as formas de regulação econômica, as normas jurídicas de proteção à Ordem Econômica (Lei Federal nº 8.884/94) e, também, os princípios setoriais envolvidos (leis específicas), não apenas para implementação de concorrência, mas ainda os objetivos exógenos às relações econômicas de determinadas atividades, como forma de contornar as externalidades sociais (p. ex.: dever de universalização e continuidade na prestação do serviço público em regime de direito público).

A ação estatal tem debruçado suas atenções para a mencionada intervenção indireta do Estado na economia (principalmente à regulação setorial das atividades econômicas não monopolizadas). Este fenômeno tem funda-

¹⁸ O CADE foi instituído como autarquia independente pela Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, sendo estas competências previstas, principalmente, em seus arts. 20, 21 e 54.

¹⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, especialmente pp. 31, 32 e 41a 46.

mento, parte em razão a um “modismo institucional” (agências reguladoras), parte em função do movimento natural destes mercados para criação de concentrações empresariais e paralelismos de condutas entre seus agentes. A opção política adotada, é dizer, permitida constitucionalmente, foi regular tais setores como forma de implementar ou garantir a permanência de concorrência juntamente com outros objetivos exógenos ao mercado (como p. ex.: higiene do mercado)²⁰.

A regulação econômica ativa e a reativa devem considerar a concorrência como um valor institucional em si mesmo, isto é, uma utilidade a ser implementada e garantida pelo Poder Público (CF/88, arts. 1º, IV, 5º, XXXII, 170, IV e V e 173, § 4º)²¹. A regulação estatal da economia deve balizar sua conduta no intuito de realizar a Ordem Econômica pressuposta pelo sistema social-capitalista e posta na Constituição Federal de 1.988 (Eros R. Grau²²). Para tanto, a decisão a ser emanada dos órgãos reguladores deve compor o princípio da livre concorrência e da proteção do consumidor com os demais princípios constitucionais balizadores da Ordem Econômica, mantendo-se a idéia de arcabouço normativo específico aplicável aos setores regulados.

Destarte, a regulação econômica deverá perseguir, nomeadamente, os princípios: da dignidade da pessoa humana; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; liberdade de associação profissional e sindical; busca da justiça social; a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade; a defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego, e tratamento favorecido para as empresas brasileiras

²⁰ Calixto Salomão Filho destaca que a concorrência sempre requer a diluição forçada do poder econômico. Cf. SALOMÃO FILHO. *Op.cit.*, pp. 16, 34 e 46 a 50.

²¹ A teoria do conhecimento econômico, em breves linhas, diz que o conhecimento econômico é adquirido individualmente, através do processo de escolha. Sendo assim, a preservação da concorrência busca garantir a preservação do direito de escolha, para que o consumidor descubra a verdadeira utilidade dos produtos e serviços e as melhores opções. Por esta teoria, os objetivos do sistema econômico são revelados pelas escolhas individuais dos consumidores, devendo o Direito fazer uso de suas normas cogentes para garantir a multiplicidade de escolha, a informação para o consumidor fazer a melhor opção e, por fim, diluir estas duas primeiras finalidades pela sociedade. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico”, in: *Direito Global*, coord. Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, pp. 266 a 268).

²² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 42 e segs.

de capital nacional de pequeno porte; integração do mercado interno ao patrimônio nacional (CF/88; arts. 1º, III; 3º, I a III; 8º; 9º, 170 *caput* e I a IX, 219)²³.

A composição destes princípios é o desafio que se impõe aos órgãos reguladores (agências setoriais e ao CADE), a fim de coordenar a desregulação econômica (maior liberdade de iniciativa), em face de seus princípios condicionadores acima enumerados, a fim de garantir que todos os agentes econômicos possam, efetivamente, empreender e que estes benefícios sejam partilhados com a sociedade.

CAPÍTULO II

A ATUAÇÃO INDIRETA DO ESTADO SOBRE AS UTILIDADES PÚBLICAS – AS COMPETÊNCIAS DECISÓRIAS DOS ÓRGÃOS REGULADORES.

1. Principiologia Aplicável. 2. Modelos Existentes – Os Extremos. 3. A Regulação Ativa. 4. A Regulação Reativa.

1. Principiologia Aplicável.

No capítulo anterior, tratamos da concepção por nós adotada acerca da classificação das atividades econômicas, a possibilidade de aplicação dos princípios da Ordem Econômica nos setores regulados e a aplicação do princípio da livre concorrência nas atividades econômicas em face da atual opção pela ação indireta do Estado sobre a economia, tanto pela regulação através da intervenção, quanto pela regulação através da atuação.

Passaremos a analisar, com maior afinco, a ação do Estado na implementação e controle da concorrência nos setores em que age por atuação, quais sejam, as utilidades públicas ou, como tratado pela doutrina administrativa clássica, os serviços públicos²⁴. Esta parcela da Ordem Econômica possui

²³ Eros R. Grau elenca, ainda, mais alguns princípios conformadores da Ordem Econômica prevista pela Constituição Federal de 1.988 em: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, pp. 215 e segs.

²⁴ Entendemos que o conceito de serviço público, até hoje encontrado nos clássicos autores pátrios, não mais define as atividades econômicas sob a titularidade exclusiva do Estado, prestadas diretamente por este ou por quem lhe faça as vezes, abarcando todos os reflexos jurídicos desta configuração (como p. ex.: contrato de concessão, equilíbrio econômico e financeiro do contrato, limitação do número de prestadores, reversão dos bens ao término da outorga, entre outros). A desregulação dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica trouxe uma nova conformação para estes

um caráter de especialidade em relação às demais atividades, visto que outros princípios norteiam a sua regulação pelo Estado, princípios estes que se somam àqueles singelamente enumerados no Capítulo I.

Mister salientar, desde logo, que trataremos de uma atuação estatal, exatamente devido à existência destes princípios específicos vetores das utilidades públicas, visto que a titularidade detida pelo Estado tem o condão de lhe atribuir uma série de prerrogativas adicionais, a fim de garantir a promoção da concorrência(utilidade) nestes setores. Estas competências, na atual feição do Estado, estão investidas nas agências reguladoras setoriais de atuação do Estado sobre o domínio econômico, mais precisamente para este trabalho, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL²⁵ e Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL²⁶.

serviços, iniciada pela EC nº 08/95 e delimitada pelas leis ordinárias referidas. Neste sentido, estes serviços continuaram sob a titularidade do Estado, mas podem ser prestados em regime público ou privado nos termos da lei, de maneira que passam a constituir serviços sobre os quais existe uma intensa regulação estatal, no sentido de lhes retirar sua configuração de monopólios naturais e de garantia de obtenção de certas metas de caráter social (como p. ex., a continuidade e a universalização). Tais metas são exigidas como objetivos de uma conduta empresarial mais flexível do particular, isto é, existe uma maior abertura para as forças de mercado atuarem na regulação do serviço (regulação não-estatal). O próprio berço da noção de serviço público (Europa) desenvolveu noções diversas desta para tratar o que antes era configurado sob este rótulo. Hoje existe as noções de serviço social, serviço de interesse econômico geral e utilidade pública. A respeito da crise do conceito de serviço público, Carlos Ari Sundfeld escreve: “Os velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica, portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘direito da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la” (SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*) in: *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coord.), 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 161).

²⁵ Instituída pela Lei Federal nº 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), de 16 de julho de 1997, como integrante da Administração Pública Federal sob regime autárquico especial, nos termos de seu arts. 8º e segs.

²⁶ Instituída pela Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, também integrante da Administração Pública Federal sob regime autárquico especial, nos termos de seu art. 1º.

Como dissemos, estes órgãos reguladores setoriais deverão observar os princípios da Ordem Econômica, inclusive o relativo à livre concorrência e à proteção dos consumidores, por expressa vontade do legislador ordinário ao delinear o regime jurídico destas utilidades públicas. Enquanto que cabe ao CADE exercer o controle do exercício do poder econômico dos agentes destes setores regulados e seus efeitos em mercados afins.

A regulação reativa ganha destaque quando ocorre a mencionada desregulação da prestação das utilidades públicas, já que uma considerável parte da regulação é transferida das mãos do Poder Público para as forças de mercado, é dizer, é dada uma liberdade de iniciativa maior ao particular, que recebe a outorga para prestação do serviço, que deverá conjugar os esforços que considerar necessários para atender às metas impostas pelas agências reguladoras setoriais. Uma vez presente esta maior liberdade de iniciativa, no Estado Pós-Social, deve existir meios de controle de seu exercício abusivo. Neste ponto, é imperiosa a regulação reativa do Estado para conter os abusos e a formação de estruturas empresariais danosas ao mercado.

Entretanto, a complexidade existente na composição dos princípios da Ordem Econômica, em especial da tutela à livre concorrência, em face dos princípios vetores da prestação das utilidades públicas é, hodiernamente, uma das principais (senão a principal) questões enfrentadas pelo Direito Administrativo Econômico. Entendemos que o relacionamento entre as agências reguladoras setoriais e o CADE consiste em uma integração destes princípios e sua correta valoração, tanto na decisão final da ANATEL ou da ANEEL (regulação ativa) quanto do CADE (regulação reativa).

Mencionaremos, brevemente, alguns princípios aplicáveis às utilidades públicas de telecomunicações e de energia elétrica, como forma de ilustrar o arcabouço normativo²⁷ a ser aplicado nestes setores, conjuntamente a garantia da liberdade de iniciativa e seu corolário, princípio da livre concorrência.

São aplicáveis aos serviços públicos, no abalizado entendimento de Dinorá A. M. Grotti²⁸, os seguintes princípios, que trazemos de forma tópica:

. Princípio da Continuidade;

²⁷ No capítulo III, abordaremos o nosso entendimento acerca do ‘arcabouço normativo’, aplicável a estes setores, para que se obtenha uma melhor decisão administrativa, balizada pelos princípios oriundos da cláusula do Devido Processo Legal e pelo princípio da eficiência administrativa.

²⁸ GROTTI, Dinorá A. M. “Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação”, *in*: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 49 a 65.

- . Princípio da Regularidade;
- . Princípio da Igualdade ou da Uniformidade;
- . Princípio da Neutralidade;
- . Princípio da Generalidade ou Universalidade, também denominado Universalização;
- . Princípio da Obrigatoriedade;
- . Princípio da Mutabilidade ou da Adaptação Constante;
- . Princípio da Modicidade, no caso das telecomunicações, Razoabilidade dos Preços;
- . Princípio da Participação do Usuário;
- . Princípio da Cortesia;
- . Princípio da Eficiência;
- . Princípio da Responsabilidade.

A composição destes princípios com a inserção de concorrência nas utilidades públicas, como já foi dito, é tarefa exclusiva dos órgãos reguladores setoriais. O fato de o Estado titularizar uma determinada atividade econômica, por vontade constitucional ou legislativa, a impregna de uma série de ônus, deveres e objetivos a serem perseguidos, ora por este atuando diretamente, ora delegando a sua prestação a particulares, que farão as vezes do Estado, isto é, incorporarão os mesmos ônus, deveres e objetivos. A busca de inserção de competição nestes setores não poderá atingir o ponto de comprometer os objetivos, contidos nos princípios acima elencados, desta utilidade pública.

Um importante ponto levantado por Carlos Ari Sundfeld²⁹ é a proteção do consumidor potencial do serviço, qual seja, aquele que não possui, ainda, a sua fruição. A agência reguladora setorial deve conduzir sua regulação para que tais pessoas, em número muito elevado no Brasil, tenham – primeiramente – acesso a serviço (universalização) para, em um segundo momento, exigir sua prestação com qualidade, a existência de possibilidade de escolha e o seu efetivo direito de escolher.

Como bem observa o autor, estes interesses da sociedade não são traduzidos pelos critérios de eficiência econômica, constituindo verdadeiro ônus a ser atribuído aos particulares, que deverão estender o serviço a áreas

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. “Serviços Públicos e Regulação Estatal – Introdução às Agências Reguladoras” in: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 34 a 36.

em que não haverá retorno econômico. Neste ponto, é imprescindível que a agência reguladora garanta condições para que estes investimentos se concretizem, o que, por certo, será uma decisão que não incentivará a concorrência, mas sim constituirá uma prerrogativa deste prestador em regime público, pois haverá o financiamento da universalização pelos prestadores que já possuem o serviço.

Nesta questão, está inserida a discussão sobre o conceito de preço justo ou razoável pelo serviço, a ser fixada pelas tarifas, dando preferência aos consumidores efetivos ou aos consumidores em potencial³⁰. O jogo, então, consiste em equilibrar as metas de expansão do serviço (interesse dos consumidores em potencial) com os preços, a qualidade e as opções (interesse dos consumidores efetivos) do mesmo³¹.

A implementação de concorrência (valor institucional) nas utilidades públicas visa a obtenção da longínqua concorrência perfeita (noção idealizada) nestes setores tradicionalmente configurados como monopólios naturais³², em razão das circunstâncias históricas de sua implementação, monopólios naturais públicos no Brasil. Entretanto, a regulação se faz presente para inserir gradualmente a concorrência conjuntamente com outros valores institucionais,

³⁰ Neste sentido: “Para assegurar efetiva universalização há que se estabelecer um regime de preços com limites para a cobrança deste serviço (evitando o expurgo dos usuários que já dispõem do serviço). Porém, tem que se assegurar margens de remuneração que permitam os investimentos necessários a ampliar o conjunto daqueles que disporão dos serviços.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito das Telecomunicações e ANATEL”, in: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 308).

³¹ A respeito da racionalidade econômica do empresário particular, Calixto Salomão Filho faz consciente análise do tradicional regime jurídico de concessões nas seguintes linhas: “... o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 20). É preciso constatar a realidade da lógica empresarial privada, que tenderá obter o maior lucro possível com o menor trabalho. A proteção do consumidor e respeito aos seus direitos não serão conseguidos apenas com deveres jurídicos, mas sim através da existência de efetiva concorrência entre os agentes de um determinado mercado, a fim de que os benefícios auferidos pelo empresário sejam repassados aos seus consumidores como forma de arregimentar, mesmo, um maior número de clientes e, portanto, maior lucro pela eficiência econômica.

³² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 192 a 194.

como p. ex., a universalização dos serviços e o dever de continuidade, entre os demais contidos nos princípios enumerados³³.

A opção do legislador pátrio foi por inserir a concorrência nas utilidades públicas, mormente nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica. Esta empreitada, através da regulação reativa deve ser feita de forma gradual, por meio da desregulação destes serviços e do incremento do papel regulador do Estado com vistas a assegurar a obtenção tanto dos objetivos sociais destas atividades, quanto a fruição do valor concorrência, também, nestes mercados. Estamos em uma fase de transição, sem dúvida duradoura, entre o regime jurídico de serviços públicos intensamente regulados e a prestação de utilidades públicas por particulares em que apenas a proteção reativa à livre concorrência seria capaz de assegurar os interesses dos usuários, todos efetivos, dos serviços³⁴.

O presente estudo busca, portanto, traçar parâmetros jurídicos para a integração de princípios e dos valores neles contidos no desempenho da função regulatória ativa e reativa, a fim de que o Estado, através, in casu, da ANATEL, da ANEEL e do CADE (órgãos dotados de poder decisório), possa compor a obtenção da máxima eficiência econômica possível, nesta fase de transição, conjuntamente com a realização das políticas públicas eleitas por lei para estes segmentos³⁵.

2. Modelos Existentes – Os Extremos.

³³ Os elementos para a existência de concorrência perfeita em um determinado mercado são trazidos por Raymond Barre: (i) atômidade do mercado, (ii) homogeneidade do produto, (iii) livre entrada na indústria, (iv) perfeita transparência do mercado. Este mesmo autor continua: "... a 'concorrência efetiva' implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre firmas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos. Ela permite a difusão dos benefícios devidos a este progresso a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações)." (*Apud*, VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*, 1ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993 p. 28 a 30 e 99 e 100).

³⁴ Cf. NUSDEO, Ana Maria. "Agências Reguladoras e Concorrência", in: *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sundfeld (coord.), 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, pp. 157 a 189.

³⁵ A título de conclusão de nosso raciocínio, remetemos o leitor a: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Universalização de Serviços Públicos e Competição – O caso da distribuição do gás natural", in: *Revista de Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Vol. 223, jan./mar 2001, em especial pp. 138, 140 e 142.

A integração dos princípios aplicáveis ao novo regime jurídico das utilidades públicas, descritos alhures, exige a compreensão, por parte dos estudiosos do direito, dos vários sistemas adotados para a defesa da concorrência nestes setores, com peculiaridades ímpares, não vislumbradas nas atividades econômicas em sentido estrito.

Estas diferenças vão desde os valores perseguidos pela regulação ativa, sobretudo nos serviços públicos, contidos na principiologia acima mencionada, até na abrangência da competência decisória dos órgãos públicos de regulação setorial, com foco à implementação da livre concorrência, em face da esfera de competência dos órgãos responsáveis pela prevenção e repressão do abuso do poder econômico no mercado.

Neste estudo, adotamos dois modelos de regulação ativa dos serviços públicos, quais sejam, aquele previsto para o setor de telecomunicações e o previsto para o setor de energia elétrica. Importante dizermos, desde logo, que os interesses políticos que envolveram a criação destes modelos regulatórios são percebidos na precariedade normativa do setor elétrico em comparação com o setor de telecomunicações, o que demanda um maior esforço interpretativo do hermenêuta, a fim de obter conclusões jurídicas muitas vezes expostas de forma quase didática na Lei Federal nº 9.472/97 (LGT)³⁶.

Trata-se de marcos regulatórios extremos, uma vez que as competências decisórias em cada função regulatória (ativa e reativa) e os princípios aplicáveis tanto pela ANATEL, quanto pelo CADE, no setor de telecomunicações, são expostos de forma clara pela LGT, enquanto que tais competências e princípios devem ser depreendidos da Ordem Jurídica vigente, por meio de uma interpretação sistemática desta, sempre com a precaução de não atribuir o exercício de competências inexistentes para a ANEEL e aplicar princípios exteriores ao setor elétrico.

A regulação ativa dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, empreendida pelas agências reguladoras setoriais (ANATEL e ANEEL), constitui competência decisória exclusiva destas autarquias, visto que cabe a estes órgãos implementar as políticas governamentais, nos termos previstos em seus respectivos marcos regulatórios.

³⁶ O setor de energia elétrica já demanda uma reforma institucional, visto que o atual modelo foi incapaz de propiciar a aplicação de recursos pelos particulares no intuito de aumentar a oferta de energia e de, ao menos, diversificar a nossa base energética extremamente dependente da hidroeletricidade. Temos notícias de que o governo está conjugando esforços na tentativa de adequar o marco regulatório a uma efetiva competição entre os agentes, conforme se lê em: “Governo quer modificar modelo elétrico”, in: *Gazeta Mercantil*, 26/09/2001, p. A-8.

Importante observar que a regulação ativa está fundada na competência destas agências implementarem, nos termos da discricionariedade a elas conferida no âmbito da norma abstrata, a concorrência em seus respectivos setores, a partir da criação de normas gerais e abstratas e da aplicação destas aos casos concretos. Por outras palavras, estas agências reguladoras exercem a função regulatória exclusiva em razão da matéria, qual seja, dentre outras, implementação de concorrência ideal³⁷ nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica.

A regulação reativa possui um tratamento totalmente diverso entre os setores de telecomunicações e de energia elétrica, visto que existe uma maior minúcia normativa e clara separação procedimental do primeiro, entre as funções instrutórias e decisórias, em relação aos serviços de energia elétrica. Nestes serviços, porém, a regulação reativa é exercida pela ANEEL em articulação com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)³⁸. No tópico seguinte, abordaremos, com maior detença, os instrumentos conferidos por lei à ANATEL e à ANEEL, a fim de desempenharem a função de implementação e controle da livre concorrência em seus respectivos setores da economia, assim como o âmbito de abrangência do exercício das funções institucionais do CADE, em face da regulação imprimida pelos órgãos reguladores setoriais.

Neste momento, cumpre-nos salientar a escolha por estes modelos. A análise da implementação da concorrência, em setores com trato jurídico tão diverso, dará uma visão abrangente do sistema delineado por lei para o setor de telecomunicações e apreendido pela interpretação da Ordem Jurídica para o setor de energia elétrica.

A articulação entre a regulação ativa e reativa de ambos os setores é complementar, na medida em que se constata uma competência de implementação de concorrência exclusiva da ANATEL e da ANEEL (positiva) e um controle das condutas e estruturas de mercado (negativa) de competência decisória exclusiva do CADE.

Entretanto, internamente à regulação reativa destes setores, percebe-se uma relação complementar exclusivamente entre a ANATEL e o CADE.

³⁷ Entendemos “concorrência ideal” aquela aferida pela agência reguladora setorial, em conformidade com o arcabouço normativo aplicável ao setor regulado, isto é, com a razoável e racional integração dos princípios e regras a serem aplicados na regulação do serviço em questão.

³⁸ Atividade instrutória e consultiva da Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça. A competência decisória pertence ao já mencionado Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Aquela desenvolverá a atividade instrutória, a celebração de termos de cessação de condutas anti-competitivas e a aplicação de medidas preventivas, dentre outras atribuídas originalmente à Secretaria de Direito Econômico – SDE³⁹, mas estendidas à ANATEL por força do art. 19, XIX da Lei nº 9.474/97, mantendo o CADE a sua competência decisória sobre o controle das estruturas do mercado.

No setor de energia elétrica, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mantém todas as suas competências instituídas pela Lei 8.884/94, no que tange à sua regulação reativa, cabendo apenas à ANEEL “articular-se” com a SDE, no sentido de contribuir na tomada de decisão, possuindo, portanto, um caráter de órgão consultivo.

Importante observar que a ANEEL poderá descentralizar suas atividades complementares de regulação, controle e fiscalização entre os Estados e o Distrito Federal, por meio de convênios de cooperação. Existe, aqui, uma forma supletiva de exercício de competências regulatórias, visto que caberá, primordialmente, à ANEEL desempenhá-las caso tais órgãos não as façam⁴⁰.

Passaremos, agora, a descrever os instrumentos regulatórios e competências decisórias atribuídas à ANATEL e à ANEEL no que tange à regulação ativa e a estas autarquias, em conjunto com o CADE, para desempenho da regulação reativa destes setores.

3. A Regulação Ativa.

Passaremos a tratar dos instrumentos regulatórios atribuídos à ANATEL e à ANEEL para, entre outras finalidades específicas dos respectivos setores, a implementação de concorrência em seu âmbito de competência decisória. A regulação ativa, empreendida por estas agências, tem como instrumentos: (i) o Poder Normativo, (ii) o Poder de Adjuicação de Concessões e

³⁹ Conforme dispõe o art. 14 da Lei Federal nº 8.884, de 11 de julho de 1994.

⁴⁰ Importante mencionar que a aplicação das doutrinas norte-americanas para integração das competências regulatórias e antitruste ou, como denominamos, regulação ativa e reativa dos mercados, na Ordem Jurídica pátria deve ser feita com cautela. A *state action doctrine* e a *pervasive action doctrine* não se sobrepõem ao nosso mais elevado princípio do Direito Público, qual seja, o princípio da legalidade para atribuição de competências decisórias aos órgãos reguladores, bem como ao fato de que, ao menos para as utilidades públicas tratadas aqui, haver uma extensa discricionariedade normativa para atuação do Estado na definição do grau de concorrência aplicável, justamente pelo fato de tais serviços serem excluídos da atividade econômica, esta sim sempre regida pelos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. A respeito destas teorias, consultar: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial...*, pp. 201 a 205.

Autorizações em geral e (iii) o Poder de Solução de Conflitos na esfera administrativa.

Descreveremos, de forma sucinta, estes instrumentos e sua aplicação para defesa da concorrência para ,em seguida, avaliarmos a incompetência do CADE para revisão e, mesmo, para avaliação de tais decisões.

Primeiramente, cumpre observarmos que estes poderes decorrem da atuação do Estado sobre a Ordem Econômica, visto que são instrumentos para a viabilização das políticas públicas setoriais, delimitadas por lei e pelo Presidente da República, conforme o caso. As agências reguladoras setoriais são a longa manus do Poder Público, conceitualmente uno, para a regulação indireta das utilidades públicas, competindo a estas tomarem as decisões para a implementação das políticas públicas definidas acima. Por outras palavras, a ANATEL e a ANEEL são os únicos órgãos implementadores de políticas públicas, dentre as quais inserir as normas jurídicas para busca de competição e dos demais valores sociais intrínsecos a estas utilidades públicas; delimitar a forma como a inserção de concorrência se dará (condições, metas, número de participantes etc.), assim como interpretar tais regras e solucionar os conflitos oriundos de sua aplicação.

Deste fato decorre a impossibilidade de revisão destes atos na esfera administrativa, tanto pelo CADE quanto pelo próprio Chefe do Poder Executivo. No Capítulo III veremos que o exercício destas competências deve obedecer ao princípio do Devido Processo Legal, tanto em seu aspecto subjetivo, quanto adjetivo, a fim de que o Poder Judiciário possa aferir a razoabilidade da decisão discricionária tomada pela agência reguladora e para que esta tenha legitimidade e eficácia social.

Por primeiro, trataremos dos instrumentos atribuídos à ANATEL pela Lei Federal 9.474/97 (LGT) e pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprova o regulamento desta agência.

A LGT, em seus arts. 1º a 7º, tratou de forma pormenorizada dos princípios aplicáveis ao setor de telecomunicações, os quais devem ser observados tanto pela própria ANATEL no desempenho de todas suas funções institucionais e pelo CADE ao decidir uma determinada questão envolvendo este setor, quanto pelo Presidente da República ao regulamentar a LGT nas competências a ele atribuídas pelo seu art. 18, vale dizer, competências estas definidoras de políticas públicas para o setor. A aplicação de tais princípios pelos demais órgãos será melhor comentada no Capítulo III.

O art. 19 da LGT traz as competências privativas da ANATEL no setor de telecomunicações, as quais são delineadas de forma mais específicas,

por meio dos standards dispersos na lei⁴¹. Para retratar seu poder normativo, destacamos os incisos I, IV, X, XIV. Os arts. 71, 84 § 1º trazem os vetores para a elaboração destas normas gerais e abstratas, que têm o condão de criar direitos e obrigações aos usuários e agentes do setor de telecomunicações. Por estes dispositivos legais, a agência deverá criar as regras e padrões e limites para a inserção de concorrência no setor, observados os demais princípios que orientam a prestação do serviço de telecomunicações⁴².

O poder de adjudicação de concessões e autorizações em geral lhe é conferido pelos incisos V e XI do art. 19 combinado com o art. 97 da LGT. Estes dispositivos legais atribuem à ANATEL o dever-poder de realizar as licitações para efetuar as concessões de serviço, assim como avaliar a existência das condições objetivas e subjetivas (132, 133 e 136) para outorga de autorizações para prestação do serviço, assim como o exercício do poder de polícia na fiscalização do setor, v.g., a homologação de acordo de interconexão entre empresas prestadoras (art. 153). Mister destacar que esta competência é exercida pela agência tendo em vista a aplicação da LGT e das normas oriundas de seu poder normativo e, portanto, se referem a um controle prévio da estrutura dos mercados com fulcro nas regras setoriais. Este controle prévio é competência exclusiva da ANATEL.

O poder de solução de conflitos é, também, competência exclusiva da ANATEL, conforme dicção dos incisos XVI e XVII do art. 19 da LGT. Sendo assim, conflitos decorrentes da aplicação das normas jurídicas setoriais serão decididos pela agência⁴³. Desta decisão não caberá revisão no âmbito administrativo, leia-se, pelo CADE, justamente por ser esta uma competência

⁴¹ Cf. Mello, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, 1ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2001, em especial pp. 87 a 98.

Cf. CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, 1ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2001, em especial pp. 128 e seg.

⁴² Acerca da exploração das utilidades públicas, aqui tratadas, tanto em regime público como em regime privado ver: GROTT, Dinorá A. M. *Op. cit.*, pp. 65 a 71; MARGUES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito das Telecomunicações e Anatel” in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 308 a 316 e SUNDFELD, Carlos Ari. “A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 318 a 323.

⁴³ A respeito da atividade mediadora das agência reguladoras ver interessantes considerações em:

MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*, 1ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 200, pp. 99 a 104.

MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado*, Vol. I – Los Fundamentos, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 301 a 304.

ancilar da regulação setorial, isto é, a aplicação das normas aos casos concretos fixando o entendimento do órgão regulador setorial acerca das lides oriundas de sua regulamentação⁴⁴.

Estes mesmos instrumentos são previstos para ANEEL na Lei Federal nº 9.427/96 e no Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997, que aprova seu regulamento. Entretanto, a forma como tais dispositivos estão redigidos é capaz de gerar dúvidas ao intérprete da norma. O seu poder normativo, no que se refere à implementação de concorrência, está previsto no art. 3º da Lei nº 9.427/96, que dispõe acerca da criação de normas a fim de propiciar a efetiva competição entre os agentes do setor, assim como a impedir a concentração econômica nos segmentos do setor de energia elétrica, estabelecendo limites, restrições e condições para entrada de agentes e transferência de outorgas⁴⁵.

Este poder normativo é melhor vislumbrado quando se analisa as prerrogativas da União, exercidas pela ANEEL, constantes nas Leis Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, arts. 26 e segs. e Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, arts. 27 e 29. Importante observar que estas leis são inteiramente aplicáveis aos serviços de energia elétrica, no que não entram em conflito com a mencionada Lei nº 9.427/96 e com a Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998, estas últimas implementadoras das reformas do setor elétrico. O Decreto nº 2.335/97, define, de forma mais clara, a atribuição de competências normativas à ANEEL, em seus arts. 3º, II e III; 4º, II e IV; 12, IV e 13, caput.

O já mencionado poder de adjudicação está previsto nos arts. 3º, II e IV, VI e VII da Lei nº 9.427/96, assim como nos arts. 4º, XI, XII, XXX, XX-

⁴⁴ Trazemos, aqui, as palavras de Vital Moreira: “Um processo de regulação implica tipicamente as seguintes fases: formulação das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras; implementação e aplicação das regras; controlo da aplicação das regras, sancionamento dos transgressores, decisão dos recursos. Condensando e agregando estes diversos níveis, podem ser reunidos em três etapas fundamentais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de condutas, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as comissões reguladoras independentes como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial).” (MOREIRA, Vital. *A auto-regulação profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 36 e 37).

⁴⁵ Para compreensão da divisão da cadeia produtiva do setor elétrico, ver didática exposição em: WALTENBERG, David A. M. “O direito da energia elétrica e a ANEEL”, in: *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, em especial pp. 358 a 372.

XI, XXXII do Decreto nº 2.335/97. Importante frisar que este poder engloba desde o conteúdo dos editais para promoção de licitações (limites, deveres, obrigações e metas) até a efetiva outorga do direito de concessão, assim como a autorização prévia para concentrações entre empresas do setor e transferências acionárias e a fixação de preços (tarifa) de transporte de energia pelos segmentos de transmissão e de distribuição (atividades prestadas em regime de serviço público).

O poder de solução de conflitos vem estipulado no art. 3º, V e VI da Lei nº 9.427/96 e nos arts. 4º, XIX e 18, II e IV do Decreto nº 2.335/97. Como se vê, a ANEEL também tem, como atribuição legal e regulamentar, o poder inerente à implementação da regulação reativa de solucionar as lides decorrentes da aplicação das normas no setor elétrico. A importância deste instrumento é muito ampla no que tange à inserção de concorrência nos serviços de energia elétrica, visto que conflitos oriundos, v. g., da liberdade de acesso à rede básica do sistema interligado de transmissão entre o agente detentor da rede e os demais (produtor, distribuidor ou comercializador de energia), instrumento este de implementação da competição (unbundling), quando solucionados pela ANEEL, não poderão ser submetidos ao controle pelo CADE, visto que tal decisão já incorpora o aspecto concorrencial e a proteção dos consumidores finais, em consonância com os demais princípios do setor.

Trouxemos à colação tais dispositivos legais e regulamentares apenas no intuito de demonstrar a enorme abrangência de decisões da ANATEL e da ANEEL, que não comportam reexame no âmbito administrativo, visto que são instrumentos inerentes à regulação ativa dos setores de telecomunicações e de energia elétrica. É de grande relevância dizer que o art. 7º, X da Lei 8.884/94 não tem o condão de munir o CADE do poder de requisitar a execução de medidas que entender necessárias para inserção de concorrência nos setores regulados. Esta é a nossa conclusão, retirada da interpretação sistemática entre as leis ordinárias setoriais e de defesa da concorrência e o regime jurídico constitucional das utilidades públicas.

Passaremos à análise dos instrumentos pertencentes à regulação reativa destes setores, a fim de analisarmos a integração entre estas agências regulatórias setoriais e o CADE.

4. A Regulação Reativa.

A regulação reativa da economia atua de forma a evitar os distúrbios decorrentes do efetivo ou potencial abuso do poder econômico dos agentes no mercado. Esta espécie de regulação tem o objetivo de proteger a concorrência existente em um setor da economia, interferindo na estrutura já existente apenas na raríssima exceção :cisão forçada da empresa, diga-se, nunca efetuada

na história da aplicação do direito antitruste pátrio e contida no art. 24, V da Lei n° 8.884/94, sempre a título de sanção por infração grave à Ordem Econômica. Portanto, a regulação reativa está fundada em um controle da Ordem Econômica já existente, com o objetivo de garantir a existência da utilidade pública concorrência.

Os instrumentos regulatórios deste controle reativo consistem no poder de prevenção de efeitos danosos à Ordem Econômica, bem como de repressão de abusos contra a mesma. O primeiro caso envolve o controle de estruturas do mercado (Lei 8.884/94, art. 54), enquanto que o segundo abarca o controle de condutas (Lei 8.884/94, art. 20 e 21). Importante destacar que a regulação reativa age sobre os sujeitos do mercado, sem restrições, conforme se depreende dos art. 15 da Lei 8.884/94, isto é, sobre a conduta e sobre os atos de qualquer pessoa física ou jurídica, quanto aos efeitos das iniciativas empresariais por eles praticadas concretamente.

No setor das telecomunicações, a ANATEL assumiu todas as competências atribuídas pela Lei n° 8.884/94 à SDE (art. 14), conforme se depreende dos arts. 7°, caput e 19, XIX da LGT. Entretanto, restou à ANEEL um papel subsidiário na instrução de processos, inclusive quanto à tomada de decisões referentes às medidas preventivas e aos termos de cessação de conduta (Lei 8.884/94, arts. 52 e 53). Esta agência deverá apenas contribuir para a tomada destas decisões, o que será feito pela SDE.

O CADE possui a competência decisória final exclusiva nos processos administrativos de aplicação de regulação reativa em quaisquer atividades econômicas (em sentido amplo), o que engloba as utilidades públicas titularizadas pelo Estado, de maneira que este decidirá em última instância sobre a aplicação do direito antitruste sobre os atos e condutas das empresas nos mercados, inclusive no setor de telecomunicações e de energia elétrica. Destaque-se que o CADE deverá observar, também, o arcabouço normativo aplicável a estes setores, a fim de obter uma decisão que esteja em conformidade com a tutela da concorrência e com os valores perseguidos pelas políticas públicas setoriais, contidos nos princípios já mencionados.

Por fim, é salutar mencionar que o aparente conflito de competências entre o CADE e as agências reguladoras setoriais, quanto a promoção da utilidade livre concorrência, é vislumbrada por alguns justamente pelo caráter de fiscalizatório e de adjudicação que a regulação reativa possui. Entretanto, compreendidas as esferas de atuação de cada órgão do Poder Público percebe-se que este conflito quanto a competência adjudicatória desaparece, visto que a agência setorial fará o controle prévio de estruturas do mercado observando o princípio da livre concorrência e os princípios setoriais. Uma vez aprovada a operação pela agência reguladora setorial, o CADE efetuará seu julgamento a

partir dos mesmos princípios mencionados e tendo em vista os demais mercados relacionados, sobre os quais poderá existir efeitos tais operações.

Se tais competências decisórias forem realizadas com a inteira aplicação do arcabouço normativo do setor e não houver captura do órgão regulador por interesses dos grupos envolvidos (governo, empresas reguladas ou consumidores), as decisões tendem a ser no mesmo sentido, isto é, pela aprovação da operação, uma vez que o exame do CADE apenas ocorrerá após a aprovação pela ANATEL ou pela ANEEL.

CAPÍTULO III

AS DECISÕES REGULATÓRIAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - A PRETEXTO DE CONCLUSÃO

1. Considerações Iniciais. 2. O Devido Processo Legal e Aspectos da Função Regulatória.

1. Considerações Iniciais.

O enfoque deste estudo buscou traçar os contornos jurídicos para aplicação do princípio da livre concorrência nas atividades econômicas sob a titularidade do Estado, por nós denominada utilidades públicas. Consideramos a livre concorrência, também, como uma utilidade pública a ser garantida à coletividade e exercida por esta na Ordem Econômica pátria. Este é o valor inserido neste princípio jurídico constitucional, verdadeiro delimitador da liberdade de iniciativa.

Entretanto, a aplicação do princípio da liberdade de iniciativa e da livre concorrência encontram obstáculos para sua implementação nas utilidades públicas, qual seja, a vontade política estatal em colocar estas atividades, sob sua titularidade por determinação constitucional, a uma maior influência de tais princípios. Esta opção ocorreu nos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, diga-se bem, com maior clareza no primeiro. Em razão disto, pudemos desenvolver o tema proposto aqui, analisando, inicialmente, a abrangência do princípio da livre iniciativa e a sua aplicabilidade pelo Estado em sua atuação indireta sobre o domínio econômico.

Tentamos focar a atenção nos próprios limites de aplicação do princípio da livre concorrência, por contraditório que possa parecer em tempos de confiança nas forças do mercado como resposta para os problemas enfrentados pela ausência de recursos estatais para manutenção e ampliação dos tradicionais serviços públicos. Como se vê, é preciso considerar a gama de princípios envolvidos na prestação das utilidades públicas na decisão regulatória destes setores.

Este problema ganha dimensão quando existem agências de regulação setorial (ANATEL e ANEEL) e agências de regulação geral dos mercados (CADE), visto que, em uma análise superficial, surgem conflitos aparentes de competência ou verdadeiras antinomias entre as normas jurídicas aplicáveis. O estudo empreendido buscou os fundamentos constitucionais da regulação ativa das utilidades públicas tratadas, propondo uma classificação da intervenção do Estado com foco no domínio econômico, abrangido pela atuação deste, é dizer, nossas considerações acerca da regulação reativa das utilidades públicas partiram do pressuposto de que o Estado estaria, aqui, atuando sobre a Economia, visto que este setor lhe é próprio.

Por fim, destacamos o enorme plexo de competências decisórias exclusivas, atribuído tanto à ANATEL e à ANEEL, quanto ao CADE. Estas decisões devem ser pautadas nos princípios setoriais com atenção à implementação de livre concorrência nos setores sob a ação das agências setoriais, assim como o CADE deve decidir com enfoque na preservação de concorrência nestas utilidades públicas, mas com vistas aos princípios setoriais (v.g. universalização e continuidade). Esta racionalidade na decisão dos órgãos reguladores setoriais e de regulação geral busca a proteção dos usuários dos serviços, tanto o efetivo quanto o potencial, como formas de implementar a justiça e o desenvolvimento social e buscar a dignidade da pessoa humana, valores constitucionais estes pouco observados em nosso país.

A questão que resta abordar refere-se aos contornos jurídicos desta racionalidade, isto é, quais são os instrumentos ou parâmetros jurídicos para aferição da observância ao arcabouço normativo aplicável ao setor regulado. É a isto que nos dedicaremos a seguir.

2. O Devido Processo Legal e Aspectos da Função Regulatória.

Esboçaremos algumas reflexões iniciais sobre a aplicação da cláusula do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV da CF/88 e sobre as garantias processuais inerentes a esta primeira, é dizer, o contraditório e a ampla defesa, esculpido nos art. 5º, LV, também da Carta Magna vigente.

O princípio do devido processo legal, recepcionado por nossa Constituição Federal, tem origem no direito anglo-saxão (*by the law of the land*). O desenvolvimento de seu conteúdo jurídico teve grande destaque a partir da construção da jurisprudência norte-americana, a partir de sua internalização ao direito daquele país pelas 5ª e 14ª Emendas (*due process of law*) à Constituição dos Estados Unidos da América.

A construção jurisprudencial revelou a grande utilidade desta cláusula como forma de controle do arbítrio grande do Poder Público, controlando a razoabilidade e a racionalidade da decisão estatal. A cláusula do devido

processo legal, neste aspecto substantivo, visto que tem o condão de analisar o mérito (substância) da decisão estatal, teve grande utilidade na análise dos limites da intervenção do Estado na crise pós 1929⁴⁶.

A construção jurisprudencial norte-americana, também, observou que a restrição à liberdade ou à propriedade de um particular apenas estaria observando o *devido* processo legal se houvesse seguido determinados atos processuais, que garantissem o direito ao contraditório e à ampla defesa do particular em face do Poder Público. Este é o aspecto adjetivo do princípio do devido processo legal.

Não nos cabe, no presente momento, traçar maiores considerações sobre este fundamental princípio do Estado de Direito, mas tão somente chamarmos a atenção para sua existência com *status* de princípio constitucional e o fato de que a razoabilidade e a racionalidade do conteúdo dos atos do Poder Público poderem ser controlados por meio deste direito fundamental⁴⁷.

Lembramos que o princípio da razoabilidade é orientador do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, conforme dispõe o art. 2º caput da Lei Federal 9.784 (Lei Geral de Processo Administra-

⁴⁶ Para uma visão completa das repercussões da Cláusula do *Due Process of Law* no direito anglo-saxão e norte-americano, ver: GALLIGAN, D. J. *Due Process and Fair Procedures*, 1ª ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁴⁷ A este respeito, escrevemos: “Podemos dizer que a cláusula do *due process of law* consiste em seguir um procedimento justo, como meio para obtenção de um ato final, qual seja, uma decisão executiva, legislativa ou judicial emitida pelo Estado, nas hipóteses em que estiver em questão os bens : vida, liberdade ou propriedade (*procedural due process*); assim como a prerrogativa de exame do conteúdo desta decisão, segundo os padrões da razoabilidade e da racionalidade, para proteção dos direitos fundamentais (*substantive due process*).

É bem verdade que não podemos admitir que o constituinte norte-americano, em 1.789, tenha previsto esta amplitude de aplicação para a cláusula do *due process of law*. Esta perspectiva do instituto é dada pela evolução jurisprudencial desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde sua previsão constitucional. A Constituição Federal brasileira de 1.988 incorporou em seu texto esta cláusula sobre a denominação **devido processo legal**, no art. 5º, LIV, com patente inspiração no instituto similar norte-americano. Parece claro que o conteúdo jurídico do devido processo legal, previsto em nossa Constituição, se remete àquele angariado pela Suprema Corte norte-americana no transcorrer destes anos, a fim de propiciar a máxima garantia aos direitos fundamentais e à cidadania na atuação do Poder Público.” (PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *O processo Administrativo nas Agências Reguladoras*. Dissertação apresentada como conclusão de Pesquisa de Iniciação Científica, CEPE/PUC-SP, (mimeo), pp. 15 e 16.)

tivo Federal), de 29 de janeiro de 1999. Importante mencionar que esta lei constitui a positivação do que o legislador ordinário considerou como sendo o devido processo legal na esfera administrativa federal. Segundo nossa tradição jurídica romano-germânica., o papel da jurisprudência (precedente) tem diminuta função em relação aos Direitos de tradição da *common law*, devendo a legislação infraconstitucional delinear os contornos dos direitos fundamentais, apesar de serem exigíveis de pronto⁴⁸.

Esta lei traça o devido processo legal em seu aspecto adjetivo, constituindo verdadeiro código da atuação das agências reguladoras setoriais e um importante vetor para a tomada de decisão pelo CADE⁴⁹. A razoabilidade constitui um princípio decorrente da cláusula constitucional do devido processo legal, que deverá pautar tanto a tomada de decisão pelos órgãos reguladores em um sentido positivo, isto é, como estopim para a atuação estatal em determinada direção, privilegiando determinado princípio em detrimento de outro, como em um sentido negativo, como forma de controle do conteúdo dos atos administrativos emanados da ANATEL da ANEEL ou do CADE pelo Poder Judiciário⁵⁰.

⁴⁸ Sobre um aspecto mais amplo da proteção de direitos difusos pelo processo administrativo, consultar: ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo – Para uma legitimação procedimental*, 1ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1989, em especial pp. 88 a 136.

⁴⁹ Importante mencionar que sob o argumento de que a Lei Geral de Processo Administrativo Federal tem aplicação subsidiária em relação aos procedimentos específicos, como é aquele previsto pela Lei 8.884/94, o atual posicionamento do CADE é de repudiar sua aplicação. Entendemos que este verdadeiro estatuto do cidadão contém normas gerais de primeira importância, que não estão previstas na Lei 8.884/94. Neste ponto, o caráter de subsidiariedade assume relevância para a proteção dos particulares em face do arbítrio da Administração Pública. Outro aspecto relevante está nas regulamentações do processo administrativo, contido nas resoluções do CADE, que, ao irem além do disposto na Lei nº 8.884/94, devem obediência à Lei Geral de Processo Administrativo. Por fim, mas não menos importante, lembramos que quanto a principiologia do processo administrativo, a legitimidade para atuar no processo, os direitos e deveres dos administrados, as regras de competência (impedimentos e suspensão), a anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos e quanto aos prazos processuais o CADE deve obediência à Lei nº 9.784/99. Como se vê, o procedimento administrativo previsto para a atuação do CADE em muito pouco encobre os dizeres da Lei Geral de Processo Administrativo.

⁵⁰ Entendemos ser o Poder Executivo o principal Poder na atual conjuntura de atuação do Estado, visto ser este o mais apto a dar as respostas exigidas pela sociedade complexa. Esta prevalência é, para nós, meramente em razão das circunstâncias que ensejaram a reforma do Estado e o crescente intervencionismo através da regulação. Contudo, nos filiamos ao entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, no tocante a

O princípio da razoabilidade poderá, portanto, constituir um parâmetro jurídico entre o conteúdo da decisão dos órgãos reguladores e a finalidade buscada por esta. Neste processo será possível, primeiramente, ao próprio órgão decisor e, em um segundo momento, ao Poder Judiciário, através da motivação⁵¹ da decisão administrativa (pressuposto formalístico de validade do ato administrativo) avaliar a hierarquização de princípios realizada pela ANATEL, pela ANEEL ou pelo CADE no caso concreto, isto é, será possível extrair o valor contido no princípio posto como o primordial a ser seguido em determinada questão, por meio da interpretação sistemática do arcabouço normativo aplicável ao setor⁵².

Uma questão tormentosa, ainda, é a abertura do processo como instrumento de legitimidade da decisão administrativa a ser tomada, tanto no aspecto de efetividade desta no seio da sociedade,⁵³ quanto para o obtenção de uma melhor decisão administrativa, com fundamento no princípio da eficiência pela participação do administrado (representação democrática direta pelo processo administrativo). É fato que as questões postas para a Administração Pública decidir são, hoje, de grande complexidade técnica, sobretudo nestes setores regulados. É comum o regulado ter uma expertise maior que o próprio regulador do serviço, nas questões envolvidas na decisão. Somado a isto, temos a falência do interesse público como conceito universal e uno, visto que na sociedade complexa existem, é verdade, inúmeros interesses coletivos e

função de controle, não de ação, a ser exercida pelo Poder Judiciário sobre a atuação dos órgãos reguladores: “Vê-se, portanto, como efetivamente se pode sustentar a tese, que talvez seja a principal, que a mim interessa defender no momento: a de que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais poderes estatais, na produção do Direito.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Auto-poiese do Direito na Sociedade Pós Moderna – Introdução a uma Teoria Social Sistemática*, 1ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 79).

⁵¹ A este respeito, consultar recente obra: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *O Ato Administrativo e o Devido Processo Legal*, 1ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2001.

⁵² Juarez Freitas discorre com perfeição acerca dos processos de interpretação do direito, dizendo que “... interpretar é hierarquizar sentidos teleológicos dos princípios, das normas e dos valores, mais do que simplesmente esclarecê-los”. Entendemos que o arcabouço normativo aplicável ao setor de telecomunicações consiste desde as normas constitucionais referentes aos serviços públicos e a Ordem Econômica até as regulamentações da ANATEL, passando pela LGT, o Código de Defesa do Consumidor, Leis Ambientais entre outras. A decisão será a razoável, juridicamente, quando prestigiar no caso concreto a composição de todos os interesses envolvidos.

⁵³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, Ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1980.

difusos que devem ser selecionados pelo órgão regulador como o merecedor de proteção pelo Estado.

Esta tarefa apenas logrará êxito com a abertura do processo administrativo de formação da vontade estatal para a participação procedimental dos administrados, trazendo seus interesses à baila dialética do processo e seus conhecimentos acerca, muitas vezes, da atividade desempenhada pelas outras partes⁵⁴.

Como derradeira consideração, entendemos que o Direito Administrativo tende a focar sua atenção no processo administrativo como instrumento imprescindível para a formação na vontade estatal. O processo, em qualquer esfera de poder, tende a ser um mecanismo jurídico de obtenção da melhor decisão do Poder Público, posto que o Direito tende à criação de instrumentos para garantir a decisão estatal mais razoável e coordenada com os valores contidos nos princípios aplicáveis à questão posta para decisão do Estado. Sendo assim, o sistema jurídico tende a se compor de processos, sobretudo o administrativo no Estado Regulador, para a busca da melhor decisão pautada nos valores institucionais contidos nos princípios jurídicos⁵⁵.

Estas são algumas reflexões iniciais sobre o tema aqui proposto, que possuem como primeiro objetivo trazer algum conforto para as inquietações do ora autor, assim como fornecer apenas um ponto de partida para o debate acadêmico de tão importante e complexa questão, como é a defesa da concorrência nas atualidades públicas.

⁵⁴ Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, 1ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 1996.

⁵⁵ Calixto Salomão Filho assim se manifesta: “As regras institucionais e procedimentais contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predefinem a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias aos cidadãos, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concedido leva à – e não decorre da – solução mais justa. É a um só tempo mais seguro – pois decorre de instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu aperfeiçoamento.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Regulação...*, p. 34).

DETERMINANTES DAS FUSÕES E AQUISIÇÕES DE EMPRESAS DO SEGMENTO DE HIPER E SUPERMERCADOS BRASILEIRO NA DÉCADA DE 1990

*Melisse Chiesa**

INTRODUÇÃO

Nos anos de 1980 e 1990, os mercados mundiais foram palco de um movimento de concentração empresarial, a partir da abertura comercial multilateral, da integração regional, da estabilização econômica e da reforma do Estado, que diversos países vêm experimentando.

Na década de 1990, as fusões e aquisições de empresas, incorporações, constituições de *joint ventures*, etc., também conhecidos como atos de concentração, têm tido grande importância para os diferentes países, inclusive aqueles caracterizados como emergentes. Na sua origem, identificam-se fatores envolvidos na globalização da produção e finanças e, em relação à atuação do Estado, destacam-se a desregulamentação de atividades econômicas e as privatizações.

O movimento de concentração tem implicações nas políticas de competitividade, no financiamento do investimento, no estímulo à inovação tecnológica, na regulação da concorrência, entre outras. Segundo o relatório da UNCTAD (2000), mesmo empresas sem muita disposição para se engajar em fusões e aquisições são obrigadas a tais empreendimentos pois, do contrário, os concorrentes, após monopolizarem todas essas oportunidades, acabarão por absorvê-las ou eliminá-las do mercado.

A década de 1990 presenciou uma espetacular onda de fusões e aquisições de empresas no mundo. Conforme Rocha, Iooty e Ferraz (2001), o Brasil não foi exceção tendo sido registradas mais de 1.000 transações de fusões e aquisições no período de 1990 a 1999 nas mais variadas atividades econômicas.

A partir do movimento de fusões e aquisições, pode-se dizer que o segmento de hiper e supermercados recebeu fortes impactos dessas transformações. Eles enfrentaram uma concorrência cada vez mais acirrada, destacando-se a entrada de empresas internacionais no mercado brasileiro, o que leva à

* Aluna de graduação do curso de Ciências Econômicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Rio Grande do Sul

necessidade de ajuste à nova situação, envolvendo toda a cadeia produtiva. Conforme pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS em 1998, 15% das empresas brasileiras do segmento dos supermercados pretendiam crescer através de fusões e aquisições.

O objetivo do presente trabalho é descrever os determinantes das fusões e aquisições de empresas no segmento de hiper e supermercados. Para tanto, pesquisou-se junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os atos de concentração dos hiper e supermercados julgados pelo órgão. Os documentos disponibilizados para a pesquisa são o relatório, o voto e o acórdão dos processos julgados. Através das informações contidas nos documentos analisou-se os motivos que levaram as empresas à realizarem uma fusão e/ou aquisição.

O trabalho está estruturado da seguinte maneira. Além desta introdução, na primeira parte, apresenta-se a discussão teórica sobre fusões e aquisições de empresas, identificando-se quais podem ser seus fatores determinantes. A seguir, apresenta-se uma análise dos atos de concentração que ocorreram no segmento de hiper e supermercados brasileiros na década de 1990. Por último, são apresentadas as conclusões, onde procura-se mostrar em que medida os motivos das fusões e aquisições ocorridas nos hiper e supermercados brasileiros na década de 1990 aproximam-se do que a teoria considera como sendo os fatores explicativos.

1. A DISCUSSÃO TEÓRICA SOBRE FUSÕES E AQUISIÇÕES

As fusões e aquisições referem-se às transações que são realizadas visando à junção de duas ou mais empresas em uma única firma (fusão) ou à compra de participação acionária em uma empresa já existente, sem que isso implique necessariamente seu controle por meio da posse total das ações (aquisições).

Quando empresas avaliam uma possível fusão, conforme Giambiagi e Moreira (1999), os principais motivos que orientam suas decisões são:

- i.a penetração em novos mercados, em curto período de tempo;
- ii.a consolidação do *market share* a nível global;
- iii.as oportunidades de investimento, em função da desregulamentação dos mercados;
- iv.a alteração no padrão tecnológico, proporcionando amplas escalas de produção e a redução de custos;

v.a obtenção de sinergias de natureza tecnológica, financeira, mercadológica e organizacional; e

vi.a possibilidade de ganhos de natureza financeira.

As fusões são, segundo George e Joll (1981), uma característica importante do crescimento das firmas. Podem ser classificadas em três categorias: horizontais, verticais e conglomeradas.

As fusões e aquisições horizontais ocorrem quando empresas que atuam em um mesmo mercado se unem em uma única empresa, podendo levar a uma eliminação total ou parcial da rivalidade entre os agentes envolvidos. De acordo com Byrns e Stone (1996), absorver concorrentes diretos pode ser o caminho mais curto para obter domínio de mercado. As indústrias farmacêutica, automobilística e de petróleo podem ser citadas como exemplos de atividades que, na década de 1990, passaram por um processo de fusões e aquisições horizontais.

Os atos de concentração horizontal, por envolverem firmas que participam de um mesmo mercado relevante⁵⁶, produzem duas conseqüências que não estão presentes em caso de natureza vertical ou conglomerada: após o ato, o mercado relevante terá uma firma a menos; e as empresas envolvidas, após a operação, terão, *ceteris paribus*, um *market share* maior do que aquele verificado antes da operação.

Nas fusões e aquisições verticais ocorre a união de empresas pertencentes a uma mesma cadeia produtiva, mas que atuam em mercados relevantes distintos. Envolvem, segundo Byrns e Stone (1996), ganhos de controle sobre vários estágios da produção, das matérias-primas até os produtos manufaturados.

A decisão de fazer ou não uma fusão vertical não é tão simples. Não é uma decisão clara de fazer-ou-comprar, mas sim uma decisão de “comprando” uma oportunidade de “fazer”. Se será ou não produtiva, dependerá de como se desenvolverão os arranjos de administração entre as duas empresas.

Em relação às fusões e aquisições conglomeradas, estas ocorrem entre firmas que produzem produtos distintos. As empresas que realizam fusões e aquisições conglomeradas procuram diversificar riscos e aprofundar economias de escopo. Segundo Fagundes (1999), podem ser classificadas em:

⁵⁶ Mercado relevante é definido como um espaço econômico em termos geográficos e de produto, no qual algum poder de mercado por parte das firmas tenha possibilidade *a priori* de ser exercido. É o menor mercado que permite esse exercício (Possas, 1996).

i. extensão de produtos – as empresas envolvidas fabricam produtos relacionados em termos de processo de produção (tecnologia) ou distribuição;

ii. extensão de mercado – as empresas envolvidas fabricam o mesmo produto mas os vendem em mercados geográficos distintos;

iii. conglomerados propriamente ditos – ocorrem entre empresas cujos produtos não estão relacionados de forma alguma⁵⁷.

Para Byrns e Stone (1996), através de fusões e aquisições as firmas podem alcançar um poder de mercado socialmente indesejável se estiverem entre as líderes de uma indústria concentrada. Mas, se pequenas firmas se fundem, tornam-se um competidor viável em uma indústria concentrada, podendo produzir resultados socialmente benéficos se a firma resultante da fusão for capaz de competir com firmas gigantes estabelecidas.

As fusões e aquisições são atos econômicos normais no dia-a-dia das economias de mercado, embora se apresentem com intensidade variada ao longo do tempo. A sua natureza, os seus motivos e os efeitos que produzem na atividade econômica – e na sociedade de um modo geral – não são vistos da mesma forma na teoria econômica.

Vários podem ser os fatores determinantes da fusão e apontados, conseqüentemente, como suas vantagens. As empresas adquirentes podem, segundo Bulgarelli (2000), apresentar como motivações diferentes finalidades em relação à empresa adquirida, entre elas pode-se destacar:

i. as absorções realizadas com a finalidade de obter recursos próprios necessários para o crescimento, tais como, novos equipamentos, clientela, pessoal, rede comercial, novas técnicas, pessoal qualificado e de direção e recursos de caixa disponíveis;

ii. fusões com a finalidade de aumentar a dimensão da empresa pela reintegração das filiais comuns no seio do grupo; e

iii. absorções como meio de supressão da concorrência, caso em que o valor da empresa adquirida pela incorporada não é determinado pelo simples exame dos ativos físicos, mas, principalmente, pelo ganho

⁵⁷ A Parmalat no Brasil pode ser citada como exemplo de empresa que realizou as três categorias de fusões. Nas fusões horizontais, ela se uniu com a Fiorlat, Teixeira, Alimba, Via Láctea, Lacesa, Sodilac, Cilpe, Ouro Preto, Betânia e Batávia. No processo de fusões e aquisições verticais, pode-se citar as empresas Gogo, Mococa, Spam, Betânia e Bavária. Já com as empresas Supremo, Santa Helena, General Biscuits, Bolls, Etti e Neugebauer, a Parmalat realizou fusões e aquisições conglomeradas (BNDES, 1999).

decorrente da posição dominante que terá a incorporadora com a supressão da concorrente.

Em muitos casos, principalmente aqueles que envolvem pequenas firmas, uma parte importante da explicação das fusões pode ser encontrada nos motivos dos proprietários das firmas adquiridas. Assim, pode-se citar, conforme George e Joll (1981), algumas possibilidades:

i.a firma está passando por um período desfavorável e foi à falência ou está prestes a isso. Nesse caso, a aquisição por outra firma pode ser a única maneira de se preservarem pelo menos parte do capital e da mão-de-obra;

ii.o dono da firma é obrigado a vendê-la para pagar obrigações tributárias;

iii.a firma, em determinado estágio de seu crescimento, apresenta, ao mesmo tempo, a desvantagem técnica do pequeno porte e a desvantagem administrativa de ela ser muito grande para ser controlada por uma só pessoa. A aquisição por outra firma pode ser a única maneira eficaz de superar essas dificuldades.

Sob uma ótica financeira, segundo Rocha, Iooty e Ferraz (2001), uma fusão e aquisição pode acontecer como consequência da dicotomia de interesses entre gerentes e proprietários. Nesse caso, as fusões e aquisições são uma alternativa de alinhar as atitudes dos gerentes aos objetivos dos proprietários, tendo, portanto, uma função disciplinadora. Assim, haveria uma elevação da eficiência das empresas que sofressem a intervenção de novas gerências a partir da nova estrutura proprietária.

Outro aspecto a ser citado é que uma firma pode estar em dificuldades e pronta para transferir seu controle a outra em razão do comportamento predatório de um concorrente maior. Mas, nesse caso, a explicação da fusão não deve ser procurada nos motivos da firma adquirida, e sim, nos da firma adquirente. De acordo com George e Joll (1981), vários podem ser os motivos citados como possíveis para as firmas compradoras:

i.Economias de escala – as fusões podem, em primeiro lugar, permitir economias pela maior especialização dentro das fábricas, juntando-se as unidades produtivas em um número menor de firmas. Em segundo lugar, pode-se ter o pleno aproveitamento das economias de escala, pois a capacidade de produção da indústria pode ser suficiente para atender a demanda, mas muitas fábricas podem ser, individualmente, de tamanho abaixo do ótimo. Em terceiro lugar, as fusões podem levar a economias de *marketing*, de distribuição, em compra de matérias-primas, acesso ao mercado de capitais, dentre outros.

ii. **Complementariedades** – pode ser um dos motivos de uma fusão que envolva integração vertical. Se, por exemplo, uma firma é forte na pesquisa, mas fraca em *marketing*, e se outra tem atributos opostos, uma fusão de ambas poderia resultar em benefícios mútuos. Em certas indústrias, pode haver restrições ao número de estabelecimentos comerciais, de modo que a aquisição se torna o único meio de integração para frente. Outra razão é que, mesmo quando o crescimento interno é uma alternativa viável, as fusões são consideradas uma forma mais rápida e segura de se garantirem os benefícios da expansão.

iii. **Velocidade e segurança** – o crescimento pode ser conseguido mais depressa pela fusão do que pela expansão interna. Em muitos casos, a ênfase na velocidade é simples reflexo da importância do tempo nas estimativas que a firma faz da rentabilidade de caminhos alternativos. A aquisição pode ser considerada por uma firma como uma forma mais segura e mais rápida de entrar num novo ramo, sendo que a segurança é mais viável no caso do crescimento horizontal.

Nas indústrias em declínio, estacionárias ou de crescimento lento, programas de investimento competitivo correm o risco de levar a uma capacidade de produção excessiva acompanhada de preços e lucros mais baixos, sendo a aquisição, a forma mais segura de a firma se expandir, pois não significa um aumento na capacidade da indústria. Sendo assim, o motivo segurança pode traduzir-se claramente na rentabilidade relativa de diferentes métodos de expansão.

iv. **Monopólio e poder de mercado** – as fusões serão rentáveis para os participantes quando resultarem em aumentos do poder de mercado ou quando eliminarem um aumento potencial da intensidade da concorrência, e podem ser usadas para proteger uma posição dominante. Um aspecto mais amplo do poder de mercado é que as firmas devem ter alguma proteção contra a fúria diária da concorrência.

Assim, os empresários buscam um equilíbrio entre segurança e competição, embora de vez em quando, ocorram transformações que modificam o ambiente onde essas firmas atuam e que perturbam o equilíbrio existente. Tais mudanças podem ser provocadas por inovações tecnológicas e institucionais, por progressos nos transportes e pela ampliação dos mercados, por uma recessão prolongada, por uma mudança da legislação sobre monopólio ou por maior intensidade da concorrência internacional. Além disso, as aquisições feitas por algumas firmas podem desencadear aquisições por outras firmas, de natureza defensiva. Portanto, pode-se dizer, que a intensificação da concorrência também pode ser causa importante das fusões.

v. **Fatores financeiros e promocionais** – a atividade das fusões parece estar positivamente relacionada com o nível dos preços das ações. Durante a euforia de uma alta no mercado de ações, muitas fusões serão feitas simplesmente por causa das oportunidades de lucro a curto prazo. O fato de os lucros para o promotor da fusão poderem ser muito altos sugere também que não haverá escassez de propostas de fusão.

Um aspecto importante no contexto dos motivos financeiros e promocionais é o fato de as fusões, muitas vezes, ocorrerem com base em informações inadequadas de pelo menos uma das partes envolvidas. Para se garantir que as decisões de fusão se baseiem no pleno conhecimento dos fatores relevantes e para se ter pelo menos duas visões de futuro, pode ser de interesse geral que as ofertas de fusão sejam negociadas acirradamente por uma das partes envolvidas. Assim, as ofertas contestadas geralmente terão mais informações e também obrigarão a firma sujeita a uma oferta a considerar opções alternativas.

A partir de uma fusão e aquisição, ocorrem mudanças na estrutura do mercado, e os seus possíveis efeitos podem influenciar as inter-relações entre crescimento, tamanho e rentabilidade. Desse modo, as fusões podem, conforme George e Joll (1981), desempenhar importante papel na manutenção da eficiência alocativa e produtiva em razão de seu papel no processo de disciplina do mercado de ações. Pode-se dizer que a obediência eficiente a essa disciplina está relacionada com a forte tendência do mercado de ações a valorizar as ações das empresas de acordo com seu fluxo futuro esperado de lucros.

Quando as diferenças de qualidade da gerência se refletem nos valores de mercado, haverá uma tendência no sentido de as firmas administradas com menor eficiência serem adquiridas pelas firmas bem-administradas. Assim, as fusões constituem parte importante do processo pelo qual os recursos são transferidos das firmas menos eficientes para as mais eficientes.

A partir do momento em que se pretende determinar o efeito líquido gerado por uma fusão sobre o bem-estar, tem-se que comparar ganhos e perdas. Quanto mais a fusão aumentar o preço e quanto mais elástica for a demanda, maiores reduções de custos serão necessárias para contrabalançar a perda líquida. Além disso, se houver um poder de mercado anterior à fusão que mantenha o preço acima do custo unitário, a redução de custos terá que ser maior ainda para que a fusão resulte num aumento líquido do bem-estar econômico.

A fusão pode resultar em menor custo unitário e preços mais altos, aumento da competitividade e redução dos preços em comparação com a situação anterior à fusão, e menor eficiência e custos unitários mais elevados em

comparação com uma posição anterior à fusão. Na maioria dos casos, as fusões não reduzem o poder de mercado e, assim, uma queda de rentabilidade após a fusão significa perda de eficiência. Entretanto, o poder de mercado pode diminuir por causa de outros fatores, por exemplo, uma concorrência mais acirrada no mercado externo. Mesmo quando a rentabilidade se reduz por causa de uma perda de eficiência na firma que se funde com outra, pode não ter havido melhor alternativa.

Embora a expansão pela fusão possa apresentar diversas vantagens do ponto de vista da firma, não precisa haver, obrigatoriamente, benefícios para a economia como um todo. A economia só se beneficia se uma fusão resultar em vantagens, por exemplo, economias de escala e racionalização da produção, que, de outra forma, não seriam obtidas, ou se, de maneira mais geral, resultar numa indústria com maior grau de concorrência.

A curto prazo, uma fusão pode ter efeito desfavorável sobre o investimento por causa da maior proporção de recursos gerenciais necessários para a coordenação das atividades na firma agora maior. A longo prazo, o possível efeito negativo das fusões sobre o investimento está associado à monopolização de uma indústria.

2. FUSÕES E AQUISIÇÕES DE EMPRESAS NO BRASIL

A década de 1990 assistiu um crescimento do movimento de fusões e aquisições de empresas, o que revela uma tendência ascendente na concentração e centralização do capital. Conforme a UNCTAD (2000), a participação das fusões e aquisições entre países (transfronteiriças) no fluxo de investimento direto estrangeiro mundial aumentou, passando de 52% em 1987 para 83% em 1999, considerando-se que a participação varia consideravelmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Nos países desenvolvidos, a relação é mais elevada, passando de 62% em 1987 para mais de 100% em 1999. Nos países em desenvolvimento essa relação é mais baixa, mas também mostra sinais de aumento com variações consideráveis entre regiões em desenvolvimento e países.

O processo de globalização, na medida em que ampliou os mercados por meio de quedas das barreiras aos fluxos de bens, serviços e capitais, alterou também o ambiente institucional no qual as empresas estavam acostumadas a operar. O crescimento da competição global fez com que a disponibilidade e o preço dos insumos, bem como a qualidade e os custos dos serviços locais, tivessem importância crescente na competitividade das firmas.

Além disso, a maior internacionalização das empresas levou ao acirramento da concorrência em todo o mundo, fazendo com que a evolução das fusões e aquisições seja entendida como resposta estratégica das corporações ao surgimento desse novo ambiente institucional e concorrencial proporcionado pelo processo de globalização. As principais conseqüências dessa evolução são, conforme Giambiagi e Moreira (1999), o aparecimento de megacorporações, a concentração produtiva e a elevação das escalas mínimas de produção em diversos setores.

A repercussão do movimento de fusões e aquisições em todo o mundo atingiu também o Brasil nos últimos anos, tendo em vista a mudança de política industrial ocorrida no início da década de 1990, no governo Collor. A nova política propunha uma maior exposição do setor produtivo brasileiro à concorrência externa, alterando assim, o ambiente competitivo. Isto fez com que algumas empresas para se manterem no mercado revissem suas estratégias empresariais, recorrendo, dentre outras medidas, a atos de concentração motivadas pela perspectiva de ganhos financeiros e aumento da capacidade produtiva, por investimentos na melhoria da qualidade de bens e serviços e pela maior atenção ao esforço tecnológico.

Nos anos de 1990 observou-se, numa perspectiva setorial, que, em alguns setores, como alimentos, bebidas e fumo e comércio varejista, ocorreu movimentos de fusões e aquisições envolvendo, exclusivamente, partes privadas. Pode-se dizer que o processo de abertura comercial teve impacto na intensidade desse movimento nesses setores, mas diferencia-se do que ocorreu nos setores de energia, telecomunicações, siderurgia e petroquímica, nos quais a reestruturação, em termos de fusões e aquisições, se deu a partir da saída do Estado dessas atividades produtivas.

O número e o volume de fusões e aquisições de empresas, no período de 1998/99 são, conforme Miranda e Martins (2000), quase iguais aos do período de 1991/97⁵⁸. Destaca-se que 75% das aquisições foram fruto de privatizações de empresas e concessões de serviço na área de telecomunicação, da venda de companhias estaduais de energia elétrica em 1998, e de bancos comerciais privados brasileiros, sobretudo em 1999. Pode-se dizer, também, que no ano de 1999, as aquisições de empresas no Brasil foram muito mais diversificadas setorialmente quando comparadas a 1997 e a 1998, sendo a participação de empresas adquirentes estrangeiras muito mais acentuada.

⁵⁸ No período de 1991/97 ocorreram 633 transações, totalizando US\$ 60.097,7 milhões, enquanto que em 1998/99 ocorreram 516 transações, totalizando US\$ 57.217 milhões (Miranda e Martins, 2000).

Diante das transformações que vêm ocorrendo na economia brasileira, o segmento supermercadista movimentou-se em ritmo de fusões e aquisições, inaugurações de lojas, mudanças de *layout*, automação, informatização, treinamento e contratação de novos funcionários. Com o objetivo de ampliar, ou até mesmo de manterem suas participações de mercado, as empresas estrangeiras e mesmo as grandes empresas brasileiras estão expandindo-se através da construção de novas unidades e de aquisição de pequenas e médias redes⁵⁹. Neste último caso, conforme Santos e Gimenez (1999), a combinação dos estágios das tecnologias de gestão e da informação com os atrasos na profissionalização e na capitalização, torna atrativo o valor dos ativos dessas redes para aquisição e fusão.

Para as empresas estrangeiras, comparada à expansão própria, a penetração em mercados internacionais via aquisição ou fusão é mais vantajosa, pois acelera o domínio do conhecimento do mercado e dos hábitos dos consumidores. O Brasil apresenta uma grande atração para a instalação de novas redes, pois, segundo Santos e Gimenez (1999), possui grande mercado, possibilidade de incorporação de novos consumidores, sucesso na atuação de redes internacionais já presentes no país⁶⁰, baixo poder de competitividade do setor instalado e legislação sem restrição à entrada de grandes varejistas.

As fusões e aquisições, envolvendo empresas que tenham participação de mercado maior a 20%, ou que um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual equivalente ou superior a R\$ 400 milhões, devem ser submetidas a apreciação do CADE, conforme o artigo 54 da lei n.º 8.884/94.

Em 31 de julho de 1996, o plenário do CADE aprovou pela primeira vez uma operação de rede de supermercados. A empresa Índico Participações S.A. do Grupo Garantia, controlador das Lojas Americanas, adquiriu a Rede Unimar de Supermercados. O mercado do produto foi determinado pelo tipo de negócio (varejo de bens duráveis e não-duráveis), sendo considerado o mercado geográfico relevante, a região metropolitana de Salvador/BA, onde atuavam as duas redes de varejo.

⁵⁹ Os grupos portugueses Sonae e Jerônimo Martins, por exemplo, ingressaram no segmento de hiper e supermercados do país através da compra de redes já instaladas, como Companhia Real de Distribuição (CRD), Sé Supermercados do Grupo Garantia, Mercadorama, entre outros.

⁶⁰ Entre as redes internacionais de supermercados presentes no Brasil pode-se citar: Rede Carrefour da França, com entrada no país no ano de 1974; Rede Sonae e Jerônimo Martins, de origem portuguesa, com ingresso nos anos de 1989 e 1997, respectivamente; Rede Wal Mart, dos Estados Unidos, em 1995, e Royal Ahold, rede de capital holandês, com instalação no Brasil no ano de 1996 (Santos e Gimenez, 1999).

Além de não terem sido encontradas barreiras à entrada de novos concorrentes, o CADE entendeu que a operação proporcionou a preservação da rede de varejo líder naquele mercado relevante, que se encontrava em situação financeira difícil. Seu fechamento determinaria a concentração do mercado nas redes remanescentes. Tratava-se, portanto, de uma operação com reflexos pró-competitivos, sendo aprovada por unanimidade (CADE, 1997).

A partir deste julgamento, muitos outros fizeram parte das sessões do CADE. No quadro 1, pode-se observar os atos de concentração de hiper e supermercados julgados pelo plenário do CADE até 17 de maio de 2001⁶¹.

Quadro 1 -

Atos de concentração de super e hipermercados julgados pelo CADE – 1998 a 2001*

DATAS	TIPO	LOCAL
Fev-99	Picos Participações adquire controle acionário da Ruape Participações, controladora da Abastecedora Brasileira de Cereais (ABC)	Rio de Janeiro
Mar-99	Aquisição entre as empresas Itaperuna Participações e Sé	-
Jun-99	Sé adquire ativos dos Supermercados São Jorge	São Paulo/SP
Jul-99	ABC adquire nove estabelecimentos da MB Supermercados	Rio de Janeiro
Ago-99	Jerônimo Martins adquire 96% do capital da Itinga Participações	São Paulo/SP
Out-99	Cia Real de Distribuição (CRD) adquire totalidade do capital da Cândia	São Paulo/SP
Out-99	Sonae adquire totalidade do capital da Mercadorama	Curitiba
Nov-99	Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) ⁶² adquire três lojas da Millo's Comercial Carajás	São Paulo/SP
Nov-99	ABC adquire dois estabelecimentos dos Supermercados Serra e Mar	Rio de Janeiro

⁶¹ Cabe destacar que, até esta data, há quinze processos em instrução, sete processos conclusos ao relator, um processo na procuradoria, um pautado para a sessão de julgamento do dia 24 de maio de 2001, um com diligência complementar e um ato de concentração com decurso de prazo. Dessa maneira, somam-se vinte e seis processos apresentados que estão tramitando pelo CADE. A SDE instaurou 41 processos de 1998 a 09 de maio de 2001. Salienta-se que somente no ano de 1999 foram instaurados 20 atos de concentração do segmento de hiper e supermercados (SDE, 2001).

* processos julgados até 17/05/01

⁶² A CBD é composta pelos Supermercados Pão de Açúcar, Barateiro e Superbox, Hipermercado Extra e Loja de eletro-eletrônicos

Jan-00	Carrefour adquire 100% do capital social da filial Manpar do Supermercado Gonçalves	Manaus
Jan-00	CBD incorpora a Pat Comercial	São Paulo/SP
Fev-00	Casino adquire 25% das ações ordinárias da CBD ⁶³	Brasil
Mai-00	CBD adquire totalidade do capital da Freeway Supermercados	Rio de Janeiro
Ago-00	Carrefour adquiriu da Tutto Nelli, filial localizada em Mogi Mirim	Mogi Mirim/SP
Set-000	Carrefour adquire uma filial do Supermercado Big Bom	Indaiatuba/SP
Out-00	CBD adquire um estabelecimento do Supermercado Cibus	São Paulo/SP
Nov-00	ABC arrenda três lojas da VPC, empresa controlada pela Superal - Super Alimentos	Rio de Janeiro
Mar-01	Grupo Royal Ahold adquire restante do capital social da Bompreço Nordeste (Bompreçopar)	Região Nordeste ⁶⁴
Mar-01	CBD adquire o controle acionário dos Supermercados Shibata e Shibata Kimoto	Mogi das Cruzes/SP
Mai-01	CBD adquire doze estabelecimentos dos Supermercados Nagumo	São Paulo/SP

Fonte: elaboração própria a partir de dados do CADE

Entre as razões consideradas decisivas para a realização da operação de fusões e aquisições, destaca-se o acirramento da concorrência a partir da entrada de grandes redes varejistas e expansão das grandes redes nacionais, melhorias na rede de distribuição e logística, negociação em melhores condições com grandes fornecedores, fazendo com que ocorra redução de custos e melhorias na qualidade dos produtos ofertados. Para algumas empresas continuarem competindo de forma isolada não seria possível, pois não dispunham de pessoal adequado, de sistemas de logística e distribuição, planejamento e gerenciamento avançados, nem de tecnologia adequada.

63 Em junho de 1999, devido às novas aquisições, o Grupo Pão de Açúcar possuía 340 unidades em 11 estados do Brasil: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Bahia, Pernambuco, Paraíba, Ceará e Piauí

64 Bompreçopar está presente nos estados de Pernambuco, Ceará, Rio Grande do Norte, Alagoas, Paraíba, Maranhão, Sergipe e Bahia

As operações de fusões e aquisições significam para outras empresas uma oportunidade de competir com equilíbrio no mercado globalizado de vendas a varejo no Brasil, tendo em vista que para uma empresa brasileira é muito difícil se fortalecer ou sobreviver num mercado em que figuram grandes empresas multinacionais.

No ato de concentração em que o Carrefour adquiriu a empresa Tutto Nelli em 1999, por exemplo, o Carrefour alegou que a intenção da empresa era garantir sua presença nas diversas regiões do país. A aquisição das lojas da Tutto Nelli, constituiu-se em oportunidade para que o Carrefour atuasse de forma mais efetiva no interior do estado de São Paulo. Para a Tutto Nelli, a operação representou perspectiva de ganho, liberando recursos para serem direcionados e empregados nas outras duas lojas da empresa. Isto porque, a filial adquirida pelo Carrefour encontrava dificuldade no gerenciamento logístico e no abastecimento de mercadorias.

Um outro exemplo que pode ser citado é a aquisição pela Jerônimo Martins de 96% do capital social da Itinga Participações em 1999. A justificativa da operação apresentada pela empresa adquirida foi em função dos benefícios resultantes da associação com um grupo de varejo internacional, com experiência comprovada no ramo e com capacidade de investimentos necessários à alavancagem da empresa. No caso da empresa adquirente, a operação ocorreu em função da oportunidade de ingressar no mercado brasileiro, particularmente no mercado paulista de varejo, o maior do país, associando-se à rede já tradicional naquele mercado e condizente com sua estratégia de expansão das atividades de varejo no âmbito internacional.

Nos relatórios dos casos julgados, constatou-se que o segmento de supermercados, embora teoricamente não apresente grandes barreiras à entrada de novos entrantes, os concorrentes menores poderão ter dificuldades em razão da competição acirrada. Conforme o Grupo Sonae (in CADE), para se competir nesse mercado é preciso contar com redes de distribuição e logísticas eficientes, além de capacidade de investimento. Para “ganhar” o consumidor faz-se necessário, cada vez mais, adotar práticas comerciais tais como promoções, descontos, sorteios, funcionamento 24 horas, ou seja, agregar às compras benefícios extras ao consumidor. Mesmo assim, os fatores que influenciam positivamente a entrada no mercado são os seguintes:

- i. investimentos baixos para abertura de uma loja;
- ii. inexistência de barreiras tecnológicas;
- iii. tendência de expansão do mercado;

- iv.baixa concentração do varejo de alimentos no Brasil⁶⁵;
- v.disponibilidade de localidades para a abertura de novas lojas, e
- vi.inexistência de restrições governamentais.

Na maioria dos casos julgados observou-se que o mercado relevante do produto considerado é o de super e hipermercados que se caracterizam pela venda de bens de consumo duráveis (eletro-eletrônicos, têxteis, utilidades domésticas, bazar, etc.) e não duráveis (produtos alimentícios em geral, de higiene e limpeza, bebidas, etc.). Os produtos encontram-se acondicionados em gôndolas e/ou balcões, nos quais o próprio consumidor escolhe os produtos que deseja adquirir e efetua o pagamento diretamente nos caixas (*check-outs*).

Para chegar a definição da dimensão produto do mercado relevante, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, nos atos de concentração da CBD e Millo's julgado em 1999, e Carrefour e Tutto Nelli julgado em 2000, adotou certas hipóteses, quais sejam:

i.Características físicas do ponto de venda – consideram-se como supermercados os estabelecimentos que apresentam, como principais seções de vendas, mercearias, bazar e perecíveis; cerca de 1.500 a 5.000 itens em exposição; de 3 a 40 *check-outs*; mais de 300m² de áreas de vendas e faturamento anual de mais de 1 milhão de dólares. Os hipermercados possuem, como principais seções de vendas, mercearia, bazar e perecíveis, têxteis e eletrodomésticos; mais de 5.000 itens em exposição; mais de 40 *check-outs*; mais de 5.000m² de áreas de vendas e faturamento anual de mais de 12 milhões de dólares.

ii.Integração dos departamentos de produtos – nesse mercado relevante, excluem-se as mercearias, padarias, açougues e feiras-livres que constituem o pequeno varejo. A exclusão leva em conta que o tipo de consumo que se pratica nesses pequenos estabelecimentos, via de regra, é o de conveniência, ou seja, pequenas compras que suprem necessidades imediatas dos consumidores e que visam ao seu abastecimento por prazos maiores – as chamadas compras do mês – especialmente quando se trata do consumo em grandes cidades. Adicionalmente, estes não foram levados em conta, por apresentarem um conjunto de bens, muito inferior ao ofertado pelos supermercados e hipermercados, o que os coloca numa situação de substitutibilidade incompleta, ou de menor

⁶⁵ Em países como França, Holanda e Canadá, os cinco maiores varejistas no ano de 1997, apresentaram, respectivamente, participações de 65%, 60% e 61% no mercado. Já no Brasil, essa participação fica em torno de 27% (CADE).

grau, se se considerar o conjunto de produtos ofertados pelos supermercados e hipermercados.

iii. Custo de aquisição do produto – por meio da diversificação do *mix* de produtos oferecidos, os super e hipermercados oferecem ao consumidor a oportunidade de eliminar o “custo” de fazer várias paradas para adquirir um determinado conjunto de bens. Uma vez definido o que deseja comprar e onde fazê-lo, supõe-se que o consumidor – a menos que deseje efetuar uma compra de conveniência – não irá se dirigir, seguidamente, a vários estabelecimentos do pequeno comércio (mercearias, fruteiras, padarias, açougues, papelarias e outros), fazendo várias paradas e pesquisas de preços para comprar uma cesta de bens. Partindo desse comportamento do consumidor – *one stop shopping* – esses estabelecimentos procuram cada vez mais diversificar o *mix* de produtos. A diversidade de produtos dos supermercados e dos hipermercados constituem-se numa forte atração sobre o consumidor, na medida em que lhe oferece a possibilidade de economizar tempo e adquirir produtos variados de uma só vez, no mesmo lugar.

iv. Comportamento em relação à elevação nos preços – parte-se do princípio de que a elevação de preços de um ou de poucos produtos vendidos em um determinado supermercado ou hipermercado não faz com que o consumidor procure um outro concorrente. Entretanto, pode ocorrer a substituição de pontos de compra quando há um aumento significativo e não transitório dos preços de uma determinada cesta de bens, justamente aquela que faz com que os consumidores efetuem suas compras em um super ou hipermercado e não na mercearia da esquina. Nesse caso, os consumidores buscarão outro super ou hipermercado como substituto àqueles que usualmente freqüenta.

v. Diferenciação dos produtos e serviços – para efeito de comparação entre o pequeno varejo e o varejo de auto-atendimento, leva-se em consideração não apenas o conjunto de bens comercializados, mas também os serviços diferenciados prestados por estabelecimentos de *self service* que, em geral, não são ofertados pelo pequeno comércio. Tais estabelecimentos não vendem apenas mercadorias, mas sim conveniências e facilidades aos consumidores, alguns em menor, outros em maior grau. Figuram como facilidades oferecidas pelo varejo de auto-atendimento: estacionamento; atendimento 24 horas; vendas virtuais (*delivery*); aceitação de cartão de crédito ou cartão próprio da loja; aceitação de cheques pré-datados; prestação de serviços de limpeza, corte e embalagem de hortifrutigranjeiros; parcelamento dos pagamentos; maior quantidade e variedade de itens vendidos; melhores técnicas para exposição dos produtos; condições de atingir os consumidores por meio de

propaganda; oferta de marcas próprias, com preços inferiores aos produtos substitutos; maior nível de qualificação dos funcionários; fraldário e sanitários.

vi. Substitutibilidade no varejo de auto-atendimento – os supermercados figuram como substitutos quase perfeitos dos hipermercados, não dispondo, em geral, apenas de algumas seções de têxteis e eletrodomésticos. Dessa forma, o consumo praticado nos hipermercados assemelha-se consideravelmente ao praticado nos supermercados.

Ainda em relação ao mercado relevante do produto, no ato de concentração entre o Sonae e Mercadorama, julgado em 1999, e na aquisição pelo Carrefour do capital social da filial Mampar do Supermercado Gonçalves, julgado em 2000, foi considerado os pequenos estabelecimentos de varejo tais como açougues, padarias, mercearias, dentre outros, como estando incluídos no mercado relevante em questão. Isso porque, segundo a relatora Lúcia Helena Salgado e Silva:

“... diferentes canais de varejo são percebidos como alternativas de oferta para os consumidores, a depender da categoria de bens que buscam no mercado. Os supermercados e hipermercados deparam-se com a concorrência de canais de menor porte quando comercializam determinados bens como perecíveis, carnes, bazar leve e mercearia. Quanto aos produtos de bazar pesado, os supermercados não são vistos como substitutos próximos, portanto, não podem ser considerados como participantes desse mercado.” (Voto Sonae e Mercadorama, 1999, p.3, in CADE).

Na relação com os fornecedores, segundo a SEAE, não há uma escala mínima a ser considerada, mas existe uma relação que depende do tamanho da empresa. Grandes supermercados/hipermercados e, mais ainda, suas redes, conseguem negociar melhores preços e prazos de pagamentos que os pequenos. A esse respeito, vale observar que as grandes redes atuantes no Brasil tem seguido a tendência internacional da centralização do abastecimento de suas lojas.

O maior controle do estoque, além de precavê-los contra problemas de desabastecimento, também colabora para aumentar o poder destes em relação aos fornecedores, na medida em que o desabastecimento deixa de ser um ponto frágil nas negociações, já que a verificação ou mesmo a eminência de

um desabastecimento, faz com que estes acabem por aceitar preços mais elevados dos fornecedores. A ampliação do volume de compra também contribui para a redução dos preços junto aos fornecedores.

Dessa forma, as empresas que optam pelo processo de fusões e aquisições, dizem que a operação resulta em aumento de eficiência produtiva para a loja adquirida, o que repercutirá nos preços e qualidades dos serviços. O aumento da eficiência produtiva se dá por meio da racionalização administrativa, logística (gestão de estoque e abastecimento das lojas) e aumento do poder de barganha junto a fornecedores. Assim, a operação beneficia o consumidor em três aspectos: redução de preços, oferta de produtos e serviços de melhor qualidade, e maior eficiência no abastecimento .

Segundo a SEAE, o ganho de produtividade do ato de concentração do Grupo Sonae e Mercadorama em 1998 viria a consolidar ainda mais a empresa e, dado o potencial econômico dos *players*, o acirramento da concorrência entre eles. A SEAE chegou a essa conclusão a partir da análise dos indicadores de produtividade das duas empresas⁶⁶.

Como eficiência advinda das operações de fusão e aquisição, também pode-se citar a redução dos custos operacionais que seriam eventualmente repassados para os consumidores locais, através do investimento em automação e reestruturação de sistemas gerenciais.

Dentre os processos julgados pelo CADE, em alguns casos, o plenário entendeu que não ocorreria alteração do grau de concentração no mercado relevante, pois ocorreu tão-somente substituição de agentes econômicos. Portanto, em algumas operações, ocorre apenas uma troca do controlador do negócio, isto quando a empresa adquirente não atuava no mercado relevante geográfico considerado na operação.

O movimento de fusões e aquisições que se apresentou na década de 1990, para os segmentos de hiper/supermercados, mostra que ocorreu um aumento do grau de concentração. Ao final de 1999, as quatro maiores cadeias do segmento de supermercados e hipermercados⁶⁷ representavam cerca de

⁶⁶ A Companhia Real de Distribuição (CRD), braço do Grupo Sonae que opera o ramo de supermercados no Brasil, conseguiu aumentar seu faturamento bruto em 106,38%, no período de 1991 a 1997, reduzindo seu número de supermercados/hipermercados de 46 para 34 estabelecimentos. Já a empresa Mercadorama aumentou seu faturamento em 212,76% no mesmo período, porém ampliando seu número de lojas de 10 para 13. Cabe observar que a CRD está acima da média das 300 maiores empresas do segmento, sendo que o mesmo não ocorre com Mercadorama, que se encontra abaixo dessa média (CADE).

⁶⁷ Os supermercados que ocuparam as quatro primeiras posições do *ranking* ABRAS em 1999 foram, respectivamente, Carrefour Com. Ind. Ltda, Companhia Brasileira de

52,94% do faturamento bruto das 300 maiores empresas, enquanto que, em 1994, quando ocorreu a estabilização econômica, essa participação era de 33,84%.

CONCLUSÃO

A década de 1990 assistiu um crescimento do movimento de fusões e aquisições de empresas, o que revelou uma tendência ascendente na concentração e centralização do capital. Embora o processo de concentração seja mais acentuado nos países desenvolvidos, é também significativo nos países em desenvolvimento, estendendo-se ao investimento direto externo.

O novo ambiente institucional e concorrencial proporcionado pelo processo de globalização faz com que a evolução das fusões e aquisições seja entendida como uma resposta estratégica das empresas. A maior internacionalização das empresas levou ao acirramento da concorrência em todo o mundo, sendo que a disponibilidade e o preço dos insumos, bem como a qualidade e os custos dos serviços locais, tenham importância crescente na competitividade das firmas.

A repercussão do movimento de fusões e aquisições em todo o mundo atingiu também o Brasil, tendo em vista as reformas estruturais por que passou a economia brasileira nos anos 1990. Para as empresas estrangeiras, em relação à expansão própria, a penetração em mercados internacionais via aquisição ou fusão é mais vantajosa, pois acelera o domínio do conhecimento do mercado e dos hábitos dos consumidores.

O estudo do segmento de hiper e supermercados possibilitou identificar alguns determinantes desse movimento de concentração da década de 1990. Entre os principais motivos citados pelas empresas adquiridas que participaram de atos de concentração, destaca-se a preservação da rede de varejo que se encontrava em situação financeira difícil, com dificuldades no gerenciamento logístico e no abastecimento de mercadorias. Dessa maneira, segundo George e Joll (1981), pode-se dizer que a fusão ocorreu em função dos motivos dos proprietários das firmas adquiridas. Um outro motivo que também pode ser citado neste caso são os benefícios resultantes da associação com um grupo de varejo internacional, com experiência comprovada no ramo e com capacidade de investimento necessários à alavancagem da empresa.

Em relação às razões das firmas adquirentes, destacam-se melhorias na rede de distribuição e logística, negociação em melhores condições com grandes fornecedores, fazendo com que ocorra redução de custos e melhorias na qualidade dos produtos ofertados, oportunidade de vendas a varejo no Brasil e garantir presença em diversas regiões do país. No caso de empresas estrangeiras, mostra-se como uma oportunidade de ingressar em novos mercados.

Observou-se que em nenhum dos atos de concentração do segmento de hiper/ supermercados julgados pelo CADE, a hipótese de que uma fusão ou aquisição tivesse ocorrido para alinhar as atitudes dos gerentes aos objetivos dos proprietários foi encontrada. Dessa maneira, a função disciplinadora de uma fusão e aquisição não foi comprovada no estudo de caso.

Em suma, pode-se dizer que, de um modo geral, comparando-se as fusões e aquisições ocorridas no segmento de hiper e supermercados brasileiros na década de 1990 com os determinantes teóricos da concentração, os atos de concentração julgados confirmaram que quando uma empresa decide pela aquisição de outra, ela está buscando economias de escala, complementariedades, velocidade, segurança e aumento do poder de mercado. Dessa maneira, as fusões constituem parte importante do processo pelo qual os recursos são transferidos das firmas menos eficientes para as mais eficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAS. *Ranking dos Supermercados*. Disponível na Internet. <http://www.abras.com.br>. 3 maio 2001.

BNDES. *Fusões e Aquisições no Setor de Alimentos*. Informe Setorial nº 15. Disponível na internet. <http://www.bndes.gov.br>. 28 de abril de 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. São Paulo: Atlas, 2000. 6.ed.

BYRNS, Ralph T.; STONE, Geral W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1996.

CADE. *Relatório Anual 1996*. Brasília, fev. 1997.

CADE. *Relatórios, Votos e Acórdãos dos atos de concentração dos hiper/supermercados julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no período de 1998 a 2001*. Brasília. Vários números. (mimeo).

FAGUNDES, Jorge. Análise de Atos de Concentração– Principais Conceitos e sua Aplicação Legal. In: CURSO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA,2. Brasília, 1999. (mimeo).

GEORGE, Keneth; JOLL, Caroline. *Organização Industrial – Concorrência, Crescimento e Mudança Estrutural*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

GIAMBIAGI, Fábio., MOREIRA, Maurício M. (Org.). *A Economia Brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. 488p.

MARTINEZ, Christiane. Carrefour arruma a casa para voltar à liderança. *Gazeta Mercantil*. Brasília, 2 maio 2001.

MARTINEZ, Christiane. Pão de Açúcar dá autonomia às suas bandeiras. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 8 maio 2001.

MARTINEZ, Christine. Supermercado Bompreço rouba o 3º lugar do Sonae. *Gazeta Mercantil*. São Paulo, 10.maio.2001.

MIRANDA, José Carlos., MARTINS, Luciano. *Fusões e Aquisições de Empresas no Brasil*. Economia e Sociedade: Campinas (14). Jun. 2000.

POSSAS, M., FAGUNDES, J., PONDÉ, J.L. *Defesa da concorrência e regulação*. Revista de Direito Econômico, janeiro/ julho, n.º 27, 1998.

POSSAS, Mario. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência*. Revista do IBRAC, 3 (5), 1996.

REGO, José Marcio., MARQUES, Rosa Maria (Org). *Economia Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Frederico., IOOTTY, Mariana., FERRAZ, João Carlos. *Desempenho das Fusões e Aquisições na Indústria Brasileira na Década de 90: A Ótica das Empresas Adquiridas*. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, 5(especial), 2001.

RODRIGUES, Rute I. *Empresas Estrangeiras e Fusões e Aquisições: Os Casos dos Ramos de Autopeças e de Alimentação/Bebidas em Meados dos Anos 90*. Brasília: IPEA, jan. 1999. 40p. (Texto para Discussão nº 622).

SAAB, Willian G. L.; GIMENEZ, Luiz Carlos P.; RIBEIRO, Rodrigo M. *Supermercados no Brasil – O Movimento das Grandes Empresas*. Informe Setorial, n.22, Rio de Janeiro, dez. 2000.

SANTACRUZ, Ruy. O CADE e a Defesa da Concorrência no Brasil. In: 36 ANOS DO CADE. Brasília, 1999. (mimeo).

SANTOS, Ângela M. M.; COSTA, Claudia S.; CARVALHO, Rodrigo E. *Comércio Varejista: Supermercados*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, 1996.

SANTOS, Ângela M. M.; GIMENEZ, Luiz Carlos P.; CROESY, Lorenza C. *Supermercados no Brasil – Situação Atual*. Informe BNDES, n.25, Rio de Janeiro, jun.1999.

SANTOS, Ângela M. M.; GIMENEZ, Luiz Carlos P.; MATTOS, Carolina B. *Hiper e Supermercados no Brasil*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, dez. 1998.

SANTOS, Ângela M. M., GIMENEZ, Luiz Carlos P. *Reestruturação do Comércio Varejista e de Supermercados*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, 1999.

SDE. *Lista de Atos de Concentração Instaurados*. Disponível na Internet. <http://www.mj.gov.br/sistemas/dpde>. 09.mai.2001

SEAE. *Guia para Análise de Atos de Concentração*. Disponível na Internet. <http://www.fazenda.gov.br/seae>. 13.mar.2001.

UNCTAD. *World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development*. New York: United Nations Publication, 2000, 337p.

NOVA ERA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA - O DIREITO ANTI-TRUSTE E OS MERCADOS REGULADOS

*Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva**

Sumário;

Evolução do Direito da Concorrência a partir da Lei 4.137/62

A Defesa da Concorrência no Cenário Pós-Privatização

Articulação de Competências Concorrenciais

A Delimitação do Mercado Relevante nos Setores Regulados

O Equilíbrio entre as Finalidades Regulatórias e Concorrenciais

A Análise de Atos Regulatórios pelo CADE e Outros Mecanismos de Atuação nos Setores Regulados

Conclusão

“Se podes olhar, vê.

Se podes ver, repara”

(“Livro dos Conselhos”)

1. Evolução do Direito da Concorrência no Brasil a partir da Lei 4.137/62

A evolução do direito antitruste no Brasil está intimamente ligada ao histórico econômico do país.⁶⁸

Durante um longo período, o Estado brasileiro aderiu a uma política de intervenção intensa nas atividades privadas, a qual foi marcada por duplo perfil. De um lado, exacerbou a proteção da economia popular, utilizando-se técnicas de amplo controle de preços e substituição de importações e, de outro, o Estado passou, com intensidade jamais vista, a atuar na economia como um empresário, centralizando grande parte das atividades econômicas. Conseqüência lógica de uma tal configuração econômica foi o abandono da opção

* Aluno de graduação do curso de Direito da PUC-SP

⁶⁸ Este breve histórico do direito da concorrência no Brasil tem como base teórica, especialmente, os estudos de Gesner de OLIVEIRA em seu *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo, Saraiva, 2001.

concorrencial cujo pressuposto de aplicação se funda em um patamar mínimo de liberdade aos agentes de mercado.

Tal período, que se inicia com a criação do CADE pela Lei 4.137/62,⁶⁹ pode ser definido, sob o prisma da eficácia normativa, como a **“Era perdida” do direito antitruste**.⁷⁰ Como sublinha Paula Forgioni, “ em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”.⁷¹

A partir do final da década de 80, com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial.

Marco desta mudança foi a edição da Lei n ° 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados. Como assinala Gesner de Oliveira, “de um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência”.⁷²

Com efeito, este **período de transição** foi encerrado com o advento da Lei n ° 8.884/94. A nova Lei da Concorrência trouxe como uma de suas

⁶⁹ A escolha da Lei 4.137/62 como o marco temporal a partir do qual se inicia esta análise histórica não olvida toda a dimensão fática e normativa do direito econômico brasileiro que lhe precede, porquanto possui tão-somente a pretensão de introdução ao tema deste trabalho.

⁷⁰ Gesner de OLIVEIRA destaca que 74% das decisões do CADE, no período de 1962 a 2000, foram tomadas entre 1996 e 2000, ou seja, nos últimos quatro anos. Mas pondera: “Este quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores.” **Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo**, ob. cit., p. 09.

⁷¹ Paula A. FORGIONI, **Os Fundamentos do Antitruste**, São Paulo, RT, 1998, p. 131.

⁷² **Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo**, ob. cit., p. 03.

principais inovações a transformação do CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia.⁷³

Como se sabe, outra grande inovação foi a introdução do controle concorrencial preventivo. A possibilidade de análise de atos de concentração pelo CADE, em compasso com as tendências mundiais modernas, ofereceu nova configuração ao direito da concorrência brasileiro. Do perfil eminentemente **repressivo** passa-se a contemplar uma atuação **prévia** cuja essência é a de impedir a ocorrência de situações anticompetitivas em momento futuro à operação analisada. Interessante notar que o controle de estruturas surge num cenário de crescente concentração dos mercados, o que o torna ainda mais relevante.

Paralelamente ao desenvolvimento do direito antitruste, todo um processo de desregulamentação econômica (desestatização e introdução da concorrência) é engendrado. Importante sublinhar, no entanto, que **este processo não constituiu a razão determinante para o fortalecimento da defesa da concorrência**. Este fato deve ser atribuído especialmente à abertura econômica, à estabilização e ao fim da regulação protetiva da economia popular. Apesar de ter suas bases fixadas já na metade dos anos 80 com a edição do chamado *Programa de Privatização* (Decreto 91.991), a desregulamentação somente ganha corpo nos setores mais expressivos da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, gás, transporte, etc.) na metade da década de 90 – momento em que, como referido, as inovações trazidas pela Lei da Concorrência já tinham ocorrido.⁷⁴ As emendas constitucionais que autorizavam as reformas só foram aprovadas pelo Parlamento a partir de 1995.

⁷³ Suas decisões não são mais suscetíveis de revisão, uma vez que não há entre o Conselho e a Administração Direta relação de subordinação hierárquica. Além disto, os Conselheiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, passaram a possuir estabilidade em seus cargos, não podendo ser demissíveis **ad nutum** (livremente).

⁷⁴ O *Plano de Desestatização* foi posteriormente aprimorado pelo Programa Federal de Desestatização (Decreto 95.886/88). O governo Collor, por sua vez, editou um “pacote” de medidas provisórias que autorizavam a alienação do controle do capital social de empresas estatais federais, **mas ainda com exclusão daquelas previstas como de exploração exclusiva pela União (v. g., petróleo, telecomunicações, energia elétrica)**. Estas medidas provisórias foram revogadas pela Lei n.º 8.031/90 que criou o *Programa Nacional de Desestatização*. Novas medidas provisórias se seguiram até que o Governo Fernando Henrique Cardoso, após também uma série de diplomas normativos, editou a Lei 9.491 de 09.09.1997.

Com a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição⁷⁵, setores inteiros da economia passam a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste. Pode-se dizer que um novo campo material se abre à defesa da concorrência, de maneira a lhe trazer novos e complexos desafios. O momento atual se, de um lado, requer a **consolidação do direito concorrencial**, de outro, demanda nova postura do CADE – que precisa, como adiante se demonstrará, ser ainda mais fortalecido.⁷⁶

2. A Defesa da Concorrência no Cenário Pós-Privatização

O desenvolvimento da moderna regulação ou *re-regulação* da economia e o surgimento das agências reguladoras passaram a trazer à tona novos dilemas na esfera concorrencial.⁷⁷

Assiste-se, hoje, à queda ou mitigação do chamado modelo **estato-cêntrico**, ou seja, à supressão de uma realidade em que as decisões do Estado são tomadas do modo mais centralizado possível – como se o poder brotasse de uma só fonte. Vislumbra-se, em oposição a este modelo, o advento de um Estado com perfil **policêntrico**, é dizer, cujas decisões são tomadas, cada vez mais, de forma descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana poder.

As agências reguladoras, fruto deste processo, encontram-se submersas num sistema específico de regras composto por uma linguagem muito peculiar (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc). Por tal razão, estão muito mais próximas dos setores regulados, possuindo maiores condições para a aquilatação das informações necessárias dos problemas concorrenciais ocorridos na área específica. Sobre o fenômeno no direito norte-americano, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “A proliferação das agências nos Estados Uni-

⁷⁵ Para Eduardo J. Rodriguez CHIRILLO, “la competencia no sólo no es incompatible con la mayoría de los fines públicos que se pretendan conseguir, sino que es el instrumento más idóneo para alcanzarlos”. **Privatización de La Empresa Pública y Post Privatización**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 466.

⁷⁶ Não se trata do estudo da análise efetuada *ex post* pelo CADE das privatizações. Mas da aquilatação de fenômeno mais amplo ligado à inserção do CADE no cenário pós-privatização.

⁷⁷ É importante sublinhar a importância de outras questões atuais na defesa da concorrência no Brasil. Entre elas: harmonizar internacionalmente as legislações, promovendo-se a integração entre os países, “desenvolver acordos de cooperação de forma a fazer valer a *extraterritorialidade da lei* (...) e no plano interno, sedimentar a cultura da concorrência”. Além, é claro, da atribuição de maior independência ao CADE com o devido aporte de recursos orçamentários. Consultar Gesner de OLIVEIRA, **Concorrência**..., ob. cit., pp. 31-32.

dos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de *especialização* em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento *técnico* exige uma formação especial.”⁷⁸

Com efeito, presencia-se, nestes tempos, uma nítida tensão que se traduz na dicotomia “**centralização x descentralização**” do direito da concorrência, ou seja, de um lado, a tendência de *setorização do direito antitruste* e, de outro, a necessidade de que haja *unidade na política concorrencial*. Em termos práticos, *o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado*.

Esta dicotomia deverá se acirrar nos próximos tempos, devido ao crescente processo de desenvolvimento técnico de setores específicos da economia e ao surgimento de uma regulação de nova índole.⁷⁹ Luciano Parejo Alfonso, define este momento como “la crisis de ‘adaptación’ (en lo orgánico y en lo funcional) del Estado a la evolución económico-social y las consecuentes nuevas necesidades de ‘dirección’, ‘organización’ y ‘regulación’ que de ella resultan para el cumplimiento eficaz de la función de integración que a dicho Estado corresponde”.⁸⁰

Há, por outro lado, um grande risco na *tendência* de segmentação do direito antitruste, uma vez que os setores regulados se entrecruzam e estão como que conectados aos demais setores da economia.⁸¹ A *convergência tecnológica* entre os serviços tem promovido integração jamais vista entre ativi-

⁷⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, “*Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*”, Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n° 35, novembro-dezembro de 2000, p. 144.

⁷⁹ Para Vital MOREIRA, “A desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza”. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 43. Pedro DUTRA, por sua vez afirma que, “nos Estado Unidos discute-se hoje o excesso de regulação promovida por alguns órgãos ao disciplinarem a prestação de serviços de natureza pública, *mas não o poder de regular de tais órgãos*”. “*Órgãos Reguladores Futuro e Passado*”, Revista de Direito Econômico, Brasília, 24, julho/dezembro de 1996, p. 62.

⁸⁰ Luciano Parejo ALFONSO, “*La Potestad Normativa de las Llamadas Administraciones Independientes: Apuntes para un Estudio del Fenomeno*”, in *Administración Instrumental*, Alfonso Perez MORENO (Org.), Madrid, Civitas, 1994, p. 636.

⁸¹ Bolívar Moura ROCHA, em um dos primeiros estudos sobre a questão, já prenunciava o “riso de fragmentação e desvirtuamento da política da concorrência no País”. “*Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência*”, Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 5, n° 7, 1998, p. 47.

dades antes completamente distintas.⁸² Além disto, uma especialização exacerbada poderia aumentar os riscos da *captura* da agência reguladora.⁸³

Gesner de Oliveira alerta para os riscos deste processo: “a experiência internacional e a literatura sugerem que a existência de uma **agência central** preocupada com a obediência das regras da concorrência é mais eficaz do que a fragmentação em vários órgãos setoriais. A consideração desses elementos se reveste de importância em um momento no qual o governo cogita rever a legislação de defesa da concorrência. Se a missão de zelar pela competição for fatiada entre os vários setores da economia, o Brasil estará na contramão das tendências regulatórias do século 21.”⁸⁴

O crescimento da nova regulação para além da esfera dos serviços públicos desestatizados⁸⁵, demonstrando autêntico *reposicionamento do Estado* face à economia, demanda uma nova postura do CADE diante deste fenômeno.⁸⁶ A questão não é a de simplesmente articular competências entre as agências e o CADE, que de resto constitui apenas o primeiro passo neste pro-

⁸² “*Regime Especial para os Bancos?*”, Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.

⁸³ Para Floriano de AZEVEDO MARQUES, a *captura* pode ser definida como a “possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo”. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, mimeo, p. 25.

⁸⁴ “*Regime Especial para os Bancos?*”, Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica. Destacou-se.

⁸⁵ Para Vital MOREIRA, a re-regulação é “observável sobretudo no caso dos sectores de prestação de serviços públicos (*public utilities*), **mas não só.**” *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, ob. cit., pp. 43-44. No mesmo sentido, consultar Floriano de AZEVEDO MARQUES, que ressalta “o engrandecimento e a reestruturação da regulação estatal sobre setores como a saúde suplementar, vigilância sanitária, uso e exploração de recursos hídricos, transportes, entre outros”. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, mimeo, p. 4.

⁸⁶ Neste sentido, Gesner de OLIVEIRA, considera que “a transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil, com escassa tradição e quadros técnicos na área transcende o escopo deste livro”. *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 37.

cesso, mas de inserção do Conselho na nova configuração regulatória do Estado.

O fato de que a maioria dos setores regulados é dotada de imperfeições estruturais se, por um lado, legitima a própria regulação, por outro, não pode afastar a aplicação do antitruste. Este é que precisa ser aperfeiçoado com o aprimoramento das técnicas de defesa da concorrência. É importante realçar que o princípio da concorrência é uno e deriva de expressa previsão constitucional (art. 170 c/c o art. 173, § 4º). Como demonstra Calixto Salomão Filho, “todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados”.⁸⁷

Neste contexto, deve ser ressaltada a importância do direito concorrencial tendo em vista também a “nova liberalização” prestes a ser implementada em alguns dos setores regulados. Os conflitos concorrenciais devem-se acirrar, e, em razão disto, reclamar uma postura cada vez mais ativa do órgão da concorrência.⁸⁸

A sistematização de algumas destas novas técnicas a partir do *pressuposto básico de articulação de competências* entre as agências reguladoras e os órgãos do antitruste é o objetivo precípuo deste trabalho.

3. Articulação de Competências Concorrenciais

A articulação de competências em matéria de controle de estruturas e condutas não resolve por si só a questão do relacionamento entre defesa da concorrência e regulação.⁸⁹ Porém, constitui pressuposto básico para a identi-

⁸⁷ Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 71.

⁸⁸ No setor de telecomunicações, o cumprimento antecipado das metas previstas no Plano Geral de Outorgas pelas atuais prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado aumentará a competição e também os casos de concentração no setor, impondo-se ao CADE fiscalização permanente dos possíveis impactos anticompetitivos das operações.

⁸⁹ Para o administrativista Carlos Ari SUNDFELD, o projeto de reestruturação do antitruste, que prevê a criação da Agência da Concorrência, irá acirrar o conflito de competências com as agências reguladoras. Para ele, “está por trás dessa iniciativa um projeto de fortalecimento das estruturas governamentais com competências genéricas para proteção do consumidor e da concorrência. Isso deve aumentar o choque entre tais órgãos e as agências reguladoras específicas, inclusive a Anatel, o que já vem ocorrendo na atualidade. O conflito, se tem seus inconvenientes, deve no entanto ser

ficação dos limites entre uma e outra esfera, já que, no mínimo, determina o âmbito de atuação das agências reguladoras em matéria de prevenção e repressão das infrações à ordem econômica. Não equaciona, por exemplo, problemas atinentes aos limites das restrições concorrenciais regulamentares ou questões sobre a possibilidade de censura pelo CADE das decisões das agências que sejam contrárias à concorrência. Em suma, não determina as fronteiras entre a matéria de regulação e a de concorrência.

De todas as leis que criaram as Agências Reguladoras Independentes, a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97 – é a que melhor articula as competências em matéria de adjudicação concorrencial no setor. Atribui à Anatel as tarefas que corresponderiam à SDE e à SEAE no regime da Lei 8.884/94. Aproxima-se, assim, do modelo de competências complementares proposto por Gesner de Oliveira. Nesta configuração, “as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste”.^{90 91}

A Anatel, no exercício de suas competências em matéria de antitruste, deve analisar os atos de concentração e as condutas sob o prisma da Lei 8.884/94, incorporando na dimensão fática do ato analisado os aspectos regulatórios envolvidos na questão, de forma a embasar eventuais exceções concorrenciais. Com maior razão, o CADE deve considerar os impactos concorrenciais, avaliando as questões setoriais do prisma concreto, sem se subordinar às definições regulatórias.⁹²

Já as demais leis não estabelecem de maneira clara quais as competências das agências em matéria de concorrência. Sendo assim, as competên-

positivo para o efetivo controle sobre os prestadores de telecomunicações. O problema, que é clássico, vem sendo analisado com destaque no âmbito da chamada teoria da captura.” *Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras*, mimeo, p. 152.

⁹⁰ *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 66.

⁹¹ No direito espanhol, predomina o modelo de competências complementares. Para Santiago Muños MACHADO, “cuando las comisiones independientes aprecien infracciones a las reglas de la competencia, podrán, según les permita su legislación reguladora, denunciar estas situaciones a los órganos competentes en materia de defensa de la competencia (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia), o incluso instruir los expedientes correspondientes para elevar, ulteriormente, lo actuado al Tribunal de Defensa de la Competencia a efectos que le adopte la decisión final”. *Servicio Público y Mercado*, v. 1, Madrid, Civitas, 1998, p.209.

⁹² Consultar a respeito deste tema nosso “*As Tele comunicações e o Desafio da Concorrência*”, *Gazeta Mercantil*, São Paulo, agosto de 2001, Legal e Jurisprudência, p.2.

cias da SDE e SEAE não podem ser consideradas revogadas no que tange aos demais setores regulados. Isto não impede, porém, o auxílio instrutório destas agências reguladoras com relação às operações ocorridas nos setores que regulam, até mesmo em face da proximidade e conhecimento das questões técnicas envolvidas no caso analisado.⁹³

É importante salientar que, nestes setores, as concentrações são, via de regra, *previamente autorizadas pelas Agências*, o que não afasta o *seu controle posterior pelo CADE*. A primeira aprovação ocorre com base no arcabouço regulatório específico do setor, já a segunda é analisada sob o prisma do direito da concorrência. Ou seja, como se fossem dois “guichês” distintos. *A contrario sensu*, concentrações não autorizadas pelas Agências não chegam ao CADE, uma vez que não são concretizadas no âmbito dos fatos, não ensejando a incidência do artigo 54 da Lei 8.884/94. Dizendo de outro modo, não possibilitam o controle *ex post* na esfera antitruste, porquanto previamente vedadas.

Já no caso do controle comportamental, condutas censuradas no âmbito setorial podem não ensejar a reprimenda na esfera concorrencial e vice-versa. Recentemente, o Conselheiro Celso Campilongo, ao tratar de questão atinente ao conflito de competências entre CADE e BACEN, firmou o entendimento de que “um comportamento de determinada instituição financeira, censurado pelas normas prudenciais, pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94. *A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste.*”⁹⁴

Mais adiante em sua decisão, com a sabedoria que lhe é peculiar, esclareceu o Conselheiro: “não há, neste fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei nº 8.137/90.”⁹⁵

Ainda conforme referida decisão, a repressão aos comportamentos ilícitos no âmbito setorial decorre de um controle *per se*, ou seja, a conduta já

⁹³ Esta constatação vale também para o Banco Central cujo figurino em muito se aproxima ao de uma agência reguladora.

⁹⁴ Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Destacou-se.

⁹⁵ Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Paula Forgioni cita o exemplo do suborno de um dirigente de empresa concorrente como um caso de conduta que pode ser duplamente apenada, tanto pela Lei 9.279/96, como também pela Lei da Concorrência. Ob. cit., 247.

está previamente tipificada, não ensejando análise de eficiências ou a possibilidade de não aplicação da sanção pelo uso de alguma espécie de válvula de escape. Diferentemente, portanto, do controle de condutas efetuado pelo CADE. Para o Conselheiro, “a coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. *Trata-se, portanto, de um nítido controle per se – recorrente em setores regulamentados.*”⁹⁶

Assim também no setor de telecomunicações, a Anatel, ao estabelecer os limites de participação societária cruzada entre as prestadoras por meio da Resolução 101/99 (editada com base na Resolução 15 do CADE), fixou regras que veiculam condições prévias de concorrência. A infração desta norma possibilita a repressão imediata pela Agência, visto que a proibição já está previamente tipificada. Esta punição não pressupõe, mas também não afasta o controle *a posteriori* do CADE.

É compreensível, entretanto, que as condutas advindas dos agentes econômicos dos setores regulados não possuam o mesmo âmbito punitivo das condutas dos demais agentes econômicos, já que a liberdade de ação dos primeiros é limitada pela regulação. Isto não significa que, como já se ressaltou, o controle do CADE possa ser afastado.

Como sustentou o ex-conselheiro Marcelo Calliari em processo administrativo envolvendo o setor de transportes de passageiros e carga de Minas Gerais, “mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência. Há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência. Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos sistemas norma-

⁹⁶ Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Destacou-se.

tivos. Essa interrelação entre a regulação e a concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na Lei nº 9.472/97, que criou a Anatel, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição.”⁹⁷

4. A Delimitação do Mercado Relevante nos Setores Regulados

Ao contrário do que ocorre nos demais setores da economia, a definição do mercado relevante em setores regulados deve levar em consideração, além dos aspectos normalmente contemplados, a dimensão regulamentar dos serviços.

Isto não significa, porém, que as normas editadas pelas Agências pautem a delimitação do mercado pelo CADE, mas servem, na verdade, como *referencial* para a inclusão de um ou outro serviço em dado mercado relevante.

Com efeito, o aplicador do direito da concorrência deve utilizar as definições normativas das agências setoriais como um *dado*, sem, no entanto, restringir-se ao substrato regulamentar que classifica os serviços.

Como se sabe, a delimitação de um mercado relevante para efeitos concorrenciais tem como fundamento características concretas, inexistindo uma conceituação abstrata do que venha a ser tal mercado, já que é construído com base em aspectos peculiares extraídos do caso em análise. Desta forma, o CADE deve contemplar a possibilidade de substituição entre serviços cujos regimes normativos sejam diversos, incluindo-os em um mesmo mercado relevante. Assim, por exemplo, a consideração de que a comunicação por meio de voz via Internet a cabo possa ser considerada um dos substitutos da modalidade de serviço de longa distância nacional demonstra o quão amplo pode ser a definição do mercado.

De outro lado, existem serviços que, apesar de possuírem a mesma base tecnológica, não são substitutos uns dos outros, devido, exatamente, à diferença de regimes jurídicos entre eles. Aqui tomamos mais uma vez o exemplo das telecomunicações, em que serviços de rede corporativa, apesar de cumprirem a mesma função que corresponderia ao Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) em uma determinada área restrita, não podem hoje ser estendidos para o público em geral. Em um cenário futuro, porém, a possibilidade de que tais prestadores adquiram autorizações para prestar o STFC poderá levar à absorção do primitivo serviço.

⁹⁷ Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52.

Com efeito, a análise do mercado relevante e das barreiras à entrada deve ser *prospectiva*,⁹⁸ de forma a considerar o dinamismo tecnológico dos setores. Podem ocorrer rápidas transformações nas características dos serviços, acarretando novas configurações mercadológicas: redução de barreiras à entrada, diversificação de produtos, melhoras na qualidade dos serviços e alterações no nível de satisfação dos consumidores.

Para se ter uma idéia da importância desta análise *prospectiva*, basta lembrar o fato de que os serviços de telecomunicações eram tidos como unos e indivisíveis – o que corroborava para a consideração de que era impossível a introdução de competição. Sobre o fenômeno no direito norte-americano são esclarecedoras as palavras de Tomas de La Quadra-Salcedo, “En los países de *public utilities* también existía esa visión global de los servicios. La situación de monopolio de hecho, que no legal, de *AT & T* se justificaba precisamente porque *se entendía en buena medida que el servicio que prestaba constituía un todo*; y no era posible permitir competencia en determinados puntos concretos del territorio, sin comprometer todo el equilibrio tarifario que tenía en cuenta las políticas globales de compensación de unas prestaciones con otras, que se autorizaban por la FCC y que podían quedar alteradas por una política de competencia en determinadas áreas o partes del territorio o en determinados servicios, sin asumir la visión global de las necesidades a las que se quería dar satisfacción.”⁹⁹

Salcedo demonstra, então, que esta idéia é colocada em xeque pela própria evolução tecnológica, especialmente, com o fenômeno da “partenogênese”, ou seja, “creación de servicios a partir de la división del

⁹⁸ No ato de concentração envolvendo a aquisição do controle acionário da Telesp pela Tele Brasil Sul Participações S.A., o Conselheiro Marcelo Calliari considerou, para sua aprovação, especialmente as barreiras regulamentares e o fato de que se estava iniciando o processo de introdução da competição no setor de telecomunicações. Para o ex-Conselheiro, “a transferência do controle acionário das mãos de um monopolista geral para um novo proprietário integra o primeiro passo, essencial, num processo mais amplo que acena para uma estrutura de mercado progressivamente mais competitiva”. No caso, o voto do Conselheiro Marcelo Calliari sublinhou uma passagem do parecer da Procuradoria Geral do CADE que sugere a crescente possibilidade de que sejam examinadas as operações no mercado de telecomunicações de forma mais restritiva pelo órgão de defesa da concorrência. Segundo o parecer, a concentração em questão “*deve ser analisada como uma etapa inicial, que não esgota o controle dos órgãos na tutela dos direitos da coletividade*”. Destacou-se.

⁹⁹ Tomas de La Quadra-SALCEDO, “*Telecomunicaciones e Derecho Publico*”, *Derecho de las Telecomunicaciones*, Javier Cremades (Coord.), La Ley-Actualidade, pp.138-139. Destacou-se.

servicio preexistente como una unidad en servicios que van segregándose del servicio principal para constituir uno nuevo.”¹⁰⁰

5. O Equilíbrio entre as Finalidades Regulatórias e Concorrenciais

Nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disto, objetivos de interesse público, tais como universalização e continuidade da prestação, nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.

Sendo assim, o CADE deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando, concretamente, os valores da esfera setorial com os princípios da ordem econômica. Por tal razão é que deve ser desenvolvida a idéia de *concorrência possível*. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias. Negar a possibilidade desta análise pelo CADE significa retirar efetividade do direito antitruste em setores relevantes da economia.

Esta questão aparece presente no caso da desestatização dos serviços de distribuição de gás canalizado recentemente analisada pelo CADE. Como observa Floriano de Azevedo Marques, em setores como este “a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço”.¹⁰¹

No recente *caso Finasa* já mencionado, o Conselheiro Celso Campilongo considerou que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se ‘válvulas de escape’ por meio da regra da razão. Em setores regulados, “o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica como em setores ‘normais’ da economia”.¹⁰² Reconhece, então, o Conselheiro

¹⁰⁰ Idem, p. 139.

¹⁰¹ Floriano de AZEVEDO MARQUES “*Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural*”, Revista do Ibrac, São Paulo, volume 8, n.º 4 de 2001, p. 101.

¹⁰² Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09.

que não tem lugar a aplicação “fria” do direito antitruste quando finalidades setoriais estiverem em jogo. **A adjudicação da concorrência não pode comprometer tais metas setoriais, mas aperfeiçoá-las.**

A decisão de lavra do mesmo Conselheiro, só que agora no *caso Comgás*, condena, entretanto, a exacerbação de metas regulatórias em detrimento da concorrência. Para o Conselheiro: “no processo de desestatização – mesmo reconhecendo que o ritmo, a profundidade e a abrangência do processo sejam atribuições, notadamente em setores regulados, como é o caso do gás, do Poder Político – é preciso que a passagem de um modelo estatista e centralizado para um modelo competitivo e descentralizado *não seja obstada por mecanismos que promovam uma mudança ‘gattopardesco’*, como ressalta a literatura italiana: ‘tudo deve mudar, a fim de que tudo continue igual’”.¹⁰³

De qualquer modo, **o princípio da livre concorrência deve ser a regra**, de sorte que as restrições regulatórias constituem exceções. Esta constatação requer, porém, a superação, no âmbito do direito administrativo, de alguns dogmas imanentes à teoria clássica de serviço público. A tese mais adequada, neste passo, parece ser a defendida por Eros Roberto Grau, segundo a qual o serviço público é espécie de atividade econômica em sentido amplo.¹⁰⁴ Uma tal consideração legitima a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços. Não se está aqui a advogar que as finalidades que sempre presidiram a noção de serviço público devam ser abandonadas, mas, justamente, que o seu alcance depende da idéia global de defesa da *concorrência possível* nestes setores.

Em sentido contrário, Carlos Ari Sunfeld entende que “a Constituição Nacional ao reservar certos campos econômicos para o Estado, exclui o dever de observância, em relação a eles, de ao menos dois princípios gerais da ordem econômica, previstos no art. 170: os da *livre iniciativa* (correlato do direito individual de empreender livremente) e da *livre concorrência* (direito à calibragem do poder econômico)”.¹⁰⁵ Para este jurista, o Estado, titular do serviço, possui total liberdade para proceder à configuração mercadológica do setor, sem, portanto, submeter-se à livre concorrência.

O direito europeu orienta-se, exatamente, pelo reconhecimento da livre concorrência como princípio geral, cujas limitações decorrem de casos excepcionais como nas referidas finalidades regulatórias acima citadas. Para

¹⁰³ Ato de Concentração n.º 080012.004550/99-11. Destacou-se.

¹⁰⁴ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 5.ª ed., 2000, pág. 133.

¹⁰⁵ Carlos Ari SUNDFELD, *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*, mimeo, p. 1.

os juristas portugueses Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, “a questão de desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é em grande parte resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado. Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a exceção dos ‘monopólios’ naturais e com as limitações derivadas das exigências incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade”.¹⁰⁶

Com efeito, o Tratado de Roma (com as posteriores alterações) prevê, exatamente, a *livre concorrência* como o princípio a ser seguido pelos países da União Européia. O artigo 86, 2º. (antigo art. 90, 2º.) permite, contudo, a não aplicação cabal das regras de concorrência aos serviços de interesse geral quando isto possa comprometer as finalidades de interesse público que lhe foram confiadas. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia vem confirmando esta equação, o que, se por um lado, **reforça a incidência do direito da concorrência nos setores regulados**, por outro, **mantém viva a noção material de serviço público** concernente à realização dos interesses sociais.¹⁰⁷

A Comissão Européia tem exigido que as medidas de restrição à concorrência sejam suficientes à consecução das missões a que correspondem. Dizendo de outro modo, deve haver **proporcionalidade** entre o sacrifício que leva à aplicação restrita do antitruste e a finalidade almejada.¹⁰⁸

Com efeito, a noção de *proporcionalidade* contribui para a verificação dos limites das exceções concorrenciais eventualmente impostas pelas agências reguladoras brasileiras, tanto nos casos dos serviços prestados em regime público como no regime privado. O *princípio da proporcionalidade*, na abordagem dispensada pela moderna doutrina constitucionalista, funda-se

¹⁰⁶ Maria Manuel Leitão MARQUES e Vital MOREIRA *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos*, 1999, p. 21. Online. Disponível na Internet: <http://www.fd.pt>

¹⁰⁷ Maria Manuel Leitão MARQUES, cita os famosos casos, envolvendo serviços de Correio (*Corbeau*) e outro sobre a distribuição de eletricidade (*Commune d’Almelo*) em que o “Tribunal permitiu que uma atividade rentável fosse mantida em exclusividade com o fundamento de que era indispensável para que a empresa dela encarregada pudesse cumprir a missão de interesse geral de que estava incumbida”. *Constituição Econômica e Integração*, 1998, p. 18. Online. Disponível na Internet: <http://www.fd.pt>

¹⁰⁸ Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., p.227.

em três pressupostos: a *adequação*, a *necessidade* ou *exigibilidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.¹⁰⁹

A *adequação* indica que a medida deve ser, realmente, eficaz ou apta ao alcance da finalidade a que se destina. Já a *necessidade* requer seja tal medida a **menos impactante** ou **menos gravosa** dentre aquelas aptas à consecução da finalidade. E a *proporcionalidade em sentido estrito* consubstancia-se no nexó relacional existente entre a medida e o fim buscado (justa medida), de forma que o meio utilizado não pode ser aceito se extremamente excessivo, apesar de preencher os requisitos de adequação e necessidade. Uma vez preenchidos estes pressupostos, as restrições regulatórias à concorrência devem ser consideradas legítimas.

No caso específico dos serviços regulados prestados em *regime privado*, ou seja, nos quais não se fazem presentes obrigações “rígidas” como universalização e continuidade, o controle das medidas de restrição à concorrência deve ser ainda mais intenso. Acresce-se, neste âmbito, ao critério da proporcionalidade, o *princípio da mínima intervenção estatal na vida privada*, acolhido, v. g., pela Lei Geral de Telecomunicações (art. 128).¹¹⁰ As medidas restritivas só se justificam por motivo de carências tecnológicas – como limitação de recursos hídricos para exploração hidrelétrica ou ausência de espectro de radiofrequência suficiente para a prestação de serviço de telecomunicações, bem como em face de questões ambientais, ou ainda, quando o excesso de competidores possa comprometer a própria prestação do serviço em questão.

Neste cenário, a dúvida que ainda persiste é concernente à possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras que, por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção, sejam, portanto sem razão, contrários à concorrência.

6. A Análise de Atos Regulatórios pelo CADE e Outros Mecanismos de Atuação nos Setores Regulados

O tema da possibilidade de censura, pelo CADE, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, primeiramente, a questão da aplicabilidade da Lei 8.884/94 às autoridades públicas.¹¹¹

¹⁰⁹ Consultar, especialmente, a obra de Willis Santiago GUERRA FILHO, *Teoria Processual da Constituição*, Celso Bastos Editor, 2000.

¹¹⁰ Sobre o princípio da mínima intervenção, consultar Carlos Ari SUNDFELD, *Direito Administrativo Ordenador*, 1^a.ed., 2^a. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 69-72.

¹¹¹ Vale aqui transcrever a indagação de Ana Maria Nusdeo: “caso o CADE no exercício de suas funções de repressão às práticas anticoncorrenciais e de controle de atos

Já em 1968, Alberto Venancio Filho registrava, a respeito do alcance da lei antitruste vigente à época (Lei 4.137/62), que “o âmbito de aplicação da Lei, no caso brasileiro, é o mais amplo possível, abrangendo, mesmo, o setor público”¹¹². Com o fortalecimento da concorrência e o advento da Lei 8.884/94, seria, no mínimo, um retrocesso considerar que o raio de abrangência da Lei limita-se à esfera privada – como alguma doutrina sustenta.¹¹³

Os princípios da ordem econômica, presentes no artigo 170 da Constituição, alcançam todos os setores da economia e têm como destinatários tanto agentes privados como os agentes públicos. Não por outra razão, a própria Lei 8.884/94, em seu artigo 15, estabelece que seu texto é aplicável a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica.

De mais a mais, os artigos 20 e 54 da Lei da Concorrência que tratam, respectivamente, da competência repressiva e preventiva do CADE, são genéricos e não fazem distinção quanto a situações advindas de um ou outro setor da economia (“*os atos, sob qualquer forma manifestados*”), o que confirma que albergam a economia como um todo.

Considerando-se, por conseqüência, a Lei da Concorrência aplicável às agências reguladoras, é preciso saber como o CADE se relaciona com estes entes no que toca, especificamente, à possibilidade de revisão ou supressão de atos regulatórios. Para Ana Maria Nusdeo, “no Direito Brasileiro não há atribuição de competência à autoridade antitruste para apreciar leis e atos normativos em tese, emitidos por outros entes governamentais, para verificação de sua compatibilidade com a manutenção da livre concorrência”. A autora cita o exemplo da Lei Antimonopólio sul-coreana, na qual haveria tal previsão.

Por outro lado, a própria Lei da Concorrência prevê em seu artigo 7º, inc. X, que o CADE poderá requisitar dos agentes públicos as medidas necessárias ao cumprimento da Lei. Este comando, entretanto, tem suscitado

de concentração, entendesse, diante de situações concretas, que as normas emitidas pelas agências reguladoras, no âmbito de sua prerrogativa de definição da estrutura dos mercados privatizados em abstrato ou de regulação de interconexões e uso de infra-estrutura alheia pelos prestadores de serviços, são prejudiciais à concorrência, poderia censurá-las?”. “*A Regulação e o Direito da Concorrência*”, *Direito Administrativo Econômico*, Carlos Ari Sunfeld (coordenador), Malheiros, São Paulo, 2000, pág. 184.

¹¹² Alberto VENANCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 298.

¹¹³ Fabio Ulhôa COELHO, *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 41.

distintas interpretações. Para o ex-conselheiro Antonio Fonseca, citado pelo também ex-conselheiro Mércio Felsky no caso da privatização da GEC, “se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração *lato sensu* à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei (art. 7º, inc. X), após simples procedimento de apuração ou verificação da infração, ou ainda de qualquer providência administrativa.”¹¹⁴

Gesner de Oliveira, diferentemente, parece atribuir interpretação mais ampla ao artigo 7º, inc. X, do que a oferecida por Antônio Fonseca, para ele “o papel de fiscal da competição junto ao setor público (que frequentemente é responsável pela distorção de mercado) ficou enfraquecido na proposta. Atualmente o CADE pode requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal o cumprimento da lei de defesa da concorrência (inciso X, art. 7º. da Lei n° 8,884/94). A nova agência, sempre por intermédio do diretor-geral tão atento às atividades do setor privado, poderia apenas orientar os órgãos da administração pública quanto às medidas necessárias”.¹¹⁵

É possível identificar na jurisprudência do CADE vários julgados que indicam a possibilidade de que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho. Na já citada decisão no processo administrativo envolvendo transporte de passageiros e de carga de Minas Gerais, o ex-conselheiro Marcelo Calliari afirma que “pode o CADE atuar em questões que envolvam regulamentação estatal, devido a expresse dispositivo da Lei 8.884/94”. Para tanto, embasa sua argumentação na teoria norte-americana da *state action doctrine*, que, segundo Calixto Salomão Filho, só há isenção anti-truste quando a decisão ou regulamentação é tomada em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação.¹¹⁶

Outra importante decisão do CADE, neste sentido, foi na Averiguação Preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC.¹¹⁷ Neste caso, entendeu a ex-conselheira Lúcia Helena Salgado que se tratava “de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulató-

¹¹⁴ Ato de Concentração n° 08000.021008/97-91.

¹¹⁵ *Concorrência...*, ob. cit., p. 205.

¹¹⁶ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, p. 202.

¹¹⁷ Averiguação Preliminar n° 08000.025952/96-54.

ria, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão".¹¹⁸

O problema é recorrente também, especialmente, no direito comunitário europeu. Neste caso, a questão se resolve com base no **princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito dos Estados**. Sendo assim, leis e regulamentos que ensejam situações concretas contrárias à concorrência podem ter seus efeitos suspensos pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

A questão também é atual na Espanha. Para Santiago Muñoz Machado, "las decisiones del Tribunal de la Competencia en relación con los reglamentos y actos administrativos contrarios al Derecho de la competencia sitúan una nueva instancia de control de la actividad de la Administración que se suma a las tradicionales vías de recurso frente a los actos".¹¹⁹

Com efeito, a doutrina espanhola divide-se quanto à possibilidade ou não da revisão, pelo Tribunal de Defesa da Concorrência da Espanha, dos casos em que **leis** engendram circunstâncias anticoncorrenciais. Para José María Baño León, "esto supondría establecer una jerarquía entre las leyes incompatibles con nuestro sistemas de fuentes".¹²⁰ O autor critica a tentativa de trazer para o direito interno espanhol as soluções idealizadas para o direito comunitário.¹²¹ Entretanto, o mesmo autor reconhece que, porém, não é tão simples a questão quando se trate de norma editada com base em **competência regulamentar** – no caso de entes que recebem da lei certo grau de autonomia.¹²²

Para Santiago Muñoz Machado, a decisão do Tribunal pode declarar a *nulidade* do ato ou regulamento correspondente, mas também adotar medidas cautelares, *ordens de cessação* da atitude anticompetitiva e, até mesmo, *indicações* sobre o comportamento a ser seguido no futuro.¹²³ Este autor legitima este controle, exatamente, na constatação de que o Tribunal de Defesa da Concorrência espanhol é um órgão administrativo especializado que fiscaliza

¹¹⁸ Consultar também a conhecida decisão à consulta sobre a *Guerra Fiscal* de lavra do ex-conselheiro Marcelo Calliari. On line. <http://www.cade.gov.br>

¹¹⁹ Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., p. 209.

¹²⁰ Jose Maria Baño LEON, *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas em el Derecho Español de la Competencia*, Madrid, 1996, p. 150.

¹²¹ Idem, p. 151.

¹²² Idem, p. 150.

¹²³ Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., pp. 209-210.

a economia como um todo, sendo responsável pela adequação das decisões administrativas à Lei da Concorrência.¹²⁴

Duas situações precisam, assim, ser diferenciadas. Primeiro, a hipótese do texto de uma lei qualquer estabelecer determinada situação que gera distorções concorrenciais e, outra, em que o estabelecimento de tais restrições dá-se por meio de regulamentos administrativos – veículos da regulação setorial. Interessa-nos, aqui, a segunda hipótese.

Não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências. Ora, se as leis setoriais não adotam a isenção antitruste¹²⁵, já que reconhecem a competência do CADE, por que não poderia um ato infralegal contrário à Lei 8.884/94 ser suspenso ou de alguma forma censurado pelo Conselho – o qual tem o *dever* de aplicar referida Lei?

É até admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas. Mas, reconhecer que o exercício de poder regulamentar seja exercido ao arpejo da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma – o que representa uma teratologia com base no ordenamento jurídico pátrio.¹²⁶

Assim, parece bastante razoável que, utilizando-se critérios de *proporcionalidade* e de *intervenção mínima na vida privada*, o CADE use os meios necessários para repreender a prática de tais atos. Entretanto, esta atuação do CADE deve ser muito ponderada, não sendo admissível interpretar o arcabouço normativo setorial de maneira a provocar distorções e arbitrariedades.¹²⁷

¹²⁴ Santiago Muños MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, ob. cit., pp. 209-210.

¹²⁵ As teorias da *state action doctrine* e da *pervasive doctrine* ressaltadas por Calixto SALOMÃO FILHO pressupõem a previsão legal *a priori* das hipóteses de isenção (substituição da competição da regulamentação) que, se não ocorrem de maneira clara e expressa, devem ser consideradas inexistentes. *Direito Concorrencial...*, ob. cit., p. 205.

¹²⁶ Reforça ainda esta tese o fato de que a decisão do CADE não afasta o controle efetuado *ex post* pelo Judiciário, como decorre de norma constitucional (art. 5º, LV, da CF).

¹²⁷ Para Celso Campilongo no voto sobre o caso *Directv X Globo*: “ em setores de rápido avanço tecnológico, como é o caso das telecomunicações, a exigência de um aparato regulatório prospectivo, veloz e dinâmico – que, entre nós, vêm sendo desenhado pelo modelo das agências regulatórias – não pode ficar à mercê, no âmbito da própria Administração, da discricionariedade de terceiros na descoberta de critérios,

Desta forma, considerando-se que a interpretação do artigo 7º., inc. X, da Lei da Concorrência ainda não é pacífica na doutrina, cabe ao projeto de reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência oferecer tratamento à questão, criando, inclusive diretorias ligadas aos setores de infraestrutura, para acompanhamento constante das medidas adotadas pelas agências reguladoras.¹²⁸

Ao lado do controle administrativo pelo CADE dos atos das agências, outro importante mecanismo de defesa da concorrência constitui-se na possibilidade de contestação judicial de posturas regulatórias que contrariem o direito antitruste. Para Ana Maria Nusdeo, “sendo o CADE uma autarquia, tendo personalidade jurídica própria e sendo estruturado para a realização de atividades determinadas, é possível o seu ingresso em juízo para defender as condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral.”¹²⁹ Tal demanda judicial estaria baseada na atribuição do CADE de zelar pela observância da Lei 8.884/94 (art. 7º, inc. I). Entretanto, o ideal seria, primeiramente, a articulação “pacífica” com o ente setorial, para, só depois, cogitar do acesso ao Judiciário. Esta tarefa depende também de melhor aparelhamento do CADE para que possa acompanhar, permanentemente, os mercados regulados.

Outra importante questão é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial. A jurisprudência do CADE, sobre esta questão, tem admitido uma *competência residual* em matéria de regulação.

Na representação movida por CEBRACAN contra RODONAL, o CADE entendeu que haveria competência residual para a aplicação do Direito da Concorrência quando a regulamentação fosse deficiente. Embora longa, vale citar parte do interessante voto vogal do ex-conselheiro Antônio Fonseca: “institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Departamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era mar-

teleologias ou analogias que o próprio regulador não fez ou, o que é ainda mais grave, expressamente rechaçou.” Processo Administrativo nº 53500.000359/99.

¹²⁸ Sobre a questão da criação de tais diretorias, consultar Gesner de OLIVEIRA, *Concorrência...*, ob. cit.

¹²⁹ *Direito Administrativo Econômico*, ob. cit., p. 185.

cadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência. Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma **competência residual da agência de concorrência**, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e **pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação**".¹³⁰

Sendo assim, diante de regulamentações que podem trazer graves prejuízos à concorrência e, por conseguinte, aos interesses da coletividade, bem como no caso de inexistir regulamentação necessária à realização desta finalidade, tem-se por admissível o preenchimento destas imperfeições pelo CADE – que deverá atuar somente em hipóteses excepcionais e diante de problemas concretos que lhe são trazidos.¹³¹ Aliás, deve ser preservada a competência precípua do CADE de adjudicação da concorrência.¹³² O ideal mesmo é atribuir ao Conselho os instrumentos necessários para a melhor operacionalização desta tarefa. Ainda que *amplos e genéricos*, estes instrumentos são imprescindíveis para a aplicação do direito da concorrência em mercados regulados. Do contrário, havendo clara e irrestrita atribuição de regulamentação ao CADE, todo sofisticado modelo de regulação setorial estaria posto em

¹³⁰ Representação 07/93.

¹³¹ Neste sentido, a já referida decisão do Conselheiro Celso Campilongo no *caso comgás*: “Seria legítimo e até legal, se assim fosse, que, **nos espaços deixados em aberto pelo processo de regulamentação do setor – por delegação legal, incompletude, omissão ou incoerência da opção regulatória – a aplicação da Lei 8.884/94 oferecesse os parâmetros para uma melhor funcionalização da estrutura essencial em questão**”. Destacou-se.

¹³² Consultar, neste sentido, a votação unânime do CADE sobre o *caso Santander-Patagon*, em que ficou bem demonstrada a distinção entre *regulação*, que se caracteriza em mecanismo prospectivo de produção de regras gerais e abstratas, e a *adjudicação da concorrência* que se trata de julgar atos concretos trazidos por problemas específicos de concentrações e condutas. Ato de Concentração N° 08012.007435/00-02. Conferir também *caso Finasa* já citado.

jogo. Uma possível nova legislação da concorrência deve, assim, sistematizar e procedimentalizar adequadamente esta competência de *regulamentação residual*.

Com efeito, vale também destacar como eficaz instrumento de atuação do CADE, nestes setores, a possibilidade de adoção de *medida cautelar* para afastar a ocorrência de prejuízo ou dano irreparável à concorrência no setor correspondente (art. 45 da Lei 9.784/99 c/c os arts. 9^o, III e IV e 83 da Lei n^o 8884/94) . Este mecanismo tem fundamental importância em face da possibilidade de ineficácia da atuação do CADE por meio dos trâmites tradicionais do controle de condutas e das concentrações, já que são setores muito concentrados e que apresentam rápidas mutações mercadológicas e tecnológicas. Trata-se de uma ação **ultra-preventiva**, podendo-se dizer que previne na repressão (condutas) e na prevenção (estruturas).

O CADE já fez uso da *medida cautelar* no *caso MCI – Sprint*, em que as empresas que apresentaram proposta de fusão tinham participações acionárias nas únicas prestadoras de serviços de telefonia fixa, concorrentes entre si, no país (longa distância nacional inter-regional e longa distância internacional). Para a relatora, ex-conselheira do CADE, Lúcia Helena Salgado, a operação poderia comprometer *irreversivelmente* a concorrência, já que possibilitaria aos concorrentes, através de seus controladores, conhecerem mutuamente suas estratégias comerciais.¹³³

Outro problema merecedor de redobrada atenção pelo CADE diz respeito ao controle concorrencial dos monopólios naturais¹³⁴ sobre bens de acesso, é dizer, sobre “bens cuja utilização depende a possibilidade de poder concorrer naquele mercado”¹³⁵.

Esta atuação pressupõe, entretanto, uma postura mais ativa do Conselho, visto que se trata de limitar o direito de propriedade tendo em vista sua função social. Não apenas punir, mas impor também parâmetros pelos quais

¹³³ Ato de concentração: 08012.005846/99-12.

¹³⁴ Cláudio FURTADO, Arthur BARRIONUEVO (e outros), citando Viscusi, Vernon e Harrington, definem tal situação como aquela em que “ ‘a produção de um bem ou serviço particular por uma única firma minimiza o custo.’ Ou seja, existem retornos crescentes de escala – portanto custos médios totais declinantes – até o ponto em que um preço que iguala o custo médio atende a toda demanda do mercado.” *Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Concorrência e da Teoria Econômica*, São Paulo, ABTA, 2001, p. 15.

¹³⁵ Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica*, ob. cit., p. 60. Destacou-se.

as relações negociais entre o detentor da *essential facility*¹³⁶ e os concorrentes atuais e potenciais devem-se pautar.

Para Calixto Salomão Filho, “*a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta a tal questão*”.¹³⁷ Porém é preciso lembrar que sob o prisma constitucional e legal, uma postura mais ativa do CADE, neste caso, não só é possível como obrigatória. A função social da propriedade é princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, inc. III), além do que, como determina a própria Lei 8.884/94, a atuação do CADE deve ser orientada por tal princípio (art. 1º, *caput*).

Vale realçar que, de certo modo, as próprias agências cuidam de regulamentar a questão do compartilhamento, existindo inclusive Comissão Conjunta composta pelas Agências Reguladoras (Anatel, ANP e ANEEL) para dirimir conflitos entre prestadoras de setores distintos (Resoluções Conjuntas nº 01 e nº 2). Porém, isto não afasta a atuação do CADE, já que conflitos envolvendo compartilhamento trazem repercussões à economia como um todo, influenciando a concorrência em diversas etapas da cadeia produtiva e afetando grande número de consumidores.¹³⁸ Como salienta Gesner de Oliveira, “os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por exemplo, se valem cada vez mais de redes comuns, *exigindo coordenação e critérios gerais de respeito à competição, e não regulações específicas*”.^{139 140}

7. Conclusão

¹³⁶ Antonio Fonseca no Ato de Concentração 54/95, sobre a doutrina norte-americana das *essential facilities*, asseverou que “aplicada sensatamente a doutrina deve satisfazer três condições básicas: o acesso à facilidade deve ser realmente essencial e não meramente conveniente ou menos dispendioso: a justificação do monopolista para negar ou restringir o acesso deve ser levada na devida conta; e se o acesso é de rigor, o concorrente tem que arcar com os custos necessários ao acesso, em condições não menos favoráveis.”. DUTRA, Pedro, *A Concentração do Poder Econômico*, vol. 2, São Paulo, Renovar, p. 1.426.

¹³⁷ Idem, pp. 51-52.

¹³⁸ Como esclarece Calixto SALOMÃO FILHO, “um contrato de interconexão firmado entre o detentor de uma rede fixa de telecomunicações e aqueles concorrentes que a ela precisam se interconectar influencia a esfera de milhares de consumidores e outros tantos concorrentes existentes e potenciais. Idem, ob. cit., p. 69.

¹³⁹ “*Regime Especial para os Bancos?*”, Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.

¹⁴⁰ Esta questão, não há dúvida, demandaria a realização de monografia a parte, porquanto extremamente interessante, mas também densa e complexa.

Um dos maiores desafios da atualidade do Direito Econômico parece ser a identificação de paradigmas que traduzam, concretamente, a moderna relação do Estado com a economia.

Com efeito, exemplo desta nova dinâmica é a difícil identificação das fronteiras entre regulação e concorrência tratada neste trabalho. Se por um lado, o direito antitruste pressupõe certa margem de liberdade para a sua efetividade, de outro, a moderna regulação ocupa um espaço que não se sabe ainda claramente precisar. Soma-se a esta dificuldade a tendência de convergência tecnológica entre serviços de setores diversos, o que, se, por um lado, torna ainda mais incerta a relação entre regulação e concorrência, demonstra a *necessidade de tratamento global das questões regulatórias*.

Por esta razão, o CADE deve ser fortalecido neste processo, uma vez que tem como objetivo tutelar a economia como um todo. No entanto, a Lei 8.884/94, embora tenha representado uma nítida evolução na matéria concorrencial, não foi concebida para enfrentar os problemas aqui referidos, já que anterior às transformações descritas. Verifica-se, neste contexto, nítida insegurança quanto ao sentido e alcance dos dispositivos da Lei com relação aos setores regulados.

Portanto, o grande desafio é o de situar corretamente o CADE neste novo cenário. Para tanto, é imprescindível a atribuição ao Conselho de múltiplos mecanismos de atuação no setor regulado, de modo a promover, também, uma interpenetração saudável entre uma e outra esfera. Entretanto, esta atuação deve-se dar em respeito às demais exigências peculiares de cada setor, nomeadamente, a universalização e continuidade dos serviços.

Como salientam Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, sobre a adoção da concorrência como princípio geral, “resta saber se isso basta para continuar a garantir aos cidadãos a segurança e o bem-estar social que os serviços públicos tradicionais visaram assegurar e para continuar a justificar a designação de ‘Estado social’ que constitui a principal característica do Estado na Segunda metade do século XX”.¹⁴¹

Bibliografia

OCDE, *Mergers In Financial Services*, Capturado em 25 de mar. 2001, Online. Disponível na Internet <http://www.ocde.org>

¹⁴¹ Ob. cit., p. 21.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO, 1999, Brasília, CADE – Publicação Interna. 422p.

AZEVEDO MARQUES, Floriano. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos”, mimeo.

_____ “Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural”, Revista do Ibrac, São Paulo, volume 8, n° 4 de 2001.

BARRIONUEVO, Arthur (e outros). “Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Concorrência e da Teoria Econômica”, São Paulo, ABTA, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, “Agência da Concorrência e Agências Reguladoras”. O Estado de São Paulo, São Paulo, 01 de jan. 2001, p. A2.

_____ *Direito e Democracia*, 2^a ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 2000.

_____ *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2000.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodriguez , “Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

COELHO, Fabio Ulhôa, “Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste”, São Paulo, Saraiva, 1995

CREMADES, Javier (coord..) “Derecho de las Telecomunicaciones”, La Ley-Actualidade.

DUTRA, Pedro, “A Concentração do Poder Econômico”, vol. 2, São Paulo, Renovar.

_____ “Órgãos Reguladores Futuro e Passado”, Revista de Direito Econômico, Brasília, 24, julho/dezembro de 1996, p. 62.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, “Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade”, Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 8, n° 35, novembro-dezembro de 2000.

FORGIONI, Paula A., “Os Fundamentos do Antitruste” São Paulo, Editora RT, 1998.

GRAU, Eros Roberto GRAU, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, São Paulo, Malheiros, 5^a ed., 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Teoria Processual da Constituição”, Celso Bastos Editor, 2000.

- LEON, Jose Maria Baño, “Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas em el Derecho Español de la Competencia”, Madrid, 1996.
- MACHADO, Santiago Muños “Servicio Público y Mercado”, v. 1, Madrid, Civitas, 1998.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos”, 1999. Online. Disponível na Internet: <http://www.fd.pt>
- _____ “Constituição Econômica e Integração”, 1998. Online. Disponível na Internet: <http://www.fd.pt>
- MAZZUCATO, Paolo Zupo. “Do Conflito de Competência na Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional”, Revista do IBRAC, São Paulo, Ed. Singular, v.8, n° 02, maio de 2001.
- MORENO, Alfonso Perez (Org.), “Administración Instrumental”, Madrid, Civitas, 1994.
- MOREIRA, Vital. “A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública”, Coimbra, Almedina, 1997.
- OLIVEIRA, Gesner. “CADE 35 Anos” Brasília, Revista de Direito Econômico, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 26, 1997.
- _____ “Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo”, São Paulo, Saraiva, 2001.
- _____ “Globalização, Abertura e Concorrência”, Brasília, Revista de Direito Econômico, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 23, 1996.
- _____ “Regime Especial para os Bancos?”, Gazeta Mercantil, São Paulo, 08 de maio de 2001, Opinião Econômica.
- PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz, “Agências Reguladoras e Defesa da Concorrência”, *Revista do IBRAC*, São Paulo, Ed. Singular, v.8, n° 02, maio de 2001.
- PINHEIRO, Luís Felipe Valerim “O Processo Administrativo e as Agências Reguladoras”, mimeo.
- _____ “As Telecomunicações e o Desafio da Concorrência”, Gazeta Mercantil, São Paulo, agosto de 2001, Legal e Jurisprudência, p.2.
- ROCHA, Bolívar Moura “Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência”, Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 5, n° 7, 1998, p. 47.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial - As Estruturas”, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

- _____ “Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)”, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). “Direito Administrativo Econômico”, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- _____ “Direito Administrativo Ordenador”, 1^a.ed., 2^a. tiragem, São Paulo, Malheiros, 1997.
- _____ “O CADE e a Competição nos Serviços Públicos”, mimeo.
- _____ “Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras”, mimeo.
- TESAURO, Giuseppe e D’ ALBERTI, Marco (coordenadores), “Regolazione e Concorrenza”, Editora Il Mulino, Bologna”, 2000.
- VENANCIO FILHO, Alberto, “A Intervenção do Estado no Domínio Econômico”, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

PÓS GRADUAÇÃO

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PRÁTICAS TRANSNACIONAIS E COOPERAÇÃO NO ÂMBITO DO MERCOSUL E ALCA

*Carolina Spack Kemmelmeier**

Sumário:

Introdução. 1. Integração regional e defesa da concorrência. 1.1 O Mercosul e a defesa da concorrência. 1.2 A Alca e a defesa da concorrência. 2. O problema das práticas anticompetitivas transnacionais. 3. A cooperação entre órgãos ou autoridades de defesa da concorrência. 3.1. A cooperação em relação às demais soluções propostas. 3.2. A cooperação e suas fases. 3.2.1. Cooperação bilateral, regional e multilateral. 3.2.2. Convênios de cooperação suave ou de primeira geração e cooperação de segunda geração. 3.3 A cooperação entre autoridades de defesa da concorrência. 3.3.1. No Mercosul. 3.3.2. Na Alca. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

Resumo:

O presente trabalho terá como centro o problema das práticas anticompetitivas transnacionais e os desdobramentos que essas acarretam para a defesa da concorrência dentro de um espaço de integração regional, mais especificamente para aqueles do qual o Brasil faça parte, quais sejam o Mercosul e a futura área de livre comércio das Américas. A partir dessas considerações, será analisada a solução que se propõe através da cooperação entre agências ou autoridades nacionais encarregadas da defesa da concorrência que façam parte desse novo espaço econômico e sua contribuição para a concorrência e para a própria integração.

Introdução:

A parte final do século XX foi pontuada por uma série de alterações econômicas, políticas e sociais no cenário internacional. Como reflexo dessas tem-se um incremento na liberalização do comércio, a formação de blocos regionais e o acirramento da competitividade entre agentes econômicos.

Esse trabalho terá como objetivo relacionar fenômenos diretamente ligados aos reflexos acima mencionados, quais sejam, as práticas transnacio-

* Aluna de pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL

nais nocivas à concorrência e a consolidação de espaços econômicos integrados dos quais o Brasil faça parte. Estabelecidas essas relações, pode-se passar ao estudo da cooperação entre órgãos de defesa da concorrência como resposta para coibir referidas práticas prejudiciais e sua contribuição para a consolidação da defesa da concorrência nesses blocos regionais.

Para tanto, a exposição que se segue será dividida em três partes. A primeira delas versará sobre a integração regional, com especial enfoque para o Mercosul e Alca, blocos que envolvem diretamente o Brasil, e sobre o papel que a concorrência desempenha nesse processo. A parte seguinte cuidará das práticas transnacionais e de sua capacidade para prejudicar a livre concorrência e o desenvolvimento dos blocos regionais; e em terceiro lugar, será objeto de estudo uma das respostas proposta para esse problema, qual seja, a cooperação entre agências de defesa da concorrência e sua aplicabilidade no Mercosul e Alca.

Integração regional e defesa da concorrência

O sistema econômico mundial tem sido marcado por recentes e profundas alterações que são expressas basicamente através de dois fenômenos diretamente interligados: a globalização e a integração regional.

A primeira pode ser entendida como a tendência à utilização, pelas empresas, de recursos produtivos e métodos de produção que ultrapassem as fronteiras nacionais, reforçando-se assim a interdependência entre os Estados¹⁴². Decorrem diretamente desse fenômeno o crescimento do comércio mundial e o acirramento na competitividade internacional.

A integração regional, por sua vez, é expressão que se refere ao “empenho institucionalizado dos governos (...) em promover vínculos entre mercados, reduzindo progressivamente as barreiras ao comércio de bens e serviços e a circulação dos fatores de produção, como também na harmonização das políticas nacionais.”¹⁴³.

Observa-se que esses blocos regionais surgem como uma resposta politicamente organizada à globalização, buscando, através de um compromisso formal entre diversos Estados, assegurar-se uma maior estabilidade econômica e melhor inserção de seus integrantes nesse novo cenário mundial.

¹⁴² Conforme Reis, Geraldo Antonio dos e Barral, Welber. *Globalização e Concorrência Predatória. Mercosul no Cenário Internacional. Direito e Sociedade*, v. II, org. Pimentel, Luis Otávio. Curitiba: Juruá, 1998, p. 230

¹⁴³ Seers, Dudley *apud* Oliveira, Odete Maria de. *União Européia: Processos de Integração e Mutação*, 1ªed., Curitiba: Juruá., 1999, p. 30.

Esses processos de integração tradicionalmente podem adotar as seguintes formas: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum.¹⁴⁴ Não cabe no presente trabalho uma análise detida desses estágios, todavia, para os fins dessa exposição é interessante notar que em todas essas etapas faz-se presente a livre movimentação de bens, que, posteriormente, pode ou não, estender-se aos serviços, capitais e pessoas.

Essa liberalização ou abertura comercial entre os Estados que compõem um bloco regional, que é o traço marcante desse fenômeno, é feita basicamente através da remoção das barreiras tarifárias e não tarifárias. Entretanto tem-se notado que essa medida não é suficiente para assegurar um perfeito desenvolvimento desses processos de integração, nem tão pouco para assegurar o principal objetivo desse processo, ou seja, o aumento no nível de desenvolvimento e bem-estar de seus Estados-Membros e cidadãos.¹⁴⁵

Assim sendo, percebe-se a necessidade de adoção conjunta de outros mecanismos que venham a assegurar a manutenção dos benefícios resultantes da criação de um espaço econômico integrado. Entre esses mecanismos se encontra a defesa da concorrência pois “as vantagens decorrentes do afastamento das restrições e obstáculos tarifários, fronteiras internas etc, estariam seriamente comprometidas se não houvesse um maior controle na aplicação dos acordos, atividades das empresas e condutas dos Estados-Membros através de uma Política Comum de Competência.”^{146,}

Ainda, sobre o papel da livre concorrência em um contexto de regionalização é interessante notar que esses movimentos baseiam-se em uma economia de mercado, e tal sistema pressupõe a idéia de uma economia competitiva e, conseqüentemente, o asseguramento e a valorização desse princípio.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Atualmente, devido ao avanço ocorrido na União Européia, já se acrescentam dois novos estágios à integração regional: união econômica e união total ou união econômica e política. Maiores detalhes sobre essas etapas da integração podem ser encontrados em OLIVEIRA, Odete Maria de, *op. cit.*, pp 36-40.

¹⁴⁵ Tais objetivos encontram-se expressos em diversos dos tratados constitutivos de blocos regionais. A título de exemplo, tem-se no caso do Mercosul, o disposto no Preâmbulo do Tratado de Assunção que assim expressa sua finalidade maior: *a modernização de suas economias para ampliar a oferta e qualidade dos bens de serviço disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes.*

¹⁴⁶ Oliveira, Odete Maria de. *op. cit.*, p. 252

¹⁴⁷ Nesse sentido tem-se Galan, Juan Ignacio Font *apud* Faria, Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Seus efeitos jurídicos,**

Percebe-se assim que a concorrência e as normas que versam sobre a sua proteção, ou seja, a legislação *antitrust*, apresentam um papel fundamental dentro de um contexto integracionista, vez que, é preciso que os benefícios da liberalização comercial não sejam minados pela ocorrência de práticas anticompetitivas, possibilitando-se, assim uma eficiente distribuição dos recursos, o progresso técnico e uma melhor participação das empresas dos países envolvidos na economia internacional.

Os condutores dos movimentos de integração, tem-se mostrado conscientes acerca da importância que a livre concorrência apresente em um bloco regional. Tanto é assim que esse tema é constantemente encontrado como objeto de considerações por parte desses¹⁴⁸. Nesse sentido, destaca-se o exemplo da União Européia - um verdadeiro marco em matéria de integração e concorrência – que de longa data apresenta regras supranacionais a respeito dessa matéria, bem como, notáveis decisões proferidas pelo seu Tribunal de Justiça¹⁴⁹.

Especificamente, no continente americano, os movimentos integracionistas ali presentes, como Mercosul, Nafta, Pacto Andino, Grupo dos Três, entre outros, também trazem em seus documentos, cada um a seu modo, previsões a respeito da concorrência e de sua importância para bom desenvolvimento de suas atividades¹⁵⁰.

econômicos e políticos nos Estados-Membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 85

¹⁴⁸ Tamanha é a importância do tema concorrência para os blocos regionais, notadamente os que aspiram a constituição de um mercado comum, que esse, em que pese certa divergência doutrinária é incluído por diversos autores como uma das liberdades essenciais para a sua caracterização. Maiores detalhes sobre essa questão são encontrados em Jaeger Junior, Augusto. Mercosul e Liberdade de Concorrência. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 11, p. 25, dez./2000. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

¹⁴⁹ Vários são os autores que com grande propriedade analisam a questão da concorrência no âmbito da União Européia, tais como, OLIVEIRA, Odete Maria de, *op cit.*; VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993; CELLI JUNIOR, Umberto. **Direito da Concorrência no Mercosul. Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul**, 1ª ed., São Paulo: LTr, pp. 106-123, 1996.

¹⁵⁰ Maiores detalhes a respeito dessas previsões podem ser encontrados no Inventário de los acuerdos, tratados y otros arreglos sobre políticas de competencia existentes en el hemisfério occidental, disponível na Internet através do site http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_p.asp

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, a seguir serão analisados especificamente alguns dos aspectos mais elementares sobre o tratamento da concorrência em dois desses processos integracionistas, - Mercosul e Alca – em razão do Brasil, por sua condição de Estado-Membro, estar diretamente ligado a esses.

1.1.O Mercosul e a defesa da concorrência

O Mercosul, conforme exposto no art. 1º do Tratado de Assunção, estabeleceu como objetivo a ser alcançado a integração entre seus países-membros através da constituição de um mercado comum com livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos.

Tendo em vista esse objetivo, decidiu-se ser necessária, a exemplo do que ocorreu na União Européia, a constituição de uma política comum *antitrust* e a regulamentação da defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. Entre as várias medidas versando sobre essa matéria sobressai-se o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul¹⁵¹, elaborado através da Decisão de n.º 18/96 no dia 16 de dezembro de 1996, que no momento trata-se de direito *in fieri* pois ainda não se encontra em vigência¹⁵².

Tem ele por objeto a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, e as suas regras aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul, e que afetem o comércio entre os Estados Partes¹⁵³.

Em que pese o valor desse Protocolo para a defesa da concorrência no Mercosul, em razão da estrutura intergovernamental por ele adotada, bem como, diante da ausência de uma cultura de concorrência consolidada por parte dos países que o compõem, deve-se destacar que a sua entrada em vigência não terá o condão de solucionar todos os desdobramentos que esse tema levanta para a integração regional, inclusive aqueles relacionados às praticas anticompetitivas transnacionais conforme se verá adiante¹⁵⁴.

¹⁵¹Por ter sido assinado em Fortaleza, passou a ser conhecido como *Protocolo de Fortaleza*

¹⁵² Além dessa, o tema concorrência também foi objeto das seguintes decisões do Conselho Mercado Comum: 21/94, 20/94, 2/97 (anexo ao Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul), 28/00 (que inclui a defesa da concorrência como uma das prioridades na agenda de relançamento do Mercosul)

¹⁵³ Art. 1º do Protocolo de Fortaleza.

¹⁵⁴ Sobre as várias questões relacionadas à concorrência e ao Mercosul, merece destaque SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. Defesa da Concorrência no Mercosul

1.2.A Alca e a defesa da concorrência

A Alca – Área de Livre Comércio das Américas – representa um processo integracionistas embrionário, vez que ainda se encontra em fase de negociação entre seus futuros Estados-Membros.

Seu objetivo, mais restrito que o Mercosul, é a formação de uma área de livre comércio com a livre circulação de bens. Nesse contexto, todavia, conforme já exposto anteriormente, também se faz necessária a busca de instrumentos que garantam uma competição justa entre os agentes econômicos atuantes nesse novo mercado integrado, ou seja, a defesa de concorrência.

Levando em consideração esse fato, bem como a complexidade intrínseca dessa matéria e a diversidade de posicionamentos e legislações existentes a respeito dessa questão nos países envolvidos, sua própria estrutura negociadora já prevê um Grupo voltado exclusivamente para esse assunto¹⁵⁵.

Cumprir destacar que, especificamente no caso da Alca, o tratamento da defesa da concorrência tem sua complexidade ainda mais aumentada, pois se de um lado esse projeto envolve países extremamente desenvolvidos e com notável tradição a respeito desse tema, como é o caso dos Estados Unidos, por outro lado, a livre concorrência e seu efetivo asseguramento é uma novidade para a maioria dos países que irão compor esse novo bloco regional, principalmente para os chamados países em desenvolvimento dentre os quais se encontram alguns que nem sequer possuem legislação específica a esse respeito, como ocorre com o Uruguai e Paraguai, apenas para citar exemplos mais próximos, ou ainda, outros que apenas recentemente adotaram ou reformaram suas legislações sobre essa matéria, como é o caso do Brasil e Argentina. Fato esse que corrobora ainda mais para a complexidade de tratamento conjunto dessa questão.

Diante do que foi trazido até o momento, resta clara a importância que a concorrência apresenta para a integração regional, bem como a complexidade desse tema, notadamente no interior do Mercosul e da futura Alca.

Entre as numerosas questões que podem ser levantadas dentro desse tema, abordaremos nos próximos itens do presente trabalho a necessidade de proteção do mercado integrado frente práticas anticompetitivas chamadas de

sul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo : LTr, 1998

¹⁵⁵ Sobre o Grupo de Negociação sobre Política de Concorrência e os estudos por ele realizados até o momento, esses encontram-se disponíveis na Internet através do site <http://www.ftaa-alca.oas.org>

transnacionais, extraterritoriais ou internacionais e a possibilidade de utilizar-se a cooperação entre órgãos de defesa da concorrência com mecanismo para coibi-las.

2. O problema das práticas anticompetitivas transnacionais

As transformações que vêm alterando a ordem política e econômica internacional, dentre as quais se destacam a acentuação do processo de globalização econômica e o estabelecimento de blocos regionais, encontram-se estreitamente vinculados ao crescimento do fluxo comercial internacional e ao acirramento da competitividade entre as empresas.

Com relação específica ao comércio internacional, pode-se afirmar que este vem desempenhando um papel de importância cada vez maior na economia mundial. Os dados acerca do volume dessa forma de comércio nos anos 90 atestam este fato: o comércio internacional cresceu a uma taxa de 7% em valor enquanto a taxa média do crescimento do produto industrial no mesmo período foi de apenas 3%. Nesse cenário as empresas transnacionais ocupam papel de destaque, realizando 60% - mais da metade – das exportações mundiais¹⁵⁶.

Nesse cenário, torna-se cada vez mais comum que as empresas, principalmente as que atuam em diversos países, chamadas de transnacionais ou multinacionais, se utilizem de práticas nocivas à concorrência que afetem outros mercados, diversos daquele em que estão instaladas, ou seja, que se tenha as chamadas práticas anticompetitivas transnacionais, transfronteiriças, extraterritoriais ou internacionais¹⁵⁷.

Nesse mesmo sentido, tem-se a observação feita por Brittan e van Miert:

O número e tamanho das firmas transnacionais aumentou. Há mais práticas comerciais com uma dimensão internacional do que nunca. Isso pode levar a uma aumento em práticas anticompetitivas que ultrapassam as fronteiras nacionais: cartéis com efeitos internacionais, acordos cujo efeito é a exclusão de competidores estrangeiros de uma forma injusta, abusos internacionais de posição dominante ou fusões internacionais com efeitos anticompetitivos.

¹⁵⁶ Conforme THORSENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio e as Negociações sobre Comércio, Meio Ambiente e Padrões Sociais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, n.º 42(2), p. 29.

¹⁵⁷ Nesse sentido tem-se ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A atuação do CADE no Brasil frente ao Processo de Globalização. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 7, jun./1999, pp. 75 a 83

Tais práticas podem limitar a concorrência e minar os benefícios da liberalização¹⁵⁸

Os mais costumeiros exemplos dessa modalidade de prática prejudicial à concorrência, conforme aponta Carlos M. Correa são encontrados nos chamados cartéis internacionais ou cartéis de exportação e nas fusões, aquisições ou alianças com repercussões prejudiciais à concorrência em diversos mercados¹⁵⁹.

Esse problema das práticas anticompetitivas transnacionais não é de forma algum inédito, muito pelo contrário, pois, como aponta Nora Balzarotti, já em 1911 os Estados Unidos apuraram a atuação de um cartel internacional que afetava negativamente a concorrência em seu mercado interno e optaram pela aplicação de suas normas internas para coibi-lo¹⁶⁰. Ainda mais lembrado é o caso *United States vs. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, ocorrido em 1945, que também versou sobre um cartel internacional que, embora totalmente consumado no exterior, prejudicava o mercado interno americano, caso esse que foi considerado como o grande marco para a competência internacional em matéria de concorrência¹⁶¹.

Todavia, considerando o quadro econômico específico de nossa época, no qual tem-se a intensificação da internacionalização das economias nacionais e da transnacionalização das empresas torna-se fácil concluir que torna-se bastante aumentada a possibilidade de ocorrência dessas práticas¹⁶².

Essa constatação se reflete em certas estatísticas, como por exemplo, que cerca de um terço das investigações penais em matéria de concorrência, realizadas pelo US Department of Justice, até junho de 1999, versaram sobre cartéis internacionais, envolvendo 20 países diferentes¹⁶³, ou ainda, que nesse

¹⁵⁸ Brittan and van Miert *apud* CORREA, Carlos M. Competition Law and Development Policies. **Boletim LatinoAmericano de Concorrência**, n.º 8, Set. 1999, p.20 (tradução não oficial)

¹⁵⁹ CORREA, Carlos M. *loc. cit.*.

¹⁶⁰ Nora Balzarotti, Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 10, jun./2000, p. 4

¹⁶¹ Pode-se encontrar maiores detalhes sobre esse caso em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. *op cit*, p. 154; VAZ, Isabel. Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade. **Revista do Ibrac**. v. 4, n. 6, São Paulo, 1997, p. 270.

¹⁶² Nesse mesmo sentido tem-se ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *op. cit.*, p 76.

¹⁶³ Segundo Nora Balzarotti, *loc. cit.*

mesmo país, metade das fusões que são investigadas envolvem uma empresa transnacional, ou ativos ou provas provenientes de outro país¹⁶⁴.

Essas modalidade de prática prejudicial à concorrência, guardada as devidas proporções também se faz presente no Brasil, que têm como exemplo mais notório, o caso Kolynos/Colgate, que envolvia empresas e um acordo celebrado fora do território brasileiro, mas que tendo em vista a possibilidade de ocorrência de efeitos nocivos no mercado interno nacional, foi submetido a apreciação do CADE¹⁶⁵.

Diante desses dados é possível constatar que essas práticas predatórias à concorrência estão se fazendo cada vez mais presentes em todo o mundo e que essas podem afetar, além do mercado interno de um país, o próprio mercado integrado que se forma a partir de um bloco regional, prejudicando assim a concorrência em todo o seu interior, bem como, significando um retrocesso para os próprios objetivos de maior desenvolvimento e bem-estar visados com a sua criação.

Assim sendo, surge a questão de como essas poderiam ser tratadas pelas legislações *antitrust* e pela política comum de concorrência dos blocos regionais, notadamente o Mercosul e a Alca. A respeito da dificuldade que esse problema representa para a defesa da concorrência e para o Direito, merecem destaque as observações feitas por Isabel Vaz: “A questão (...) representa uma das maiores dificuldades no campo do Direito. E tal ocorre exatamente por tratar-se de uma questão que não se submete apenas ao ordenamento jurídico de cada país ou Bloco de países, mas por desencadear a incidência de normas de Direito Internacional, e por sofrer, também e principalmente, os influxos de diferentes políticas econômicas e de injunções decorrentes do poder econômico de diferentes Estados.”¹⁶⁶

Nota-se assim, que se está diante de um tema que é atual e que traz repercussões consideráveis para a defesa da concorrência em âmbito regional. Essa questão e o modo como ela é tratada por cada país ou por um certo bloco regional, por sua vez, traz uma série de desdobramentos, como o aumento de custos de transação e existência de um estado de incerteza para empresas que operam em vários países; preferência para a instalação de empresas em países com regulamentação mais maleável em matéria de defesa da concorrência e, ainda, a possibilidade de autorização ou a tolerância, por um certo país ou

¹⁶⁴ Segundo Randolph Tritell, em *Perspectivas Econômicas*, revista eletrônica disponível na Internet em <http://www.usia.gov/journals/journals.htm>, p. 15

¹⁶⁵ Maiores detalhes sobre o caso Kolynos/Colgate podem ser encontrados em ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁶ VAZ, Isabel. *op. cit.*, p. 263

bloco, de práticas anticompetitivas, que afetem somente mercados estrangeiros. Fatores esses que também podem prejudicar a livre concorrência e a consecução de seus objetivos, tanto no interior dos países afetados, como no âmbito da integração, inclusive no que diz respeito ao Mercosul e à Alca.

Assim sendo, o desconhecimento ou a não utilização de mecanismos que se proponham a tratar desse problema, certamente implicará em efeitos danosos para o mercado e a livre concorrência de todo um bloco regional, razão essa que justifica os estudos a respeito desse assunto e de suas implicações.

A cooperação entre órgãos ou autoridades de defesa da concorrência

A cooperação em relação às demais soluções propostas

Tendo em vista a necessidade de coibição das práticas anticompetitivas transnacionais, os estudiosos desse tema, bem como a prática, tem apontado como resposta, basicamente, três mecanismos distintos: a aplicação da legislação *antitrust* do mercado afetado à situação ocorrida no exterior (denominada de extraterritorialidade ou competência internacional), a cooperação entre agências ou autoridades encarregadas da defesa da concorrência e a harmonização de regras *antitrust*¹⁶⁷.

A realidade têm mostrado, entretanto, que, em relação às demais, a cooperação se apresenta como a opção mais viável e efetiva a curto prazo¹⁶⁸. Isso ocorre em razão dos limites encontrados pela competência internacional, também chamada de extraterritorialidade, vez que essa, tendo em vista a dimensão internacional do problema, encontra grandes dificuldades, notadamente, no que diz respeito à obtenção de informações que permitam detectar e comprovar com clareza a existência de práticas anticompetitivas transnacionais, bem como, na efetiva execução das medidas por ventura adotadas contra

¹⁶⁷ Não cabe no âmbito desse trabalho, centrado na cooperação, uma análise detalhada e aprofundada desses dois outros mecanismos. Maiores informações sobre esses podem ser buscados em ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *op. cit.*, pp. 75 a 83; BALZAROTTI, Nora. *op. cit.*, pp. 03 a 23; BOURGEOIS, Jacques H. J. Regras Multilaterais de Concorrência: Ainda uma Busca do Santo Graal? **Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul**, 1ª ed., São Paulo: LTr, 1996, pp. 75-94; CORREA, Carlos M. *op. cit.*, pp. 5 a 28.; VAZ, Isabel. Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade. **Revista do Ibrac**. v. 4, n. 6, São Paulo, pp. 263-274, 1997.

¹⁶⁸ Nesse sentido tem-se DIERIEX, Greta Spota. Reflexiones em torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n. 05, nov/98, p 40.

agentes econômicos que sequer se encontram localizados em seu território nacional.

Além disso, essa opção acaba por aumentar a insegurança dos agentes econômicos que atuam globalmente e enfraquece a proteção da concorrência vez que permite que autoridades de diferentes países adotem posições conflitantes com relação a um mesmo caso¹⁶⁹.

A harmonização, igualmente, apresenta contratempos, já que, envolve todo um longo processo de negociação política, bem como, conforme aponta Gesner Oliveira, a experiência têm demonstrado que a consolidação da livre concorrência, inclusive frente às práticas anticompetitivas transnacionais, principalmente em espaços econômicos integrados, não depende apenas de regras semelhantes, mas de um entendimento e aplicação convergente dessas. E esses, por sua vez, encontram-se vinculados a uma maior interação entre os órgãos encarregados da aplicação da legislação *antitrust*, fato esse que se torna possível através da cooperação¹⁷⁰.

Percebe-se assim que essas soluções não se encontram totalmente divorciadas uma das outras, sendo possível, e até mesmo preferível, a sua utilização conjunta. Entretanto, a cooperação tem apresentado um papel de destaque entre essas.

Diante dessas considerações, volta-se o presente trabalho para um estudo mais detalhado da cooperação e sobre o grau que essa pode alcançar.

3.1A cooperação e suas fases

A cooperação entre órgãos de defesa da concorrência, como regra geral, inicia-se de maneira informal, tendo em vista o aumento no número de transações comerciais entre dois ou mais países e a ocorrência de efeitos que afetem mais de um dos mercados envolvidos. A partir do momento em que esses contatos se tornam mais frequentes, sente-se a necessidade de formalizar esse arranjo através de um convênio de cooperação, composto, principalmente, por mecanismos de consulta e notificação.

Esses convênios de cooperação podem ser classificados em bilaterais, regionais ou multilaterais, quando considerado o número de participantes, ou ainda, em convênios de primeira geração ou suaves e convênios de

¹⁶⁹ BALZAROTTI, Nora. op. cit. p. 5

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Gesner. Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul: Sugestões para a Agenda de Regulamentação. **CADE: Texto para Discussão n. 08**, set/97, pp.2-4.

segunda geração, quando se leva em conta os instrumentos previstos para materializar essa cooperação¹⁷¹.

3.2.1. Cooperação bilateral, regional e multilateral

Com relação ao âmbito da cooperação, tem-se que a previsão da cooperação bilateral é mais comum, podendo-se mencionar vários exemplos, como entre Austrália e Nova Zelândia, Canadá e União Européia, México e União Européia, com destaque para os Estados Unidos, que firmou essa espécie de convênio com diversos países, tais como: Austrália, Alemanha, Israel, Japão, México e inclusive com o Brasil. Entretanto, nessa categoria, o acordo que mais chama atenção, por motivos que serão analisados posteriormente, é o que envolve União Européia e Estados Unidos¹⁷².

Com relação à cooperação regional, embora não tão comum, essa se faz presente, notadamente no Mercosul, onde ela é expressamente prevista no art. 30 do Protocolo sobre defesa da concorrência. A cooperação multilateral, por sua vez, pode ser encontrada na iniciativa da OCDE, (Organização Para a Cooperação e Para o Desenvolvimento Econômico) em que todos os membros concordaram em cooperar na luta contra os cartéis mais notórios¹⁷³, bem como, existe a proposta, defendida pela União Européia, para a sua instituição no âmbito da OMC.¹⁷⁴

A partir dessas espécies de cooperação tem se levantado discussões sobre qual seria o melhor âmbito para negociações em matéria de defesa da concorrência. Nesse aspecto, existem aqueles favoráveis aos acordos bilaterais pois consideram que seria muito prematuro procurar estabelecer um regime multilateral para a questão e há outra corrente que entende que esse seria o mais adequado tendo em vista a dimensão global que as práticas anticompetitivas estão tomando. Também há uma posição que defende a complementa-

¹⁷¹ Essa classificação pode ser encontrada em DIERIEX, Greta Spota, *op. cit.*, pp. 40-41 e BALZAROTTI, Nora, *op. cit.*, pp. 6 e 7

¹⁷² Esses acordos são mencionados no Inventário de los acuerdos, tratados y otros arreglos sobre políticas de competencia existentes en el hemisfério occidental, disponível na Internet através do site http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_p.asp e BALZAROTTI, Nora. *op. cit.*, p. 7

¹⁷³ Mais detalhes sobre esses pontos estão disponíveis na entrevista com Joel Klein, publicada na revista *Perspectivas Econômicas*, disponível na Internet em <http://www.usia.gov/journals/journals.htm>

¹⁷⁴ Maiores detalhes sobre a questão da cooperação na OMC pode ser encontrada em CORREA, *op. cit.*, pp. 15-18 e OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da Concorrência Global. Boletim Latino Americano de Concorrência*, n. 11, dez/2000, pp. 42-43

riedade entre esses, vez que o tratamento bilateral facilitaria a futura adoção de acordos regionais ou multilaterais¹⁷⁵.

3.2.2. Convênios de cooperação suave ou de primeira geração e cooperação de segunda geração

Tradicionalmente os chamados convênios suaves ou de primeira geração são mais frequentes e têm como característica o estabelecimento de mecanismos formais para a notificação de práticas anticompetitivas e concentrações com efeitos transacionais, a facilitação de consultas, a coordenação de ações legais e o intercâmbio de informações, desde que não envolvam dados considerados como confidenciais¹⁷⁶.

Um aspecto marcante encontrado nesses convênios é a adoção do princípio da cortesia internacional (*comity clause*), ou seja, o compromisso de levar em consideração os interesses dos outros países ao se aplicar as leis nacionais. Esse princípio subdivide-se em a) cortesia negativa ou simplesmente cortesia, quando se comprometem as partes a levar em conta os interesses da outra parte durante a execução de suas atividades, ou seja, a não prejudicá-la quando da aplicação de suas leis nacionais; b) cortesia positiva (*positive comity*), que por sua vez significa um avanço na medida em que permite que a parte afetada por atos anticompetitivos ocorridos no território da outra parte, possa notificá-los e solicitar que a autoridade competente, a sua discricção, aplique suas legislação *antitrust* nacional, beneficiando assim o país prejudicado.

Na prática a cortesia negativa é mais frequente e encontra-se prevista nos tratados bilaterais já mencionados no item anterior. A cortesia positiva representa uma novidade que despertou bastante a atenção dos estudiosos desse tema e foi prevista pela primeira vez no convênio firmado entre União Européia e Estados Unidos, em 1991 e complementado posteriormente pelo “Acordo relativo a aplicação dos princípios de cortesia positiva na aplicação de suas normas de concorrência”, em vigor desde 1998. Conforme aponta Nora Balzarotti, sua primeira aplicação prática se deu em 1997 quando a União Européia solicitou sua utilização diante de uma possível prática anticompetitiva de companhias aéreas¹⁷⁷.

Os convênios de segunda geração tem por objetivo intensificar ainda mais a cooperação, eliminando outros obstáculos, notadamente, permitindo o

¹⁷⁵ BALZAROTTI, Nora. *op. cit.*, pp. 7-8

¹⁷⁶ DIERIEX, Greta Spota. *op. cit.*, p. 41

¹⁷⁷ Conforme BOURGEOIS, Jacques H. J. *op. cit.*, pp. 78-79; BALZAROTTI, Nora, *op. cit.*, p. 6-7 e DIERIEX, Greta Spota. *op. cit.*, p. 42

intercâmbio de informação confidenciais, fato esse que tem se mostrado por várias vezes imprescindível para uma eficaz apuração e coibição das práticas anticompetitivas transnacionais.

Levando em consideração o grande comprometimento e as repercussões que tal acordo pode representar, poucos são os países que o adotam. Entre esses tem-se os Estados Unidos com o *International Antitrust Enforcement Assistance Act* (IAEAA), de 1994, que permite que, dentro de certas circunstâncias, haja o repasse de informações confidenciais em matéria *anti-trust*, desde que não versem sobre defesa nacional ou política externa, para a autoridade estrangeira solicitante que tenha firmado previamente um acordo. Além disso, merece ser mencionado os Tratados de Assistência Legal Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaty*) (MLAT) firmados pelos Estados Unidos com mais de 20 outros países, nos quais se prevê a assistência recíproca, inclusive na obtenção e compartilhamento de informações, para questões penais, dentre as quais se inserem certas práticas anticompetitivas transnacionais, como os cartéis internacionais¹⁷⁸.

Como exemplo de aplicação prática, tem-se que foi através da possibilidade aberta pelo MLAT firmado entre Estados Unidos e Canadá que se tornou possível pôr fim ao cartel internacional formado por Mistubishi Corporation, Kanzaki Speciality Papers Inc. e Mitsubishi Internacional Corporation, responsável pela fixação de preços no mercado de papel de fax¹⁷⁹.

A partir dessas observações, pode-se passar agora a análise da questão da cooperação e de suas vantagens e limites para a consolidação da integração regional no Mercosul e na Alca.

3.2A cooperação entre autoridades de defesa da concorrência

3.3.1.No Mercosul

Conforme já mencionado anteriormente, a defesa da concorrência já foi objeto de várias decisões do órgão institucional superior do Mercosul. Dentre essas se destaca a Decisão 18/96 que traz o Protocolo de Defesa da Concorrência.

¹⁷⁸ DIERIEX, Greta Spota. *op. cit.*, p. 42 e BALZAROTTI, *op. cit.*, p. 7

¹⁷⁹ Esse exemplo foi mencionado por DIERIEX, Greta Spota. *op. cit.*, p. 40, nota de rodapé 2

Especificamente em matéria de cooperação, de acordo com a tendência mundial, essa encontra-se inserida nesse texto, em seu art. 30, no qual é prevista como condição para assegurar a implementação desse Protocolo¹⁸⁰.

É importante destacar que ela pode se dar tanto entre os países que compõem o Mercosul, bem como, com terceiros Estados ou blocos regionais. Além disso, a partir de seu texto, percebe-se que esse abre a possibilidade para a sua adoção em grau bastante aprofundado, havendo inclusive expressa menção ao intercâmbio de informações e investigação conjunta por parte das autoridades competentes, aspectos esses que parecem autorizar a futura adoção de cláusulas de cortesia positiva e de intercâmbio de informação confidencial.

Gesner Oliveira, ao analisar o Protocolo em questão, insere essa expressão previsão de mecanismos de cooperação como um dos traços que mais o aproximam da tendência moderna em matéria de defesa da concorrência. Além disso, destaca o importante papel que essa representa na medida em que possibilita a construção de um entendimento convergente a respeito da defesa da concorrência e a aplicação concreta de medidas que combatam práticas anticompetitivas, inclusive aquelas de âmbito transnacional. Destaca ele que essa cooperação já se encontra em andamento entre as agências da Argentina e Brasil – CNDC e CADE – e sugere, que sejam convidados a participar dessa representantes do Uruguai e Paraguai, bem como do Chile e Bolívia, haja vista sua condição de associados. Outra sugestão que também é feita é a importância do desenvolvimento de iniciativas no setor privado para a aproximação de profissionais da área de todos esses países, podendo inclusive ser formada uma associação regional, seguindo o exemplo do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo (IBRAC) existente no Brasil¹⁸¹.

¹⁸⁰ O texto do mencionado dispositivo é o seguinte: “Capítulo VIII- Da cooperação. Art. 30. Para assegurar a implementação do presente Protocolo, os Estados-Partes, por meio dos respectivos órgãos nacionais de aplicação adotarão mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico no sentido de: a) sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da concorrência, bem como, da investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência no MERCOSUL; b) identificar e mobilizar, inclusive por meio de cooperação técnica em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação a que se refere a alínea anterior.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Gesner, *op. cit.*, p. 3

3.3.2. Na Alca

Tendo em vista as considerações já feitas, pode-se dizer, que, também se faz interessante para a política de concorrência no âmbito da Alca que seja efetivamente implantada a cooperação entre as agências nacionais de defesa da concorrência de seus países membros, uma vez que a experiência internacional faz antever que a parceria entre essas, bem como entre a Alca e terceiros países e blocos regionais, será um instrumento valioso para apurar os casos, cada vez mais frequentes, em que o mercado relevante afetado por uma prática anticoncorrencial transnacional não é o nacional, mas o regional.

Nesse sentido, é importante que esse tema esteja presente nas futuras discussões e negociações a respeito da política de defesa da concorrência a ser adotada com a consolidação desse novo bloco regional.

Cumprido destacar, igualmente, que se destaca a experiência dos Estados Unidos no que diz respeito à cooperação e ao combate às práticas anticompetitivas transnacionais e que a troca de experiências possibilitada por um eventual convênio de cooperação entre os Estados Unidos e demais Estados que compõem esse bloco regional, principalmente aqueles que carecem de experiência nessa área, após um necessário filtramento e adaptação às necessidades dos países em desenvolvimento, se constituirá em um largo passo a favor da defesa da concorrência e da integração regional.

De modo geral, tanto para o Mercosul como para a Alca, tem-se que as principais vantagens da cooperação em relação à defesa da concorrência repousam nos seguintes aspectos: a) permite um tratamento conjunto, e não unilateral, das práticas anticompetitivas que envolvem mais de um mercado e de uma jurisdição ou seja daquelas chamadas de transnacionais, aspecto esse que favorece tanto a detecção e coibição dessas práticas, como a segurança jurídica, já que se pode construir entendimentos convergentes e evitar-se assim decisões discrepantes a respeito de uma mesma conduta; b) possibilita a abertura de um canal de comunicação e troca de experiências entre as autoridades de competência, possibilitando assim o desenvolvimento de uma chamada cultura de concorrência, aspecto esse que se mostra ainda mais positivo quando se leva em conta que vários dos participantes que compõem ou irão compor esses blocos regionais são países em desenvolvimento, que apenas recentemente passaram por um processo de abertura comercial e adoção de uma economia de mercado e que apenas a pouco tempo adotaram ou ainda

estão em vias de adotar um legislação específica em matéria de defesa da concorrência¹⁸².

Entretanto, em que pese a importância da livre concorrência para a integração regional, o Protocolo já mencionado ainda não se encontra incorporado ao ordenamento jurídico interno dos Países-Membros do Mercosul, bem como, tendo em vista o estágio embrionário da Alca, essa não apresenta nenhum acordo comum a esse respeito. Todavia, é interessante notar que a formalização da cooperação entre esses Estados não depende necessariamente da materialização desses pontos e poderia ser implementado através de convênios celebrados, aspecto esse que possibilitaria desde já uma maior proteção da concorrência no continente americano, um aprofundamento, desde já, da integração a respeito desse tema e a formação de experiências que possibilitariam o desenvolvimento de uma política de concorrência comum mais profunda e efetiva nesses blocos regionais.

Ressalta-se também, que uma efetiva cooperação será benéfica para o aprofundamento da própria integração, uma vez que possibilita um contato mais próximo entre diferentes autoridades dos Estados envolvidos, desenvolvendo-se assim laços de confiança e compromisso entre as partes e o asseguramento de que as legislações *antitrust* não serão utilizadas como barreiras veladas a abertura comercial, mas que estarão realmente a serviço da livre concorrência e da construção de um mercado integrado com regras do jogo claras e propícias ao desenvolvimento econômico e bem estar de sua população.

Não se pode olvidar, entretanto, que embora esse mecanismo esteja se tornando previsão cada vez mais presente nos tratados internacionais que versam sobre a concorrência, os dispositivos que o prevêm geralmente o fazem de maneira genérica, deixando em aberto espaço para várias indagações sobre o seu exato sentido, âmbito de aplicação e execução pelas autoridades competentes.

Ademais, outra limitação à coordenação se encontra no fato de que, notadamente nos países em desenvolvimento - categoria em que se incluem todos os participantes do Mercosul e a grande maioria da Alca - os órgãos públicos encarregados da defesa da concorrência, quando existentes, não possuem estrutura financeira nem humana adequadas para cumprirem satisfatori-

¹⁸² Conforme VAZ, Isabel - *Direito Econômico da Concorrência* Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1993, p. 206 e OLIVEIRA, Gesner. *Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience*. **Boletim Latino Americano de Concorrência**. n° 3, mar/98, p. 18

amente eventuais consultas e notificações previstas nos acordos de cooperação¹⁸³.

Entretanto, apesar das diversas limitações e dúvidas que ainda pairam sobre a cooperação, notadamente no âmbito do Mercosul e da Alca, é inegável que ela constituiu um instrumento que contribuiu para o sucesso da integração na área da concorrência, pois, nessa matéria, não basta que se tenham regras no papel similares, mas é preciso que também exista uma real implementação dessas, com convergência em seu entendimento e aplicação, possibilitando assim uma verdadeira defesa da concorrência no interior desses novo espaço econômico integrado. Visualiza-se, ante o exposto, que a cooperação entre órgãos de concorrência se constituiu na verdade em um instrumento que, ao invés do levantamento de “muros”, garante a construção de “pontes” ente os países

Considerações Finais:

A integração regional, inclusive no Mercosul e Alca, abrangem a questão do assecuramento do princípio da livre concorrência.

Diretamente relacionado com esse princípio, encontra-se o atual problema das práticas anticoncorrenciais transnacionais e o comprometimento que esse traz para a consolidação da abertura comercial, característica presente em ambos os exemplos de integração regional de que participa o Brasil, bem como para a consecução dos objetivos visados através da integração.

A cooperação entre autoridades ou agências nacionais de defesa da concorrência se apresenta, embora não seja a única, como solução mais lógica para a ser adotada e implementada, já sendo inclusive prevista expressamente no caso do Mercosul. Em que pese as dificuldades e obscuridades a ela relacionadas, as significativas realizações práticas que essa tem alcançado frente a essas práticas nocivas à concorrência, têm demonstrado sua relevância. Além disso, percebe-se que ela possibilitará uma maior aproximação entre Estados-Membros, a troca de experiências entre órgãos nacionais responsáveis pela defesa da concorrência, e o estreitamento dos laços de confiança, contribuindo assim para a construção de um cultura da concorrência em todo o hemisfério americano e para uma adequada inserção de seus participantes, notadamente dos chamados países em desenvolvimento, categoria que engloba a grande maioria desses, inclusive o nosso País, nesse novo contexto mundial.

¹⁸³ Conforme OLIVEIRA, Gesner. Aspects of Competition Policy in Mercosur. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n. 11, dez/2000, p. 38

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto. **Mercosul e União Européia: estrutura jurídico institucional**. Curitiba: Editora Juruá, 1988.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A atuação do CADE no Brasil frente ao Processo de Globalização. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 7, pp. 75 a 83, jun./1999, [online] Disponível na INTERNET via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

BALZAROTTI, Nora. Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 10, pp. 03 a 23, jun./2000, [online] Disponível na INTERNET via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

BOURGEOIS, Jacques H. J. Regras Multilaterais de Concorrência: Ainda uma Busca do Santo Graal? **Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul**, 1ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul – Integração Regional e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

CELLI JUNIOR, Umberto. Direito da Concorrência no Mercosul. **Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul**, 1ª ed., São Paulo: LTr, pp. 106-123, 1996.

CORREA, Carlos M. Competition Law and Development Policies. **Boletim LatinoAmericano de Concorrência**, n.º 8, pp. 5 a 28, set./1999, [online] Disponível na INTERNET via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

DIERIEX, Greta Spota. Reflexiones em torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n. 05, pp. 40-43, nov/98. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>, Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

FARIA, Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no Mercosul e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 77 – 88, 1995.

GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 8, nº33, pp. 46 a 60, out.-dez./ 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros, 1996.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e Liberdade de Concorrência. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 11, pp. 25-31, dez./2000. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

KLEIN, Joel. Entrevista concedida à **Perspectivas Econômicas**. Washington: v. 4, n.º 1, fev/1999, [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.usia.gov/journals/journals.htm>

MELLO, Valérie de Campos. Globalização, regionalismo e ordem internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília: v. 42, n.º 1, pp.158 a 181, jan.-jun./1999.

NUÑEZ, Luiz José Díez Cañesco. Política y Legislación de la Competencia. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.º 9, pp. 87 a 90, fev./2000. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

OLIVEIRA, Gesner. Aspects of Competition Policy in Mercosur. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n. 11, pp 37-41, dez/2000. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

_____. Competiton Policy in Brasil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience. **Boletim Latino Americano de Concorrência**. nº 3, pp. 2-22, mar/98. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

_____. Defesa da Concorrência Global. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n. 11, pp. 42-43, dez/2000. [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

_____. Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul: Sugestões para a Agenda de Regulamentação. **CADE: Texto para Discussão n. 08**, set/97, pp.2-4, disponível na Internet em www.cade.gov.br. Arquivo capturado em 22 de dezembro de 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia: Processos de Integração e Mutação**, 1ªed., Curitiba: Juruá., 1999.

REIS, Geraldo Antônio dos. BARRAL, Welber. Globalização e Concorrência Predatória. **Mercosul no Cenário Internacional – Direito e Sociedade**, 1ªed., Curitiba: Juruá, v. 2, pp. 229 - 339, 1998.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. Defesa da Concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo : LTr, 1998.

THORSENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio e as Negociações sobre Comércio, Meio Ambiente e Padrões Sociais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília: v. 42, n.º 2, pp. 29 a 58, jul.-dez./1999.

TRITELL, Randolph. A Aplicação das Leis Antitruste Americanas à conduta de outros Países: Fatos Recentes. **Perspectivas Econômicas**. Washington: v. 4, n.º 1, fev/1999, [online] Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.usia.gov/journals/journals.htm>

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993

VAZ, Isabel. Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade. **Revista do Ibrac**. São Paulo: v. 4, n. 6, pp. 263-274, 1997

DA INTEMPESTIVIDADE DA APRESENTAÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

*Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto**

De acordo com o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”. No desenvolvimento de sua função de controle das estruturas dos mercados, o CADE percebeu a importância da rapidez da submissão à sua análise, sob pena de o ato de concentração produzir rapidamente seus efeitos econômicos.

Nesta direção, desde a promulgação da Lei nº 8.884/94, o CADE vinha lentamente desenvolvendo uma série de decisões colegiadas sobre a intempestividade na apresentação dos atos de concentração, partindo da regra contida no § 4º do mesmo artigo 54: “os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização (...)”.

Assim, muito embora a lei admita a possibilidade de apresentação prévia do ato de concentração, sua análise na maioria dos casos será posterior à ocorrência do mesmo. A já revogada Resolução CADE nº 5/96, em seu art. 10 determinava que “no caso de notificação prévia, as requerentes deverão declarar o firme propósito de realizar a operação”, redação esta que nitidamente buscava desestimular a apresentação prévia, exigindo-lhe, para tanto, certeza da sua realização.

Em tal sistema, conquanto a apresentação seja posterior e a Lei nº 8.884/94 disponha de instrumentos para a execução judicial das decisões do CADE, percebe-se facilmente que a eficácia das decisões colegiadas dependerá da rapidez com que atuem sobre o ato de concentração¹⁸⁴: quanto maior o lapso temporal entre ambos, menor será a possibilidade de se corrigir eventu-

* Aluno de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP

¹⁸⁴ É fato que a demora na análise dos atos de concentração ou no julgamento de processos administrativos pelo CADE conduz ao abrandamento das decisões. É comum encontrar acórdãos do CADE em que, devido à consolidação da situação de fato nascente de um ato de concentração ou processo administrativo, deixam de impor ou reduzem restrição imposta, decisão jurídica baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesta direção, ver voto da Conselheira Relatora Lúcia Helena Salgado no PA nº 105/92.

ais distorções. Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca, “cabe apontar a importância do caráter preventivo das decisões do CADE. A qualidade das decisões dos órgãos de defesa da concorrência está vinculada com a necessidade em se decidir em tempo econômico, sob pena de estas condições tornarem-se obsoletas ou inúteis. De um ponto de vista ideal, o desejável é que houvesse perfeita simultaneidade entre o exercício das competências do CADE e demais órgãos e a ocorrência das alterações de mercado capazes de afetar as relações concorrenciais. Assim, a efetiva atuação do CADE depende da cooperação dos agentes econômicos em notificar suas operações de fusão e aquisição no tempo mais próximo possível ao momento em que tiver ocorrido a alteração nas relações de concorrência entre as partes”.¹⁸⁵

Apesar da aparente contradição existente, analisando-se as origens da atuação antitruste, constata-se que o poder estatal se manifestava posteriormente. Dessa forma, o controle das condutas é e será feito depois da ocorrência do ilícito antitruste. Seu caráter predominantemente punitivo não pode jamais ser realizado *a priori*. Mesmo o controle embrionário das estruturas, feito a partir do amplo conceito de “tentativa de monopolização” do Sherman Act, era *a posteriori*.

Na medida em que as preocupações concorrenciais tomavam rumo diverso, o enfoque também mudou. O Estado poderia evitar que surgissem condições para a prática de infrações à ordem econômica, poupando os agentes do mercado de uma intervenção mais incisiva através das sanções. Com isso, o foco das atenções se transfere para o momento imediatamente anterior ao do ilícito ou da concentração.

Neste contexto, as legislações de controle de estruturas que aparecem, posicionam-se, em sua maioria, pela aprovação estatal prévia do ato de concentração. Diversamente desta tendência, a legislação brasileira promulgada em 1994 opta por uma solução legislativa diferente, preferindo a notificação posterior à prévia. Tal escolha causou grande insegurança jurídica no momento em que o CADE começou a atentar para o cumprimento do prazo na apresentação dos atos de concentração.

1. OS SISTEMAS DE CONTROLE ANTITRUSTE

Os sistemas de controle antitruste podem se basear na proibição das “práticas restritivas da concorrência por produzirem um dano potencial na economia e nos sistemas que reprimem apenas as práticas que se traduzam

¹⁸⁵ Voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no Ato de Concentração nº 08012.008895/98-53.

num dano efectivo”¹⁸⁶. O sistema do dano efetivo centrar-se-ia principalmente no controle das condutas, ao passo que o do dano potencial, no controle das estruturas. Conseqüentemente, os sistemas de dano efetivo são fundados, precipuamente, no controle “a posteriori”, uma vez que “só em momento ulterior ao da prática é possível a constatação do abuso ou da actualidade do dano”¹⁸⁷ e os sistemas de dano potencial, logicamente, tendem a adotar o controle prévio.

Contudo, tal afirmação não é estanque. Pode haver controle “a priori” de condutas, bem como é possível um controle “a posteriori” das estruturas.

Exatamente em virtude de tal dissonância, o sistema de controle antitruste brasileiro é problemático quanto à questão da tempestividade

Talvez a escolha pelo sistema de notificação posterior pela legislação brasileira tenha sido uma solução de consenso entre os atores políticos. De fato, a Lei nº 4.137/62 era vaga a respeito do controle de estruturas, o controle das concentrações instituído em 1991 pela Lei nº 8.158/91 era bastante frágil e somente com a Lei nº 8.884/94, talvez, os legisladores estivessem preparados para admitir uma solução tão radical, a ponto de condicionar alguns negócios jurídicos à aprovação estatal.

Ademais, somente a partir de 1.994 o CADE começou a ser organizado como autarquia dotada de independência e, concomitantemente, a liberalização da economia brasileira e a reorganização do Estado deveriam ser coadunadas no novo arcabouço jurídico nascido com o Plano Real. Os legisladores provavelmente tinham consciência de que o Estado brasileiro não dispunha das características traçadas por Roberto Dromi do Estado Administrador,¹⁸⁸ o qual “aspira a la eficacia de organización administrativa, a efectos de lograr una administración racional del ‘bien-estar general’, no a una administración pasional del ‘mal-estar común’, acosada de legalismo y burocratismo con estructuras excesivas e obsoletas. Exige una racionalización en prol de la incorporación tecnológica; una simplificación, en pro de sencillez, eficacia y economía de trámites; una modernización en pro de los nuevos cometidos estatales, para librar la batalla definitiva por la sencillez y la simplicidad jurídicas”.¹⁸⁹ O Poder Legislativo, de fato, intensifica sua atividade a partir dos anos 90, ainda que a reboque do Poder Executivo, objetivando realinhar o arcabouço jurídico à nova realidade.

¹⁸⁶ Alberto Pinheiro XAVIER, *Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*, p. 74.

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, p. 150.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 26

2. A RESOLUÇÃO CADE Nº 15/98

Dentro desse espírito de criar um marco regulatório orientador para os investidores e criar a previsibilidade de suas ações, o CADE promoveu, após os momentos iniciais de consolidação, uma reforma do marco regulamentar da autarquia. Assim, a preocupação com a contradição existente entre Lei nº 8.884/94 e a necessidade de uma rápida atuação antitruste surgiram como norteadoras da redação reformista. Visando solucionar esta dicotomia, o Colegiado do CADE, em 19 de agosto de 1998, aprovou a Resolução CADE nº 15/98.

Partindo da competência atribuída pelo inciso XIX do art. 7º da Lei nº 8.884/94, o referido ato normativo definiu que o momento para a realização para a notificação dos atos de concentração, “para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento 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”.

Para o Colegiado do CADE, esta redação encontrava-se em consonância com a do *caput* do art. 54. Afinal, o termo “ato” englobaria não só os contratos em sua acepção jurídica, mas também todo documento ou ato, jurídico ou não.

Contudo, a dúvida é lançada pela leitura combinada do *caput* com o § 4º, em que se determina a apresentação prévia dos atos ou “no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização”. Observa-se que a redação da Resolução nº 15/98 contradiz a do § 4º do art. 54. Com isso, a Resolução nº 15/98 criou, diversamente do que se pretendia, grande insegurança, na medida em que a sua aplicação desorientou os operadores do direito acerca do momento efetivo em que deveria ser notificada a operação.

É verdade que não se pode transpor simplesmente conceitos de Direito Privado para o Direito Econômico. Conferir contratualmente efeito não vinculativo à eficácia de certos acordos até a implementação de dadas condições ou termos, embora perfeitamente aceitável numa perspectiva essencialmente privada, poderia ser ignorada pela autoridade antitruste se houvesse mudanças substanciais na conduta das empresas. Em realidade, a racionalidade econômica acaba por prevalecer sobre a jurídica privatista, conduzindo à busca do momento em que as partes pararam de concorrer entre si. Veja-se que “distinção fundamental é que, enquanto a preocupação do direito societário é com a determinação por interesses estranhos à sociedade (v.g., aqueles pessoais do controlador) dos destinos do patrimônio social, o direito concorrencial, ao se confrontar com o mesmo objeto, tem como preocupação a manutenção das estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do

ponto de vista econômico”¹⁹⁰. Portanto, não são coincidentes os conceitos de controle do direito societário tradicional com os de “influência dominante” (*beherrschender Einfluss*) e “influência relevante do ponto de vista concorrencial” (*wettbewerblich erheblichen Einfluss*), criados por leis na Alemanha para adequar às necessidades do controle antitruste. Por isso, “crucial é o poder de determinar a direção da própria atividade realizada – ou, em outras palavras, o poder de influir sobre o planejamento empresarial da outra empresa”¹⁹¹. O que se demonstrará a seguir é que a Lei nº 8.884/94 traz consigo falhas que não permitem expandir sua interpretação até esses conceitos do direito alemão.

Nesse quadro, de um lado alinham-se as empresas, argumentando que somente a conclusão final dos negócios poderia ser considerada como termo inicial para a contagem do prazo, e de outro lado, o CADE passa a afirmar que alguns documentos poderiam acionar o prazo legal previsto na Lei. A princípio, o CADE tentou em sua jurisprudência delinear algumas normas orientadoras, mas as mudanças no órgão serviram para generalizar o entendimento simplista de que qualquer documento escrito poderia acionar a contagem do prazo legal.

3. DAS ILEGALIDADES DA RESOLUÇÃO CADE Nº 15/98 NO QUE TANGE AO ART. 7º, XIX

Apesar do notável esforço disciplinador representado pela Resolução CADE nº 15/98, o dispositivo padece de vícios, particularmente no já transcrito inciso XIX do art. 7º. De fato, a análise detalhada revela que há dois problemas maiores: (i) legalidade por falta de competência normativa e (ii) ilegalidade por extravasamento dos limites da lei.

3.1. DA ILEGALIDADE POR FALTA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA

Para compreender o porquê da falta de competência normativa do Plenário do CADE, é necessário verificar o posicionamento de suas resoluções na hierarquia normativa. O artigo 7º da Lei nº 8.884/94 enumera várias funções que possuem certo conteúdo normativo, tais como os incisos XVIII (“instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), XIX (“elaborar e aprovar seu regimento interno, dispendo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do

¹⁹⁰ *Apud* Calixto SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*. São Paulo, Malheiros, p. 215.

¹⁹¹ Calixto SALOMÃO FILHO, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, p. 216.

Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54, desta Lei”), XX (“propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal”) e XXI (“elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei”). Tais funções não apresentam caráter inovador da ordem jurídica, mas, tão somente, de mera execução de comandos legais já delineadores.

Veja-se que “se ‘norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência’, como ensina Kelsen, não é incorreto distinguir entre as normas gerais que prescrevem conduta a pessoas indiscriminadas que possam estar numa mesma situação e normas individuais que prescrevem conduta a pessoa ou pessoas discriminadas”.¹⁹² Nenhuma das funções do CADE elencadas acima, contudo, se enquadra em tal definição.

Buscando a essência de tais atos normativos expedidos por autarquias, Mário Velloso destrincha a pirâmide normativa, afirmando que “nessa ordem de idéias, a Constituição seria ato normativo inicial; seguem-se os atos normativos derivados, que são as emendas constitucionais e as constituições estaduais. Derivados ainda, da Constituição e só a esta subordinados, estão os atos normativos primários, que podem ser gerais e particulares. No sistemas constitucional brasileiro, são atos normativos primários: a lei (ordinária e complementar), o Decreto-Lei e a resolução legislativa. Num segundo plano, estão os atos normativos secundários, que estão subordinados aos atos primários. Esses atos normativos secundários também podem ser gerais e particulares. São gerais: os regulamentos; e são particulares: os atos administrativos e jurisdicionais *stricto sensu*. Por atos normativos, pois, pode-se conceber o ato legislativo, formalmente e/ou materialmente considerado, ou ato administrativo com o sentido de lei material, isto é, que enuncia uma norma jurídica (regra jurídica, ou um preceito de direito, ou que explica o sentido do seu conteúdo), marcado de imperatividade e generalidade, assim estabelecendo forma de conduta a pessoas indiscriminadas ou discriminadas”.¹⁹³

Neste quadro, as funções do CADE podem ser dotadas de certa imperatividade e generalidade. Constituem parte da grande massa de atos administrativos de caráter normativo, baixados por outros que não o Chefe do Poder Executivo e os Ministros de Estado e que, ao mesmo tempo, são ferramentas indispensáveis para a movimentação da Administração.

Não há problema algum do ponto de vista constitucional em afirmar que os atos normativos do CADE possuem eficácia interna, ou seja, vinculam

¹⁹² *Apud* Caio Mário da Silva VELLOSO, Do Poder Regulamentar, *Revista de Direito Público*, v. 65, p. 40.

¹⁹³ *Idem*.

tão somente a Administração. As dificuldades se avolumam quando adquirem eficácia externa, ou sejam, vinculam outros que não a Administração, como parece ser o caso da Resolução CADE nº 15/98.

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir de 1.964 com a reforma do Sistema Financeiro Nacional¹⁹⁴, tem convivido com entes que expedem grande quantidade de atos normativos de eficácia externa¹⁹⁵. A legitimidade de sua atuação repousa, em última instância, num sistema de autorizações indiretas com base na Constituição da República. Quando isto não é identificável, alguns defendem que o fundamento jurídico dos órgãos produtores destes atos normativos, pelo menos daqueles que não são previstos expressamente como dotados desta competência¹⁹⁶, é a autorização legislativa, consignada no diploma legislativo que criou o ente normativo.

Nesta segunda hipótese, que constituiria o caso do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, essa atividade normativa encontra um obstáculo formal, nascente no princípio constitucional da separação dos poderes. Ainda que se ignore esta barreira, especialmente os estudiosos do Direito Econômico, buscam justificar esse poder normativo através da forte relação existente entre o exercício do poder de polícia e o poder normativo. Baseado nos ensinamentos de Rui Barbosa (“quem dá os fins não pode negar os indispensáveis meios”), seria possível afirmar que “existe uma outorga legal de competência administrativa, não arbitrária, para o exercício do poder de polícia, que compreende o poder de baixar atos normativos para disciplinar ou restringir as atividades privadas com o fim de regular a ordem econômica”.¹⁹⁷ Desse modo, o fundamento jurídico do poder normativo das autarquias estaria na autonomia inerente a esse ente administrativo. “De fato, a um órgão incumbido de disciplinar determinado setor da ordem econômica, há que ser reconhecida uma parcela de poder normativo, sem a qual ele ficaria de mãos atadas para agir”.¹⁹⁸ Assim, “trata-se, no caso das autarquias, de um poder regulamentar em sentido lato, consistente na capacidade de expedir normas discipli-

¹⁹⁴ Não é de se desprezar a existência de órgãos da Administração com competência normativa antes da Reforma do Sistema Financeiro Nacional. Bom exemplo disso é o CONTEL (Conselho Nacional de Telecomunicações).

¹⁹⁵ Ver Lei nº 4.595/64.

¹⁹⁶ As recentes Emendas à Constituição atribuíram expressamente poder regulador às novas agências reguladoras. O mesmo não se verifica com outras autarquias de similar poder normativo como o CADE e a CVM. Lembre-se, também, que não possuem igual conteúdo o poder regulador e o poder normativo.

¹⁹⁷ Bolívar B. M. ROCHA, O poder normativo de órgãos da Administração: o caso da Comissão de Valores Mobiliários, *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, v. 64, p. 59.

¹⁹⁸ *Idem*.

nando sua própria atuação, orientando e instruindo os administrados que se encontram sob sua esfera de competência, restringindo-lhes as atividades quando isso se mostrar necessário para atingir os objetivos previstos na lei”.¹⁹⁹

Tal capacidade normativa, definida por Eros Grau como objetivando a “desempenhar função da mais profunda relevância como instrumento de ordenamento econômico, emergindo, da necessidade de o Estado orientar e dar correção a desvios ocorridos no rumo do processo econômico premeditado, o fenômeno do exercício da capacidade normativa de conjuntura”,²⁰⁰ não teria o propósito de inovar, mas de proteger a ordem pública, aproximando-se, em seu caráter excepcional, aos regulamentos de emergência. Veja-se que a Resolução nº 15/98 visa, exatamente, à proteção da eficácia das decisões do CADE e, reflexamente, atenderia, nesta linha de raciocínio, às finalidades de proteção dos fins constitucionais da Ordem Econômica.

Todavia, esta argumentação apresenta força quando as funções não são descritas em detalhes pela norma superior. Quando isso é feito, tal como na Lei nº 8.884/94, restringe-se, indiretamente, o alcance da interpretação extensiva da competência normativa da autarquia, na medida em que suas funções estão ali expostas.

Em hipótese de fato idêntica, o Ministério da Justiça pretendeu criar dever para os supermercados não previsto em Lei, consistente em afixar etiquetas com os preços nos produtos em substituição ao código de barras. O único fundamento jurídico apresentado era um genérico dever nascente nos arts. 6º, III, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Em parecer contrário ao Despacho Normativo que criou tal dever, Eros Roberto Grau²⁰¹ conclui que houve violação frontal ao princípio da legalidade, afirmando que “nem o Código de Defesa do Consumidor, nem qualquer outra lei atribui capacidade para dispor normas abstratas a respeito dessa matéria, proteção e defesa do consumidor” ao Departamento Nacional de Defesa e Proteção do Consumidor (DNPC).²⁰²

Ao introduzir o texto da Resolução CADE nº 15/98, afirma-se: “O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no uso

¹⁹⁹ *Idem*, p. 63

²⁰⁰ Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 69.

²⁰¹ Eros Roberto GRAU, Princípios da Livre Iniciativa e da Legalidade – Imposição do Dever de Etiquetar Preços, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24, p.97.

²⁰² Muito embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se pronunciado sobre a matéria (MS nº 5.986/DF – 1ª Seção – STJ – 13.10.1999 – Relator Ministro Garcia Vieira – DJU 29.11.1999) em sentido contrário ao defendido no parecer citado, a tese permanece válida e correta.

das atribuições legais e tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XIX da Lei nº. 8884/94, de 11 de junho de 1994, RESOLVE”. O inciso XIX do art. 7º da Lei nº 8.884/94 refere-se exclusivamente ao Regimento Interno, nada mencionando sobre outras funções do CADE; logo, percebe-se que há um descompasso entre a Lei e a Resolução, devendo prevalecer a primeira sobre a segunda.

Conseqüentemente, o Colegiado do CADE não tem poderes para inovar na ordem jurídica da forma como pretendia na Resolução CADE nº 15/98. Desrespeitou o CADE a imprescindível qualidade da relação de conformidade existente, formal e materialmente, entre a lei e os atos normativos inferiores a ela.

Não se trata de mero formalismo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, três garantias nascem para o cidadão do princípio da legalidade: “Em primeiro lugar, porque não podem ser surpreendidos por atos que os colham individualmente com proibições ou imposições que já não estejam previamente estabelecidas em lei; em segundo lugar, porque estas regras que as sujeitam – e que são fontes de limitação de sua conduta – terão de constar, quando menos genericamente, de lei, que é diploma produzido por um órgão eletivamente constituído e no qual estão representadas as múltiplas tendências existentes no corpo social; em terceiro lugar, finalmente, porque as características próprias das leis – generalidade e abstração – defendem-nas contra casuísmos, perseguições ou favoritismos, interditando a dispensa de tratamentos díspares às pessoas”.²⁰³ Conclui entendendo a lei como um “instrumento – conquanto impostergável – para viabilizar um propósito: o de garantir a igualdade, de para com a plena segurança jurídica (de que tudo depende), até porque, sem esta, também não teria vigência o preceito isonômico”.²⁰⁴

Particularmente no campo do direito administrativo, ao qual o CADE se submete enquanto autarquia, este instrumento adquire maior importância, desdobrando-se em duas conseqüências principais. A primeira delas é a vinculação da Administração à regra jurídica, a qual, se violada, torna sem valor o ato que desse modo procedeu – logo, os atos praticados com fundamento no art. 2º da Resolução CADE nº 15/96 seriam nulos. A segunda é o caráter jurídico, adjetivado com a auto-executoriedade dos atos administrativos, que alcança a “ação administrativa, geradora de obrigações ou de poderes juridicamente sancionados que oneram ou beneficiam tanto particulares

²⁰³ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Regulamento e princípio da legalidade, *Revista de Direito Público*, vol. 96, p. 42.

²⁰⁴ *Idem*.

como a Administração”²⁰⁵ – a auto-executoriedade só seria possível se a Resolução CADE nº 15/98 fosse legal.

Veja-se que a qualidade de supremacia dos atos administrativos não pode ser contestada pelo administrado, sempre em posição inferior à da Administração. A legalidade administrativa, tal como é entendida, é um sistema em que a dicotomia entre direitos individuais e prerrogativas públicas privilegia estas últimas sob a condição de que sejam conformes à ordem jurídica, mesmo apesar do desenvolvimento da doutrina das liberdades preferenciais.²⁰⁶

Portanto, do ponto de vista formal, na Lei nº 8.884/94 não há nada a autorizar expressamente a inovação na amplitude pretendida pela Resolução nº 15/98. Mesmo que se admitisse existente a capacidade normativa de conjuntura no CADE, não se poderia pretender que esta houvesse sem autorização legislativa ou constitucional explícita. O máximo que se antevê é um poder normativo dissimulado através do poder ordinatório das decisões administrativas, desde as mesmas não desobedeçam aos preceitos norteadores da Lei nº 8.884/94; porém, não se cogita mais de poder normativo.

3.2. DA ILEGALIDADE POR EXTRAVASAMENTO DOS LIMITES DA LEI

Não bastassem os argumentos expostos acima, o mesmo dispositivo da Resolução CADE nº 15/98 padece de ilegalidade por extravasar os limites da Lei. Não se trata aqui do apego ao formalismo do “*in claris cessat interpretatio*”, mas de respeito ao princípio basilar da legalidade administrativa.

Antes de tudo, nunca é demais repisar a distinção entre lei em sentido formal e em sentido material. Tal diferenciação nasce com fundamento no princípio da legalidade, expresso no artigo 5º da Constituição, que se refere exclusivamente à lei em sentido formal - “ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição”.²⁰⁷ Pode a lei em sentido formal ser tanto abs-

²⁰⁵ Jean RIVERO, *Direito administrativo*, p. 21.

²⁰⁶ Anna Cândida da Cunha FERRAZ, *Processo informais de mudança na constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 32. “Enunciada por Stone e desenvolvida assistematicamente na década de 40, a doutrina permitia aos legisladores ação livre para regular assuntos econômicos, porém exigia proteção judicial mais rigorosa para a liberdade da palavra, de imprensa, direito de voto etc. Aponta o autor a dificuldade dos juizes em explicar satisfatoriamente, opções por valores determinados ou de estabelecer critérios práticos para a determinação desses valores fundamentais, o que, todavia, em sua opinião, não invalidava a doutrina, que era por si uma teoria incompleta e que deu sua contribuição para uma construção jurisprudencial mais completa”.

²⁰⁷ José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 401.

trata e genérica quanto concreta e específica. Quando o ato normativo é dotado de abstração e generalidade, ele é denominado lei em sentido material.

Esta distinção não é muito clara, mas é certo que a lei em sentido formal, de fácil identificação, é cogente. Pode ocorrer que um ato normativo infra-legal seja dotado de abstração e generalidade, sendo chamado de lei em sentido material, mas a ele sempre faltará, para ser cogente, o requisito estritamente formal.

Neste contexto, a norma do § 4º do art. 54 é nitidamente uma lei em sentido formal, ao passo que a norma do inciso XIX do art. 7º da Resolução CADE nº 15/98 é apenas lei em sentido material.

Para alguns, há hipóteses, *numerus clusus*, em que em o diploma legal autoriza que os atos normativos infra-legais complementem a lei, como já afirmado acima. Quando ausente esta situação, não é possível a alteração do comando consignado na lei em sentido formal, o que, também, não se constata no caso concreto. Atendo-se sobretudo ao significado literal da palavra “realização”, neste sentido foi a argumentação usada pela General Eletric Company nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.9970-9 já julgado procedente pela 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.: “Assim, quando a lei fala em momento de ‘realização do ato’, tudo leva a crer que não se refira ao momento em que as obrigações referentes à efetivação daquela operação geradora de concentração econômica foram pactuadas entre as partes, e sim ao instante em que essas obrigações têm efetivo cumprimento e a operação se consuma, passando, então, a ter aptidão de produzir efeitos perante terceiros”.

Todavia, pode-se admitir que a norma legal do prazo para apresentação de atos de concentração necessita de integração. À primeira vista, seria um conceito jurídico indeterminado, cuja complementação deixaria ao intérprete certa discricionariedade na aplicação da lei. De fato, a boa técnica legislativa, segundo a concepção tradicional, manda que se façam leis claras e genéricas, nas quais as hipóteses de incidência – a *fattispecie* – estejam bem definidas. Fora desta hipótese, há arbitrariedade e a falta para com aquele dever, além de ser má técnica legislativa, causa insegurança jurídica e fulminaria a regra com inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade. É isto que ocorre com a norma do § 4º da Lei nº 8.884/94?

Veja-se que em sua viés administrativa, a discricionariedade pode ser definida como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções válidas perante o direito”.²⁰⁸ Evoluiu

²⁰⁸ Maria Sylvania Zanello DI PIETRO, *Da Discricionariedade Administrativa*, p. 41.

do mais amplo grau no Estado de Polícia, em que era sinônimo de arbítrio, restringindo-se cada vez mais no Estado Social, até praticamente desaparecer na atualidade, nascendo como um poder jurídico limitado por lei. Como afirma Bernard Schwartz, “the penumbra between legality and desirability has progressively widened as the courts have to assume a virtual ombudsman function. The recent judicial activism is contributing a new and dramatic dimension to administrative law”.²⁰⁹

Quanto maior a indeterminação do conceito, maior será a discricionariedade do intérprete - saliente-se que há um ponto em que a indeterminação abre oportunidade para a arbitrariedade ilícita da autoridade administrativa. Sempre estará com o intérprete, seja ele juiz, legislador ou administrador, a palavra final quando duas ou mais respostas se apresentarem como admissíveis, mas com a arbitrariedade este espectro é virtualmente infinito. Lembre-se que a decisão do intérprete ficará atrelada aos seus critérios pessoais de oportunidade e conveniência tanto na discricionariedade quanto na arbitrariedade.

Contudo, a discricionariedade só pode se fundar quando a lógica do processo de formação de um ato necessite de uma análise de oportunidade, conveniência e determinação do conteúdo. Para Francisco Campos, “o fundamento do poder discricionário da Administração não reside, portanto, em qualquer atributo que seja peculiar ao juízo administrativo, mas na estrutura lógica de uma certa categoria de conceitos, que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação de seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única medida possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo”.²¹⁰

O maior campo para o exercício da discricionariedade administrativa na atualidade é aquele em que as decisões de caráter estritamente técnico são necessárias. Determinar qual frequência determinado canal de telefonia celular vai operar, optar pelo aumento ou não da quantidade de moeda em circulação na economia e escolher a tarifa do imposto sobre operações financeiras (ISOF) são exemplos de decisões administrativas permeadas pela discricionariedade técnica.

²⁰⁹ Bernard SCHWARTZ, *Administrative law*, p. 32.

²¹⁰ *Apud* Eros Roberto GRAU, *Direito posto e direito pressuposto*, p. 142.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, apoiando-se nos administrativistas italianos, traça uma descrição, diferenciando os poderes administrativos puros dos discricionários, que, pela precisão, merece ser transcrita: “Os puros são aqueles em que a atividade livre se circunscreve dentro dos limites latos da lei, tendo como única diretriz restritiva o interesse coletivo, que cumpre atender. Sirva de exemplo a apreciação de utilidade pública quanto à execução de obra pública. Os técnicos são aqueles em que a atividade livre se circunscreve dentro de limites mais estritos da lei, tendo como diretriz restritiva o accertamento de elemento de fato em face de juízo qualificado a seu respeito, de modo a serem satisfeitas as exigências técnicas, dispostas pela lei, quanto a sua natureza, e que explicam a atuação administrativa. Sirva de exemplo a hipótese legal que autoriza a demissão de funcionário por procedimento irregular. Cumpre haver processo administrativo e nele se verificar se a falta imputada ao funcionário existiu, e, ainda, se esse procedimento é irregular, tudo segundo convicção da autoridade administrativa”.²¹¹

Destarte, a discricionariedade técnica é uma válvula de escape que amplia consideravelmente a margem de manobra da Administração, mas ainda dentro do aceitável. Mesmo existindo o dever jurídico de adotar *in concreto* a solução ideal preconizada pela lei, a escolha subjetiva do agente tende a imperar. A realidade das transações submetidas à apreciação do CADE, todavia, desmente esse ponto de vista, na medida em que é possível determinar com grande precisão o momento em que, de fato, as partes mudam sua conduta nos mercados, não sendo necessário mesmo lançar mão de presunções sem qualquer respaldo em lei.

Observe-se que, em maio de 2.001, um membro do Conselho do CADE chegou mesmo a declarar, em palestra, que, de fato, a lei não era clara, mas “que os empresários estariam pagando o preço das multas por terem sido contra o sistema de apresentação prévia”. A assertiva conduz inevitavelmente à conclusão de que, ao menos os membros do CADE, enxergam o dispositivo com tão ampla discricionariedade que sua aplicação se transforma em arbitrariedade.

Entendimento semelhante, permeado de arbitrariedade, não encontra fundamento jurídico para subsistir.

Sem adentrar em questões atinentes ao desvio de finalidade que semelhante declaração pode ensejar, permanecendo-se simplesmente na verificação da constitucionalidade da aplicação da norma da Lei nº 8.884, passa-se à análise de alguns casos paradigmáticos recentemente julgados pelo CADE. Como se vê, tal regra é constitucional, mas sua aplicação ao caso concreto

²¹¹ *Apud idem*, p. 80.

desrespeita toda e qualquer racionalidade. A partir da leitura de trechos de votos de Conselheiros do CADE ficará demonstrada a inexistência de lógica jurídica ou econômica nas decisões, fato que leva à necessária conclusão de que não tem atuado o CADE com obediência à lei, mas sim com arbitrariedade.

4. BREVE HISTÓRICO DAS MULTAS POR INTEMPESTIVIDADE

No período que se seguiu à transformação do CADE em autarquia federal, não se tem notícia de exaustos nesta questão. Paradigmático deste período, é a decisão exarada no AC nº 53/95, julgado em 1997, em que se discutia a necessidade de dolo no atraso da notificação ao CADE, tese defendida pelos Conselheiros Leônidas R. Xausa e Paulo R. Dyrceu.²¹² Como afirmado pelo Conselheiro Relator Antônio Fonseca, “o administrado não precisa de notificação específica a fim de cumprir a sua obrigação”.

Observa-se que não havia dúvidas significativas sobre o momento a partir do qual se deveria contar o prazo legal de 15 dias úteis.

Com a entrada de novos Conselheiros entre 1998 e 1999, houve uma guinada radical no assunto. Como informa Heitor Faro de Castro, “registre-se que, em 1998 e início de 1999, segundo estatística do CADE, foram aplicadas cerca de 10 multas relacionadas a comunicações extemporâneas de concentração econômica ocorridas entre empresas, compreendendo a quantia total de R\$ 2,8 milhões”²¹³. Nas transações em que se verificasse qualquer relação vertical ou horizontal entre as partes, a assinatura do primeiro documento vinculativo seria suficiente para iniciar a contagem do prazo – apesar de, na prática, quase todo documento escrito passar a ser considerado como vinculativo, era possível encontrar alguns parâmetros indicativos, baseados na jurisprudência, tais como um adiamento substancial do preço ou a indicação de diretores na empresa (AC nº 168/97)²¹⁴. Porém, sabia-se o termo inicial para

²¹² José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI, *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*, p. 682.

²¹³ Heitor Faro de CASTRO, *Penalidades em defesa da concorrência*, Gazeta Mercantil, p. A3.

²¹⁴ “Momento da operação: Foi definido como sendo a data estabelecida no Contrato de Promessa de Vendas de Quotas de Capital para o fechamento da operação. Embora o fechamento da operação tenha sido prorrogado, a data inicialmente fixada foi mantida como referência para alguns aspectos importantes do negócio (início das atividades de distribuição pela adquirente; participação da adquirente na administração da adquirida). Note-se que o pagamento do negócio e a alteração do contrato social ocorreu em data posterior à do momento da operação”. (Ato de Concen-

contagem do prazo de 15 dias úteis nas transações que não resultassem em concentração vertical ou horizontal entre as partes seria iniciado apenas com o fechamento da operação, ou seja, apenas com o advento de todas as condições contratuais previstas.²¹⁵

Não bastasse certa discricionariedade no processo de definição do que seria “primeiro documento vinculativo”, com a entrada de novos Conselheiros no Plenário do CADE em 2000. A insegurança jurídica para os administrados aumentou: antes, ao menos buscava-se a existência de alguma documento: atualmente, lança-se mão de presunções sem suporte legal contra o administrado em completo desrespeito ao devido processo legal. Prova desta tendência são as votações extremamente divergentes do Conselho e mudanças de posição dos Conselheiros, sem atentar para o que decidiram anteriormente sobre a mesma hipótese de fato. Lembre-se o verificado no julgamento do Ato de Concentração nº 08012001196/00-32 (Requerentes Ina Holding GmbH & Co. Kg e Valeo Deutschland GmbH), em que o Plenário do CADE chegou mesmo a contradizer frontalmente entendimento do Conselho anterior.²¹⁶

tração nº 168/97, Requerentes Plus Vita S.A. e Van Mill Ltda., julg. 18.04.98 e 08.12.98., Multa de 60.000 UFIR)”

²¹⁵ Ver degravação da 147ª Sessão Ordinária do CADE, em que foi julgado o AC nº 08012.002263/99-58 (Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, Requerentes Thyssen Aktiengesellschaft e Fried. Krupp AG Hoescht-Krupp, DOU 23.12.99)

²¹⁶ “Ato de Concentração N° 08012001196/00-32

Requerentes: Ina Holding GmbH & Co. Kg e Valeo Deutschland GmbH

Advogados: José Martins Pinheiro Neto, Celso Cintra Mori, Ubiratan Mattos e outros.

Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca

Ato de Concentração. Aquisição pela Ina Holding GmbH da totalidade das cotas da Valco Deutschland GmbH -Hipótese contemplada pelo Parágrafo 3º do Artigo 54 da Lei 8884/94. O recesso do colegiado do Cade não suspende o prazo para as requerentes protocolizarem Atos de Concentração. Apresentação tempestiva. Mercado relevante: platôs de embreagem, discos de embreagem e embreagens eletrônicas. Ausência de dano à concorrência. Operação aprovada sem restrições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente João Grandino Rodas e os demais Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições, ratificando a aprovação já efetivada na 175ª Sessão Ordinária. Nesta 197ª Sessão Ordinária, o processo do Ato de Concentração foi recolocado em pauta, tendo em vista a manifestação oral da Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, na 176ª Sessão Ordinária, no sentido de rever sua posição quanto à tempestividade de apresentação do ato, conforme art. 65 da Lei 9.784/99. Ante a nova posição quanto à matéria, o Plenário, por maioria,

5. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DE VOTOS SOBRE INTEMPESTIVIDADE

A insegurança jurídica gerada por este comportamento desorganizado do CADE conduz à preocupação com o momento de se notificar, obrigando aos profissionais a se debruçar sobre os julgados em busca de coerência para orientar seus clientes. Ainda que alguns dos pontos de vista abaixo tenham sido vencidos, a sua mera argumentação é capaz de desorientar os operadores do direito. Alguns votos ilustrativos da dificuldade em se encontrar esta coerência serão transcritos abaixo.

5.1. AC. Nº 08012.004887/00-70 – VOTO DE VISTA DE CELSO F. CAMPILONGO

“(...) A Lei nº 8.884/94 não pressupõe a limitação fática da concorrência. Basta mera possibilidade de que essa limitação ocorra. Negócio jurídico pendente de condição suspensiva é, perante o direito, ato existente e válido. Apto, nesses termos, a caracterizar potencial limitação à concorrência. Não é correto que a legislação antitruste brasileira – com redação dada ao caput do artigo 54 e ao seu § 3º – exija eficácia imediata do ato notificado. A condição suspensiva, geralmente, tolhe eficácia plena do ato. Por isso, o momento da realização da operação não pode ser diverso, do prisma jurídico, daquele que confira ao ato, em sua plenitude, existência e validade. O que está pendente pela condição suspensiva não é a existência ou a validade do ato, mas só sua eficácia.

(...) A Lei de Introdução ao Código Civil determina que a lei do país que se constituírem as obrigações deve reger o ato (art. 9º). Como a operação em exame foi realizada no exterior e dependia de condições inerentes à legislação do lugar de origem, poder-se-ia argumentar que, enquanto não preenchida a condição, o ato não geraria e-

*considerou a presente operação intempestiva, porém não aplicou a multa determinada pelo art. 54, parágrafo 5º da Lei 8884/94, por força do disposto na Lei 9784/99, pelo voto médio. Votaram pela intempestividade, mas sem aplicação de multa, o Presidente, a Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva e o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Vencidos os Conselheiros Mércio Felsky e Thompson Almeida Andrade, que votaram pela tempestividade, e os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca e Celso Fernandes Campilongo, que votaram pela intempestividade. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, Thompson Almeida Andrade, Celso Fernandes Campilongo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Presente O Procurador-Geral Amauri Serralvo
Brasília-DF, 14 de fevereiro de 2001 (data do julgamento)”*

feitos no Brasil. Ocorre que, no campo do direito antitruste, a lei brasileira aplica-se também às operações que possam produzir efeitos no Brasil, ainda que ocorridas no exterior. Assim, não há como se afastar a competência dos órgãos brasileiros de defesa da concorrência e, muito menos, que se cogitar num papel ancilar ou secundário a lei nacional. As disposições da Lei nº 8.884/94 têm aplicação imediata sobre a operação em exame”.

Antes de tudo, a Lei nº 8.884, por se tratar de diploma jurídico típico do Direito Econômico, não se preocupa com a existência, validade e eficácia de um negócio jurídico. Pode-se conceber situações aplicáveis à Lei nº 8.884/94 que se concretizem sem a existência de um negócio jurídico como a gestão de negócios.

Para o Direito Econômico, essencialmente voltado à busca dos objetivos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, não interessa discutir, *in abstracto*, a existência, a validade e a eficácia de um ato – esta é uma preocupação das discussões do direito civil. Para fins da Lei nº 8.884/94 o que importa é o efeito produzido sobre o mercado e não se, numa discussão *interna corporis* entre as partes contratantes, há ou não eficácia jurídica. Mais apropriada para a análise do CADE é a distinção entre eficácia e efetividade feita pelo publicista Luís Roberto Barroso, lastreado em José Afonso da Silva e Miguel Reale. “Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado” e “refere-se à aptidão, à idoneidade para a produção de seus efeitos”.²¹⁷ Diversamente, posta no plano da realidade, fora da teoria ponteano dos planos, encontra-se a efetividade ou eficácia social, pois “cuida-se da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”.²¹⁸

Percebe-se agora a confusão feita pelo Conselheiro: ao CADE o que importa é o mercado e não a relação jurídica entre as partes. A aptidão para gerar efeitos não significa necessariamente a sua produção, ainda mais quando a efetividade se encontra represada por condição ou termo. Representa a efetividade a “materialização no mundo dos fatos” dos preceitos contratuais. Em outras palavras, aplica-se um conceito privatista para uma situação em que deveria ser aplicado o conceito sob seu aspecto funcional.

No caso analisado pelo Conselheiro, tratava-se de notificação *a priori* de Ato de Concentração realizado no exterior, ou seja, o ato simplesmente não era válido e não irradiava efeitos, pois a aprovação antitruste obstava seu prosseguimento. Logo, a operação deveria ter sido considerada tempestiva,

²¹⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 220.

²¹⁸ Idem, p. 221.

porque não influenciou nem possibilitou, àquela época, a produção de efeitos concretos no mercado brasileiro.

5.2. AC. Nº 08012.005437/00-11 - VOTO DO CONSELHEIRO AFONSO A. DE M. FRANCO NETO

“(…) O Contrato não estipula multa por rescisão nem estabelece quaisquer condições de razoabilidade do acesso a informações ou de preservação da condução normal dos negócios até o fechamento. Por outro lado os termos do contrato antecipam a perspectiva do controle da Quante pela SuSe, estipulando valores de pagamento pelas ações e dividendos dos acionistas dissidentes da operação.

O raciocínio do Conselheiro merece duas observações.

É possível afirmar que, em vista da não previsão de multa contratual, o Conselheiro tenha concluído que as partes não vislumbravam qualquer possibilidade de rescindir o contrato (“critério da reversibilidade econômica da operação”). Todavia, esqueceu-se o fato de que, nos países de sistema jurídico de tradição romano-germânica, as multas por violações contratuais estão previstas em lei, sendo limitadas no Código Civil. Desta forma, estipular multa superior ao teto legal é determinação inválida e a idéia de que as partes contratantes nada farão para retornar ao *status quo ante* em vista da ausência desta estipulação parece por demais ingênua.

Além disso, o fato de que algumas cláusulas do contrato “antecipam a perspectiva do controle da Quante pela SuSe” por conterem um valor a ser pago pelas ações e dividendos não é, por si só, capaz de configurar a capacidade de mudar as decisões estratégicas.

A própria idéia de mudança nas relações de concorrência precisa ser analisada com cuidado (“critério de alterações no controle da empresa em concentração”). Uma empresa pode individualmente decidir que não mais deseja competir no mercado, contentando-se em ver minguar suas vendas num dado mercado. Do mesmo modo, os proprietários desta empresa podem decidir que irão vendê-la, sem contudo ter nenhum comprador em mente – deveria a transação neste ponto ser apresentada? E se os seus proprietários, após deixarem de conduzir com afincos seus negócios, entram em contato simultaneamente com vários potenciais compradores, assinando documentos confidenciais para que estes tenham acesso a dados vitais da empresa? Este momento é o inicial da apresentação? Não seria o momento, na medida em que não há um interessado definido, muito embora a empresa-alvo já não concorra e os compradores tenham acesso a informações estratégicas suas. É possível que os

proprietários da empresa-alvo desejem buscar a melhor oferta dentre todos os interessados, conduzindo negociações simultâneas.

Estes questionamentos mostram como podem ser enganadoras as presunções da maneira que o CADE as tem usado. Para evitar equívocos deste tipo, é preciso que haja algo mais concreto: a indicação de um membro da diretoria ou o pagamento de parcela substancial do preço seriam indícios mais consistentes do que meras especulações sobre cláusulas contratuais.

5.3. AC. Nº 08012.004560/00-14 - VOTO DA CONSELHEIRA HEBE T. ROMANO

No referido voto da Conselheira Hebe Romano, foi considerada a existência de uma cláusula de acesso à informação como tendo a capacidade de “clara ingerência sobre os negócios da empresa”. De acordo com a raciocínio exposto no voto, a adquirente ao proceder com a auditoria da empresa-alvo²¹⁹, passou a deter capacidade de influir na gerência da empresa. Em outras palavras, a adquirente sempre terá que comprar algo que não sabe exatamente o que é, mas apenas tem uma noção.

O raciocínio é distorcido, pois o simples acesso a informações, como dito acima, não tem condão por si só de alterar as relações de concorrência. Afinal, vários podem ter acesso simultâneo a tais informações e nada os obriga, dependendo do contrato, à concretização do negócio. Nos leilões para privatização de empresas estatais, era dado aos licitantes pleno acesso às informações em momento muito anterior ao da apresentação – neste grupo de licitantes, certamente havia vários potenciais compradores que, pela ótica atual do CADE, teriam, àquela época, já deixado de concorrer, mas, nem por isso, este estágio foi considerado como deflagrador da contagem do prazo.

Ressalte-se que, já no Ato de Concentração nº 08012.001489/2000-18 o CADE parece ter mudado de entendimento, a ponto de não mais considerar um “Contrato de Sigilo” como sendo o termo inicial, muito embora tenha considerado a apresentação intempestiva.

5.4. AC. Nº 08012.004644/99-62 – VOTO DO CONSELHEIRO CELSO F. CAMPILONGO

²¹⁹ Um trecho da Seção 5.5 possibilitava “(...) o acesso integral durante o horário normal de trabalho aos seus escritórios, propriedades, livros e registros, permitindo-lhes que inspecionem e façam cópias dos contratos, livros e registros e de todos os outros documentos e informações que possam vir a ser solicitados em relação às operações e negócios da Sociedade e de suas Subsidiárias (...)” e a “investigação dos negócios da Sociedade e suas Subsidiárias”.

“É certo que implemento da condição é deflagrador das conseqüências do ato. Porém, como sublinha Zeno Veloso, com arrimo em Karl Larenz e Emilio Betti, “seria inexato supor que o negócio jurídico condicional não produz anteriormente qualquer efeito jurídico ... já na pendência da condição existe o gérmen de vida de uma relação jurídica futura” (Condição, Termo e Encargo, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 56). Dito de outro modo: não é o ato jurídico (oferta pública) que pende. O ato já se perfez. Sua eficácia é que depende da condição.

A legislação brasileira fala em primeira documento vinculativo”. Li da com a idéia de “crime de perigo”. O risco de que o ato – ainda que pendente de condição – possa eventualmente , gerar efeitos concorrenciais (mesmo que isso não ocorra) é o suficiente para que a operação seja apresentada às autoridades brasileiras. Irrelevante, do prima jurídico, que a operação esteja pendente de apreciação em outras jurisdições”.

Este Ato de Concentração se concretizou por meio de oferta pública entre empresas concorrentes condicionada à aquisição de percentual pré-estabelecido, em que as ações encontravam-se altamente dispersas no mercado.

Seguindo a mesma argumentação criticada no item 5.1, *supra*, o Conselho defende que a produção de efeitos possa se dar num plano essencialmente jurídico, ignorando a sua “materialização no mundo dos fatos”. Ignorou, simplesmente, a impossibilidade fática representada pela grande dispersão das ações, o que poderia em tese obstar a realização da operação.

Mais apropriado para solucionar o caso concreto parece ser o entendimento do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Ao analisar o mesmo ato de concentração, observa que o “Acordo e Plano de Incorporação contém condições para a efetivação da operação, que incluem a necessidade de que os acionistas detentores pelo menos da maioria das ações (50%) tivessem aceito a oferta na data prevista de seu encerramento. O Contrato prevê que, enquanto não fosse aceita por detentores da maioria das ações, a oferta poderia ser revogada e até mesmo retirada. Assim, a realização da operação não poderia ser dada como certa antes da data de encerramento da oferta, haja vista, ainda, que apenas cinco acionistas detinham mais de 5% do capital acionário, perfazendo um total de 31,2% dos votos”.

No Ato de Concentração nº 08012.04007/99-69, o Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto, segue a mesma linha de raciocínio e afirmando que “considerando que a estrutura societária das requerentes é bastante pulverizada, detendo a maior acionista menos de 10% do capital social, apenas após a aprovação da assembléia de acionistas é questionável a vinculação entre as requerentes e não antes desses evento ou da oferta públi-

ca”. Neste caso, foram vencidos os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca, Thompson Almeida Andrade e Celso Fernandes Campilongo.

5.5. AC. Nº 08012.001368/99-81 – VOTO DO CONSELHEIRO AFONSO A. DE M. FRANCO NETO

O Ato de Concentração nº 08012.001368 consistia na notificação da transferência da concessão de “funcionamento e ativos operacionais da Ferrovia Teresa Cristina” por meio de leilão do Programa Nacional de Desestatização. O Plenário do CADE, seguindo orientação do Conselheiro Relator, considerou tempestiva a notificação, realizada após o prazo legal de 15 dias, em virtude do art. 48 do Decreto nº 1.204/94.

Em síntese, a regra do art. 48 do Decreto nº 1.204/94 determinava que a apresentação deveria ocorrer “após a liquidação financeira da operação”, fato que, ao tempo da notificação, sequer havia ocorrido. Nesta direção, o Conselheiro Relator afirmou que “tal Decreto consiste em norma especial e posterior, inclusive à Lei nº 8.884/94, de maneira que a leitura da tempestividade da operações de concentração analisadas por esta lei deve ser feita em consonância com aquela norma especial”.

Antes de tudo, note-se que um Decreto, ainda que do Presidente da República, não poderia revogar uma Lei, mesmo que esta Lei fosse especial e posterior – só pode o Decreto conter instruções para o cumprimento da Lei. Portanto, não estaria o CADE vinculado a dispositivo manifestamente ilegal. Esta afirmação é feita sem entrar no mérito da questão se, do ponto de vista da competência, o Presidente da República poderia ter avocado para si o poder de regulamentar o órgão de cúpula do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, posto que o mesmo é organizado como ente da administração indireta.

Aliás, é exatamente para isso que o CADE é constituído sob a forma de autarquia independente, cujos Conselheiros possuem mandato irrevogável de 2 anos: evitar que pressões políticas se exerçam e que a Lei deixe de ser cumprida.

6. CONCLUSÃO

Fica nítido que a letra da Lei nº 8.884/94, por si só, não contém elementos suficientes capazes de trazer segurança jurídica aos administrados, verificando-se uma distorção em contradição com os próprios fins da lei: em vez de despender seus esforços na análise das estruturas – verdadeiro propósito da controle das concentrações econômicas -, o CADE perde seu foco ao discutir exaustivamente a tempestividade da apresentação. O que deveria ser acessório torna-se principal, a ponto de os advogados da área se preocuparem

mais com o prazo e cláusulas que já foram consideradas como aptas a iniciar a contagem do prazo do que com a elevação do Índice *Herfindahl-Hirschmann*.

Diante das dificuldades interpretativas a Lei nº 8.884/94 traz é que deveria surgir uma verdadeira atividade prudencial por parte do Conselho, objetivando dar segurança jurídica aos administrados – seria entender a atividade jurisdicional do CADE permeada com a idéia do *ius est ars boni et aequi*. Deveria o CADE observar o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que determina como critério da atuação administrativa a “adequação entre os meios e os fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

Diante disso, a aplicação das multas por intempestividade nos casos acima descrito não só se torna discricionária, mas também arbitrária, pois a falta de critérios objetivos e coerentes cria ambiente permeado de insegurança. Saliente-se que “la confianza presenta en actualidad significativas proyecciones en distintos campos, como en la Economía, cuyos nuevos enfoques enseñan como la eficiencia económica depende en gran medida de aquella.” Particularmente no mundo jurídico, a segurança “constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo jurídico, ya sea como principio básico de la vida social – sin la cual sería imposible concebir la convivencia en sociedad -, o también, creando deberes específicos de conducta conforme a las expectativas de conductas razonables por parte de los sujetos portantes. El hombre actúa por motivaciones, y la primordial es la expectativa de confianza que supera la incertidumbre en cualquier orden, especialmente en el ámbito jurídico económico para romper con los riesgos del mercado, creando un marco de expectativa favorable a su acceso, evitando daños innecesarios.”²²⁰

Vê-se que a alegação, tantas vezes invocada pelos Conselheiros para aplicar as multas por intempestividade, de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”²²¹, soa, diante das dificuldades e divergências acima expostas, no mínimo, como arrogante – particularmente, quando nem mesmo o CADE chega a um consenso do que seja o momento para apresentação das notificações.

Neste ambiente de insegurança, o uso do princípio da proporcionalidade como modo de assegurar uma aplicação consistente da multa por intem-

²²⁰ Celia WEINGARTEN, El Valor Económico de la confianza para empresas y consumidores, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 33, p. 33-34.

²²¹ Voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no Auto de Infração nº 010/00.

pestividade em virtude da falta de critério seguros dados pela Lei nº 8.884/94 seria um bom balizador. Verificar a proporcionalidade entre a ação e as conseqüências dela nascentes garantiria muito mais segurança.

Assim, a tempestividade de uma mera aquisição por entrada num dado mercado no atual sistema de notificação não deveria ser severamente punida se o atraso foi pequeno e não intencional – afinal, o CADE já decidiu inúmeras vezes que tais operações, por suas características, não repercutem nos mercados. Por outro lado, o atraso na notificação de uma operação com concentração vertical ou horizontal deveria ser mais severamente punida do que é hoje, pois a potencialidade de efeitos negativos é, desde o princípio, sabida e avaliada pelos agentes econômicos envolvidos.

7. BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 42-50, jul./set. 1990.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Da discricionariedade administrativa*. São Paulo, 1990.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5^a Edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Processos informais de mudança na constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, RT.
- . Princípios da Livre Iniciativa e da Legalidade – Imposição do Dever de Etiquetar Preços, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24, p. 92-101.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Bolívar B. M. O poder normativo de órgãos da administração: o caso da CVM. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, v. 64, p. 47-69, 1986.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. Boston and Toronto: Little, Brown, and Co., 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

VELLOSO, Caio Mário. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 39-50, jan./mar. 1983.

WEINGARTEN, Celia. El Valor Economico de la confianza para empresas y consumidores, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 33, p. 33-50.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência*. Ministério das Finanças de Portugal: Lisboa, 1970.

A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES: - OS VALORES SOCIAIS DA LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO -

*Fábio Carvalho Leite**

1 – Uma Breve Introdução ao Problema

O advento de uma nova Constituição representa sempre um rompimento com uma ordem política e jurídica estabelecida. A Constituição Federal de 1988, fruto de uma verdadeira revolução sem luta armada, enfrentou – e ainda enfrenta – desde a sua promulgação (ou até mesmo antes) forte resistência à sua plena concretização. Estes óbices à *realização constitucional* do país não provêm apenas dos agentes políticos, cujos poderes deveria limitar, mas também – e, neste particular, lamentavelmente – da inadequação do pensamento jurídico nacional às inovações trazidas pela nova Carta Política, que exigem uma releitura do texto constitucional a partir de uma nova ótica hermenêutica.

Com efeito, a magnitude desta mudança encontra-se representada já no próprio limiar do Texto Constitucional, sob o Título inaugural da Constituição “*Dos Princípios Fundamentais*” em contraste com a fórmula adotada pela Constituição anterior, que iniciava seu texto sob o Título “*Da Organização Nacional*”. A opção por um elenco de princípios fundamentais, bem como sua posição inicial no texto constitucional pelo legislador constituinte, não foram obras aleatórias do mero acaso; representam antes uma técnica legislativa utilizada pelo constituinte, a apontar a existência de um núcleo normativo constitucional que explicita os valores políticos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte, os quais devem orientar a interpretação e integração de todo o texto constitucional, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico, conferindo, assim, a coerência necessária a todo o sistema.

Deve-se recordar, para uma melhor compreensão do problema, que o pensamento jurídico nacional está contaminado até a medula pelos valores extraídos do Código Civil, ou antes, pelos princípios que orientaram o movimento de codificação, que correu o mundo a partir do século XVIII. É que este movimento, de verdadeira adoração à obra do legislador, colocou o Código Civil não apenas como estatuto fundamental do direito civil, mas também como o centro de todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, o Código Civil não se esgotava em seu próprio conteúdo; mas, antes, ocupava-se de

* Aluno de pós-graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC- RIO

determinar o modo como deveriam ser interpretadas e integradas as demais leis, bem como sua aplicação no tempo e no espaço. Logo, não é de causar espécie o fato de as demais leis – e, por fim, todo o ordenamento jurídico – serem interpretadas à luz dos princípios fundamentais definidos no Código Civil. Ademais, conforme elucida ORLANDO GOMES, na esteira de TARRELLO, “a idéia de codificação, fermentada na segunda metade do século XVIII e nos primeiros anos do século XIX, quando se espalhou, deve ser colocada na perspectiva ideológica liberal. O esforço técnico para sistematizar as leis teve o objetivo político de proteger o proprietário, de assegurar-lhe a livre disponibilidade dos seus bens, e de institucionalizar a iniciativa privada”.¹

No entanto, verifica-se que, no correr do “longo século XX”², as mudanças exigidas e efetivamente operadas nas relações entre o Estado e a sociedade civil, a partir das reiteradas práticas de intervencionismo estatal – não apenas, mas sobretudo – no campo econômico, revelaram a inadequação tanto do liberalismo quanto do ordenamento jurídico fundado a partir de suas premissas. Assim, se os primeiros abalos sofridos pelo sistema liberal não atingiram o primado absoluto do Código Civil, seja como estatuto fundamental do direito civil, seja como diploma básico da ordem jurídica constituída³, não puderam também impedir, por outro lado, o impressionante crescimento e aperfeiçoamento dos diversos ramos do direito público. Tais avanços, ocorridos, mais precisamente, na primeira metade do século XX, conquanto não representem um corte significativo no pensamento jurídico fundado no movimento de codificação, demonstram por si as insuficiências de um sistema jurídico que se pretende encerrar no Código Civil⁴.

Segue-se, a partir de então, uma ininterrupta mudança no ordenamento jurídico, apontando a uma tendência à publicização de determinadas matérias outrora reservadas ao exclusivo amparo pelo direito civil. Com efeito, o Código Civil representava a premissa jurídica ao funcionamento do modelo liberal, que relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas

¹ GOMES, ORLANDO, “A Agonia do Direito Civil”, in. Revista de Direito Comparado Luso Brasileiro, vol. 10, 1986, p. 2.

² Referência à obra homônima de GIOVANNI ARRIGHI.

³ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “O Movimento de Descodificação do Direito Civil”, in. Estudos Jurídicos em Homensagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 506.

⁴ Idem.

próprias regras⁵. A superação deste pressuposto fundamental do liberalismo, a partir do que brota a nova idéia de integração do indivíduo à sociedade, em oposição à idéia liberal de proteção da vida individual, exige uma mudança no tratamento de determinadas matérias, antes reservadas ao domínio do direito privado, ou antes, deixa de justificar a permanência de matérias de interesse social em âmbito reservado à esfera privada. Ocorre, então, uma verdadeira emigração de princípios jurídicos do direito privado para o Direito Constitucional, provocando um esvaziamento do Código Civil, que, assim, “*deixa de constituir o centro geométrico de toda a ordem jurídica constituída*”⁶. Como afirma ORLANDO GOMES, “*a propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram, hoje definidas, as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado*”⁷.

Esta emigração de princípios do Código Civil para o Texto Constitucional merece uma reflexão mais aproximada, porquanto não representa uma mera mudança no *locus* de onde emanam os valores jurídicos, ou por outra, se representa justamente esta mudança, tal fato parece fazer toda a diferença.

O ingresso na Constituição de matérias que antes eram tratadas pelo Código Civil representa, antes de tudo, um rompimento com a visão desvirtuada que impunemente permitia a coexistência quase impermeável de dois domínios – o público e o privado – em um mesmo ordenamento jurídico. Assim, enquanto as constituições, ao longo do século XX, passavam a consagrar as conquistas sociais que visavam à integração do indivíduo junto à sociedade, trazendo uma nova perspectiva acerca da função do Estado e até mesmo de sua relação com a sociedade civil, o direito privado em geral sobrevivia com as mesmas concepções de indivíduo, Estado e sociedade, oriundas do liberalismo oitocentista, fundada, portanto, a partir de outros valores, que já haviam sido – não necessariamente ultrapassados, mas certamente – revistos.

A prevalecer esta convivência conflituosa de valores em níveis hierárquicos distintos, estar-se-ia admitindo a coexistência de dois indivíduos, dois Estados e duas sociedades, perante um mesmo ordenamento jurídico, o que seria um absurdo. A constitucionalização de matérias antes reservadas ao campo do direito civil superou a resistência oferecida à idéia de sistematização do ordenamento jurídico, o que impedia a leitura do direito privado – em especial do Código Civil – a partir dos valores constitucionais. Ademais, deve-se ainda ressaltar que a leitura sistemática do ordenamento jurídico confere

⁵ MORAES, MARIA CELINA BODIN DE, “*A Caminho de um Direito Civil Constitucional*”, in. Revista de Direito Civil, vol. 65.

⁶ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Op.Cit.*, p. 508.

⁷ *Op.Cit.*, p. 5

maior força e impositão às leis (e demais atos normativos primários em geral) junto à própria sociedade⁸, porquanto decorrem da Constituição, em cujos princípios encontram seu fundamento de validade, afastando assim antagonismos dentro do sistema e, por fim, conferindo maior segurança acerca da validade e aplicabilidade das leis.

Como conseqüência desta mudança, houve um verdadeiro rompimento com o dogmatismo liberal acerca do primado da proteção jurídica do indivíduo contra o Estado, o que ao fim visava a assegurar àquele absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica, em atenção aos interesses da burguesia.

Não é demais lembrar que o rompimento de um dogma, seja qual for a área do saber, revela sempre um inesgotável campo de possibilidades. Neste caso, permitiu o nascimento de uma nova sociedade, comprometida antes com a integração do indivíduo junto ao grupo social do que com a sua proteção frente ao Estado.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar em seu artigo inaugural como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa, assinalou um grande passo em direção ao rompimento definitivo com o individualismo advindo do pensamento liberal clássico que por longa data fez suas glórias na doutrina jurídica pátria. Ademais, passada mais de uma década de vigência da Constituição de 1988, pode-se verificar que a doutrina jurídica nacional tem sofrido, sobretudo recentemente, uma perceptível mudança no que tange à interpretação constitucional, a partir da valorização que tem sido atribuída aos princípios consagrados na Lei Maior para a tarefa de concretização do texto constitucional. A concepção de que normas constitucionais são um gênero do qual regras e princípios são espécies parece sepultar de vez o entendimento, até então em voga, segundo o qual os princípios são desprovidos de força normativa. Deste modo, respeitadas as diferenças existentes entre estas espécies normativas, ambas demandam, cada qual a seu modo, imposição e aplicação à realidade social.

No presente ensaio, pretendemos investigar quais os valores sociais da livre iniciativa eleitos pelo constituinte brasileiro como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e, com isso, ressaltar a mudança trazida ao ordenamento jurídico nacional pela Constituição de 1988, dedicando especial atenção aos óbices oferecidos pela doutrina pátria, calcada em pressupostos abandonados pela nova ordem constitucional, que inibem, destarte, a interpretação

⁸ GOMES, ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 6.

e a aplicação da Constituição e, por conseqüência, a redefinição do ordenamento jurídico, a partir dos novos valores eleitos pelo constituinte de 1988.

2 – Art. 1.º, IV, CF-88: “Valores Sociais da Livre Iniciativa”, “Valor Social da Livre Iniciativa” ou simplesmente “Livre Iniciativa”? – Uma discussão preliminar necessária.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo inaugural que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”. Cumpre observar que esta redação, constante do inciso IV do referido artigo constitucional, suscita uma interpretação dúbia acerca de quais os fundamentos efetivamente escolhidos pelo legislador constituinte: “*os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa*” ou “*o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa*”. Deve-se ressaltar que ambas as interpretações, conquanto distintas, encontram-se em perfeita sintonia com as regras ditadas pela gramática, o que, em uma primeira análise, já revela uma dificuldade a ser encarada pelo intérprete da Constituição. Não bastasse este obstáculo, a doutrina “criou” uma terceira interpretação que não tem como prosperar sem violar frontalmente o texto constitucional, porquanto não resiste sequer à interpretação gramatical, que, como afirma o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, “*é o momento inicial do processo interpretativo*”⁹. Com efeito, pretendem estes autores que o legislador constituinte tenha escolhido como fundamento do Estado brasileiro, ao lado dos valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o que certamente não fez. Senão vejamos. Conforme reza o artigo 1.º da Constituição Federal:

“A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)

IV – *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*;(...)”

Se o inciso IV do artigo 1.º da Constituição Federal não é claro para assegurar se se trata de “*valores sociais do trabalho e valores sociais da livre iniciativa*” ou de “*valor social do trabalho e valor social da livre iniciativa*”, tal virtude não falta ao mencionado dispositivo para afastar *in limine* a interpretação que pretende conferir à livre iniciativa *status* de princípio fundamental da Constituição. Embora não seja agradável estar proclamando o óbvio, deve-se salientar que, se assim pretendesse o legislador constituinte, a redação

⁹ BARROSO, LUÍS ROBERTO, “*Interpretação e Aplicação da Constituição*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 120.

certamente deveria ser “*os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa*”, ou suas variações. Nunca, porém, “*os valores sociais do trabalho do trabalho e da livre iniciativa*”, que só permite as duas interpretações supramencionadas. Isto inobstante, os comentadores da Constituição de 1988, ao procederem à análise do artigo 1.º, IV do texto constitucional, são praticamente uníssonos ao afirmarem que o mencionado dispositivo elege a livre iniciativa como um princípio fundamental da nova ordem constitucional. Neste sentido, afirma o Professor JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, em seus Comentários à Constituição de 1988:

“48. *Livre Iniciativa*

A atividade do homem ou é dirigida ou é livre. Livre iniciativa é a possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa. Não é novidade entre nós o princípio da liberdade de iniciativa, prescrito na EC n.º 1, de 1969, art. 160, I (“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa, na Constituição de 1946, art. 145” (“A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios.....sendo omissa a respeito a Constituição de 1891. Na EC n.º 1, de 1969, art. 160, I, a liberdade de iniciativa é um princípio em que repousa a ordem econômica e social para a consecução do desenvolvimento nacional e da justiça social; na Constituição de 1988, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil para que o Estado de direito ou o Estado democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária. A liberdade de iniciativa decorre dos direitos individuais consagrados no art. 5.º da Constituição de 1988, como decorria do art. 153 da EC n.º 1, de 1969, defluindo da liberdade de trabalho e ligando-se à liberdade de associação. Conforme elucida Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Cf. Comentários à Constituição Brasileira de 1969, 6.ª ed., 1986, p. 657), “a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social e, portanto, do bem-estar social”. A notável encíclica do Papa João XXIII acolheu o princípio da liberdade de iniciativa como reflexo da liberdade humana, segundo, aliás, orientação da denominada Escola Intermédia, que, extraíndo seus fundamentos da teoria exposta pelos doutrinadores da Igreja Católica, é a que mais se aproxima da realidade dos fatos e, não afirmando de modo exato o que o Estado deve fazer, estabelece, porém, o que não deve ser feito pelo Estado, ou seja, traça limites negativos para a intervenção estatal assinalando que a

ação social do Estado não deve interferir no campo da atividade particular a não ser supletivamente, não deve favorecer indivíduos nem grupos, mas dirigir-se a toda a coletividade e, por fim, não deve ferir direito do cidadão, o que o Papa João XXIII resume assim: no campo econômico, o Estado deve ter posição secundária, embora relevante, devendo sua ação reger-se pelo princípio da supletividade ou subsidiariedade, a tal ponto que não limite a liberdade de iniciativa do particular, mas, ao contrário, a ampare para que se garantam e se protejam os direitos essenciais de cada um. Pontes de Miranda (cf. *Comentários à Constituição de 1934*, v. II, p. 300, e EC n.º 1, de 1969, 3.ª ed., Rio, Ed. Forense, 1987, V. VI, p. 28-29) investe contra o “liberalismo apriorístico que levou a resultados deploráveis” (p. 28). O liberalismo extrapola do princípios de liberdade. O homem precisa das liberdades, de um mínimo, e conquistou aquelas que a vida em comum lhe permitia e lhe permite. Não são todas as liberdades. O liberalismo econômico consistiu exatamente em levar a setores que não devia os princípios de liberdade, porque a liberdade econômica, ao mesmo tempo que protege, desprotege. Somente pela socialização das obras individuais é que a liberdade pode subsistir” (p. 29) Cf. Modesto Carvalhosa, *A ordem econômica na Constituição de 1969*, ed. de 1971, p. 107 (*A livre iniciativa enquanto direito*), ed. da RT.”¹⁰

Como parece claro, a leitura feita pelo Professor CRETELLA JR. do dispositivo constitucional em comento não apenas não atenta para o fato de que a Constituição em momento algum afirma que a livre iniciativa é um princípio fundamental, como ainda foge a qualquer análise sistemática da Constituição a fim de buscar o significado da expressão “livre iniciativa” dentro da nova ordem constitucional, preferindo o autor realizar tal busca em outras fontes, como se a “livre iniciativa” tivesse um significado próprio, a-histórico, e, o que parece mais assustador, como se, em caso de conflito entre este significado da expressão com alguma outra norma constitucional, o intérprete tivesse que adequar a aplicação desta última a fim de salvaguardar o conceito de livre iniciativa estampado pelo autor.

Essa interpretação do artigo 1.º, IV da Constituição Federal, a qual aponta como fundamentos do Estado brasileiro os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, não é exclusiva do Professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR. Esta parece ser a leitura feita pela maior parte dos comentadores da Constituição de 1988, que deixam assim escapar entre as mãos a oportunidade de aprofundar o estudo acerca das mudanças introduzidas pela nova Carta Constitu-

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, Vol. 1, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, pp.140-1.

cional ao ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, nessa mesma linha, manifestam-se os autores CELSO RIBEIRO BASTOS¹¹, PAULO BONAVIDES¹², ALEXANDRE DE MORAES¹³, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹⁴, MIGUEL REALE¹⁵, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO¹⁶, EUGENIO HADDOK LOBO e JULIO CESAR DO PRADO LEITE¹⁷:

Deve-se ressaltar ainda que essa orientação já marcava presença antes mesmo da promulgação do texto constitucional. Como se sabe, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88 organizou seus trabalhos a partir da distribuição de seus 559 membros em oito comissões temáticas, sendo cada uma delas, por sua vez, dividida em três subcomissões, e uma Comissão de Sistematização, conforme dispunha o seu Regimento Interno¹⁸. Desse modo, o caminho a ser percorrido pelo Projeto de Constituição consistia, basicamente, na elaboração de um anteprojeto por cada subcomissão, os quais, uma vez aprovados, deveriam ser reapresentados no seio da respectiva Comissão Temática, junto aos demais anteprojetos oriundos das outras subcomissões que a compunham, para, enfim, receber a aprovação do Plenário da referida Comissão. Os trabalhos aprovados pelas Comissões Temáticas deveriam convergir para a Comissão de Sistematização, de onde nasceria “o primeiro esboço articulado de anteprojeto” da Constituição. Após a aprovação pela Comissão de Sistematização, o anteprojeto deveria ser submetido à aprovação do Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, em dois turnos, para que fosse, enfim, promulgada a nova Constituição. Todavia, em um determinado momento durante o prosseguimento dos trabalhos constituintes,

¹¹ BASTOS, CELSO RIBEIRO, “Curso de Direito Constitucional”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, pp.148-9

¹² BONAVIDES, PAULO, “Curso de Direito Constitucional”, Malheiros Editores, 7.ª Ed., São Paulo, 1997, p. 339.

¹³ MORAES, ALEXANDRE DE, “Direito Constitucional”, Atlas, 3.ª ed., São Paulo, 1998, p.43.

¹⁴ BASTOS, CELSO RIBEIRO, e MARTINS, IVES GANDRA, “Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)”, 1.º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, pp. 425-6.

¹⁵ REALE, MIGUEL, “Aplicações da Constituição de 1988”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

¹⁶ CUNHA, FERNANDO WHITAKER DA, SOBRINHO, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO, MELLO, CELSO ALBUQUERQUE, FALCÃO, ALCINO PINTO, e SUSSEKIND, ARNALDO, “Comentários à Constituição”, 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990, p. 119.

¹⁷ LOBO, EUGENIO HADDOCK, e LEITE, JULIO CESAR DO PRADO, “Comentários à Constituição Federal”, 1.º volume, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989, p. 8.

¹⁸ Resolução da Assembléia Nacional Constituinte n.º 2 – 87, art. 15.

verificou-se um significativo impasse – em parte, de ordem ideológica – no desenvolvimento do processo constituinte. É que ao longo dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Sistematização, composta por 93 membros, houve um intenso descontentamento por parte dos constituintes que ficaram excluídos da participação na elaboração do texto constitucional. Ademais, e este é o ponto para o qual pretendemos dar maior atenção, a composição da Comissão de Sistematização era inequivocamente progressista – a partir da dicotomia conservadores-progressistas que se fazia presente na Constituinte e que foi utilizada, sobretudo pela imprensa, ao longo dos trabalhos constituintes¹⁹, para caracterizar a atuação dos congressistas. Desta união entre os constituintes descontentes com o processo constituinte e/ou os descontentes com o seu resultado parcial, formou-se um grupo que se autodenominou Centrão e que pretendeu – como efetivamente o fez – realizar significativas alterações no texto aprovado pela Comissão de Sistematização, considerado pelos conservadores como um projeto estatizante²⁰.

¹⁹ Esta caracterização, em verdade, já foi vinha sendo utilizada pela imprensa antes mesmo do início dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Como nos lembra a Professora GISELE CITTADINO, durante os trabalhos da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – criada pelo Decreto n.º 91.450, editado pelo Presidente JOSÉ SARNEY e mais tarde conhecida como Comissão AFONSO ARINOS, em merecida alusão ao seu Presidente – “a imprensa identificou, logo no início dos trabalhos da Comissão Arinos, dois grupos em confronto: o primeiro, majoritário, denominado conservador, era integrado por “ideólogos de direita” – qualificação também dada pela imprensa – e por empresários; o segundo, denominado “progressista”, era composto por juristas, professores e jornalistas”. (CITTADINO, GISELE, “Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 33, nota)

²⁰ Cumpre aqui trazer à baila artigo publicado durante o período em que se desenvolviam os trabalhos constituintes, de autoria do jurista MIGUEL REALE que, como defensor confesso do Centrão, torna-se insuspeito a corroborar o que foi acima comentado: “O Centrão, tão malsinado pelos que se surpreenderam com o seu repentino aparecimento, representa, antes de mais nada, oportuna correção de rumo na rota da Assembléia Nacional Constituinte, entregue às improvisações perniciosas da Comissão de Sistematização, que um Regimento Interno, com malícia ou não, transformara em timoreiro absoluto de nosso destino constitucional. Na realidade, contra todas as regras da lógica e do bom senso, inseriu-se, no processo de elaboração da nova Carta Magna, um órgão todo poderoso, com poderes excepcionais, até o ponto de reduzir os demais membros da Assembléia a simples espectadores. Foi esse o motivo da reação legítima e necessária, que, felizmente, veio demonstrar que o eleitorado brasileiro não havia optado por uma aventura populista, xenófoba e estatizante, na qual iam de mãos dadas liberais históricos displicentes e partidários de soluções de mercado extremismo socializante. (...) O certo é, porém, que a Comissão

A partir deste cenário, cumpre observar que o dispositivo que consagra os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado brasileiro não estava presente no texto aprovado pela Comissão de Sistematização²¹ – embora com ele em nada fosse colidente, eis que este dispositivo não contempla a livre iniciativa como princípio fundamental, mas apenas os seus valores sociais. Com efeito, o referido dispositivo fazia parte do projeto apresentado pelo Centrão, que, por sua vez, pretendia uma alteração significativa do projeto aprovado pela Sistematização, sobretudo no capítulo referente à ordem econômica²².

de Sistematização, cujos membros parecem ter sido escolhidos a dedo para essa tarefa esquadrista, longe de escoimar o Projeto Cabral dos exageros, que já o comprometiam, ainda mais o exacerbaram, abandonando de vez os princípios econômicos da livre iniciativa, e pretendendo, a nível de disposições constitucionais, disciplinar questões como, por exemplo, a da remuneração devida a horas extras de trabalho, ou ao teto das aposentadorias, que, por sua complexidade, só podem ser objeto de legislação ordinária. Além disso, o mais retrógrado nacionalismo foi acolhido com entusiasmo pela aludida Comissão, prevalecendo a idéia de uma economia nacional autárquica, fechada para o mundo, com a condenação formal de qualquer forma de investimento do capital estrangeiro, isto no momento em que a URSS e a China comunista abandonaram rígidos preconceitos marxistas para se achegarem às irrecusáveis vantagens das estruturas de tipo empresarial, restabelecendo-se os valores da justa redistribuição devida aos que produzem, empregando seu suor e seu saber.” (“Sentido do Centrão”, publicado no jornal Folha de S. Paulo de 08.01.1988, p. 3)

²¹ Com efeito, até este momento, o artigo inaugural do texto do projeto de constituição estava assim redigido: “Art. 1.º A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, visa a construir uma sociedade livre, justa e solidária, e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade das pessoas e o pluralismo político.”

²² Nesse sentido, conforme matéria publicada pelo jornal O Globo, em 09.01.1988, comentando o projeto elaborado pelo Centrão: “(...) O título da ordem econômica contém ainda uma série de outras modificações, como a definição de empresa nacional, que passa a ser chamada de empresa brasileira. Para assegurar a livre iniciativa, o Centrão incluiu um novo artigo onde “o Estado estimulará a iniciativa privada, visando a elevar a sua produtividade e a sua capacidade de geração de emprego”. Os investimentos de capital estrangeiro, que no texto da sistematização são admitidos exclusivamente nos casos que importem em interesse nacional, passam a ser “incentivados” pelo projeto do Centrão. Um outro artigo estabelece o fim de qualquer intervenção do Estado na economia, declarando que “à iniciativa privada compete organizar e desenvolver a atividade econômica”. (Publicado no Jornal O Globo em 09.01.1988, p. 3, sob o título “Centrão altera projeto da Comissão”)

Neste panorama, poderia se afirmar que as vitórias que fossem obtidas pelo Centrão na Constituinte representariam, em parte, a vitória de um projeto “conservador”, segundo o significado que era atribuído a esta qualificação. E foi justamente a partir desta expectativa que foram recebidas as vitórias das emendas oriundas do projeto apresentado pelo Centrão. No entanto, a aprovação do Título Primeiro do projeto do Centrão, que trata justamente dos princípios fundamentais, não pode em hipótese alguma ser caracterizada como uma vitória daquele grupo de constituintes, tampouco uma vitória conservadora. Em primeiro lugar, porque as alterações propostas pelo Centrão em muito pouco alteravam o texto aprovado pela Comissão de Sistematização. Em segundo lugar, porque, diferente das demais que se seguiram, a votação do Título Primeiro do Projeto da Constituição foi fruto de concessões mútuas e resultou em um incrível consenso, razão pela qual não se pode atribuir a nenhum grupo ideológico ou partidário a paternidade do Título inaugural da Constituição. A confusão, no entanto, entre livre iniciativa e valores sociais da livre iniciativa já ensaiava seus primeiros passos após a aprovação do texto em primeiro turno. O Senador ODACIR SOARES, comentando o referido texto, assim se manifestou:

“É, sem dúvida, por isso que o Brasil, que os constituintes desejam construir se fundamenta nos valores típicos de uma sociedade herdeira das tradições romanistas ocidentais e que são: a liberdade, a justiça, a solidariedade, baseadas na soberania, na dignidade da pessoa, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa, no pluralismo político e na convivência pacífica.”²³

Em conclusão a esta breve jornada pela doutrina constitucional pátria, verificamos que há quase um consenso na leitura do art. 1.º, IV da Constituição Federal, no sentido de que o princípio fundamental elencado pela Carta Magna é a livre iniciativa, e não seus valores sociais, embora o texto não permita que se cometa tal interpretação. Pode-se notar também que não há uma preocupação entre os autores supracitados na busca do significado da “livre iniciativa” no texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, preferindo, ao invés, dimensionar seu significado a partir de um conceito pré-concebido, o que muitas vezes conduz o dispositivo constitucional – e, com ele, a própria Constituição – ao conceito de livre iniciativa germinado no limiar do liberalismo econômico oitocentista, condenando o novo texto constitucional a um retrocesso de quase dois séculos.

²³ SOARES, ODACIR, “A Nova Constituição (1.º turno) – Comentários”, Senado Federal, Brasília, Julho de 1988, p. 10.

Como se pode observar, a doutrina constitucional brasileira incorre em dois grandes equívocos no que concerne à interpretação do disposto no inciso IV do artigo 1.º da Constituição Federal: confere à livre iniciativa o status de princípio fundamental – quando o legislador constituinte elegeu apenas os seus valores sociais como tal – e parte de um conceito pré-concebido da livre iniciativa, quando é sabido e consabido que a Constituição, enquanto um sistema, deve encontrar o significado de suas normas dentro de sua unidade e não fora dela. Com efeito, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente, a partir do “princípio da unidade da Constituição”, cuja função, como leciona LUÍS ROBERTO BARROSO, é a de “reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas”²⁴. Depreende-se, portanto, que o sentido e o alcance da norma constitucional só podem ser determinados a partir do confronto com as demais normas que integram a Constituição, como uma decorrência lógica do caráter sistemático do texto constitucional. Ademais, se em sede de teoria já não é possível ao intérprete se esquivar da concepção do texto constitucional como um sistema e de tudo o que lhe é decorrente, seria muito mais difícil escapar a esta observância no caso da Constituição Brasileira de 1988, fruto de um amplo debate e um grau de participação popular jamais registrado em nossa história constitucional²⁵. É que, como, mais uma vez, salienta o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, “a Carta Constitucional do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes”²⁶. Nesse sentido, nada mais absurdo do que determinar o significado e o alcance da “livre iniciativa” na nova ordem constitucional a partir do conceito estampado pelo liberalismo econômico pós-Revolução Francesa, destacando-a do

²⁴ *Op.Cit.*, p. 185.

²⁵ Nesse sentido, vale registrar que o Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte consagrava inúmeros mecanismos de participação popular, a saber: sugestões iniciais de qualquer associação, Câmaras de Vereadores, Assembléias Legislativas e Tribunais; realização de audiências públicas obrigatórias em que não apenas especialistas e autoridades poderiam ser convidados, como, sobretudo, entidades associativas tinham o direito de apresentar-se e opinar; e, ainda, a possibilidade de apresentação de emendas populares. As emendas deveriam ser subscritas por trinta mil eleitores e organizadas sob a responsabilidade de, pelo menos, três entidades associativas. No total, foram recebidas 122 emendas populares, somando 12.277.423 assinaturas, o que, considerando-se que cada eleitor podia subscrever no máximo três propostas, representa uma mobilização e a participação superior a quatro milhões de cidadãos.

²⁶ *Op.Cit.*, p. 182.

texto constitucional, o que, como decorrência lógica, deveria obrigar a Constituição a se adequar à livre iniciativa, tal como pré-concebida, e não o inverso. Difícil imaginar maior absurdo.

Cabe então retornar à indagação com a qual iniciamos este item, pretendendo, dentre as duas interpretações possíveis, destacar a que se deve aplicar ao disposto no inciso IV do art. 1.º da Constituição Federal, a saber a que considera como fundamento do Estado Brasileiro os valores sociais da livre iniciativa (e, por conseguinte, os valores sociais do trabalho) ou a que considera como tal o valor social da livre iniciativa e o valor social do trabalho.

Em festejada obra dedicada à análise crítica da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, o Professor EROS ROBERTO GRAU, em profunda divergência à manifestação da doutrina jurídica acerca do referido dispositivo constitucional – já exaustivamente apontada no presente ensaio – assim se manifestou:

“(..) as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1.º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado ‘os valores sociais do trabalho’, de outro ‘a livre iniciativa’, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.”²⁷

Como resta claro, o emérito Professor Titular da USP rejeita expressamente a infundada e injustificável separação entre “valores sociais do trabalho” de um lado e “livre iniciativa” do outro, tão repetida pela doutrina. Segundo o autor, a Constituição adota como fundamento da República Federativa do Brasil o “valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa”. Desse modo, o princípio fundamental não é a livre iniciativa, mas o valor social da livre iniciativa, ou, em seus próprias palavras, a livre iniciativa “no quanto expressa de socialmente valioso”. Não afirma, portanto, que a livre iniciativa é um valor social, mas que possui um valor social. Esta interpretação tem o mérito de excluir qualquer resíduo individualista de que se possa revestir o conceito de livre iniciativa, de modo que, a partir deste entendimento esposado pelo autor, a livre iniciativa preconizada pela Constituição como um princípio fundamental deve ser interpretada exclusivamente a partir do seu valor social, ficando relegado ao “museu das antiguidades” todo o caráter individualista que tanto fez as glórias do classicismo econômi-

²⁷ GRAU, EROS ROBERTO, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pp.220-1.

co liberal. Mais do que simplesmente excluir as interpretações individualistas, a livre iniciativa, concebida a partir de seu valor social, exclui de seu significado tudo aquilo que não for social. Trata-se de um novo conceito criado pelo legislador constituinte e ainda a ser lapidado pela doutrina.

A despeito de todos os louvores devidos ao Professor EROS GRAU, por ter sido uma das vozes pioneiras a se insurgir contra o absurdo que a doutrina vinha impunemente construindo, seja de forma comissiva ou omissiva, deve-se observar que o autor não abordou, sequer em tese, a possibilidade da outra alternativa de interpretação a ser atribuída ao inciso IV do art. 1.º da Constituição, a saber a que elenca como fundamento do Estado os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa. A concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado possui todos os méritos da concepção defendida por EROS GRAU, ou seja, exclui também de seu campo de aplicação tudo o quanto não diga respeito ao caráter social da livre iniciativa. Impede, assim, o retrocesso aos valores oitocentistas, há muito abandonados pelo Direito moderno, tal como o faz a concepção esposada pelo Professor da USP. No entanto, a ter que haver apenas uma interpretação – porquanto distintas – ao referido dispositivo constitucional, aquela que advoga em favor dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro parece levar alguma vantagem.

Preliminarmente, deve-se recordar que todos os doutrinadores citados no presente ensaio atribuíram o status de fundamento do Estado à livre iniciativa e, por conseguinte, aos valores sociais do trabalho, o que implica observar que a idéia de os valores sociais decorrentes do trabalho representarem um fundamento do Estado, um princípio fundamental da Constituição, não causou espécie, em momento algum, à doutrina especializada. Com efeito, o equívoco em que incorreram os autores foi o de atribuir à livre iniciativa, simplesmente, o caráter de fundamento do Estado, o que em absolutamente nada compromete a assertiva afirmada pelos referidos autores de que os valores sociais do trabalho constituem um princípio fundamental da Constituição Brasileira de 1988. Desse modo, o equívoco deveria ser remediado a partir da atribuição do status de princípio fundamental aos valores sociais da livre iniciativa – tal como procederam em relação aos valores sociais do trabalho – a não ser que tal interpretação esbarrasse em algum impedimento gramatical, o que inócorre no caso em tela. Deve-se recordar que o Professor EROS GRAU não levantou nenhum impedimento a esta interpretação; simplesmente não a abordou. Esta omissão poderia causar a impressão, em um primeiro momento, de que, rejeitada a absurda interpretação que separa o disposto no inciso IV do art. 1.º da Constituição entre “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa”, a única interpretação possível seria a que considera como fundamento do Estado o “valor social do trabalho e o valor

social da livre iniciativa”. Tal entendimento, no entanto, deixaria de lado uma outra interpretação que – embora isto não seja determinante – está muito mais próxima dos trabalhos feitos pela doutrina até o momento, eis que esta não hesita em afirmar os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado, e não o valor social do trabalho²⁸.

Mas não é este, definitivamente, o fator preponderante que nos inclina à concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado Brasileiro. É que, considerando-se que ambas as interpretações excluem qualquer aspecto individualista, ou por outra, excluem qualquer interpretação que não seja a que contempla o aspecto social da livre iniciativa, a determinação dos “valores sociais da livre iniciativa” parece ir um pouco além, porquanto confere uma dimensão efetivamente concreta ao conteúdo da norma.

Aceitar os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado implica necessariamente determinar quais são estes valores, ou seja,

²⁸ Nesse sentido, defende o emérito Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA: “a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa propriedade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV)” (SILVA, JOSÉ AFONSO DA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, São Paulo, 13.ª ed., 1997, p. 720). Em que pese o deslize na afirmação de que a iniciativa privada constitui um dos fundamentos do Estado, quando em verdade trata-se dos valores sociais da livre iniciativa, o autor é bastante incisivo ao afirmar os valores sociais do trabalho também como um dos fundamentos do Estado brasileiro, restando apenas determiná-los, o que, todavia, não era seu objeto de estudo. Tal como JOSÉ AFONSO DA SILVA, pronuncia-se assim o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, em trabalho intitulado “A crise econômica e o Direito Constitucional”: “O princípio da livre iniciativa, símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, revela a opção do constituinte pelo modelo privatista, em contraposição ao sistema do coletivismo econômico, marcado por rígido planejamento estatal e pela apropriação social dos meios de produção. Além de assinalá-lo como princípio fundamental, pareceu bem ao constituinte reiterá-lo como um princípio setorial, aplicável à atividade econômica, como se vê do caput do art. 170 (...) Observe-se que o caput do artigo faz referência à valorização do trabalho humano, tal como o inciso IV do art. 1.º menciona como princípio fundamental, “os valores sociais do trabalho”. Não há por certo, inferioridade hierárquica entre tais preceptivos e aqueles que consagram a livre iniciativa. Por força do princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais não guardam entre si relação de hierarquia.” (BARROSO, LUÍS ROBERTO. “A crise econômica e o Direito Constitucional”, in Revista Forense, vol. 323, ano 89, p. 85-6.)

significa extrair da livre iniciativa os seus valores sociais – o que por si já exclui da esfera de aplicação do dispositivo constitucional tudo quanto não seja socialmente valioso – conferindo-lhes o status de valores supremos da ordem constitucional que, por sua vez, formam o núcleo material da Constituição. A este entendimento não se deve contrapor o argumento de que haveria uma redução do campo de aplicação da norma, alegando-se, para tanto, que a determinação dos valores seria taxativa, o que, se aceito, tornaria dita interpretação até contraproducente. Ao contrário, a determinação dos valores sociais da livre iniciativa não deve ser exaustiva, mas sempre exemplificativa, o que decorre do próprio caráter de abertura dos princípios constitucionais fundamentais. Qualquer tentativa de se enumerar taxativa e exaustivamente os valores sociais da livre iniciativa estaria inevitavelmente fadada ao fracasso. A concepção dos valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro contempla a abertura característica dos princípios fundamentais da Constituição aliada a uma dimensão mais concreta da norma, o que confere uma maior efetividade ao dispositivo constitucional em comento. Nesse sentido, cumpre observar que esta interpretação encontra-se em perfeita harmonia com o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, assim defendido pelo Professor J. J. GOMES CANOTILHO:

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”²⁹

Assim, em que pese toda a fundamentação desenvolvida pelo Professor EROS GRAU em favor da concepção do valor social da livre iniciativa como princípio fundamental da Constituição de 1988, parece inegável que a interpretação que atribui este status aos valores sociais da livre iniciativa confere maior eficácia ao disposto no inciso IV do artigo 1.º do texto constitucional. No entanto, cumpre ressaltar que todo o estudo desenvolvido pelo Professor EROS GRAU servirá como base para o desenvolvimento deste pequeno ensaio, eis que ambas as interpretações, embora distintas, não são colidentes.

²⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, Coimbra, 1998, p. 1097.

3 – A Defesa da Livre Concorrência e dos Interesses dos Consumidores como Valores Sociais da Livre Iniciativa na Constituição Federal de 1988

A livre iniciativa, não há como se esquivar, encontra-se impregnada de valores individuais, oriundos do liberalismo econômico clássico, e seria natimorta a tarefa de se buscar valores essencialmente sociais no conceito de livre iniciativa econômica. Princípio por excelência do liberalismo, a livre iniciativa com este muitas vezes se confunde, dificultando ainda mais o arrolamento de valores de índole social em uma idéia que foi concebida para justificar e legitimar o liberalismo e que carrega o individualismo em sua gênese. Corroborando tal assertiva, afirma MIGUEL REALE que a livre iniciativa “não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas”³⁰.

Conforme a doutrina tem salientado, as idéias em que se traduz a livre iniciativa compreendem basicamente a livre eleição da atividade e dos meios de que se deve lançar mão na consecução da ação econômica; a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato; a possibilidade de agir sem influência externa; o reconhecimento do valor do livre empreendedor, daquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado. Embora, ao cabo, a livre iniciativa, em uma determinada ordem constitucional, seja somente aquilo que a Constituição diz que ela é, em obediência ao já mencionado princípio da unidade constitucional, isto inobstante, podemos aceitar que estas manifestações doutrinárias representam, em suma, a “essência” da livre iniciativa. Com efeito, o fulcro desta idéia, cujas origens nos remontam à luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo, tem sido reiterada ao longo dos tempos, não tendo surgido, quanto a história tenha registrado, qualquer manifestação pelo retorno à situação de privilégios classistas que vigoravam até o período pré-revolucionário. O que resta, no entanto, verificar é até que ponto ou em que medida o posicionamento ou a relação do Estado face ao indivíduo há de integrar o conceito de livre iniciativa, eis que passados mais de dois séculos, uma revolução russa e duas guerras mundiais, a concepção sobre o papel do Estado, ninguém nega, sofreu profundas modificações. A livre iniciativa – e pelo que foi exposto até aqui, a maior parte da doutrina pátria não figura como exceção – tem sido sempre tratada, *grosso modo*, por uma idéia de não-interferência quase abso-

³⁰ Artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo, em 19.10.1988, p. 3, sob o título “Inconstitucionalidade dos congelamentos”, citado por MIGUEL REALE JÚNIOR em sua obra “Casos de Direito Constitucional”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 13.

luta do Estado no campo econômico, às vezes mais do que pela liberdade em si. Cumpre, todavia, observar que a posição do Estado em relação ao indivíduo tem se revelado cambiante, sendo difícil apontar, mesmo na origem do liberalismo, uma total ausência do Estado na atividade econômica. Senão vejamos. Como registra ISABEL VAZ, atenta às primeiras manifestações, em sede legislativa, do liberalismo econômico na França, a saber:

“O Decreto de Allarde (2-17 de março de 1791), depois a Lei Lê Chapelier (14-15 de junho de 1791) substituíram pelo princípio da livre empresa e da livre concorrência os dogmas corporatistas dirigistas e fisiocráticos que dominavam anteriormente a organização da economia nacional. O Decreto de Allarde, de 2 e 17 de março de 1791, consagrara o princípio da liberdade de comércio e da livre concorrência. A partir deste momento, qualquer um poderia escolher sua profissão à vontade, sem chocar-se com o monopólio de corpos privilegiados e decidir sobre seus processos de fabricação e seus preços de venda, sem estar jungindo a uma regulamentação corporativa ou estatal.”³¹

No entanto, cumpre assinalar que o mencionado decreto determinava, como nos conta EROS ROBERTO GRAU, que

*“a partir de 1.º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma patente (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. E conclui: “no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissa, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a elas impostas”.*³²

A inclusão da omissão estatal ou da não-interferência do Estado como um dos componentes que integram o conceito da livre iniciativa decorre da idéia de liberdade como ausência de coação. Nesse sentido, vale trazer à colação os comentários do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA a este respeito:

³¹ VAZ, ISABEL, “Direito Econômico da Concorrência”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 58.

³² *Op.Cit.*, p. 223-4.

“Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. (...) Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Neste sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.”³³

Com efeito, até mesmo para assegurar o exercício da liberdade, a coação faz-se necessária, na condição, todavia, de que esta coação provenha de autoridade legítima. Esta observação, conquanto simples, se não explica, ao menos elucida a construção desta idéia de liberdade econômica, limitada à não-interferência do Estado no domínio econômico, eis que, ao tempo em que foi formulada, o critério de aferição de legitimidade a uma determinada ordem era bastante restrito, bastando lembrar, para limitarmo-nos ao aspecto eleitoral, que o sufrágio universal é conquista relativamente recente. Assim como a burguesia na esfera legislativa fez confundir sua vontade com a vontade da nação, pela mesma lógica o fez com relação à idéia de liberdade, como se a liberdade definida pela autoridade representativa da classe burguesa, em nome de seus interesses, atendesse aos interesses de todas as outras.

A idéia de liberdade deve, em verdade, caminhar junto com a idéia de legitimidade, de modo que qualquer idéia pré-concebida acerca do significado e dimensão da liberdade estará vinculada a uma idéia de legitimidade, assim como a liberdade oitocentista está inevitavelmente relacionada ao sufrágio restrito e aos demais meios político-jurídico que permitiram que a ordem política, econômica e social representasse exclusivamente os interesses de uma classe. A idéia de que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral aplica-se, então, inclusive, à liberdade burguesa defendida após o período revolucionário, devendo-se, apenas, tomar em consideração as deficiências político-representativas daquele período, que com-

³³ SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Op.Cit.*, p. 226.

prometiam a legitimidade do regime e de tudo o mais que este produzisse. Não faria sentido admitir as conquistas das classes até então afastadas da participação política, e as mudanças por tanto produzidas, e, isto inobstante, sustentar pela manutenção de uma idéia de liberdade baseada em premissas ultrapassadas. Faz-se necessário alforriar o conceito de liberdade destas amarras de mais de dois séculos – o que, vale recordar, encontra forte resistência no pensamento jurídico nacional – a fim de se verificar o significado da livre iniciativa e de seus valores sociais na nova ordem constitucional brasileira.

O arrolamento dos valores sociais da livre iniciativa deve tomar em conta, preliminarmente, que este princípio de origem liberal jamais assumiu, quanto a história constitucional brasileira tenha registrado, um caráter absoluto. Seu ingresso formal na ordem constitucional brasileira, que se deu com a promulgação da Constituição de 1934, foi marcado por uma manifestação expressa de que a liberdade econômica somente seria garantida dentro de limites previamente estabelecidos, que visavam a permitir a todos, e não ao indivíduo tomado isoladamente, existência digna, in verbis:

“Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.“

Esta simples limitação à livre iniciativa já muito nos revela a seu respeito, a saber que o seu exercício desenfreado pode ser danoso à sociedade, ensejando, portanto, sua limitação, e que a livre iniciativa não necessariamente se opõe à preocupação social de se garantir vida digna a todos. Não há, portanto, uma necessária contradição na permanência da livre iniciativa nos textos constitucionais que se seguiram e a crescente preocupação com os aspectos sociais, decorrente do processo de democratização e de maior participação popular no País, contanto que se compreenda que o exercício legítimo desta liberdade, por estar necessariamente vinculado às conquistas sociais consagradas nos textos constitucionais, tem que ser sempre relativizado.

Nesse mesmo sentido, analisando a relação entre a livre iniciativa e os objetivos da ordem econômica estabelecidos pela Constituição de 1988, observa MAURÍCIO DE MOURA COSTA:

“se não existe contradição necessária entre o fundamento e o objetivo da ordem econômica, isto não significa que o exercício da livre iniciativa seja capaz, por si só, de assegurar os objetivos da ordem econômica. Se assim fosse, se o bem coletivo fosse uma consequência necessária da livre iniciativa,

declarar que a ordem econômica fundada na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos uma existência digna seria uma redundância, uma afirmação inútil. E inútil o artigo 170 da Constituição não é. Ao contrário, tal artigo faz a síntese de dois valores. A liberdade de iniciativa é consagrada como um fundamento da ordem econômica unicamente na medida em que ela é orientada para a realização dos valores-fim desta ordem.”³⁴

Além desta limitação decorrente das conquistas sociais, que reclamam a intervenção do Estado a fim de assegurar o legítimo exercício da livre iniciativa, deve-se recordar que as mudanças sofridas pelo próprio Estado, hoje fazem com que o Estado seja chamado a atuar de forma positiva a fim de assegurar, não a alguns, mas a todos, o exercício dos direitos constitucionalmente consagrados, resultado da tensão entre liberdade e igualdade imposta pelo Estado Social em substituição ao Estado Liberal³⁵.

Estas considerações nos permitem definir com maior clareza quais são, enfim, os valores sociais da livre iniciativa, afastando de vez qualquer possibilidade de se apontar nesta expressão uma contradição em termos. É que a livre iniciativa a cujos valores sociais o constituinte atribuiu status de fundamento do Estado brasileiro é a livre iniciativa definida pela própria Constituição de 1988, e não qualquer outra idéia pré-concebida de livre iniciativa. Assim, temos que, se a Constituição apontou somente os valores soci-

³⁴ COSTA, MAURÍCIO DE MOURA, “O Princípio Constitucional de Livre Concorrência”, in. Revista do IBRAP, vol. 5, n.º 1, p. 11.

³⁵ Nesse sentido, vale mencionar a abordagem do Professor PAULO BONAVIDES a respeito da natureza da Constituição no Estado social da democracia: “Façamos a seguir ligeiro confronto entre o Estado de Direito da burguesia liberal do passado e o novo Estado de Direito que tem por base primeira a igualdade. Naquele os valores fundamentais – vida, liberdade e propriedade – gravitavam, segundo Shambeck e Huber, no centro da ordem jurídica, ao passo que com o advento do Estado social os novos valores fundamentais produzidos pela sociedade industrial abrangem o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação da força de trabalho.

Ontem – prosseguem aqueles publicistas – o Estado ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade). Hoje esses valores dominantes são outros; a ameaça que sobre eles pesa já não procede do Estado, mas da Sociedade e de suas estruturas injustas. O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades. De tudo isso se pode inferir, conforme disse Huber, que o Estado de Direito foi um produto da Revolução burguesa enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial.

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade.” (Op.Cit., p. 344)

ais da livre iniciativa como fundamento do Estado, e a liberdade, que dela decorre, é um valor individual por natureza, não se pode, então, falar em liberdade como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que, todavia, não exclui a liberdade do conceito de livre iniciativa, enquanto um princípio da ordem econômica (art. 170). No entanto, a livre iniciativa, que serve de fundamento à ordem econômica, está subordinada aos princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição, e, portanto, deve ser interpretada com ênfase nos seus valores sociais, o que se não exclui a liberdade, valor individual por excelência, de seu conceito, restringe, isto é certo, o seu significado e seu alcance na nova ordem constitucional. Nestes termos, a consagração da livre iniciativa na Constituição de 1988 não só não permite o retorno ao individualismo do século XVIII, como parece fechar de vez a porta a esta tentativa, eis que a exaltação às virtudes individuais da livre iniciativa parecia ser o grande (porém ilusório) trunfo que os liberais conservadores imaginavam encontrar na nova Constituição. E, ainda que a Constituição não elencasse os valores sociais da livre iniciativa como um de seus fundamentos, o intérprete, ainda assim, não se escusaria de determinar o significado da livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) – verdadeiro núcleo central em torno do qual gravita a nova ordem constitucional –, e com a cidadania (art. 1.º, II), sempre visando à construção de uma sociedade solidária (art. 3.º, I), à redução das desigualdades sociais (art. 3.º, III) e à promoção do bem de todos (art. 3.º, IV), de modo que as virtudes individualistas da livre iniciativa, e do liberalismo em geral, não encontrariam, ainda assim, abrigo no texto constitucional, não por uma disposição expressa em sentido contrário (valores sociais da livre iniciativa), mas por uma decorrência implícita da incompatibilidade com as demais normas constitucionais, que apontam para um indiscutível compromisso com a causa social. E não há que se ir longe para se verificar isto, pois, como observa PAULO BONAVIDES:

“A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento.”³⁶

É nesse sentido a abordagem a respeito da livre iniciativa vinculada à justiça social, feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao afirmar:

“Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim

³⁶ *Op.Cit.*, p.336.

condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações posta pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.”³⁷

É desta livre iniciativa, portanto, que devemos extrair os valores sociais, aos quais o constituinte atribuiu *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. Neste sentido, caminhando pelo conteúdo do princípio, deparamo-nos, sem maior esforço, com a defesa da livre concorrência como um dos valores sociais da livre iniciativa. Com efeito, a livre concorrência é, em que pese as posições em sentido contrário³⁸, uma decorrência da livre iniciativa, não raro serem apontadas como sinônimas³⁹. Nesse sentido, aponta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que “o princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência”⁴⁰. O Professor ALEXANDRE DE MORAES coloca que a livre concorrência “constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visara dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4.º)”⁴¹. Do mesmo modo, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que “a livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, (...)”⁴². É também este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no Recurso Extraordinário n.º 193749/SP asseverou que o “princípio constitucional da livre concorrência (...) é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada”. A livre concorrência, portanto, está umbilicalmente ligada à livre iniciativa, chegando a ser, no entendimento do Professor EROS ROBERTO GRAU, desnecessária sua consagração como princípio constitucional, porquanto se trata de mera decorrência daquela⁴³. Desse modo, tal como a livre iniciativa, a livre concorrência não foi concebida pela Constituição em função da crença quase mitológica nas virtudes da mão invisível (“invisible hand”) do mercado e na “ordem” que dela decorreria. Ao contrário, a Constituição somente reconhece que daí decorre a possibilidade de uma situação mais próxima, não da

³⁷ *Op.Cit.*, p.

³⁸ COSTA, MAURÍCIO DE MOURA, *Op.Cit.*, p. 12.

³⁹ GOMES, ORLANDO, “Comentários à Constituição...”, p. 618.

⁴⁰ FILHO, MANOEL GONÇALVES FERREIRA, “Curso de Direito Constitucional”, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 352

⁴¹ MORAES, ALEXANDRE DE, “Direito Constitucional”, Atlas, São Paulo, p. 626.

⁴² SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Op.Cit.*, p. 726.

⁴³ GRAU, EROS ROBERTO, *Op.Cit.*, p. 230.

“ordem”, mas do “caos”, a partir da concentração do poder econômico, determinando que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A Constituição não reconhece, então, a ordem resultante da livre atuação dos agentes econômicos; reconhece, sim, a existência do poder econômico e visa impedir que a sua atuação, dentre outras conseqüências danosas à sociedade, elimine a concorrência. Portanto, a livre concorrência que decorre da livre iniciativa não traz consigo a barbárie do capitalismo selvagem, nem a crença nos predicados do liberalismo econômico clássico, guiado pela mão invisível do mercado. A repressão ao abuso do poder econômico, como observa GUILHERME A. CANEDO DE MAGALHÃES, em obra dedicada a este tema, “*constitui uma das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, em defesa do economicamente mais fraco.*” É que a Constituição, em manifesta negação aos postulados do liberalismo clássico, admite que a livre concorrência pode acabar por eliminar justamente a livre concorrência. E prossegue o autor:

“O abuso do poder econômico é repellido na forma e nos limites traçados na Constituição, e definido, de forma mais explícita, na legislação específica. O legítimo uso do poder econômico não sofre qualquer restrição e tanto é essencial à iniciativa privada, que contribui, de maneira efetiva, para o desenvolvimento nacional. O poder econômico consiste na detenção, em alta escala, dos meios de produção e ocorre estar concentrado em um grupo de pessoas ou em um grupo de empresas, ou estar nas mãos de uma só pessoa. Não sofre o poder econômico nenhuma limitação e a sua amplitude é estimulada pelo Estado, como incentivada a sua expansão, pois isto implica no desenvolvimento econômico do país. O poder econômico não é, no entanto, arbitrário, ele tem de ser exercido no interesse nacional, sem prejudicar interesses de outros, que não podem sofrer limitação à sua liberdade de iniciativa por obstáculos opostos. Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto. No exercício desse abuso, as distorções econômicas se acentuam, e, então, se faz imperioso o intervencionismo do Estado. Daí a repulsa ao abuso do poder econômico, para ser mantido o necessário equilíbrio, sem prejuízo do interesse social e assegurado o direito de iniciativa.”⁴⁴

⁴⁴ MAGALHÃES, GUILHERME A. CANEDO DE, “*O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão*”, Editora Artenova S.A., Rio de Janiro, 1975, p. 16.

Assim, em que pese a livre concorrência, não é estranha a intervenção do Estado justamente a fim de assegurar a livre concorrência, ou seja, assegurar a concorrência e assegurar que esta seja livre. Isto, se não revela já o aspecto social da livre concorrência, possui, isto inobstante, a virtude de afastar a tônica exclusivamente liberal que era (e ainda é) atribuída ao princípio. A livre concorrência pode, e de acordo com a Constituição de 1988, deve ser interpretada como um valor social que decorre da livre iniciativa. Como anota TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“a livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, iv) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluída, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder.” E conclui: “Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantias de uma sociedade mais equilibrada.”⁴⁵

A Constituição assegura, enfim, como um dos fundamentos do Estado a livre concorrência como um valor social, devendo ser interpretada, enquanto tal, a partir do que expressa de socialmente valioso, o que – parece-nos – é a antítese do que uma parcela significativa da doutrina tem manifestado, como se pode observar a partir da seguinte manifestação de MIGUEL REALE JÚNIOR em relação à livre concorrência:

“Pela primeira vez, em texto constitucional, estabelece-se a livre concorrência como princípio, aliás, acolhido sem maiores discussões na Assembléia Constituinte. A livre concorrência significa que a atividade econômica, baseada na livre iniciativa, deve desenvolver-se segundo as leis o mercado, sem outros limites que não os estabelecidos na própria Constituição,

⁴⁵ FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO, “A economia e o controle do Estado”, citado pelo prof. EROS ROBERTO GRAU, Op.Cit., pp. 230-1)

como meio de impedir que a concorrência se transforme em abuso, em falta de correção, em deslealdade, em ganância. Há um interesse geral, no entanto, em que se fixem limites, em proteção aos concorrentes e aos consumidores, havendo, de conseguinte, uma interação de interesses privados e interesses gerais. Esta fixação de limites, todavia, não significa a imposição de igualdade. Pelo contrário, a desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência. A rivalidade consiste na busca de ser melhor que o outro e, portanto, só há rivalidade onde ocorre a desigualdade, desigualdade que se consolida na vantagem sobre o concorrente. A rivalidade é o cerne da livre concorrência. Como diz Roger Le Moal, a igualdade exclui a rivalidade e, portanto, a livre concorrência. Há desigualdade porque os homens são desiguais, havendo diferenças decorrentes da organização, do afinco ao trabalho, do arrojo, do estudo, da capacidade dos dirigentes e dos empregados, do melhor marketing, da tecnologia desenvolvida, etc. Todos podem participar da concorrência, mas cada um o fará a seu modo. A desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência.”⁴⁶

Tal interpretação, pelas razões já expostas, não há de prosperar, eis que não resiste, *data venia*, a uma exame mais rigoroso de suas premissas, que se encontram em visível confronto com o texto constitucional, ignorando, sobretudo, seus princípios fundamentais. A livre concorrência é, assim, um valor social e, como tal, figura como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme definido pela Constituição.

Neste mesmo sentido, vale também apontar a defesa dos interesses dos consumidores como um valor social da livre iniciativa. Com efeito, a livre iniciativa permite que qualquer um se lance no mercado como agente econômico e, através da livre concorrência, que é seu corolário, permite a disputa, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, da conquista da clientela. A busca pela clientela – respeitados os limites constitucionais, a fim de garantir que a liberdade de uns não elimine a liberdade de todos –, por seu turno, há de mover os agentes econômicos no sentido definido pelo próprio consumidor, garantindo, assim, a melhora na qualidade dos produtos e beneficiando, portanto, o consumidor.

Deve-se ressaltar, contudo, que a defesa dos interesses dos consumidores não decorre necessariamente da livre iniciativa, ou por outra, nem sempre foi respeitada. É que a livre iniciativa – e com ela a livre concorrência –

⁴⁶ REALE JÚNIOR, MIGUEL, "Casos de Direito Constitucional", Revista dos Tribunais, São Paulo, 192, p. 15.

sem o necessário controle do poder econômico pelo Estado, permite – e a História não nos deixa órfãos de exemplos – a formação de monopólios que controlavam o mercado e, por conseguinte, não dedicavam, como uma necessidade, maiores atenções aos interesses dos consumidores. Como nos relata ISABEL VAZ, a respeito das práticas comerciais nos EUA durante a segunda metade do século XIX,:

“Sobre a credulidade dos consumidores e dos proprietários de humildes poupanças, os empresários basearam seus cálculos para assegurar a prosperidade de seus negócios. Uma publicidade eficiente foi um dos mais preciosos instrumentos usados para enganar o público e assegurar aos comerciantes mais hábeis verdadeiros monopólios, que se deviam menos à superioridade reconhecida de seus produtos do que a uma simples questão de moda. Abrigados por cartazes atraentes e etiquetas enganosas, os comerciantes conseguiram despejar grande quantidade de produtos falsificados no mercado.”⁴⁷

Não por outra razão que o Professor FÁBIO KONDER COMPARTATO, em seu anteprojeto de Constituição, elaborado no período que antecedeu os trabalhos constituintes, em atenção à solicitação encaminhada pelo Partido dos Trabalhadores, deixou assente em um de seus dispositivos que:

“Art. 213 – A liberdade de iniciativa empresarial é garantida em função dos interesses dos consumidores.”

Em uma análise perfunctória, parecem ser estes os valores sociais da livre iniciativa, e que, portanto, configuram como fundamentos do Estado brasileiro, nos termos definidos pela Constituição Federal de 1988. Sobreleva desde já ressaltar que tal relação não tem a pretensão de ser exaustiva, limitando-se antes a se apresentar como um convite ao estudo do tema.

Conclusão

A Constituição Brasileira de 1988 é relativamente nova e parece não ter encontrado, nestes pouco mais de dez anos de vigência, tempo suficiente, tampouco terreno propício, à sua plena efetividade. A doutrina jurídica pátria ainda oferece forte resistência às inúmeras e fecundas novidades trazidas pelo texto constitucional, a fim de atingir os objetivos fundamentais, de indiscutível caráter social, que justificam a própria existência do Estado brasileiro. No entanto, tem-se verificado nos últimos anos um crescente interesse pelo estudo da Constituição de 1988, sobretudo no que tange aos princípios fundamentais que, deixados à margem inicialmente, por conta de suas limitações quando classificados como normas meramente programáticas, tornaram-se agora a

⁴⁷ *Op.Ci.*, p. 88.

pedra angular do direito constitucional, a partir da nova compreensão que se tem desenvolvido acerca do papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. A compreensão de que a norma é um gênero do qual regras e princípios são espécies parece sepultar de vez qualquer interpretação jurídica que negue força normativa aos princípios constitucionais. Nesse contexto, cresce em relevância o estudo sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, eis que tem por função nada menos que orientar a interpretação e aplicação da Constituição e, por fim, de todo o ordenamento jurídico.

No presente trabalho abordamos os valores sociais da livre iniciativa, no intuito de dimensionar o conteúdo da norma, buscando, enfim, os valores sociais oferecidos pela livre iniciativa e que foram escolhidos pelo constituinte como fundamento do Estado brasileiro. Deparamo-nos, nesse sentido, com a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores como valores sociais da livre iniciativa e, portanto como fundamentos do Estado brasileiro. É certo que tal apontamento não tem a pretensão de exaurir o tema, tampouco apresentar uma relação exaustiva dos sobreditos valores sociais. Ao contrário, o presente ensaio foi concebido como um brado de desespero pelos rumos que a doutrina estava conferindo ao inciso IV, art. 1.º da Constituição, e, portanto, está mais inclinado a iniciar o debate do que a pôr termo ao mesmo. Pretendemos portanto buscar o significado da afirmação da defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores como princípios fundamentais da Constituição de 1988, abordando algumas implicações daí decorrentes. Podemos, assim, apontar que a elevação da defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores como fundamento do Estado brasileiro parece dinamitar de vez certos dogmas erguidos no período liberal e que sobreviviam, sempre se arrastando, a partir da resistência de difícil superação oferecida pelo pensamento jurídico, radicado em premissas marcadamente anacrônicas.

Faz-se necessária, portanto, uma releitura urgente da Constituição brasileira de 1988, que, tal como a feliz definição que ITALO CALVINO⁴⁸ emprega às obras clássicas, “*é um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha pra dizer*”, ou por outra, “*são livros que, quanto mais pensamos conhecer por ouvir dizer, quando são lidos de fato mais se revelam novos, inesperados. Inéditos*”.

BIBLIOGRAFIA

⁴⁸ CALVINO, ITALO. *Por Que Ler os Clássicos?*, trad. Nilson Moulin, Companhia das Letras, São Paulo, 1993.

- BARROSO, Luis Roberto. “*Interpretação e Aplicação da Constituição*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. “*A crise Econômica e o Direito Constitucional*”, in. Revista Forense, vol. 323, ano 89.
- BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. “*Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*”, 1.º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro. “*Curso de Direito Constitucional*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. “*Curso de Direito Constitucional*”, Malheiros Editores, 7.ª Ed., São Paulo, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Editora Forense, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1980.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, Almedina, Coimbra, 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, “*O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*”, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- CASTRO, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA, “*O Congresso e as Delegações Legislativas*”, Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder, “*Direito Público – Estudos e Pareceres*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder, “*MUDA BRASIL – Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*”, Editora Brasiliense, São Paulo, 1986.
- COSTA, Maurício de Moura, “*O Princípio Constitucional de Livre Concorrência*”, in. Revista do IBRAP, vol. 5, n.º 1.
- CRETELLA JÚNIOR, José, “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, Vol. 1, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.
- CUNHA, Fernando Whitaker da, SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, MELLO, Celso Albuquerque, FALCÃO, Alcino Pinto, e SUSSEKIND, Arnaldo, “*Comentários à Constituição*”, 1.º volume, Livraria Freitas Bastos S.A., 1990.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “*Direito e Cidadania na Constituição Federal*”, texto extraído na internet em 14.11.2000, no site <http://www.pge.sp.gov.br/revista3/rev1.htm>
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “*Curso de Direito Constitucional*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino, “*Direito Econômico*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.

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

GOMES, Orlando, “*Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*”, Ed. Forense, 7.^a ed., Rio de Janeiro, 1993.

GOMES, Orlando, “*Novos Temas de Direito Civil*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983,

GOMES, Orlando, “*A Agonia do Direito Civil*”

GOMES, Orlando e VARELA, Antunes, “*Direito Econômico*”, Editora Saraiva, São Paulo, 1977.

GRAU, Eros Roberto, “*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

HUGON, Paul. “*História das Doutrinas Econômicas*”, Editora Atlas., 14.^a ed., São Paul, 1986.

LOBO, Eugênio Haddock, e LEITE, Julio César do Prado, “*Comentários à Constituição Federal*”, 1.^o volume, Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1989.

MAGALHÃES, Guilherme A. Canedo de, “*O Abuso do Poder Econômico: apuração e repressão*”, Editora Artenuva S.A., Rio de Janiro, 1975.

MORAES, Alexandre de, “*Direito Constitucional*”, Atlas, São Paulo.

MORAES, Maria Celina Bodin, “*A Caminho de um Direito Civil Constitucional*”, in. Revista de Direito Civil, vol. 65.

REALE, Miguel, “*Aplicações da Constituição de 1988*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 13.

REALE JÚNIOR, Miguel, “*Casos de Direito Constitucional*”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

SILVA, César Augusto da, “*O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização – Análise das Reformas Constitucionais e da Legislação Ordinária pertinente*”, Renovar, Biblioteca de Teses, Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, Malheiros Editores, São Paulo, 13.^a ed., 1997.

SOARES, Odacir, “*A Nova Constituição (1.^o turno) – Comentários*”, Senado Federal, Brasília, Julho de 1988.

VARELA, João de Matos Antunes, “O Movimento de Descodificação do Direito Civil”, in. Estudos Jurídicos em Homensagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Forense, Rio de Janeiro, 1984.

VAZ, Isabel, “*Direito Econômico da Concorrência*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

REGULAÇÃO, EMPRESA E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA

*Marcos Vinício Chein Feres**

Sumário

Introdução; 1. Regulação; 1.1. Direito pós-moderno e regulação; 1.2. Regulação e desregulamentação; 2. A empresa – um conceito transdisciplinar; 2.1. A firma e a empresa; 2.2. A empresa e a firma; 3. Política de concorrência: uma abordagem transdisciplinar; 3.1. Direito e concorrência; 3.2. Política de concorrência – noção geral; 3.3. Política de concorrência e empresa; 3.4. Política de concorrência e o enfoque transdisciplinar; 3.5. Política de concorrência e poder de mercado; Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Vive-se, hoje, num mundo de incertezas. O direito passa a ter de lidar com o incerto e não mais com a ordem e a segurança propostas pelo positivismo. O papel do direito pós-moderno consiste em lidar com os percalços políticos, com as dificuldades sociais e com o caos econômico. Não há uma conotação negativa nestas constatações, trata-se, sim, de um enfoque realista da inconstância do sistema mundial como um todo.

Em vista disso, a regulação deve ser compreendida como um meio de solução e prevenção de conflitos econômicos com reflexos sociais e culturais. A proposta de um conceito de regulação que busca conciliar interesses privados com interesses sociais não pode se afastar da idéia de crescimento sustentável, uma vez que a atual desregulamentação econômica não pode ser interpretada exclusivamente a partir da lógica econômica. Assim a regulação deriva de uma necessária interação entre direito e economia como forma de viabilizar uma aplicação coerente e razoável de um sistema de valores juridicamente válido.

Considerando esse referencial teórico da regulação, o conceito de empresa deve ser revisto, já que não mais se justifica separarem-se as noções jurídica e econômica em compartimentos estanques. Para além das fronteiras entre o direito e a economia, a empresa pode ser entendida como uma institui-

* Doutorando em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

ção de governança que forja relações hierárquicas em seu interior com vistas à economia de custos de transação, assumindo, pois, quaisquer das formas societárias juridicamente previstas.

Dentro desse quadro teórico, apresenta-se a política de concorrência não como simples instrumento reprodutor das relações desiguais de uma economia de livre mercado, mas principalmente como mecanismo razoável de solução e prevenção de conflitos entre agentes econômicos, fundado na idéia de democracia econômica. A proposta deste trabalho é que a política de concorrência não se reduz aos aspectos teóricos da microeconomia e aos instrumentos legais de aplicação do direito concorrencial, mas decorre da convergência de técnicas econômicas e jurídicas com um sistema de valores jurídico-econômico eleito por uma determinada comunidade.

Enfim, o enfoque transdisciplinar que se propõe neste trabalho tem por meta realizar a fusão entre o direito e a economia, colaborando, assim, para a solução de conflitos concorrenciais de modo mais razoável e menos custoso para o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

1. Regulação

1.1 Direito pós-moderno e regulação

CHEVALLIER (1998) afirma que o direito pós-moderno é plural, negociável e reflexivo. Consiste num verdadeiro instrumento de governança. Expressa-se num direito transitório, porque submetido a uma constante adaptação e às mais diversas modificações conforme exigirem as circunstâncias.

Esta capacidade de ajustamento a que se refere CHEVALLIER (1998) conduz o direito à idéia de experimentação constante. O direito torna-se maleável e adaptável aos processos de mutação social. Tendo em vista modificações na estrutura econômico-social, o direito será corrigido a fim de atender às novas demandas. Apesar disso, o direito não perdeu seu caráter regulador, agora mais sutil e refinado.

Para Boaventura SANTOS (2000), é preciso repensar radicalmente o direito a fim de desvencilhá-lo das amarras da modernidade¹. Segundo o

¹ Para SANTOS (2000), a modernidade consiste na estrutura científica hegemônica, fundada na racionalidade cognitivo-instrumental em que o direito é utilizado como instrumento técnico de legitimação e dominação pelo Estado a fim de satisfazer os interesses da classe capitalista. Em razão disso, SANTOS (2000) afirma que tanto o princípio do Estado hobbesiano quanto o princípio do mercado lockeano serão deter-

mesmo autor, é preciso superar a dicotomia entre Estado e sociedade civil, inserir o direito num sistema mundial de relações e rearticulá-lo com a revolução. Não há espaço mais para uma única ordem jurídica, mas sim para uma pluralidade delas. Não faz mais sentido em falar de um direito estatal e oficial, mas de vários direitos. Por isso, é necessário compreender a regulação dentro dessa nova configuração que não mais reproduz as relações modernas implantadas pelo Liberalismo clássico e pelo Intervencionismo estéril.

De acordo com BOYER (1987), todo modo de regulação envolve regras e princípios organizacionais que modificam, enquadram e, em alguns casos, restringem o comportamento individual, assim como predeterminam os meios de correção do mercado. Para este autor, a finalidade da regulação consiste em superar o controle de racionalidades limitadas às decisões meramente econômicas relativas à produção e à troca múltiplas e descentralizadas para alcançar a possibilidade de coerência dinâmica do sistema como um todo.

A noção de regulação exposta confirma que não existe equilíbrio estático e, sobretudo, que o ajustamento global das relações de produção, distribuição, circulação, repartição e consumo não é viável. Ao contrário, o equilíbrio global realiza-se quando diante da utilização de mecanismos parciais imperfeitos (BOYER, 1987). Não se pode, por isso, sustentar a versão moderna de regulação em que há sempre mecanismos jurídico-técnicos capazes de operar um controle geral e irrestrito sobre uma pluralidade de ordens e variadas relações sociais e econômicas.

Embora ainda tímida a proposta de BOYER (1987) para os dias de hoje, deve ser levada em consideração como uma importante manifestação a favor de uma contenção do poder econômico ilimitado. No entanto, é importante dizer que o autor trabalha com a noção de sistematização e equilíbrios parciais, os quais não teriam a mesma eficácia hoje, uma vez que o abuso de poder econômico assume múltiplas formas de difícil percepção.

BOYER (1987) afirma que o modo de regulação pode ser qualificado como um conjunto de procedimentos e comportamentos, individuais ou coletivos, que tem por objetivo, em primeiro lugar, reproduzir as relações sociais por meio de instituições determinadas pela própria história, em segundo lugar, sustentar o regime de acumulação em vigor e, em terceiro lugar, certificar-se da compatibilidade dinâmica de um conjunto de decisões descentralizadas, sem que seja necessária a interiorização, pelos agentes econômicos, dos princípios de ajustamento global do sistema.

minantes na configuração dos vários estádios do capitalismo moderno. Segundo este autor, pouco destaque será dado ao princípio da comunidade rousseauiano.

A regulação não pode ser reduzida a esta tripla estrutura definidora do modo de regulação, apresentada por BOYER (1987). Sem dúvida, a compreensão de todos estes elementos a partir do continente história é louvável, assim como a convergência entre decisões descentralizadas e o equilíbrio global do sistema. No entanto, esta estrutura tripartite apresenta um caráter conservador, uma vez que não serve para rearticular o sistema vigente e muito menos para reformá-lo, tendo em vista os novos paradigmas de Estado, empresa e política pública.

1.2 Regulação e desregulamentação

Para CHEVALLIER (1987), a desregulamentação não se confunde com desregulação, pois, muitas vezes, o objetivo é desregulamentar para modernizar e racionalizar a produção jurídica. Nesse processo de aprimoramento da regulação, o Direito passa a ter que se adaptar às complexas relações sociais e econômicas forjadas na estrutura aberta e plural da sociedade moderna. Não cabe uma simples mudança na legislação ou substituição de normas, mas uma total rearticulação do sistema jurídico com a complexidade social atual.

Neste contexto, a regulação efetiva-se com a aplicação de regras e princípios de organização aos comportamentos individuais e ao mercado. Neste caso, o mercado não está livre de regulação, embora não deva ser excessivamente regulamentado, pois cabe ser orientado o comportamento das instituições e dos indivíduos que, nele, interagem.

BOYER (1987: 55), quando se refere às formas institucionais de concretização da regulação, destaca que “a lei, a regra ou regulamento, definidos à primeira vista no nível coletivo, têm por vocação impor, por coerção, direta ou simbólica e mediatizada, um certo tipo de comportamento econômico aos grupos e indivíduos envolvidos” (tradução livre)². Mas não só a lei pode ser elemento de coerção para a formação de uma economia justa de mercado, além dela, há o sistema de valores, a que se reporta BOYER (1987). Esse sistema de valores, na ausência de leis explícitas, passa a gerir o mercado da forma desejável, de acordo com as regras implícitas de uma comunidade.

Para o economista, pode ser que não haja juridicidade nisso, no entanto, percebe-se que esse sistema de valores é, em verdade, o conjunto de

² No original: “*la loi, la règle ou le règlement, définis d’emblée au niveau collectif, ont pour vocation d’imposer, par la coercition, directe ou symbolique et médiatisée, un certain type de comportement économique aux groupes et individus concernés*”.

princípios, mesmo não escritos, que se depreende de todo o ordenamento jurídico e, principalmente, que se pode extrair da ideologia constitucional adotada, assim como da teoria material da Constituição.

Ainda, para BOYER (1987), os agentes privados, partindo de seus próprios interesses, chegam a acordos mútuos em que regulamentam sua atuação no mercado. Todavia, há que se olhar esse tipo de decisão com certa cautela, já que certos interesses privados capitalistas nem sempre coincidem com o bem-estar social.

A partir dessa noção de regulação, é possível compreender melhor a desregulamentação por que passam as diversas economias mundiais. O propósito dessas medidas desregulamentadoras é, exatamente, redimensionar o papel do Estado no domínio econômico³. De acordo com CHEVALLIER (1987: 285), a desregulamentação não significa “o fim de toda regulamentação de origem estatal: mesmo os mais fervorosos adeptos do mercado admitem a necessidade de normas que servem para enquadrá-lo”(tradução livre)⁴. É em razão disso que o mesmo autor diz apresentar a desregulamentação um caráter relativo e não absoluto.

A desregulamentação deve ser entendida como espécie do gênero regulação. Esta representa uma noção mais abrangente dos diversos mecanismos e instituições por que se pode administrar a realidade econômica e social, valendo-se de regras e princípios jurídicos adequados e não exclusivamente estatais e oficializados.

De acordo com VISCUSI et. al. (1995), a regulação é o poder pelo qual o Estado pode restringir as decisões dos agentes econômicos. Segundo estes mesmos autores, a regulação econômica consiste em restrições impostas pelo Estado às decisões das empresas quanto ao preço, à quantidade e à possibilidade de entrada e saída do mercado. No entanto, disso deriva uma limitação, pois não há como o poder público controlar cada uma das decisões das empresas o tempo todo, por isso os autores propõem que as forças do mercado sejam consideradas aliadas no processo regulador (VISCUSI et. al., 1995).

A tudo isso, deve-se acrescentar as forças da comunidade, a partir do paradigma do desenvolvimento sustentável, como complementar desse poder

³ No Brasil é Eros GRAU (1996) quem afirma ser necessário desregulamentar para melhor regular, para maiores detalhes ver GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 1ª.ed. São Paulo : Malheiros, 1996, quando o autor disserta sobre o direito do modo de produção capitalista.

⁴ No original: “*la fin de toute réglementation d’origine étatique: même les plus fervents adeptes du marché admettent la nécessité de normes servant à l’encadrer*”.

estatal regulador. Não se trata do exercício do poder estatal como fonte última de regulação, mas da implementação de um poder regulador para o qual convergem as forças estatais e os interesses sociais.

Dessa forma, a regulação pode atuar em domínios parciais a fim de conseguir resultados globais. Um exemplo específico é o relativo à concorrência. Por meio de um sistema jurídico-econômico de defesa da concorrência, atinge-se regulação em níveis globais, acarretando, muitas vezes, melhoras substanciais no dia-a-dia das pessoas e na ordem social como um todo, satisfação do consumidor, exploração racional do meio ambiente, excelência na prestação de serviço e no fornecimento de produtos, em suma, crescimento sustentável⁵.

Por tudo isso, é compreensível que a regulação seja instrumental na realização dos interesses sociais⁶, na medida em que não representa intervenção estatal direta na economia, assim como não expressa o começo e o fim de toda forma de controle social, mas antes a estruturação de regras e princípios jurídicos necessários ao funcionamento do mercado e ao bem-estar da sociedade como um todo. De fato, o objetivo da regulação não pode ser outro que o crescimento sustentável.

Assim, a partir deste referencial teórico proposto, procura-se desenvolver novas concepções de empresa e de política de concorrência numa abordagem mais atual, tendo em vista fundir o jurídico com o econômico.

2. A empresa – um conceito transdisciplinar

2.1 A firma e a empresa

Partindo-se da noção de transdisciplinaridade, proposta por MIAILLE (1989)⁷, pode-se dizer que a empresa juseconômica e a noção econômica

⁵ Utiliza-se a expressão crescimento sustentável, uma vez que, ao termo crescimento de cunho meramente quantitativo, acrescenta-se o elemento valorativo através do adjetivo sustentável. Diz-se, assim, que há neste caso verdadeiro desenvolvimento, agregando este as duas noções quantitativa e qualitativa numa só palavra.

⁶ Interesses sociais são aqueles valores aos que uma determinada sociedade, espontaneamente, aderiu (MANCUSO, 1994).

⁷ De acordo com MIAILLE (1989: 61), “é preciso procurar para lá da pluridisciplinaridade; na direção daquilo que eu chamarei transdisciplinaridade, quer dizer, a ultrapassagem das fronteiras actuais das disciplinas. Esta ultrapassagem não significa que não existam objetos científicos legitimando investigações autónomas, mas estes não têm existência senão num campo científico único.”

de firma⁸ formam um todo unitário impossível de ser dissociado no estudo do Direito Econômico e, principalmente, para fins de análise concorrencial.

Para HART (1993), o artigo de Coase sobre a natureza da firma representou um importante avanço para a Ciência Econômica, uma vez que esclareceu questões antes ignoradas pela economia neoclássica, como por exemplo, o conceito de firma. Por isso, a fim de se propor um conceito transdisciplinar de empresa, recorre-se, primeiramente, às teorias econômicas sobre a firma que surgiram a partir de Ronald COASE (1937).

De acordo com WINTER (1993: 180), para a teoria econômica mais ortodoxa, “como consumidores, as firmas são atores unitários e economicamente racionais; mais especificamente, elas maximizam lucros ou apresentam incremento” (tradução livre)⁹. Este autor mostra, em sua crítica, a predominância do individualismo metodológico que impede de ver a firma como uma estrutura possível de forjar internamente as relações de mercado, como fez ver Coase. Para WINTER (1993), a firma não é meramente uma estrutura unitária, mas apresenta, internamente, relações econômicas diversas devidamente integradas que, uma vez acionadas, tornam-se independentes do empresário-indivíduo criador.

WINTER (1993) ainda afirma que empresas, como General Motors, Ford, IBM, AT&T, Boeing, apresentam uma duração muito maior do que a de uma vida humana, por isso não devem estar atreladas à figura do seu idealizador. Para o economista, é inegável que grandes empresas, como verdadeiras organizações, são repositórios de conhecimento tecnológico e não meramente uma associação entre indivíduos com fim lucrativo.

COASE (1993) vai ao cerne da questão quando diz que a firma é um sistema complexo de relações cujo direcionamento dos recursos depende do empresário. Mas o que é empresário para o autor? Ele explica que “por empresário, quis significar a hierarquia existente no negócio que serve para diri-

⁸ Nesse ponto, deve-se deixar claro que o conceito econômico de firma nada tem a ver com a firma jurídica. Esta é a assinatura aposta a qualquer documento ou, de acordo com a doutrina comercialista, uma espécie de nome comercial e, de forma alguma, confunde-se com a noção econômica de firma. Não se pode criticar os economistas pela tradução, uma vez que se trata de termo técnico-econômico, cabendo, pois, ao profissional da área a livre escolha de correspondente em língua portuguesa. Por isso, faz-se, aqui, uma convergência entre a expressão econômica *firma* e a expressão jurídica *empresa*.

⁹ No original: “*like consumers, firms are unitary actors and are economically rational; more specifically, they maximize profit or present value*”.

gir os recursos e inclui não somente gerenciamento mas também trabalhadores” (COASE, 1993: 58)¹⁰. Dessa forma, o empresário não se exterioriza na forma de uma pessoa ou de uma sociedade, mas na de uma organização institucional.

O ponto mais relevante da definição coaseana de firma é a relação que o economista estabelece entre firma e custos de transação. Em verdade, a firma, dentro de um sistema de mercado, representa, de acordo com os estudos práticos de COASE (1993: 59), economia contratual, pois os contratos são altamente reduzidos com a criação da entidade.

“Minha opinião, claro, é a que eles [os ganhos com o estabelecimento da firma] decorrem de uma redução nos custos de transação. Mas os principais custos de transação que são economizados são aqueles que se teria incorrido em transações de mercado entre os fatores agora cooperados entre si dentro da firma. É a comparação destes custos com aqueles que se teria incorrido para operá-la os quais determinam se seria lucrativo estabelecer-se uma firma.”¹¹

A firma vem representar economia com custos na elaboração e na realização de contratos que antes seriam estabelecidos dentro do mercado. Em verdade, ela é o início de integração vertical, embora possa ser concebível num só estágio da produção. A redução nos custos de transação conduzem ao aparecimento da firma, como solução para situações economicamente desvantajosas de mercado (COASE, 1993).

Internalizado este conceito, tem-se, ainda, que a firma é uma estrutura de governança (WILLIAMSON, 1987), uma instituição econômica do sistema capitalista que “tem como meta e efeito a economia através de custos de transação”¹²(WILLIAMSON, 1987: 17).

¹⁰ No original: “*what I meant by entrepreneur is the hierarchy in a business which directs resources and includes not only management but also foremen and many workmen*”.

¹¹ No original: “*My view is, of course, that they come from a reduction in transaction costs. But the main transaction costs that are saved are those which would otherwise have been incurred in market transactions between the factors now cooperating within the firm. It is the comparison of these costs with those that would have to be incurred to operate a firm which determines whether it would be profitable to establish a firm.*”

¹² No original: “*economic institutions of capitalism have the main purpose and effect of economizing on transaction costs*”.

WINTER (1993: 190) também conceitua a firma como “organizations know how to do things”, “repositórios de conhecimento”, sabendo-se de antemão que o elemento humano pode ir e vir e a estrutura organizacional permanece. Nesse ponto, parece convergir o conceito econômico de firma com as modernas concepções jurídicas de empresa. A empresa, juridicamente, é também instituição independente que sobrevive as mutações no controle acionário.

Quanto ao fato de a firma ser a organização de conhecimentos, DEMSETZ (1993) afirma que esta, como verdadeiro repositório de conhecimento e de inputs especializados, vai ter como objetivo pôr todo este conhecimento em movimento, ou seja, produzir algo a partir de tecnologia e capacidade criadora.¹³

Parecem concordar os economistas adeptos de uma teoria cujo ponto forte seja a definição da firma com o fato de que, como instituição, ela organiza e explora o conhecimento, da forma economicamente mais vantajosa, tendo em vista o sistema de mercado.

2.2 A empresa e a firma

Diante dessa relação entre a firma e os custos de transação, estes podem ser transportados para o direito econômico, tomando como exemplo o princípio da economicidade, apresentado por SOUZA (1980). O princípio da economicidade significa “uma linha de maior vantagem nas decisões de política econômica” (SOUZA,1980: 32). Todavia, o princípio da economia dos custos de transação seria complementar à economicidade, haja vista que esta foi definida em termos macroeconômicos, enquanto aquele é um conceito eminentemente microeconômico.

Juridicamente, a empresa pode ser definida de um ponto de vista macroeconômico, como instrumento de política econômica, apesar de possuir suas próprias políticas econômicas. A questão aqui é fazer com que as políticas internas empresariais se encontrem com as políticas econômicas governamentais.

¹³ Vale destacar a afirmação do autor no original: “*Economic organization, including the firm, must reflect the fact that knowledge is costly to produce, maintain, and use. In all these aspects there are economies to be achieved through specialization. Although the true conglomerate firm is a puzzle, we generally identify industries, and firms in these industries, as repositories of knowledge and of the specialized inputs required to put this knowledge to work.*” (DEMSETZ,1993: 171-172)

Entretanto, com a globalização e a liberalização da economia, é preciso redimensionar a empresa a fim de adaptá-la aos novos tempos. Não se trata de dizer que, em razão do fim do intervencionismo estatal, pretende-se sepultar o fundamento macroeconômico que torna a empresa instrumento de política econômica. Ao contrário, cabe adicionar a perspectiva microeconômica com vistas a formular um conceito juseconômico que atenda a todos os possíveis regimes econômicos.

Tomando em consideração todos os componentes econômicos da firma, é necessário transportar essa noção para o campo do Direito. A empresa, juridicamente, é a firma econômica. Em verdade, é instituição cuja organização hierárquica, fundada na legislação societária, idealizada inicialmente pelo empresário, separa-se deste tão logo começa a atuar no mercado.

Definida a empresa e aproximando-a do conceito de firma, é fácil distingui-la da noção de sociedade comercial, sendo esta apenas o método pelo qual a empresa se expressa exteriormente no mundo jurídico. Nesse sentido, POSNER (1992) afirma que a empresa é o método de organização da produção enquanto a sociedade anônima seria o método para atrair capital para dentro da empresa.¹⁴

Embora Posner ainda visualize a firma¹⁵ ou empresa como método de organização da produção, é válida sua ponderação no tocante à diferença estabelecida entre sociedade por ações e empresa. Basicamente, quanto à definição de empresa, mesmo juridicamente, não se pode mais vê-la como função produção, mas sim como estrutura de governança, até mesmo para que esteja em consonância com a forma societária por ações ou por cotas de responsabilidade limitada com que grandes empresas se apresentam no mercado hoje.

Transdisciplinarmente, a empresa é uma instituição de governança cuja estrutura se baseia na organização hierárquica, apresentando-se, juridicamente, sob as diferentes formas societárias e agregando, em seu interior, relações jurídicas diversas, tais como, empregado-empregador, gerente-subordinado, contratante-contratado.

¹⁴ Vale transcrever a explicação do jurista no original: “*The firm is the method of organizing production; the corporation is a method, like a bond indenture, for attracting capital into the firm. The typical large business is both firm and corporation. The control of the firm resides in the management group that gives orders to the employees who buy the firm’s input and make and sell its output.*” (POSNER, 1992: 409).

¹⁵ Como este trabalho se pretende transdisciplinar, não se pode deixar de empregar os dois termos, o econômico (firma) e o jurídico (empresa).

Esta empresa é a que participa do mercado e a que sofre as influências de uma política de concorrência. O objetivo desta empresa imediato é o lucro (a eficiência econômica), mas sem dúvida muito pode dela ser exigido para que continue num mercado competitivo. Por isso, já não faz sentido restringir a empresa a concepções individualistas e monodisciplinares que nada contribuem para modificar a estrutura de concorrência e de regulação existentes.

Enfim, não há por que separar conceitos jurídicos de conceitos econômicos, sociológicos e administrativos, quando o interessante é transpor fronteiras disciplinares cuja rigidez dificulta os trabalhos de operadores jurídico-econômicos.

3. Política de concorrência¹⁶: uma abordagem transdisciplinar

3.1 Direito e concorrência

A noção de concorrência não pode ser entendida como algo abstrato e desvinculado da realidade. De fato, este instituto, dotado de dinamismo, deve ter, como características, tanto a maleabilidade quanto a adaptabilidade às mudanças implementadas quer pelos agentes econômicos quer pelos mecanismos mercadológicos¹⁷. A empresa vai sempre buscar novas formas e novos modos de se adequar ao mercado. Por isso, é fundamental que o conceito jurídico de concorrência seja elástico e flexível com intuito de sempre poder abranger tanto o provável quanto o improvável¹⁸.

¹⁶ A opção pela expressão política de concorrência e não política jurídica de concorrência, conforme se verá ao longo do trabalho, decorre da adoção da abordagem transdisciplinar a fim de integrar o aspecto jurídico ao econômico e vice-versa. A inserção do termo jurídico acabaria sugerindo uma fronteira disciplinar.

¹⁷ Parece ser esse o entendimento de Ferreira Alves em seu manual de Direito da concorrência nas Comunidades Européias: “a noção de concorrência não é abstrata. Deve ser vista numa forma evolutiva, aberta a adaptações.” (ALVES, 1992: 65).

¹⁸ Roger Le Moal procura demonstrar que o fenômeno da concorrência é inconciliável com uma regulamentação estável e homogênea. Segundo o ilustre juseconomista, “*le juriste ne peut ignorer les caractères de la concurrence et les caractères génériques tout d’abord qui attestent que le phénomène concurrentiel est contingent, protéiforme et inégalitaire. Dès lors, une réglementation figée et générale est inadéquate. Elle doit se modifier, appréhender de multiples situations depuis la boutique de village jusqu’au trust a-national et tenir compte de la croissance comme du déclin des entreprises*”. (LE MOAL, 1979: 167).

A liberdade de concorrência expressa-se em três tipos: a liberdade de iniciativa empresarial que se confunde com “o livre acesso das empresas ao mercado” (ALVES, 1992: 67); a liberdade de a empresa manter-se no mercado e nele agir de forma a garantir o lucro e a liberdade de escolha dos consumidores. Esta é um dos elementos mais relevantes que compõe a livre concorrência, uma vez que até mesmo os mais liberais se valem dela para demonstrar a vantagem da aplicação prática da eficiência econômica¹⁹.

Não basta acreditar na concorrência como fim em si para chegar-se a um estado perfeito de coisas, mesmo porque assim não funciona o mercado. Este, por si só, não gera situações de justa distribuição de riquezas, assim como não guia a concorrência pelos caminhos da democracia econômica. Nesse sentido, vale ressaltar a seguinte afirmação de THURLOW (1997: 313):

Entretanto, no lado da produção o capitalismo gera grandes desigualdades de renda e de riqueza. Encontrar na economia oportunidades para se ganhar muito dinheiro é o que move a eficiência do capitalismo. Alguns encontram; outros não. Tirar os outros do mercado e levar suas rendas até zero – conquistando suas oportunidades de ganho – é a essência da concorrência. Uma vez adquirida riqueza, as oportunidades para ganhar mais dinheiro se multiplicam, uma vez que a riqueza acumulada leva a oportunidades para ganhar mais dinheiro que não estão abertas àqueles que não têm riqueza.²⁰

A concorrência, em princípio, é um fato econômico que deriva de uma economia de mercado. Não haveria por que se propor uma aproximação

¹⁹ SALOMÃO FILHO (1998: 39) diz que “o principal mérito da Escola de Chicago, e, sem dúvida, a principal razão da aceitação pelas Cortes de suas teses, está no fato de ter sido capaz de adaptar objetivos tão claramente de política econômica (como é a defesa da competitividade das empresas americanas) a um teoria econômica aparentemente preocupada exclusivamente com a defesa do consumidor, e, portanto, de grande apelo teórico e até político-ideológico. Com efeito, como foi visto, a eficiência é identificada à promoção de bem-estar do consumidor”.

²⁰ O economista prossegue ainda considerando as falhas e os defeitos das economias de mercado: “mesmo que comecem com distribuições igualitárias de poder de compra, as economias de mercado convertem rapidamente as igualdades em desigualdades. Qualquer que seja a distribuição inicial de bens e serviços, os trabalhadores não receberão o mesmo. As pessoas recebem quantias desiguais porque possuem talentos desiguais, porque fizeram investimentos desiguais em suas aptidões, porque têm interesses desiguais em se dedicar (*sic*) seu tempo e sua atenção a ganhar dinheiro...” (THURLOW, 1997: 314).

entre direito e concorrência, caso o mercado apresentasse as soluções ideais para conflitos não só entre empresas mas também entre estas e consumidores. O mercado, de fato, não redistribui riqueza nem gera equilíbrio perfeito entre subjetividades diversas. Por isso, é necessário fundir, num só conceito, o jurídico e o concorrencial.

Em vista disso, a função do direito é viabilizar a liberdade e a democracia econômica, pois, segundo WALLERSTEIN (1999), não é possível separar liberdade de igualdade e igualdade de liberdade. A concorrência em si, do ponto de vista econômico, não se estrutura sob esses postulados, rejeitando-os, muitas vezes, porque contrários à lógica econômica (eficiência e lucratividade). Por isso, a junção do econômico com o jurídico torna possível um conceito de livre concorrência que absorva as idéias de democracia, liberdade e igualdade²¹.

Assim, a concorrência deve consistir na democratização do acesso ao mercado de forma a possibilitar o exercício da liberdade em toda a sua extensão. Partindo de estruturas econômicas, deve-se concretizar essa liberdade concorrencial por meio de instrumentos e instituições jurídicas no sentido de estabelecer uma articulação essencial entre Direito e Economia.

3.2. Política de concorrência – noção geral

“A institucionalização da concorrência, como estrutura de organização e ordenação do sistema econômico” (FONT GALÁN, 1987: 166), devidamente inserida no texto constitucional, fundamenta políticas públicas e privadas imprescindíveis para o bom funcionamento da economia de livre mercado. O sistema econômico capitalista, em sua faticidade, deve buscar seu fundamento de validade no texto constitucional.

Erigida a princípio informativo da ordem econômica constitucional, a livre concorrência assume uma “alta função econômico-institucional” (FONT GALÁN, 1987: 166). Em decorrência disso, critérios normativos são estabelecidos com intuito de enquadrar condutas concorrenciais das empresas e políticas econômicas advindas do poder público.

²¹ Para Isabel VAZ (1993), a livre concorrência é o conceito jurídico para os meios e valores concorrenciais econômicos, cabendo ao jurista estabelecer os instrumentos legais e as técnicas institucionais eficazes para prevenir e reprimir práticas anticoncorrenciais. Trata-se de um conceito que, em certo sentido, reforça a idéia de unir o direito à economia.

Uma vez constitucionalizada a economia de livre mercado e seu consectário lógico, a liberdade de concorrência, qualquer ato atentatório ao, ou perturbador do, funcionamento do mercado deve ser expurgado, porque em desacordo com o alicerce de todo um sistema econômico constitucional²². Não se trata, como se destacou acima, de uma mera proteção à economia de mercado, mas do estabelecimento de verdadeira democracia econômica em que liberdade e igualdade se encontram indissociavelmente ligadas.

De acordo com Isabel VAZ (1993: 264), “a medida exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a ‘política jurídica da concorrência’”. A política de concorrência, em sua vertente jurídica, há de fundamentar-se na democracia econômica, seja viabilizando o acesso ao mercado, seja garantindo a liberdade de escolha do consumidor.

Ao ser promulgada a Lei n.º 8884/94, concretizaram-se, em nível de legislação ordinária, meios de prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica, tal qual idealizada e programada pelo texto constitucional. A lei em questão é um instrumento não somente da economia de mercado mas também da democracia econômica.

3.3. Política de concorrência e empresa

A empresa é instrumento de políticas econômicas e, por isso, ocupa o centro do debate acerca das medidas a serem tomadas a fim de propiciar o bom funcionamento do mercado²³.

A política de concorrência não pode ser vista como expressão pura de mecanismos legais. Ela envolve muito mais do que as noções técnicas, uma vez que a restrição do mercado, alegada por qualquer interessado num proces-

²² FONT GALÁN (1987: 180) afirma que “o jogo ou funcionamento da concorrência – tanto seja acionado pela política econômica, quanto pela iniciativa empresarial – há de salvaguardar as estruturas institucionais e organizativas do mercado, e inclusive garanti-las e promovê-las” (tradução livre).

²³ O professor Washington Albino de Souza foi um dos precursores ao estabelecer a intrínseca relação entre política econômica e empresa. Para SOUZA (1980: 343), “a empresa moderna transformou-se num instrumento poderoso de prática da política econômica de controle da oferta ou da procura, da previsão de capitais, da maximização ou minimização do lucro, como também do ajustamento às necessidades da tecnoestrutura”. Segue-se, todavia, que a empresa passa a exercer influência cada vez maior na elaboração de políticas públicas.

so concorrencial, deve corresponder a prejuízo ao interesse público²⁴ e não exclusivamente privado (entre empresas). A política de concorrência, ao mesmo tempo em que é integrada pelos mecanismos normativos, orienta a aplicação destes à vista dos mais relevantes interesses de uma determinada comunidade. Não se cuida, aqui, de interesses privados, mas de subjetividades indeterminadas atingidas pela ação ilícita de agentes econômicos²⁵.

A estrutura da política de concorrência apresenta um caráter relevante num mundo, cada vez mais, integrado. A política de concorrência deve ter como função ponderar as diversas condutas empresariais, tendo em vista o grau de concentração do mercado, a natureza das infrações e, sobretudo, o ambiente sócio-político-cultural da comunidade diretamente envolvida com as ações anticoncorrenciais.

Não se trata de verificar apenas o instrumental técnico para aplicação de leis protecionistas dos mercados, mas é fundamental uma avaliação da estrutura político-social de um determinado país, assim como o seu grau de desenvolvimento. Neste ponto, deve-se retornar à idéia de regulação como expressão do crescimento sustentável. O exemplo da União Européia é de grande valia, na medida em que instituiu um sistema de política concorrencial no âmbito transnacional. Assim leciona SCHERER (1994: 41):

“Agora, muitas nações industrializadas têm algum tipo de lei da concorrência e a União Européia implementou um extenso sistema transnacional de políticas. Algumas nações seguem os Estados Unidos na proibição em si de fixação de preços sem qualquer condição; outras deixam os cartéis operarem mas tentando controlar os abusos [...] estas diferenças tornaram difícil mas, como de-

²⁴ Segundo MANCUSO (1994), o interesse público consiste naquele em que se tem a presença do Estado ora legislando ora administrando. Para ele, do ponto de vista político, interesse público é o que realiza uma verdadeira arbitragem entre os diversos interesses particulares envolvidos tendo em vista o bem comum.

²⁵ Neste sentido, parecem concordar tanto economistas quanto juristas. VISCUSI et al. (1995), ao tratar da organização industrial, representa o esquema da estrutura-conduta-performance com a influência das políticas governamentais (regulação e antitruste) sobre o controle de estruturas e de condutas. HOVENKAMP (1994), ao falar do desenvolvimento da política antitruste, analisa diferentes aplicações do *Sherman Act*, tendo em vista diferentes políticas públicas ora de maior repressão às concentrações ora de maior controle das práticas colusivas. Estes autores parecem deixar claro que tanto as regulamentações quanto os objetivos governamentais compõem uma política de concorrência cujo objetivo primordial deve ser os interesses da coletividade acima de quaisquer conflitos exclusivamente privados.

monstra a experiência comunitária europeia, não impossível de acordar com políticas concorrenciais além das fronteiras nacionais.”²⁶

O economista dá a dimensão da dificuldade de adotarem-se políticas transnacionais, principalmente, no que tange à concorrência, de forma a harmonizar o controle de condutas e estruturas no contexto transnacional de mercado. Sem dúvida, um aspecto meramente técnico já, por si só, gera problemas de adequação, mas não a inviabiliza. Todavia, além disso, é importante levar-se em conta a etapa de desenvolvimento de cada um dos Estados envolvidos, assim como o modo de atuação das empresas em cada um dos territórios políticos em questão.

Num ambiente de relações internacionais, a cada dia, mais intensas, as políticas de concorrência que servem para controlar, principalmente, estruturas e práticas anticoncorrenciais devem ser determinantes da atuação não só do setor privado mas também do setor público. Assim, produtos qualitativamente melhores e mais baratos, bem-estar do consumidor, conciliação entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento tecnológico são consectários lógicos de um mercado competitivo regulado por políticas públicas eficazes.

Dentro desse padrão, a política de concorrência é o instrumento mais eficaz na realização da regulação e do direito pós-moderno com vistas à atuação da empresa no mercado. Pode ser, desse modo, conceituada como a aplicação valorativa de instrumentos juseconômicos de regulação no que tange ao funcionamento de uma determinada economia. A redução desta política à mera instrumentalidade (tecnicismo) não garante a realização de um sistema de valores com vistas à aplicação razoável do direito²⁷.

No caso brasileiro, a Constituição, a legislação infraconstitucional e todas as instituições juseconômicas vão sustentar medidas econômicas e o

²⁶ No original: “*Now most industrialized nations have some kind of competition law, and the European Community has implemented an extensive system of transnational policies. Substantial differences in the details of those policies remain. Some nations follow the United States in prohibiting naked price-fixing rings without qualification; others incline toward letting cartels operate but attempting to control abuses [...]. Such differences have made it difficult but, as the European Community experience demonstrates, not impossible to agree upon competition policies spanning national borders*”.

²⁷ Neste ponto insere-se a idéia de razoabilidade, tão importante para os aplicadores do direito concorrencial. AARNIO (1991) conceitua razoabilidade como o resultado aceitável de um processo interpretativo. Mas o que seria este resultado aceitável? Para AARNIO (1991), seria aquele que se adequasse a um sistema de valores de uma determinada comunidade.

regime de concorrência num sistema capitalista com ênfase na estrutura de mercado livre. Os valores constitucionalmente estabelecidos (justiça social, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade) dão o contorno das políticas públicas, enquanto que a legislação infraconstitucional (principalmente a de Defesa da Concorrência) cuida de manter um ambiente propício à liberdade de mercado, de iniciativa e, sobretudo, de crescimento sustentável.

3.4 Política de concorrência e o enfoque transdisciplinar

A política de concorrência não pode ser compreendida somente dentro da ótica exclusiva do Direito. É preciso entender que ela se exterioriza de várias formas e não apenas por meio de regras e princípios jurídicos. A partir disso, nota-se que deve haver uma interação necessária entre os mecanismos econômicos (microeconômicos) e os jurídicos na solução de problemas concorrenciais.

A política de concorrência não se externa através dos modelos ideais estabelecidos pela teoria microeconômica nem exclusivamente por meio de instrumentos jurídico-legais. No entanto, sabe-se que a microeconomia fornece importantes pistas na verificação de condutas anticoncorrenciais juridicamente tipificadas. Eis aí uma interação necessária para a realização de um projeto concorrencial mais completo.

Do ponto de vista microeconômico, há um mercado concorrencial quando ofertantes e demandantes aceitam o preço ditado pelo mercado, já que a determinação de preços está fora do controle quer de quem deseja comprar quer de quem deseja vender.

Segundo Hal VARIAN (1996: 284), “a justificação usual para a realização de um mercado competitivo é que cada consumidor ou produtor é uma pequena parte do mercado como um todo e, por isso, tem um efeito diminuto sobre o preço”²⁸. O autor ainda ressalta como, afinal, se determina o preço num mercado concorrencial:

“Embora o preço de mercado possa ser independente de qualquer ação do agente no mercado competitivo, são as ações de todos os agentes juntos que determinam o preço de mercado. O preço de equilíbrio de uma mercado-ria é o preço em que a oferta iguala à demanda. Geometri-

²⁸ No original: “*the usual justification for the competitive-market assumption is that each consumer or producer is a small part of the market as a whole and thus has a negligible effect on the market price*”

amente, este é o preço onde as curvas de demanda e oferta se cruzam.” (VARIAN, 1996: 284)²⁹

O objetivo de um direito concorrencial é estabelecer um mercado competitivo em que não prevaleçam interesses monopolísticos e oligopolísticos prejudiciais. Não se quer, todavia, significar, por aí, que todo e qualquer monopólio e oligopólio sejam um mal em si, mas que aqueles em dissonância com um mercado concorrencial devem ser coibidos.

Está claro que, em realidade, o mercado não funciona com preços de equilíbrio, porque nem sempre a quantidade ofertada é igual à demandada. Em vista disso, o objetivo não é um modelo de concorrência pura em que prevalece o preço de mercado, independentemente da quantidade produzida pela firma ou empresa³⁰, tornando-se esta verdadeira price taker (VARIAN, 1996: 367).

Neste caso, a real preocupação da empresa é quanto ela irá produzir, visto como o preço será estabelecido pelo mercado. Sem dúvida, isso seria o ideal de um mercado competitivo em que prevaleceriam os princípios da atomização deste e da homogeneidade dos produtos. Contudo, sabe-se que não existe, no mundo econômico, o modelo de concorrência pura, dado que sempre surgirão monopólios e oligopólios a influírem nos preços e nas quantidades ofertadas.

Dentre seus objetivos, a política de concorrência tem por meta cuidar dos desvios estruturais que comprometem o funcionamento do mercado, provocando resultados ineficientes. Em razão disso, fala-se em concorrência factível ou viável³¹. Esta, porque mais palpável, deve ser o parâmetro norteador do controle do mercado e dos agentes econômicos que nele atuarem.

²⁹ No original: “*Although the market price may be independent of any one agent’s actions in a competitive market, it is the actions of all the agents together that determine the market price. The **equilibrium price** of a good is that price where the supply of the good equals the demand. Geometrically, this is the price where the demand and the supply curves cross.*”

³⁰ A expressão *firma* está sendo utilizado no seu sentido econômico (empresa), que não se confunde com o jurídico (assinatura).

³¹ Isabel VAZ (1993: 44-45) afirma que “adjetivos como ‘efetiva’, ‘eficaz’ e, finalmente, ‘praticável’ ou ‘possível’, traduções das expressões inglesas *workable competition* têm vindo adornar a expressão concorrência, traduzindo cada qualificação uma situação diferente de mercado. De todas essas, a mais modesta, porém a mais realista, a ‘concorrência possível’ ou ‘praticável’, dá a medida do que se pode desejar desse instituto”. Nesse sentido, também Neide MALARD (1994: 164) leciona que J.M. Clark criou a expressão *workable competition*, querendo significar concorrência possível, viabilizada por políticas públicas e privadas. A mesma autora traduz o termo

Embora a expressão tenha sido cunhada por economista, pode-se dizer que assumiu um caráter transdisciplinar, servindo como ponto de contato da economia com o direito. Desde então, este conceito evoluiu e hoje não se restringe a mera eficiência econômica do mercado. Por isso, a concorrência viável é aquela possível de realizar-se, num contexto mercadológico, em que se tem como valores predominantes a liberdade, a igualdade e a democracia.

A partir daí, o agente econômico pode produzir tudo o que entender viável, colocando o preço que bem quiser, mas somente venderá o que as pessoas estão dispostas a pagar (market constraint)³². Esta restrição de mercado é que leva à competição entre as empresas. Por isso, faz-se mister compreender o ambiente de mercado a fim de conhecer o relacionamento entre elas quando se trata de tomarem decisões relativas aos preços e à produção. Numa abordagem transdisciplinar, é incoerente promover uma política de concorrência que ignore as restrições dos mercados tanto quanto desconsidere os interesses sociais.

3.5 Política de concorrência e poder de mercado

A noção transdisciplinar de política de concorrência pode ser exemplificada quando se leva em consideração o estudo do poder de mercado de uma empresa no momento da verificação de existência de infração à concorrência. A análise do mercado é essencial para se aplicarem quaisquer sanções aos agentes econômicos, uma vez que não se tem por configurada a infração caso não haja expresso poder de mercado³³.

Conforme HOVENKAMP (1994: 309), “um mercado com dois competidores, em que um deles é maior, é muito mais propenso ao preço predatório do que um mercado com vários competidores relativamente menores”³⁴. Essa análise econômica serve como importante parâmetro para, razoavelmente, verificar a existência de determinada conduta anticoncorrencial. O poder de mercado não se expressa incondicionalmente, mas deriva de condi-

por concorrência factível. Outros termos são cabíveis, como prováveis traduções, tais como, concorrência praticável, efetiva ou eficaz, como defende ALVES(1992: 65). Pode-se até falar em concorrência viável, já que seria aquela possível de realizar-se diante das condições materiais existentes, no entanto, respeitando-se os princípios de transparência do mercado, bem-estar do consumidor e liberdade de empresa.

³² A expressão é de VARIAN (1996: 366).

³³ Neste sentido, HOVENKAMP (1994), SULLIVAN (1977) e AREEDA & KAPLOW (1997).

³⁴ No original: “a market with two competitors, one of which is very large, is far more conducive to predatory pricing than a market with several relatively small competitors”.

ções de possibilidades como esta descrita pela teoria microeconômica. A faticidade aqui é fundamental no sentido de viabilizar a aplicação de instrumentos jurídico-concorrenciais.

Nessa mesma direção, SULLIVAN & HARRISON (1998: 29) afirmam que “o poder de mercado varia diretamente com a parcela de mercado; o poder de mercado varia inversamente com a elasticidade da demanda de certa indústria”³⁵. Partindo do pressuposto de que o poder de mercado de determinada empresa, num certo setor econômico, varia diretamente em razão da sua participação nesse mercado, deve-se avaliar se o produto da empresa possui um substituto próximo que, ao menor indício de aumento de preços, os consumidores passem a adquirir o bem do concorrente³⁶.

Para ALVES (1992: 133), a posição dominante consiste no “poder de impedir uma concorrência efectiva. Tal poder pode envolver a capacidade de eliminar ou enfraquecer gravemente a concorrência existente ou de evitar que potenciais concorrentes entrem no mercado”. Dentro dessa concepção de posição dominante, adotada pela Comissão Européia da Concorrência, pode-se afirmar que não há posição dominante, se o mercado é contestável³⁷, não

³⁵ No original: “*market power varies directly with market share; market power varies inversely with the elasticity of the industry demand; and, market power varies inversely with the supply elasticity*”.

³⁶ Diante de uma situação de concorrência monopolística, prevê-se a possibilidade de o consumidor, em razão da similitude entre os produtos, proceder a troca em razão de um aumento de preço por parte da empresa monopolista, o que comprova maior elasticidade cruzada da demanda. Contudo, sabe-se que, porque visam a maximizar seus lucros, intuitivamente, as empresas tenderão a diferenciar, cada vez mais, seus produtos. Hal VARIAN (1996: 440) disserta que “*the more successful it is at differentiating its product from the other firms selling similar products, the more monopoly power it has – that is, the less elastic is the demand curve for the product*”. O mesmo autor fornece o exemplo da indústria de refrigerantes em que há vários produtos similares, mas não idênticos, possuindo, assim, cada um deles seus próprios consumidores e, em razão disso, acabam por ter certo poder de mercado (VARIAN, 1996). Nesse caso, é bom acentuar o papel preponderante da publicidade. Como exemplo, na indústria farmacêutica, em que primordialmente não havia competição diferenciada, é possível, hoje, apontar-se o uso da propaganda como meio de acirrar a concorrência. Voltando ao mercado de refrigerantes, verifica-se que um aumento coletivo de preços (em 10%) não leva os consumidores a migrarem para o consumo de chás, leite, café, sucos, etc. Neste caso concreto, a substituíbilidade só existe entre refrigerantes (SALGADO, 1997b).

³⁷ Para SALGADO (1997a: 61), “um mercado é contestável quando as firmas estabelecidas são vulneráveis à entrada do tipo *hit and run*, o que supõe que não haja barreiras

havendo meios de eliminar a concorrência e ato contínuo impedir a entrada de novos concorrentes nesse mercado.

Atualmente, o poder de mercado deve ser entendido, não somente do ponto de vista jurídico-econômico, com parâmetros fixos e ideais, mas em cada caso concreto. No contexto teórico do Direito, é verdadeiro conceito jurídico indeterminado, podendo ser discricionariamente restringido ou ampliado de acordo com as circunstâncias econômicas preponderantes. Urge, por isso, seja feita “pesquisa qualitativa, diria até sociológica, aplicada à tentativa de captar a natureza da rivalidade existente em um mercado e apreender a percepção dos agentes no mercado sobre a composição da concorrência” (SALGADO, 1997b: 46).

AREEDA & KAPLOW (1997: 571) afirmam que “a definição de mercado e a parcela de mercado do acusado dão, na melhor das hipóteses, somente uma sugestão do seu poder de mercado”³⁸. Para estes autores, o poder de mercado é uma questão de graduação que deve, necessariamente, ser avaliada tendo em vista as limitações não somente econômicas, mas também jurídicas e sociais. Enfim, este seria o momento propício para se reforçar a idéia de uma política de concorrência fundamentalmente transdisciplinar.

Conclusão

A regulação é o ponto de contato mais marcante entre o direito e a economia. De fato, a racionalização econômica e a aplicação normativa são elementos essenciais ao processo regulador. Por isso, é preciso superar essa relação dicotômica entre estes dois domínios do conhecimento científico. A proposta da transdisciplinaridade tem por objetivo demonstrar que não há razão para se insistir na existência de disciplinas independentes e estanques. Há, na verdade, um campo único do conhecimento em que tanto economistas quanto juristas são parceiros para elaboração de métodos e conteúdos de direito concorrencial.

A empresa, sujeito do processo produtivo, deve ser entendida como uma instituição hierarquicamente organizada, a partir dos princípios da redução dos custos de transação e da economicidade. É uma estrutura de governança que assume quaisquer das formas jurídicas permitidas (sociedade por

ras à entrada nem custos de saída (*sunk costs*). A inexistência de barreiras à entrada significa que a tecnologia é de pleno conhecimento, os produtos são homogêneos e altamente substitutos, de modo que não há vantagem na diferenciação”.

³⁸ No original: “*market definition and the defendant’s market share give, at best, only a suggestion of defendant’s market power.*”

ações e por cotas de responsabilidade limitada) tendo por meta a economia de custos de transação.

A política de concorrência consiste na aplicação de instrumento jurídico-econômicos a fim de conciliar os interesses privados com o interesse público. O enfoque transdisciplinar faz com que se veja a política de concorrência num processo de interação entre a microeconomia e o direito concorrencial. Já a teoria da razoabilidade orienta as escolhas a serem realizadas no processo de aplicação dos instrumentos desta política a partir de um sistema de valores eleitos como os mais relevantes por uma dada comunidade num certo momento.

Assim, pode-se dizer que os referenciais teóricos escolhidos, como a abordagem transdisciplinar e a razoabilidade, levam a uma integração harmônica entre as teorias microeconômicas e jurídicas no tratamento de questões concorrenciais, como o poder de mercado. Este deve ser analisado caso a caso com base nos fundamentos microeconômicos e jurídicos, não existindo resposta prévia que sirva para, de antemão, estabelecer um conceito rígido e inflexível. A noção desse poder faz-se no cotejo de dados e na análise das diferentes variáveis que são trazidas ao conflito concorrencial, tendo em vista o mercado concreto.

Dessa forma, conclui-se que a regulação está indissociavelmente ligada às estruturas que rege, ou seja, tanto a empresa quanto a política de concorrência. A partir do enfoque transdisciplinar, a empresa e a política de concorrência são domínios os quais ocupam um campo do conhecimento único em cujo espectro plural e aberto encontram-se amalgamados direito e economia.

Referências bibliográficas

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1991.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da concorrência nas comunidades européias. 2^a. ed. Coimbra : Coimbra editora, 1992.

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

BOYER, Robert. Théorie de la régulation. Paris : éditions de la Découverte, 1987.

CHEVALLIER, Jacques. Les enjeux de la déréglementation, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, n° 2, pp. 281-319, 1987.

_____. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique, *Revue du Droit Public*, LGDJ, n° 3, pp. 659-690, 1998.

COASE, Ronald. The nature of the firm. in WILLIAMSON, Oliver & WINTER, Sidney G.(ed.) *The nature of the firm: origins, evolution and development*. 2^a ed. New York : Oxford university press, 1993.

DEMSETZ, Harold. The theory of the firm revisited. in WILLIAMSON, Oliver & WINTER, Sidney G.(ed.) *The nature of the firm: origins, evolution and development*. 2^a ed. New York : Oxford university press, 1993.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitucion económica y derecho de la competencia*. 1^a. ed. Madrid : Tecnos, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 1^a.ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

HART, Oliver D. Incomplete contracts and the theory of the firm. in WILLIAMSON, Oliver & WINTER, Sidney G.(ed.) *The nature of the firm: origins, evolution and development*. 2^a ed. New York : Oxford university press, 1993.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

LE MOAL, Roger. *Droit de concurrence*. 1^a. ed. Paris : Economica, 1979.

MALARD, Neide Teresinha. O cartel, *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 47, n° 184, pp. 159-177, julho-dezembro de 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2^a ed. Lisboa : Estampa, 1989.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4^a. ed. Boston : Little, Brown and Company. 1992.

SALGADO, Lúcia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo : editora Singular, 1997a.

_____. O conceito de mercado relevante, *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n° 26, pp.37-46, agosto-dezembro de 1997b.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo : Malheiros, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo : Cortez, 2000.

SCHERER, F.M. Competition policies for na integrated world economy. Washington : The Brookings institution, 1994.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo : Saraiva, 1980.

SULLIVAN, E. Thomas & HARRISON, Jeffrey L. Understanding antitrust and its economic implications. 3rd ed. New York : Matthew Bender & Co., 1998.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. Antitrust. St. Paul : West publishing, 1977.

THUROW, Lester. O futuro do capitalismo: como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã. 2^a. Ed. Rio de Janeiro : Rocco, tradução de Nivaldo Montingelli Jr., 1997.

VARIAN, Hal R. Intermediate microeconomics: a modern approach. 4th.ed. New York : W.W. Norton & Company, 1996.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. 1^a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M. & HARRINGTON JR., Joseph E. Economics of regulation and antitrust. 2nd ed. Cambridge : MIT press, 1995.

WALLERSTEIN, Immanuel. The end of the world as we know it: social science for the twenty-first century. Minneapolis: University of Minnesota press, 1999.

WILLIAMSON, Oliver E. The economic institutions of capitalism. 2^a ed. New York : The free press, 1987.

WINTER, Sidney G.. On Coase, competence, and the corporation. in WILLIAMSON, Oliver & WINTER, Sidney G.(ed.) The nature of the firm: origins, evolution and development. 2^a ed. New York : Oxford university press, 1993.

A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

*Ana Carolina dos Santos Gatto**

SUMÁRIO: Introdução – 1. A livre concorrência e a defesa do consumidor na ordem econômica constitucional – 2. A livre concorrência como meio de se assegurar os direitos do consumidor – 3. Agentes econômicos equiparados por força do art. 29 da Lei 8.078/90 e livre concorrência – 4. O abuso do poder econômico e os direitos do consumidor — 5. Concentração de empresas e consumidor – 6. Práticas verticais restritivas da concorrência e proteção do consumidor – Conclusão – Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Atualmente, a propriedade privada e a livre iniciativa deixaram de ser valores absolutos do sistema capitalista, somente possuindo sentido se cumprirem sua função social, assegurando o desenvolvimento econômico.

É inegável que os meios de produção encontram-se concentrados nas mãos de poucos, o que não significa que devam ser usados para beneficiar somente seus detentores. Resta saber como conciliar esta realidade com o alcance do bem-estar coletivo. Ao Direito cumpre coibir os abusos que possam decorrer da concentração do poder econômico. Dentro deste contexto, despontam o Código de Defesa do Consumidor e a legislação de proteção à concorrência.

Dentro dessa perspectiva, justifica-se escolha do tema pela sua atualidade e, sobretudo, pela sua importância diante da realidade econômica contemporânea. Escudando-se na necessidade de se proteger o vulnerável no mercado, seja ele pessoa física ou jurídica, pode-se dar uma nova visão das normas de proteção do direito do consumidor e da livre concorrência enquanto viabilizadoras da consecução de um mercado mais harmônico e menos abusivo.

* Aluna do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

1. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988, conforme Eros Roberto GRAU (1997), enuncia um conjunto de diretrizes, programas e fins a serem concretizados pelo Estado e pela sociedade, o que lhe dá o caráter de “plano global normativo”.

Nesse contexto destaca-se o art. 170 da Magna Carta ao estabelecer que “a ordem econômica¹, fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”². Para a consecução dessa ordem econômica, consagra o mesmo dispositivo vários princípios, entre eles, o da livre concorrência e o da defesa do consumidor.

Esses princípios, na maioria das vezes analisados apartadamente, encontram-se na verdade interligados, influenciando-se mutuamente. Devem, portanto, ser aplicados harmoniosamente e interpretados dentro do contexto constitucional em que se inserem.

A livre concorrência encontra-se como meio de se garantir tanto os direitos do consumidor quanto o direito de igualdade de oportunidades dos agentes no mercado, na medida em que evita a concentração do poder econômico e o abuso que dela pode decorrer³.

Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (*apud* GRAU, 1997: 232), após constatar que é a competitividade o elemento comportamental que define a livre concorrência, observa que:

“A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base de for-

¹ Segundo Vital MOREIRA (1979: 53), a ordem econômica possui dois sentidos. Em uma primeira acepção corresponde à realidade econômica. Já em um segundo sentido, o jurídico-normativo, seria o “conjunto das normas que regulam a vida econômica”.

² O art. 170 é norma programática, devendo ser lido da seguinte forma: “as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...” (GRAU, 1997: 49).

³ O detentor do poder econômico pode dele abusar não só em detrimento de seus concorrentes como também dos direitos do próprio consumidor, como se verá no item

mação de preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos meios de produção. Nesse sentido, 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. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade equilibrada”.

Percebe-se, portanto, que a livre concorrência não pode ser analisada sem se ter em mente os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor. Todavia, enganam-se aqueles que sustentam que a única contribuição dada a este pela livre concorrência é a garantia de preços mais baixos. Conforme destaca Louis VOGEL (GALLOT *et al.*, 2001: 30):

“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.”

O ordenamento jurídico pátrio tem como verdadeiro instrumento de concreção do princípio constitucional da livre concorrência a Lei 8.884/94, que dispõe, nos termos de seu art. 1º, “sobre a repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade⁴, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Conclui-se assim da mera leitura do artigo supratranscrito que a defesa do consumidor é princípio que norteia a aplicação da lei antitruste brasileira.

⁴ Marcos Vinício Chein FERES (1999) sustenta que a função social da empresa pode concretizar-se de três formas: através da garantia de qualidade de vida para seus trabalhadores, pelo respeito ao consumidor e pelo respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Por sua vez, a proteção dos direitos do consumidor e, conseqüentemente, a proteção do próprio instituto do consumo, é imprescindível para a concretização dos objetivos econômicos e sociais traçados pela Constituição Federal de 1998.

Concedendo instrumentos jurídicos hábeis para que o consumidor promova a defesa de seus direitos, chega-se a um equilíbrio maior das forças atuantes no mercado. Se em um mercado atomizado e competitivo o fornecedor não tinha como controlar o nível dos preços, fixados pela lei da oferta e da demanda, hoje, devido ao alto índice de concentração, possui domínio sobre o mercado, impondo as regras do jogo, a elas submetendo o consumidor.

Destarte, impossível não se chegar à conclusão de Cristiane DENARI (1999: 29) no sentido de que “proteção do consumo é proteção da ordem econômica”⁵.

O instrumento de concreção do princípio constitucional da defesa do consumidor, por sua vez, é a Lei 8.078/90. Os efeitos de sua aplicação não se restringem às partes envolvidas em um litígio, pois geram reflexos no mercado e na sociedade como um todo. Daí sua importância. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser examinado sob um prisma exclusivamente privatista, já que se encontra inserido em um contexto maior, delimitado pela Constituição Federal de 1988.

A própria lei mencionada dispõe em seu art.1º que suas normas são de ordem pública e devem responder ao interesse social, nos termos das disposições constitucionais (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 de suas Disposições Transitórias).

As normas constitucionais sobre a ordem econômica deixam clara a existência de uma política econômica voltada para a proteção das relações de consumo e da liberdade de concorrência como meio de proteção da própria ordem econômica.

Nas palavras de Cristiane DENARI (1999: 34):

“A aplicação das normas de proteção ao consumidor não se justifica por uma lesão ostensiva ao indivíduo consumidor, necessariamente; mas incide a norma porque uma determinada prática se re-

⁵ Enquanto finalidade do direito da concorrência, o interesse do consumidor só pode ser visto como elemento da ordem pública econômica (MELEDO-BRIAND, 2000) sendo, portanto, essencial para a proteção desta.

vela danosa ao bom desenvolvimento das relações de consumo, ou seja, ao desenvolvimento da Ordem Econômica”.

Da mesma forma, pode-se afirmar que a incidência das normas anti-truste não se justifica somente pela lesão à concorrência. A ilicitude de determinado ato anticoncorrencial pode ser afastada desde que este traga benefícios outros para a ordem econômica, tais como desenvolvimento tecnológico e melhora da qualidade de bens ou serviços, o que traria inegáveis ganhos para o consumidor e para a economia como um todo⁶.

2 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MEIO DE SE ASSEGURAR OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Afirma, com propriedade, Paula A. FORGIONI (1999: 248) que a Lei Antitruste e o Código de Defesa do Consumidor “protegem diretamente interesses diversos: a livre iniciativa e a livre concorrência, de uma parte, e o consumidor, de outra”. Todavia, indiscutível o fato de que a livre concorrência é meio, às vezes direto, às vezes indireto, de se assegurar os direitos do consumidor.

Em um mercado no qual seja assegurada e protegida a liberdade de concorrência entre os fornecedores de bens e serviços, em todas as fases da produção, vê-se garantida a liberdade de escolha do consumidor.

Ao abordar a concorrência, Marcos Vinício Chein FERES (1999: 56) afirma que:

“Esta, enquanto valor econômico institucional, é, sem dúvida, o meio pelo qual oportunidades a todos são garantidas, guardados os desvios inerentes ao sistema econômico capitalista. Em verdade, a concorrência deve ser entendida enquanto liberdade de iniciativa empresarial, liberdade de participar do jogo e manter-se no mercado e liberdade

⁶ Conforme os ensinamentos de Danièle MELEDO-BRIAND (2000: 42), “o interesse dos consumidores é efetivamente um critério de apreciação das exceções às práticas restritivas da concorrência” em diferentes legislações.

de escolha por parte dos consumidores e usuários (*consumer welfare*)”.

Por outro lado, em um mercado monopolizado ou altamente concentrado, em que os agentes adotem condutas concertadas⁷ quanto aos métodos de contratação e à política de preços, o consumidor é privado de sua liberdade de escolha. Nessa situação, não importa com quem venha a contratar: o preço, as cláusulas contratuais e muitas vezes a própria qualidade do produto serão os mesmos.

Atualmente, em um mercado onde os métodos de contratação em massa são a regra e não a exceção, a concorrência assume papel decisivo no que tange à liberdade contratual e à autonomia da vontade.

Sem a pluralidade de fornecedores ou na ausência de competitividade entre eles, o consumidor se vê em uma situação em que é levado a aceitar cláusulas unilateralmente impostas (muitas vezes manifestamente abusivas) ou abdicar da aquisição do produto se este não tiver substitutos próximos, ou seja, se for baixa a elasticidade cruzada da demanda. Porém, muitas vezes, dependendo da essencialidade do produto ou do serviço, não resta ao consumidor nem mesmo essa última opção, sendo levado a contratar⁸.

⁷ A questão das condutas concertadas apresenta grandes dificuldades, pois conforme ressalta Richard WHISH (1993: 195), “... *it may be that firms act in parallel not because of a desire to co-ordinate their behaviour but because their individual appreciation of market conditions may tell them that a failure to match a rival's strategy could be damaging or even disastrous*”. Desse modo, a aplicação do direito nesta área deve ser cercada de enorme cuidado, devendo-se distinguir entre práticas restritivas da concorrência e atitudes comerciais baseadas na racionalidade. Para os propósitos do art. 81 do Tratado de Roma deve haver um consenso mental através do qual a competição é intencionalmente substituída pela cooperação, não sendo necessário que o consenso seja verbal, podendo resultar de qualquer contato direto ou indireto entre as partes (cf. WHISH, 1993).

⁸ Duciran Van Marsen FARENA (2000: 196) ao abordar o assunto do monopólio do transporte rodoviário de passageiros afirma que “a supressão da competição nos serviços de transporte público tem apenas uma consequência: o monopolista praticará o preço mais alto que a demanda puder suportar, oferecendo, em retorno, o serviço mais precário que o usuário e a administração tolerarem”. O usuário, por sua vez, muitas vezes não tem outra opção a não ser recorrer ao transporte rodoviário quando necessite viajar, pagando o preço pedido pelo detentor do monopólio. Conforme Benjamin M. SHIEBER (1966: 64) sob um regime de concorrência, o consumidor goza de melhor qualidade, menor preço, e tem seu direito de escolha garantido.

Ademais, a experiência tem demonstrado que os preços praticados em um mercado competitivo geralmente são mais baixos do que os praticados em situações de monopólio ou oligopólio. Nesses casos, o fornecedor possui o poder de determinar a quantidade produzida e o valor cobrado, agindo independente e indiferentemente em relação aos outros concorrentes e aos consumidores, ao contrário do que ocorre em um regime concorrencial, no qual os agentes econômicos tem menor influência sobre a fixação dos preços⁹.

Até mesmo o que é produzido no mercado, antes, inquestionavelmente estipulado em função do consumidor, vem sendo decidido segundo os interesses dos detentores dos meios de produção, muitas vezes despreocupados com as reais necessidades e anseios do consumidor.

As mudanças no mercado decorrentes do surgimento dos monopólios e oligopólios acabaram por dar à publicidade a função de orientar o consumo através do estímulo de novas necessidades e provocação da demanda, se transformando no principal instrumento das empresas na luta concorrencial (cf. PASQUALOTTO: 1997).

A publicidade, portanto, é no capitalismo contemporâneo uma ferramenta de *marketing*, integrando-se ao seu processo, que consiste na eleição de um “objetivo de mercado, em função do qual são definidos o produto, o preço, o modo de produção e de comercialização” (PASQUALOTTO, 1997: 28). Em outras palavras, o *marketing* nada mais é do que um plano de atuação da empresa no mercado para a colocação de seu produto de modo eficiente.

A publicidade enquanto instrumento das empresas na luta concorrencial é amplamente eficaz à medida que diferencia o produto de um concorrente em detrimento dos demais, criando no consumidor a sensação de que tal produto não possui substitutos próximos ou remotos. Assim, apesar da existência de concorrentes, o agente econômico, através da consolidação de

⁹ As condições para o ótimo funcionamento de um mercado competitivo são: i) a existência de um grande número de vendedores e compradores; ii) ausência de barreiras à entrada e à saída; iii) homogeneidade do produto; iv) informação perfeita para todos os agentes econômicos sobre a natureza e o preço dos produtos negociados; v) ausência de externalidades (cf. RAMSAY: 1989). Entretanto, a reunião de todas essas condições constitui-se exceção, sendo a regra a existência de falhas no mercado. Por isso, quando hoje se fala em concorrência tem-se em mente o conceito de *workable competition*. Nas palavras de ARREEDA & KAPLOW (1997: 36), “*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 is it intended to be*”.

sua marca¹⁰, pode acabar por eliminar a concorrência e assumir posição monopolística no mercado.

Note-se que, na maioria das vezes, o produto diferenciado aos olhos do consumidor através da publicidade não é mais eficiente que o de seus concorrentes e, muitas vezes, pode ser substituído sem maiores problemas por outro que cumpra a mesma função.

A diferenciação do produto ou serviço pode, portanto, constituir uma barreira à entrada de novos agentes no mercado relevante material em que está inserido e levar à diminuição do grau de elasticidade da demanda. Além disso, pode conduzir à elevação do preço do produto, mesmo que não seja de todo neutralizada a concorrência.

Tal fenômeno é decorrente do aumento do valor de troca do bem devido justamente à sua diferenciação, vista aqui subjetivamente, em relação aos demais existentes no mercado. O valor de uso dos produtos concorrentes e do produto diferenciado pode ser o mesmo, mas são diversos os valores de troca, que são medidos pelo desejo do consumidor em adquirir determinado bem¹¹.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta os meios para coibir os abusos que possam advir do uso da publicidade como meio de persuasão que é. Nesse sentido esclarecedoras as palavras de Adalberto PASQUALOTTO (1997: 35):

¹⁰ Não se pretende negar o valor da marca para o bom funcionamento do mercado e para a lealdade nas relações entre concorrentes e entre produtores e consumidores. Referindo-se à marca, destaca Olivier de VÉRA (2000: 42) que “*dans la mesure où elle offre à l’achat des références claires quant aux produit qu’elle recouvre, elle permet une fiabilité et un gain de temps non négligeable*”. Ademais, as marcas favorecem a busca pela qualidade dos produtos e a competitividade, sendo sua proteção necessária tanto no interesse dos produtores quanto no dos consumidores.

¹¹ A partir da distinção feita entre *valor de troca* e *valor de uso* os economistas desenvolveram o conceito de utilidade marginal, segundo o qual a premência de um desejo é decorrente da quantidade de bens disponíveis para satisfazê-lo (cf. PASQUALOTTO, 1997): quanto menor a disposição do bem, maior seu valor de troca. Todavia, o aumento do valor de troca pode ser consequência da diferenciação do produto, feita freqüentemente através da ligação da imagem deste a valores como riqueza, *status*, beleza... A publicidade gera no consumidor a falsa sensação de que a aquisição do produto faz com que passe a integrar um grupo privilegiado, levando ao aumento do valor de troca do produto. Já o valor de uso está na utilidade do bem, que não é determinante na fixação do valor de troca.

“Em vista de seu indisfarçável intento persuasivo, a publicidade busca entorpecer a vontade ou mesmo suprimir a vontade real, que é elemento essencial da autonomia da vontade privada”.

Daí a preocupação do ordenamento jurídico pátrio, em especial da Lei 8.078/90 em regular a matéria diante da vulnerabilidade do consumidor, bombardeado diariamente com as mais variadas formas de publicidade de produtos de todo o gênero.

Certamente, a publicidade é lícita. O que se coíbe é o abuso, que pode se dar, por exemplo, através da publicidade enganosa, sendo esta a forma mais comum de publicidade ilícita.

Entretanto, a publicidade ilícita dirigida ao consumidor final não tem efeitos somente sobre sua vontade, que restará viciada. Pode afetar, outrossim, a própria estrutura do mercado, eliminando ou neutralizando a concorrência.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, ao tornar ilícitos atos publicitários antes considerados simplesmente antiéticos e consagrar princípios como os da identificação e da veracidade, além de tutelar o consumidor, protege, mesmo que de forma mediata, o equilíbrio do mercado. Citando mais uma vez Adalberto PASQUALOTTO (1997: 08):

“A temática não se restringe às relações de consumo, tendo interesse acentuado, v.g., no direito da concorrência, onde a disciplina legal restringe-se a algumas disposições da Lei 8.884, de 11.06.1994 (Lei Antitruste) e a algumas normas penais”.

Conforme o art. 21 da Lei Antitruste, configura infração da ordem econômica exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação em massa. Será aplicado tal dispositivo quando esse tipo de ato for usado como meio de se conquistar o domínio de mercado relevante de bens e serviços ou constituir exercício abusivo de posição dominante. Todavia, a livre concorrência e a livre iniciativa não são os únicos interesses jurídicos lesados por esse tipo de conduta. Através dessa prática fere-se a liberdade de escolha do consumidor na medida em que lhe é cerceado o conhecimento da existência ou qualidade de produtos concorrentes.

Inegável, assim, a mútua influência existente entre a Lei Antitruste e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, as palavras de Iain RAMSAY (1989: 74):

“Competition policy, which attempts to maintain the conditions necessary for effective competition, is primarily an indirect means of consumer protection. The linking of consumer policy and competition policy emphasizes their contribution to the maintenance of an effective market. In turn, this underlines the integration of consumer policy into broader, economic rather than social policy goals”.

3 AGENTES ECONÔMICOS EQUIPARADOS AO CONSUMIDOR POR FORÇA DO ART. 29 DA LEI 8.078/90 E LIVRE CONCORRÊNCIA

A Lei Antitruste, conforme entendimento clássico, tem como escopo a proteção da concorrência e não dos concorrentes. Todavia, indubitavelmente, não há um sistema concorrencial sólido se as empresas não encontram proteção jurídica eficaz quando vítimas de abusos, tanto contratuais quanto extracontratuais.

Realça-se no Brasil o papel imprescindível das micro, pequenas e médias empresas para o crescimento econômico do País associado a uma distribuição de renda mais equitativa, merecendo tais questões especial atenção por parte do legislador pátrio, inclusive em matéria tributária.

No que tange especialmente à proteção contratual, o art. 29 inovou trazendo uma proteção mais efetiva para os profissionais que se encontram em situação de vulnerabilidade. Suprime uma falha antes existente no sistema jurídico pátrio, tendo em vista que o Código Comercial parte da premissa que as relações mercantis ocorrem entre iguais, não levando em conta a existência de possível desigualdade substancial entre as partes, seja de natureza fática, jurídica ou técnica.

Ao estabelecer que “para os fins do presente trabalho equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, o art. 29 permite expressamente a aplicação dos capítulos V e VI do título I, que dispõem respectivamente sobre as “Práticas Comerciais” e a “Proteção Contratual”, às relações interempresariais.

Conclui-se, portanto, que razão não há para se obnubilar a aplicação do art. 29 do CDC, seja sob o prisma constitucional, seja sob a ótica do mi-

crossistema das relações de consumo, conforme bem salienta James MARINS (1996).

Vai ele ainda mais longe ao defender a extensão incondicionada do Código de Defesa do Consumidor às relações interempresariais, pois o que equipararia empresas a consumidores seria a presença inaceitável da abusividade nas suas mais diversas formas.

Todavia tal dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, sem se ter em mente a própria sistemática do CDC, que tem sua aplicação calcada no princípio da vulnerabilidade. Comunga-se com a posição sustentada por Cláudia Lima MARQUES (1999: 155) no sentido de que:

“no caso de extensão do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor face ao art. 29, a vulnerabilidade continua sendo elemento essencial, superado, apenas, foi o critério de destinação final”.

Outrossim, a jurisprudência passou a valorar práticas comerciais abusivas entre fornecedores ou grupos de empresários, práticas que possuem reflexos indiretos no que se refere à proteção dos consumidores em sentido estrito.

Ao falar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações entre profissionais, não significa que estes passem a ser considerados automaticamente consumidores em sentido estrito, o que pressupõe a destinação final do produto, mas que devido à sua vulnerabilidade merecem a tutela do referido diploma legal.

Sobre o impacto desse dispositivo sobre o mercado, Cláudia Lima MARQUES (1999: 159) observa que:

“De certa forma, o legislador do CDC previa a passividade do consumidor *stricto sensu*, a prevalência do fornecedor monopolista e a possibilidade de que talvez o consumidor *equiparado* viesse a instigar a resposta ao sistema, o combate efetivo das práticas abusivas, com diretos e indiretos reflexos positivos para o consumidor, forçando a instituição de um mercado mais harmônico e menos abusivo. De certa forma, o art. 29 agora valorizado renova o sistema, legitimando a atuação de novos agentes econômicos em virtude do dado comum de vulnerabilidade, verdadeiro *status* análogo ao de con-

sumidor, renova, principalmente, ao instituir instrumentos mais ágeis e sanções mais rígidas do que as conhecidas no direito da concorrência, de parcos e feitos no Brasil”¹².

Forçoso concluir que a aplicação dos capítulos V e VI do título I do Código de Defesa do Consumidor a relações interempresariais conduz ao equilíbrio do mercado, possibilitando que empresas que se encontrem em posição de vulnerabilidade sejam resguardadas dos abusos cometidos pelos detentores do poder econômico.

Entretanto, a aplicação desses dispositivos não exclui a da Lei 8.884/94 quando houver qualquer restrição à livre iniciativa ou à livre concorrência.

Conforme excelente exposição de Paula A. FORGIONI (1998: 248), “pode ocorrer que um mesmo suporte fático desencadeie a incidência de normas de defesa do consumidor e de normas antitruste”.

Quanto ao aspecto contratual, Orlando GOMES (*apud* FORGIONI, 1998: 249) afirma que:

“... em se tratando de contratos leoninos, cabe ao Judiciário apreciá-los e julgá-los decretando-lhes a nulidade, mas é um equívoco supor que esse entendimento exclui o conhecimento do mesmo documento pelo CADE. O Judiciário aprecia os contratos leoninos sob o aspecto, por assim dizer, privatista, conseqüências patrimoniais, desvinculação e assim por diante, enquanto esse honrado Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprecia o aspecto político da exploração abusiva de outrem ou da população para reprimi-la...”

Ao CADE não cabe proceder a revisões contratuais e à decretação da nulidade de cláusula abusiva porventura existente. Sua competência se faz somente quando o contrato constituir abuso de poder econômico e ferir a livre concorrência.

Pode-se citar como exemplo a venda casada entre fornecedor e pequenos revendedores. Tal prática encontra-se proibida tanto no Código de

¹² Vem se destacando nos últimos anos o intenso trabalho desenvolvido pelo CADE na defesa da livre concorrência no Brasil, atuando tanto preventiva quanto repressivamente.

Defesa do Consumidor (art. 39, I) quanto na Lei Antitruste (art. 21, XIII), embora nem sempre incidam sobre o fato ambos os diplomas legais.

Os pequenos revendedores, tendo em vista sua vulnerabilidade perante o fornecedor, podem pleitear no Judiciário a revisão do contrato, com base nos arts. 29 e 39, I da Lei 8.078/90. Por outro lado, o caso pode ser submetido à apreciação do CADE se configurar prática vertical restritiva da concorrência, o que restará caracterizado pela conjugação, basicamente, dos seguintes fatores: ausência de concorrência tanto efetiva quanto potencial entre as empresas que confeccionam o produto vinculante; existência de concorrência entre as produtoras do vinculado; e ainda ausência de outros revendedores do produto no mercado relevante considerado.

Mesmo a venda casada que tem por sujeito passivo o consumidor *stricto sensu* pode configurar restrição à livre concorrência, levando à incidência da Lei Antitruste. Além de cercear a liberdade de escolha do consumidor, o condicionamento da venda de um produto líder de mercado a outro faz com que o consumidor deixe de adquirir o produto vinculado de outro fabricante de sua preferência.

No campo extracontratual também existem práticas proibidas tanto pela Lei 8.078/90 quanto pela Lei 8.884/94, sendo uma delas a recusa de venda, prevista nesta no art. 21, XXIII e naquela no art. 39, IX.

A recusa de venda constitui prática abusiva, sendo vedada quando o adquirente se disponha ao pronto pagamento do bem ou serviço, ressalvados os casos de intermediação regulados em lei.

Tomando-se por base um caso hipotético em que um fornecedor de matéria-prima se recusa a vendê-la, tendo-a disponível em estoque, pode aquele que se dispõe a adquiri-la mediante pronto pagamento exigir, judicialmente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que a questão também deverá ser submetida ao CADE se de tal prática resultar qualquer restrição à concorrência¹³.

4 O ABUSO DO PODER ECONÔMICO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

¹³ Como, por exemplo, se ficar demonstrado que o fornecedor, único no mercado, tem acordo de fornecimento exclusivo firmado com o concorrente da empresa para a qual se recusou a vender matéria-prima.

Inegavelmente, o consumidor é a principal vítima de abusos cometidos no mercado, embora não a única, diante de sua posição de vulnerabilidade¹⁴ perante os fornecedores, ainda que estes não estejam em posição dominante.

Entretanto, a posição dominante em dado mercado relevante de bens ou serviços faz com que o abuso nessa situação seja mais comumente praticado e que seja maior seu grau de lesividade. Tal constatação decorre do fato de que diante de uma conduta abusiva por parte do fornecedor em um mercado competitivo, pode o consumidor contratar com outro agente econômico. Conseqüentemente, em um sistema concorrencial dificilmente as empresas agem abusivamente em relação aos consumidores, pois isso pode levar à perda de clientela.

Entre as formas mais comuns de abuso de poder econômico está o aumento arbitrário de lucros. Nessa forma, o bem jurídico imediatamente tutelado é o direito do consumidor e não a livre concorrência (cf. FORGIONI, 1998). Esta estaria protegida na medida em que tal ato abusivo geralmente tem como conseqüência o ingresso no mercado de novos agentes econômicos ou o incremento da produção dos concorrentes já porventura existentes, que têm como objetivo conquistar parte do mercado antes pertencente ao que abusou de seu poder econômico. Em poucas palavras, o aumento arbitrário de lucros, na ausência de barreiras significativas à entrada, faz com que a concorrência potencial se concretize.

Destarte, Paula A. FORGIONI (1999: 239) identifica duas almas no art. 20 da Lei 8.884/94: a proteção à livre iniciativa e à livre concorrência e a proteção do consumidor. Segundo ela, “à medida que se reprime o abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário de lucros (art.173, § 3º, da CF e Lei 8.884/94, art. 20, III)” protege-se de forma imediata o consumidor, “impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário de lucros”.

Outro fator que faz com que fique claro que o art. 20, III protege imediatamente os direitos do consumidor é o fato de que não se exige para sua aplicação a posição dominante de quem incide na prática nele prevista.

¹⁴ Conforme Cláudia Lima MARQUES (1999), a vulnerabilidade do consumidor não se restringe à sócio-econômica ou fática, podendo se manifestar nas modalidades técnica e jurídica. Esta se manifesta na falta de conhecimentos jurídicos, econômicos ou contábeis específicos. Já a vulnerabilidade técnica ocorre quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto da transação, podendo, portanto, ser facilmente iludido quanto à qualidade ou utilidade do bem ou serviço.

Todavia, o princípio da defesa dos direitos do consumidor deve permear a aplicação de toda a Lei 8.884/94, ao contrário do que deixa transparecer FORGIONI (1998: 251) ao afirmar que “na Lei Antitruste, somente prevalecerá a proteção do interesse do consumidor nos casos em que houver o aumento arbitrários de lucros do agente econômico”.

Na verdade, restrições à concorrência são admitidas quando, além de não serem significativas, trouxerem ganhos consideráveis ao consumidor e outros benefícios elencados na própria Lei de Defesa da Concorrência (art.54, §1º, I), com vistas ao cumprimento dos preceitos constitucionais relativos à ordem econômica, como anteriormente analisado.

De fato, a aplicação dos dispositivos da Lei 8.884/94 quanto ao abuso do poder econômico, com exceção do art. 20, III, pressupõe posição dominante no mercado por parte do infrator, devido ao fato de que ocorre lesão imediata, na maioria dos casos, da concorrência e, por via de conseqüência, ao equilíbrio do mercado. O consumidor só é imediatamente lesado nos casos de aumento arbitrário de lucros. Nos demais casos a lesão é indireta.

Independentemente da existência de poder econômico, a Lei 8.078/90 proíbe práticas levadas a cabo contra consumidores e determina a nulidade de cláusulas abusivas em contratos consumeristas e interempresariais quando presente a vulnerabilidade (por força de seu art. 29).

A proteção ao consumidor em nível tão elevado se justifica pela sua vulnerabilidade diante do fornecedor, que mesmo não detendo poder econômico em relação aos seus concorrentes, é sempre a parte mais forte na relação de consumo.

A coibição de práticas contratuais e extracontratuais abusivas no Código de Defesa do Consumidor não visa à preservação da concorrência, mas sim à defesa direta do consumidor. Entretanto, não se pode negar que se protege, em alguns casos, o equilíbrio do mercado, mesmo que de forma mediata. Um exemplo é o inciso VIII do art. 39 do diploma legal citado.

Ao proibir a colocação no mercado de consumo de produtos ou serviços em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, protege-se a integridade física e psíquica do consumidor. Entretanto, não cumprindo tais normas, os produtores estão muitas vezes diminuindo seus custos, podendo vender seu produto a um preço mais baixo que de seus concorrentes. Assim, a norma em questão leva a um equilíbrio entre os concorrentes, que não diferenciarão seus custos mais em virtude do desrespeito ao bem-estar do consumidor, mas sim em razão de maior eficiência produtiva.

5 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E CONSUMIDOR

A concentração de empresas é um dos mais importantes e debatidos temas do direito concorrencial na atualidade. A atenção concedida ao assunto se justifica pelo grande número de casos de concentração ocorridos no Brasil¹⁵ e no exterior. Deve-se, igualmente, aos prejuízos que podem trazer à concorrência e, por via de consequência, ao consumidor.

Abordando o tema da concentração de empresas e defesa do consumidor, Alcides TOMASETTI JÚNIOR (s.d.: 23) chega a afirmar que:

“O encadeamento dos fatos parece claro: concentração industrial, rarefação da concorrência, impossibilidade de escolha pelo consumidor, *produtos defeituosos e preços excessivos*. Eis porque o consumidor deve ser defendido da economia concentrada”.

São três as modalidades de concentração de empresas: as horizontais, as verticais e as conglomeradas.

A primeira delas é a que vem merecendo maior atenção por parte da legislação e da doutrina, provavelmente por seu maior potencial ofensivo. A concentração horizontal se dá entre empresas que atuam em um mesmo mercado relevante, portanto, concorrentes. A união de esforços leva à supressão da competitividade que permeava a relação entre elas ao mesmo tempo que leva ao aumento da força para atuar no mercado e vencer a concorrência imposta por outras empresas.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que o fenômeno da concentração de empresas, em qualquer de suas modalidades, é visto como indispensável ao progresso e à eficiência do sistema produtivo, ele é fator de instabilidade desse mesmo sistema (cf. FORGIONI, 1998), pois pode levar agentes econômicos a deter posição dominante, sem que esta seja decorrente de sua maior eficiência em face dos demais competidores.

No que tange às concentrações verticais, cujos partícipes atuam em relação de complementaridade em níveis diversos da cadeia de produção, a

¹⁵ Para se ter uma idéia da relevância do tema, no Brasil, de 1996 a novembro de 1999 foram realizadas 1030 fusões ou aquisições de empresas (Revista Veja, p.167, 24/11/99).

doutrina identifica conseqüências específicas que levam à necessidade de seu controle (cf. SALOMÃO FILHO, 1998).

A principal delas consiste no fato de que a integração vertical leva, inegavelmente, a uma posição de grande vantagem das empresas concentradas em detrimento das concorrentes. Esta é mais significativa quando aquelas atuam em mercados já horizontalmente concentrados. Assim, o agente econômico que domina duas ou mais fases do processo produtivo poderia, por exemplo, privar seu concorrente do acesso à matéria-prima ou prejudicar o escoamento do produto. Ademais, a concorrência potencial pode vir a ser substancialmente limitada, já que agentes que poderiam ingressar em um dos mercados terão que fazê-lo em ambos para terem competitividade (cf. SALOMÃO FILHO, 1998).

Isso não significa que só nessa hipótese deva haver o controle da concentração vertical. Segundo os ensinamentos de Nuno CARVALHO (1995: 118):

“A preocupação com as concentrações verticais decorre de seus efeitos mediatos. Com efeito, no plano imediato, a compra de um distribuidor por um fornecedor pode até trazer ganhos de eficiência, pois elimina-se o pagamento de comissão ao comerciante. Teoricamente, o consumidor poderá ser beneficiado com uma redução de preços. Entretanto, a longo prazo, a concentração pode criar novas barreiras à entrada, facilitando a monopolização”.

Desse modo, mesmo nos casos em que os mercados envolvidos não sejam concentrados horizontalmente, a concentração vertical pode trazer danos à concorrência e ao próprio consumidor, merecendo a atenção da lei e de seus aplicadores.

Havendo a integração de duas ou mais empresas que se dediquem a atividades não concorrentes ou não se encontrem na posição fornecedor-cliente, está-se diante da terceira modalidade de concentração: a conglomerada (cf. CARVALHO, 1995). Ela tem caráter residual, ou seja, é toda aquela que não pode ser classificada como horizontal ou vertical, envolvendo empresas que atuam em mercados relevantes diversos e que não se encontram integradas na cadeia de produção.

Sobre a questão elucidada Neide Terezinha MALARD (1995: 204) que:

“A empresa adquirida fabrica, em geral, um produto de certa forma relacionado à atividade exercida pela empresa adquirente, que busca, precipuamente, a extensão de sua produção”¹⁶.

A integração de empresas não constitui, por si só, uma ameaça à concorrência e ao consumidor. O poder econômico ao qual pode levar não é um mal em si mesmo, podendo gerar ganhos de eficiência. Entretanto, a experiência demonstra que o homem, quando detentor de poder, seja de qual natureza for, tende a dele abusar em detrimento do direito de outros. Desse modo, devido ao dano potencial que representam, a Lei 8.884/94 instituiu o controle administrativo preventivo dos atos de concentração, que é feito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Devem ser submetidos ao CADE os atos que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual equivalente a quatrocentos milhões de reais.

Analisando cada caso concreto, cabe ao CADE desaprovar os atos de concentração, quando causarem graves danos para a livre concorrência e ao equilíbrio do mercado sem gerarem ganhos de eficiência; aprovar, quando estes forem significativos e os eventuais danos porventura decorrentes do ato de concentração sejam eliminados em prazo razoável; ou ainda aprovar condicionalmente.

A terceira opção é a que causa maior celeuma no direito concorrencial, principalmente quanto ao compromisso de desempenho, previsto no art. 58 da Lei 8.884/94. Pode ser definido como o compromisso firmado pelos agentes envolvidos na concentração, contendo metas específicas com o objetivo de se assegurar o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços, o alcance de eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, devendo ser os ganhos decorrentes da concentração repartidos com o consumidor.

¹⁶ Nesses casos, dos conglomerados podem advir efeitos sobre a concorrência bem similares aos causados pelas concentrações horizontais, exigindo acurada análise do mercado relevante. Já os conglomerados que envolvem empresas de mercados totalmente distintos, embora não levem as empresas integradas diretamente a uma posição dominante no mercado, podem acarretar o incremento de seu poder financeiro. Este não é um ilícito em si mesmo, porém, as empresas podem dele abusar, cabendo ao direito antitruste coibir as condutas anticoncorrenciais advindas do mau uso do poderio financeiro dos conglomerados.

O objetivo do CADE ao condicionar a aprovação da fusão é, em última análise, beneficiar o consumidor, pois, com ganhos de eficiência e preservação da concorrência, pode-se obter produtos melhores e mais baratos. Exige-se, assim, que os ganhos resultantes da fusão sejam compartilhados com os consumidores ou usuários finais, nos termos do art. 54, § 1º, II da Lei 8.884/94.

Vários aspectos são analisados na aprovação dos atos de integração além do mercado relevante, das conseqüências que eles podem ter sobre este e do índice de concentração econômica desse mercado¹⁷. Entre os mais importantes podem ser citados os ganhos de eficiência resultantes do ato, a existência de barreiras à entrada, a concorrência potencial, estando nela incluída a competição internacional, os benefícios para o consumidor e as alterações no nível de emprego¹⁸.

Diante do processo de globalização, muitas vezes a concentração tem até mesmo sido estimulada, tendo em vista a necessidade das empresas nacionais competirem em condições de igualdade com as estrangeiras, o que fortaleceria a economia nacional. Deve haver, porém, a conciliação entre a projeção da economia do Estado nos mercados mundiais e os princípios da defesa do consumidor (cf. Isabel VAZ, 2000).

Ademais, a concentração vem sendo até mesmo desejada para se evitar a saída do mercado de empresas que estejam enfrentando dificuldades financeiras, muitas vezes decorrentes de gestões equivocadas. Assim, o remédio para salvar empregos e uma marca de prestígio pode estar justamente na concentração, já que agentes financeiros oficiais têm se recusado a injetar recursos nessas empresas (VAZ, 2000).

Tal fato se torna especialmente importante não só em virtude do disposto no art. 170, VIII da Constituição Federal, mas também por causa do consumo. Os níveis deste estão intimamente relacionados aos da taxa de emprego. O desemprego em massa faz com que caia a demanda de vários produtos, afetando todo o mercado. Além disso, deixando de adquirir certos produ-

¹⁷ Existem vários métodos para medir o grau de concentração econômica, sendo os mais difundidos a razão da participação de quatro empresas e o Índice Herfindhal-Hirschman (HHI). A esse respeito, excelente é a exposição de Nuno CARVALHO (1995).

¹⁸ A alteração tanto pode ser para mais quanto para menos. A fusão de duas empresas pode levar a contratações, se houver planos de expansão, ou a demissões, se houver a extinção de alguns setores, por exemplo.

tos ou serviços, o desempregado deixa de suprir necessidades muitas vezes básicas.

Assim sendo, necessário na conjuntura atual garantir não só os direitos do consumidor, mas, acima de tudo, o acesso ao consumo, tendo em vista que não há como se falar naqueles sem que este exista.

Nota-se, portanto, que a integração de empresas pode se dar em benefício da sociedade e do crescimento econômico do país, cabendo ao CADE intervir nos casos previstos em lei para proteger a livre concorrência e, conseqüentemente, o consumidor.

6 PRÁTICAS VERTICAIS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

As práticas horizontais restritivas da concorrência vem sendo mais comentadas pela doutrina tendo em vista o fato de ocorrerem em um mesmo mercado relevante de bens ou serviços, ou seja, entre concorrentes, sendo um caso clássico a formação de cartéis. Ao contrário, na verticalização os agentes atuam em diferentes níveis do processo de produção ou de distribuição de determinado bem (MALARD, 1994), ou seja, em mercados relevantes distintos, embora complementares.

Entretanto, o Direito da Concorrência não pode relegar a segundo plano as restrições verticais, visto que muitas vezes trazem efeitos tão danosos para a concorrência e para o consumidor quanto as horizontais.

A questão das práticas verticais, aparentemente simples, é revestida de acentuado grau de dificuldade, pois muitas vezes configuram apenas práticas normais do comércio, beneficiando fornecedores, distribuidores e consumidores.

As modalidades mais comuns de restrições verticais da concorrência são o acordo de exclusividade, a fixação de preço de revenda e a venda casada.

A primeira consiste, basicamente, na indicação pelo produtor de um só distribuidor ou revendedor para uma certa área¹⁹, que, por sua vez, geral-

¹⁹ Conforme acentua Neide MADARD (1994: 123), “para evitar as desvantagens do distribuidor ou revendedor independentemente ou os custos da integração vertical,

mente não pode distribuir ou revender produtos concorrentes da empresa com a qual mantém o acordo de exclusividade. Tal prática pode prejudicar a concorrência pela limitação da autonomia de revendedores e distribuidores, que para estes é compensada pela segurança do retorno dos investimentos realizados na promoção do produto (cf. MALARD, 1994).

Todavia, a restrição ocorrida na concorrência entre distribuidores ou revendedores de um mesmo produto pode ser compensada pelo estímulo à concorrência em um mercado no qual existam outros produtos que disputem a preferência do consumidor, “na medida em que o distribuidor ou revendedor exclusivo adota táticas mais agressivas de *marketing* e de maior eficiência na distribuição ou revenda” (MALARD, 1994: 123).

Além disso, o próprio fabricante pode se sentir mais seguro para investir na formação profissional do distribuidor ou revendedor exclusivo, promovendo cursos e informando-o melhor sobre as características do produto.

Assim, inegável o benefício para o consumidor, que simultaneamente tem seu direito de escolha preservado, tendo em vista a existência de outros produtos similares no mercado, e contrata com um profissional mais qualificado, que lhe possa dar maiores informações sobre o produto a ser adquirido.

Porém, se o consumidor não tiver como optar por produtos de outras marcas, o distribuidor ou revendedor exclusivo agirá como verdadeiro monopolista.

Outro tipo de prática vertical consiste na fixação de preço de revenda feita pelo fabricante.

Neide Teresinha MALARD (1994: 129), identifica dois fundamentos básicos para se condenar a imposição de preço de revenda:

“O primeiro diz com a indevida interferência do fabricante na liberdade que tem o comprador de seu produto de revendê-lo ao preço e nas condições que lhe forem mais convenientes, e o segundo refere-se aos limites impostos ao consumidor, que se vê privado da competição entre revendedores por melhores preços”.

tem-se tornado comum o acordo entre fabricante e distribuidor ou entre fabricante e revendedor, em que se pactuam, entre outras cláusulas, a exclusividade de venda, a fixação de preços, a divisão de território, restrições a clientes ou obrigações quanto à prestação de certos serviços”.

Prática geralmente adotada pelos produtores para encobrir a imposição é a de se alegar a chamada sugestão de preço de revenda. A análise desta requer maiores cuidados na medida em que não é considerada anticoncorrencial se houver real liberdade do revendedor ao fixar o preço do produto apesar da sugestão do fabricante.

Todavia, nesse caso, embora lícita, a sugestão de preços pode favorecer a conduta concertada por parte dos revendedores, que podem ver naquela a possibilidade de eliminar os riscos oriundos da concorrência.

Porém, a mais importante prática vertical restritiva da concorrência talvez seja a venda casada que se encontra definida no inciso XXIII do art. 21 da lei antitruste brasileira.

Para ser configurado o ilícito²⁰ é mister a existência de poder de mercado que possibilite ao agente impor a aquisição do produto vinculado²¹.

Essa prática pode ocorrer tanto entre produtores e revendedores quanto entre qualquer dessas categorias e o consumidor, sendo também prevista como delituosa no Código de Defesa do Consumidor, podendo ensejar, conforme o caso, tanto a aplicação deste quanto da Lei 8.884/90, segundo salientado no item 3 do presente trabalho.

CONCLUSÃO

Impõe-se a interpretação do Código de Defesa do Consumidor como diploma legal que disciplina todo o mercado de consumo. Através de sua aplicação mais ampla for força de seu art. 29, o que é uma imposição não só da realidade atual, mas da própria sistemática do Código, tem-se um mercado mais harmônico, no qual são garantidos os direitos dos consumidores e dos demais agentes econômicos integrados na cadeia de produção e circulação de bens. Garante-se também a livre concorrência à medida que inibe o abuso do

²⁰ A prática de venda casada é lícita quando um produto deva ser utilizado junto com outro por questão de segurança ou eficiência. Entretanto, há que se indagar da possibilidade de produtos concorrentes apresentarem a segurança e a eficiência necessárias mediante o atendimento de certos requisitos técnicos.

²¹ A venda cassada pressupõe a existência de dois produtos distintos, o vinculante e o vinculado, conforme se pode concluir através análise do artigo mencionado.

poder econômico, quer em detrimento dos concorrentes ou outros agentes integrados no processo produtivo.

A Lei de Defesa da Concorrência, por sua vez, desempenha papel de suma importância na garantia dos direitos do consumidor e do equilíbrio do mercado. Através da livre concorrência são assegurados, por via indireta, o direito de escolha do consumidor e produtos de maior qualidade e menor preço. Além disso, a Lei 8.884/90, ao reprimir o aumento arbitrário de lucros protege diretamente o consumidor.

Entretanto, não se esgota aí a interação entre esses regimes jurídicos. Existem casos, como o da venda casada, nos quais muitas vezes incide tanto a Lei 8.078/90 quanto a Lei 8.884/94. Havendo restrição à livre concorrência, o CADE é o órgão competente para apreciar a questão, enquanto no âmbito privado a competência é do Judiciário, aplicando-se o CDC.

Finalmente, conclui-se que a defesa do consumidor e a livre concorrência, enquanto princípios imprescindíveis para a implantação de uma nova ordem econômica²², pautada na justiça social e no desenvolvimento econômico, devem ser interpretados harmonicamente, tendo em vista sua intensa inter-relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARREDA, Phillip & KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5th ed. New York : Aspen Law & Business, 1997.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de defesa do Consumidor, legislação de defesa da concorrência, legislação das agências reguladoras. 2^a. ed., p.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Código de defesa do Consumidor, legislação de defesa da concorrência, legislação das agências reguladoras. 2^a. ed., p.85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Nuno T. P.. **As concentrações de empresas no direito anti-truste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

²² Expressão aqui utilizada como realidade econômica.

DENARI, Cristiane. **Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 29, pp. 29-39, janeiro-março de 1999.

FARENA, Duciran Van Marsen. **O monopólio no transporte rodoviário de passageiros frente ao Direito do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 33, pp. 191-200, janeiro-março de 2000.

FERES, Marcos Vinício Chein. **Função social da empresa e internacionalização**. Belo Horizonte: UFMG, 1999, dissertação de mestrado.

FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1998.

GALLOT, Jérôme *et al.* **Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et contrôle des concentrations dans les produits de grande consommation: le bénéfique pour le consommateur**, *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, nº 119, pp. 23-30, janeiro-fevereiro de 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

MALARD, Neide Teresinha. **Práticas verticais restritivas da concorrência**, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 47, nº 183, pp. 121-133, janeiro-junho de 1994.

_____, **Integração de empresas: concentração, eficiência e controle**, Arquivos do Ministério da Justiça, ano 48, nº 185, pp. 203-231, janeiro-junho de 1995.

MARINS, James. **Proteção contratual do CDC a contratos interempresariais, inclusive bancários**, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 18, pp. 94-104, abril-junho de 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLEDO-BRIAND, Danièle. **A consideração dos interesses do consumidor e do direito da concorrência**, Revista de Direito do Consumidor, nº 35, pp. 39-59, julho-setembro de 2000.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. 2ª ed.. Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1979.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SHIEBER, Benjamin M.. **Abusos do poder econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

TOMASETTI JR., Alcides. **Defesa do consumidor, concentração industrial, reserva de mercado**: perplexidades de um civilista atento ao noticiário, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, nº 1, pp.16-26, s.d..

VAZ, Isabel. **Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas**, Revista de Direito do Consumidor, nº 35, pp. 219-231, julho-setembro de 2000.

VERÁ, Olivier Gérardon *et al.*. *La vraie valeur de la marque*, *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, nº 115, pp. 41-47, maio-junho de 2000.

WHISH, Richard. *Competition law*. Third edition. London: Butterworths, 1993.

AUTORIZAÇÃO DE ATOS LIMITATIVOS DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DO ART. 54 DA Lei 8884/94

Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro*

INTRODUÇÃO

Passada a primeira metade do século XIX e, mais especialmente, durante o último quarto deste século, os perenes problemas do monopólio e da restrição do comércio começaram a apresentar-se através de uma nova roupagem em todos os países industrializados. Principalmente nos EUA, surgiram gigantescas companhias de “holdings” que conquistaram posições de monopólio, ou de quase monopólio, dentro de muitas indústrias básicas. Tais concentrações causaram, nos EUA e em outros países, uma forte reação das pessoas, que protestavam contra os abusos e as injustiças da industrialização. A resposta aos reclamos da sociedade se deu com a proclamação de duas leis federais, a *Inter State Commerce Act* de 1887, e a Lei Sherman, de 1890¹. A Inglaterra e outros países europeus seguiram caminhos semelhantes².

Atualmente, o fenômeno de concentração de empresas é encarado sob ótica diversa, face à globalização da economia, em que se registrou, em escala mundial, aumento significativo de aquisições, fusões e incorporações de empresas. As decisões paradigmáticas do passado se tornassem impróprias para regular concentrações empresariais motivadas por realidades distintas e novas.

Não se pode ignorar que a presença de pelo menos um elemento do monopólio é inevitável e pode constituir na realidade um componente genuíno do bem-estar. Não raras vezes, a fabricação de certos produtos exige uma estrutura mais concentrada, que tenha maiores recursos para a produção e que possa utilizar procedimentos em grande escala (v.g. automóveis, indústria química e farmacêutica, petróleo, etc.). De fato, a introdução de novos produtos, a técnica superior e uma maior produtividade podem exigir, a princípio

* Aluno de pós-graduação em Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Universidade de Brasília - UNB

¹ Esta última lei continha apenas duas breves disposições substantivas. Caracteriza como crime todo contrato, combinação do tipo do trust ou de outros tipos, ou toda conspiração para restringir a indústria ou o comércio entre os diferentes estados ou com nações estrangeiras. Da mesma forma, condena a monopolização ou os intentos ou conspirações para monopolizar qualquer parte da indústria ou do comércio

² Em 1948 foi editada a *British Monopolies and Restrictive Practices Act*, seguida pela *Restrictive Trade Practices Act*, de 1956

uma ação que, a princípio, possa parecer contrária à livre concorrência, mas que, na verdade, contribuirá para o bem estar social.

Atento para tais situações especiais, o direito brasileiro, tal como ocorre com o direito europeu, prevê que a autoridade competente conceda, em determinados casos, autorização para que as empresas adotem medidas limitativas ou restritivas da concorrência. O art. 54, da Lei 8.884/94 dispõe sobre a apreciação e autorização pelo CADE dos atos restritivos ou limitativos da concorrência, aí incluída a concentração de empresas. Tal dispositivo está de acordo, portanto, com a nova realidade social, em que as empresas nacionais se vêem obrigadas a realizar atos de concentração para fazer frente às sociedades estrangeiras que, aproveitando-se da política de fronteiras abertas e do abandono da prática de substituição de importações, escolheram o Brasil como um Estado emergente.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conteúdo do dispositivo supracitado. Para tanto, se dividirá em três capítulos. No primeiro, analisaremos o fundamento e a natureza jurídica da autorização de medidas limitativas da concorrência. No segundo capítulo examinaremos os dois requisitos positivos, vale dizer, as vantagens das medidas (2.1) e os benefícios para os usuários (2.2); e no capítulo seguinte estudaremos os requisitos negativos: restrições da concorrência (3.1) e a manutenção de um certo grau de concorrência (3.2).

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA AUTORIZAÇÃO DE ATOS LIMITATIVOS DA CONCORRÊNCIA

1. Noções gerais

Segundo o arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, são incompatíveis com a livre concorrência e são proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de concentração de empresas e práticas concertadas que possam limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. São consideradas infrações contra a ordem econômica, entre outros atos, os acordos ou práticas que determinem o aumento arbitrário dos lucros, o domínio de mercado relevante ou o exercício abusivo de posição dominante.

Em primeiro lugar, os autores das medidas restritivas de concorrência proibidas pelos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 são os empresários em sentido amplo, ou seja, aqueles sujeitos com capacidade para firmar acordos, adotar decisões ou realizar práticas concertadas e, portanto, aqueles a quem se pode imputar uma conduta. O direito de concorrência se refere a “empresas”, em lugar de “empresários”, porque fundamentalmente se tem em conta qualquer unidade econômica com incidência direta ou indireta no mercado, à margem do que juridicamente se possa qualificar ou não como empresário. De

qualquer forma, as diversas formas de infração da ordem econômica implicam não apenas a responsabilidade da empresa, mas também a responsabilidade solidária e individual de seus dirigentes ou administradores (art. 16).

De fato, o conceito de empresa em direito da concorrência é muito amplo e pragmático: qualquer pessoa física ou jurídica que realize algum tipo de atividade econômica ou comercial. É indiferente a forma jurídica adotada. Não é necessário que a empresa possua personalidade jurídica e nem que persiga uma finalidade de lucro. Tampouco se requer a existência de uma organização estável, duradoura ou habitual (art. 15 da Lei n. 8.884/94).

Em segundo lugar, as medidas restritivas proibidas pelos arts. 20 e 21 podem se manifestar sob qualquer forma. Em geral, tais atos se revestem sob a forma de um acordo, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada. Não é necessário que o acordo ou concerto entre as partes seja juridicamente vinculante. Tampouco é relevante a forma jurídica adotada. A distinção entre as três figuras em si não tem grande transcendência prática, uma vez que todas estão proibidas.

Em terceiro lugar, o art. 20 da Lei n. 8.884/94, estabelece que, para incorrer na proibição, os atos devem limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, independentemente de culpa, ainda que os efeitos não sejam alcançados. Assim, comprovado o objeto restritivo da concorrência, não será necessário analisar o efeito. Em suma, no direito brasileiro de concorrência, assim como na maior parte dos direitos nacionais, adota-se o chamado “princípio do efeito”.

2. Sistemas de proteção da concorrência nos distintos ordenamentos jurídicos

Da mesma forma que as demais legislações “antitrust”, a concorrência protegida pela lei brasileira é a denominada “concorrência efetiva, praticável ou realizável” (*workable competition*) e não a concorrência pura ou atomista. Em geral, os distintos ordenamentos jurídicos regulam e protegem esta concepção de concorrência. Atualmente, é impossível conceber uma concorrência pura ou atomista, que leve a um equilíbrio de forças entre os agentes econômicos que atuam no mercado. Pelo contrário, conforme afirma HUNTER, é inevitável a existência de operadores econômicos de diferentes dimensões e força de atuação e, inclusive, são possíveis as situações de monopólio e oligopólio.

Os sistemas jurídicos de proteção da concorrência efetiva, adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos, não são os mesmos. Três diferentes sistemas fundamentais de regulamento jurídico da concorrência podem ser divisados, ainda que cada um deles possua variações: o sistema de liberdade

absoluta, o sistema de proibição absoluta e o sistema intermediário de proibição relativa.

2.1 Sistema de liberdade absoluta

O sistema de liberdade absoluta atualmente é inadmissível, mas já foi aplicado antes da Segunda Guerra Mundial. Nesse sistema, os Estados não adotam leis específicas sobre a concorrência e deixam que as “conspirações” para monopolizar ou restringir o comércio fiquem dentro do âmbito jurisdicional das leis ordinárias do país, e permitindo que as iniciativas para obter alívio fiquem nas mãos dos indivíduos e das empresas.

2.2. Sistema de proibição absoluta

Nesse sistema, os governos proíbem totalmente, ou pelo menos em princípio, toda atividade monopolística ou prática restritiva. Esse é o método adotado pelos EUA que, no *Sherman Act* declara ilícito todo acordo ou convenção que tenha por objeto restringir a competência nos Estados membros da União. O princípio da proibição absoluta foi atenuado com a aplicação da *rule of reason*.

2.3. Sistema intermediário de proibição relativa

Entre os dois sistemas supracitados, existe um intermediário, também denominado “sistema europeu”, uma vez que é seguido pela maioria dos países europeus e pela União Européia. A maioria desses países estabeleceu reformas nos seus respectivos direitos de concorrência e a Itália, apenas recentemente editou lei sobre o tema³. A maioria dos países europeus possui normas modernas sobre a concorrência e adota o sistema de proibição relativa, onde podem ser distinguidas uma série de variantes.

2.3.1. Proibição unicamente do “abuso”.

Nesse sistema são permitidas medidas limitativas da concorrência sempre que não permitam uma excessiva restrição da mesma. Trata-se de um sistema de controle *a posteriori*, ainda que mais tolerante⁴.

³ Na Alemanha, cumpre destacar a GWB, de 1957, modificada pela última vez em 1990. Na França, prevalece a “Ordonnance” 86/1243. Na Bélgica, foi aprovada a Lei sobre a proteção da concorrência econômica em 5 de agosto de 1991. Na Holanda, na Espanha e na Dinamarca, as leis sobre concorrência, que modificaram as antigas legislações, são de 1989. Na Itália, a primeira lei para a tutela da concorrência e do mercado foi publicada em 1990 e, em 1991, foi publicada na Irlanda o Irish Competition Act.

⁴ Seguem esse sistema a lei belga sobre abuso de posição dominante (1960), a lei suíça sobre cartéis (1985) e a antiga lei irlandesa sobre práticas restritivas de 1972 e a lei sobre controle de fusões, aquisições e monopólios, de 1978.

2.3.2. Proibição com exceções ou autorizações

As outras variantes do sistema intermediário partem do princípio geral da proibição das medidas limitativas de concorrência. Não obstante, estabelecem exceções à regra geral proibitiva, que podem operar automaticamente em virtude da própria lei (“sistema da exceção legal” ou “controle *a posteriori*”); ou podem necessitar de uma autorização de uma autoridade administrativa (“sistema de reserva de autorização” ou “controle *a priori*”).

No sistema de exceção legal, são os sujeitos econômicos, vale dizer, as empresas, os encarregados de examinar se suas medidas ou acordos não violam uma disposição legal. As autoridades competentes vigiam “*a posteriori*” a validade dos atos e acordos das empresas e podem impor, se for o caso, sanções correspondentes. Esta resolução da autoridade tem caráter declarativo, e os efeitos da decisão que autoriza ou denega a medida restritiva de concorrência são retroativos (*ex tunc*), uma vez que a medida é proibida ou autorizada pela lei e a autoridade apenas declara esta proibição ou autorização. Esse sistema é seguido pelo direito francês.

No sistema de reserva de autorização ou controle *a posteriori*, as empresas somente podem realizar atos ou adotar medidas restritivas da concorrência após a autorização da autoridade competente. Esta autoridade realiza um controle prévio, vale dizer, antes que seja executada a medida ou que seja ela colocada em prática. Dessa forma, analisa e examina previamente a conveniência ou necessidade da autorização e os efeitos benéficos que a medida produzirá.

No sistema de reserva de autorização, a resolução do órgão correspondente possui um caráter constitutivo e, portanto, seus efeitos não são retroativos (*ex nunc*). Até que seja concedida a autorização, a medida está proibida pela legislação. Para conceder a autorização, a autoridade se baseia na redação ou aspecto formal do ato, já que ainda não pode examinar os efeitos que serão produzidos na prática. De qualquer forma, a autoridade pode, posteriormente, dependendo dos efeitos produzidos, revogar a autorização. Assim, esse sistema de controle *a priori* leva também a um controle *a posteriori* dos acordos e atos das empresas.

Esse é o sistema adotado pela lei alemã e também pelo direito brasileiro, conforme se percebe do disposto no art. 54 da Lei n. 8.884/94.

3. Características peculiares do sistema de autorização no direito brasileiro de concorrência

Para que seja possível a concessão de uma autorização de medida restritiva da concorrência, há necessidade de uma notificação por parte da empresa ou empresas interessadas. A notificação de medidas restritivas não constitui um dever ou uma obrigação legal. Não obstante, sem a notificação da medida, vale dizer, sem que a empresa submeta o ato que possa limitar ou prejudicar a concorrência à apreciação do CADE, não haverá a autorização que conferirá validade ao ato (art. 54, par. 1, da Lei n. 8.884/94).

Assim, a notificação de um ato restritivo da concorrência constitui um requerimento de autorização de tal conduta. Além de constituir um pedido de autorização, a notificação produz uma série de efeitos e conseqüências. Um dos benefícios da notificação prevista no caput do art. 54 consiste em eliminar a possível aplicação da multa pecuniária estabelecida no parágrafo 5 deste artigo pelos efeitos restritivos da concorrência. Não poderá ser aplicada a multa desde a notificação até a decisão do CADE a respeito da autorização ou não do ato restritivo da concorrência ou da livre iniciativa.

A notificação deve ser feita pela empresa interessada previamente à medida restritiva da concorrência ou no prazo máximo de quinze dias após sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à Secretaria de Defesa Econômica (SDE), que enviará uma via ao CADE e outra à SEAE (Secretaria Especial de Assuntos Econômicos).

Segundo se depreende do teor do art. 54, uma vez feita a comunicação ao CADE, o ato restritivo da concorrência poderá ser executado sem que haja possibilidade de multa a seus autores. Tal ato, no entanto, está sujeito à uma condição suspensiva, que consiste na eventual autorização por parte do CADE. Assim, produz o ato efeitos legais até eventual realização da condição resolutive. De fato, o parágrafo 7, do art. 54, estabelece que “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização”. Caso o ato não seja apreciado pelo CADE no prazo de 120 dias, será automaticamente considerado aprovado (art. 54, par. 7).

A questão da retroatividade dos efeitos da autorização pode suscitar uma questão delicada em direito privado, que se refere à possível validade provisória, derivada da notificação do ato pela empresa interessada.

3.1. Validade e eficácia provisória dos acordos notificados

A questão sobre a validade e a eficácia provisória tem relevância, notadamente no que concerne à situação em que se encontram os acordos no tempo compreendido entre a notificação até a decisão definitiva do CADE. Se a decisão for positiva, isso é, se for concedida a autorização, já vimos que

seus efeitos serão retroativos à data do ato. Os efeitos restritivos deste ato ou acordo seriam sanados pela decisão de autorização.

No entanto, se a decisão for negativa, vale dizer, se não for concedida a autorização, os atos são nulos *ab initio*, desde sua adoção. Essa nulidade *ipso iuri e ab initio* compreende qualquer tipo de acordo. Assim, toda medida que não cumprir os requisitos exigidos para ser autorizada será nula de pleno direito.

Este é o mecanismo legal. A questão que subsiste, pois, consiste em determinar em que situação permanece o ato até a decisão da autoridade competente. Há uma situação de incerteza, uma vez que não se sabe se a medida será ou não autorizada, o que prejudica as relações econômicas e causa insegurança jurídica. Nesse ínterim, é possível que as partes ou mesmo terceiros, solicitem a execução do acordo ou, ao contrário, aleguem sua nulidade por vulnerar o princípio geral da defesa da livre concorrência.

Preocupada com a transcendência prática desse problema, a doutrina entende que tais atos, uma vez notificados à autoridade competente, gozam de uma eficácia e validade provisória. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE), já teve a oportunidade de declarar a “validade provisória” para os “acordos notificados”, notadamente para atender aos fins de segurança jurídica, e de tutela dos legítimos interesses dos empresários ou empresas interessadas. Mais recentemente, o tribunal comunitário mudou de orientação, para afirmar que apenas os acordos antigos (acordos anteriores à adesão ao Reg. 17/62, que instituiu a “notificação dos acordos novos, decisões e práticas”), gozam de validade provisória, mas não os acordos novos.

No que se refere ao direito brasileiro, nos parece que a segurança jurídica não é relevante, tendo em vista a necessidade de notificação do ato no prazo máximo de 15 dias da sua execução. Tratando-se, pois, de “acordos novos”, poderá o tribunal competente que apreciar eventual litígio que lhe for submetido antes da autorização pelo CADE, atuar de três formas:

a) Se entender que o ato não possui efeitos sensíveis para o jogo da concorrência, poderá não reconhecer a existência de infração à ordem econômica (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94) e, assim, considerar válido o acordo.

b) Se considerar que existe infração contra a ordem econômica, julgará o ato nulo de pleno direito.

c) Finalmente, se tiver dúvida quanto à compatibilidade do ato com o princípio geral da livre concorrência, poderá suspender a ação, para aguardar a decisão do CADE (art. 265, VI, “a”, do CPC).

Cumpra ressaltar que, na hipótese prevista na letra “a”, não nos parece que o CADE não poderá, posteriormente, autorizar a medida. De fato, o CADE é a autoridade competente para conceder ou negar a autorização para a prática de ato restritivo da concorrência, conforme estabelece o art. 54, da Lei n. 8.884/94. Na prática, tendo em vista que o CADE deve se pronunciar no prazo de 120 dias, sob pena de autorização automática da medida, o tribunal apenas apreciaria a questão em sede de liminar, de forma que a autorização posterior do CADE concederia validade e eficácia ao ato, efeitos, esses, retroativos à data da execução do acordo ou ato.

CAPÍTULO 2. REQUISITOS POSITIVOS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA

Para que a autorização prevista no art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, seja concedida, é necessário que estejam presentes os requisitos formais e materiais. Os requisitos formais já foram vistos ao longo do primeiro capítulo: necessidade de notificação, encaminhamento da respectiva documentação em três vias, etc. Muito mais importantes são os requisitos materiais, que serão objeto de estudo mais detalhado neste e no capítulo seguinte.

A autorização é concedida a requerimento da parte (princípio da instância). Esta é quem deverão submeter o ato restritivo da concorrência à apreciação do CADE, que poderá autorizá-lo, desde que atenda a pelo menos três das quatro condições previstas nos incisos I a IV, do dispositivo supracitado. Não obstante, um vez comprovado que as quatro condições - ou no mínimo três delas - estão preenchidas, deverão elas ser valoradas globalmente, para examinar se as vantagens produzidas pelo ato compensam os prejuízos ocasionados pela restrição da concorrência que se pretende seja autorizada.

De fato, estabelece o art.54, parágrafo 2, que os atos poderão ser considerados legítimos quando presentes pelo menos três das condições previstas, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final^{5, 6}.

⁵ Não obstante, o CADE aprovou ato de concentração das empresas Bayer S/A e Cia Nitro Química do Brasil, mesmo reconhecendo o não atendimento aos requisitos I e IV do par. 1 do art. 54 da Lei 8.884/94 e a existência de potencial de dano ao mercado consumidor. Considerou-se que a operação apresentava potencial de geração de eficiências de natureza transacional e produtivas. Ato de concentração n. 22/95. Revista de Dir. Econ. Jan/jul. de 1997.

⁶ Cf. Magalhães e Arruda Sampaio, op. cit.

Dito isso, passemos a analisar os requisitos exigidos, começando pelos positivos.

2.1. Vantagens do ato

O primeiro requisito exigido para que seja concedida uma autorização em virtude do art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, é que o ato (acordo, decisão ou prática concertada), contribua para “aumentar a produtividade”, “melhorar a qualidade de bens ou serviços” ou “propiciar a eficiência e o desenvolvimento do tecnológico ou econômico” (inciso I, do parágrafo primeiro do art. 54). Portanto, para que a medida ou ato seja autorizado, é necessário que produza ele uma série de vantagens, em princípio, de índole comercial, econômica ou tecnológica.

De fato, é essencial que o ato ou acordo implique em melhora da produção ou da distribuição, ou fomento do progresso técnico ou econômico. Além disso, deve se verificar se as vantagens irão beneficiar os consumidores. Nas palavras de BERCOVITZ, “se o acordo não contribui para melhorar a produção ou a distribuição, ou fomentar o progresso técnico ou econômico, então falta totalmente a base que permitiria aplicar a isenção”. Parece lógico, portanto, que não seja autorizada a medida, se ela não oferece nenhuma vantagem.

O dispositivo ora em estudo fala de “aumento de produtividade”, “melhora de qualidade” e “eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico” (inc. I, do par. 1, do art. 54). Esses resultados podem ser cumulados ou alternativos. Na prática, é difícil separar as vantagens já que, frequentemente, várias ou todas concorrem no mesmo acordo. Assim, os acordos de pesquisa e desenvolvimento podem melhorar a produção e, ao mesmo tempo, fomentar o progresso técnico e econômico; o mesmo pode ocorrer com os acordos de distribuição, as licenças sobre direitos de propriedade industrial, os acordos de *joint ventures*, etc.

As vantagens devem ser objetivas, sensíveis e importantes. A exigência de que a vantagem seja objetiva, significa que não deve repercutir de forma benéfica unicamente entre as partes do acordo ou do ato. É evidente que as empresas pensarão, antes de tudo, em seu benefício próprio e as vantagens para as partes não pode ser desdenhada. Mas tal melhora de posição deve repercutir favoravelmente no mercado e na economia em geral. Devem ainda ser sensíveis e importantes, ou seja, tangíveis, concretas, nítidas e indispensáveis para a melhora que se trate.

Assinala DERINGER que para determinar se o acordo é objetivamente capaz de contribuir para os objetivos desejados, deve ele ser considerado na sua totalidade e não apenas as suas cláusulas restritivas da concorrência,

já que a necessidade dessas cláusulas deve ser examinada com relação à indispensabilidade do acordo.

É necessário ainda que exista um nexo de causalidade entre o ato ou medida limitativa da concorrência e as vantagens obtidas. Esta relação e sua intensidade fica patente nos termos “aumentar”, “melhorar” e “propiciar”, utilizados no dispositivo supracitado. As vantagens devem ser conseqüências diretas do ato ou acordo e não poderão ser alcançadas por outro meio menos restritivo.

Assim, é necessário um estudo comparativo entre a situação existente sem a aplicação da medida, e a mesma situação tendo em conta sua aplicação. Supõe uma análise não só do ato em si mesmo, senão também de sua execução em um contexto econômico, concreto e determinado. Deve ser levado em consideração o mercado e o produto ou serviço de que trata cada caso. Também influi na determinação das possíveis vantagens, o grau de concorrência existente no mercado relevante e, inclusive, a restrição de concorrência que derive da medida e sua repercussão.

2.1.1. Alcance das vantagens

Conclui-se das expressões utilizadas no art. 54, par. primeiro, I, que as vantagens serão fundamentalmente comerciais ou econômicas. Não obstante, a jurisprudência interpreta esses termos de forma bastante ampla, incluindo também os benefícios sociais e culturais. Na sentença “Metro v. Comissão”, de 25 de outubro de 1977, o tribunal europeu tomou em consideração o alcance social da medida restritiva e, em concreto, a conservação do emprego⁷.

Cumpra observar, ainda, que nos últimos anos, diversos setores industriais estão passando por sérias dificuldades. Fundamentalmente, por conseqüência da crise econômica, por não poder se adaptar ao desenvolvimento tecnológico ou competir com empresas multinacionais. As autoridades competentes de diversos países têm admitido, nessas hipóteses, que as empresas estabeleçam uma cooperação entre elas, para superar tal dificuldade e se converterem em empresas fortes e rentáveis. Esses acordos são conhecidos na doutrina como “cartéis de crise”⁸. Na Europa, foram autorizados, por exemplo, acordo de cooperação técnica entre a Bayer e a BP Chemicals, para “racionalizar e modernizar de forma mais rápida e radical” a distribuição no setor de polietileno⁹; e também a reestruturação de empresas petroquímicas que consistia, essencialmente, na criação de uma empresa conjunta e no fecha-

⁷ Rec. 1977, pp. 1916-1917.

⁸ Assim denomina, por exemplo, Sharpe, “The Commission’s Proposal on Crisis Cartels”, CMLRev., 1980, p. 75.

⁹ DOCE (1988) L 150, p. 35.

mento de fábricas ou instalações para reduzir e readequar a capacidade¹⁰. No Brasil, podemos citar a concentração vertical entre a Bayer S/A e Cia. Nitro Química do Brasil, que apresentava “potencial de geração de eficiências de natureza transacional e secundariamente de eficiências produtivas, ainda que significasse “fortalecimento de posição dominante” e “restrição de ofertas nos mercados relevantes”¹¹. Também a criação da AMBEV foi autorizada para fazer frente à concorrência de grandes empresas de cervejaria estrangeiras.

2.1.2. Análise individualizada das vantagens mencionadas no inciso I, do par. 1, do art. 54.

A primeira vantagem citada é a melhora da produção ou da distribuição, além do aperfeiçoamento da qualidade de bens e serviços. A melhora de produção deve se referir tanto à quantidade, como à qualidade dos produtos. A produtividade pode ser aumentada de diversas formas: fabricando mais produtos já existentes, ou fabricando produtos novos, de qualidade distinta. Esse incremento pode ser obtido com a racionalização da produção, com a melhor utilização de instalações, porque possibilita a entrada de novos concorrentes no mercado ou porque permite o fortalecimento de um competidor já existente.

Determinados tipos ou categorias de acordos podem, por suas características específicas, apresentar essas vantagens para a produção, como por exemplo, os acordos de pesquisa e desenvolvimento (P&D), de especialização, “*joint ventures*” de produção ou acordos de reestruturação (“cartéis de crises”). Já a melhora da distribuição pode ser obtida com acordos de distribuição (exclusiva ou seletiva) ou de franquia, dentre outros.

No que se refere ao fomento do progresso técnico ou econômico, esse termo é mais amplo do que os anteriores. Conforme já foi dito, o “desenvolvimento econômico” abrange outras vantagens, como a de cunho social (aumento de emprego). Conforme afirma DERINGER, com essa expressão se pode interpretar quase tudo o que seja progresso em comparação com a situação que existiria sem o acordo¹². A melhora tecnológica e econômica pode ser obtida em vários tipos de acordos, como as licenças de patente, licenças de *know how*, e de pesquisa e desenvolvimento, por exemplo. A eficiência econômica e incorporação de tecnologia podem também decorrer de atos de concentração de empresas¹³.

¹⁰ DOCE (1988) L 50, p. 18.

¹¹ Ato de concentração n. 22/95, Revista de Dir. Econ. Jan/jul., 1997.

¹² Op. cit., p. 135.

¹³ Akzo Nobel Coatings International B.V. e PPG Industries Inc., ato de concentração n. 65/96, Rel. Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro. Revista de Dir. Econ., já/jul. 1997.

2.2. Benefícios para os usuários

O segundo requisito positivo previsto no art. 54, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.884/94, determina que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. O dispositivo é semelhante ao previsto no direito comunitário da concorrência, segundo o qual as medidas limitativas da concorrência devem “reservar ao mesmo tempo aos usuários uma participação eqüitativa no benefício resultante (art. 85,3 TCEE).

Três questões se colocam na análise do presente dispositivo: o que se entende por “usuários finais”, quais são os benefícios tratados na lei e como devem ser apreciados ou determinados.

2.2.1. O conceito de usuário final

Há, na lei sobre concorrência, uma nítida preocupação com o bem estar social, vale dizer, vela para que a livre concorrência no mercado acabe por trazer benefícios aos consumidores. Daí a razão de ser do dispositivo em exame.

Nos termos em que está redigido, o inciso II, do par. primeiro, do art. 54, permite concluir que “consumidor” e “usuário final” são sinônimos, já que utiliza entre eles a conjunção disjuntiva “ou”. De fato, consumidor ou usuário final são aqueles que utilizam os bens ou serviços para sua própria satisfação ou uso pessoal, sem ânimo de renegociar tais bens. Ao contrário, usuários intermediários são os agentes econômicos que utilizam os bens ou serviços com a finalidade de realizar, posteriormente, uma atividade econômica ou comercial.

No que tange ao direito europeu, parte da doutrina considera que o requisito é cumprido quando os benefícios do ato ou acordo chegam ao usuário intermediário, ainda que não atinjam os consumidores. Sendo assim, “não é necessário que as partes provem que o benefício resultante do ato repercute até o consumidor final”¹⁴.

No Brasil, segundo se conclui da redação da norma do direito brasileiro de concorrência, não é suficiente que os benefícios repercutam nos usuários intermediários, tais como fabricantes ou distribuidores, quando não passem com a mesma intensidade aos consumidores finais. Para que seja autorizado o ato restritivo da concorrência, é necessário que também os consumidores, e não só as partes e os usuários intermediários, sejam beneficiados com a medida. Isso não impede, porém, que a autoridade competente presuma que,

¹⁴ Van Damme, *La réglementation de la concurrence dans la C.E.E.* PUF, Paris, 1974, p. 140.

se existe um certo grau ou intensidade de concorrência no nível intermediário beneficiado pelo acordo, esses benefícios também repercutirão, de alguma forma, nos consumidores.

2.2.2. Os benefícios

Conforme já foi visto, o consumidor deve ter participação no benefício resultante do ato restritivo da concorrência. A lei não define quais são os benefícios e nem o que se entende por “participação equitativa”. Cumpre observar que o termo “equitativo” previsto na lei brasileira, também é utilizado no Tratado da Comunidade Econômica Européia (TCEE), nas suas versões francesa (“équitable”), espanhola (“equitativa”), inglesa (“fair”) e italiana (“côngrua”).

Este termo não é preciso e também exige uma análise comparativa (o benefício deve ser equitativo com respeito a algo). Os benefícios ao consumidor devem ser razoáveis e equivalentes àqueles auferidos pelas partes no ato limitativo da concorrência. A necessidade de realizar o exame comparativo se destaca em boa parte da doutrina, conforme assinalam FONT GALAN e DERINGER¹⁵. Os comentadores europeus entendem ainda que o termo “equitativo” mostra que o benefício deve ser, tal como a vantagem exigida no primeiro requisito estudado, apreciável, importante.

Assim, não basta que a medida não resulte em dano ao consumidor, mas é necessário que haja uma melhora em sua situação, em comparação com a situação que existiria caso não fosse concretizado o ato ou acordo.

2.2.3. Determinação dos benefícios

A participação equitativa que os consumidores devem ter nos benefícios apresenta, como um dos problemas fundamentais, a sua determinação. As previsões ou probabilidade de se alcançar os benefícios devem estar minimamente fundadas. Para parte da doutrina, que consideramos mais acertada, as partes precisam demonstrar com uma probabilidade razoável que os benefícios esperados do acordo repercutirão em uma medida razoável nos consumidores¹⁶.

Na determinação dos benefícios para os usuários, devem ser levados em consideração determinados fatores ou indícios. Um dos mais importantes fatores positivos é a existência de uma efetiva concorrência no mercado. Estima-se, em geral, que, se existe um determinado grau de concorrência no mercado (“mercado relevante”), as partes autoras do ato de restrição, se verão

¹⁵ Op. cit., p. 139.

¹⁶ Bellamy, C. e Child G., *Derecho de la competencia en el Mercado Comum*. Civitas, Madrid, 1992, p. 197.

obrigadas a repassar as vantagens auferidas com o acordo, para os usuários finais. Com isso evitariam a diminuição de sua cota no mercado, ou mesmo aumentariam tal cota. Outro fato ou indício freqüente é o que se refere à posição dos usuários intermediários. Vale dizer, examinar ou comprovar se esses sujeitos são empresas poderosas, com um peso econômico determinado ou usuários especializados ou expertos. Essas características dos usuários intermediários obrigarão ou condicionarão as partes no ato, a repercutir sobre elas as vantagens do benefício.

Cumpre destacar, no entanto, que a redução do preço não constitui, necessariamente, o único benefício, ou mesmo o mais, a ser levando em consideração na aferição da participação equitativa dos consumidores. Vários benefícios aos consumidores, inclusive de índole não-econômica, podem ser citados. A título de exemplo, cabe mencionar: melhora da oferta ou da produção; melhora dos serviços; melhor garantia técnica ou assistência pós-venda; surgimento de novos produtos, como um tratamento terapêutico mais eficaz; etc.

CAPÍTULO 3. REQUISITOS NEGATIVOS PARA A AUTORIZAÇÃO DE ATOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA

Os requisitos negativos têm por objetivo salvaguardar um certo grau de concorrência, que necessariamente irá ser limitada com a autorização do ato e supõem um limite para a concessão da autorização do ato ou acordo.

3.1 Manutenção de um certo grau de concorrência

Esse requisito negativo exige que o ato restritivo da concorrência que pretenda ser autorizado, não ofereça às empresas interessadas a possibilidade de “eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços” (Inc. III, do parágrafo primeiro, do art. 54). Da mesma forma que o segundo requisito negativo, que será visto oportunamente, supõe um limite ou barreira para a concessão de uma autorização, que é a manutenção de um certo grau de concorrência.

Assim, para que seja autorizado um ato ou acordo, é fundamental que subsista um certo grau de concorrência que, em nenhum caso, poderá ser eliminado. Isso não significa, no entanto, que não possam ser autorizados atos que impliquem em monopólio ou em posição de domínio, quando há justificativa de uma melhora *a posteriori* da concorrência no mercado. Nesse sentido, já decidiu o CADE que, ainda que o ato de concentração implique em entraves ao ingresso de novos concorrentes, o ato deve ser autorizado se “a operação apresenta potencial de geração de eficiências de natureza transnacional e há, em potencial, benefícios a serem gerados para o mercado, em função do fortalecimento de um concorrente mais hábil a ostentar a posição de mercado

dominante e forçar a disciplina de conduta e a busca de eficiências próprias de situações de concorrência”¹⁷

VAN HOUTTE define a eliminação da concorrência de uma parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, como “uma situação em que as empresas partes no acordo tem a possibilidade, graças à ausência de concorrência interna e externa, de estabelecer as condições de contratação em um nível sensivelmente diferente daquele que seria estabelecido em uma situação de concorrência...”¹⁸.

3.1.1. O mercado relevante

O exame do grau de restrição da concorrência, e sua possível eliminação, apenas pode ser feito com referência a um âmbito ou marco determinado, que é o mercado relevante.

O conceito de mercado relevante abarca três dimensões ou perspectivas distintas que devem ser levados em consideração para sua delimitação: dimensão objetiva (produtos e serviços correspondentes em cada caso); dimensão espacial (âmbito geográfico) e dimensão temporal.

Os produtos que podem formar parte do mercado relevante são, logicamente, aqueles produtos idênticos aos que são objetos do ato limitativo da concorrência. Não obstante, devem ser ainda incluídos os produtos que, por suas características, podem substituir os anteriores. Esse critério de substituição deve levar em consideração as preferências dos consumidores (“elasticidade cruzada das demandas”). Outro critério ainda pode ser admitido para determinar os produtos que formam o mercado relevante em sua dimensão objetiva, que é o da permutabilidade das unidades de produção, que enfoca a substituição dos produtos desde o ponto de vista da produção. Existem empresas que são competidores potenciais na fabricação de um produto, uma vez que têm possibilidade de se converterem, em um dado momento, em competidores reais, fabricando o mesmo produto ou outro substituível¹⁹.

Para determinar os produtos intercambiáveis ou de substituição, se podem distinguir, fundamentalmente, dois critérios: um objetivo, e outro subjetivo. Do ponto de vista objetivo, um produto é intercambiável ou substituível pr outro, se possuem características similares e particulares, de tal forma que permitam satisfazer as mesmas necessidades. Segundo o critério subjetivo, serão os consumidores que decidem se os produtos podem ser intercambi-

¹⁷ Ato de concentração n. 111/96, Rel. Cons. Lucia Helena Salgado e Silva, Arco Química do Brasil Ltda. E Olin Brasil Ltda. Rev. de Dir. Econ., jan/jul. 1997.

¹⁸ Van Houtte, op. cit., p. 90-91.

¹⁹ V. Fernandez-Novoa, 6 ADI, 1979-80, pp. 271-271.

áveis entre si. De fato, ainda um produto seja objetivamente substituível por outro, se os consumidores assim não o consideram, conclui-se que não podem pertencer ao mesmo mercado relevante.

No que tange ao âmbito espacial, o mercado relevante tem um marco ou delimitação geográfica. Esta delimitação é importante se o que se pretende provar é se existe ou não eliminação da concorrência em um mercado concreto. O mercado geográfico que pode ser afetado pode estar constituído pelo território do Estado ou de uma determinada região.

Finalmente, o fato tempo também é importante para a definição do mercado relevante. As dimensões objetiva e espacial do mercado relevante podem sofrer variações pela influência ou transcurso do tempo. Como assinala HOET, “o mercado relevante está vinculado a um certo lapso de tempo. A permutabilidade deve ser produzida durante um tempo determinado para apreciá-la...”²⁰. Com efeito, os produtos ou o âmbito geográfico do mercado relevante podem variar com o transcurso do tempo, devido à ocorrência de diversos fatores, como, por exemplo, a aparição de novos produtos ou mudanças na preferência dos consumidores, ou até mesmo com a possibilidade de surgimento de novos competidores no mercado relevante.

3.1.2. Determinação da possibilidade de eliminar a concorrência

O dispositivo do inc. III, do parágrafo primeiro, do art. 54, ao exigir que o ato ou acordo não permita às empresas participantes a possibilidade de eliminar parte substancial do mercado relevante de bens e serviços, suscita a questão de determinar qual o grau de restrição da concorrência não autorizado e, portanto, qual é a intensidade da restrição permitida.

Não será concedida a autorização quando o ato possa originar a eliminação da concorrência no futuro, ainda que seja mantida a concorrência em um momento inicial do acordo. Não é necessário que as empresas partes no acordo, conscientemente, prevejam a eliminação da concorrência: basta que tal eliminação possa ser produzida. Em sentido contrario, não bastam as boas intenções das empresas, que manifestem expressamente sua vontade de não eliminar a concorrência.

Por outro lado, não basta uma possibilidade puramente teórica de eliminação da concorrência para o indeferimento da autorização do ato limitativo. É preciso que haja uma razão concreta que indique um risco real de eliminação da concorrência.

De acordo com uma parte da doutrina, “eliminação” significa “a total supressão da concorrência”, de sorte que deixa de ser um fator decisivo no

²⁰ Hoet, RMC, 1989, n. 325, p. 143

mercado relevante”²¹. Segundo este entendimento, ainda que permaneça uma concorrência sem importância, em aspectos secundários, considera-se que foi ela eliminada. Outros, como DERINGER, entendem que apenas existe eliminação da concorrência quando ela for suprimida completamente ou quase completamente e isso dependerá das formas de concorrência que estão cobertas pelo acordo, assim como do âmbito geográfico e dos produtos do mercado relevante. Parece evidente, pois, que haverá maiores possibilidades de autorização de um ato que contenha uma restrição grave da concorrência, se as partes ocupam uma cota de mercado reduzida. E vice-versa, se as empresas ocupam uma cota importante do mercado²².

Na análise do requisito em exame, a concorrência deve ser analisada em todas as suas manifestações, como preço, qualidade ou serviço pós-venda. Ainda que desapareça a concorrência em alguma de suas manifestações, se subsiste nas demais, não deverá ser considerado que houve eliminação da concorrência. O mesmo pode ser dito quando, apesar de eliminar a concorrência entre as empresas participantes, subsiste com relação a terceiros²³.

Finalmente, no estudo desse requisito negativo é importante distinguir entre eliminação da concorrência “INTRA-BRAND” e “INTER-BRAND”. Essa distinção é importante, sobretudo nos acordos verticais, tais como os acordos de distribuição seletiva ou exclusiva, acordos de franquia e acordos de licença sobre direitos de propriedade industrial. Ambas as modalidades de concorrência podem sofrer restrições mas, em nenhum caso, poderão ser eliminadas por um acordo que pretenda ser autorizado.

Os acordos verticais geralmente lesionam de forma grave a concorrência “intra-brand”, vale dizer, a concorrência entre os membros de uma determinada rede comercial. Não obstante, simultaneamente, tais acordos podem favorecer a concorrência “inter-brand”, ou seja, entre distintas redes ou marcas. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, mostram-se favoráveis a aceitar restrições, mais ou menos consideráveis, da concorrência entre os membros da rede comercial, em favor de uma melhora na concorrência “inter-brand” (entre marcas ou redes).

²¹ Oberdofer/Gleiss/Hirsch, op. cit., p. 93.

²² Ainda assim pode ser aprovado o ato, mesmo que seja necessária a imposição de condições pelo CADE. Nesse sentido, no caso onde eram requerentes Bayer S.A e Cia Nitro Química do Brasil, foi autorizado o ato sob condições, mesmo sendo reconhecida a restrição de oferta nos mercados relevantes e posição de monopólio em mercado afetado transversalmente. Ato de concentração n.22/95, Rel. Lucia Helena Salgado e Silva, Revista de Dir. Econ., jan/jul, de 1997.

²³ Oberdofer/Gleiss/Hisch, p. 93.

Cumpra ressaltar, no entanto, que esta restrição da concorrência “intra-brand” não pode ser tão importante, que elimine por completo a concorrência entre uma determinada rede de distribuição. Esta concorrência deve permanecer, ainda que limitada.

3.2. Indispensabilidade das restrições à concorrência

Conforme foi visto, o princípio geral consagrado no direito brasileiro é o da livre concorrência e livre iniciativa. Em determinadas situações excepcionais, presentes os requisitos legais, o CADE poderá autorizar atos que prejudiquem esse princípio geral, quando ensejarem vantagens e benefícios valiosos. A restrição à concorrência, no entanto, deve ser absolutamente necessária e indispensável para que tais vantagens e benefícios sejam produzidos. No que tange ao exame da restrição da concorrência, a autoridade competente deve aplicar a chamada “regra do razoável” (*rule of reason*), originária do direito anglo-saxão, ou seja, se é razoável admitir-se um certo prejuízo à livre concorrência, em razão das vantagens econômicas que podem resultar do ato restritivo ou limitativo.

Um setor da doutrina distingue entre indispensabilidade “quantitativa” e “qualitativa”. A indispensabilidade das restrições, sob um ponto de vista qualitativo, significa que elas devem ser aptas ou adequadas para atingir os objetivos desejados. Assim, não seriam indispensáveis as restrições que não estejam estreitamente vinculadas com a obtenção das vantagens econômicas ou tecnológicas (primeiro requisito positivo) ou benefícios para o consumidor (segundo requisito positivo).

No que concerne à análise qualitativa da indispensabilidade, FONT GALAN ensina que “se requer, em todo caso, a existência de uma estreita inter-relação ou inter-dependência entre o efeito perturbador da concorrência e o efeito benéfico para os consumidores, derivados ambos dos acordos proibidos escusáveis”²⁴. A análise da indispensabilidade das restrições, também significa que os benefícios ou vantagens da medida não podem ser obtidos por outros meios menos restritivos e igualmente aptos para alcançá-los.

Sob o ponto de vista quantitativo da “indispensabilidade”, podemos afirmar que deve ser levado a cabo um estudo de sua extensão, grau ou importância das restrições. Estas devem ser as necessárias para conseguir os objetivos, e não mais que as necessárias para consegui-los. Vale dizer, as restrições devem ser as “mínimas imprescindíveis” para alcançar as vantagens e benefícios visados. Assim, quando o mesmo resultado pode ser obtido por outros meios apropriados e menos danosos, a cláusula deve ser descartada.

²⁴ Op. cit., p. 202.

3.2.1. Determinação da indispensabilidade

A “indispensabilidade” deve ser objetiva, vale dizer, não pode ser presumida pela simples afirmação das partes. A valorização ou avaliação da indispensabilidade deve ser feita de acordo com o caso concreto. As restrições devem, a princípio, ser analisadas individualmente e, após, deverão ser examinadas no seu conjunto, uma vez que podem ser distintos os efeitos que produzem as restrições de forma individual, daqueles que são produzidos pela combinação de todas elas²⁵.

A indispensabilidade das restrições dependerá de uma série de circunstâncias ou fatores concretos. Entre elas se destacam o tipo, categoria ou classe de acordo, assim como os objetivos ou vantagens que se pretende alcançar. Deve ser considerada, ainda, a posição das empresas contratantes no mercado em vai ser aplicado a medida e a intensidade de concorrência em tal mercado.

Se as vantagens ou objetivos são de especial importância, como por exemplo, a introdução de um produto novo no mercado, ou um novo competidor, ou uma tecnologia mais avançada, isso tornará mais viável a aceitação de um certo grau de restrição da concorrência. Também o tipo de acordo, é importante na análise da indispensabilidade da restrição. Resumindo, podemos afirmar que na determinação das restrições indispensáveis, deverá se ter em conta os objetivos visados, a intensidade da concorrência e a categoria ou tipo de acordo de que se trata em cada caso. Também será levado em consideração o estado geral do mercado e, em concreto, do setor das empresas partes no ato em questão. É necessária, ademais, uma análise comparativa da situação das empresas partes no acordo, em relação com outras empresas em situação similar ou com acordos semelhantes àquele para o qual se pede a autorização. Finalmente, será preciso examinar as circunstâncias particulares das empresas autoras da medida, e admitir seu direito a desenvolver uma determinada política comercial. Isso tudo, dentro dos limites implicados no termo “indispensabilidade”, acima analisados.

3.2.2. Restrições geralmente consideradas indispensáveis e não- indispensáveis

Conforme foi visto, alguns tipos de contratos possuem cláusulas típicas ou usuais, algumas delas consideradas necessárias para a consecução

²⁵ Para DERINGER, “se um acordo contém várias restrições, é necessário, a princípio, examinar cada uma por separado, mas depois também deverão ser examinadas todas juntas, uma vez que o efeito da combinação de várias restrições, podem ser avaliadas de forma diferente que o efeito de cada uma individualmente”, op. cit., p. 141.

dos fins propostos e outras que a doutrina e a jurisprudência consideram não-indispensáveis ou que podem ensejar uma limitação não razoável na livre concorrência.

Nos acordos de *joint ventures*, é geralmente considerada indispensável e, portanto, lícita, a cláusula que permite às partes compartilhar o custo de um maior investimento ou risco financeiro. São geralmente aceitas as restrições seguintes: cláusula de não-concorrência entre as empresas mães; obrigação de compra exclusiva por parte das empresas mães da *joint venture*, ainda que a distribuição conjunta deve ser justificada em cada circunstâncias e cláusulas que concedem direitos de propriedade intelectual exclusivos à *joint venture*. Na autorização de tais restrições, a autoridade competente geralmente se assegura de que, no fim do acordo, as partes serão livres para competir entre si.

No que se refere a outros acordos horizontais (acordos relativos a preços ou outras condições de contratação; acordos sobre intercâmbio de informações comerciais; acordos para limitar a produção; acordos sobre normas técnicas; acordos sobre compra ou venda conjunta; etc.); eles dificilmente são aprovados. Entre as restrições inadmissíveis e não-indispensáveis, podemos citar as de fixação de preço e de outras condições contratuais, salvo raras exceções²⁶; as que determinam repartição de mercado, dentre outras.

Nos acordos verticais relacionados com a distribuição são consideradas não-indispensáveis e, portanto, ilícitas, as restrições que dão origem à uma proteção territorial absoluta. São admitidas as restrições relativas à um compromisso de entrega exclusiva; repartição de áreas entre as partes, assim como a obrigação do concessionário exclusivo, de centrar suas atividades comerciais nos produtos previstos no contrato e no território concedido; uma vez que tais condições são necessárias para a obtenção de uma melhora da distribuição.

Também as restrições relativas a acordos de transferência de propriedade intelectual, podem ser autorizadas. Não obstante, a licença que comporte uma proteção territorial absoluta em geral é vedada pela autoridade de concorrência.

²⁶ Tem-se entendido que exceções podem ser previstas nas áreas de seguro e bancária. Decisão européia de 21 de dezembro de 1992 permite a fixação em comum de tarifas de prêmios de risco, baseadas em estatísticas ou em número de sinistros. No que tange aos bancos, admite-se a fixação de preço ou comissão uniforme e remuneração de serviços. Também no setor de transporte internacional de cargas e passageiros, o IATA incentiva a adoção de um sistema internacional uniforme para obter economias de escala.

CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência européia (comunitária) e brasileira, no que se refere à autorização dos atos limitativos de concorrência, aí incluídos os atos de concentração previstos no par. 3, do art. 54, da Lei n. 8.884/94, mostram similitudes de conceitos e de exigências.

Não obstante, ao contrário do direito europeu, o direito brasileiro admite o cumprimento de apenas três dos quatro requisitos estudados no presente trabalho para a autorização do ato. Em pelo menos um caso, o CADE autorizou sob condições ato de concentração de empresas, não obstante tenha reconhecido o não atendimento aos requisitos I e IV, do par. 1º, art. 54.

O Relatório de 1997 do CADE mostra não só um aumento dos movimentos concentracionistas, como a diversificação dos casos notificados à autoridade de concorrência, que vão da fusão e incorporação de empresas até a formação de *joint ventures*. Mostram ainda que a tendência futura, tal como ocorreu no continente europeu e em outros países industrializados, é o crescimento do número de atos envolvendo produção e transferência de tecnologia, tais como acordos de P&D, *joint ventures* e acordos de licença de propriedade industrial, sobretudo nos setores químicos, farmacêuticos e de alimentação. Outro aspecto importante a ser notado, é a ausência de jurisprudência relevante nos tribunais brasileiros acerca do tema, o que pode mostrar que os juízes brasileiros ainda não estão preparados para análise de casos envolvendo o direito de concorrência, sobretudo quando afetam a economia nacional.

Destarte, o direito comparado, sobretudo face à similaridade dos direitos de concorrência, que seguem uma tendência à internacionalização e à uniformização, mostra-se fundamental para nortear a evolução da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Os juristas brasileiros podem, como os demais, aproveitar as experiências levadas à cabo no exterior: materiais úteis para realizar uma justiça melhor. Nas palavras de RENÉ DAVID, “o desenvolvimento dos estudos do direito comparado servirá este fim; ele situa-se dentro da linha de uma evolução que tende a promover, sobre todos os aspectos, uma melhor cooperação internacional”²⁷.

²⁷ René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 1988

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DOS EN- TES DE REGULAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

*Marcelo de Oliveira Milagres**

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO

II - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

III - CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

IV - PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

4.1 - Princípio do acesso necessário

4.2 - Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado

V - AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 - Definição crítica

5.2 - Os poderes das agências: a problemática do poder normativo

VI - O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

6.1 - O modelo econômico adotado

6.2 - A problemática das agências reguladoras

6.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE- e os entes de regulação: a diferença entre adjudicação e regulação

VII - CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I - INTRODUÇÃO

Hoje, quando se fala em concorrência, é imprescindível, notadamente, no plano nacional, o estudo da realidade invocada pelas ditas "agências reguladoras".

Conquanto se trate de uma preocupação cadente, a concepção de regulação, em sua essência, não apresenta novidade¹, porquanto de há muito, no

* Aluno de pós-graduação em Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG

contexto brasileiro, v.g., vislumbrava-se o Instituto do Açúcar e do Alcool, IAA, como autêntico órgão estatal de regulação econômica. De igual medida, sublinhe-se que o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE - cumpria a finalidade, hoje, outorgada à ANEEL. Podendo-se, ainda, sublinhar as funções regulatórias do Banco Central do Brasil, criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O foro de atualidade do tema se deve ao modelo adotado e a realidade econômica vivenciada pela maioria dos Estados, marcados notadamente pelo princípio da subsidiariedade², vale dizer, a ação estatal só se justifica pelos pressupostos da imprescindibilidade, garantindo-se ao particular o exercício direto da atividade econômica, e, ao estado, as atribuições de regulador.

Sobrelevando notar, nesse sentir, a necessidade do desenvolvimento de uma teoria como resposta as muitas e múltiplas inquietações.

Nem se diga, nesse sentir, que a regulação econômica é típica de um modelo econômico planejado. Trata-se de uma ilação equivocada. A regulação se manifesta com maiores fundamentos e estrutura, notadamente, em economias ditas de mercado. Nesse diapasão, é o exemplo dos Estados Unidos da América³, com maior histórico e instrumentos em aperfeiçoamento constante de regulação.

GALLOT⁴, com muita propriedade, assevera que "Il est vrai que la libéralisation génère un besoin croissant de régulation." E, citando Elie Cohen, cunha a idéia de "capitalisme régulé."

De igual sentir, NETO⁵, ao asseverar que a "transferência ao setor privado de ativos estatais ou mesmo de serviços públicos não significa, portanto, desregulação."

¹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123.

² Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.236.

³ Sobreleva notar que as agências reguladoras são antigas no direito americano, sendo que a primeira agência, a Interstate Commerce Commission (ICC), foi instituída em 1887. Cf. Robert E. Cushman, *The independent regulatory commissions*, Nova York, Octagon Books, 1972 e Marver H. Bernstein, *Regulating business by independent commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955.

⁴ GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, 119, janvier-février/2001, p.5.

⁵ NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

Oportuna, no mesmo sentido, é a consideração de PACHECO⁶:

"(...) pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La 'autonomía' del mercado no significa ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'"

Como se depreende, o estudo dessa Teoria da Regulação, no dizer de FILHO⁷, demanda o afastamento de alguns equívocos, perpassando, nessa medida, nosso esforço, pela tentativa de definição de regulação, as suas causas justificadoras, princípios informativos, poder normativo, o problema da captação, e, em síntese, uma análise crítica do modelo do Estado regulador brasileiro, ressaltando a ação dos entes de regulação e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tudo sob a perspectiva da liberdade de mercado, pois, os entes reguladores, em última análise, objetivam conformar o exercício da atividade econômica aos princípios de extração constitucional, notadamente àqueles insculpidos no art. 170, dentre os quais sobleva o da livre concorrência.

Destarte e de pronto, afasta-se a idéia de que a ação estatal, no plano exposto da concorrência, vem em detrimento da liberdade de iniciativa. Em verdade, a oposição é aos abusos e à forma indevida desse exercício.

Essa é a nossa proposta, analisar a garantia e defesa da concorrência, sob a perspectiva atual e crítica dos entes de regulação.

II - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO

Quando se inicia o estudo de determinado instituto, logo sobrem uma natural inquietação concernente à sua definição, tudo como necessário ponto seguro do início e alcance do objeto de especulação.

⁶ PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 73.

⁷ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Diverso não ocorre com a regulação. Nesse sentido é a percepção de GALLOT⁸ ao asseverar que:

" La régulation est aujourd'hui un concept à la fois mystérieux, fourre-tout et catalogué. Il est donc à la fois très employé et très critiqué, probablement parce que l'on ne sait pas exactement ce qu'il recoupe et aussi en raison de son origine et de son acception anglo-saxonnes. Celle-ci est d'ailleurs fondatrice d'une autre ambiguïté puisqu'une traduction anglaise du mot 'régulation' donnera 'réglementation' ce qui n'est qu'une partie de la vérité."

Contudo, consoante já exposto, a idéia de regulação não é novidade. Nada mais é, como próprio define GALLOT⁹, "une modalité de l'action publique."

FILHO¹⁰, em sua clássica obra *A intervenção do estado no domínio econômico*, a partir da perspectiva de Direito Econômico proposta por BERNARD CHENOT, distinguia o Direito Regulamentar, "no qual o Estado desempenha o papel exclusivamente normativo; e o ramo do Direito Institucional, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico."¹¹ (Grifamos)

Destarte, podemos aproximar regulação a uma forma de ação do Estado no domínio econômico, ação indireta, com fundamento, em nosso ordenamento jurídico, no art.174, caput, da Constituição da República, "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento ..."

Com efeito, a regulação, no dizer de SUNDFELD¹², é "característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade".

⁸ GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*, Paris, 119, janvier-février/2001, p.5.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 16.

¹¹ Cf, também, a nomenclatura de intervenção imediata e mediata defendida por MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p.33.

¹² *Op. cit.*, p. 23.

E, hoje, como bem preleciona BALDWIN et al¹³, a regulação " tornou-se uma forma central de intervenção do estado na economia." Não se podendo, segundo LEOPOLDINO DA FONSECA¹⁴, "afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulamentação dos comportamentos humanos."

Cumpre-nos, dessarte, perquirir as causas justificadoras dessa intervenção, bem como os princípios que a informam.

III - CAUSAS JUSTIFICADORAS DA REGULAÇÃO

Em síntese, ao nosso sentir, a causa fundamental da regulação se consubstancia na promoção e garantia da economia, na sua concepção de livre e mais justa circulação de riqueza.

BREYER¹⁵, em sua citada obra, enumera, em resumo, a principal causa justificadora da regulação: controle do monopólio, com vistas à promoção de um mercado realmente competitivo, promovendo, inclusive a mudança da distribuição de riqueza e rendimento.¹⁶

FILHO¹⁷ adverte que, no campo econômico, "a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento de concentração econômica."

Daí, a relevante e estrita conexão da regulação com a concorrência.

O Estado, quando atua no domínio econômico, por intermédio de sua "mão visível", deve objetivar a melhor satisfação dos interesses do ho-

¹³ BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford Readings, 1998, p.4.

¹⁴ *Op. cit.*, p.257.

¹⁵ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 71, "Moreover, intervention - or rearrangement of rights and liabilities - changes the distribution of wealth and income."

¹⁷ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.15.

mem, centro do ordenamento jurídico, consubstanciados na mais justa produção e circulação dos bens econômicos¹⁸.

Nessa medida, a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica da regulação¹⁹, pelo manifesto reducionismo, não podem justificar a regulação. Em verdade, é a busca do interesse público, na expressão de conformação e correção do mercado, causa principal da ação indireta do Estado. A razão é a "igualdade jurídica material e não meramente formal entre todos os agentes econômicos". "A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação."²⁰

E o exercício dessa regulação é informado por alguns princípios, objeto da exposição seguinte.

IV - PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

Os princípios informativos da regulação econômica têm em comum a garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos, condições de acesso e permanência no mercado. Dessarte, em qualquer setor da economia objeto de regulação, mister a observância dessa regra geral.

Partindo dessa premissa, FILHO²¹ enumera os princípios do acesso necessário e da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado, ressaltando que uma "regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico".²²

4.1 - Princípio do acesso necessário

A regulação, como já sublinhado, tem por escopo a promoção de um mercado realmente competitivo. Daí, a premência de uma igualdade material,

¹⁸ Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144- 168, pugnano pelo princípio segundo o qual a "pessoa é o centro do ordenamento jurídico".

¹⁹ FILHO, Calixto Salomão. *Op. cit.*, p. 16/26.

²⁰ *Op. cit.*, p. 30/34.

²¹ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51/82.

²² *Op. cit.*, p.82.

e não meramente formal, de todos os agentes econômicos. A todos deve ser assegurado o acesso ao mercado.

Dentro dessa perspectiva, FILHO²³ cita, com muita propriedade, a chamada essential facility doctrine como elemento de aproximação entre a teoria regulatória e a disciplina "antitruste interventiva" :

" A essencial facility doctrine foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem."
24

Sobreleva, nessa medida, a intervenção regulatória ativa que possibilite condições materiais de acesso ao mercado, com manifesta repercussão nos interesses dos consumidores. Nesse sentido²⁵:

" A outra face da regulação das situações de posição dominante está exatamente na estruturação da forma de atendimento ao consumidor. Se a rede é a única, o problema principal desse atendimento passa a ser a maneira pela qual é possível e/ou viável a organização do acesso de todos os consumidores à rede. A questão do acesso adquire, então, aqui, o codinome de problema da chamada universalização, aplicável a todos os setores regulados em que há dependência de uma canal principal de acesso."

4.2 - Princípio da função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado

Dada a relevância do acesso ao mercado, não se pode opor, singelamente, à essential facility doctrine a tese do direito de propriedade, porquanto, em nosso ordenamento jurídico, esse direito não se apresenta de forma absoluta.

²³ *Op. cit.*, p.53.

²⁴ *Op. cit.*, p.54.

²⁵ *Op.cit.*, p. 57.

A propriedade, consoante art.5º, XXIII, da Constituição da República, deve atender a sua função social. Destarte, " ao se falar em bens de acesso, a função social significa uma limitação muito mais incisiva ao direito de propriedade. Trata-se da obrigatoriedade de compartilhamento dos bens dos quais depende o acesso."²⁶

A regulação se orienta, nessa perspectiva, pela garantia de acesso dos vários concorrentes ao mercado, por intermédio da restrição, ou, noutro dizer, da conformação do direito de propriedade do titular da rede. Essa conformação, por sua vez, deve ser mínima, na medida suficiente de garantia desse ambiente competitivo de mercado, ou, no dizer de BREYER²⁷, uma " procompetitive/less restrictive alternative."

V - AS DENOMINADAS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 - Definição crítica

A forma pela qual o Estado se faz, indiretamente, presente no mercado, consubstancia-se nas ditas agências reguladoras.

Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação americana " regulatory agencies." Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de "conselhos"²⁸, em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada. Nesse sentido, oportunas são as críticas endereçadas ao anteprojeto de lei de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência que, não obstante os questionáveis interesses políticos subjacentes, busca infirmar a consagrada marca CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no dizer do Professor Gesner Oliveira²⁹.

Nessa cultura de infirmar a tradição, destruindo sem a perspectiva de aperfeiçoar, já foram criadas, em nosso ordenamento, as seguintes "agencies":

²⁶ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61.

²⁷ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p.341.

²⁸ Nesse sentido, não se furtou o ordenamento jurídico português à tradição de manutenção dos Conselhos. A propósito, SANTOS, Antônio Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993,p.112.

²⁹ A propósito da marca CADE, cf. reportagem da GAZETA MERCANTIL, Quarta-feira, 6 de junho de 2001, p. A-4, em que pese a avaliação da revista GLOBAL COMPETITION REVIEW.

ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16.7.1997); ANA, Agência Nacional de Águas (Lei n. 9.984, de 17.07.2000); ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei n. 9.427, de 26.12.1996); ANP, Agência Nacional de Petróleo (Lei n. 9.478, de 06.08.1997) ; ANS, Agência Nacional de Saúde (Lei n. 9.961, de 28.1.2000); e, ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782, de 26.1.1999).³⁰

Todos esses entes reguladores foram criados sob a forma jurídica de autarquia federal, todos, alguns com maior intensidade, com problemas estruturais, consoante exposição seguinte.

5.2 - Os poderes das agências : a problemática do poder normativo

Sob essa epígrafe, LEOPOLDINO DA FONSECA³¹ nos coloca duas cadentes indagações: sendo independentes, as agências se cingiriam à política governamental ? Segundo, na esteira do poder normativo, poderiam editar normas e, por conseguinte, determinar sanções ?

A resposta a essas indagações perpassa pela análise do ordenamento jurídico em que estão inseridas.

Em nosso caso, sobreleva o princípio da legalidade de extração constitucional, tão bem delineado pelos estudiosos. A propósito MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.71/77; MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo, 1997, p. 61; e MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82.

Nesse diapasão, como resposta notadamente a segunda indagação, teríamos como limite, ao poder normativo dos órgãos reguladores, o conteúdo e alcance da legislação. Com efeito, em que pese o declínio do princípio da generalidade da lei³², sobretudo em razão da complexidade e celeridade dos fenômenos econômicos, mister ressaltar a proibição dos ditos atos normativos autônomos. Oportuna é a advertência de MELLO³³, segundo a qual " a função

³⁰ Oportuna é a observação do Prof. LEOPOLDINO DA FONSECA, *Op. cit.*, p.28, segundo a qual o Banco Central do Brasil sempre teve funções de regulação e de controle.

³¹ *Op. cit.*, p.260.

³² Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.25.

³³ *Op. cit.*, p.75.

do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros." Grifamos.

Destarte, os órgãos reguladores podem editar normas e, por consequência, impor sanções, desde que presentes os fundamentos e limites legais. No mesmo sentido, SUNDFELD³⁴ e BREYER³⁵. E tais atos, de manifesta natureza administrativa, a teor do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não se exime do Judicial review³⁶.

Quanto à política governamental, percuciente é a conclusão de NETO³⁷:

"A independência, aqui, deve servir para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo."

Irretocável a observação. As ações do órgão regulador se cingem a decisões de ordem estritamente técnica, não se motivando por determinações de cunho político, em sua negativa acepção. E essa independência deve apresentar-se, outrossim, em relação aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, sob pena do conhecido fenômeno da capturação. A propósito, diverso não é o entendimento sufragado por NETO³⁸:

" Obviamente , o órgão regulador deve ter total independência perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada. Perder tal independência significaria negar a própria razão de ser da regulação. Isso não significa que a atividade regulatória deva ser exercida contra o regulado. No novo contexto da regulação estatal que aqui tratamos (onde o traço da competição e da pluralida-

³⁴ *Op. cit.*, p. 27.

³⁵ *Op. cit.*, p.350. "*The agency could order private persons to act ou to refrain from acting only as authorized by specific laws, through which Congress controlled agency action.*"

³⁶ BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Havard University Press, 1982, p. 351: " Judicial review had to be available to ensure that the agency did not overstep the bounds set out in its legislation. 4. Agency procedures had to facilitate the exercise of this judicial review."

³⁷ NETO, Floriano Azevedo Marques. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87.

³⁸ *Op. cit.*, p 85.

de de prestadores constitui eixo vetorial) os operadores da atividade regulada são parte fundamental. Porém em que pese a manter com eles uma permanente e transparente interlocução, o órgão regulador deve poder divisar os interesses gerais que tutela, dos interesses específicos (embora legítimos) dos regulados."

(...)

" Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes, ii) a autonomia de gestão do órgão, iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória, iv) a não vinculação hierárquica a qualquer instância do governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial."

E o melhor exercício desse poder independente dos órgãos reguladores, a despeito do cuidado sublinhado, pressupõe, outrossim, a seleção de pessoal capacitado, mudanças nos procedimentos administrativos, sempre com observância do devido processo legal e possibilidade de controle jurisdicional, tudo como ressaltado por BREYER³⁹ em conclusão de sua obra *Regulation and its reform*.

VI - O NOVO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

6.1 - O modelo econômico adotado

Nosso modelo constitucional econômico, como é de trivial sabença, deu primazia à ação indireta do Estado, consubstanciada nas funções de planejamento, incentivo e fiscalização da atividade econômica, consoante disposto no art. 174, caput, da Constituição da República.

³⁹ *Op. cit.*, p. 341/368.

Essa opção constitucional, contudo, não tem sido exercida sem maiores atropelos, sendo freqüentes as críticas.

Esses questionamentos, conforme sublinhado, devem-se, não à opção constitucional em si, senão ao exercício levado a cabo pelo Poder Executivo Federal.

Com efeito, há muito se encontram esquecidos os valores e princípios insculpidos no art. 170 da Constituição da República, realiza-se a concepção do Estado mínimo sem a preocupação com o centro de todas as ações, vale dizer, o homem.

Nessa perspectiva, vislumbramos, no plano institucional, a inflação das chamadas agências reguladoras que, sob uma nova denominação, retratam uma problemática antiga, objeto do item que se segue.

6.2 - A problemática das agências reguladoras

Segundo exposição anterior, podemos apontar, em nosso ordenamento jurídico, a criação das seguintes "agências": ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações; ANA, Agência Nacional de Águas; ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANP, Agência Nacional de Petróleo; ANS, Agência Nacional de Saúde; e, ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A despeito da nomenclatura distante da nossa cultura jurídica, os presentes órgãos de regulação, alguns com maior intensidade, apresentam sérios problemas estruturais, dentre os quais salientamos: a) ausência de independência; b) deficiência na formação do corpo técnico; c) ausência de uma cultura de regulação.

A independência serve para que o órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo. Infelizmente, essa garantia não se faz presente como seria necessária. Nesse diapasão, é, v.g., a realidade vivenciada pelo setor de energia elétrica, em que medidas de planejamento não foram realizadas e executadas por motivações de conveniência política. Oportuna é a conclusão de DUTRA⁴⁰, segundo a qual " No Brasil é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente como a melhor forma de servir ao interesse público." E, mais adiante, adverte:

⁴⁰ DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, 12, ano 4, p. 11.

" No Brasil, a força do autoritarismo, próprio de nossa tradição política, expressa quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo e no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, esteve na base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas."⁴¹

Quanto ao corpo técnico, é manifesta a deficiência, tudo como conseqüência da ausência de uma mudança planejada pela opção reguladora. Trata-se da problemática concernente à cultura de regulação.

Em verdade, conquanto a essência da regulação não seja nova, o modelo constitucionalmente adotado e realidade econômica vivenciada afiguraram-se diversos. Daí a impossibilidade de aplicabilidade de princípios administrativos e mecanismos já ultrapassados. O modelo é novo e a realidade também, sendo premente uma necessidade de aperfeiçoamento e ajustamento, tudo, segundo BREYER⁴², mediante uma reforma compassada e individualizada (*encouraging step-by-step reform*), *verbis*:

" The focus is on the individual program.

(...)

These include efforts to attract better personnel, to improve agency procedures, to restructure the relationship of the agency to other parts of the government, and to encourage substantive reform."

O que se depreende, entretanto, no plano nacional, é o descaso com essa política de aperfeiçoamento e ajustamento. Motivações de ordem pessoal, oportunistas, impedem o desenvolvimento de uma cultura e estrutura de regulação. Os exemplos mais cadentes dessa difícil realidade são a crise de geração de energia elétrica e a proposta de criação da já sublinhada Agência Nacional de Concorrência - ANC, a despeito da melhor proposta minimalista de aperfeiçoamento dos instrumentos de regulação e concorrência.

6.3 - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - e os entes de regulação : a diferença entre adjudicação e regulação

⁴¹ *Op. cit.*, p.12.

⁴² *Op. cit.*, p. 341.

Na esteira da perspectiva proposta de análise da proteção da concorrência sob o viés dos entes de regulação, cumpre trazer a lume recente discussão iniciada pelo Parecer 00762/DEJUR/PRIRE, do Banco Central do Brasil, aprovado pelo Presidente da República, segundo o qual é aquela autarquia federal, privativamente, competente, " para analisar e aprovar atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis."⁴³

A análise da problemática é oportuna, porquanto permite melhor apreensão do nosso modelo institucional de promoção de concorrência, percebendo, nesse diapasão, os meios de ação próprios dos entes de regulação e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Conforme exposição inicial, atribuímos ao Banco Central do Brasil a real função regulatória do sistema financeiro nacional, objetivando conformar, preventivamente, a ação dos agentes econômicos aos princípios e normas do modelo econômico sufragado. Dessa observação, não ressaí qualquer questionamento.

Contudo, equivocando-se da análise do conteúdo e alcance dessa premissa, o Banco Central do Brasil, firme, sobretudo, em interpretação da superioridade hierárquica da Lei n. 4.595/64, particularmente do seu art. 18, § 2º, segundo o qual " o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com aplicação da pena", atribui-se a competência privativa de analisar e aprovar qualquer ato de concentração concernente ao setor financeiro, afastando, por conseguinte, qualquer atribuição funcional do CADE.

De pronto, impende afastar maiores incursões lógicas e doutrinárias, quanto ao entendimento equivocado de aplicação de lei de natureza complementar em detrimento daquela de natureza ordinária (Lei n. 8.884/94), porquanto assim somente se afigura, quando a abrangência material dos referidos diplomas legais for idêntico, o que, não é o caso. Trata-se, na análise desse aparente conflito legislativo, de observar a hipótese de reserva legal qualificada (competência *ratione materiae*) e não de superioridade hierárquica.⁴⁴

⁴³ Parecer publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, quarta-feira, 25 de abril de 2001, p. 13/15.

⁴⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247-250;

Com efeito, o Banco Central do Brasil, em sua atividade de regulação do setor financeiro, como qualquer outro ente regulatório, não julga atos concretos à guisa dos princípios legais e constitucionais de ordem econômica, atribuição única e específica do CADE, somente, a teor de sua atividade, regula as condições de concorrência, em manifesto exercício administrativo preventivo, tudo em homenagem a questões técnicas prudenciais. Nesse sentido, sobrelevando a atividade de regulação prudencial, é o magistério de COUTINHO ⁴⁵, ao dissertar sobre os objetivos do Banco Central do Brasil:

"(...) promover práticas bancárias seguras e sólidas, promover a eficiência do setor bancário, zelar pela proteção aos depositantes e outros credores e manter a estabilidade dos mercados financeiros. Dentre estes, o mais importante é o último, que pode ser traduzido como preocupação em evitar falências de bancos que possam conduzir, através, por exemplo, do sistema de depósitos e pagamentos, a um colapso do sistema financeiro."

Com efeito, na esteira do exemplo trazido pelo Banco Central do Brasil, temos que a competência dos entes de regulação não se confunde com aquela própria do CADE, ao contrário do mencionado parecer, afigura-se ausente qualquer conflito de atribuições. Trata-se, em verdade, de competências distintas e complementares, os entes, distintos do CADE, regulam as condições de concorrência no âmbito das atividades que lhe são afetas, esse último, por seu turno, não regula nenhum setor da economia, apenas julga, a teor da Lei n. 8.8894/94, atos concretos de concorrência, em manifesta atividade de adjudicação.

Com efeito, os entes de regulação e o CADE, dentro de suas atribuições específicas, promovem a defesa da concorrência, sejam, os primeiros, no âmbito prudencial (controle per se), seja no âmbito de adjudicação da matéria concorrencial pelo último.

Nesse sentir, conforme noticiado na GAZETA MERCANTIL ⁴⁶, pugnando pela ausência de conflito de atribuições entre o Banco Central do Brasil e o CADE, é o entendimento majoritário sufragado por aquele Conselho em julgamento pendente do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09, tendo como requerentes Banco Finasa de Investimento S/A , Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações.

⁴⁵ COUTINHO. Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. *In: Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, CADE, 1999, p.214-215.

⁴⁶ GAZETA MERCANTIL. Quinta-feira, 27 de setembro de 2001, p. A-10.

Em verdade, seja qual for a decisão desse caso, em homenagem à harmonização dos interesses e atribuições dos entes estatais, tudo em proveito da difícil e árdua missão de defesa da concorrência, reiteramos nosso entendimento exposto, acreditando, tão-somente, na elevada promoção de uma melhor e mais equilibrada ordem econômica nacional, realizando-se, destarte, valores de extração constitucional.

VII - CONCLUSÃO

A defesa da concorrência, princípio de extração constitucional, não prescinde, a toda evidência, da ação dos entes estatais, sobrelevando, nesse sentir, as denominadas agências reguladoras.

Em verdade a regulação, em sua essência, não se afigura como novidade em nosso ordenamento jurídico. O novo é a sua inserção no modelo econômico constitucionalmente adotado, são os desafios de ordem estrutural, é a sensibilidade necessária para aperfeiçoar os mecanismos existentes, pensar melhor as estratégias de implementação, é, notadamente, a percepção do seu exercício, pelos entes constituídos, em proveito da defesa da concorrência, tudo sem infirmar as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ao revés, em contribuição valiosa e distinta na difícil missão de conformar a atividade econômica às regras do jogo concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDWIN, Robert, SCOTT, Colin, HOOD, Christopher. A reader on regulation. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BREYER, Stephen. Regulation and its reform. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

COASE, Ronald. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics. V. III, 1960, p. 1-44.

COUTINHO, Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. In: Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, Brasília, CADE, 1999, p. 214-215.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo, 1997.

DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. Monitor Público, Rio de Janeiro, 12, ano 4, p. 11-18.

- FILHO, Alberto Venâncio. A intervenção do estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- FILHO, Calixto Salomão. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. Revue de la concurrence et de la consommation, Paris, 119, janvier-février/2001.
- GAZETA MERCANTIL. Quinta-feira, 27 de setembro de 2001, p. A-10.
- _____. Quarta-feira, 6 de junho de 2001, p. A-4.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito económico. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PACHECO, Pedro Mercado. El analisis economico del derecho. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1994.
- SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito económico. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

O INSTITUTO DA LENIÊNCIA NO DIREITO ANTITRUSTE NORTE AMERICANO

Vladimir Spíndola Silva*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

BREVE HISTÓRICO

AS NORMAS DE LENIÊNCIA PARA EMPRESAS

III.1 Considerações Iniciais

III.2 A leniência antes do início de uma investigação

III.3 Exigências alternativas para a leniência

III.4 A leniência para diretores, altos executivos e funcionários de empresas

III.5 A definição de “Empregado na Ativa

III.6 A proteção à empresa

III.7 A “anistia extra

A NECESSIDADE DE CONFIDENCIALIDADE NO PROGRAMA DE LENIÊNCIA

AS NORMAS DE LENIÊNCIA PARA INDIVÍDUOS

CONCLUSÕES

VI.1 Benefícios financeiros do Programa de Leniência para a empresa

VI.2 Benefícios do Programa de Leniência para os diretores, executivos e empregados da empresa

VI.3 Efeitos das normas de leniência

BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUÇÃO

Não se nega nos dias atuais a severa exigência do legislador no sentido de, antes da elaboração de uma nova lei, se fazer um estudo apurado de

* Aluno de Direito do Curso de pós-graduação em Direito Econômico e das Empresas da Fundação Getúlio Vargas

inúmeros projetos legislativos sobre a matéria em Estados alienígenas, de tal forma que lhe seja possibilitado uma real avaliação de seus benefícios, apurando-se os pontos de convergência e divergência entre os dois Estados.

E foi justamente no direito norte-americano, sem esquecer a influência européia, que se buscou inspiração para introduzir, no Brasil, o instituto, as normas e o programa de leniência. Isto é, os modelos já em pleno funcionamento nos Estados Unidos – que será o objeto central da presente monografia – e na Comunidade Européia serviram de base para a criação do instituto da leniência no Brasil.

Neste contexto, o eminente jurista Celso Ribeiro Bastos¹, se reporta, em sua obra, às preciosas palavras do professor Celso Barbieri Filho, que demonstra a grande influência que o direito antitruste americano exerce sobre o Brasil:

“O direito antitruste norte-americano tem uma dupla significação para o Brasil: em 1º lugar, possui valor de natureza legal, o mesmo valor que teria para qualquer País que se dispusesse a legislar e executar uma lei antitruste. Esse valor provém do fato de que a legislação federal norte-americana, proibindo restrições da concorrência e monopólios, datada de 2 de julho de 1890, quando foi promulgado o Sherman Act, e que, desde então, esta lei foi aperfeiçoada e vigorosamente executada pelo Governo dos Estados Unidos da América.

Durante esses anos, os tribunais e órgãos dos Estados Unidos tinham a oportunidade de julgar milhares de casos baseados na legislação antitruste e os juristas, de escrever igual número de estudos doutrinários sobre o direito antitruste.

Não há exagero em se dizer que a matéria jurídica, econômica e social sobre o direito antitruste norte-americano é de grande valia, não só para o Brasil como para o mundo todo. Essa matéria serve de arquivo da experiência antitruste e do pensamento baseado nesta experiência, de um País que, sob o regime de uma lei antitruste, cresceu e progrediu ao ponto em que os Estados Unidos se encontram hoje.”

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*, p. 136/137.

Contudo, em seguida, Celso Bastos ressalva: “Não será toda a experiência norte-americana válida para o Brasil, visto ser o nosso país diferente e com problemas econômicos diversos dos existentes nos Estados Unidos.”

Dessa forma, é imprescindível reconhecer que há preeminente necessidade de que o instituto da leniência, recentemente consagrado ao ordenamento jurídico brasileiro, seja estudado à luz do direito norte-americano, cujo instituto-modelo serviu de base para a criação do referido instituto no Direito da Concorrência pátrio.

II. Breve histórico

Desde 1978, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça² dos Estados Unidos dispõem de normas de leniência para empresas, conhecidas como Corporate Leniency Policy³. A forma original das normas de leniência (ou anistia) para empresas, adotada pelo Departamento de Justiça, consistia na discricionariedade da Divisão Antitruste em anistiar a participação daquela empresa que viesse à autoridade governamental com a prova de alguma violação à lei antitruste, antes que a Divisão houvesse iniciado sua investigação, isto é, que trouxesse evidências às autoridades antes que as mesmas soubessem da existência de tal violação.

Em agosto de 1993, buscando aumentar os incentivos para que as empresas informassem acerca da existência de uma conduta criminosa e cooperassem com as autoridades, a Divisão Antitruste criou novas normas de leniência para empresas, destarte, procedendo a três importantes revisões na sua Corporate Leniency Policy.

Primeiro, a concessão da anistia à empresa passou a ser automática, desde que não existisse qualquer investigação, pela Divisão, acerca do mesmo objeto da denúncia de violação à legislação antitruste e que a empresa delatora

² *Department of Justice, Antitrust Division.*

³ Essa expressão se refere à política da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano em conceder imunidade (oferecer tratamento leniente, anistiar) às empresas que delatem a existência de uma violação à legislação antitruste ainda não conhecida pelas autoridades. Ademais, deve-se esclarecer que tal expressão em inglês também é conhecida por: *Corporate Amnesty Policy* ou *Corporate Immunity Policy*. Assim, usa-se indistintamente as expressões anistia e leniência como sinônimas, quando referentes às normas e ao programa de leniência.

satisfizesse seis pré-requisitos⁴. Com isso, eliminou-se a discricionariedade da Divisão Antitruste em conceder ou não a anistia.

Em segundo lugar, a leniência seria possível mesmo após a Divisão ter dado início a uma investigação, desde que a empresa delatora fosse a primeira a procurar o programa de leniência e que a Divisão Antitruste não tivesse ainda nenhuma prova que pudesse resultar em uma plausível condenação contra a empresa acusada de haver violado a lei.

Por último, se a empresa se qualificasse pela automática concessão de leniência, todos os diretores, altos funcionários e empregados da empresa que colaborassem com a Divisão Antitruste em sua investigação seriam agraciados, automaticamente, com a extensão da anistia.

A revisão procedida pela Divisão Antitruste na Corporate Leniency Policy transformou-a em um conjunto de normas ímpares, mesmo quando consideradas dentro de todo o Departamento de Justiça norte-americano. Apesar de outras divisões dentro do próprio Departamento de Justiça, como Tax Division e Criminal Division, possuírem normas prevendo a leniência, nenhuma outra Divisão confere anistia automaticamente caso a investigação por parte das autoridades ainda não tenha começado, muito menos quando já há alguma investigação preexistente. Ainda, nenhum outro conjunto de normas de leniência, de qualquer outra Divisão do Departamento de Justiça, oferece anistia também ao indivíduo que acompanha sua empresa (empregadora) cooperando e colaborando com as investigações das autoridades.

III. As normas de Leniência para empresas

III.1 Considerações iniciais

Primeiramente, merece destacar que a Divisão Antitruste tem sido muito bem-sucedida, recentemente, em anular conspirações antitruste e em conseguir pesadas multas dos participantes. Só nos últimos cinco anos, a Divisão já obteve mais de um bilhão de dólares em multas criminais. Colocando-as em perspectiva, o total de multas aplicadas a réus-empresas, apenas nos anos de 1997 e 1998, é praticamente idêntico ao total de multas aplicadas em todos os processos da Divisão, durante os vinte anos que vão de 1976 a 1996.

⁴ Os seis pré-requisitos para a concessão automática de leniência a uma empresa que reporte o seu envolvimento em uma conspiração antitruste encontram-se enumerados adiante no ponto “III.2”.

Em 1998, a média de multas criminais aplicadas a empresas era de cerca de 12 milhões de dólares, o que representa um aumento de 15 vezes, se comparado ao ano de 1996. Portanto, à empresa que está enfrentando a possibilidade de arcar com uma altíssima multa criminal, a oportunidade de se denunciar e não pagar representa algo simplesmente irrecusável.

É imperioso esclarecer que a decisão de uma empresa em inscrever-se ou não no Programa de Leniência vai depender, naturalmente, de como ela identifica e avalia suas alternativas. Se uma empresa detectar a existência de um crime antes que a Divisão Antitruste o faça, ela provavelmente irá ponderar os possíveis riscos e conseqüências da descoberta e acusação pelo governo, antes de decidir se informa ou não sobre a infração.

Assim, em face do sucesso das normas de leniência, para as empresas que não consideram a iniciativa de revelar crimes antitruste uma boa alternativa, é cada vez mais arriscado esperar que tal conduta não seja, eventualmente, denunciada por outras.

É imperioso aventar que a Divisão Antitruste lança mão de todos os meios disponíveis de investigação para detectar crimes antitruste, tais como, uso de informantes, monitoramento consensual, gravações em áudio e vídeo e mandados de busca.

Entretanto, deve-se mencionar que, nos Estados Unidos, os advogados desempenharam um papel importante, descobrindo crimes antitruste, de forma a contribuir diretamente para o sucesso do Programa de Leniência. Assim, os advogados norte-americanos são fortemente responsáveis pelo domínio e sucesso dos programas de leniência antitruste. Mesmo quando estes não conseguem impedir que ocorram crimes antitruste, já provaram que são bem eficientes no que diz respeito à identificação de tais infrações.

A identificação prematura de crimes antitruste, aliada à oportunidade de não pagar multa, conforme previsto no Programa de Leniência para Empresas, da Divisão Antitruste, resultou em uma verdadeira corrida aos tribunais. Amiúde, ocorre situações em que uma empresa procura o governo um dia ou alguns dias depois de seus conspiradores haverem feito o mesmo e garantido sua posição de primeiro lugar na fila para anistia no Programa de Leniência. Naturalmente, como em todos os negócios, agir na hora certa é tudo.

Em dois recentes casos⁵, o simples fato de chegar em segundo lugar no Programa de Leniência fez com que algumas empresas tivessem que pagar

⁵ Os acordos feitos pelas empresas dos cartéis internacionais da construção naval e de eletrodos de grafite são exemplos das vantagens financeiras do Programa de Leniência auferidas tão-somente pelas empresas que chegarem em primeiro lugar. Na inves-

dezenas de milhões de dólares em multas, além de ter alguns de seus executivos processados como culpados por crime antitruste.

A Divisão Antitruste tem como política conceder anistia a empresas que reportem e confessem a prática de uma atividade antitruste com presteza, desde que elas aceitem algumas condições. Para todos os efeitos, a concessão de leniência ou anistia pela Divisão significa que a empresa não será processada criminalmente pela atividade ilegal da qual está se acusando.

III.2 A leniência antes do início de uma investigação

Conforme as normas de leniência norte-americanas, a Divisão Antitruste concederá leniência a uma empresa, caso esta venha a informar a existência de uma atividade ilegal antes de iniciada uma investigação, desde que sejam satisfeitas as seguintes condições:

(a) que, na ocasião em que a empresa confessar sua culpa em uma certa atividade ilegal, a Divisão não tenha ainda recebido qualquer informação sobre tal violação à lei de nenhuma outra fonte;

(b) que, logo após a descoberta da atividade ilegal que está sendo declarada, a empresa tenha tomado providência imediata e eficaz no sentido de fazer cessar sua participação na mesma;

(c) que a empresa preste informações sobre a violação à lei antitruste de forma honesta e integral e que ofereça cooperação total, contínua e irrestrita à Divisão durante a investigação;

(d) que a confissão do crime antitruste seja realmente um ato da empresa e não meras confissões isoladas de executivos ou funcionários da mesma;

(e) que, sempre que possível, a empresa pague indenização às partes lesadas⁶;

tigação da construção naval, o peticionário de anistia não arcou com multas, ao passo que a próxima empresa que concordou em cooperar com a Divisão Antitruste pagou 49 milhões de dólares de multa.

⁶ Convém notar que, no direito norte-americano, para os efeitos das condenações por crime antitruste, a expressão “partes lesadas”, no caso de cartéis internacionais, não

(f) que a empresa não tenha coagido outra empresa a participar da atividade ilegal e que, claramente, não tenha iniciado ou liderado a atividade criminosa.

III.3 Exigências alternativas para a leniência

Alternativamente, se uma empresa apresentar-se à Divisão Antitruste para relatar uma atividade ilegal e não satisfizer as seis condições descritas acima, a empresa ainda terá direito à leniência se as sete condições abaixo forem satisfeitas, não importando se ela tenha se apresentado antes ou depois de um investigação preexistente:

(a) que seja a primeira empresa a se apresentar e esteja habilitada a ingressar no Programa de Leniência, no que diz respeito à atividade ilegal que está reportando à Divisão;

(b) que no momento em que a empresa se apresentar, a Divisão ainda não disponha, contra ela, de evidência que resultaria em provável condenação;

(c) que logo após a descoberta da atividade ilegal que está sendo declarada, a empresa tenha tomado providência imediata e eficaz no sentido de fazer cessar sua participação na mesma;

(d) que a empresa preste informações sobre a violação à lei antitruste de forma honesta e integral e que ofereça cooperação total, contínua e irrestrita, a qual ajude a Divisão a aprofundar-se na investigação;

(e) que a confissão do crime antitruste seja realmente um ato da empresa e não meras confissões isoladas de executivos ou funcionários da mesma;

(f) que, sempre que possível, a empresa pague indenização às partes lesadas;

(g) que a Divisão determine que a concessão de leniência não é injusta para com outros, considerando a natureza da atividade ilegal (do crime antitruste), o papel que a empre-

inclui entidades e membros estrangeiros, refere-se apenas a entidades governamentais, empresas e indivíduos localizados nos Estados Unidos.

sa, que se confessa culpada, desempenhou em tal atividade e o momento em que ela decidiu se apresentar.

Merece destacar que a Divisão Antitruste, ao examinar a sétima condição, ponderará, essencialmente: quão logo a empresa procurou as autoridades e se coagiu outra empresa a participar na atividade ilegal ou se, claramente, não iniciou ou liderou a atividade criminosa. O ônus de satisfazer tal condição será pequeno se a empresa se apresentar antes que a Divisão tenha começado a investigar a atividade ilegal. Por outro lado, o ônus aumentará na proporção da aproximação da Divisão de evidência que provavelmente resulte em condenação.

III.4 A Leniência para diretores, altos executivos e funcionários de empresas

Se uma empresa está habilitada a receber a leniência - conforme os requisitos da leniência antes do início de uma investigação - todos os seus diretores, altos executivos e funcionários que admitirem envolvimento na atividade antitruste ilegal, como parte da confissão da empresa, receberão leniência sob a forma de não-acusação criminal pela atividade ilegal, desde que admitam o crime antitruste de forma honesta e completa, bem como continuem a prestar ajuda à Divisão durante a investigação.

Se a empresa não estiver habilitada a receber anistia - conforme os requisitos da leniência antes do início de uma investigação - os diretores, altos executivos e funcionários que se apresentarem junto com a empresa terão os mesmos direitos à imunidade de acusação criminal como se tivessem se dirigido, individualmente, à Divisão.⁷

Em alguns casos concretos, certos diretores, executivos e funcionários tiveram algum tipo de conhecimento de atividade ilegal antitruste ou participação incidental nela, mas sem envolvimento significativo. Nesses casos, surgiu uma pernicioso dúvida às autoridades norte-americanas: ao admitir tal conhecimento ou participação incidental, os indivíduos em questão ainda farão jus a receber leniência, mesmo que seja discutível se eles não admitiram seu envolvimento na atividade ilegal antitruste ou sua culpa, até mesmo porque não estiveram diretamente envolvidos e não estavam empenhados em tal atividade ilegal?

⁷ Como será visto adiante, a Divisão Antitruste tem um Programa de Leniência para indivíduos.

No que diz respeito aos indivíduos, o objetivo mais importante das normas de leniência para empresas é estimular tantos empregados quanto possíveis a se apresentarem, juntamente com a empresa, e a prestarem colaboração total à Divisão. Dessa forma, a intenção das autoridades é assegurar também a esses empregados que lhes será oferecida alguma forma de proteção contra acusação criminal posterior. Os funcionários que, tecnicamente, não cometeram nenhum crime não estarão protegidos pelas normas de leniência, até porque não há razão em lhes conceder anistia. A preocupação da Divisão Antitruste é, portanto, dar garantias apropriadas a todos os funcionários que colaborarem - aos que precisam e aos que não precisam de leniência - fazendo um compromisso de não-acusação com todos os diretores, altos executivos e demais empregados da empresa que colaborarem com as autoridades.

III.5 A Definição de “Empregado na Ativa”⁸

As normas de leniência para empresas rezam que, se uma firma está habilitada a receber anistia, então todos os diretores, funcionários de alto escalão e demais empregados que se apresentarem munidos de informação completa e confiável terão direito à leniência. Contudo, o Programa de Leniência cobre apenas “empregados na ativa”, dessa forma já surgiram questionamentos sobre como a Divisão Antitruste define a condição de “empregado”, de acordo com o Programa de Leniência, e quem está assim qualificado como “empregado na ativa” da empresa.

Em situações em que a condição de empregado de um indivíduo não é clara, a Divisão Antitruste considera as evidências de relações de emprego para determinar se ele tem ou não direito a ser considerado empregado para efeito de leniência. Se o indivíduo é um empregado inativo, sem deveres e responsabilidades — isto é, não tem uma sala, não tem subalternos e sua ligação de negócios com a empresa não é freqüente — então o indivíduo não poderá receber os benefícios do acordo de anistia como se fosse um empregado na ativa.

Ainda, é obrigação da empresa que solicita pedido de ingresso no Programa de Leniência, requerer, à Divisão, que use seu discernimento para garantir proteção a ex-empregados, bem como requerer, quando for o caso, que seus ex-empregados não tenham cobertura no acordo de anistia celebrado no bojo do Programa de Leniência para empresas. Ademais, quaisquer declarações feitas pela empresa em seu pedido de anistia, que indiquem que ela não

⁸ A expressão “Empregado na Ativa” se refere à expressão em inglês “*Current Employee*”.

considera determinado(s) indivíduo(s) como um empregado na ativa, serão levadas em consideração na hora da análise final pela Divisão Antitruste.

E, para encerrar, a cobertura de anistia, no Programa de Leniência para empresas, para os empregados na ativa (altos executivos, diretores e demais empregados) continua, mesmo depois de eles deixarem o emprego. Conseqüentemente, se, por exemplo, um executivo deixar a companhia logo depois de sua empresa empregadora ter recebido anistia condicional, tal indivíduo ainda terá direito à extensão da proteção pelo Programa de Leniência para empresas, desde que mostre inequívoca intenção de colaborar e cooperar completa e fielmente com a Divisão Antitruste.

III. 6 A proteção à empresa

Caso a colaboração de uma empresa que espera ser anistiada pelo Programa de Leniência levar a provas de que a atividade anticoncorrencial é mais ampla, em termos de seu alcance geográfico ou dos produtos protegidos pelo cartel, fica, então, levantada a seguinte dúvida: as normas de leniência garantem a expansão da anistia concedida a uma empresa no caso de haver cometido infração antitruste mais grave, para se incluir na cobertura de proteção à mesma o cometimento da conduta criminosa recém-descoberta?

Esta não é uma ocorrência rara no direito antitruste norte-americano e, na maioria dos casos, confere-se a proteção ampliada à empresa, simplesmente procedendo-se a um aditamento na petição inicial de solicitação de ingresso no Programa de Leniência. Assim, se a empresa vem oferecendo continuamente cooperação total e irrestrita e se for possível que ela alcance os critérios para receber a anistia na conduta recém-descoberta, certamente a proteção à empresa pelo Programa de Leniência será expandida para que se inclua tal conduta.

III.7 A “anistia extra”⁹

As normas de leniência para empresas ainda consagram uma peculiar característica, qual seja, a concessão de uma “anistia extra” à empresa que

⁹ Tal expressão deriva da tradução livre do inglês de: “*Amnesty Plus*”. Que seria, no entender das autoridades antitruste norte-americanas uma oferta ainda melhor do que a anistia. Isto é, a empresa que receber o “*amnesty plus*” pelas autoridades terá mais benefícios ainda do que se recebesse a simples “*amnesty*” oriunda de um bem-sucedido Programa de Leniência.

esteja colaborando na investigação de um determinado cartel, por exemplo, e que identifique e delate a existência de um outro cartel sem investigação preexistente pelas autoridades norte-americanas.

Atualmente, existem sob a investigação de autoridades norte-americanas inúmeras suspeitas de cartel, das quais, diversas se originaram de investigações começadas como resultado de evidência surgida durante investigação de um mercado completamente diferente. Tal fato levou a Divisão Antitruste a adotar normas com a intenção de atrair pedidos de leniência por empresas, encorajando as candidatas e os alvos de investigação a pensarem se estavam ou não qualificados para a concessão de anistia em outros mercados em que se candidatassem ao Programa de Leniência.

Assim, exemplificativamente, suponha que como resultado da colaboração de uma empresa - em face de acordo celebrado com as autoridades, solicitando anistia em um Programa de Leniência, referente à investigação em andamento no mercado de motocicletas – as autoridades norte-americanas estão investigando os outros quatro produtores naquele mercado, inclusive a Empresa X, por sua participação em um cartel. Como parte de sua investigação interna, a Empresa X encobre informações sobre a participação de seus executivos não apenas num cartel de motocicletas, mas também numa outra conspiração, um cartel no mercado de automóveis. O governo norte-americano não descobriu o cartel no mercado de automóveis porque aquela empresa que solicitou anistia não era concorrente neste mercado e nenhuma outra investigação sequer revelou a atividade do cartel. A Empresa X está interessada em colaborar com a investigação das autoridades no mercado de motocicletas e pretende receber tratamento leniente ao informar sua participação no cartel de automóveis. Partindo-se do princípio de que a Empresa X está apta a receber a anistia, de acordo com as normas de leniência para empresas, quais seriam os benefícios que ela poderia receber caso pretendesse seguir esse caminho?

Neste caso, a Empresa X pode conseguir a chamada “anistia extra”. Isto é, a Divisão Antitruste lhe garantirá a anistia na investigação do cartel no mercado de automóveis, o que significa que a Empresa X não pagará multa por seu papel na conspiração no mercado de automóveis e nenhum de seus altos executivos, diretores e demais funcionários que colaborarem serão processados criminalmente por conduta anticompetitiva no cartel. Além disso, a Divisão outorgará à Empresa X um notável desconto adicional ao calcular sua multa no acordo de cooperação nas investigações do cartel de motocicletas, isto é, um desconto que leva em consideração a colaboração prestada pela empresa nas duas investigações e que será, portanto, maior do que o que teria recebido apenas na investigação do cartel de motocicletas.

Por conseguinte, a Empresa X receberá crédito duplo por se apresentar e cooperar com a investigação do cartel de automóveis, tanto em termos de obtenção de anistia no programa de leniência referente a este cartel, como de receber uma redução na multa pela participação no cartel de motocicletas.

IV. A necessidade de confidencialidade no Programa de Leniência

Conforme mencionado anteriormente, o Programa de Leniência tem sido o mais eficiente gerador de grandes casos na Divisão Antitruste, mormente os casos de cartéis internacionais. O Programa de Leniência preparou o caminho para dezenas de condenações e centenas de milhões de dólares em multas criminais.

Invariavelmente, entretanto, quando uma empresa está pensando se informa ou não seu envolvimento em algum cartel internacional, surge a preocupação sobre se a Divisão Antitruste será ou não livre para fornecer aquela informação a governos estrangeiros, em conformidade com as obrigações norte-americanas previstas nos acordos bilaterais de cooperação antitruste.

Este problema apresenta uma difícil decisão normativa para a Divisão. A política da Divisão Antitruste é tratar a identidade dos candidatos ao Programa de Leniência como um assunto confidencial. Por consequência, a Divisão não fornece a identidade do candidato ao Programa de Leniência, a não ser que ele exija que a Divisão o faça.

Nesse diapasão, uma empresa poderia perder a motivação para se acusar, acreditando que isso resultaria em investigações em outros países e que sua colaboração - sob a forma de confissões, documentos, depoimentos de empregados e identidades de testemunhas - seria fornecida a autoridades estrangeiras, consoante os acordos de cooperação antitruste e, depois, provavelmente usada contra a própria empresa.

Não obstante, ressalte-se, pode ser - como já houve casos - que a própria empresa divulgue na imprensa a sua candidatura ou a sua aceitação pela Divisão no Programa de Leniência, sem contudo olvidarmos o fato de que a Divisão tem absoluto interesse em maximizar os incentivos para que as empresas se apresentem e se acusem de crimes antitruste.

As autoridades antitruste tem estado na linha de frente no apoio a ações que realcem o cumprimento de leis de repressão aos cartéis, e também já recebeu substancial ajuda de governos estrangeiros na obtenção de provas localizadas no exterior em inúmeros casos de cartéis internacionais. A política da Divisão de não compartilhar com os governos estrangeiros a informação obtida de candidatos ao Programa de Leniência pode parecer incoerente quan-

do se consideram os constantes esforços da Divisão no sentido de aumentar a cooperação entre as agências mundiais que fazem cumprir as leis antitruste.

Em última análise, o interesse sem precedentes da Divisão em proteger a viabilidade do Programa de Leniência resultou numa política de não-fornecimento de informações obtidas de um candidato a anistia a agências antitruste estrangeiras, a não ser que ele primeiramente concorde em fornecê-la. De fato, nos Estados Unidos, tal política tem se demonstrado como do interesse de todos.

Com base nos quase oito anos de experiência de negociações dentro do revisado Programa de Leniência da Divisão, não há dúvidas de que os pedidos de anistia deixariam de existir caso a Divisão tomasse uma posição diferente, conseqüentemente, um considerável número de cartéis não seriam investigados e punidos.

No entendimento das autoridades da Divisão, este aspecto da política de não-fornecimento de informações e provas não vai impedir que o candidato à anistia venha a enfrentar procedimentos em outros países, mas apenas irá assegurar que a colaboração fornecida por um candidato ao Programa de Leniência não será repassada a órgãos estrangeiros encarregados da repressão antitruste, como rezam os acordos de cooperação entre nações.

V. As normas de leniência para indivíduos

Como já comentado anteriormente, a Divisão Antitruste anunciou uma nova Corporate Leniency Policy em agosto de 1993. Esta revisada política da Divisão - inovando com um mais aperfeiçoado programa de leniência para empresas - estabeleceu as condições para que os empregados da empresa (presidente, diretores, executivos ou quaisquer outros funcionários) que acompanharem a mesma, confessando a prática de um crime à lei antitruste e colaborando com as autoridades, serão beneficiados pelas autoridades com tratamento leniente, isto é, obterão anistia individual.

Exatamente um ano após, em 10 de agosto de 1994, a Divisão Antitruste anunciou uma nova política de leniência, chamada de Leniency Policy for Individuals (Normas de Leniência para Indivíduos), que passou a funcionar imediatamente. Tal política consiste na concessão de leniência a todos os indivíduos que procuram a Divisão - por sua conta própria e no seu interesse pessoal e não como a oferta ou a confissão de uma empresa - com o intuito de reportar uma atividade antitruste ilegal da qual a Divisão ainda não tenha sido informada. No que concerne às normas de leniência para indivíduos, leniência

significa não-acusação criminal do indivíduo pela atividade ilegal reportada à Divisão Antitruste.

Dessa forma, a Divisão Antitruste concederá leniência a um indivíduo, caso este reporte a existência de uma atividade ilegal antes de iniciada uma investigação a respeito, desde que sejam preenchidos os três requisitos abaixo:

(a) que, na ocasião em que o indivíduo confessar sua culpa em uma certa atividade ilegal, a Divisão não tenha ainda recebido qualquer informação sobre tal violação à lei por nenhuma outra fonte;

(b) que o indivíduo preste informações sobre a violação à lei antitruste de forma honesta e integral e que ofereça cooperação total, contínua e irrestrita à Divisão durante a investigação; e

(c) que o indivíduo não tenha coagido outra pessoa ou a empresa a participar na atividade ilegal e que, claramente, não tenha iniciado ou liderado a atividade criminosa.

Todavia, vale acrescentar que, qualquer indivíduo que não se qualificar a receber a leniência, por não cumprir os três pré-requisitos obrigatórios acima mencionados, poderá receber imunidade de não-acusação criminal, de acordo com as hipóteses de imunidade estabelecidas em lei ou ainda a livre critério das autoridades da Divisão Antitruste. Além disso, tais decisões de concessão ou não de imunidade ao indivíduo que não obteve a leniência serão tomadas em cada caso concreto, no exercício do poder discricionário das autoridades da Divisão de processar ou não criminalmente tal indivíduo.

Resta oportuno, entretanto, ressaltar que, se uma empresa está habilitada a receber a leniência - conforme as normas de leniência para empresas - todos os seus diretores, altos executivos e funcionários que admitirem seu envolvimento na atividade antitruste ilegal e confessarem, em conjunto com a empresa, receberão leniência sob a forma de não-acusação criminal pela atividade ilegal, tão-somente sob as condições e proteções das normas de leniência para empresas e não sob as normas de leniência para indivíduos.

VI. CONCLUSÕES

VI.1 Benefícios financeiros do Programa de Leniência para a empresa

Cientes do risco que correm ao silenciar apostando que nenhuma outra empresa procurará as autoridades para delatar a existência de uma violação à lei antitruste, ou ainda inerte ante uma sabida atividade ilegal da própria empresa, julgando vantajoso não reportá-la às autoridades, as empresas, cada vez mais, estão buscando relatar à Divisão Antitruste, o mais cedo possível, uma atividade ilegal, intentando o ingresso no Programa.

Invariavelmente, a diferença entre a empresa que primeiro chegou às portas da Divisão Antitruste para reportar atividade ilegal e a segunda pode ser medida em dezenas de milhões de dólares em multas. A primeira, salvo em raras hipóteses, não paga nada. Sem mencionar ainda o fato de que os presidentes, executivos e altos funcionários da segunda empresa, comprometidos com a atividade ilegal, estarão expostos a um processo criminal.

Ademais, devemos ponderar que, antes de procurar as autoridades norte-americanas para reportar a existência de uma violação antitruste e ser recompensadas com a leniência, a empresa deve proceder a uma análise do custo-benefício de sua potencial exposição a processos em outras jurisdições que não a norte-americana, às vítimas desta atividade antitruste ilegal, aos acionistas e aos consumidores.

Os casos dos programas de leniência nos cartéis de vitaminas, de eletrodos de grafite, da construção naval e dos leilões de belas artes são excelentes exemplos dos impressionantes benefícios financeiros auferidos pelas empresas que primeiro reportaram às autoridades a existência do cartel e ingressaram no Programa de Leniência da Divisão Antitruste.¹⁰

No caso das vitaminas, a empresa que primeiro se candidatou ao Programa de Leniência - a francesa Rhône-Poulenc - e que, logo depois, foi aceita, cooperou com as investigações da Divisão, levando suas concorrentes - F. Hoffman-La Roche e Basf, então parceiras na conspiração internacional - a confessarem sua culpa e acordarem com a Divisão em pagar, respectivamente, 500¹¹ e 225 milhões de dólares.

A investigação do caso de eletrodos de grafite - um clássico exemplo que demonstra como os cartéis internacionais têm se desenvolvido - se iniciou em junho de 1997, quando a Carbide/Graphite Group of Pittsburgh

¹⁰ Merece ressaltar que, nestes quatro cartéis (internacionais), as empresas que ingressaram com pedido de ingresso no Programa de Leniência, assim que obtiveram sua aceitação condicional pela Divisão Antitruste, fizeram publicar na imprensa suas candidaturas e respectiva aceitação, dispensando o tratamento confidencial de informações e o anonimato de sua identidade no Programa.

¹¹ Esta multa que a *F. Hoffman-La Roche* foi condenada a pagar é, até hoje, a maior multa da história já aplicada por qualquer departamento de justiça, por processo em razão de violação de qualquer lei ou estatuto de qualquer país do mundo.

anunciou, como já mencionado, que foi aceita no Programa de Leniência para empresas da Divisão Antitruste. A segunda empresa a procurar as autoridades buscando a anistia ao reportar atividade antitruste ilegal, a japonesa Showa Denko Carbon, pagou 32,5 milhões de dólares de multa. Já a terceira a procurar a Divisão, a UCAR International, pagou 110 milhões de dólares e a quarta empresa, a alemã SGL Carbon AG, confessou seu envolvimento e acordou em pagar 135 milhões de dólares de multa.

Ainda em razão da supracitada investigação da Divisão, outras três empresas foram condenadas pelo envolvimento no cartel: as japonesas Tokai Carbon Co. Ltd. (6 milhões de dólares), SEC Corporation of Hyogo (4,8 milhões de dólares) e Nippon Carbon Co. Ltd of Tóquio (2,5 milhões de dólares).

No caso das investigações no mercado da construção naval, a segunda empresa que procurou a Divisão Antitruste, a holandesa HeereMac v.o.f., colaborou com as autoridades em sua investigação – iniciada há bem pouco tempo em virtude de uma outra empresa haver batido primeiramente à porta da Divisão –, confessou sua culpa na conspiração internacional e, em face da sua valiosa contribuição, obteve uma significativa redução no valor da multa, acordando com as autoridades em pagar 49 milhões de dólares.

No caso dos leilões de belas artes, a cooperação da empresa que ingressou no Programa de Leniência - sua maior concorrente e uma das maiores casas de leilões do mundo, a Christie's International - resultou na decisão da Sotheby's em confessar sua culpa e concordar em pagar uma multa criminal no valor de 45 milhões de dólares.¹²

VI.2 Benefícios do Programa de Leniência para os diretores, executivos e empregados da empresa

Uma falha da empresa ao procurar a Divisão Antitruste para conseguir anistia pode, praticamente, ensejar conseqüências devastadoras sobre seus executivos, diretores e funcionários envolvidos na atividade ilegal. Se a empresa apostar que ela não será processada e perder, seus diretores e executivos certamente pagarão o preço mais caro: o risco de pesadas multas individuais e prisão.

Nos Estados Unidos, nos últimos anos, tal risco que correm os diretores, executivos e empregados de uma empresa que comete crime antitruste, vem crescendo assustadoramente. Na verdade, verifica-se que tal risco é mais

¹² A *Sotheby's* celebrou um *plea agreement* confessando sua culpa no cartel internacional e concordou em pagar 45 milhões de dólares em cinco anos. (cf. nota 16)

uma ferramenta coercitiva do Estado, posto que funciona de fato como uma aposta que amedronta e expõe os indivíduos ao perigo de irem para a cadeia.

Ao passo que a grande maioria dos observadores se atém às constantes quebras de recorde no valor de multas impostas a empresas por crimes antitruste, poucos ainda, se atém ao crescente – e não menos dramático – aumento das sentenças que condenam diretores, executivos e empregados de uma empresa à prisão. Apenas nos dois últimos anos, cerca de 50 indivíduos foram presos por crimes antitruste, o que significa mais do que o total de indivíduos presos pelos mesmos motivos nos cinco anos anteriores (1994 a 1998). Incluindo-se aí, em 1999 e 2000, mais de quinze sentenças de prisão de mais de um ano.

Ainda, merece destacar que as autoridades norte-americanas têm condenado à prisão executivos estrangeiros¹³ por seu envolvimento em cartéis e, em alguns casos, obtido sucesso com a prisão dos mesmos.

Os diretores, executivos e empregados de uma empresa - que busca, tardiamente, a leniência junto à Divisão Antitruste ou que corre o risco de ser investigada por um suposto cartel em um determinado mercado – envolvidos na atividade ilegal e, por conseqüência, culpáveis, poderão ser cortados da proteção de não-acusação celebrada entre a empresa e a Divisão no respectivo *plea agreement*¹⁴.

Nesse caso, esses indivíduos que ficam de fora da proteção estabelecida pelo *plea agreement* celebrado com as autoridades, então, têm que negociar *plea agreements* em separado ou estarão sujeitos a denúncias e processos.

Para ilustrar tal situação, podemos exemplificar com o caso da investigação da Divisão Antitruste no mercado de sorbatos¹⁵. Tal investigação

¹³ Como já aconteceu com executivos dos seguintes países: Japão, Coréia, México, Canadá, Itália, Suíça, França, Holanda, Inglaterra, Bélgica e Alemanha.

¹⁴ *Plea Agreement* ou *Plea Bargaining* é um contrato, ou melhor, uma espécie de acordo celebrado entre o promotor e o acusado (*defendant*) pelo qual este reconhece sua culpa, nos termos que consta do acordo, a fim de que seja denunciado e punido pela pena mínima prevista em lei. Em outras palavras, é um acordo onde a empresa e/ou alguns de seus empregados (diretores, presidentes, ou quaisquer outros funcionários) assumem terem praticado algum crime e concordam em pagar uma multa, pois sabem que caso as investigações pelo Departamento de Justiça continuem, certamente serão punidos por um crime maior e apenados com uma multa ainda maior. É uma forma de aceitar uma punição evitando uma ainda mais severa.

¹⁵ Sorbatos são sais do ácido sórbico (2,4-hexadienóico) - $\text{CH}_3\text{CH}=\text{CH}-\text{CH}=\text{CH}-\text{COOH}$. O ácido sórbico e seu sal de potássio são utilizados para impedir o crescimento de fungos e bolores em alimentos, principalmente queijos. Sorbatos são preservativos químicos utilizados pela indústria de preservativos de alimentos.

detectou uma conspiração internacional, consistente na fixação de preços, que já durava dezessete anos. Ainda não encerrada, a investigação já resultou em processos contra cinco empresas e nove indivíduos – dos quais sete já foram condenados e são considerados, atualmente, fugitivos internacionais - e em mais de 120 milhões de dólares em multas criminais.

As japonesas, Daicel Chemical Industries e Ueno Fine Chemical Industries, foram as duas últimas empresas a confessarem sua culpa na investigação do cartel de sorbatos e foram condenadas a pagar, respectivamente, 53 e 11 milhões de dólares. Talvez, de relevo mais interessante do que a multa aplicada às empresas esteja a situação de quatro atuais altos executivos das mesmas, pois os mesmos foram cortados da proteção de não-acusação do plea agreement celebrado com as suas empresas.

A Divisão Antitruste se refere, em seus discursos, à promessa de imunidade (anistia) aos diretores, executivos e empregados de uma empresa, que acompanham a mesma no Programa de Leniência e cooperam com as autoridades nas investigações, como *the biggest reward*¹⁶.

Por fim, para manifestarmos o que seria, segundo tais autoridades, a maior recompensa do Programa de Leniência para empresas, podemos citar dois recentes casos de investigações da Divisão Antitruste.

O primeiro seria o, já mencionado, caso da investigação do cartel de eletrodos de grafite. A empresa envolvida na conspiração, que primeiro procurou a Divisão Antitruste, a Carbide/Graphite Group, obteve a anistia, por meio do Programa de Leniência. E, junto com ela, também obtiveram anistia, recebendo proteção integral de não-acusação por qualquer envolvimento em crimes cometidos em conexão com o cartel, todos os diretores, executivos e empregados da empresa. Em diametral oposição se encontrava outra empresa envolvida no cartel, a norte-americana UCAR International, que não procurou as autoridades e não ofereceu cooperação até a fase das investigações em que foram executados os mandados de busca.

Três dos mais altos executivos da UCAR International foram cortados da proteção de não-acusação do plea agreement celebrado com a mesma e, por conseguinte, foram acusados e condenados criminalmente. Um deles, o próprio presidente da UCAR International, foi condenado a servir 17 meses na cadeia e a pagar uma multa individual de um milhão e duzentos e cinquenta mil dólares – a segunda maior multa individual já imposta por crime antitruste. Outro, o vice-presidente da UCAR International, foi condenado a servir nove meses na cadeia e a pagar uma multa individual de um milhão de dólares

¹⁶ Tal expressão é comumente adotada nos discursos de membros da Divisão Antitruste.

– a terceira maior multa individual já imposta por crime antitruste. O terceiro executivo da UCAR International, cortado do plea agreement celebrado com a empresa, foi condenado, mas ainda permanece como fugitivo internacional.

O segundo caso, também já referido, seria o da investigação do cartel das vitaminas. A empresa Rhône-Poulenc ingressou no Programa de Leniência da Divisão Antitruste reportando seu envolvimento em um cartel com outras duas empresas, a suíça F. Hoffman-La Roche e a alemã Basf AG. Todos os diretores, executivos e empregados da Rhône-Poulenc receberam proteção integral de não-acusação por qualquer envolvimento em crimes cometidos em conexão com o cartel. Por outro lado, as empresas F. Hoffman-La Roche e Basf AG não procuraram as autoridades e não ofereceram cooperação até ouvirem o estrago das declarações noticiadas pela concorrente Rhône-Poulenc, até então aliada na conspiração internacional.

Quatro empregados de cada uma das empresas F. Hoffman-La Roche e Basf AG foram cortados da proteção de não-acusação dos plea agreements celebrados com as mesmas.

Até o momento, dos oito executivos, seis (três de cada empresa) já foram acusados e condenados criminalmente após confessarem sua culpa. E todos estes seis empregados se submeteram à jurisdição norte-americana, pagaram pesadas multas individuais e serviram algum tempo em cadeias americanas.

VI.3 Efeitos das normas de leniência

Conforme esposado, a Divisão Antitruste ampliou o seu Programa de Leniência para tornar mais fácil e mais atraente para uma empresa apresentar-se e colaborar com as autoridades. Inobstante o decorrer de mais de oito anos, as características do revisado Programa de Leniência permanecem tão singulares hoje como eram naquela época. Nenhum outro programa do governo norte-americano de informação voluntária oferece tamanha oportunidade ou incentivo para que as empresas prestem valiosas informações e colaborem espontaneamente.

Entrementes, talvez em razão das revisões introduzidas no Programa de Leniência, os advogados ligados ao antitruste ficaram, inicialmente, cépticos sobre como a Divisão iria aplicá-lo. Nesse ínterim, a Divisão agarrava-se a toda oportunidade que aparecia para esclarecer à comunidade jurídica e empresarial sobre os méritos do Programa de Leniência e, principalmente, buscava construir uma reputação sólida de aplicação consistente e justa do Programa. E ainda, em algumas oportunidades, advogados atuantes no antitruste

juntaram-se às autoridades da Divisão na discussão das vantagens do Programa de Leniência, em permanentes programas de educação jurídica.

A citação abaixo, sobre as Normas de Leniência da Divisão Antitruste - que mais parece um discurso de algum membro da Divisão fazendo propaganda do Programa de Leniência - foi extraída de um artigo publicado na revista Forbes, intitulado “Fix and tell”¹⁷.

“If someone in your company has been conspiring with competitors to fix prices, here’s some sound advice. Get to the Justice Department before your co-conspirators do. Confess and the U.S. Department of Justice will let you off the hook. But hurry! Only one conspirator per cartel.”¹⁸

O fato de o Programa de Leniência ter aparecido numa proeminente publicação sobre negócios reflete a crescente preocupação da comunidade empresarial sobre os riscos ligados à violação das leis antitruste.

Além disso, resta inequívoco que a comunidade empresarial norte-americana já chegou à conclusão de que ser aceita no Programa de Leniência pode significar uma economia de milhões de dólares em multas e também pode eliminar a ameaça de acusação e prisão para os executivos (da empresa), autores ou partícipes da conduta criminosa.

Com a antiga Corporate Leniency Policy (1978 a 1993) a Divisão Antitruste recebeu dezessete solicitações de ingresso no programa de leniência, sendo que dez foram bem sucedidas, ao passo que com o novo (e atual) programa de leniência a Divisão tem recebido mais de duas dúzias de solicitações anualmente.

Ainda, por meio do atual programa de leniência, a Divisão Antitruste condenou dezenas de empresas e indivíduos e recuperou milhões de dólares em multas, tudo em virtude de informações oriundas de pessoas e empresas que solicitaram e ingressaram no Programa de Leniência.

¹⁷ Janet Novack, Revista Forbes de 4 de Maio de 1998, p. 46.

¹⁸ Tradução livre: Se algum membro de sua empresa vem conspirando com membros de empresas concorrentes para estabelecer preços, aqui está um conselho válido. Dirija-se ao Departamento de Justiça antes que seus co-conspiradores o façam. Se você confessar ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, este poderá deixá-lo fora da confusão. Mas não perca tempo! A oferta será para apenas um conspirador por cartel.

É patente a estrutura singular da atual Corporate Leniency Policy da Divisão Antitruste. Em outras palavras, é impressionante o êxito da nova, e altamente eficiente, ferramenta na repressão e no expurgo das mais nocivas violações à lei antitruste. Conforme já aventado, hodiernamente, o Programa de Leniência é o mais eficaz gerador de grandes casos na Divisão, e o mais bem-sucedido programa de anistia do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

Assim, em face do enorme sucesso da nova Corporate Leniency Policy, ela passou a se constituir na principal arma da Divisão Antitruste no combate aos cartéis. Apenas para ilustrar o extraordinário êxito do Programa nos Estados Unidos, em 1998, ele foi responsável por dezenas de condenações, que resultaram em mais de duzentos milhões de dólares em multas e, em 1999, em mais de oitocentos e cinquenta milhões de dólares em multas.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. Direito Econômico Brasileiro. Celso Bastos Editora, São Paulo, 2000.
- DUTRA, Pedro e outros. Transcrição do Workshop sobre a Medida Provisória 2055, realizado em 22.08.2000, Revista do IBRAC – Doutrina e Legislação. São Paulo, 2000, v. 7, nº 7.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Monopolization, Attempt to Monopolize e a Interpretação do inciso II do art. 20 da Lei 8.884/94, Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, Malheiros Editores, 2000, v. 119.
- SPRATLING, Gary R. The corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Questions. Discurso do Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, antes do Spring Meeting da Seção Antitruste da American Bar Association, em 1º de abril de 1998.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>

- _____, Gary R. Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse, the Antitrust Division's Corporate Leniency Policy -- An Update. Discurso do Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, antes do 35th Annual Symposium on Associa-

tions and Antitrust do Bar Association of the District of Columbia, em 16 de fevereiro de 1999.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247old.htm>

- _____, Gary R. Negotiating the Waters of International Cartel Prosecutions, Antitrust Division Policies Relating to Plea Agreements in International Cases. Discurso do Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, apresentado na Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime, Presented By The ABA's Criminal Justice Section, em 04 de março de 1999.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2275.htm>

- _____, Gary R. Are the Recent Titanic Fines in Antitrust Cases Just the Tip of the Iceberg? Discurso do Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, apresentado antes da Twelfth Annual National Institute on White Collar Crime, Presented By The ABA's Criminal Justice Section, em 06 de março de 1998.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1583.htm>

- HAMMOND, Scott D. When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty, How Do You Put a Price Tag on an Individual's Freedom?. Discurso do Director of Criminal Enforcement da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, apresentado na Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, Presented By The ABA's Criminal Justice Section, em 08 de março de 2001.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/7647.htm>

- GRIFFIN, James M. Criminal Practice and Procedure Committee – Status Report: Criminal fines, International Cartel Enforcement and Corporate Leniency Program. Texto do Deputy Assistant Attorney General da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, apresentado no 49th Annual Spring Meeting of American Bar Association – Sections of Antitrust Law, em 28 de março de 2001.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8063.htm>

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Corporate Leniency Policy.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Leniency Policy for Individuals.

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm>

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Annual Report – FY 1999. <http://www.usdoj.gov/atr/public/4523.pdf>

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. F. Hoffmann-La Roche and Basf Agree to Pay Record Criminal Fines for Participating in International Vitamin Cartel.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1999/2450.htm

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Japanese Subsidiary Charged with International Conspiracy to Fix Prices for Graphite Electrodes in U.S.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/1997/1325.htm

- texto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Sotheby's and Former top Executive Agree to Plead Guilty to Price Fixing on Commissions Charged to Sellers at Auctions.

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2000/6639.htm

E-BANKING: UM FORTE ALIADO DA CONCORRÊNCIA.

*Luiz Humberto Cavalcanti Veiga**

Introdução

Durante muito tempo, a diferença entre os conhecimentos detidos pelos intermediários financeiros e os dos clientes tem proporcionado aos primeiros a possibilidade de ganhos na prestação dos serviços sem a devida avaliação dos últimos sobre a adequação dos valores que são cobrados. Além disso, a dificuldade de, por iniciativa própria, um determinado cliente encerrar o relacionamento com uma instituição e iniciá-lo em outra, facilitou a manutenção dessa situação.

O *e-finance*, dentre vários outros aspectos, é uma forma de reduzir a assimetria da informação e, além disso, proporcionar menores custos quando o consumidor opta por mudar de provedor de serviços financeiros.

Definido de diferentes formas, o *e-finance* pode referir-se ao provimento por meio da Internet, ou por redes públicas e privadas de computadores, dos seguintes subgrupos de serviços financeiros:

- a) Contas de depósitos, empréstimos e financiamentos, transferências entre contas, sistemas de pagamentos e demais serviços bancários (*e-banking*);
- b) Corretagem e subscrições (*e-trading*); e
- c) Seguros e previdência (*e-insurance*).

O objetivo desse trabalho é, com base no modelo de diferenciação de produtos de cidade linear, e limitando o escopo ao segmento *e-banking*, ressaltar a importância das transformações que as novas tecnologias estão impondo ao sistema financeiro e os ganhos que serão proporcionados aos consumidores de produtos bancários pelo aumento da concorrência a ser verificado na indústria nos próximos anos, a despeito do movimento observado internacionalmente, e que se reflete no Brasil, de consolidação do sistema financeiro.

A primeira seção tratará da evolução do *e-banking* no Brasil e os investimentos que estão sendo realizados no setor. A segunda seção abordará os efeitos do *e-banking* sobre a concorrência e apresentará o modelo de cidade linear simplificado a ser utilizado para justificar tais efeitos. A terceira seção discutirá evidências empíricas observadas no mercado brasileiro com as fontes

* Aluno de pós-graduação em Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Universidade de Brasília - UNB

de dados disponíveis. A quarta seção cobrirá o conflito de interesses verificado entre a regulamentação prudencial e da concorrência no setor financeiro, analisando as observações de diversos autores e as tendências impostas pela conjuntura econômica mundial. A quinta seção procurará diferenciar o *E-banking* dos demais meios de promover a concorrência ainda sob o aspecto da regulação prudencial. A sexta e última seção concluirá o trabalho.

I - Evolução do *e-banking*.

O atual estado da arte da automação bancária foi atingido após um grande percurso, que se iniciou com a interligação entre as agências e as matrizes ou centros administrativos dos bancos. A partir daí, uma gama de avanços tecnológicos possibilitou a oferta de um número cada vez maior de produtos e serviços automatizados, por consequência, menos sujeitos às restrições de tempo e espaço.

Um bom exemplo da utilização dos serviços eletrônicos é apresentado no gráfico abaixo, que demonstra o crescimento da oferta de pontos de atendimento automáticos no Brasil.

Pode-se observar, também, que quase 75% das transações efetuadas no sistema bancário são realizadas automaticamente. Esses números são realmente significativos e demonstram a dimensão que alcançou o *e-banking* no País.

Transações	1998	Partic.	1999	Partic.	22000	Partic.	Variação	
	(em bilhões)		(em bilhões)		(em bilhões)		98/99	00/99
Automatizadas*	7,7	60,3%	9,3	67,10%	12,2	74,70%	21,6%	30,6%
Envolvendo funcionários(em agências ou telefone)	5	39,7%	4,5	32,90%	4,1	25,30%	-9,50%	-9,60%
Total	12,7	100%	13,9	100%	16,4	100%	9,2	17,40%
Fonte: CNAB/Ilay								
(*) Débitos automáticos, transações por computadores, em equipamentos de auto-								

atendimento e em terminais no comércio.

Outro dado importante é a redução no número de cheques processados pelo sistema de compensação, indicando uma "migração" da utilização desse meio de pagamento para os meios eletrônicos, tais como cartões de débito (e também de crédito) e a utilização de serviços de débito automático em conta corrente e liquidação de bloqu岸os bancários por *home/office banking* e Internet. Pode-se observar a redução de 2,9 bilhões de cheques para pouco mais de 2,6 bilhões, enquanto os bloqu岸os de cobrança passaram de 512 para 624 milhões, no intervalo de quatro anos.

Composição da Troca										
Período	Documento		Total (A+B+C)		Participação % no Total			Variação % em relação ao mesmo período do ano anterior		
	Cheque (A)	Bloqu岸o de Co-brança (B)	Documento de Crédito - DOC (C)		Cheque	Bloqu岸o de Co-brança	DOC	Cheque	Bloqu岸o de Co-brança	DOC
1997	2.943,90	512,6	44,2	3.500,60	84,1	14,6	1,3	---	---	---
1998	2.751,50	545,7	49,8	3.347,00	82,2	16,3	1,5	-6,5	6,5	12,8
1999	2.612,10	565,6	58,6	3.236,30	80,7	17,5	1,8	-5,1	3,7	17,6
2000	2.637,50	624,4	70,1	3.332,00	79,2	18,7	2,1	1	10,4	19,7

Valores em milhões
Fonte: Banco Central do Brasil

Ainda sobre a tabela anterior cabe comentar que, caso fosse verificada a manutenção das práticas tradicionais de pagamento, o crescimento da participação dos bloqu岸os de cobrança deveria ser seguido de um aumento no número de cheques compensados, uma vez que, no passado, os cheques eram utilizados para a quitação desses bloqu岸os fisicamente nos caixas das agências. A nova tendência indica que o crescimento na utilização desse instrumento de cobrança deveu-se basicamente ao desenvolvimento de novas modalidades automatizadas para a liquidação do mesmo.

A Internet, por sua vez, passou a fazer parte do dia-a-dia de um número cada vez maior de brasileiros. O crescimento acentuado dos usuários a cada ano (o Brasil já conta com mais de 10 milhões de internautas segundo o Ibope) e a maior disponibilidade de linhas telefônicas fixas, conforme o gráfi-

co abaixo, tornam o ambiente propício para a disseminação mais rápida e eficiente do *e-banking*. Dados obtidos da página do Banco Mundial na Internet informam ainda que, no Brasil, o número de computadores pessoais por cada mil habitantes passou de 21,5 no ano de 1996 para 36,3 em 1999.

Espera-se, ainda, a migração dos sistemas de pagamentos que utilizam meios físicos para aqueles baseados em redes. Os primeiros caracterizam-se pelos cartões magnéticos, e os últimos pela utilização da Internet e das novas tecnologias de celulares. Esses sistemas baseados em redes, em pleno desenvolvimento e já bastante empregados nos países escandinavos, foram elaborados de maneira a permitir que qualquer pessoa que tenha acesso a uma linha telefônica possa enviar uma fatura eletrônica diretamente para outro usuário do serviço celular, de modo que este último possa aceitar a cobrança e efetuar automaticamente o seu pagamento, por meio do aparelho móvel.

Verifica-se que o número de usuários de telefonia móvel cresce a taxas impressionantes e, além disso, a utilização desses aparelhos, dada a funcionalidade do equipamento permitir que sejam realizadas operações financeiras, tem a grande vantagem de tornar o acesso dos consumidores aos bancos mais fácil e mais barato do que por meio da utilização dos computadores pessoais.

II - Efeitos do E-banking sobre a Concorrência

Inicialmente, cabe ressaltar que a análise a ser feita com base no modelo de diferenciação de produtos de cidade linear leva em conta as características dos produtos e serviços bancários. Nesse sentido, estamos definindo o mercado desses serviços e produtos como sendo um oligopólio¹, onde se verifica que os consumidores são capazes de perceber diferenças entre os produtos de diferentes firmas. Quando há a diferenciação de produtos, as firmas possuem algum poder de mercado como resultado. Acredita-se que exista um alto grau de concorrência no segmento de empréstimos e serviços prestados às grandes corporações, mas não se nota essa mesma situação no mercado de varejo, onde o consumidor pessoa física e as pequenas e médias empresas

¹ Trata-se do segmento bancário de varejo, que oferece, basicamente, os serviços de contas correntes para pequenas e médias empresas e pessoas físicas, e uma rede de agências de grande dimensão e abrangência nacional. O número de bancos que possui tanto rede de agências quanto rede de auto-atendimento para recepcionar esses clientes é bastante reduzido, quando se trata do provimento de serviços bancários. Isso sem contar as várias cidades brasileiras que sequer são servidas de instituições financeiras ou, são atendidas por apenas 1 banco.

estão restritos aos bancos mais próximos ou que apresentem alguma facilidade de acesso.

Sob o conceito de diferenciação de produtos, será adotado o enfoque “bens com endereço”, ou enfoque “locacional”, aceitando a hipótese de que a localização física da agência exerce influência na escolha a ser feita pelo consumidor de serviços bancários. Assim, uma vez que o endereço, ou locação, do produto afeta as preferências dos consumidores, essa abordagem apresenta-se adequada na análise do mercado em questão.

O modelo, a ser utilizado de maneira muito simplificada, será aplicado com a finalidade de ilustrar os efeitos que o *e-banking* pode ocasionar na concorrência. Assim, entende-se que o custo de transporte age como uma desutilidade do consumidor. O custo de transporte aqui pode ser entendido tanto como o custo de troca de instituição, no sentido de que o consumidor gastará menos tempo realizando a sua troca de banco diretamente de sua casa ou escritório, por meio da Internet, quanto à facilidade de utilizar o serviço sem necessidade de realizar grandes deslocamentos, ou mesmo deslocamento algum, pela utilização de caixas eletrônicos ou pelo pagamento das compras de supermercado sem utilizar cheques, o que reduz a sua necessidade de ir à agência buscar novos talões². Cabe ressaltar que a localização física da agência pode ser considerada a residência ou o local de trabalho do consumidor quando a instituição (banco), ou o referido local de trabalho, proporciona certas facilidades tais como: (a) um serviço de *courier* para a coleta de depósitos e entrega de talões de cheques, (b) o *office boy* da empresa para a qual o consumidor trabalha fizer a coleta e entrega de documentos/numerário para os funcionários, (c) houver um caixa automático nas dependências da empresa. Ainda assim, continuam válidas as hipóteses levantadas neste trabalho no que dizem respeito à diferenciação locacional de produtos.

Considerando-se uma cidade, que pode ser representada por um segmento de linha de comprimento 1, a localização sendo dada por $z \in [0,1]$, que o custo unitário é $c > 0$, que todo consumidor quer 1 bem, que o benefício (utilidade) adquirido pelo bem é v , e que o custo total de comprar da firma j para um consumidor localizado à distância d desta firma é $p_j + td$, onde t deve ser considerado o custo de transporte³ do ponto onde o consumidor se encontra até a localização da firma e p_j é o preço cobrado pela firma j , a situação pode ser representada pela ilustração abaixo:

² Pode-se pensar, também que o banco tenha serviços de entrega de talonário de cheques na residência do consumidor, mas esta análise está prevista na facilidade de acesso – localização – ao banco.

³ Vale lembrar mais uma vez que o transporte não se restringe a questões estritamente físicas, mas sim de comodidade e valoração do tempo.

Como pode ser visto, os consumidores situados fora dos intervalos d_1 e d_2 defrontam-se com preço e custo de transporte que, somados, tornam-se mais altos do que a utilidade atribuída ao produto. Além disso, o custo de transporte possibilita à firma 2 praticar um preço mais elevado que o da firma 1, sem, contudo, perder consumidores para a esta última.

Com a introdução do *e-banking* por parte dos dois bancos, consegue-se uma redução no valor desse t , de forma que a inclinação dessas curvas será menor (o peso que a distância exerce na escolha diminui), proporcionando ao banco que praticar o menor preço a maior fatia do mercado. Pode-se notar que há uma redução dos clientes que não compram e, adicionalmente, que o número de consumidores da firma 1 supera o da firma 2, conforme apresentado na figura abaixo:

No limite, quando o custo de transporte tender para 0 (zero), ou seja, as retas passam a ser horizontais (a distância não mais exerce influência na decisão do consumidor entre comprar da firma 1 ou 2), a diferenciação cessará na dimensão da distância entre elas (poderão ainda existir outras formas de diferenciação entre os bancos, dentre eles a marca). As firmas em questão estarão sujeitas à comparação direta dos seus preços, de tal maneira que esses preços tenderão a comportar-se como no modelo de Bertrand, o qual prevê que as firmas oligopolistas, ao agirem por meio da definição dos preços a serem cobrados por seus produtos, praticam preços equivalentes àqueles cobrados em condições de concorrência perfeita, sob pena de perderem os seus clientes para a outra firma oligopolista.

Dessa forma, o que se espera é que o custo de transporte siga a trajetória de queda, tendendo a zero, dada a presença na Internet de um número cada vez maior de instituições financeiras, somada ao incremento na automa-

ção e a redução de custos de transação para a mudança de uma instituição para a outra, por meio do preenchimento de formulários eletrônicos e com a utilização de assinaturas digitais. Deve ser lembrado, no entanto, que as hipóteses utilizadas por esse modelo independem do fato de os bancos funcionarem exclusivamente “*on-line*” (bancos virtuais), como seria de se depreender das previsões mais tendenciosas a favor da “nova economia”. Essa afirmação se deve ao fato de que, para a derivação dos resultados encontrados, não há pressupostos quanto à exclusividade de atuação do banco em um determinado canal de distribuição, mas que a simples presença dos bancos nos canais eletrônicos provocará o efeito previamente descrito.

III - Evidências empíricas

Com base no exposto, devem ser analisadas evidências empíricas da aderência do modelo de cidade linear, procurando observar na prática as principais conclusões derivadas, quais sejam: a redução no custo do produto e o aumento na quantidade de consumidores.

Ano	Número de contas correntes (milhões)	Varição de um ano p/ outro
1998	44,7	-
1999	49,9	11,6%
2000	55,8	11,8%
Fonte: Página da Febraban na Internet citando Decad/Difin/Banco Central		

O quadro acima demonstra efetivamente o aumento no número de contas correntes, cujo crescimento se deu a uma taxa superior a 11% ao ano, nos últimos dois anos (dados disponíveis apenas nesse período). Por outro lado, deve-se registrar que o grande crescimento da utilização da Internet no Brasil se deu exatamente nesse período, o que vem a reforçar a previsão do modelo.

No que tange à análise da possível redução do custo de produto, partiu-se da premissa de que os bancos estariam basicamente prestando serviços aos clientes e sendo remunerados pela cobrança de tarifas, desconsiderando-se a atividade de intermediação. Essa abordagem se faz necessária uma vez que se encontra em curso um programa de redução do *spread* bancário conduzido pelo Banco Central, de tal maneira que os ganhos para os clientes oriundos da diminuição nos custos dos empréstimos, nesse momento, podem estar sofren-

do a influência do referido programa, o que torna difícil o isolamento dos efeitos do e-banking em tais custos.

Assim, o valor das tarifas deveria estar se reduzindo para os consumidores, em termos reais, como decorrência do aumento da oferta de serviços eletrônicos. Contudo, não é possível realizar a análise sob esse prisma, dada a diversidade de formas de cobrança de tarifas por parte dos bancos, inclusive, em função dos esquemas de isenção e de pacotes de produtos. Resta, então, como indicativo da concorrência, o comportamento da conta de “Rendas de Prestação de Serviços”, do plano de contas das instituições financeiras, a qual foi computada para um universo de 10 instituições predominantemente atuantes no segmento de varejo.

Para fins de análise, será necessário assumir que a taxa de crescimento média da quantidade de contas correntes, verificada na tabela anterior, foi a mesma observada no conjunto de bancos de varejo analisado. Essa medida é coerente, uma vez que são exatamente esses bancos os que atuam mais agressivamente na conquista de clientes de médio/pequeno porte.

Como resultado, verifica-se, por meio dos dados apresentados abaixo, que a receita desses bancos cresceu menos do que a proporção de novas contas abertas no sistema, indicando que o custo médio da conta corrente apurado em 1998 é menor do que o custo médio apurado no ano 2000.

Ano	Receita c/ Serviços (R\$ milhões)	Receita deflacionada INPC-A (base 1996)	Variação real De um ano p/ outro
1996	7.833	7.833	-
1997	9.472	9.002	14,2%
1998	10.058	9.404	4,5%
1999	11.737	10.073	7,1%
2000	13.352	10.841	7,4%
Fonte: Página do Banco Central na Internet ⁴			

⁴ Totalizadas para 10 bancos de varejo com significativa rede de agências.

Constatam-se, então, evidências empíricas da propriedade do modelo quanto aos efeitos do *e-banking* na concorrência.

IV - Regulação prudencial e Concorrência.

Os bancos, diferentemente de outros setores da economia, gozam de uma série de salvaguardas implementadas com o objetivo de proteger os depositantes. Sem dúvida, a causa é bastante nobre, porém, algumas vezes, objetivando salvaguardar o consumidor sob o ponto de vista dos recursos investidos nos bancos, limita-se a concorrência, o que, em contrapartida, prejudica esse consumidor com relação às tarifas/taxas pagas (ou recebidas) por este. Assim, vale a pena analisar esse *tradeoff*, verificando os impactos da concorrência no setor, principalmente em função da nova ordem econômica imposta pela globalização, dado que as grandes empresas cada vez mais podem investir e competir em qualquer mercado lucrativo, e motivada pelos efeitos da tecnologia, que levam ao barateamento dos custos de implantação, embora algumas linhas de negócios financeiros sejam acessíveis apenas para grandes investimentos.

Independentemente da argumentação em favor da rede de proteção⁵ que os formuladores de políticas públicas defendem para os bancos, a questão da concorrência é um dos elementos que mais causam preocupação aos que se propõem a resguardar o sistema financeiro contra o risco sistêmico. Dessa forma, proteger o sistema bancário é uma tarefa que vem ficando cada vez mais difícil, principalmente porque impedir a concorrência por meios normativos é uma estratégia pouco eficiente.

Diversos autores abordam a questão da concorrência no setor bancário *vis-à-vis* à estabilidade do sistema. Segundo Litan (1998), durante a maior parte do século vinte, os reguladores do sistema financeiro americano utilizaram diversas formas de limitar a concorrência, dentre elas o teto aplicado à taxa de captação, o impedimento de pagamento de juros nas contas correntes e a proibição dos bancos realizarem negócios em ramos de atividade distintos do seu negócio principal. Tanto o Glass-Steagall Act, de 1933, limitando a afiliação entre bancos comerciais e empresas que praticavam a subscrição de títulos, quanto o Banking Holding Company Act, de 1956, que trouxe novas disposições para impedir as práticas vigentes à época de burla às restrições de

⁵ A rede de proteção caracteriza-se pelos instrumentos de garantia que são proporcionados aos bancos para, em última instância, proteger os depositantes. Dentre os mais conhecidos estão o seguro de depósitos e o empréstimo de liquidez, ou desconto no caso brasileiro.

participação de bancos em negócios não bancários, visaram a reduzir os riscos impostos pela concorrência aos bancos. No Brasil, até 1988, as empresas que praticavam atividades financeiras eram divididas, objetivando a especialização. Com a implementação dos bancos múltiplos, por meio da Resolução 1.524, de 21 de setembro de 1988, as autoridades brasileiras reconheciam a incapacidade de conter o mercado, que há muito já funcionava integrado, por meio dos conglomerados financeiros, o que a literatura econômica classifica como tendência à consolidação.

Dewatripont e Tirole (1994), por sua vez, reforçam a idéia desse *tradeoff* ao afirmarem que a concorrência dentro e fora do setor financeiro era restrita e não havia muita inovação nos produtos e serviços oferecidos. Isso se verificou durante um longo período após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, nos últimos trinta anos essa situação mudou. Houve um crescimento acentuado da concorrência e a atuação dos bancos em atividades de maior risco também tem aumentado muito. O fim de barreiras geográficas⁶, e o fim de tetos às taxas de captação⁷, dentre outras, tem influenciado positivamente esse comportamento competitivo. Adicionalmente, os outros participantes do sistema financeiro passaram a ofertar produtos bancários em uma escala cada vez maior. Ressaltam ainda os autores que o quadro ficou mais adverso para os bancos, dado que, no momento atual, muitas economias experimentaram choques macroeconômicos.

Apesar de ser importante encorajar baixo custo e mais inovação na intermediação financeira, e considerar que evidências empíricas dão apoio à noção de que a concorrência é capaz de promover tanto o baixo custo quanto a inovação, essa não deve ser vista isoladamente, conforme defendem Claessens e Klingebiel, sob pena de fragilizar o sistema. Notam os autores que a regulação do setor financeiro objetiva balancear os seguintes pontos: valor de franquia, eficiência estática e dinâmica, capacidade de supervisionar um grande número de instituições financeiras individuais e procura por rendas de monopólio (*rent-seeking*)⁸. Destacam que apesar de benéfica, a concorrência não pode se dar em um ambiente “super competitivo”. É necessário haver adequada lucratividade, medida pelo valor de franquia, para as instituições financeiras.

⁶ Aqui entra o efeito da Internet e das novas tecnologias de comunicação, de que trata o presente trabalho.

⁷ Prática internacional.

⁸ Comportamento dos agentes econômicos caracterizado pela disposição de esforçar-se com objetivo de garantir monopólios ou outras vantagens garantidas por restrições governamentais em atividades do mercado, de maneira que tais vantagens lhes proporcionem rendas que, de outra maneira não obteriam. Esse comportamento absorve grandes quantidades de recursos, redistribui renda e impõe custos sociais.

ras, e que as barreiras à entrada, tais como os requerimentos mínimos de capital e o processo de licença de funcionamento, ajam como importantes instrumentos na definição do nível adequado de balanceamento entre valor de franquia/concorrência. Na realidade, esses autores acreditam que uma situação de maior lucratividade incentiva as instituições financeiras a correrem menos risco.

Antes, todavia, de entrar nessa discussão, Claessens e Klingebiel (2001) destacam a tendência global de aumento no surgimento de produtos e serviços financeiros muito similares e, por sua vez, substituíveis, e citam como exemplo os depósitos bancários, que podem ser substituídos por fundos de investimento com liquidez diária. É bem verdade que no Brasil, dada a integração horizontal da indústria financeira no segmento bancário, possibilitada pela ausência de impedimento à participação em todas as formas de negócios, muito provavelmente o fundo de investimento será fornecido ao cliente por um banco. Por outro lado, a permissão dada às instituições bancárias de atuar em diversos segmentos não é exclusividade do mercado brasileiro. Ainda que em menor escala, o mercado europeu é em grande parte desregulado⁹ e, agora, os Estados Unidos também iniciam o processo de desregulação.

Os conflitos enfrentados pelos reguladores em face da questão da concorrência é amplificado pelo momento atual, dado o advento das novas tecnologias, que propiciam o aumento cada vez maior dos vínculos entre o sistema bancário e a área de telecomunicações, levando a uma tendência à integração vertical capaz de causar impactos à concorrência. Ademais, essas novas alianças estratégicas - telecomunicações e bancos - podem possibilitar o controle conjunto de meio e conteúdo em certos serviços financeiros, permitindo-lhes restringir o acesso dos consumidores a tais serviços, e aumentando, assim, a assimetria de informação.

Cabe, então, aos órgãos reguladores encontrar a dosagem exata que equilibre, de um lado, o risco de o consumidor perder a poupança investida em função da quebra de determinada instituição financeira, e de outro, a transferência de renda resultante dos altos custos cobrados e das baixas taxas remuneratórias proporcionadas pela guarda de tal poupança, na situação em que o intermediário exerça forte poder de mercado.

V - Regulação prudencial e *E-Banking* tendo em vista a Concorrência.

⁹ Convencionou-se atribuir, no meio dos reguladores prudenciais do sistema financeiro, ao termo desregulação o significado de inexistência de restrição quanto aos bancos atuarem em outros segmentos de mercado.

Uma questão interessante a discutir é se a regulação prudencial deveria preocupar-se mais com o E-banking do que com outras formas de fomento à concorrência. Na realidade, o *E-banking* representa um risco diferente daquele proporcionado por outras formas de promoção da concorrência. Tal afirmação se deve, dentre outros motivos, ao fato de que o controle, por parte dos reguladores, das ações empreendidas pelos bancos torna-se muito mais moroso frente à velocidade das inovações implementadas. Concomitante à defasagem inovação-regulação, a participação de outros agentes na divulgação das novas práticas (situação muito comum após a massificação da Internet) potencializa os efeitos da inovação.

Em tempo, cabe registrar que alguns estudos apontam que ao serem questionados acerca dos motivos pelos quais os bancos implementam novos serviços de atendimento eletrônico aos clientes, as duas principais respostas são: (a) redução de custos e (b) resposta ao fato da concorrência ter implantado. Porém, quando se estuda a fundo a evolução dos custos, percebe-se que ao invés de redução, esses apresentaram crescimento acentuado. Sob esse aspecto, vale lembrar que a constante atualização dos equipamentos de informática e dos sistemas (*hardware* e *software*) as instituições incorrem elevados custos de depreciação, fruto da obsolescência de suas plataformas. Resta, portanto, a justificativa de que a adoção de tais sistemas reside prioritariamente por questões de concorrência, implicando em um círculo vicioso, onde a concorrência induz a práticas que aumentam a concorrência.

Por fim, observa-se que ao deparar-se com o *E-banking* o regulador não está diante apenas de um elemento promotor da concorrência, pois o E-banking não apenas a promove como também é realimentado por ela. Além disso, outros riscos surgem da sua utilização, os quais não foram ainda adequadamente dimensionados por aqueles que cuidam da estabilidade e segurança do sistema financeiro, fatos esses que diferenciam os efeitos do *E-banking* vis-à-vis os outros meios de aumento da concorrência.

VI - Conclusão

Existe um forte movimento do setor bancário no sentido de aumentar a oferta de produtos e serviços eletrônicos (*e-banking*). Paralelamente a isso, verifica-se a rápida ampliação da infra-estrutura necessária a proporcionar maior acesso da população às redes públicas de computadores, bem como a melhoria das redes privadas, o que contribui efetivamente com esse movimento.

O *e-banking* é uma ferramenta eficaz na redução da assimetria da informação e, ao mesmo tempo, na redução do custo de transporte (aqui entendido como aquele que o consumidor percebe quando necessita deslocar-se, ou alocar tempo que poderia estar sendo alocado a outras atividades, na realização de procedimentos bancários), com a conseqüente “aproximação” das casas bancárias e redução da capacidade dessas empresas de exercerem poder de mercado. Todos esses fatores proporcionam o aumento do bem-estar por meio do atendimento de um número maior de consumidores e, paralelamente, da cobrança de preços de mercados submetidos à concorrência.

Fica nas mãos do regulador, em consonância com o mandato que lhe foi atribuído pela sociedade, o balanceamento adequado entre a prudência e a concorrência, de maneira a garantir ao consumidor dos serviços bancários a adequada satisfação das suas necessidades por esses serviços, pagando preços justos por eles e tendo a tranqüilidade de que o sistema encontra-se saudável.

O E-banking vis-à-vis outras formas de promover a concorrência, traz outras fontes de risco para o sistema bancário, além do aumento da concorrência, impondo aos reguladores prudenciais maiores estudos sobre o assunto.

Bibliografia

ANATEL. "PASTE - Perspectivas Para Ampliação e Modernização do Setor de Telecomunicações". Brasília - 2000.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Normas e dados disponíveis na página na Internet

CEPEDA, Maurício I. Fernandes, Marcos, e Waslander, Andréa. "Brazil's head start in on-line banking". The McKinsey Quarterly número 2 - 2001.

CLAESSENS, Stijn, Glaessner, Thomas e Klingebiel, Daniela. "Electronic Finance: Reshaping the Financial Landscape Around the World". The World Bank. Washington, DC - 2000.

_____, Stijn e Klingebiel, Daniela. "Competition and Scope of Activities in Financial Services – Financial Sector Strategy and Policy". The World Bank. Washington, DC - 2001.

COMITÊ DE SUPERVISÃO BANCÁRIA DA BASILÉIA. "Risk Management Principles for Electronic Banking", Basileia - 2001.

DEWATRIPONT, Mathias e Tirole, Jean. "The prudential Regulation of Banks". The MIT press. Cambridge, Massachusetts – 1994.

LEINONEN, Harry. "Developments in Retail Payment Systems". Bank of Finland - Bulletin 2. Finland - 2001.

LITAN, Robert E. "American Finance For The 21th Century". Brookings Institution Press. Washington, D.C. - 1998.

OLIVEIRA, André L. R. "Teoria da Regulação Econômica". Notas de aula. Brasília – 2001.

SALOMÃO Fº., Calixto. "Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário". Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário. Brasília - 1999.

SCHOUERI, Luiz E. et al. "Internet – O Dinheiro na Era Virtual" Lacaz Martins, Halembeck, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados. São Paulo – 2000.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Andrade, Maria Cecília	A Política da Concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barriónuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
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
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
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	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
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8-3
Faria, Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria, Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8-3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, 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
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
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
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
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
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
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
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

Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
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
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
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, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições Verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
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

Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
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 N°16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5

58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno (Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
08012.001501/98-01		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 Brasíol 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 Poçímeros 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 Chemicals Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1

08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air 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 investimetro 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 Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das	1-2

	Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e	5-1

	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	
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 Metropolitan De Cosméticos Ltda.; Agravada: União	5-8
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Qímicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2

LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO 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	6-4

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	
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>“Dumping e Concorrência Externa”</i>	1-3
<i>“Concorrência no Mercosul”</i>	1-3
<i>“Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade”</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC - ESSO

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
-----	----------------------	--	-----

2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br