



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Publicações da **ESCOLA DA AGU**

Debates em Direito da Concorrência



07

Publicações da
Escola da AGU

Debates em Direito da Concorrência

Brasília
Advocacia-Geral da União
2011

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar –
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes	Diretor
Juliana Sahione Mayrink Neiva	Coordenadora-Geral

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Fernando Magalhães Furlan	Presidente interino
Gilvandro Vasconcelos coelho de Araújo	Procurador-Geral
Vinícius Marques de Carvalho	Conselheiro
Olavo Zago Chinaglia	Conselheiro
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Conselheiro
Ricardo Machado Ruiz	Conselheiro

COORDENADORA

Maria Rosa Guimarães Loula

CONSELHO EDITORIAL: Ricardo Cueva; Elizabeth Farina e João Bosco Leopoldino

COLABORADORAS: Tatiana de Campos Aranovich; Virgínia de Melo Dantas

Apoio Institucional:	Escola da AGU
Coordenação (Série Publicações da Escola da AGU):	Jefferson Carús Guedes Juliana Sahione Mayrink Neiva
Secretaria Editorial:	Antonio Barbosa da Silva; Niuza G. B. Lima
Diagramação/Capa:	Niuza Gomes Barbosa de Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

P976 Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência :
Coletânea de artigos /Coordenação de Jefferson Carús Guedes [e] Juliana Sahione
Mayrink Neiva. Brasília : Advocacia-Geral da União, 2011.
406 p. (Série Publicações da Escola da AGU, 7)
ISBN 978-85-63257-07-9

1.Direito da Concorrência – artigos – Brasil 2. Defesa econômica – Brasil.
I. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil) - (Cade). I. Título

SUMÁRIO

Editorial.....	5
----------------	---

ARTIGOS

Histórico da introdução do controle de concentrações no Brasil <i>Ana Paula Martinez</i>	7
---	---

Autonomia da Vontade X Livre Concorrência: a cláusula de não- concorrência na jurisprudência do CADE <i>André Luiz Santa Cruz Ramos</i>	25
---	----

Conflito entre Normas do CADE e da ANATEL <i>Arthur Sanchez Badin</i> <i>Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo</i>	41
---	----

A política de defesa da concorrência na União Europeia e no Mercosul: uma comparação das experiências recentes <i>Augusto Jaeger Junior</i> <i>Simon Schwager</i>	61
--	----

<i>Sham Litigation</i> , Direito de Petição e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição <i>César Mattos</i> <i>Paulo Vinícius</i>	105
--	-----

Revisando o Guia norte-americano para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal <i>Dennis W. Carlton</i>	121
---	-----

A análise regulatória e concorrencial de atos de concentração econômica no setor de telecomunicações <i>Diogo Thomson Andrade</i>	161
---	-----

Direito e Economia da Concorrência: Concentração Vertical na União Européia <i>Eugênio Battesini</i>	177
--	-----

A jurisprudência do CADE e a sociedade empresária em crise: uma breve análise de julgados sobre a teoria da <i>failing firm</i> <i>Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior</i>	197
--	-----

O CADE na análise concorrencial dos serviços públicos: o exemplo da consulta sobre a concessão de transporte municipal em Manaus <i>Gilvandro V. Coelho de Araújo</i>	209
--	-----

Defesa da Concorrência e Setor de Mineração no Brasil <i>Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo</i>	
--	--

<i>Cristina Campos Esteves</i>	
<i>Tatiana de Campos Aranovich</i>	221
Antitruste ou Direito da Concorrência, Internacional	
<i>Jürgen Basedow</i>	235
Para uma Reforma do Protocolo de Fortaleza	
<i>Maria Rosa Guimarães Loula</i>	
<i>Tatiana de Campos Aranovich</i>	253
Programa de Combate a Cartéis: investigação e judiciário	
<i>Mariana Tavares de Araujo</i>	
<i>Diego Faleck</i>	265
Preços Abusivos na Política Antitruste: uma peça com três atores	
<i>Ricardo Machado Ruiz</i>	279
Poder Econômico e Defesa da Concorrência: reflexões sobre a realidade brasileira	
<i>Vinicius Marques de Carvalho</i>	295
Artículo sobre Defensa de La Competencia. La realidad y la Regulación	
<i>Ricardo Lorenzetti</i>	317
O caso Ambev – “Tô Contigo”	
<i>Fernando de Magalhães Furlan</i>	327
NOTAS TÉCNICAS	
Da Possibilidade de Consulta dos Autos de Processo Confidenciais por Terceiros, Após Cinco Anos do Arquivamento	
<i>Leonardo Sousa de Andrade</i>	341
Das Técnicas Regimentais para Solucionar Dispersão de Votos em Julgamento do Plenário	
<i>Leonardo Sousa de Andrade</i>	359
PARECERES	
Da Possibilidade de Utilização de Escuta Telefônica para Prova de Cartel	
<i>Fernando Bastos</i>	389
Da Reincidência na Infração à Ordem Econômica	
<i>Victor Santos Rufino</i>	405
Do Momento da Notificação dos Atos de Concentração e da Fixação da Multa por Intempetividade	
<i>Victor Santos Rufino</i>	413

EDITORIAL

A Escola da AGU tem o prazer de apresentar mais uma de suas publicações. Voltada à divulgação de temas relevantes e com o objetivo de promover amplo debate, a publicação especial da Escola da AGU, trata nesta edição da Defesa da Concorrência, tema de grande interesse para acadêmico, estudantes e operadores do direito.

Este exemplar é composto de trabalhos autorais de formato livre acerca de questões instigantes e presentes na ordem do dia do Poder Judiciário e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), tais como a prática e a prova de cartel, a interação entre regulação e concorrência, os acordos de leniência, bem como os casos notórios decididos pelo Cade como a questão das práticas restritivas envolvendo distribuição de cerveja, cartel de combustíveis, atos de concentração envolvendo também grandes empresas mineradoras etc.

Estão reportados, nesta coletânea trabalhos sobre defesa da concorrência, artigos de acadêmicos nacionais e estrangeiros, posicionamentos da Consultoria do Cade, assim como artigos de autores de grande projeção no cenário do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e tudo isto, em parceria com a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União. Esta composição múltipla e heterogênea torna esta publicação referência obrigatória a quem quer que pretenda se aventurar no estudo do estado da arte da Defesa da Concorrência no Brasil atual.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

HISTÓRICO DA INTRODUÇÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL

Ana Paula Martínez

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Secretária Adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça de maio de 2007 a setembro de 2010

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito pela Harvard Law School e em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO: Hoje muito se discute sobre o controle de concentrações econômicas no Brasil pelas autoridades de defesa da concorrência. Poucos, contudo, têm ciência de que a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos não é uma inovação da atual lei de defesa da concorrência – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Mais do que isso, que a análise prévia – há muito pleiteada no projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – já foi contemplada pelo legislador no passado. Com isso em mente, o presente artigo objetiva apresentar um histórico da introdução do controle de concentrações econômicas no Brasil desde a década de 30 até os dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: antitruste. Concorrência. Fusões e Aquisições.- Controle de estruturas - concentrações econômicas - artigo 54 - Lei n. 8.884/94

Hoje muito se discute sobre o controle de concentrações econômicas no Brasil pelas autoridades de defesa da concorrência. Operações como Sadia/Perdigão e Nestlé/Garoto ocupam a imprensa, tendo sua análise antitruste passado a preocupar empresários com atuação no país. Poucos, contudo, têm ciência de que a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos não é uma inovação da atual lei de defesa da concorrência – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – mas que já estava prevista em nossa legislação, ainda que sem regulamentação, desde a década de 30. Mais do que isso, que a análise prévia – há muito pleiteada no projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – já foi contemplada pelo legislador no passado.

As Constituições brasileiras de 1934¹ e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao “abuso do poder econômico” (a Constituição de 37 fazia referência à intervenção estatal para suprir as “deficiências da iniciativa individual”²). Em seguida, foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938,³ de autoria de Nelson Hungria, que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo “com o fim de impedir a concorrência”. Era também crime inafiançável, punível com pena restritiva de liberdade de 2 a 10 anos e multa, “*promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio*”.⁴

Há, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle se dava *a posteriori* e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional. O referido Decreto-Lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: “o Decreto nº 869 [...] foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente.”⁵ Na mesma linha,

1 “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 do País.

Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”.

2 “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

3 Publicado na CLBR, 31.12.1938. Posteriormente reproduzido pela Lei nº 1.521, de 26.12.1951.

4 Decreto-Lei nº 869, art. 2º, III.

5 *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 9.

notícia Shieber que: “*um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil*”.⁶

Em seguida, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores Agamemnon Magalhães redigiu o anteprojeto do que veio a se tornar o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945,⁷ que dispunha sobre os atos “*contrários à ordem moral e econômica*”, dando caráter de ilícito *administrativo* aos atos anti-competitivos contrários ao “*interesse da economia nacional*”. O referido Decreto-Lei (por vezes referido como “Lei Malaia”) criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE),⁸ diretamente subordinada ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.⁹ O Decreto-Lei nº 7.666/45 previu instrumental para o controle obrigatório e *prévio* de estruturas em determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros):

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

[...]

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

6 Benjamin M. Shieber, *Abusos do poder econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6. A *Standard Oil Company of Brazil* (posteriormente *Eso Brazil*) integrava o grupo econômico que teve que se desintegrar por ordem da primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contra os *trustes* (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911), disponível em <http://supreme.justia.com/us/221/1/case.html> (acesso em 07.12.2007)).

7 Publicado na CLBR, 31.12.1945, p. 256.

8 Em 1942, havia sido criada a Comissão de Defesa Econômica (CDE) pelo Decreto-Lei nº 4.807, de 07.10.1942 (publicado na CLBR em 31.12.1942, p. 42), composta por membros dos seguintes Ministérios: Fazenda, Relações Exteriores, Justiça e Negócios Interiores, Guerra e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “*resolver, por solicitação ou “ex-officio”, a rescisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir*”.

9 Os demais membros eram o Procurador Geral da República, o Diretor Geral da CADE, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das classes produtora e distribuidora e um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.

Parágrafo único. Para os efeitos dêste Decreto-lei a palavra “empresa”, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

DA FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ECONÔMICO

Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E.:

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;
- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados;
- i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

Art. 9º A partir da data da publicação dêste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância dêste dispositivo. (grifo nosso.)

Com relação à necessidade de controle prévio estrutural, o autor do anteprojeto, inspirado na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso da *Standard Oil*¹⁰, esclareceu na exposição de motivos transcrita abaixo que era importante a intervenção do Estado na economia de modo a “impedir a formação de ‘trusts’ e outras formas de agrupamentos”, que poderiam

¹⁰ *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

causar efeitos deletérios para as classes média e trabalhadora e para as pequenas indústrias. Vê-se que longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o Decreto-Lei nº 7.666/45 tem em sua razão de ser fundamentos voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (*defesa da economia popular*), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo. Curioso ainda notar que a notificação prévia resulta da convicção de que o Estado deveria primeiro manifestar-se a respeito da licitude de tais concentrações para então lhe garantir a validade – em linha com sua política econômica, evidenciando alto grau de discricionariedade (e, não com base em fundamentos *à la* “*scrambled eggs*”, como foi em outros países):

[...] A concentração do poder econômico gerou o capitalismo financeiro. A paixão pelo lucro substituiu o senso da utilidade e do serviço. Os valores, em vez de servirem ao homem, passaram a contribuir para o seu aniquilamento. Os “trusts”, desorganizando a pequena indústria, colocaram as classes médias e as classes trabalhadoras à sombra da indigência econômica. [...]

Novas medidas se impõem. Lucros extraordinários provocados de nossos latifúndios. Acelera-se o êxodo dos campos em benefício das cidades, onde se levantam faustosos arranha-céus, com dinheiro arrancado, muitas vezes, da zona rural depauperada. E os latifúndios não vão formar-se nas zonas desertas. Não vão beneficiar as regiões áridas. Invadem centros mais populosos e prósperos. Desmantelam as pequenas propriedades criando para os trabalhadores uma situação moral e econômica inferior à dos escravos do tempo do império.

Esses fenômenos constituem consequências fatais do exercício abusivo do poder econômico contra o qual se tem sistematicamente insurgido a opinião pública [...].

Vale salientar, a este propósito, as conclusões votadas pelo I Congresso Brasileiro de Economia, reunido no Rio de Janeiro, em 1943, pela Conferência das Comissões de Desenvolvimento Interamericano, realizada no mesmo ano, recomendando aos governos providenciar no sentido de *impedir a formação de “trusts” e outras formas de agrupamentos prejudiciais ao comércio e à população*.

Particularmente significativo é o fato de que economias bem mais sólidas do que a nossa já se têm valido de medidas legislativas de defesa contra os efeitos desastrosos do abuso do poder econômico, em todas as suas variadas formas. Os Estados Unidos vêm se aparelhando, desde 1890, para o combate a essas instituições de opressão econômica, através do seu Federal Anti-Trust Act (Lei Sherman)[...]

Partindo do fato, unanimemente reconhecido de que nem todos os agrupamentos são contrários ao interesse público, de vez que os há inofensivos e, até mesmo, benéficos à economia nacional, as legislações

existentes, via de regra, têm procurado caracterizar a nocividade das coalizões ou dos agrupamentos, com base na natureza ilícita, imoral ou prejudicial dos objetivos ou intenções que as uniram. Esse critério subjetivista criou as maiores dificuldades práticas, no momento da aplicação da lei e determinou oscilações e indecisões da jurisprudência, altamente perturbadoras dos intuitos dos legisladores, conforme o atesta a crítica unânime dos estudiosos do assunto.

Ora, parece evidente que, sob o ponto de vista econômico, *o aspecto lícito ou ilícito da intenção animadora dos ajustes ou coalizões é, muitas vezes, irrelevante. Neste particular o que importa, realmente, é a nocividade do resultado, ainda mesmo quando não desejado ou não previsto, no momento da celebração do ajuste.*

Por isso, o projeto que ora tenho a honra de submeter à apreciação de vossa excelência procurou afastar-se, no que tange à caracterização da nocividade das coalizões, dos critérios seguidos pelas leis similares estrangeiras, baseando as suas distinções na natureza dos efeitos alcançados por tais entendimentos. Todavia, *como julgamento sobre a natureza lícita ou ilícita do ajuste se inclui entre as funções privativas do Executivo, porque decorre da política econômica por ele seguida, a validade dos entendimentos lícitos fica na dependência da aprovação do Poder Público.* (grifo nosso)

Por suas previsões inovadoras à época e pelo momento político peculiar, o ato foi revogado antes mesmo de sua regulamentação por meio do Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de novembro de 1945.¹¹ No ano seguinte, foi promulgada nova Constituição, que dispunha em seu artigo 148 que “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, *inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais*, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (grifo nosso)¹²

A despeito da previsão da nova Constituição, foi apenas duas décadas depois que o Brasil adotou, após extensas discussões legislativas¹³, sua primeira lei antitruste efetiva: a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.¹⁴ Referida lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para reprimir o abuso ao poder econômico. Na justificativa da Lei nº 4.137/62, que teve como inspiração a experiência norte-americana, encontram-se trechos de autoria de Agamemnon Magalhães, em que se afirma que:

11 Publicado na CLBR, 31.12.1945, vol. 7, p. 90.

12 A Constituição Brasileira de 1967 seguiu a mesma linha, ao prever em seu artigo 157, VI, que “*A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.*”

13 Agamemnon Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 122/48. Com sua morte em 1952, o projeto perdeu força. Em 1955, seu filho Paulo Germano de Magalhães apresentou o Projeto de Lei nº 3/55, reprodução do projeto anteriormente apresentado.

14 Regulamentado primeiramente pelo Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, e, posteriormente, pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986.

[...] na luta contra os trustes não há legislação perfeita tal a soma de artifícios de que dispõe o poder econômico. V. Exa. até propôs figurar o poder econômico como um dos quatro poderes da República.

Sr. Presidente, está explicado que o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se do seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira.

Justificado o projeto em suas linhas gerais, quero declarar à Câmara que não há lei mais oportuna ou mais urgente do que esta ora apresentada à consideração dos meus pares. [...]

A América do Norte só conseguiu dominar os trustes de petróleo depois que a Suprema Corte em 1911 decretou a dissolução da “Standard Oil”. [...]

Essa lei emancipa não só a nação brasileira, mas o Governo atual e os futuros. Como disse Wilson, o governo invisível, formado pelo abuso do poder econômico, é um poder de corrupção, em matéria econômica e política. [...] Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Governo, porque com ela não estará sujeito às influências de grupos econômicos. [...] para que o Estado brasileiro seja um Estado que comande, que dirija, deve pairar acima de qualquer poder econômico.¹⁵

Percebe-se que da preocupação em se proteger as classes médias e rurais, refletida no Decreto-Lei de 1938, passou-se a uma preocupação com o consumidor e em se preservar a política determinada pelo Governo. Nesse contexto de preocupação com a formação dos trustes e o abuso do poder econômico, foram inseridos os artigos 2º e 74 da Lei nº 4.137/62 que previam o controle estrutural:

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:

[...] b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;

Art. 74. *Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:*

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

15 Diário do Congresso Nacional, 16.04.1948, p. 2.444.

- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção. (grifo nosso)

Portanto, determinados tipos de concentrações e cooperações econômicas estavam sujeitas a dois tipos de controle: um *prévio*, no âmbito do controle de estruturas previsto no artigo 74,¹⁶ e outro *a posteriori*, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no artigo 2º.¹⁷ Não era qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o *controle prévio*, mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjettivas, há que se dizer¹⁸, sem presunção de lesividade) do artigo 74. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do artigo 74,^{19, 20} e no juízo de discricionariedade do CADE, a jurisprudência

16 Operação entre empresas do mesmo grupo não tinha o potencial lesivo previsto no artigo 74. O então Conselheiro-Relator Olympio José de Abreu do Processo Administrativo 20.654/68 (Representante: Chefe de Gabinete do Presidente do CADE; Representadas: Indústria Brasileira de Embalagens S.A. e Fábrica Nacional de Tambores Ltda.) concluiu que “Não se constatou no processo nenhuma dessas hipóteses [do artigo 74 da Lei nº 4.137/62] posto que a fusão aprovada que foi pela COIFE verificou-se no âmbito de empresas que possuem idêntica composição societária. O que ocorreu foi a integração de uma subsidiária com a que lhe detinha o controle acionário. Não se trata, pois, de um procedimento tendente a fraudar a lei”. Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., pp. 59-60.

17 De modo a facilitar o controle *a posteriori*, foram incluídas as previsões do artigo 73 da mesma lei:

“Art. 73. O Departamento Nacional da Indústria e Comércio as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados, enviarão ao CADE quando solicitado, um resumo de cada um dos atos, contratos, estatutos ou alterações que hajam arquivado ou registrado, com as informações a que se refere o artigo anterior.”

18 Tércio Sampaio Ferraz Junior, “A Concentração Econômica e a Fiscalização Administrativa: Entendimento do art. 74 da Lei nº 4.137/62, segundo a redação do art. 13 da Lei nº 8.158/91”, in *Revista de Direito Administrativo* vol. 193, 1993, p. 68, indica que “a experiência foi demonstrando que as práticas mencionadas no caput abrangiam de fato todos os expedientes concentracionistas habituais, enquanto os efeitos apontados nas alíneas a) até f) não exauriam, por si só, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los. Daí resultou um alto grau de discricionariedade que implicava uma verdadeira permissão para o CADE intervir na política econômica dos entes privados”.

19 Por exemplo, em voto no Processo nº 20.218/71, de 24.03.1971 (Requerente: Ciba-Geigy Química S.A., DOU de 18.04.1972, Seção I, Parte I, pp. 3.423 e ss.), o Conselheiro-Relator Gratuliano Brito afirmou que: “Ora, é de ver-se que um simples negócio de fusão ou incorporação de empresas pelo só fato dessa fusão ou incorporação não se inclui na sistemática específica de controle *prévio* instituída no artigo 74 da Lei n. 4.137, de 10.09.1962.” Apud José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 394.

20 Prevê o Decreto nº 52.025, de 20.05.1963, DOU de 21.05.1963, p. 4.946, primeiro a regulamentar a Lei nº 4.137/62, que “Art. 96, §1º Independem de registro os ajustes previstos neste artigo quando visem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza.” O mesmo artigo ainda fixou um prazo (curto) para a apresentação dos acordos contados de sua data de assinatura (e que por previsão legal não teriam validade até

foi evoluindo²¹ para o registro prévio restrito essencialmente a cooperações econômicas entre concorrentes, contratos de distribuição que impunham restrições a concorrentes²² e de exclusividade.²³ A implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional)²⁴ e pouco se viu de resultado para a promoção da concorrência. Tal ambiente protecionista era inclusive refletido nos julgamentos do CADE.²⁵

Com a Constituição de 1988, a ordem econômica ganha um novo status e a livre concorrência passa a ser um de seus princípios balizadores,

a concessão do registro pelo CADE): “§2º Os atos, ajustes, acordos e convenções previstos neste artigo não terão validade senão depois de aprovados e registrados pelo CADE. §3º O registro não impede o CADE se positivado posteriormente o intuito fraudulento do pedido, de promover processo para verificar abuso de poder econômico. §4º O pedido de registro deverá ser submetido ao CADE no prazo de dez (10) dias, contados da data do ato, ajuste, acordo ou convenção.” O Decreto nº 52.025/63 foi revogado pelo Decreto nº 92.323, de 23.01.1986, DOU de 24.01.1986, p. 1.296.

- 21 O Conselheiro-Relator J. C. de Mendonça Braga (Processo nº 20.080/70, de 18.04.1970, Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, Requerida: Flumipesca Indústria Fluminense de Pesca S.A.; DOU de 13.05.1970, Seção I, Parte I, p. 3.523) incorporou em seu voto o entendimento de Benjamin Schieber: “a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do CADE refere-se a ‘acordos entre concorrentes para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à operação da lei de oferta e procura no mercado’; b) que a alínea segunda cogita ‘do estabelecimento’, por meio de acordos entre empresas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g., o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores; c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam ‘standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos’; d) que a alínea quarta admite a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acordos entre empresas que tenham por efeito estabilizar preços; e) que a alínea quinta permite a aprovação de acordos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção ou distribuição; f) que a derradeira alínea versa sobre ‘acordos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero ou destinados a satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras empresas concorrentes’”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 396.
- 22 Por exemplo, em voto no Processo nº 20.247/76, de 25.04.1977 (Requerente: Cia. Vidraria Santa Marina, DOU de 23 de maio de 1977, Seção I, Parte I, pp. 6.197 e ss.), o Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins afirmou que: “a nosso ver, os termos dos instrumentos de fls. e fls. configuram um daqueles ajustes de restrição para a distribuição de mercadorias, cuja validade ficou condicionada à aprovação e ao registro neste E. Conselho, por força do art. 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 388-389.
- 23 Por exemplo, em voto no Processo nº 40.016/75, de 09.09.1976 (Requerente: Petri do Brasil S.A., DOU de 19.10.1976, Seção I, Parte I, pp. 13.852 e ss.), o Conselheiro-Relator Hamilton Bittencourt Leal afirmou que: “No referido contrato, a concedente dá à concessionária a exclusividade de distribuição dos volantes esportivos, em todo o território nacional pelo prazo de um ano. [...] Assim, voto no sentido de ser aprovado e registrado o contrato de concessão apresentado, porquanto, na espécie, não se verifica abuso do poder econômico”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., p. 389-390.
- 24 Infelizmente não há dados do número de atos e contratos que foram registrados perante o CADE nos termos do artigo 74 no período de vigência da Lei nº 4.137/62. Contudo, é esperado que esse número tenha sido bastante reduzido. Como indicativo, de 1963 a 1990 o CADE instaurou 117 processos administrativos, que resultaram em apenas 16 condenações (todas suspensas no Judiciário). Vide Lúcia Helena Salgado, *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular, 1997, p. 176. Segundo Arthur Badin, *Prestação de Contas da Procuradoria do CADE*, 2007, 302 processos foram julgados pelo CADE no período 1962-1993.
- 25 Por exemplo, em voto nas Averiguações Preliminares nº 112, de 14.12.1981 (Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co., DOU de 24 de dezembro de 1981, seção I, p. 24.765 e ss.), o Conselheiro-Relator Feres Osraia Nader do processo afirmou que o: “Estado-Nação, para sobreviver como tal, tem de ser poderoso, também, fora das suas tradicionais fronteiras. Tem de fomentar, apoiar, empurrar financeira, técnica e logisticamente, as suas multinacionais, as multinacionais de raiz interna. [...] há que se proteger as empresas brasileiras de modo a que possam desabrochar para o mundo, em expansão de mercados, de técnica, de grandeza financeira. Assim, temos de interpretar a nossa Lei 4.137/62 no sentido do conhecimento desses fatos. Repito: sem denegir a multinacional estrangeira que aqui, no Brasil, atua legalmente, ajudando ao progresso, mas tendo sempre em vista que, no corpo do art. 160 da Carta Constitucional está bem vincado o fim do desenvolvimento nacional”. *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico*, cit., pp. 19-20.

prevista no artigo 170, IV. Ademais, o artigo 173, § 4º, CF estabeleceu 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 isso se soma o novo contexto político e econômico do Brasil, em um movimento de liberalização e abertura da economia, com controle da inflação. Nesse contexto, foi adotada a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, resultado da Medida Provisória nº 204, de 2 de agosto de 1990 e suas reedições²⁶ (com poucas alterações).²⁷ Na Exposição de Motivos da referida Medida Provisória, os então Ministros da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento apontavam para as insuficiências do quadro legislativo para a tutela da concorrência:

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que paralelamente se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping criaram no País um comportamento empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

Tal situação, que deita raízes em nossa cultura, ensejou a providencial liberação do controle de preços, no contexto da atual política industrial que Vossa Excelência em tão boa hora houve por bem implantar. Essa liberação, imprescindível para viabilizar uma saudável concorrência, voltada para o aumento e aperfeiçoamento da produção e comercialização de bens, para se tornar eficaz necessita, com redobrada urgência, de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos. E esta é a razão pela qual temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência a presente proposta de medida provisória.

*A legislação brasileira pertinente, em particular a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbadas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum senso prático. As alterações que nesta proposta são sugeridas visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto.*²⁸ (grifo nosso)

Foi com base nessa mesma fundamentação que a Lei nº 8.158/91 foi sancionada. Tal lei, ao criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)²⁹ e introduzir mudanças na Lei nº 4.167/92, munuiu a sociedade

26 Medida Provisória nº 218, de 03.09.1990, DOU de 03.08.1990, p. 16.807; Medida Provisória nº 246, de 13.10.1990, DOU de 15.10.1990, p. 19.509; Medida Provisória nº 276, de 05.12.1990, DOU de 06.12.1990, p. 23.464.

27 Tércio Sampaio Ferraz Junior, “Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* nº 180, ano 45, 1992, p. 181, afirma que “a Lei nº 4.137/62, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante. Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental”.

28 Diário do Congresso Nacional, 22.08.1990, Seção Conjunta, p. 3.661.

29 Órgão subordinado ao Ministério da Justiça com a função de “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e

de um instrumental mais eficaz e adequado à regulação do mercado.³⁰ O artigo 74 da Lei nº 4.137/62 ganhou nova redação dada pelo artigo 13 da Lei nº 8.158/91.³¹ O controle de estruturas passou a ser feito *a posteriori* e pela SNDE (que hoje corresponde à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça). O objetivo de tal mudança passa ser a criação de um ambiente propício à atividade econômica, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que de fato se mostrasse lesivo à concorrência e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria (o que era visto como notória exceção). Outra mudança é que os atos que deveriam ser apresentados para aprovação da SNDE eram todos aqueles com potencial lesivo à concorrência, fugindo-se do rol das alíneas da antiga redação. Foi também incluída uma presunção de lesividade, qual seja, a detenção de participação de ao menos 20% do mercado afetado pelas partes de uma operação, caso em que a notificação era obrigatória.³²

Ainda no bojo dessa mesma reforma legislativa foi aprovada a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990,³³ que prevê em seu artigo 4º que o abuso do poder econômico mediante concentração empresarial de qualquer natureza (coalizão, incorporação, fusão, integração, concentração de ações, aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos e direitos) é crime contra a ordem econômica, punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. Quis-se, assim, assegurar tratamento dos mais severos (de ordem criminal) para aqueles atos concentracionistas que possam lesar a concorrência.

As Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91, com suas respectivas regulamentações, passaram a coexistir, por vezes com previsões contraditórias e sem a criação

controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.

30 A Lei nº 8.158/91 foi regulamentada pelo Decreto nº 36, de 14.02.1991 (publicado no DOU de 15.02.1991).

31 Nova redação: “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;

b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;

c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;

d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no “caput”, quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

[...] § 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; [...]

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima. [...]

32 “Art. 74, §2º Incluem-se nos atos de que trata o “caput”, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.”

33 Publicada no DOU de 28.12.1990, p. 25.534.

da noção de um sistema. Além disso, havia outras legislações esparsas – como a Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas³⁴ – que dificultavam ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. Para sistematizar e consolidar os novos conceitos e procedimentos, foi promulgada então a Lei nº 8.884, em 11 de junho de 1994.

A Lei nº 8.884/94 instituiu o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente. Foram também estabelecidas competências em matéria antitruste para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)³⁵ que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”. Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei revogou as Leis nº 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90, e alterou a Lei nº 8.137/90, dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país. Passou-se de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994), tendo havido um período de transição a partir da promulgação da nova Constituição e com a tomada de posse do Presidente Fernando Collor em março de 1990. A aplicação dos novos conceitos em um ambiente econômico propício gerou uma verdadeira *revolução antitruste* no Brasil.

Com relação ao controle de estruturas, optou-se por um sistema de notificação obrigatória e *a posteriori* dos atos de cooperação ou concentração econômica com potencial lesivo à concorrência – sendo estabelecidos critérios objetivos de notificação obrigatória para os casos de concentração econômica no artigo 54 da nova lei. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei nº 8.884/94, um considerável percentual de concentrações foi reprovado – como Rockwell do Brasil/Albarus³⁶ e Brasilit/Eternit³⁷ – ou

34 Publicado no DOU de 14.03.1990, p. 5.167. Prevê que: “Art. 1º Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

I - recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

II - condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que ele indicar ou contratar, quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco.”

35 Instituída em 01.01.1995, como desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

36 AC nº 1/94 (Conselheiro-Relator: Marcelo Monteiro Soares). A operação consistia na aquisição da Divisão Braseixos da empresa Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A (segmento de auto-peças). Ementa: “Por maioria, o Colegiado manifestou-se contrariamente à operação de aquisição da Divisão Braseixos da Rockwell do Brasil S.A. pela Albarus Indústria e Comércio S.A.”, de 01.12.1994. Em 24.01.1995, o ato foi reapresentado (Ato de Concentração nº 26/95) e aprovado em 19.12.1995 mediante a assinatura de um TCD (disponível em <http://www.cade.gov.br/ASPINtranet/temp/t131200819595528.pdf>).

37 AC nº 6/94 (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard). A operação consistia na associação da Eternit S.A. e Brasilit S.A. para a formação de uma nova empresa chamada Eterbrás Sul Ltda. Ementa: “Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S.A. e Eternit S.A. para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.”, de 25.11.1994.

sofreu restrições estruturais, – como Rhodia/Sinasa,³⁸ Gerdau/Pains,³⁹ Kolynos/Colgate,⁴⁰ Brahma/Miller,⁴¹ e Antarctica/Anheuser Bush⁴²). A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados “Termos de Compromisso de Desempenho” (TCD)⁴³. Havia um óbvio *viés de seleção*: no início de vigência da lei apenas as operações que envolviam grandes concentrações eram apresentadas. Ao poucos, o CADE foi afirmando sua competência para analisar atos de concentração com potenciais efeitos lesivos no país. O CADE enviou, principalmente em 1998 e 1999, “*cartas-alerta*” às empresas integrantes de operações para que elas tomassem conhecimento da lei antitruste e apresentassem o ato, caso este preenchesse os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na lei.^{44,45} O objetivo era difundir a existência do

38 AC nº 12/94 (Conselheiro-Relator José Matias Pereira). A operação consistia na formação de uma *joint venture* entre Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio denominada Rhodia-Ster S.A.

39 AC nº 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “*pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korl Gmbh (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes [...] a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau*”. Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim que modificasse a decisão do CADE que vetou a compra da siderúrgica Pains. O Ministro Jobim suspendeu a decisão, o que gerou grande desconforto, sendo que os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. Essa interferência, não prevista em lei, foi altamente polêmica e gerou inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações nº 1.170, de 26.10.1995). O CADE flexibilizou as restrições impostas no momento de execução da decisão.

40 AC nº 27/94.

41 AC nº 58/95.

42 AC nº 83/96.

43 Os TCDs são previstos na Lei nº 8.884/94 como condição à aprovação de atos de concentração que levem preocupações concorrenciais:

“Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.”

O instituto é regulamentado pelo artigo 131 da Resolução nº 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

44 Por exemplo, conforme ata da 97ª sessão ordinária do CADE, de 07.10.1998 (publicada no DOU de 16.10.1998, nº 198-E, seção 1, pp. 1-2), o “*Presidente do C.ADE, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Cartas-Alerta endereçadas às empresas Tirreno e Comércio Derivados Plásticos Ltda., Petroquímica União e Branco Peres Citrus S.A.. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta, que correspondem aos Ofícios/CADE no 1744/98, 1745/98 e 1746/98.*” Ainda, ata da 100ª sessão ordinária do CADE, de 28.10.1998 (publicada no DOU de 06.11.1998), dá conta que “*O Presidente submeteu ao Plenário o teor de duas Cartas-Alerta, endereçadas às empresas Bosch S.A. e Café Seletto. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta. [...] O Presidente do C.ADE, Gesner Oliveira, leu ao conhecimento do Plenário as incorreções apresentadas na reportagem publicada no jornal Gazeta Mercantil, em 26.10.1998, “Cade questiona Grupo Pão de Açúcar”, afirmando que o CADE não questionou ou denunciou a referida empresa. As Cartas-Alerta resultam de competência legal do Plenário do CADE, expressa no inciso XVIII do artigo 7º da Lei 8884/94 (“Compete ao Plenário do CADE: instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), e buscam trazer informações relevantes ao cumprimento da Lei.”*

45 Há registro de que o CADE, em sessão de 26.02.2003, decidiu encaminhar aos bancos “*cartas-alerta*”, informando sobre a necessidade de as instituições financeiras apresentarem todas as fusões e incorporações ocorridas no sistema financeiro à apreciação do órgão.

controle estrutural e assegurar que a lei fosse cumprida, com a aplicação de multas por apresentação intempestiva (que chegou a 20% dos casos, em 1999 e 2000)⁴⁶.

No afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do artigo 54, § 3º⁴⁷: todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fossem apresentados às autoridades brasileiras, principalmente após 2000, ano a partir do qual o CADE passou a ter reputação nacional e internacional.⁴⁸

De 1994 até julho de 2010, mais de seis mil atos de concentração foram apresentados para a análise das autoridades de defesa da concorrência no Brasil. Apesar de todos os esforços das autoridades – eliminação das sobreposições, refinamento dos critérios de notificação, criação de institutos como o “*Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação*” (APRO), emissão de guias de análise – o sistema mostrou-se altamente inefetivo por ser *a posteriori*. Em sistemas em que a notificação é obrigatória e *a posteriori*, as partes não têm incentivo em compartilhar com as autoridades as informações sensíveis. O processo de análise é mais demorado, menos cooperativo e ao final, passou-se tanto tempo, que se estará diante do problema dos “ovos mexidos”: uma vez misturados, fica difícil separar a gema da clara. Exemplo mais claro dessa limitação foi a proibição pelo CADE da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S.A.⁴⁹, até hoje discutida perante o Poder Judiciário. Não por outro motivo, dos oitenta e

46 Gesner Oliveira & Bruno Werneck, *Roteiro para análise de atos de concentração: uma proposta para o quadro institucional brasileiro*, EAESP/FGV/NPP: Núcleo de pesquisas e publicações, sem data.

47 Prevê o artigo 54 que “Art. 54. 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. [...] § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique 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 no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

48 Em linha com o planejamento estratégico estabelecido pelo CADE em 1997: “A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao CADE se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano 2000.” (CADE, *Relatório Anual 1997*, Brasília, 1998, p. 20).

49 AC nº 08012.001697/2002-89; Requerentes: Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., julgado em 04.02.2004). A decisão do CADE foi questionada no Judiciário. Em 19.03.2007, o Juiz da 4ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido dos autores, declarando “aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da antarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”. (Processo nº 2005.34.00.015042-8). Em 28.05.2007, o CADE interpôs recurso de apelação perante o TRF-1ª Região. Em setembro de 2009, a 5ª Turma do TRF-1ª Região, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação “para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento pelo CADE do pedido de repreciação, a fim de que outro julgamento proceda na devida forma”. Em março de 2010, o processo permanecia no Tribunal, aguardando julgamento de embargos de declaração.

oito países identificados como possuidores de controle estrutural⁵⁰, apenas o Brasil, Egito e Paquistão tem controle obrigatório e *a posteriori*.

O sistema encontra-se hoje, portanto, diante de um novo desafio, que é a introdução de um controle prévio de concentrações. Desde 2000, o assunto é especificamente discutido.⁵¹ Em 2005, foi a vez de nova tentativa para emplacar a reestruturação do sistema. A Exposição de Motivos nº 107-A MJ/MF/MP, de 1º de setembro de 2005, deu grande destaque à necessidade de reforma do controle de estruturas:

[...] 18. O controle de concentrações não é prévio, o que significa que as partes podem consumir a operação antes da decisão do Sistema. Isso as incentiva a tentar postergar a análise o máximo possível, ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. Vale observar que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental, em oposição aos condicionantes de caráter estrutural, muito mais efetivos para corrigir questões concorrenciais advindas de operações de concentração, de acordo com os ditames da moderna teoria antitruste.

Por conta do (então) ambiente desfavorável à criação de novas “agências”, entendeu-se por bem descaracterizar que a proposta implicaria nessa situação, excluindo a referência à *Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC*. Preferiu-se investir na reestruturação do CADE, que passaria a ser composto por uma Superintendência (com papel similar ao hoje desempenhado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica

50 Para lista completa, vide Martínez, Ana Paula. *Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento: Uma Contribuição Jurídica à Análise de Custo-Benefício*, Dissertação de Mestrado apresentada em maio de 2008 para obter o título de Mestre na Faculdade de Direito da USP.

51 Decreto Presidencial de 11 de agosto de 2000 instituiu “*Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de concluir os estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência*.” Em 26 de outubro de 2000, referido Grupo de Trabalho colocou em consulta pública proposta, que tocava em três pontos principais no que se refere a controle de estruturas: estabelecimento de um controle prévio, aperfeiçoamento dos critérios de notificação e nova sistemática de análise das operações. Por meio do Aviso nº 805/MF, de 2 de dezembro de 2002, o Ministro da Fazenda encaminhou os projetos (com algumas modificações em relação ao projeto original) para o Ministro Chefe da Casa Civil com a seguinte justificativa: [...] *os problemas diagnosticados são decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema, aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei nº 8.884/94. A existência de três órgãos distintos e a decorrente fragmentação da instrução processual, esta sem paralelo internacional, prolonga excessivamente o prazo de tramitação dos casos e aumenta os custos para o administrado. Note-se, ainda, que esta divisão aumenta significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propicia inclusive que, em alguns momentos, haja trabalhos replicados. [...] Submeter à análise do CADE todas as operações de concentração notificadas, a maioria das quais nitidamente não prejudiciais à concorrência, é minar-lhe a possibilidade de ação efetiva, no horizonte de tempo necessário, em casos de mérito, por pura e absoluta sobrecarga de trabalho. Isso apenas perpetua o modelo perverso que existe hoje, mediante o qual se confere prioridade ao que é menos importante.*” Anexo ao projeto encontrava-se Carta Interministerial firmada pelos então Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão que explicava as mudanças propostas, com especial ênfase na limitação do controle a concentrações *stricto sensu* e na introdução da análise prévia. O principal avanço com relação à proposta de 2000 foi colocar uma segunda “trava” no critério do faturamento, a exemplo de outras jurisdições como União Européia: não basta que uma parte envolvida na operação (ou seu grupo econômico) apresente faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$150 milhões. Será necessário também que o grupo econômico de qualquer outra parte da operação tenha registrado R\$30 milhões de faturamento no Brasil no mesmo período. Outra inovação importante foi a previsão de que esses valores poderiam “*ser alterados por resolução conjunta do CADE e da SDE (ou do órgão colegiado do SBDC)*”, possibilitando a flexibilidade necessária para adequar o critério caso se percebesse que o valor era por demais restrito ou amplo.

da Secretaria de Direito Econômico) e um Tribunal da Concorrência. De resto, o projeto manteve a previsão de análise prévia, a eliminação do critério de participação de mercado e a redução do critério do faturamento de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, com a criação da “segunda trava” de R\$ 30 milhões. O Executivo, na figura do Presidente da República, apoiou o projeto, encaminhado à Câmara sob o nº 5.877/2005. O Projeto de Lei nº 5.877/2005 foi apensado ao Projeto de Lei nº 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca – que trata igualmente da reforma da Lei nº 8.884/94, ainda que de forma muito mais pontual. O Projeto de Lei nº 5.877/2005 foi analisado por Comissão Especial da Câmara e em setembro de 2007, o Deputado-Relator Ciro Gomes apresentou seu voto e proposta de substitutivo, bastante próximo ao projeto apresentado pelo Executivo. Em relação ao controle de concentrações, destaca-se o retorno ao valor de R\$ 400 milhões como critério de faturamento, cumulado com a manutenção da “segunda trava” de R\$ 30 milhões, de modo a limitar o controle de concentrações àquelas operações que de fato podem trazer riscos à concorrência.⁵²

O projeto de reforma do SBDC foi incluído como um dos objetivos do *Programa de Aceleração do Crescimento* (PAC) do Governo Federal, programa apresentado em janeiro de 2007.⁵³ Isso porque espera-se que com a aprovação do PL criar-se-á ambiente institucional mais favorável ao “*livre funcionamento dos mercados e ao investimento privado*”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008 e recebido pelo Senado Federal em fevereiro de 2009, onde desde então aguarda aprovação.

Da continuação do esforço reformador iniciado na década de 90, depende o futuro da política de concorrência no Brasil. O controle de concentrações avançou significativamente desde 1994, mas ainda padece de importantes limitações, especialmente relacionadas ao fato de termos um controle obrigatório *a posteriori*. Nos parece que a hora de instituir um sistema de controle prévio de atos de concentração finalmente chegou (com a conseqüente necessidade de refinamento dos filtros de notificação), o que contribuirá de forma significativa para atingirmos o objetivo último de uma política antitruste: tornar a economia brasileira eficiente, inovadora e competitiva.

52 Nos termos do voto do Deputado-Relator, “*A introdução de uma “segunda trava” com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões.*”

53 Vide Casa Civil, *Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010*, 22.01.2007.

AUTONOMIA DA VONTADE X LIVRE CONCORRÊNCIA: A CLÁUSULA DE NÃO- CONCORRÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

André Luiz Santa Cruz Ramos

*Procurador Federal lotado no CADE. Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em
Direito Empresarial pela PUC-SP. Professor de Direito Empresarial do IESB.*

INTRODUÇÃO

Em minha atuação na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), desde dezembro de 2008, uma questão tem me intrigado bastante: o diferente enfoque que é dado a determinadas matérias de direito privado que se relacionam ao direito concorrencial.

Há vários exemplos que podem ser citados, como a *cláusula de unimilitância* das cooperativas de serviços e a *cláusula de raio* dos contratos de *shopping center*. Em ambos os casos, a discussão do tema ganhou enfoque absolutamente novo e distinto do enfoque antes dado pelo direito privado.

A *cláusula de unimilitância*, à luz do direito privado, durante muito tempo foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro¹. No entanto, quando a matéria foi analisada pelo CADE, à luz do direito concorrencial, entendeu-se que ela ofende o princípio da livre-concorrência e configura, pois, prática anticompetitiva^{2 3}.

- 1 Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. UNIMED. MÉDICO COOPERADO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. VALIDADE. 1 - Consoante entendimento desta Corte, é válida a cláusula do estatuto social que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, vedando a vinculação a outra congênera, sob pena de exclusão do seu quadro associativo. Precedentes. 2 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 179.711/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 19/12/2005 p. 411).*
- 2 Nesse sentido, confira-se o enunciado nº 07 da Súmula de Jurisprudência do CADE: *“Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante”*.
- 3 O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a polêmica, prevalecendo a visão do direito antitruste: DIREITO ECONÔMICO – LIVRE CONCORRÊNCIA – [...] – UNIMED – COOPERATIVA DE SAÚDE – SUBMISSÃO IRRESTRITA ÀS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAM A ATIVIDADE ECONÔMICA – CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE PARA MÉDICOS COOPERADOS – IMPOSSIBILIDADE TANTO SOB O ASPECTO INDIVIDUAL QUANTO SOB O ASPECTO DIFUSO – INAPLICABILIDADE AO PROFISSIONAL LIBERAL DO § 4º DO ARTIGO 29 DA LEI N. 5.764/71, QUE EXIGE EXCLUSIVIDADE – CAUSA DE PEDIR REMOTA VINCULADA A LIMITAÇÕES À CONCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO ART. 20, INCISOS I, II E IV; DO ART. 21, INCISOS IV E V, AMBOS DA LEI N. 8.884/94, E DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N. 9.656/98 – INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PELO AGENTE ECONÔMICO CONFIGURADAS. [...] 2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170. 3. A causa de pedir remota nas lides relativas à cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual. 4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário. 5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV; e do art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos. 6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário. Recurso especial provido. (REsp 1172603/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010).

Do mesmo modo, a *cláusula de raio* é comumente utilizada nos contratos de *shopping center*. Analisada sob a ótica do direito privado, em demandas entre lojistas e os respectivos *shopping centers*, os tribunais brasileiros já admitiram sua validade⁴. No entanto, o CADE, ao analisar o tema sob a ótica do direito concorrencial, também entendeu que ela viola o princípio da livre-concorrência e configura, pois, prática anticompetitiva⁵.

No que se refere à *cláusula de não-concorrência*, a mesma problemática parece estar se delineando, mas com algumas nuances específicas, que merecem um maior detalhamento da discussão.

O presente ensaio, pois, pretende estudar como a jurisprudência do CADE tem analisado, à luz do direito concorrencial, a validade das *cláusulas de não-concorrência* presentes nos contratos que formalizam atos de concentração submetidos ao crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

1 A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NA VISÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

É muito comum que nos contratos de *traspasse*⁶ as partes estipulem uma cláusula proibindo o alienante do estabelecimento empresarial de fazer concorrência ao adquirente por um determinado prazo. Essa cláusula é conhecida tanto no direito empresarial quanto no direito concorrencial como *cláusula de não-concorrência*.

No direito empresarial, o estudo da mencionada cláusula nos remete ao célebre litígio entre a *Companhia de Tecidos de Juta* contra o *Conde Álvares Penteado* e a *Companhia Paulista de Aniagem*, caso que proporcionou uma brilhante batalha jurídica entre dois dos maiores juristas brasileiros: Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa.

No processo em referência, discutia-se, em síntese, se a cessão de clientela era considerada algo inerente ao próprio contrato de transferência do estabelecimento. Isso porque o Conde Álvares Penteado, acionista majoritário da Companhia de Tecidos de Juta, bem como seus parentes, acionistas minoritários, alienaram sua participação societária a terceiros, os quais passaram a explorar aquele empreendimento. Efetivada a transação,

4 [...] *Apelação. Ação renovatória. Locação entre shopping center e lojista. Cláusula proibindo o locatário de também se instalar em shopping concorrente durante a vigência do negócio. Validade, em tese, da disposição contratual, denominada cláusula de raio. Relação peculiar oriunda do contrato celebrado entre shopping centers e lojistas, caracterizando, não uma mera locação, mas parceria de negócios entre empreendedor e lojistas. Ampla liberdade para a celebração de contratos do gênero, nos termos do art. 54 da Lei 8.245/91. [...] (TJSP, Apelação com Revisão nº 816681-0/4, Rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, julgado em 18/10/2005, DJ 25/10/2005).*

5 Nesse sentido, já decidiu o Plenário do CADE: *Processo administrativo. Imposição de cláusula de raio aos lojistas nos contratos de locação comercial do Shopping Center Iguatemi. Irrazoaabilidade. Conduta tendente ao fechamento do mercado relevante de shopping centres de alto padrão, configurando infração à ordem econômica, nos termos do art. 21, IV e V, c/c art. 20, I, da lei 8.884/94. [...] (CADE, PA nº 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. LUÍS FERNANDO RIGATTO VASCONCELOS, julgado em 04/09/2007).*

6 É o nome que se dá, no direito empresarial, ao contrato que envolve a transferência do estabelecimento empresarial, ou seja, trata-se do contrato por meio do qual um empresário individual ou uma sociedade empresária aliena a outro empresário individual ou sociedade empresária todo o complexo de bens, materiais e imateriais, usados no exercício de sua atividade empresarial.

entretanto, o Conde constituiu nova sociedade empresária, a Companhia Paulista de Aniagem, com atuação no mesmo ramo de atividade de sua antiga companhia, ou seja, passou o Conde a fazer concorrência aos terceiros que adquiriram seu antigo estabelecimento empresarial.

A Companhia de Tecidos de Juta, sentindo-se prejudicada em função da concorrência praticada pelo novo empreendimento, ingressou com ação judicial na qual pleiteava a devolução dos valores pagos a título de *aviamento*⁷ pelo antigo estabelecimento do Conde. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a cláusula de não-concorrência não se considerava implícita no negócio firmado entre as partes litigantes, *in verbis*:

A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no artigo 17, do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891. A renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria, não se presume. Ela deve ser expressa, ou pelo menos, resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência.

Ocorre que, não obstante tenha a Suprema Corte assim decidido nesse célebre caso, a jurisprudência foi, ao longo dos anos, consolidando-se em sentido oposto. Firmou-se o entendimento de que, mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação contratual implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento empresarial.

Essa obrigação implícita imposta ao alienante é uma decorrência lógica da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais e encontra respaldo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros⁸. Com efeito, o adquirente do estabelecimento empresarial tem em vista a clientela do alienante, razão pela qual o restabelecimento deste, na medida em que pode, claramente, desviar essa clientela, que tende a segui-lo, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, no âmbito da qual se inclui a legítima expectativa do adquirente de “herdar” a clientela atrelada ao estabelecimento empresarial por ele adquirido. No mesmo sentido sempre se posicionaram os mais renomados comercialistas brasileiros, *in verbis*:

Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio (Código Comercial, artigos 214 e 215). Consequentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Esta turbção por parte

7 Aviamento é expressão que significa, em síntese, a aptidão que um determinado *estabelecimento* possui para gerar lucros ao exercente da *empresa*. Embora não se confunda com a clientela, está a ela intrinsecamente relacionado. Trata-se, enfim, de uma qualidade do estabelecimento, que vai influir sobremaneira na sua valoração econômica.

8 Cite-se, por exemplo, o art. 2.257 do *Codice Civile* italiano de 1942, norma que inspirou, claramente, a redação do art. 1.147 do Código Civil brasileiro.

do vendedor importaria privar o comprador, em todo ou em parte, da coisa vendida.⁹

A hipótese verifica-se, com relativa frequência, nas vendas de estabelecimentos comerciais ou industriais, obrigando-se o vendedor a não se estabelecer de novo com o mesmo gênero de comércio ou indústria. É a chamada cláusula de interdição de concorrência. O comprador não visa apenas à aquisição do estabelecimento com as suas mercadorias e outros elementos materiais que o compõem, mas, principalmente, à sua freguesia, a qual, com toda a probabilidade, se manteria fiel ao antigo proprietário, se este voltasse a se estabelecer com o mesmo negócio ou indústria. Como a clientela não pode ser objeto de venda ou cessão, o adquirente do estabelecimento procura garanti-la, fazendo incluir no contrato a referida cláusula, pela qual o vendedor, obrigando-se a não fazer concorrência ao comprador, renuncia implicitamente à clientela que formou.¹⁰

Em atenção a esse entendimento – o qual, como dito, consolidou-se na jurisprudência brasileira ao longo dos anos – o Código Civil de 2002 editou o art. 1.147, que impõe a quem vende um estabelecimento empresarial, salvo disposição expressa em contrário¹¹, a obrigação contratual implícita de não se restabelecer para fazer concorrência ao adquirente por um determinado prazo – 05 (cinco) anos a partir da transferência –, a fim de evitar o desvio da clientela em detrimento do empresário-adquirente.

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Vale ressaltar que caso o Código Civil não tivesse estabelecido a norma contida no seu art. 1.147, ainda assim o alienante do estabelecimento estaria impedido de fazer concorrência ao adquirente por determinado prazo, em obediência ao princípio da boa-fé objetiva que deve presidir as relações contratuais. Era o que defendia há bastante tempo Oscar Barreto Filho, com base na experiência de outros países:

Na falta de lei expressa, em nosso país, não se deve admitir duração do pacto por prazo superior a cinco anos, que é o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, e que é também

9 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. V. 1ª Parte. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

10 GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

11 Nada impede, portanto, que as partes estipulem, no contrato de trespasse, que o alienante pode se restabelecer a qualquer momento. Nada impede, ainda, que se estipule um prazo diverso do estatuído na norma em comento. Há até mesmo quem sustente que “a vedação pode caducar antes do transcurso deste prazo [refere-se aos 5 anos previstos no art. 1.147 do CC], provando que a atividade está consolidada nas mãos do adquirente e, destarte, afastado o perigo de desvio de clientela.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 139).

o fixado pelo Decreto 24.150, de 1934, como bastante para estabilizar o aviamento do fundo em relação ao seu titular. Admite-se, portanto, a validade da cláusula interditória da concorrência, se limitada razoavelmente no tempo ou no espaço.¹²

No entanto, a norma do Código Civil não é inócua. A cláusula geral de boa-fé contratual, prevista no art. 422 do código, refere-se às fases de negociação, conclusão e execução do contrato, não mencionando, todavia, a fase pós-contratual¹³. O art. 1.147 do Código Civil, portanto, estende a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao momento posterior ao contrato de trespasse, no intuito de assegurar ao adquirente a plena fruição do estabelecimento adquirido, mais especificamente no que diz respeito à clientela.

2 A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NA VISÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

No direito concorrencial, a cláusula de não-concorrência, na medida em que configura disposição contratual que impede a concorrência entre agentes econômicos, é vista com bastante cautela pelas autoridades antitruste.

Em princípio, as cláusulas de não-concorrência são aceitas pelo direito concorrencial, mas desde que atendidos determinados pressupostos.

Nos Estados Unidos, dois casos foram muito importantes para a definição do tratamento que as autoridades antitruste americanas dispensam às cláusulas de não-concorrência: *United States v. Addyston Pipe e Standar Oil Co. v. United States*. No primeiro caso, estabeleceu-se o entendimento de que as cláusulas restritivas de concorrência seriam legais desde que fossem acessórias e razoáveis. No segundo caso, por sua vez, entendeu-se que as cláusulas restritivas de concorrência, mesmo que fossem diretas, e não meramente acessórias, poderiam ser válidas, desde que fossem razoáveis¹⁴. Em suma: a análise das cláusulas de não-concorrência se basearia sempre na regra da razão (*rule of reason*)¹⁵.

Na Europa, por outro lado, as cláusulas de não-concorrência são consideradas legais desde que sejam diretamente relacionadas e necessárias à implementação do ato de concentração. Por isso, a Comissão

12 BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 254.

13 Já está em tramitação no Congresso Nacional, porém, projeto de lei que visa a alterar o art. 422 do CC, passando a mencionar expressamente também a fase pós-contratual.

14 Em percuciente voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.006940/2007-60, o Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo, citando *Sullivan & Harrison*, afirma que “em *Standard Oil Co. v. United States*, a Suprema Corte reformou a doutrina das restrições anulares estabelecida em *Addyston Pyre*, ao considerar que mesmo uma restrição direta pode ser legal se for razoável. Portanto, a regra da razão pode ser aplicada tanto para as restrições diretas quanto para as anulares”.

15 “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). [...] A regra da razão [...] é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed; São Paulo: RT, 2008, pp. 207-211.

Européia tem fixado limites materiais, geográficos e temporais para essas cláusulas, conforme a natureza dos atos de concentração a que elas estão relacionadas.

No Brasil, o CADE tem adotado uma postura semelhante à da Comissão Européia, ou seja, tem-se entendido que as cláusulas de não-concorrência são válidas, desde que: (i) sejam medidas auxiliares ao negócio principal (accessoriedade); (ii) sirvam de garantia da viabilidade negocial (instrumentalidade); (iii) submetam-se a parâmetros mínimos fixados pelo Conselho, notadamente relacionados aos limites material, territorial e temporal da cláusula.

Nesse sentido, por exemplo, é muito comum que o CADE aprove determinados atos de concentração com restrição específica em relação à abrangência territorial da cláusula de não-concorrência, determinando a alteração do contrato para que a referida cláusula seja adaptada aos parâmetros fixados pela jurisprudência do Conselho. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

NÚMERO: 08012.009679/2007-50

RELATOR: CONSELHEIRO Olavo Zago Chinaglia

DATA DO ACÓRDÃO: 30/10/2009

DECISÃO: [...] *Aprovação condicionada a adequação de abrangência geográfica da cláusula de não-concorrência, em consonância com pareceres da SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE, SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – SDE E PROCURADORIA DO CADE – ProCADE.*

NÚMERO: 08012.002397/2008-11

RELATOR: CONSELHEIRO Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/2/2009

DECISÃO: *Isto posto, voto pela aprovação da operação condicionada à adequação da dimensão geográfica da cláusula de não-concorrência aos estados de Pernambuco e Paraíba, Rio Grande do Norte e Alagoas, nos termos apresentados acima, no prazo de 30 (trinta) dias, adotando como fundamentos, no que couber, os argumentos e conclusões apresentados nos pareceres da SEAE, SDE e ProCADE.*

NÚMERO: 08012.008939/2008-51

RELATOR: CONSELHEIRO Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/3/2009

DECISÃO: *A cláusula de não-concorrência, no que tange à sua extensão geográfica, não se encontra em consonância com entendimentos anteriores do plenário do cade, que limita os efeitos desse tipo de cláusula à área afetada pela operação. [...] Voto pela aprovação do ato, condicionada à adequação da dimensão geográfica da cláusula de não-concorrência à região metropolitana de São Paulo/SP.*

NÚMERO: 08012.007166/2008-95

RELATOR: Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/2/2009

DECISÃO: *Conforme ressaltado pela Secretaria, referida cláusula se encontra em desacordo com entendimentos recentes do plenário do CADE, no que tange à*

sua dimensão geográfica, uma vez que abrange uma área maior que a do mercado relevante.

NÚMERO: 08012.005779/2008-98

RELATOR: Olavo Zago Chinaglia

DATA DO ACÓRDÃO: 15/10/2009

DECISÃO: *Tanto a SEAE quanto a SDE recomendaram a adequação de tal cláusula à jurisprudência do CADE: prazo de cinco anos e abrangência territorial igual à dimensão geográfica dos mercados relevantes, neste caso, o território nacional. [...] As cláusulas de não concorrência justificam-se quando ancilares ao negócio principal, sendo determinantes para sua concretização possibilitando que as partes usufruam plenamente os bens tangíveis e intangíveis adquiridos. [...] Considero a cláusula de não-concorrência desnecessária para a viabilização da presente operação e, considerando a alta concentração do mercado e as escassas possibilidades de entrada de novos concorrentes, prejudicial ao ambiente competitivo ao impedir que pessoas com conhecimento do negócio possam voltar ao mercado, seja através de novos investimentos, seja associando-se como concorrentes já estabelecidos e com menos participação de mercado.*

NÚMERO: 08012.010218/2008-19

RELATOR: Paulo Furquim de Azevedo

DATA DO ACÓRDÃO: 22/5/2009

DECISÃO: *Voto pela aprovação da operação condicionada à alteração da cláusula de não-concorrência, de modo que seja limitada a todos os trechos rodoviários, até uma extensão de 100 km, adjacentes a cada estabelecimento da rede Frango Assado.*

NÚMERO: 08012.005881/2008-93

RELATOR: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

DATA DO ACÓRDÃO: 30/7/2008

DECISÃO: *Voto pela imposição de restrições, em conformidade com o parecer da ProCADE, de modo que a cláusula de não-concorrência seja alterada para se restringir às regiões Sul e Sudeste do Brasil.*

NÚMERO: 08012.002813/2007-91

RELATOR: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

DATA DO ACÓRDÃO: 8/8/2008

DECISÃO: *Há cláusula de não-concorrência no Contrato de Compra e Venda e Outras Avenças referentes às operações, cuja abrangência geográfica é o território nacional. Tendo em vista que os mercados relevantes envolvidos nas operações têm dimensões geográficas diversas, acompanho o parecer da SEAE no sentido de que a cláusula de não-concorrência seja adequada para abranger a área em que o Grupo Ipiranga atuava antes das operações.*

NÚMERO: 08012.004757/2005-68

RELATOR: Ricardo Villas Bôas Cueva

DATA DO ACÓRDÃO: 6/10/2005

DECISÃO: *Verifico que no aspecto espacial, a cláusula abrange todo o território nacional, enquanto que, conforme entendimento já consolidado deste Conselho, a cláusula deve se limitar tão somente ao mercado relevante geográfico da operação. Isso porque a cláusula de não-concorrência tem o objetivo de proteger o investimento especificamente, fazendo com que o alienante não possa, aproveitando de sua*

experiência, desviar a clientela “adquirida” pelo comprador naquele mercado, pois esta clientela certamente foi um fator determinante na escolha do investimento. A ampliação pretendida pela adquirente consistiria, mais uma vez, em uma limitação injustificada da concorrência em mercados distintos dos envolvidos na presente operação.

NÚMERO: 08012.007585/2002-31

RELATOR: Thompson Almeida Andrade

DATA DO ACÓRDÃO: 21/5/2004

DECISÃO: *Não se pode olvidar que a cláusula de não-concorrência é uma restrição acessória que de forma alguma pode transcender o principal e que deve ater-se aos âmbitos dos respectivos Atos de Concentração, razão pela qual reafirmo que a cláusula de não concorrência in caso deve se ater aos limites dos respectivos mercados relevantes definidos para as presentes operações e aos seus limites geográficos. De fato, não é razoável na perspectiva das provas e análise dos autos que se admita que tal cláusula tenha abrangência nacional. Isso porque se assim admitida não teria caráter acessório que lhe é necessário para garantir as atividades da compradora, passando, então, a ser ato que limita a livre concorrência.*

Como se vê, a jurisprudência do CADE se consolidou no sentido de que a simples previsão de cláusula de não-concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante deve ser repelida, porque tal cláusula só se justificaria como elemento acessório do contrato que instrumentaliza o ato de concentração. Assim, se a operação se restringe a um mercado relevante geográfico específico, a cláusula, por ser acessória à operação, deveria também se restringir a esse mercado.

3 AUTONOMIA DA VONTADE X LIVRE CONCORRÊNCIA

Quando o CADE resolve intervir nos contratos firmados entre agentes econômicos, determinando a alteração de cláusulas que restringem a concorrência, está resolvendo uma questão que envolve, necessariamente, uma tensão entre os princípios da autonomia da vontade e da livre concorrência.

A autonomia da vontade é princípio fundamental que preside as relações contratuais, nos termos do art. 421 do Código Civil. Esse princípio assegura às partes a liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não realizar um determinado contrato) e a liberdade contratual (faculdade de estabelecer livremente o conteúdo do contrato).¹⁶

Em contrapartida, a livre concorrência é um princípio constitucional que fundamenta a ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal. Esse princípio é tão importante que assegura ao Estado a possibilidade de intervir nas relações jurídicas privadas para garantir a sua observância.¹⁷

16 Nesse sentido: WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 190.

17 “O princípio da livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros”: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 05.

Pois bem. O debate acerca da validade das cláusulas de não-concorrência no direito antitruste envolve um conflito entre o princípio da autonomia da vontade, que garante às partes o direito de pactuar a proibição de que uma delas faça concorrência com a outra por determinado período e em certa área geográfica, e o princípio da livre concorrência, que garante ao Estado, por meio das autoridades competentes, o poder de intervir nas relações contratuais para evitar danos ao ambiente concorrencial.

Sabe-se que os conflitos entre princípios não dão origem a antinomias verdadeiras. Assim, para a solução desses conflitos não se utilizam os tradicionais critérios formais de solução de conflitos entre regras jurídicas¹⁸: *Lex posterior derogat Lex priori*, *Lex superior derogat Lex inferiori* e *Lex specialis derogat Lex generalis*.

Os conflitos jusprincipiológicos são solucionados pela aplicação da técnica da concordância prática, também chamada de harmonização, que consiste, grosso modo, na redução proporcional do âmbito de alcance de cada princípio, preponderando aquele de maior peso.¹⁹

Ao contrário das normas-regras, que têm vigência excludente no caso de conflito, as normas-princípios têm vigência concorrente. Enquanto “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, os princípios, em contrapartida, “apenas enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”.²⁰

Diante do exposto, não há dúvidas de que o CADE tem competência e legitimidade para impor condições à aprovação de atos de concentração, interferindo nas relações jurídicas privadas firmadas entre os agentes econômicos que submetem atos de concentração empresarial ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Isso se dá porque nesses casos prevalece o princípio da livre concorrência, pilar fundamental da ordem econômica, em detrimento de outros princípios que regem o mercado.

Vale frisar que nessas situações a prevalência do princípio da livre concorrência não significa a negativa de vigência ao princípio da autonomia da vontade ou a qualquer outro princípio, mas tão-somente a redução do seu alcance num determinado caso concreto. Afinal, conforme se destacou acima, o conflito entre princípios não exclui a vigência de um deles, mas apenas dá ensejo a um processo de ponderação dos valores e metas ditados pelos princípios em questão, visando à máxima realização de ambos.²¹ São, portanto, critérios materiais – e não formais – que acarretam a não-aplicação de um determinado princípio num caso concreto, e nesta tarefa sobressai a fundamental importância do sobreprincípio da proporcionalidade.²²

18 Na atual fase de pós-positivismo jurídico, os princípios e as regras são, segundo a doutrina majoritária, espécies do gênero *norma jurídica*. Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 52-53.

19 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 162.

20 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-41.

21 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, pp. 66-67.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. “A principalização da jurisprudência através da Constituição”. In: *Revista de Processo* n.º 98. São Paulo: RT, abr./jun. de 2000, p. 83.

Não se pode esquecer ainda que o próprio Código Civil, ao consagrar a autonomia da vontade como princípio que rege as relações contratuais, deixou claro que, embora as partes tenham as já mencionadas liberdade de contratar e liberdade contratual, elas devem ser exercidas em razão e nos limites da função social do contrato. Isso significa que o próprio legislador reconheceu a possibilidade de limitação da autonomia da vontade das partes, quando for necessário proteger *interesses institucionais*, como é o caso da defesa da livre concorrência.²³

Pois bem. Não restam dúvidas de que o CADE pode – e deve – intervir nos contratos que instrumentalizam atos de concentração empresarial submetidos ao seu julgamento. No entanto, essa intervenção só será legítima quando a operação puder causar danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência. Trata-se de pressuposto à atuação interventiva da autoridade antitruste, já que é justamente a defesa da livre concorrência o interesse institucional que legitima a limitação da autonomia da vontade.

Ora, ausente a possibilidade de a operação causar danos ao ambiente concorrencial, por que intervir no contrato? Qual o fundamento para a mitigação da liberdade contratual nesse caso? Parece-nos que intervenção da autoridade antitruste nos contratos firmados entre os agentes econômicos, nesse caso, configura uma indevida intromissão do Estado na esfera privada.

As partes requerentes possuem profissionais especializados que as orientam quanto à celebração dos contratos que instrumentalizam atos de concentração empresarial. Assim, com base no cotejo das circunstâncias do caso com a jurisprudência do CADE, pode-se prever, com segurança, que uma determinada operação será aprovada pelo Conselho, em razão da flagrante ausência de preocupações concorrenciais. Nesse caso, as partes podem pactuar livremente as cláusulas contratuais, dentre elas a que disciplina a obrigação de não-concorrência do alienante do estabelecimento empresarial²⁴. É mais: na legítima expectativa de que a operação será aprovada pela autoridade antitruste, as partes podem ter precificado a obrigação de não-concorrência. A determinação posterior de alteração do contrato pode, conseqüentemente, atingir seriamente a equação econômica do contrato.

Mas a questão não se encerra aqui. Contra os argumentos expostos acima alega-se o seguinte: a conclusão de que a operação não gera efeitos anticoncorrenciais restringe-se à análise do mercado relevante da operação; portanto, quando a cláusula extrapolar os limites geográficos do mercado relevante, a mesma conclusão pode não ser válida quanto aos demais mercados.

23 Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. “Função social do contrato: primeiras anotações”. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 823, São Paulo: RT, maio de 2004, pp. 67- 86.

24 “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante [hoje empresário] para a exploração de determinada atividade mercantil [hoje empresa]”: BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1964. p. 73. De acordo com o art. 1.142 do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Exemplificando o que foi dito no item anterior: O CADE concluiu que uma determinada operação não gera preocupações concorrenciais no Distrito Federal (mercado relevante geográfico analisado), mas a cláusula de não-concorrência abrange toda a região Centro-Oeste; portanto, nada impede que nos outros Estados a cláusula gere efeitos nocivos à concorrência.

De fato, a alegação resumida e exemplificada nos parágrafos anteriores é absolutamente plausível, mas nos leva a outro problema: por que, então, não fazer a análise dos efeitos da cláusula de não-concorrência nesses outros mercados relevantes geográficos abrangidos pela cláusula? Caso essa análise seja feita e se verifique a potencialidade de efeitos nocivos ao ambiente concorrencial, com certeza o CADE poderá – e deverá – intervir no contrato, determinando a sua alteração. O que não se pode admitir, no entanto, é que abstratamente se proíba a previsão de cláusula de não-concorrência que extrapole os limites geográficos do mercado relevante, como o Conselho tem feito, *data maxima venia*.

Conforme já destacamos acima, entende o Conselho que a simples previsão de cláusula de não-concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante é ilegal, porque a cláusula deve ser acessória ao contrato. Assim, se a operação se restringe a um mercado relevante geográfico específico, a cláusula de não-concorrência, por ser acessória à operação, deveria também se restringir a esse mercado. O mesmo raciocínio, frise-se, vale para a duração temporal da cláusula: se ela, por exemplo, se refere a uma operação que envolve transferência de tecnologia, seu prazo não deveria ser superior ao tempo necessário a essa transferência.

O argumento também é plausível, mas novamente vem à tona o problema acima mencionado: por que, então, não fazer a análise dos efeitos da cláusula de não-concorrência nesses outros mercados? Alguns poderiam dizer que a análise seria desnecessária porque essa cláusula, na medida em que perde (supostamente) seu caráter acessório ao contrato, configuraria uma restrição direta, e não meramente ancilar. O argumento seria válido se se considerasse a cláusula de não-concorrência, nessa hipótese, um ilícito concorrencial *per se*, mas isso, ao que nos parece, vai de encontro ao próprio entendimento do Conselho, que analisa as cláusulas restritivas de concorrência segundo a regra da razão²⁵.

Não temos dúvidas de que a tarefa de analisar as cláusulas de não-concorrência e sua repercussão no ambiente concorrencial não é fácil. Também não temos dúvidas de que a realização de análise dos efeitos das cláusulas de não-concorrência além do âmbito geográfico do mercado relevante das operações nas quais elas se inserem tornará a instrução dos atos de concentração submetidos ao SBDC mais complexa e, conseqüentemente, mais demorada. Mas não há como ser diferente. É

25 “A ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como um ‘ilícito *per se*’ e considerado como restritivo da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiado”: FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed; São Paulo: RT, 2008, pp. 209-210.

o mínimo que se pode oferecer aos agentes econômicos, em respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica.²⁶

Registre-se que também é de nosso conhecimento o fato de que o CADE, há tempos, tem adotado uma postura restritiva na análise de cláusulas de não-concorrência, aproximando-se, nesse ponto, mais da jurisprudência antitruste européia do que da americana. Nos Estados Unidos, as autoridades concorrenciais privilegiam a atuação repressiva.

Na prática [...], os órgãos de defesa da concorrência norte-americanos optam por uma política repressiva quando se trata de restrições anclares. Desse modo, as cláusulas de não-concorrência são, *a priori*, motivo de pouca preocupação, sendo, porém, objeto de investigações caso se demonstrem, na prática, atentatórias à ordem econômica. Ou seja, operações que possam suscitar preocupações concorrenciais levam a que a Administração Pública monitore proximamente a atuação dos agentes econômicos, viabilizando a interferência do Estado, *ex post*, quando se prove que da cláusula derivam efeitos anticoncorrenciais.²⁷

Entendo ser essa uma postura mais adequada, sobretudo porque a análise preventiva, típica dos procedimentos de instrução dos atos de concentração, é feita com base em perspectivas que podem, futuramente, não se confirmar.

Ademais, a aprovação de cláusulas de não-concorrência em análise preventiva de atos de concentração não obsta a posterior abertura de processo administrativo para apuração de condutas anticompetitivas. Aliás, a aprovação do ato de concentração pelo Conselho não produz sequer “coisa julgada administrativa”, podendo o CADE revisar sua própria decisão, com base no disposto no art. 55 da própria Lei nº 8.884/1994, *in verbis*:

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Finalmente, cabe ressaltar também que o CADE pode aprovar uma operação que contenha cláusula de não-concorrência e determinar aos demais órgãos do SBDC – notadamente a SDE (Secretaria de Direito Econômico) – o monitoramento do respectivo mercado, caso entenda que a cláusula tem potencial para, futuramente, produzir efeitos anticompetitivos. Esta postura privilegia a autonomia da vontade, mas sem deixar de respeitar a

26 “Ao contrário do CADE, quando cláusulas de não-concorrência ou de exclusividade de distribuição estão previstas no acordo de fusão e um possível dano à concorrência é identificado, a FTC [Federal Trade Commission, órgão americano equivalente ao CADE] geralmente analisa essas cláusulas separadamente à análise estrutural do acordo. Os técnicos atribuem essa diferenciação à racionalidade da análise prévia do ato de concentração: a análise da fusão deve ser feita o quanto antes, enquanto a análise da conduta não precisa ser imediata” (tradução livre): TAUFICK, Roberto Domingos. “A brief of the Federal Trade Commission’s organization and operation”. In: *Revista de Direito da Concorrência* nº 01. Brasília: IOB/CADE, jan.-mar. de 2004, pp. 69 e segs.

27 Trecho do voto do Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração nº 08012.006940/2007-60.

defesa da livre concorrência, que apenas fica postergada para um momento futuro, caso se consuma uma lesão ao ambiente concorrencial.

4 CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, pode-se concluir que as cláusulas de não-concorrência, do ponto de vista do direito empresarial, são estipulações contratuais legítimas e justificáveis, porque se destinam a proteger o adquirente de estabelecimento empresarial (fundo de comércio) contra um possível desvio de clientela.

Também se pode concluir que as cláusulas de não-concorrência, do ponto de vista do direito concorrencial, são estipulações contratuais em princípio legítimas, mas que podem produzir efeitos anticompetitivos a depender dos termos em que são pactuadas. Nesses casos, a autoridade antitruste tem competência para intervir nos contratos e determinar a alteração da cláusula de não-concorrência, quanto aos seus aspectos material, territorial ou temporal.

Assim, entendemos que a intervenção do CADE nos contratos firmados entre os agentes econômicos para instrumentalizar um ato de concentração é legítima, desde que essa intervenção se fundamente na defesa do ambiente concorrencial, porquanto nesse caso se justifica a mitigação do princípio da autonomia da vontade em homenagem ao princípio da livre concorrência.

A *contrario sensu*, entendemos que a reconhecida ausência de preocupações concorrenciais de um determinado ato de concentração não legitima a intervenção do CADE na autonomia de vontade das partes, não sendo possível, nesse caso, que o Conselho condicione a aprovação da operação a uma alteração contratual, como tem feito usualmente nos casos de cláusula de não-concorrência.

No caso específico das cláusulas de não-concorrência, o CADE deve aplicar sempre a regra da razão para aferir a sua legalidade. Se a cláusula extrapolar os limites geográficos do mercado relevante ou o prazo legal de duração (cinco anos, nos termos do art. 1147 do Código Civil), isso não é, por si só, suficiente para torná-la ilegal. As partes devem ter a oportunidade de justificar os termos da cláusula de não-concorrência pactuada, sendo recomendável que o CADE só as impeça quando houver clara possibilidade de dano ao ambiente concorrencial. Em outros casos, o CADE pode: (i) analisar a operação e a cláusula de não-concorrência separadamente; ou (ii) aprovar a operação e monitorar o mercado e os agentes econômicos envolvidos. Em ambos os casos, o CADE estará privilegiando a autonomia da vontade das partes e, ao mesmo tempo, resguardando a defesa da livre concorrência. Isso se dará porque o próprio Conselho poderá, futuramente, revisar a decisão proferida no ato de concentração (art. 55 da Lei nº 8.884/1994), sem embargo da possibilidade de a SDE instaurar processo administrativo para apuração de conduta anticompetitiva (art. 32 da Lei nº 8.884/1994).

CONFLITO ENTRE NORMAS DO CADE E DA ANATEL

Arthur Sanchez Badin, advogado, Presidente do CADE para o mandato 2009/2010. Foi Procurador-Geral do CADE por dois mandatos (2006/2007 e 2008/2009), Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico (2003/2005) e Presidente do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (2003/2005). Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP.

*Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, advogado, Procurador Federal, Procurador-Geral do CADE para o mandato 2010/2011. DEA- Diplôme d'Etudes Approfondies- Faculté de Droit de Montpellier 1, France.
Área do Direito: Administrativo; Econômico; Regulatório*

SUMÁRIO: 1 Relatório; 2 Da fundamentação jurídica; 3 Conclusão: solução no caso concreto; 4 Despacho do Procurador-Geral; 5 Aditamento ao Despacho do Procurador-Geral; 6 Bibliografia.

RESUMO: Em caso de contradição entre decisão do CADE e de Agência Reguladora, qual deve prevalecer? A questão foi tratada em parecer da Procuradoria do CADE, da lavra dos autores, exarado em processo administrativo sancionador. O CADE proferiu decisão autorizando a TELESP a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços de transmissão de dados corporativos (EILD). Posteriormente à decisão do CADE, sobreveio norma regulatória da ANATEL que proibiu a TELESP (e demais empresas do setor) de praticar tais descontos. Nesse contexto, o parecer cuidou de definir qual norma deveria prevalecer, se a decisão do CADE (norma concreta) ou a regulação da ANATEL (norma abstrata).

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Normas. Regulação. Concorrência

ABSTRACT: In cases involving conflict between a decision of CADE and a regulation of a regulatory agency, which rule should prevail? The issue is dealt with in an opinion of the Attorney General's Office of CADE, issued in a punitive administrative proceeding. CADE rendered a decision authorizing TELESP to establish its discount policy for transmitting corporate data services (acronymed EILD). After CADE's ruling, a regulation was enacted by ANATEL prohibiting TELESP (and other players of telecom market) to grant discounts of such a kind. Given this background, the opinion was rendered for defining what rule should prevail: CADE's decision (concrete rule) or ANATEL's regulation (abstract rule)

KEYWORDS: Conflict. Rules. Regulation. Competition

1 RELATÓRIO

Nos autos do Processo Administrativo (PA) nº 53500.005770/2002 para apuração de infração contra a ordem econômica, o CADE adotou medida preventiva determinando à TELESP que, até a decisão final do PA (Prodam), os preços cobrados pela prestação de serviços de EILD fossem iguais, tanto para empresas concorrentes, quanto para a subsidiária da Telesp, Telefônica Empresas.

No despacho concessivo do provimento de urgência, restou estabelecido que a Medida Preventiva poderia ser revogada a qualquer tempo se a Representada apresentasse critérios de descontos objetivos, os quais tivessem efeito neutro sobre a concorrência ou que fossem justificáveis sob o ponto de vista de geração de eficiências econômicas.

A TELESP, nesse sentido, apresentou proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) à ANATEL e ao CADE, referente às condições de comercialização de EILD.

A proposta de celebração de TCC foi aprovada pela ANATEL, e o Termo assinado determinou à TELESP, dentre outras obrigações, cessar imediatamente a prática investigada no Processo Administrativo (Prodam).

Para poder aplicar descontos equitativos, a TELESP registrou sua política comercial no TCC, comprometendo-se a informar sobre qualquer alteração futura, ficando, assim, dispensada do compromisso de praticar os valores de acesso local da tabela quando seus concorrentes ofertarem preços inferiores constantes da mesma.

O TCC foi homologado pelo CADE, ficando suspenso o Processo Administrativo (Prodam). A TELESP, diante da homologação deste TCC, apresentou à ANATEL proposta de celebração de TCC em mais dois processos remanescentes (TCC Prodesp e Dataprev) nos mesmos termos do TCC Prodam.

Os TCC's Prodesp e Dataprev foram também aprovados pela ANATEL e homologados pelo CADE, fixando-se os limites de atuação da TELESP na oferta de EILD local, restando suspensos os respectivos processos administrativos.

Para compreender as peculiaridades deste mercado, insta dizer que existem dois regimes de oferta de EILD regulados pela ANATEL. O regime geral, o qual permite a aplicação de descontos, e o regime regulado especial, cujos agentes são detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS), de acordo com mercados relevantes definidos pela ANATEL (artigo nº 13 da Res. nº 402/05).

Os TCC's (Prodam, Prodesp e Dataprev) tiveram que se adequar à cláusula 9ª, a qual dispunha que o regime de oferta de EILD seria regulado pela Resolução 402/05.

O que dá ensejo à presente manifestação é que a ANATEL editou Resolução nº 437/06, estabelecendo que a TELESP, suas controladoras, controladas e coligadas detêm PMS na oferta de EILD local e a longa distância para velocidades de transmissão menores ou iguais a 2.048 kbps em todo

o Estado de São Paulo (Região III). Diante do dispositivo acima citado, a TELESP passa a estar impedida de fornecer os descontos antes autorizados.

A TELESP, em sua linha de argumentação, uarguiu que não teria PMS nas localidades ou sub-localidades da Região III com duplicação ou multiplicação de redes de telecomunicações, afirmando também que a ANATEL não atentou aos critérios do art. 13 da Resolução nº 402/05.

Nesse sentido, a TELESP vem ao CADE para que seja reconhecido o conflito entre as proposições administrativas, TCC e Resolução ANATEL 437/06, para que seja declarada a validade do TCC, determinando a suspensão da Resolução 437/06. Acaso não seja declarada a invalidade da suspensão, que se determine a revisão dos critérios de definição de PMS.

Acrescendo ao já explicitado, é sabido que a TELESP ingressou com recurso perante a ANATEL, questionando a Resolução 437/06, estando o incidente sob apreciação definitiva da Autarquia de Telecomunicações, segundo informado à Presidência do CADE nos termos do Ofício nº 912/2006/PVSTR/PVST/SPV/PR-ANATEL.

É o resumido relato.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O processo de desestatização na prestação dos serviços de telecomunicações teve por notória finalidade a eficiência. Nesse sentido, devem-se observar, sempre que possível, critérios de competitividade entre os agentes econômicos (art. 5º Lei 9.472/97).

A instituição de um regulador setorial e a relação entre as diversas autoridades relacionadas com a matéria propiciou uma diversidade de competências para respaldar os interesses do setor.

No dizer do Prof. Carlos Ari Sundfeld, “é preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando, etc.), fixar ou controlar preços e tarifas, obrigar o atendimento de certas demandas de consumidores, *impor limites, encargos e sujeições* em função do desempenho da atividade - e assim por diante” (SUNDFELD, 2002:32).

Nos casos em que se admite a livre concorrência, esta corresponde ao princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças que disputam o mercado

Diz-se isso já que há atividades que possibilitam a “competição entre os operadores”. São hipóteses, geralmente, em que há mais de um executor do serviço e que a eficiência (preço, qualidade, oferta, etc) se comunica com a concorrência¹.

1 “On attend une concurrence que donne une plus grande efficacité de production qui profite aux clients et à l'économie dans son ensemble, bénéficiant aux consommateurs. Il importe d'évaluer avec précision

Em casos desse jaez, a regulação não pode fugir da observância da Lei 8.884/94, a qual dispõe sobre a repressão à infração 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 (vide art. 1º da Lei 8.884/94).

Com efeito, o enfoque trazido até o presente momento serve para a verificação de competências e grau de atuação das autoridades. Temos assim: (i) atividades que prescindem de concorrência e há apenas a regulação setorial; (ii) atividades em que a concorrência pode ser exigida, devendo-se tratar conjuntamente o binômio regulação/concorrência.

Para saber as funções do regulador e a observância das perspectivas concorrenciais, a doutrina, alicerçada nos dispositivos legais de regência, vislumbrou hipóteses de competências: i) o legislador apresenta a solução; ii) no silêncio da Lei, interpreta-se pela aplicação da regulação geral; vislumbrando-se a competência do ente antitruste; iii) nos casos de serviço público, a última palavra é do regulador setorial, em razão das peculiaridades do serviço público, ressalvado dispositivo legal em sentido contrário².

Diz Aragão (2002:294): “Em primeiro lugar, casos há em que própria lei compõe o conflito, hipótese em que a solução encontrada pelo Legislador deverá, naturalmente, prevalecer. O art. 4º, XXII, da Lei nº 9.961/00, por exemplo, dispõe que compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS “autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário.” Vemos que, apesar da necessária prévia oitiva dos órgãos do sistema de defesa da concorrência, à ANS cabe a palavra final na questão, fundamentando com especial aprofundamento eventual divergência com aqueles órgãos. Quando a lei se silenciar, entendemos que, em se tratando de agência reguladora de atividade econômica, prevalecerá, em princípio, a competência do CADE, facultada a celebração de convênio ou a edição de ato normativo conjunto que regule o conflito de forma diversa. Nos casos da regulação da agência incidir sobre serviços públicos, entendemos que, em razão das particularidades e dificuldades para que a competição seja implantada, o que faz com que esta deva ser buscada com especial atenção aos demais objetivos regulatórios, a última palavra deve ser da agência reguladora, ressalvada, obviamente, a existência de dispositivo legal em sentido contrário”.

la répartition des gains de productivité attendus entre les opérateurs, les contribuables et les usagers, et d'assurer qu'elle est conforme aux objectifs poursuivis” (STOFFAËS, 1995:365).

2 MARQUES NETO (2002:105), citando as doutrinas americanas, faz a seguinte consideração: “tem-se uma articulação complementar (procedimental ou operacional), articulação supletiva; articulação concorrente e articulação por coordenação”.

No caso do setor de telecomunicações, a Lei 9.472/97 elege a complementariedade de atuação entre a ANATEL e o CADE para examinar aspectos que possam constituir infração à ordem econômica:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de: (..)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários.

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Os dispositivos legais transcritos outorgam ao CADE, quando a concorrência é admitida, competência para identificar as manifestações que possam caracterizar ou caracterizem violações à ordem econômica.

A função não é intervir nas decisões regulatórias, conquanto não se possa suprimir dos intervenientes do setor a necessidade de adequação às normas gerais de consumidor e concorrência. Segundo MARQUES NETO (2002:107), “... não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumeirista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em qualquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral”.

Portanto, pertinente e bastante esclarecedor é trazer à baila o voto do Conselheiro Thompson Andrade no Processo Administrativo 08012.000677/1999-70, o qual aborda a relação regulação e concorrência: “Quanto à arguição da incompetência dos órgãos de defesa da concorrência para controlar política tarifária das empresas concessionárias de serviço de transporte aéreo, cumpre notar que o presente processo não trata da formulação ou da fiscalização do cumprimento, pelas Representadas, dos parâmetros e limites definidos pela política tarifária estabelecida pelo órgão setorial (DAC). Antes, ao estabelecerem, individualmente, as regras de descontos nas tarifas máximas autorizadas pelo DAC, as

empresas aéreas concorrem entre si na disputa pelos usuários dos serviços aéreos de transporte de passageiros. A prática de retirar ou alterar o percentual de descontos concedidos, não implica descumprimento das determinações do órgão setorial. Entretanto, ao combinar o patamar de descontos a serem praticados, embora estes se mantenham dentro da banda tarifária autorizada, infringem o disposto na Lei 8.884/94, a qual abrange mesmo setores econômicos regulados, conforme dispõe o art. 15 da mesma lei.”

CADE e ANATEL exercem nichos distintos de competência, sem grau de importância ou hierarquia, malgrado seja premente a harmonia na atuação dos entes para a satisfação do interesse coletivo. “Essa cooperação interinstitucional é de extrema importância para a consecução dos objetivos esperados com a privatização nesse setor. Assim, necessária é a harmonização procedimental e decisória do CADE e da ANATEL; caso contrário, restará prejudicada a regulação dos serviços de telecomunicações, comprometendo de forma perigosa a eficiência da abertura do mercado para a livre concorrência” (LEHFELD, 2002:91).

Quando se aprova um Ato de Concentração, quando se homologa Termos de Compromisso de Cessação, ou mesmo quando se pune agente infrator em razão de Processo Administrativo instaurado, o CADE exerce juízo definitivo, em obediência à Lei 9.472/97 c/c a Lei 8.884/94. À ANATEL, nesses casos, compete observar primitivamente a matéria, passando, então, os autos ao juízo do CADE.

No caso dos autos, vislumbra-se uma antinomia aparente³ entre os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) homologados pelo CADE e o novo pronunciamento regulatório da Autarquia de Telecomunicações, mormente no que diz respeito à consideração do Poder de Mercado Significativo (PMS) (Resolução nº 437/06).

Como antes explicitado, os entes de regulação e concorrência devem ser instrumentos para o funcionamento eficiente da atividade econômica, proporcionando segurança jurídica a todos os intervenientes do setor. Tais exigências se dão seja diante de regime de serviço público em que se admite concorrência, ou mesmo quando se trata de atividade em regime exclusivo de competição.

Nesse sentido, a mais plausível solução das controvérsias deve-se valer de parâmetros regulatórios gerais e específicos apresentados, já que não existe fórmula pronta e acabada para dirimir todas as situações possíveis.

In casu, a possibilidade de ato normativo superveniente à celebração dos TCCs constitui exercício de competência regular da Autarquia (vide art. 19 da Lei 9.472/97). Frise-se que o próprio TCC resguardou a possibilidade de a ANATEL disciplinar acerca da linha dedicada EILD. A cláusula 9ª assim dispôs: “COMPROMISSÁRIA deverá adequar-se ao novo Regulamento de exploração industrial de linha dedicada- EILD,

3 Segundo FERRAZ (2003:191), a distinção entre antinomias reais e aparentes se dá pela existência de critérios para a solução do conflito.

que sucederá a Norma nº 30/96, aprovado na 339ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL, realizada no dia 31 de março de 2005”.

A Resolução 437/06, a qual especificou a Resolução 402/2005, constitui uma adequação normativa à realidade do mercado, função típica do ente regulador e que, resguardados os atos jurídicos já firmados, passa a disciplinar, naturalmente, as novas relações no setor de telecomunicações.

Como é de sabença comum, a função reguladora (normatizadora) pode e deve sempre ser renovada pelo agente competente. Eis uma função distinta da do CADE, que é órgão judicante (CADE) a quem se incumbem observar as práticas de mercado que afrontem ou possam afrontar a ordem econômica.

Como bem indicou o Conselheiro Ricardo Cueva, no voto vista proferido no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17: “Não é o CADE um ‘revisor’ de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração contra a ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente”.

No mais, no processo em testilha deve-se afirmar que a norma da ANATEL não alterou o conteúdo do TCC. A política de descontos não está prevista no Termo como direito subjetivo, mas apenas como permissividade que pode ser modificada acaso a realidade de mercado assim o exija.

Se ANATEL e CADE complementam suas funções para respaldo do interesse público, disciplinando o serviço e velando para que não se dêem práticas infrativas ao mercado, nem o CADE pode dizer quando e qual a regulação a ser implementada pela ANATEL, a qual profere seus juízos dentro de critérios de conveniência e oportunidade, nem a ANATEL pode decidir definitivamente sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, já que, segundo o disposto no art. 19, XIX, da Lei 9.472/97, esta atribuição pertence ao CADE.

Por fim, insta afirmar que se o CADE, ao apreciar critérios econômicos utilizados pela ANATEL, ou por qualquer outro regulador, verificar a não otimização dos aspectos competitivos, pode proferir ato de constatação, demonstrando as deficiências ou lacunas no disciplinamento do mercado regulado.

Segundo MEIRELLES (2002:173), “ato de constatação é aquele pelo qual a Administração verifica ou proclama uma situação fática ou jurídica ocorrente. Tais atos vinculam a Administração que os expede, mas não modificam, por si sós, a situação constatada, exigindo um outro ato constitutivo ou desconstitutivo para alterá-la. Seus efeitos são meramente verificativos”.

O posicionamento do CADE contempla, nesse último caso, a necessidade de harmonização na atuação das entidades e respalda o

estabelecido no art. 7º da Lei 8.884/94, seguindo o qual “competete ao Plenário do CADE requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei”.

3 CONCLUSÃO: SOLUÇÃO NO CASO CONCRETO

Ante o exposto, esta Procuradoria entende que não há imunidade a novo regramento de lavra do regulador aos TCCs em causa, já que a regulação visa a compactuar o mercado às exigências de interesse público.

Havendo este novo disciplinamento (a exemplo da Resolução 437/06), e não existindo incompatibilidade com o conteúdo do TCC firmado, já que, no caso, o fornecimento de descontos não é exigência do TCC, trata-se de modificação normal do arcabouço jurídico, aplicando-se, *ipso facto*, aos atos jurídicos futuros, posteriores à manifestação regulatória.

Pode o Conselho, todavia, verificando a não otimização da concorrência no setor, proferir ato de constatação, observando os aspectos concorrenciais do caso, encaminhado as conclusões à ANATEL para as providências que entender de direito.

A superior consideração.

Brasília, 30 de novembro de 2006.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo,
Procurador Federal

4 DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL

Senhora Presidenta,
Senhores Conselheiros,

Aprovo o bem lançado Parecer [acima], da lavra do Procurador Federal Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, aditando-lhe as considerações que se seguem.

TELESP celebrou TCCs com ANATEL, homologados pelo CADE, pelos quais estaria autorizada a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços EILD. Posteriormente, sobreveio norma regulatória da ANATEL, que proibiu a TELESP de praticar tais descontos. Nesse contexto, importa saber qual norma deve prevalecer, se a decisão do CADE (norma concreta) ou a regulação da ANATEL (norma abstrata).

Vislumbram-se quatro soluções possíveis. (i) A primeira pressupõe que as decisões do agente regulador prevalecem sobre as do órgão antitruste e, portanto, o TCC não estaria mais valendo desde a vigência da Resolução 437. (ii) No extremo oposto, encontra-se a tese defendida em brilhante parecer pelo Professor Calixto Salomão Filho (parecer proferido no âmbito do Processo nº 53500.005770/2002), segundo a qual “os atos

administrativos decorrentes do exercício de função normativa não têm o condão de revogar atos administrativos de julgamento em relação a questão específica objeto de julgamento”, por força do princípio constitucional de proteção da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido (art. 5º XXXVI, da CF/88) e do regime de distribuição de competências entre ANATEL e CADE na LGT e na Lei 8.884/94.

Entre essas posições, encontram-se as seguintes soluções intermediárias. (iii) Embora prevaleça a decisão do agente regulador sobre as do órgão antitruste, o qual não teria competência para avaliar, no caso concreto, a adequação ao direito concorrencial da norma reguladora, não se poderia imputar ao compromissário qualquer responsabilidade pelos atos praticados, enquanto não houver decisão formal do CADE considerando o TCC revogado⁴. (iv) Por fim, encontra-se a posição segundo a qual compete ao CADE, nos termos do art. 19, XIX, da Lei 9.472/06, avaliar se a Resolução aplica corretamente as normas de proteção à concorrência e, em caso negativo, manter a vigência do TCC.

A primeira das soluções apontadas, obviamente, não se coaduna com o sistema brasileiro de divisão de competências entre agências de regulação setorial e geral (antitruste e consumerista). É possível discernir três correntes distintas para definir como se deve dar a convivência das regulações geral e setorial. (i) Pela primeira, a regulação setorial e antitruste seriam excludentes entre si, de modo que a existência de uma regulação setorial afastaria, de plano, a aplicação de regras concorrenciais sobre os agentes regulados. (ii) A segunda condiciona a atuação do órgão antitruste à ausência de competência da agência reguladora para tratar da matéria concorrencial (ou sua omissão em fazê-lo de forma eficaz). Por fim, a terceira corrente defende a coexistência complementar e harmônica entre as regulações antitruste e setorial.

A análise da legislação brasileira revela clara opção do legislador pela terceira opção, conforme já sustentei alhures⁵.

Tendo a Constituição Federal erigido a defesa dos direitos do consumidor e da concorrência como princípios da ordem econômica (art. 170), nenhuma atividade econômica (*stricto sensu*) a ela está imune. Nas

4 No Processo Administrativo 08012.008060/2004-85, em que COOPANEST-PE foi acusada pela SDE de uniformização de conduta por meio de tabelas de honorários, embora houvesse lei estadual que as autorizassem, assim me pareceu: “Dos atos praticados sob a vigência da Lei Estadual-PE 12526/04, embora típicos (art. 20 da Lei 8.884/94), não decorre pena. Isso porque, caso se entenda que a Lei Estadual-PE 12526/04 é constitucional, o que se nega e cogita a bem do princípio da eventualidade, os atos decorreriam do exercício regular de direito, hipótese de exclusão de ilicitude (art. 23, III, do CP). Por outro lado, ainda que se considere a Lei Estadual-PE 12526/04 inconstitucional – e, portanto, absolutamente inválida e ineficaz – reputa-se que os atos foram praticados (i) sob erro de proibição (art. 21 do CP), ou (ii) sob descriminante putativa por erro de tipo permissivo (erro sobre a excludente de ilicitude “exercício regular de um direito”) (art. 20, § 1º, do CP). Qualquer que seja a qualificação jurídica para a causa da exclusão da ilicitude ou punibilidade, o fato é que não parece adequado punir condutas amparadas por Lei Estadual que, embora materialmente inconstitucional, é formalmente válida”.

5 Protocolado 00414.006303/2005-97, Procedimento Administrativo AGU, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Ministério dos Transportes – MT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Procuradoria-Geral da União – PGU (Câmara de Conciliação e Arbitramento - Nota N. AGU/MS 02/2006, Aviso 053/AGU).

palavras de MARQUES NETO (2002:95), “não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral [vale dizer, as regulações antitruste e consumerista]. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em quaisquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral”.

A única exceção, aponta SALOMÃO FILHO (2002:134), trata-se das hipóteses de planejamento econômico impositivo, previstas no art. 174. Esse dispositivo, todavia, é incompatível com o conceito de *regulação*, pois o planejamento ordena meios e fins da atividade econômica, pressupondo uma intervenção direta do Estado definindo metas para o setor público. Caso essas metas sejam específicas a ponto de lidar com as variáveis concorrenciais, explica o eminente professor da Faculdade de Direito da USP, então o comportamento do setor público é imune ao direito concorrencial. Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial.

O art. 15 da Lei 8.884/94 expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Esta disposição revela de forma inquestionável a intenção do legislador de submeter ao CADE todos os atos e ajustes entre empresa, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a desaplicação do direito antitruste só possa ser cogitada em hipóteses excepcionais, não bastando para isso uma situação “jurídico-formal” (SALOMÃO FILHO, 2002:134).

Para que seja possível identificar as hipóteses em que a lei visou subtrair ao controle do CADE determinada atividade econômica, é preciso que a lei expressamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar, outorgando ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa (preço e quantidade produzida). SALOMÃO FILHO (2002:136) ressalta que “a não aplicação do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública”⁶. Todavia, nem sempre a regulação visa substituir-se ao sistema

6 A articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial é complexa. Nos Estados Unidos, desenvolveram-se duas vertentes argumentativas. MARQUES NETO (2002:104) faz um sumário do debate nos Estados Unidos: “A primeira, batizada de teoria da ação política (state action doctrine) aplica-se para a situação, freqüente no sistema americano e rara no nosso caso, em que convergem competências regulatórias setoriais pertencentes aos estados federados e a competência de controle antitruste, atribuída à União. Por essa concepção, há que se observar dois critérios para saber se prevalece ou não a regulação setorial: (i) a regulação setorial deverá decorrer de uma clara, nítida e objetiva política editada pelo ente federado no sentido de privilegiar pressupostos de regulação setorial em detrimento da competição; (ii) as metas e obrigações setoriais, que derogariam as pautas pro competição, devem ser objeto de ativa e permanentes supervisão por parte do regulador setorial. A segunda doutrina, denominada Teoria do Poder Amplo (pervasive power), se presta mais à articulação entre a regulação setorial e a autoridade antitruste situadas no mesmo âmbito de competências federativas (no modelo americano, em se da União). Trata-se, em verdade, de uma aplicação da Teoria da Ação Política, adaptada para fora do conflito federativo. Por essa

concorrencial, mas apenas tutelar de maneira especial os interesses dos consumidores (SALOMÃO FILHO, 2002:136). Nesses casos, o modelo regulatório contempla, *como instrumento de efetivação dos fins da regulação*, um ambiente concorrencial, ainda que por vezes plasmado ou mimetizado pelo desenho regulatório.

Nesse sentido, as normas regulatórias não excluem a aplicação das normas de defesa da concorrência, antes determinam sua aplicação, como instrumento para obtenção da eficiência do serviço público ou atividade econômica regulada. [...] A competência regulatória das agências reguladoras não exclui a do CADE de aplicar a lei de defesa da concorrência, conforme expressamente ressalvado em todas as leis de regulação de setorial. Isso porque, como ocorre em todo mundo, a atividade de regulação setorial não se sobrepõe à de defesa da concorrência. A agência reguladora é responsável por averiguar a conformidade de atos das empresas reguladas às normas da regulação. O CADE é responsável por averiguar a conformidade de atos de todos agentes econômicos – inclusive os regulados – à Lei de Defesa da Concorrência (art. 15 da Lei 8.884/94).

SALOMÃO FILHO (2002:139) traz interessante exemplo dessa atuação *bidimensional* do Estado, por meio de sua agência reguladora, de um lado, e da agência antitruste, do outro:

Trata-se da decisão da Suprema Corte Americana em ‘United States vs. RCA’. Nele, a agência de controle das telecomunicações, Federal Communications Commission (FCC), aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa Westinghouse para a empresa NBC, subsidiária, à época, da TCA. Posteriormente essa aquisição veio a ser contestada judicialmente pelo Departamento de Justiça Americano com base na existência de violação ao direito antitruste. O problema concorrencial aqui é de menor importância. Relevante é observar que, ao rejeitar a defesa da TCA baseada na existência de imunidade concorrencial decorrente da aprovação prévia do negócio pela FCC, a Corte afirmou, após interpretar os estatutos que conferiram poderes a essa agência, que a aprovação da transação poderia significar, no máximo, aprovação dos administradores e afirmação de que a programação continuaria a ser realizada no interesse público. Nada decidia, no entanto, a respeito das consequências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiofusão.

Os órgãos reguladores destinam-se a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, que os torna suscetíveis de uma regulação setorial específica, formuladora de políticas públicas e com natureza normativa, nos limites fixados pelo Poder Legislativo. Possuem

doutrina, a competência da autoridade antitruste só seria afastada pela competência do órgão de regulação setorial em uma de duas hipóteses: (i) se o poder do órgão regulador for extenso o suficiente para elidir qualquer outra competência regulatória, inclusive concorrencial; (ii) se, apesar de não ser suficientemente extenso, ele se mostrar suficientemente profundo, detalhado e exaustivo para permitir pressupor que a não previsão de competências e matéria concorrencial cuidou de opção de quem teria competência para tanto, mas que houve por bem não fazer incidir esta espécie de regulação”.

ainda atribuições de natureza fiscalizadora, averiguando o cumprimento da legislação que rege o setor.

Já o CADE possui natureza distinta. Sua função não é *normativa*, mas *adjudicativa*, na medida em que não formula regras a serem obedecidas, mas aplicam normas legais pré-estabelecidas. Sua perspectiva é *geral* e não *setorial*, ou seja, não se preocupa apenas com um setor específico, mas com a economia como um todo. Seu papel é fiscalizar a obediência às regras estabelecidas na legislação de defesa da concorrência e não na legislação do setor ao qual pertence o agente econômico.

Por essas razões, conforme visto anteriormente, a legislação de todas as agências reguladoras ressaltou as competências do CADE de aplicação adjudicatória das normas de defesa da concorrência.

Tal opção legislativa não decorre de capricho do legislador brasileiro, mas é fruto de longos anos de experiência internacional: na maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, os agentes econômicos pertencentes a tais setores não são excluídos da órbita de fiscalização preventiva e repressiva do órgão de defesa da concorrência⁷.

Portanto, um ato pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não do da defesa da concorrência e vice e versa. Para que subsista como válido e eficaz, o ato deve estar conforme a regulação e, simultaneamente, a lei de defesa da concorrência. Estar de acordo com as normas regulatórias (competência da agência) não significa necessariamente que esteja de acordo com a lei de defesa da concorrência (competência do CADE).

Assim manifestou-se o Conselheiro Ricardo Cueva, no Processo Administrativo 08012.007443/99-17):

Antes de adentrar a questão de fundo, é indispensável deixar claro que, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pela lei, não há qualquer conflito entre este CADE e a ANTAQ, a agência reguladora setorial. Não

7 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em trabalho intitulado “Relações entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência”, fruto de uma série de discussões e experiências dos países membros da OCDE, avaliza tal entendimento. Destaque-se que o foco de tal trabalho é exatamente o relacionamento entre órgãos regulatórios e concorrenciais em setores da economia recentemente privatizados ou que sofrem um processo de desregulamentação, como no caso em comento. O resumo executivo de tais discussões sintetizou quatro tarefas que demandam especial e cuidadosa atenção nos setores regulados: (i) “Defesa da concorrência”: repressão de condutas anti-competitivas e controle de fusões; (ii) “Regulação de acesso”: assegurar acesso não discriminatório a necessários inputs, especialmente infraestrutura de rede; (iii) “Regulação econômica”: adotar medidas baseadas nos custos a fim de controlar preços monopolistas; (iv) “Regulação técnica”: estabelecer e monitorar padrões, a fim de assegurar compatibilidades e para conferir atenção a preocupações concernentes à segurança, privacidade e meio-ambiente. Preocupa-se, então, o documento da OCDE, em estudar qual o melhor órgão para alocação destas funções, analisando-se o tema sob três perspectivas: estática, sinérgica e dinâmica. *Em qualquer das três perspectivas analisadas a conclusão é a de que as tarefas concernentes a regulação técnica normalmente devem ser atribuídas ao órgão regulador, enquanto as atribuições relativas à defesa da concorrência devem sempre ser desincumbidas pelo órgão de proteção da concorrência.* Desnecessário destacar todas as perspectivas analisadas, porém quando houver uma necessidade permanente e contínua de regulação técnica, econômica e de acesso, estas três atividades devem ser atribuídas ao regulador. Enfatiza-se, porém, que a proteção da concorrência deve ser atribuída ao órgão concorrenciais. *Salienta-se também uma série de vantagens comparativas que demonstram ser as agências de defesa da concorrência as mais aptas a investigar e processar condutas anti-competitivas.* Assim, percebe-se que a legislação brasileira encontra-se plenamente acorde com os grandes referências mundiais (<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>).

há cogitar, na espécie, de conflito de competências entre as instituições, nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inegável relação de complementaridade, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem. A regulação da atividade portuária, inserida num claro contexto pós-privatização, é tão complexa quanto específica nas suas disposições. Tanto a lei geral dos portos (Lei nº 8.630/93) como a lei da ANTAQ (Lei nº 10.233/01), bem como os demais dispositivos infra-legais, indicam claramente a existência de um órgão regulador e de uma autoridade portuária, que têm dentre suas diversas atribuições específicas a concessão, ao particular, de atividade econômica de evidente interesse público, sua fiscalização e normatização, bem como a regulação técnica e econômica, sempre tendo como norte os princípios que orientam tais atividades. É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173, §4º da CR/88) – não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o CADE um “revisor” de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para ao aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato prevêem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.

No mesmo sentido, confirmam-se as judiciosas considerações do Conselheiro Relator Luiz Carlos Prado:

A existência de regulação no setor portuário não impede a aplicação da Lei 8.884/94. Ao contrário, o modelo de regulação proposto prevê expressamente a concorrência entre os atores envolvidos, qual só pode ser preservada com a observância da Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, segundo os contratos de arrendamento vigentes no porto de Santos, os preços cobrados pelos operadores portuários para a prestação de serviços são livres, ou seja, não regulados. Dessa forma, é ainda mais claro que a regulação deste setor não afasta a defesa da concorrência. Aliás, segundo prevê o inciso VII, artigo 12, da Lei 10.233/2001: ‘Art.12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: VII – reprimir fatos e

ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações à ordem econômica'. *A regulação, nesse modelo, é feita para estimular a concorrência e nunca para afastá-la.* A doutrina do "State Action", usada para a configuração de excludente de ilicitude, não é aplicável ao caso concreto, já que a regulação não pretendeu substituir a concorrência. [...] Nesse sentido manifestou-se a douta Procuradoria do CADE: 'Não se pode aceitar o argumento de que a atividade está sujeita a regulação e, portanto, fora do alcance da lei antitruste. Mesmo em mercados regulados, os agentes econômicos, como maximizadores de lucro, tendem a adotar condutas anticompetitivas. Estas, por sua vez, causam falhas no mercado e podem eliminar a concorrência, tornando necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas, protegendo os interesses públicos envolvidos.

Por essas razões, impossível haver conflito entre decisões de agência reguladora e do CADE, quando este, no exercício do poder judicante e adjudicatório, faz cumprir as normas de defesa da concorrência. [...]

Portanto, a primeira solução aventada não merece acolhida. Tampouco se pode acolher, sem ressalvas, a segunda solução, apresentada pelo Professor Calixto [em seu parecer proferido no âmbito do Processo nº 53500.005770/2002]. As decisões do CADE, no exercício de sua função *judicante* (adjudicatória), podem tanto promover o simples *ascertainment* do caso concreto (aplicando multa, determinando providências para correção da conduta, aprovando um ato de concentração etc.), como também *regular* ações futuras do agente econômico, projetando no mundo jurídico normas de caráter abstrato ou *quasi* normativas (porquanto aplicáveis independentemente de qualquer nova consideração de ordem fática aos atos futuros).

No caso concreto, por exemplo, o CADE, mais do que não punir a prática, "autorizou" a política de descontos da TELES, durante a vigência do TCC. Essa autorização, disciplinando atos futuros do agente econômico e protraindo a eles seu entendimento de que são lícitos, assume que permanecerão inalteradas no período de vigência as condições de *fato* e de *direito* que conformam o mercado momento da decisão.

No primeiro caso (de mero *ascertainment*), parece coerente com a ordem constitucional proteger-se o administrado de normas supervenientes que agravem as sanções (punições ou restrições) já aplicadas (princípio da irretroatividade da lei mais gravosa). Em ambos os casos (de mero *ascertainment* e decisão *quasi normativa*), revela perfeita constitucionalidade a vedação ao CADE de rever suas decisões, substituindo-as por novos juízos sobre fatos e direito (daí as vedações e limitações dos arts. 53, § 3^o e 55^o da Lei 8.884/94 e art. 65 ¹⁰da Lei 9.784/99).

8 "§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica".

9 "Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados".

10 "Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a

Entretanto, na segunda hipótese (*quasi* normativa) e em se tratando de mercados regulados, a imunidade absoluta à regulação setorial superveniente poderia gerar graves consequências à ordenação dos mercados ou consecução dos fins da ordem econômica. Os atos administrativos regulatórios (tanto de regulação setorial quanto geral) têm nítido caráter de ordem pública, pois visam disciplinar o mercado que, por ser uma realidade dinâmica, reclama ao longo do tempo diferentes intervenções estatais.

Opor o princípio do art. 5º, XXXVI da CF/88 às normas regulatórias, transpondo de forma autômata princípios de direito privado ao direito público, redundaria na absoluta ineficácia da ação estatal em promover o bem comum e a preservação da ordem econômica. Tais “direitos adquiridos” (quer seja em decorrência de “ato jurídico perfeito” ou “coisa julgada administrativa”) criariam campos imunes à regulação setorial, podendo até mesmo inviabilizá-la, ao estabelecer, por exemplo, assimetrias entre os agentes econômicos.

Por essa razão é que o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que as leis que veiculam planos econômicos, por tratar de norma de ordem pública, não violam o art. 5º, XXXVI da CF/88¹¹, bem como afastou a aplicação do princípio nele contido a atos judicantes de natureza *quasi* normativa dos Tribunais do Trabalho¹².

Da mesma forma, não me parece que as decisões do CADE, disciplinando atos futuros dos agentes econômicos, ainda que no bojo de uma atividade judicante (adjudicatória), possam excluir as situações jurídicas por elas reguladas (regulação geral) da regulação setorial, a cargo da agência reguladora, se isso puder impedir ou prejudicar a consecução dos fins da ordem econômica. Assim, mais concordo que discordo do

inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção”.

- 11 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. APLICAÇÃO EM CDB. DEFLAÇÃO. O fator de deflação veio a preservar o equilíbrio inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário, evitando uma distorção distributiva, sendo sua incidência imediata em relação aos ajustes em curso que embutiam a tendência inflacionária, por se tratar de legislação de ordem pública, visto que instituiu novo padrão monetário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE-AgR 172465, 2ª Turma, Relator Min. Eros Grau, 13/06/2006).
- 12 “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHISTA. NORMA SUPERVENIENTE QUE ALTERA O PADRÃO MONETÁRIO. SENTENÇA NORMATIVA. REAJUSTE SALARIAL. COISA JULGADA E DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. A sentença normativa tem natureza singular e projeta no mundo jurídico apenas norma de caráter genérica e abstrata, embora nela se reconheça a existência da eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida em lei (art. 873, CLT), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada material em relação a eficácia concreta já produzida. É norma editada no vazio legal. Porém, editada a lei, norma de caráter imperativo, esta se sobrepõe a todas as demais fontes secundárias de direito - convenção, acordo ou sentença normativa -, sendo nula, de pleno direito, disposição de convenção ou acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora do Governo ou concernente a política salarial vigente (art. 623, CLT). A sentença normativa firmada ante os pressupostos legais então vigentes pode ser derogada por normas posteriores que venham a imprimir nova política econômico-monetária, por ser de ordem pública, de aplicação imediata e geral, sendo demasiado extremismo afirmar-se a existência de ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e a coisa julgada, em face de a decisão recorrida haver adequado os reajustes salariais da categoria, emergentes de acordo em dissídio coletivo, ao plano de estabilização econômica. Agravo regimental conhecido, mas improvido” (AI-AgR 138553 / RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 08-09-1995).

parecer do Professor Calixto Salomão, opondo-lhe apenas essa ressalva de excepcional aplicação.

A terceira solução, em verdade, não passa de uma variante da primeira, pois pressupõe que as decisões de regulação setorial sobreponham-se, *sic et simpliciter*, à da regulação geral (o que, como demonstrado antes, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, ao setor de telecomunicações).

A quarta solução aventada é a que parece contemplar, da forma não-excludente, equilibrada e harmônica, as regulações *geral* e *setorial*. A regulação setorial não se substitui automaticamente à regulação antitruste (definida no caso concreto), mas sim após decisão do CADE, caso entender necessária à consecução dos fins da ordem pública e econômica. Preserva-se, assim, a autoridade e eficácia da norma concreta, inerente à natureza judicante (adjudicatória) das decisões do CADE, como bem explicitado no parecer do Professor Calixto Salomão, sem, entretanto, entravar totalmente a possibilidade de aplicação das normas gerais regulatórias.

A regulação da exploração dos serviços de telefonia, a cargo da ANATEL, deve ter por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial as relativas às telecomunicações, à *ordem econômica* e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir a competição livre, ampla e justa (art. 127, III, da LGT). Pela divisão de competências entre CADE e ANATEL, estabelecida na LGT, compete ao CADE zelar pela observância da Lei 8.884/94, bem como decidir, em casos concretos e em última instância administrativa, a respeito da existência de infração contra a ordem econômica (art. 7º, I e II, da Lei 8.884/94).

Conforme explicitado em sua exposição de motivos, a Resolução ANATEL 437 tem por finalidade “estimular a competição ampla e justa no setor de telecomunicações”, prevenindo que determinados agentes econômicos “atuem de forma anticompetitiva, de modo a incentivar o livre desenvolvimento do mercado e da justa, livre e ampla competição”. Sendo a finalidade explícita e declarada da Resolução ANATEL 437 fomentar a *livre concorrência*, e não tendo sido invocada na motivação do ato qualquer outra finalidade de *ordem pública* (imperativos de *universalização* ou de *adequação da prestação do serviço público*), entendo não decorrer limitação regulatória à atuação do CADE na apreciação da matéria.

A Resolução ANATEL 437 criou presunções artificiais e apriorísticas de poder de mercado. Poder de mercado não é uma definição regulatória, mas um fato da natureza. Por essa razão, as definições da Resolução ANATEL 437 não subtraem do CADE o poder-dever de analisar, nos casos concretos, a existência ou não de infração contra a ordem econômica ou sobre a (i)licitude de determinadas práticas em face dos ditames da Lei 8.884/94.

Ao CADE não compete a revisão de atos regulatórios da ANATEL. Quando muito, conforme exposto no parecer do Procurador Federal Gilvandro V. C. de Araújo, pode proferir uma recomendação de adequação dos normativos aos ditames da Lei 8884/94, sem caráter vinculante,

observando-se ao mesmo tempo a autonomia e o espírito de colaboração que deve haver entre os órgãos encarregados da tutela da ordem econômica.

Da mesma forma, o CADE não está vinculado à disciplina da Resolução ANATEL 437 na apreciação da conformidade de atos com a Lei 8884/94, quer seja porque a Resolução não introduz norma de ordem pública que reclame imediata aplicação, quer seja porque lhe compete a última palavra sobre a matéria concorrencial - única finalidade motivada da referida norma regulatória.

Assim sendo, opino no sentido de que o CADE declare o TCC vigente e que deve ser observado pelas partes. Atos posteriores ao término da vigência deverão ser analisados caso a caso.

Brasília, 06 de dezembro de 2006.

Arthur Badin,
Procurador-Geral do CADE

5 ADITAMENTO AO DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL

Senhora Presidente,
Senhores Conselheiros,

Após conclusão do parecer supra, e refletindo melhor, constatei que, embora chegue a conclusões válidas, partiu de uma premissa de fato que não corresponde ao caso concreto.

Ao contrário do que considerei [...], não existe um conflito positivo - lógico ou jurídico - entre as decisões do CADE e da ANATEL.

Pelo TCC, o CADE tomou da Representada obrigações que, uma vez cumpridas, são suficientes para afastar a ilicitude do ato, do ponto de vista do art. 20 da Lei 8.884/94. Assim, se a prática de descontos se der da forma disciplinada no TCC, não poderá o CADE aplicar à Representada sanção por infração contra a ordem econômica (art. 23 da Lei 8.884/94); pelo contrário, deverá o CADE determinar o arquivamento do processo administrativo.

Isso não significa, todavia, que o TCC criou um *direito subjetivo* à Representada de praticar o desconto, segundo ali disciplinado, que possa ser oposto às demais normas jurídicas, sejam regulatórias ou não. Desse modo, se a Representada, cumprindo a Resolução da ANATEL (ou outra norma ou até mesmo a sua própria vontade!), deixar de praticar descontos, não estará descumprindo o TCC, já que a obrigação que lhe é imposta pela Resolução da ANATEL (não praticar descontos) é mais restritiva que a do CADE (praticar descontos de forma não discriminatória).

As considerações que sustentei no parecer supra seriam pertinentes e válidas nas hipóteses em que houvesse conflito atual ou iminente entre a norma concreta do CADE e norma abstrata da ANATEL (por exemplo, caso o CADE tivesse proibido os descontos e a ANATEL, os autorizado de forma não discriminatória). No caso em tela, todavia, sendo

a norma concreta do CADE mais permissiva (pode desconto de forma não discriminatória) e a norma abstrata da ANATEL mais restritiva (não pode desconto), o cumprimento desta, lógica e juridicamente, não implica descumprimento daquela.

Compete à ANATEL, e não ao CADE, decidir em que medida os atos praticados pela Representada em conformidade com o TCC afastam a ilicitude pelo descumprimento da Resolução ANATEL 437, pois é o órgão que, eventualmente, poderá aplicar sanção. Qualquer pronunciamento do CADE a esse respeito excederia sua competência, que se limita em saber se a Representada cumpriu ou não o TCC, quer seja aplicando descontos de forma não discriminatória, quer seja deixando de aplicar descontos (por vontade própria ou não). Além disso, a decisão do CADE não vincularia a ANATEL, dada a autonomia entre os órgãos e, sobretudo, visto que, no limite, a questão debatida não trata de suposta violação a norma antitruste, mas sim regulatória.

De qualquer forma, o CADE, no exercício de sua competência de promoção da cultura da concorrência e de proteção da higidez da ordem econômica (art. 7º, I, da Lei 8.884/94), pode recomendar à ANATEL que promova a adequação de sua Resolução aos ditames da Lei 8.884/94, aos quais está adstrita, nos termos do art. 127, III, da LGT.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, 06 de dezembro de 2006.

Arthur Badin, Procurador-Geral do CADE

6 BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito técnica, decisão, dominação*. São Paulo:Atlas, 2003.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

LEHFELD, Lucas. *Anatel e novas tendências na regulamentação das telecomunicações no Brasil*, In Moraes, Alexandre (org.), *Agências Reguladoras*. São Paulo:Atlas, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Setorial e Órgão antitruste, a importância da independência do regulador*. In Campilongo, Celso, Veiga da Rocha, Jean Paul Cabral e Lessa Mattos, Paulo Todescan (org.), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo:Max Limonad, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro*. In Campilongo, Celso, Veiga da Rocha, Jean Paul Cabral e Lessa

Mattos, Paulo Todescan (org.), *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo:Max Limonad, 2002.

STOFFAËS, Christian. *Services Publics, questions d'avenir: Rapport de la commission du commissariat général du plan*, Paris:Odile Jacob, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*, in SUNDFELD, Carlos Ari (ORG.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo:Malheiros, 2002.

A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL: UMA COMPARAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS RECENTES¹

Augusto Jaeger Junior²

Simon Schwager³

-
- 1 Artigo escrito como um dos resultados da investigação desenvolvida por ocasião da obtenção de uma Bolsa de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), com base em uma palestra proferida no Seminário Internacional de Economia e Direito da Concorrência, ocorrido em maio de 2009, junto ao Programa de Pós-Graduação em Economia da UFRGS, em Porto Alegre. Os autores agradecem vivamente ao acadêmico de Direito na UFRGS, Bruno Bastos Becker, com atuação no Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS Direito Internacional da Concorrência, bolsista de iniciação científica da Fapergs, pelo auxílio na elaboração desse artigo.
 - 2 Doutor em Direito Comunitário da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. Professor Adjunto 2 da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil, onde leciona as disciplinas de Direito Internacional da Concorrência e Direito Comunitário da Concorrência. Autor dos livros “Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul” e “Direito Internacional da Concorrência”, lançados pelas Editoras LTr e Juruá, em 2006 e 2008, respectivamente, entre outros. E-mail: augusto.jaeger@ufrgs.br
 - 3 Acadêmico de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Durante o ano de 2009, realizou uma estada de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior e da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. E-mail: simon.schwager@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas; a) Concorrência em ambientes comunitários; b) Relação entre concorrência e mercado comum; c) Regras materiais aplicáveis às empresas; d) Regras processuais aplicáveis às empresas; e) Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas; 2. Direito Comunitário da Concorrência aplicável aos Estados-membros; a) Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum; b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros; c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros; d) Reformas dirigidas à modernização e descentralização das regras; e) Primeiros regulamentos de isenção por categorias; 3. Direito da Concorrência no Mercosul; a) Conceito no Tratado de Assunção; b) Decisão n. 21/94 CMC. c) Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul; 4 Estudo do caso “T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridade de Defesa da Concorrência dos Países Baixos)”); a) Resumo do caso. b) Decisão do TJUE; c) Relatório do caso; 5 Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo versa sobre o direito comunitário da concorrência na União Europeia e sobre o direito da concorrência no Mercosul. Nele são abordadas as temáticas referentes às normas materiais e processuais dos processos de integração econômica, especialmente aquelas aplicáveis às empresas públicas e privadas e aos seus Estados-membros. Ao final, aprofunda-se em retratar a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao investigar o recente julgamento do Caso “T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridade de Defesa da Concorrência dos Países Baixos)”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comunitário da Concorrência. Auxílios Públicos. União Europeia. Mercosul.

1 DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL ÀS EMPRESAS

A União Europeia (UE) não possui uma longa tradição em direito concorrencial. Por óbvio, já que ela não existe desde muito tempo. Juntamente com a criação da hoje denominada UE, pelo Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE), em 1957, foram estabelecidos os atuais artigos 101 a 109 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Eles constituem as regras substantivas do direito comunitário da concorrência. Observa-se que desde o primeiro dia da sua existência ficou claro o papel importante e central do direito da concorrência¹.

Naqueles dispositivos, o Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proibem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras essas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado.

A UE foi influenciada pela descartelização realizada na Alemanha do pós-guerra, que objetivava prevenir um renascimento da maquinaria de guerra². O resultado foi a inclusão de dois artigos sobre a proibição a acordos que restringissem a concorrência e a abusos de posição dominante no Tratado para a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, de 1951. Posteriormente, estes vieram a ser a base dos artigos sobre o tema inseridos no TCEE e no primeiro Regulamento de controle de concentrações de empresas, de 1989. A ideia básica era a de que o esforço dos Estados-membros em dismantelar barreiras tarifárias e não tarifárias para promover a integração dos mercados e a consecução de um mercado comum não deveria ser atacado com o restabelecimento dessas barreiras por acordos privados e outros abusos.

Durante as tratativas da assinatura do Tratado da União Europeia, por exemplo, em nenhum momento se colocou em dúvida a necessidade da manutenção de uma política de defesa da concorrência em nível comunitário. Até porque a UE deixaria de existir “no momento em que a política norteadora facilitasse o desrespeito às normas protetoras do direito de concorrência entre as empresas do Mercado Comum Europeu”³. O mesmo se repetiu em 2007 por ocasião da assinatura do Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, finalmente.

1 EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 257-282; CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: text, cases and materials*, p. 936-937 e DE LEÓN, Ignacio. *The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America*, p. 57-71.

2 BELLAMY, Christopher. *Some reflections on competition law in the global market*, p. 16 e CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GONI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, p. 41-42.

3 COIMBRA, Guilhermina Lavo. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*, p. 444.

a) Concorrência em ambientes comunitários

Encontra-se na doutrina uma divisão dos objetivos da concorrência entre gerais e integracionistas. Segundo CUNHA, “Os primeiros podem estar presentes em qualquer lei de defesa da competição e os segundos somente existem em processo de integração econômica, funcionando como instrumento auxiliar da união”⁴. Em um processo de integração a legislação de concorrência possui o fim especial de instrumento formador do espaço único, ou, noutras palavras, do mercado comum. A lei que a isso serve diferencia-se das leis nacionais, uma vez que as manifestações tidas em ambientes comunitários são diferentes. Aquelas são restritas em seu âmbito de aplicação e não são, de todo modo, aptas a cumprir um papel integracionista. A legislação comunitária persegue, marcadamente, o segundo objetivo.

b) Relação entre concorrência e mercado comum

O papel da concorrência para o mercado comum é algo incontestável. Isto é apontado por vários doutrinadores. Para HAKENBERG, a política da concorrência é uma das mais importantes. O objetivo do Tratado era um mercado livre no território comum dos Estados-membros, sem que estes próprios viessem a influenciar a relação de mercado existente. Era o tal liberalismo sem dirigismo estatal⁵. Não somente o dirigismo estatal poderia promover limitações ao comércio transfronteiriço, mas o liberalismo também. Assim, comerciantes poderiam se valer dessa situação e limitarem-se entre si.

Para von der GROEBEN, “O bom resultado de uma política de concorrência européia era de significado decisivo para a formação e funcionamento do mercado comum; ela era o núcleo e o motor do desenvolvimento econômico interno”⁶. Tratava-se de uma matéria particular, pois era uma das que mais apresentava diferenças nos ordenamentos nacionais. Esta característica fez com que a introdução e execução das regras da concorrência no mercado comum exigisse dificultoso trabalho. É possível dizer que se tratava de matéria pouco compatível para se tornar direito comunitário, mas a sua imprescindibilidade para a formação do mercado comum não permitiu sua dispensa.

Um dos objetivos do Tratado é a criação e manutenção de um mercado comum, caracterizado pela presença de liberdades econômicas fundamentais. Para este objetivo, a manifestação plena da liberdade de concorrência, tutelada pela normativa da concorrência, assume um papel central⁷. As liberdades de mercado, nas quais está sustentado o mercado

4 CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 24.

5 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 131.

6 von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 171.

7 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

comum, seriam sem efeito se não houvesse uma liberdade de concorrência regulada. Com efeito, o ex-artigo 3º, n. 1, letra g TCE implicava um regime que garantisse que a concorrência não fosse falseada no mercado comum, hoje mercado interno.

As prioridades da concorrência neste mercado interno são: controle estrito de auxílios públicos; abertura de mercados até então fechados à concorrência; o controle de fusões; a execução das regras de proibição sobre cartéis e empresas detentoras de posição dominante; a liberação de acordos que sejam compatíveis com os princípios da concorrência e a criação de condições de concorrência nos mercados de terceiros países importantes à UE⁸.

Muitos aspectos do direito comunitário da concorrência já foram tratados em outros locais. Vale referir as considerações escritas sobre os critérios de mercado relevante e investidor privado⁹, sobre as regras processuais¹⁰, sobre o controle das concentrações de empresas¹¹ e sobre os auxílios públicos comunitários¹². Significativa doutrina nacional também tem se dedicado a trabalhar essas questões, pelo que se dispensa de repeti-las aqui nesse estudo¹³. O prosseguimento do mesmo é dedicado às linhas mais gerais, apenas para que o leitor não perca a sequência do tema específico dos auxílios públicos, a seguir.

c) Regras materiais aplicáveis às empresas

O capítulo do Tratado referente à concorrência contém o que pode ser chamado de conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário, constituindo-se no núcleo da regulamentação comunitária na matéria¹⁴.

Entre os vários prováveis campos de tratamento do direito da concorrência¹⁵, o direito comunitário está centrado em áreas bem definidas, tais como os cartéis, os abusos de posição dominante, as fusões e as aquisições de empresas e o papel dos governos. Suas disposições tratam de um verdadeiro conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário. Algumas dessas regras vinculam diretamente as empresas privadas, outras são dirigidas às empresas públicas e aos Estados-membros da UE.

8 EHLERMANN, Claus-Dieter. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794-796.

9 JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191.

10 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311-392.

11 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

12 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 434-495.

13 Ver o tema, na literatura nacional, também em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, 366 p.; SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, 317 p. e em CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, 368 p.

14 CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, p. 425.

15 Listados em HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

Outros, como a concorrência desleal e o direito de patentes são ou foram objeto de regras de harmonização, já que também desempenham um papel no processo de integração, especialmente pela forte relação com o direito comunitário, cujo ponto de contato é a liberdade de circulação de bens¹⁶. Estão também abrangidas pelo direito comunitário da concorrência regras referentes à fiscalização das limitações exercidas por empresas e monopólios públicos e auxílios públicos à concorrência no mercado interno.

Assim, é possível referir que o controle da manutenção da concorrência se desenvolve em duas linhas principais: controle das práticas e dos acordos entre empresas que deturpem a concorrência (regras destinadas às empresas) e disciplina dos recursos públicos (regras destinadas aos Estados-membros). Vale lembrar que a regra da concorrência não está voltada apenas à proteção da concorrência, mas também à proteção do consumidor, para que este possa se beneficiar de uma concorrência saudável.

Na perspectiva comunitária, o direito da concorrência se desenvolveu durante as últimas décadas¹⁷. A UE foi fundada com a ideia de que o bom funcionamento do mercado constituía a melhor organização possível das trocas¹⁸. Depois foram surgindo normas que visavam manter a liberdade e o funcionamento da concorrência. Assim, nos primeiros anos da existência da UE, grandes avanços foram sentidos. A competência das tarefas foi confiada a uma direção geral com quatro direções. A segurança para que o mercado funcione em regime de concorrência cabe, em primeiro lugar, à Comissão Europeia. Em 1962 foi editado o Regulamento n. 17/62, sobre a aplicação das normas de proibição de cartéis e uso abusivo do poder de mercado. Na sequência, a política dos auxílios públicos teve seus princípios definidos pela Comissão, que também demonstrou, em grande lista de casos, as regras pelas quais os Estados-membros deveriam se orientar. Houve, então, o desenvolvimento de inúmeros princípios. Neste trabalho foi fundamental o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), junto com a Comissão.

A Parte 3 do Tratado, no Título VI, trata das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações. O seu capítulo primeiro refere-se às regras da concorrência. A seção primeira deste capítulo trata das regras aplicáveis às empresas e compreende os artigos 101, 102 e 106 TFUE, que serão a seguir abordados.

1. Artigo 101 TFUE

Nos termos do artigo 101, n. 1 TFUE, são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que

16 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

17 FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 11.

18 DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 1.

tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Este artigo exemplifica algumas das medidas proibidas, tais como a) fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e e) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Nos termos do n. 2 do mesmo artigo, são nulos os acordos ou decisões proibidos por ele.

Nos termos do n. 3, as disposições do n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tal disposição contém a disciplina comunitária da concorrência para a proibição de cartéis, dirigida a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e às práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Os artigos 101 e 102 TFUE valem para as empresas. Os Estados-membros não são destinatários das proibições de cartel¹⁹. Contudo, segundo o ex-artigo 10 TCE, lhes é proibido apoiar, como por exemplo através de uma aprovação, acordos que visem à formação de cartéis e outras práticas condenadas. Os Estados-membros não devem manter ou praticar medidas que possam afetar as normas da concorrência²⁰.

A doutrina agrupa sob a denominação de acordo os três tipos gerais de práticas previstas pelo Tratado, quais sejam o acordo entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas. Por este motivo a referência a acordo possui uma dimensão mais abrangente do que a referente a essa única prática.

1.1. Rol do artigo 101, n. 1 TFUE

O artigo 101, n. 1 TFUE apresenta exemplos de medidas restritivas à concorrência, baseados em experiência adquirida²¹. Outras medidas, nele

19 FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 91.

20 DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 3.

21 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 77.

não previstas, igualmente se submetem às regras da concorrência. Por isso é dito que o rol é meramente exemplificativo²². Assim, são restritivos quaisquer outros acordos ou práticas concertadas que afetem a concorrência.

1.2. Artigo 101, n. 2 TFUE

Segundo o artigo 101, n. 2 TFUE os atos e comportamentos, que são considerados violações às normas do Tratado, são sancionados com a nulidade de pleno direito, ou nulidade absoluta, que é o termo conhecido em vários ordenamentos.

1.3. Artigo 101, n. 3 TFUE

O artigo 101, n. 3 TFUE, é visto como um instrumento privilegiado de execução das normas da concorrência, anteriormente de monopólio da Comissão. É tido pela Comissão como permissionário de uma interpretação menos rígida das disposições do artigo 101, n. 1 TFUE, isto é, mais realista do efeito restritivo exigido por este²³. Apresenta uma validade não absoluta das proibições aos cartéis, mesmo que estas tenham sido severamente formuladas. Estabelece possibilidades para que a consequência jurídica do artigo 101, n. 2 TFUE não seja aplicada e que as medidas das empresas que caem nas proibições do n. 1 sejam declaradas compatíveis. Isto é, determinados acordos podem ter efeitos favoráveis, não pondo em causa a concorrência para além dos limites considerados admissíveis, e serem compatíveis com o mercado comum. Certas restrições à concorrência são admissíveis desde que indispensáveis à realização de alguns objetivos e não acabem por eliminar a concorrência em relação a uma parte substancial do mercado interno.

Para que o n. 1 não seja aplicado é necessário que se verifiquem, simultaneamente, as condições positivas e as condições negativas previstas no n. 3. Basta que não se verifique qualquer uma das condições para que a isenção não seja possível.

2. Artigo 102 TFUE

O artigo 102 TFUE contém a disciplina comunitária da concorrência para o abuso de posição dominante. Nos termos do artigo 102 TFUE, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na

22 A doutrina observa que este debate não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul*?, p. 32-33.

23 VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 29.

concorrência; e d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Como já afirmado, a UE tem o objetivo prescrito de manter um sistema para garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, segundo o ex-artigo 3º, n. 1, letra g TCE. Empresas dominadoras de posições de mercado atrapalham as condições da concorrência, através da fixação de preços por sua própria vontade, com o objetivo de influenciar unilateralmente o mercado em seu próprio favor. Para tanto, o artigo 102 TFUE proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em uma parte substancial dele²⁴. Estar nesta posição significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, resguardando-se das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura.

Embora o artigo 102 TFUE não defina o que seja abuso, elenca, não exaustivamente, uma série de práticas sancionadas como tal, na medida em que esses comportamentos sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, retardando, assim, o processo de integração da economia comunitária.

A enumeração do artigo 102 TFUE é menor que a do artigo 101 TFUE. Falta a correspondente previsão da letra c daquele, por ser impossível na presente hipótese. Em regra, a repartição de mercados e fontes de abastecimento supõe uma rede de contratos que não é típica da posição dominante. Outra diferença sensível é que o artigo 102 TFUE não apresenta possibilidades de exceções, ou seja, é incondicional ao não apresentar nenhuma hipótese de derrogação das proibições. O abuso de uma posição dominante não é de nenhuma forma justificável, uma vez que é entendido como prática mais grave que as concentrações. Não está prevista a nulidade dos atos, como é no artigo 101, n. 2 TFUE, para os acordos. Diferentemente do artigo anterior, neste não é necessária nenhuma previsão, devido ao caráter puramente fático do abuso. Mas, em semelhança às infrações ao artigo 101 TFUE, são previstas multas. Demais consequências da incursão em tais práticas são determinadas pelo direito nacional.

3. Artigo 106 TFUE

As disposições materiais sobre as regras da concorrência reaparecem no artigo 106 TFUE²⁵. O direito comunitário da concorrência aplica-se

24 Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1041-1120; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 605-622; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 593 e seguintes; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 336-347; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes; DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 552-555 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 311 e seguintes.

25 Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 526-668; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 347-356; BALLARINO, Tito.

às empresas privadas e públicas. É clara a disposição do Tratado em não proibir a existência de empresas públicas e de dirigir o mesmo tratamento a ambas as categorias de empresas. Neste contexto, a empresa pública é apenas uma empresa a mais, só que em mãos públicas²⁶. No entanto, quando uma empresa pública estiver investida da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham caráter de monopólio fiscal, as regras da concorrência só lhe são aplicáveis quando não comprometam o desempenho da missão que lhes foi confiada.

O n. 2 do artigo 106 TFUE assevera que as empresas encarregadas de gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal se submetem às normas do Tratado. Mas isto só é levado a efeito se a aplicação de tais normas não impedir o cumprimento de missão específica a elas confiada e desde que não contrarie os interesses maiores da UE.

A Comissão detém autorizações especiais para garantir a segurança da aplicação do artigo 106, ns. 1 e 2 TFUE. Para tanto, ela não necessariamente precisa se limitar aos instrumentos gerais do direito comunitário secundário, especialmente recomendações e pareceres. Ela pode tomar decisões e, sobretudo, pode promulgar diretivas.

De fato, o artigo 106, n. 3 TFUE atribui à Comissão o dever de vigilância das questões que se referem às empresas públicas ou às empresas às quais sejam reconhecidos direitos especiais ou exclusivos. Por ele, a Comissão dirige decisões aos Estados-membros que são obrigados a cumpri-las, sem prejuízo de eventual recurso. Caso não o façam, demandamos nos termos do Tratado.

d) Regras processuais aplicáveis às empresas

A aplicação das regras materiais dos artigos 101 e 102 TFUE é determinada por normas processuais. Estas, regulamentadas pelo direito comunitário derivado, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o amadurecimento de uma reforma nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62.

O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução do direito comunitário da concorrência. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do artigo 101, n. 1 TFUE, em função do n. 3 do mesmo artigo. Para tanto, a Comissão dispunha de decisões para casos singulares, quando o comportamento era incompatível, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do n. 3 do artigo

Manuale di Diritto Dell'Unione Europea, p. 623-634; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes e em Díez MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 563-571.

26 PÜTTNER, Günter. *Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, p. 227-242; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586 e MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 157 p.

101 TFUE, de regulamentos de isenção por categorias, de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse infração e fosse compatível com o Tratado, e de *comfort letters*, que embora não apresentassem segurança jurídica, eram usadas de forma indiscriminada.

Com o tempo, esse sistema começou a apresentar limitações. As *comfort letters* eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, o sistema limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos importantes e o monopólio detido afastava as instâncias nacionais de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito. Posteriormente, a Comissão criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à avalanche de notificações que o sistema ensejava. Todavia, nem esses, nem regras para as restrições verticais e horizontais surgidas foram suficientes para resolver a questão do volume de trabalho. O debate sobre reforma foi estimulado. As modificações aconteceram em 1º de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na UE, data em que o novo Regulamento n. 1/2003 sobre a execução dos artigos 101 e 102 TFUE entrou em vigor.

Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização. A reforma também promoveu uma completa troca de sistemas, tecnicamente falando, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal²⁷.

Os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 101, n. 1 TFUE, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 101, n. 3 TFUE, e deslocamento dos direitos nacionais, por força do chamado princípio desalojador fático. Ele é previsto no artigo 3º do Regulamento n. 1/2003 e provocou uma radical modificação da relação entre direitos nacionais e comunitário da concorrência. Segundo ele, nos casos onde um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e exclui o direito nacional. Em síntese, trata-se do abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afeto à regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

27 BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'*, p. 101-107 e BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?*, p. 462-473.

e) Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas

No contexto de normas destinadas às empresas é de se relacionar as de controle das concentrações de empresas. Também regulamentadas pelo direito secundário, elas tinham tido suas últimas alterações com o Regulamento n. 1310/97, que modificou parcialmente o Regulamento n. 4064/89. Atualmente, ambos se encontram substituídos pelo de n. 139/2004.

O Regulamento n. 139/2004 consolidou as reformas ocorridas nesse âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado comum, a entrada em circulação do euro e o alargamento previsto para 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. A regra editada garante uma clareza na aplicação das normas²⁸.

O Tratado não tem previsão legal para tal controle. Inicialmente foram aplicados os artigos 101 e 102 TFUE em caráter subsidiário. O sistema, com o tempo, mostrou-se imperfeito e, em 1989, surgiu um regulamento contendo normas para a atuação dos órgãos da UE diante das operações de concentrações de empresas. Tal regulamentação foi, por assim dizer, imposta com a chegada do objetivo de mercado comum e com o impulso dado a ele pelo Tratado do Ato Único Europeu, de 1987, o que levou as empresas a prepararem-se para esse mercado. Já a UE esperava do regulamento uma contribuição ao atingimento e manutenção do objetivo referido. O apoio que também essa norma deu ao processo de integração foi sensível. O novo regulamento de 2004 não promoveu alterações de sistema concorrencial, mas unificou as normas envolvendo questões de domínio de aplicação das regras, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações e poderes da Comissão e dos Estados-membros.

Desde 1º. de maio de 2004 a UE dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser aplicado ao controle das concentrações de empresas. Conforme antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, ainda que não tenham sido realizadas alterações nos patamares para a caracterização da dimensão comunitária. O ganho com essas reformas foi de endurecimento do controle e alargamento do seu espectro de aplicação. Isso teve como consequência benefícios à manutenção e ao funcionamento do mercado interno²⁹.

28 WEITBRECHT, Andreas. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 69-73.

29 Ver o tema do controle de concentrações de empresas em HIRSBRUNNER, Simon. *Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005*, p. 711-716; WEITBRECHT, Andreas. *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, p. 43-50; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*, 332 p.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1191-1308; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 601-604; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 687-697; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 429-432; Díez MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de*

2 DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL AOS ESTADOS-MEMBROS

Esta parte do artigo se dedica às regras materiais e processuais do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos Estados-membros. A proibição às ajudas públicas vem regulada nos artigos 107 a 109 TFUE. Ajudas públicas podem prejudicar a concorrência e conturbar a igualdade entre as empresas da mesma forma que as práticas antes relatadas. Por isso, a UE dispõe do mais rigoroso controle de todos os blocos comerciais³⁰.

A Seção II do Capítulo I do Título VI do Tratado prevê regras aplicáveis aos Estados-membros, que são complementares às da Seção I, aplicáveis às empresas³¹. Dentro das regras da concorrência estão as relativas aos auxílios públicos, destinadas aos Estados, tornando-os também destinatários daquelas, especialmente pela importância do tema na constituição do mercado comum e pela relevância que o controle das ajudas assumiu com a entrada em vigor desse mercado. Isso posto, inicialmente serão vistas as regras materiais.

A decisão do trato desses aspectos no Tratado se deu pelo efeito majoritariamente nefasto que os auxílios públicos promovem na concorrência e na consecução do mercado comum, motivo pelo qual foram severamente proibidos no ordenamento comunitário, já no direito primário.

Com as proibições à concessão de auxílios públicos, quis-se impedir que os Estados-membros modificassem artificialmente as condições da concorrência, subsidiando empresas, setores ou regiões que de outra forma não teriam competitividade face às congêneres dos outros Estados. Os auxílios foram considerados as principais medidas dos Estados contra a queda das barreiras e o principal implicador a um provável insucesso à época do mercado comum. Considerava-se que uma das maiores garantias que podia ser dada a uma empresa era que a concorrência não viesse a ser falseada de forma artificial³². Os efeitos na concorrência eram entendidos como tão nefastos que durante vários anos sequer as regras comportaram uma exclusão *de minimis*. Bastavam as derrogações para que a norma fosse entendida como ampla o suficiente.

Portanto, o trato das questões não vem sem antes ser feita uma introdução para ressaltar o nexo funcional e teológico existente entre a concessão ilegal de auxílios públicos e a concetização do mercado comum. Como é sabido, a concessão de tais auxílios pode vir a deturpar a liberdade de concorrência, infringir o direito da concorrência e, consequentemente,

la Unión Europea, p. 557-559 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

30 Certamente em reflexo de a UE possuir a mais clara orientação a uma economia de mercado do mundo. EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 273.

31 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 150.

32 STEINDORFF, Ernst. *Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationales Privatrecht*. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzehnten Geburtstag*, p. 497.

se não disciplinada, impedir os processos de integração que almejam o alcance da fase de mercado comum de chegar ao seu objetivo final.

Na sequência, em terceira abordagem, serão apresentadas as regras processuais aplicáveis aos Estados-membros.

Por fim, são trazidas algumas reformas ocorridas nas regras aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizaram ainda mais a aplicação das normas referentes às ajudas públicas, em momento prévio àquelas das regras aplicáveis às empresas.

a) Nexo entre auxílios públicos e concretização do mercado comum

O atingimento do mercado comum ensejou o desaparecimento dos obstáculos diretos, tais como as barreiras ao comércio. Eram aguardadas barreiras indiretas como efeito já da sua entrada em vigor e concessões de ajudas públicas como instrumento e último recurso dos Estados-membros. Este fato determinou uma nova orientação da Comissão relativa ao controle deles, que envolveu inclusive uma extensão conceitual e a afirmação categórica da exclusão da aplicação de uma regra *de minimis*, na época, aos auxílios públicos. Outras áreas, haja vista o original regulamento de controle das concentrações ser contemporâneo, também foram afetadas por essa nova orientação da Comissão.

Uma questão muito interessante e pertinente para os objetivos do estudo desse tema é o problema dos auxílios públicos destinados às empresas no quadro da construção progressiva de um mercado comum. Resumidamente, é a necessidade do controle das ajudas para concretizar o mercado comum após o desaparecimento de inúmeros obstáculos diretos ao comércio intra-comunitário. MORAIS, por exemplo, procura dilucidar o nexo funcional e teleológico entre as realidades jurídicas e políticas do controle dos auxílios públicos e do regime do mercado comum. Sua obra também contata com o problema da participação do Estado no capital das empresas e outras questões suscitadas pelas empresas públicas³³. A presente parte inicia, pois, com a caracterização desse nexos.

A concessão e o controle das ajudas se tornaram mais importantes com a entrada em vigor do mercado comum. Na exata medida em que as barreiras nacionais eram removidas, com as quais podiam contar, os Estados criavam barreiras indiretas de proteção artificial e concediam ajudas às suas empresas e parques industriais. Elas foram utilizadas pelos Estados-membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais. Ambas as práticas e a própria participação dos Estados no capital das empresas necessitaram ter seu controle reforçado. Ele não seria completo se a relação financeira entre os Estados e as suas empresas não tivesse sido incluída.

33 MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 95-175.

Esses procedimentos, considerados pela doutrina de nexo funcional e teleológico³⁴, se apresentaram como antagônicos. Se tivessem se mantido, o efeito econômico teria sido de represália às empresas de maior eficiência e de perda de competitividade e de vantagens da unificação dos mercados, ademais de desperdícios de recursos estatais. Porém, não se pode negligenciar a contribuição do regime de ajudas para o alcance do mercado, por sua capacidade reguladora. Ele permitiu o estabelecimento de iguais condições de concorrência. Visando a isto é que o sistema não promoveu uma proibição total, mas um controle, pois, além de admitidos, alguns auxílios trazem vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico. Nesse sentido está a disciplina do artigo 107 TFUE, que prevê categorias de ajudas compatíveis com o mercado comum e outras que podem ser assim consideradas, a seguir expostas.

b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros

A doutrina aponta três categorias de obstáculos indiretos, quais sejam, os problemas de harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os problemas relacionados com o controle dos auxílios públicos. Ainda que relevantes, não cabe aqui aprofundar todos os possíveis obstáculos indiretos, mas apenas o principal para este estudo, qual seja, a concessão de auxílio público.

É devido reafirmar que não se fala em uma completa nem em uma parcial eliminação, nem em uma proibição total³⁵, mas em um controle através da UE que permita assegurar um determinado grau de concorrência que, comportando certas restrições, assegure o dinamismo e a abertura dos mercados, fundado no princípio da concorrência praticável (*workable competition, leistungsfähiger Wettbewerb*)³⁶. Nesse sentido, entende-se que a consolidação do mercado comum impede uma repentina supressão de todos os auxílios públicos³⁷. Isto é, além de admitidos, alguns são necessários³⁸, dificilmente evitáveis, pois trazem vantagens para a economia como um todo³⁹. Isso responde porque o Tratado não proibiu aqui como fez nos

34 O fenômeno conhecido na doutrina como o nexo funcional e teleológico entre mercado comum e a política dos auxílios públicos está referido em MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 1, 7, 25 e 35.

35 KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

36 Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*, p. 18-19 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57.

37 ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149 e FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español*, p. 620.

38 ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149.

39 CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 71.

casos de abuso de posição dominante⁴⁰, em que não são previstas exceções. Vale ressaltar que “a ajuda estatal pode constituir um instrumento de desenvolvimento da política estrutural, quando certos objectivos legítimos de crescimento económico não possam ser atingidos unicamente pela ação das forças do mercado [...]”⁴¹. O próprio artigo 107 TFUE enuncia três categorias de ajudas que são compatíveis com o mercado interno (derrogação de proibições que resulta diretamente do Tratado e não está, por isso, dependente de qualquer intervenção comunitária) e quatro que podem ser consideradas compatíveis (se a Comissão não tiver razões para se opor a elas). Nesse sentido, a Comissão declarou certas ajudas para promover o desenvolvimento regional ou auxiliar determinadas indústrias como compatíveis com o mercado interno. A dificuldade reside em definir a compatibilização dos princípios de não falseamento à concorrência e eventual contribuição de determinados auxílios e do controle dos outros para o atingimento das metas comunitárias, entre as quais esteve uma vez o mercado comum. Para tanto existem regras, a seguir abordadas.

1. Artigo 107, n. 1, TFUE

O artigo que abre a seção Ajudas outorgadas pelos Estados é o 107 TFUE. Juntamente com o artigo 108 TFUE, atualmente oferece apenas uma primeira orientação⁴². Desde o momento da concepção do Tratado até hoje, numerosas decisões, comunicações e diretrizes da Comissão⁴³ e decisões dos Tribunais esclareceram os pontos centrais das questões envolvendo os auxílios públicos. Por exemplo, o seu n. 1 não possui efeito direto. Mas o artigo 108, n. 3, frase 3 TFUE tem. Isso é bem diferente da atual realidade dos artigos 101 e 102 TFUE.

Em linhas gerais, as práticas comerciais que promovem condições de diferenças podem decorrer de dois grandes grupos de atitudes: barreiras ao ingresso de produtos ou serviços estrangeiros, como restrições quantitativas ou qualitativas à importação⁴⁴, e ajudas a empresas nacionais, ou seja, ajudas públicas.

Por tal, segundo o artigo 107, n. 1 TFUE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Ante a isso, para que uma ajuda pública seja proibida, quatro são as condições necessárias: que haja uma vantagem para a empresa interessada, que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, que tenha

40 VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1595.

41 MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 320.

42 KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

43 Considerada por EHLERMANN como um “árbitro independente” quando trata das questões de execução de regras relativas às ajudas públicas e derrogações da proibição. EHLERMANN, C.-D. *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, p. 615.

44 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.

caráter específico, isto é, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e que afete as trocas comerciais entre os Estados-membros, isto é, apenas quando a ajuda pública modificar a situação da concorrência entre os concorrentes. E o comércio entre os Estados-membros é influenciado quando o acesso ao mercado é dificultado a concorrentes de outros Estados-membros.

Essas quatro condições são cumulativas. Quando uma delas não está presente, não se está perante uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um membro da UE. Do contrário, quando se está presente às mencionadas condições, certamente se trata de uma ajuda de Estado, mas não necessariamente de uma ajuda vedada⁴⁵. Como dito, o sistema não contém nenhuma proibição absoluta⁴⁶ nem incondicionada de ajudas, mas um controle, exercido pela Comissão, regulado pelo artigo 108 TFUE, baseado em processo de fiscalização.

O conceito de auxílios públicos é mais amplo que o de subvenções. Estas envolveriam apenas os pagamentos pecuniários. Auxílios, mais amplamente vistos, seriam quaisquer sacrifícios ou encargos financeiros para o Estado⁴⁷. Mas não é necessário que haja um dispêndio de dinheiro, pois a despesa pode ter caráter negativo, como se verá mais detalhadamente quando forem citados exemplos. Também pouco interessa se o auxílio foi dado efetivamente pelo Estado. O que importa é a origem pública, independentemente da natureza jurídica das entidades que intervêm na atribuição concreta do auxílio. Ante a ausência de uma verdadeira definição, bem como de uma lista de medidas proibidas, o concreto alcance do conceito é precisado pela prática, marcado por um acentuado casuísmo, o que confere à jurisprudência um papel relevante⁴⁸.

A partir dos novos desenvolvimentos jurídicos experimentados pelo conceito de auxílios públicos, MORAIS analisa a subsunção sob este das participações públicas no capital das empresas públicas e as novas exigências em matéria de transparência das relações entre Estados-membros e empresas⁴⁹. É o caso do Estado-empresário, como agente econômico ou como acionista, acumulador dos papéis de proprietário e de poder público, suscetível à influência de vários objetivos⁵⁰.

A necessidade de uma transparência ditou o surgimento da Diretiva n. 80/723/CEE, que se constituiu na primeira etapa da nova orientação⁵¹ comunitária relativa às participações empresariais públicas. Essa diretiva

45 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 264.

46 CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 171.

47 FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica* 2, p. 79. Mais sobre o conceito de ajuda estatal pode ser visto em PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 91-94.

48 RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. *Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado*, p. 59. A ausência de uma definição no Tratado pode mesmo ter sido intencional. Uma expressa extensão do conceito levaria os Estados a encontrarem práticas que não se submetessem a ela. SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*, p. 13.

49 MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 95.

50 CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70 e MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

51 MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

consagrou um conceito lato de empresa pública, baseado no critério da influência dominante no comportamento da empresa⁵², o que não necessariamente se resume a uma participação pública majoritária.

Para o efeito da transparência, essa diretiva consagrou eventos a serem comunicados à Comissão, de forma meramente enunciativa, como por exemplo as subvenções a fundo perdido, empréstimos em condições privilegiadas, concessão de vantagens financeiras sob forma de não-percepção de benefícios ou de não-cobrança de créditos e renúncia à remuneração normal dos recursos utilizados.

Participações empresariais públicas podem constituir uma forma original de auxílio público incompatível, desde que não correspondam aos padrões normais de investimentos, em especial nos casos em que as sociedades não teriam capacidade para se financiarem no mercado de capitais, análise que é feita com o uso do critério do investidor privado normal, logo a seguir visto.

A caracterização como auxílio envolve ainda a análise do mercado relevante⁵³. A definição deste, como já visto, envolve os critérios territorial e do produto. O do produto leva em conta a ótica do consumidor, julgada segundo o conceito mercadológico de necessidade. Perante a existência de saturação no mercado ou capacidade produtiva instalada excedente, qualquer, mesmo a mínima vantagem concedida a uma empresa por um Estado poderá afetar o comércio intra-comunitário. Um efeito, todavia, sobre o mercado relevante, diferentemente do que se passa nos artigos 101 e 102 TFUE, não chega a ser necessário para a proibição da concessão do auxílio⁵⁴.

O conceito de Estado deve ser entendido de forma ampla e não pode basear-se unicamente na terminologia de um dos Estados-membros. Fazem parte do Estado as instituições constitucionalmente independentes, as coletividades descentralizadas, os organismos de tipo corporativo, os organismos públicos e privados instituídos pelo Estado, as pessoas jurídicas de direito público, todos os órgãos da administração, as entidades regionais ou locais dos Estados-membros, organismos cuja composição e funcionamento estão previstos por lei e que dependem dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda, entre outros⁵⁵.

52 CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 190-198.

53 KOENIG e KÜHLING falam da necessidade de uma aplicação mais larga deste conceito como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 522.

54 JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. *Rettings- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission*, p. 659. No mesmo sentido de que basta que a afetação seja potencial, o que no caso de auxílios é até presumido, ver NOWAK, Carsten. *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, p. 296.

55 Fundamentações jurisprudenciais para esta série de exemplos podem ser vistas em ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 319-320.

A especificação do que significa a palavra Estado é tarefa da Comissão e do TJUE. A palavra assume necessariamente um significado muito amplo, devido à substancial diversidade da organização administrativa dos países. Alguns possuem estrutura centralizada, como França e Holanda, e, outros, estrutura descentralizada, marcada pela repartição de competências entre Estado central e regiões, como Alemanha e Espanha. Assim, ambas as instituições consideram que a ajuda pode ser a concedida pelo Estado como entidade jurídica própria ou por sua articulação, qual seja um ministério, a província, a comunidade, a municipalidade, o departamento, a região, a comunidade autônoma ou os *Länder* alemães. Todos são diretamente obrigados, no âmbito de suas competências, a observarem as regras relativas à concessão de auxílios públicos.

Também as ajudas que não sejam pagas diretamente por organismos estatais devem submeter-se às regras. O importante é que em ao menos uma parte delas⁵⁶ haja recursos provenientes de recursos estatais. Sempre que o subsídio venha a sobrecarregar o orçamento de um Estado-membro, este requisito é cumprido. Não faz a menor diferença se o auxílio é proveniente do próprio Estado-membro ou de alguma de suas corporificações. O que seriam instituições do Estado? Numa interpretação ampla, como visto acima, estão envolvidas as empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos que fornecem auxílios estatais. Mas e o caso de instituições públicas e privadas erigidas pelo Estado? A discussão reside nas públicas, erigidas pelo Estado, mas mantidas por recursos privados. As privadas, que distribuem dinheiro estatal, assim quando são mantidas por empresas estatais, tornariam este um auxílio público, pois provenientes do Estado. Agora, e as públicas, que distribuem dinheiro privado? Pode vir este a ser considerado auxílio também, sempre que seja o Estado o ordenador da distribuição do dinheiro, isto é, quando a escolha do beneficiário recaia sobre o Estado ou alguém por ele indicado. Tal caráter faz com que o recurso estendido seja considerado auxílio. Essa análise se dá pelo grau da possibilidade de influência do Estado na concessão⁵⁷.

Os auxílios são classificados em despesas orçamentais positivas, nas quais entrariam as subvenções, despesas orçamentais negativas, envolvendo os benefícios fiscais, e as participações públicas no capital de empresas, que é a menos transparente de todas as modalidades⁵⁸.

Isso posto, como exemplos, são auxílios as isenções fiscais, qualquer diminuição das receitas públicas, bonificações de juros, coberturas de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida equivalente, já que nenhuma enumeração é taxativa nem vinculativa, mais os auxílios para investimentos diretos, favorecimentos de créditos, facilitações de impostos,

56 MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 550.

57 CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 219. Mais sobre o grau da possibilidade de influência estatal (*Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit*) pode ser visto em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1068.

58 Segundo outra classificação, tais situações podem ser agrupadas em três categorias: financiamento da empresa em condições diversas das quais poderia oferecer o mercado de capitais, aportes de capitais em condições de não-remuneração e alívio sobre o balanço. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 265.

tarifas especiais para serviços públicos e compras de terrenos abaixo do preço de mercado⁵⁹. As ajudas concedidas por um Estado podem assumir ainda outras variadas formas, tais como garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, concessão de prédios ou terrenos a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, financiamento de infra-estrutura e urbanização⁶⁰, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, isenção de impostos e taxas, isenções de direitos para-fiscais ou outras medidas de efeito equivalente, como o Estado deixar de receber ganhos financeiros.

A relação entre favorecimento e prestação pode ser avaliada a partir do critério de investidor privado (*market economy investor*, *Marktinvestorenprinzip*), que é decorrente da jurisprudência⁶¹. Há critérios informadores importantes que não constaram do Tratado e que, portanto, vieram a ser definidos pelo TJUE, como por exemplo o aqui abordado⁶². Mas, enfim, como diferenciar a atitude do Estado perante as empresas enquanto outorgador de auxílios ou investidor comum? Pois esta diferenciação é dada pelo critério do investidor privado. A sua aplicação hoje é plenamente reconhecida.

Entende-se por critério do investidor privado o aplicado quando o Estado financia uma empresa pública como acionista ou investidor normal. Isto é, quando financia a empresa como um acionista que financia uma empresa privada, com auxílios efetuados em circunstâncias aceitáveis por um investidor privado. Nesse caso, a análise que tem que ser feita é averiguar se em idênticas situações um investidor privado, pelas possibilidades de rentabilidades previsíveis, com abstração de considerações de caráter social ou de política regional ou setorial, teria igualmente procedido tal ingresso de capital ou, noutra perspectiva, se o investidor privado teria dispensado o recebimento de lucros que o Estado-membro dispensou. Ou, dito de outra forma, não se pode falar de auxílios de Estado e nem de favorecimento quando há entrada de capital fresco nas empresas, se ocorrer em circunstâncias que sejam aceitáveis para um investidor privado, atuando em condições normais de uma economia de mercado. Enfatizando, vale dizer que sempre que um investidor privado, baseando-se na taxa previsível de rentabilidade do capital investido⁶³, tomasse a mesma decisão,

59 FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 100. Outro tanto está citado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 207-208.

60 Sobre esta modalidade de ajuda em específico, ver SOLTÉSZ, Ulrich. *Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht*, 107-111.

61 Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), TJCE, Col. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes, embora não haja acordo entre os autores em indicar qual foi a primeira sentença do Tribunal que confirmou a validade da aplicação do princípio. A Comissão se valeu de uma Comunicação de 17 de setembro de 1984 para tanto. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 63-65.

62 Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191 e em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 181-198.

63 Critérios para a determinação da rentabilidade provável do investimento, baseados no custo do capital e na taxa de retorno mínima, segundo o modelo de valoração de ativos financeiros, no prazo razoável de recuperação do investimento e no momento em que se tomou a decisão de investir, são analisados em RODRÍGUEZ MIGUEZ. *Idem*, p. 68-74.

o caso não se trata de auxílio e sim de investimento. O momento para essa análise, também um fator a considerar⁶⁴, é o no qual se adotou a decisão de investimento ou financiamento.

2. Artigo 107, n. 2 TFUE

Na sequência do Tratado, o artigo 107, n. 2 TFUE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Há situações em que as condições de mercado não permitem um livre comércio. Em tais hipóteses as ajudas públicas não são vistas como negativas⁶⁵, desde que completem a lacuna estrutural da empresa ou de setor débil da economia. A vertente social e o caráter excepcional que elas comportam fazem com que se adaptem perfeitamente aos princípios e normas do direito comunitário⁶⁶. Portanto, o Tratado exclui a aplicação das regras nos âmbitos ali elencados e permite a derrogação da proibição constante do artigo 107, n. 1 TFUE.

Algumas derrogações assumem caráter automático⁶⁷, outras são de decisões discricionárias da Comissão, possíveis em presença destas determinadas condições. As exceções *de iure* são imperativas, aplicando-se independentemente de qualquer apreciação das instituições comunitárias e de se afetam os intercâmbios ou falseiam a concorrência.

Essas exceções representam um estreito campo⁶⁸ de auxílio, que servem a circunstâncias sociais especiais ou à minimização de prejuízos, ou ao equilíbrio de desvantagens. Por isso, as disposições do artigo 107, n. 2 TFUE, são de *per se* compatíveis com o mercado comum. O entendimento que se tem é que são ajudas⁶⁹, e sempre compatíveis com o mercado e com a concorrência comunitários, ainda que afetem os intercâmbios entre os Estados-membros, embora se saiba que essas permissões podem falsear a concorrência e como resultado final comprometer o atingimento do mercado comum.

A primeira exceção refere-se aos auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos. A segunda, aos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Esses fenômenos são os que os ingleses classificam como *acts of God* e envolvem inundações, secas e epidemias. Por fim, a última regra de exceção refere-se aos auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República

64 KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 326.

65 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 272.

66 MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 556.

67 Algumas posições doutrinárias se referem a uma inexistência de poder de apreciação no quadro do artigo 107, n. 2 TFUE, como há no n. 3. MORAIS não concorda inteiramente com este pensamento, ao afirmar que “O caráter automático do reconhecimento destas derrogações só aparentemente elimina por completo qualquer margem de apreciação da Comissão. ‘Essa faculdade de apreciação subsiste (sob forma de discricionariedade propriamente dita, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria)’ embora em menor grau e extremamente limitada por vinculações normativas”. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 88-89.

68 KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Também sobre a interpretação estreita que a prática oferece ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 296-297.

69 Assim FERNÁNDEZ FARRERES, para quem esta é a única forma de entender o verdadeiro sentido da previsão, uma vez que se ela não existisse, as ali constadas seriam consideradas ajudas. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 633.

Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por essa divisão (*Teilungsklausel*). Nessa questão, somente são admitidas as ajudas que mostrem uma função eliminadora de prejuízos, que venham condicionadas à separação da Alemanha e que precisam ser originadas em uma relação de causalidade entre prejuízos econômicos e a separação físico-geográfica. Com a Unificação Alemã, essas ajudas tornaram-se de maior necessidade, tendo em vista as enormes transferências de recursos que vêm sendo efetuadas a fim de reequilibrar as disparidades na Alemanha⁷⁰.

3 Artigo 107, n. 3 TFUE

O artigo 107, n. 3 TFUE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Estas contêm os requisitos para a autorização de concessão de ajudas. As situações listadas são ajudas, mas apesar do efeito falseador da concorrência e dos intercâmbios comerciais que delas possa derivar, poderão ser consideradas compatíveis com o mercado comum. O rol é taxativo, e não exemplificativo como os demais, especialmente os dos artigos 101 e 102 TFUE⁷¹.

Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, que são de grande importância para a UE⁷², auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral. Atualmente, em função da autorização recebida pelo Regulamento n. 994/98, tem e já usou a Comissão a possibilidade de definir por regulamentos de isenção por categorias os auxílios que devem ser dispensados da obrigação de notificação.

Outras possibilidades de exceções também são admitidas. O artigo 109, n. 1 TFUE tem como resultado a utilização de isenções por categorias para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Para tanto, existem regulamentos de isenção que se relacionam a auxílios para formação profissional, auxílios para pequenas e médias empresas e para ajudas ocupacionais⁷³. Na condição de regulamentos, as isenções da proibição da concessão de auxílios públicos possuem aplicabilidade direta. Os Estados doadores não se submetem ao processo de notificação do artigo 108, n. 3 TFUE. Isto é, caso uma ajuda cumpra os requisitos para a isenção disposta em algum dos regulamentos, o Estado está dispensado do dever de notificação. Ainda, outra vantagem observada com a adoção de regulamentos é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que

70 CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 242-243 e KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330.

71 A doutrina observa que o debate quanto ao caráter meramente exemplificativo dos artigos 101 e 102 TFUE não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul?*, p. 32-33.

72 Sobre as diretrizes da UE que reduziram o número de regiões e diminuiram os patamares máximos admissíveis destas ajudas, apontadas também como promotoras de uma reforma, ao lado das medidas aqui evidenciadas, ver KEPPELNE, Jean-Paul. (*Révolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, p. 139-141.

73 KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 331 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 98-101.

vinha muito relacionado aos desejos de reforma das regras de aplicação dos artigos 101 e 102 TFUE.

O rol taxativo do artigo 107, n. 3 TFUE apresenta cinco hipóteses. A primeira refere-se aos auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, conhecidas como as ajudas regionais e dizem respeito a territórios definidos. As regiões europeias não são economicamente homogêneas e, em função disso, há as que são sustentadas pelos Estados. Para que uma ajuda possa ser autorizada sob essa regra, a Comissão elabora um projeto coerente e orgânico que estabeleça previamente a linha de intervenção e os meios de realização.

A segunda hipótese do n. 3 refere-se aos auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro. Assim é o caso da construção de uma ponte ou de um aeroporto. Nestes, é prevalente o interesse geral comunitário ante a intervenção do Estado, o que permite que uma ajuda seja considerada compatível com as regras do Tratado. Bem como o dos auxílios destinados a sanar uma grave perturbação da economia de um Estado-membro, diversa de calamidades naturais ou de outro evento de natureza excepcional, pois essas vêm tratadas no n. 2, letra b, do mesmo artigo.

A terceira hipótese refere-se aos auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. O conceito de atividade econômica não compreende qualquer tipo de atividade comercial, mas aquela que pode caracterizar a produção nacional de um Estado-membro. Deve ser assinalada com certa relevância na economia geral, e por tal um auxílio pode ser considerado compatível. Assim, vê-se a construção naval, a agricultura, a indústria automobilística e o transporte aéreo.

A quarta hipótese diz respeito aos auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na UE em sentido contrário ao interesse comum. Ela tem sido empregada para favorecer a indústria editorial e cinematográfica europeia, obrigada a competir com a poderosa norte-americana, que dispõe de grandes investimentos e canais de distribuição.

Por fim, o artigo encerra as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão. Essa alínea manifesta a larga margem de apreciação que a Comissão detém. A discricionariedade aqui é enorme, ainda que vozes doutrinárias vejam uma salvaguarda contra possíveis abusos nos condicionamentos da decisão do Conselho⁷⁴. Assim, o Tratado expressa o desejo de não limitar a vontade de aceitar outros tipos de ajudas, sempre e quando estas sejam relevantes para a finalidade perseguida.

⁷⁴ SCHINA, D. *Op. cit.*, p. 62.

A prática da Comissão pode ser melhor observada segundo os objetivos do fomento ou os destinatários do favorecimento⁷⁵. Quanto às ajudas segundo os objetivos do fomento, vale referir que as que diminuem os custos das empresas, sem propósitos ou projetos, são perniciosas e por tal não são autorizadas. Mas o artigo 107, n. 3, alínea a TFUE prevê exceções. Ajudas às exportações também são proibidas. Não cabem nem na exceção da regra de *minimis*. Ajudas financeiras para investimentos só são autorizadas com o objetivo de fomentos regionais ou envolvendo pequenas e médias empresas, ou ainda proteção ao meio ambiente. Alguns tipos de ajudas para pesquisa e desenvolvimento podem ser concedidas, em patamares entre 25 e 50 por cento dos custos brutos da pesquisa. Para a proteção ao meio ambiente, a Comissão possui regras do ano de 2000 com vistas à concessão de determinados auxílios. Quanto à formação profissional, desde 2001 grande parte dos auxílios dessa natureza estão liberados da notificação à Comissão, em função do Regulamento n. 68/2001/CE. Ainda, ajudas a vagas de trabalho só são permitidas em determinadas situações e por determinado tempo e necessitam ter como resultado a manutenção das vagas. Para a criação de novas vagas as ajudas são vistas com melhores olhos.

A prática da Comissão também se refere, por vezes, ao círculo de favorecidos. Aí é possível serem enquadrados projetos nacionais, em que certas ajudas, destinadas a algumas regiões, são automaticamente admitidas. Necessidades de investimentos em regiões de estruturas econômicas fracas tornam este tipo de auxílio não fatalmente impensável. Por tal, só são proibidos os auxílios que interferem na concorrência. Empresas em dificuldades representam uma outra categoria de favorecidos. Essas ajudas devem ser bem controladas, pois ações de salvamento podem meramente transferir esse problema a outras empresas ou Estados-membros. Quanto às pequenas e médias empresas, há disciplina no Regulamento n. 70/2001/CE. Ajudas a investimentos são permitidas em patamares de 15 por cento para pequenas e 7,5 por cento para médias, do total bruto dos custos.

c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros

As regras processuais aplicáveis aos auxílios públicos encontram-se no artigo 108 TFUE. A frase 3 do seu n. 3 detém aplicabilidade direta. Um detalhamento delas é encontrado no Regulamento n. 659/99 do Conselho⁷⁶. Enquanto o artigo 108 TFUE apenas regula o procedimento em linhas gerais, ele contém um preciso e complementar caminho a ser seguindo, com o objetivo de tornar a fiscalização mais transparente e fornecer então uma melhor segurança do direito, eficiência e clareza. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir

75 RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). EU- und EG-Vertrag: Kommentar, p. 1064-1066.

76 Uma análise ampla sobre o conteúdo dele pode ser vista em SINNAEVE, Adinda. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270-277.

da própria prática da Comissão e das decisões do TJUE⁷⁷, o que tornava uma codificação sempre algo aguardado. Assim, pela primeira vez passou a UE a contar com uma ordem processual codificada para as questões envolvendo as ajudas públicas.

d) Reformas dirigidas à modernização e descentralização nas regras

Assim como os artigos 101 e 102 TFUE e o Regulamento de controle das concentrações de empresas, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua própria reforma. Em 1998, o Conselho usou pela primeira vez em quase quarenta anos a autorização do artigo 109 TFUE, que lhe permite emitir regulamentos de execução necessários à aplicação dos artigos 107 e 108 TFUE.

Com efeito, o Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar, através de regulamentos de isenção por categorias, determinadas categorias de auxílios públicos horizontais. De certa forma, já vinha sendo admitido que certas situações padrões, cuja compatibilidade com o mercado comum não apresentavam problemas, sempre fossem dispensadas. Nessa autorização estava compreendida a possibilidade de isenção da proibição de ajudas dadas a uma mesma empresa, por um período e montante determinados, segundo o artigo 2º., n. 1⁷⁸. Auxílios que venham a se enquadrar nos requisitos disciplinados⁷⁹, através dos quais uma compatibilidade estará assegurada, também não se submeterão ao dever de notificação⁸⁰. Obrigados à notificação restarão apenas os auxílios referentes aos grandes projetos. É o mesmo que dizer que o processo de notificação *ex ante* foi substituído por um controle *ex post*, que em função da aplicabilidade direta é exercido por mais órgãos, inclusive nacionais. Os tribunais nacionais devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos e decidir a compatibilidade com o mercado interno. Para tal descentralização, alegou a Comissão o acúmulo de trabalho.

Em 1999 surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, também fundado na autorização do artigo 109 TFUE, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu

77 Mesmo assim, de forma não codificada, permitia-se falar na existência de uma ordem processual aplicável à concessão de ajudas públicas. ALTMEYER, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*, p. 13-14.

78 Comentários sobre a nomeação de cinco categorias já neste regulamento, o que viria a facilitar a posterior regulamentação dele, como de fato ocorreu, pois as categorias já eram bem conhecidas, podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 133-138.

79 A discussão doutrinária até então questionava se os regulamentos baseados no artigo 109 TFUE (ou os baseados no baseado neste artigo, que é o que veio a ocorrer) poderiam ampliar o catálogo de ajudas consideradas compatíveis com o mercado comum. A resposta parecia ser negativa, ante a impossibilidade de um regulamento alterar disposições do direito primário. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 643. O catálogo não poderia ser ampliado, nem quando se tratasse de ajudas que promovessem a realização dos fins perseguidos pelo Tratado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

80 GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96.

em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Ambos os regulamentos citados serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. Seu principal significado está no valor de uma codificação de regras processuais antes só tidas em comunicações e sentenças, e não tanto nelas próprias, e na segurança jurídica atingida⁸¹.

e) Primeiros regulamentos de isenção por categorias

Já em 2001 a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos regulamentos de isenções por categorias relacionados com o artigo 101, n. 3 TFUE. Pela primeira vez alguns setores recebedores de ajudas eram dispensados da notificação. A partir de então, sempre que os requisitos do regulamento de isenção fossem cumpridos, as ajudas podiam ser concedidas sem a autorização da Comissão. Essa também foi a primeira vez que a Comissão usou de seus poderes delegados pelo Conselho mais de dois anos antes no Regulamento n. 994/98⁸², o primeiro aqui abordado em termos de reformas. Os regulamentos receberam os ns. de 70/2001, 68/2001 e 69/2001. Respectivamente, trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como houve a codificação da regra de *minimis* para as ajudas públicas. Os dois primeiros são vistos como típicos regulamentos de isenção por categorias⁸³ e o último é como o estabelecedor da regra que até então só fazia parte de uma comunicação. Isso tudo promoveu alterações na aplicação das regras dos auxílios e por tal pode ser visto como um *Novum*⁸⁴, ou ao menos como uma reforma que trouxe transparência e segurança jurídica aos participantes do processo. A novidade é que eles definiram os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão.

Visto o caso de outra forma, é de ser dito que o controle do cumprimento dos critérios de concessão de determinados tipos de auxílios foi transferido da Comissão para os Estados-membros⁸⁵. Esses regulamentos oferecem a possibilidade de um controle de auxílios ao

81 SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 277. Também sobre a importância de ambos os regulamentos para o desenvolvimento do direito comunitário do controle das ajudas públicas nos anos subsequentes aos seus lançamentos ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 293-306. Um primeiro balanço positivo da aplicação do Regulamento n. 659/99, especialmente quanto ao fato de ele ter conduzido para confirmações e modificações das interpretações tidas pela Comissão até o seu surgimento, pode ser encontrado em BARTOSCH, Andreas. *5 Jahre Verfahrensordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz*, p. 43-49.

82 Os motivos desta demora, como oferecimento de propostas, prazos de consultação, votação, oitivas, recebimento de manifestações, pelos quais também a Comissão preferiu emitir os três regulamentos simultaneamente, podem ser vistos em SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 69.

83 Um detalhamento das regras dos regulamentos pode ser consultado em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 251-254 e 260-263.

84 SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 67.

85 Dúvidas sobre o fato dos tribunais nacionais disporem de meios e de mentalidade jurídico-econômica necessários para julgar casos desta natureza foram levantadas por CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

nível de Estado-membro. Isto é, concorrentes que se sintam prejudicados podem dirigir suas queixas à Comissão ou diretamente aos tribunais nacionais, caso acreditem que as condições para a concessão do auxílio, segundo os regulamentos, não foram satisfeitas⁸⁶. A única limitação parece estar no grau de discricionariedade, que no caso dos Estados-membros restará limitado. Assim, não poderá ser declarada a incompatibilidade das ajudas, mas somente sancionada a ilegalidade pela obrigação da violação de notificação⁸⁷.

Os argumentos levados em conta para essa reforma foram, em regra, a necessidade de supressão das incertezas, a multiplicação de notificações, o aumento do número de processos, a explosão do contencioso perante o juiz comunitário, a necessidade de descarga da Comissão e a possibilidade de ela, em função disso, concentrar-se nos casos mais graves⁸⁸. A experiência mostrava que os processos de notificação não ofereciam vantagens nítidas e limitavam a Comissão a dirigir seus recursos a casos que falseavam de forma mais nefasta a concorrência. Já para os Estados os benefícios também foram sensíveis, especialmente em ordem de eficiência, economia e no reforço do princípio de subsidiaridade⁸⁹.

Em termos de conteúdo, os regulamentos não alteraram a política da Comissão. Apenas facilitaram o processo, pois trouxeram os critérios materiais para a autorização de certas ajudas em si. Esses critérios não diferiram muito dos que já vinham sendo aplicados pela Comissão⁹⁰. Eles estabeleceram um teto máximo que, superado, determina às ajudas o caminho normal da notificação regulado pelo artigo 108, n. 3 TFUE. Com isso, segue a Comissão a controlar as grandes ajudas, isto é, as que podem ter grande efeito na concorrência.

Alguns processos de controle, com a dispensa das notificações, passaram a ser exercidos por mais órgãos, como os tribunais nacionais. Estes devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos, por exemplo, e decidir a compatibilidade da ajuda pública com o mercado interno. Trata-se da diminuição da centralização da aplicação das regras pela Comissão. Agora todos devem cuidar para que os requisitos legais sejam cumpridos. Os concorrentes, em especial, dispõem de duas instâncias para dirigirem suas queixas, caso entendam que as condições para a concessão de um auxílio não foram satisfeitas e que isso os prejudique.

86 SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270, nota de rodapé número 3.

87 KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 136.

88 KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 125. KOENIG e KÜHLING falam da necessidade da focalização do raio do controle (*Fokussierung des 'Kontrollstrahls'*) como um dos princípios para a redução de consequências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 521.

89 SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270 e SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

90 SINNAEVE observa apenas se não teria sido a oportunidade de a Comissão retocar o conceito de pequenas e médias empresas, o que melhoraria a segurança jurídica. SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 72.

A UE ainda se adapta às ampliações de Estados-membros de 2004 e 2007, à modernização da aplicação das normas dos artigos 101 e 102 TFUE e à nova regulamentação das ajudas públicas. Todos esses processos representaram e seguem representando grandes desafios à defesa da concorrência.

Com caráter programático, ela adotou, no ano de 2005, um “Plano de Ação no Domínio das Ajudas Públicas”⁹¹, isto é, um “roadmap” para a reforma do direito comunitário das ajudas públicas prevista para ocorrer de 2005 a 2009, que deveria viabilizar a tomada de menores e melhor orientadas ajudas públicas no mercado comum. Esse plano de ação previu no ponto 35 a promulgação de um Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, que isentaria do dever de notificação determinadas categorias de ajudas, de acordo com o artigo 108, n. 3 TFUE. Esse Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas foi adotado como Regulamento n. 800/2008⁹², em 6 de agosto de 2008⁹³.

3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

O direito da concorrência hoje em dia desempenha um dos papéis mais importantes na política econômica interna e externa. Não causa surpresa, portanto, que exista certa tradição nessa área nos Estados-partes do Mercosul e até mesmo nesse próprio. A questão é saber quanto capaz são as respectivas legislações e a fiscalização da concorrência no Mercosul para dedicar-se a esse assunto.

Pesquisas mostram que a produtividade das empresas brasileiras é relativamente baixa em comparação com a produtividade de empresas de outros Estados com legislações mais desenvolvidas, como os EUA, a Alemanha ou o Reino Unido⁹⁴. As razões primeiras para tanto “são as proteções tarifárias, monopólios ou subsídios governamentais”, que permitem que firmas mal geridas sobrevivam em um ambiente com relativamente pouca concorrência. No âmbito do Mercosul, o direito da concorrência – junto com as liberdades econômicas fundamentais de um mercado comum – ajuda a integrar os mercados e os cidadãos dos Estados-partes do mercado comum. O âmbito dessa parte do presente artigo é, portanto, examinar o status quo do conceito e das políticas antitruste do Mercosul.

a) Conceito no Tratado de Assunção

O Mercosul, estabelecido pelo Tratado de Assunção (TA), em 1991, não possui nenhuma regra comparável à do ex-artigo 4º. TCE, referente

91 Comunicação da Comissão Europeia COM (2005), 107, versão final de 7 de junho de 2005.

92 JOCE n. L 214, de 9 de agosto de 2008, p. 3.

93 Sobre o mesmo, conferir a doutrina de BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3612-3617 e de NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 12-18.

94 MENEZES, Naercio Filho. *A baixa produtividade das firmas brasileiras*. Valor, 19-21 de fevereiro de 2010.

a uma orientação segundo um princípio de economia de mercado aberta e de livre concorrência. Nem foram negligenciados tais princípios pela organização⁹⁵. Contudo, o artigo 4º. TA determina um dever dos Estados-partes de coordenar e harmonizar as respectivas legislações nacionais concorrenciais. Isso não cria uma competência de legislação para nenhum órgão do Mercosul, pois ele não se trata de um instituto supranacional, que assume competências nacionais.

Para atingir esse objetivo foi designado, através da Decisão n. 20/94 CMC, de 1994, o Subgrupo de Trabalho n. 10, do Grupo Mercado Comum. Isso marca o início de uma política de defesa da concorrência no Mercosul e é, portanto, um antecedente imediato do Protocolo de Fortaleza de Defesa da Concorrência, que será apresentado mais adiante. O fato de que um dos Estados-partes não tenha legislação interna sobre tal assunto, e na prática só se tenha que estudar duas legislações dessa ordem, facilitou esse trabalho, mas também tornou impossível uma comparação com as regras comunitárias⁹⁶, antes vistas.

O princípio da gradualidade, expresso no artigo 6º. TA, determina que o processo de integração avance não de maneira abrupta, mas sim de acordo com decisões graduais, visando à homogeneização e ao fortalecimento de todos os participantes, tendo em conta a heterogeneidade socioeconômica dos Estados-partes⁹⁷. Junto com os princípios de flexibilidade e progressividade, certamente, ele se reflete no tratamento da política da concorrência pelo processo de integração econômica⁹⁸.

b) Decisão n. 21/94 CMC

A primeira regra que se referiu à liberdade de concorrência foi a Decisão n. 21/94 CMC, de 1994. Essa definiu as pautas básicas à formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência, procurando parâmetros que fossem compatíveis com as legislações internas sobre a concorrência dos Estados-partes do Mercosul e foi aprovada na VII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Ouro Preto. Utilizando uma cláusula geral de ilicitude ou abusividade e a enumeração não exaustiva de classes de condutas consideradas proibidas, ela definiu os atos de impedir⁹⁹, restringir¹⁰⁰ e distorcer¹⁰¹ a concorrência. Tais regras serviriam como parâmetros mínimos que devem ser incorporados às legislações dos Estados-partes e, através disso, harmonizar esse campo jurídico no âmbito do Mercosul¹⁰².

95 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 638 e 640.

96 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 361.

97 KLEIN, Vinicius. *O direito da concorrência no Mercosul*, p. 196.

98 KLEIN, Vinicius. *O direito da concorrência no Mercosul*, p. 197.

99 Criar obstáculos.

100 Suprimir a liberdade de certas decisões econômicas.

101 Modificar as condições de troca.

102 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 648.

Junto com a referida decisão, foi aprovado um documento intitulado “Pautas Básicas de Defesa da Concorrência no MERCOSUL”, que detalhou os comportamentos proibidos a fim de harmonizar e coordenar as ações preventivas. Assim foi previsto, em primeiro lugar, que todas as práticas concertadas, desenvolvidas por empresas, que tivessem por propósito impedir, distorcer ou restringir a concorrência ou o livre acesso aos mercados de todo ou de parte do território do Mercosul seriam proibidas. A segunda previsão era que o abuso de uma posição dominante também seria proibido. Em terceiro lugar, todas as concentrações que envolvessem empresas que detivessem posição dominante e produzissem efeitos anticompetitivos deveriam ser examinadas pelas autoridades do Estado-parte envolvido. Para tal finalidade, o documento visou ao dever de cooperação para a criação de regras comuns ou procedimentos relativos às legislações de concorrência, como aquelas pertinentes às trocas de informações, consultas e à cooperação técnica. Isso também foi introduzido na UE como um elemento de descentralização e demonstra que nesse ponto o Mercosul tinha ideias próprias e bem sucedidas. O Mercosul já tinha, devido a sua concepção, acatado o conceito de descentralização¹⁰³, determinando como órgãos de aplicação do Protocolo de Fortaleza os órgãos e as autoridades nacionais. Por outro lado, demonstra que o Mercosul preferiu delegar a tomada da decisão sobre a regulamentação dos comportamentos aos Estados¹⁰⁴. Mas a diferença crucial é que na UE o processo de descentralização foi iniciado somente quando as perguntas jurídicas básicas já haviam sido respondidas pelo TJUE. Isto é, após esse haver criado, por tal, uma jurisprudência coerente e homogênea, que deve ser respeitada e aplicada pelos órgãos nacionais, segundo as disposições do TFUE. Esse não é o caso no Mercosul.

Previsto é também um futuro protocolo de defesa da concorrência, como demonstra o dever para submeter as informações sobre a compatibilidade das leis e propostas nacionais, internas, com o referido documento¹⁰⁵.

Os artigos 3º. e 4º. das Pautas Básicas se dedicam a ambos os comportamentos, os de natureza coletiva e os de natureza individual, punindo as práticas concertadas e o abuso de posição dominante, sempre que seja produzido um atual efeito anticompetitivo no mercado. Mas eles não prevêm a possibilidade de concessões de isenções, proibindo, portanto, a mera intenção per se¹⁰⁶, embora tendo possivelmente um efeito pró-concorrencial. Isso demonstra que as regras do Mercosul, embora tendo sido inspiradas nos artigos 101 e 102 TFUE, são muito semelhantes, mas não são idênticas ao seu modelo.

103 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 362.

104 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 361.

105 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 648.

106 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 649.

Com a determinação de que uma concentração econômica deve ter pelo menos 20 por cento do mercado relevante ao menos, entende-se que foi disciplinada uma regra de minimis no artigo 5º. TA¹⁰⁷. Esse artigo também submete as concentrações ao controle das instituições dos próprios Estados-partes. Não harmonizadas foram as sanções concernentes às consequências de práticas anticompetitivas. Nesse sentido, o artigo 4º. TA apenas prevê que o Estado aplicará, quando pertinente, as sanções correspondentes, de acordo com o seu ordenamento jurídico interno. A Decisão não alcançou os seus objetivos, pois ela nunca foi aplicada e nem conseguiu sua finalidade básica: a harmonização das legislações nacionais.

c) Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

Em 17 de dezembro de 1996, em Fortaleza, foi assinado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul¹⁰⁸, baseado no artigo 4º. TA¹⁰⁹, durante uma reunião denominada Cúpula. Esse protocolo derogou a Decisão n. 21/94 CMC.

O seu primeiro capítulo trata do âmbito de aplicação, adotando uma regra semelhante à do artigo 101 TFUE, assim se restringindo às medidas que tenham efeitos sobre mais de um Estado. O segundo capítulo trata dos atos que restringem a concorrência, de maneira exemplificada e não terminativa, punindo-os somente quando apresentem um efeito anticoncorrencial, adotando assim uma particularidade da legislação brasileira e diferenciando-se do direito comunitário da concorrência¹¹⁰. Os capítulos III e IV tratam do procedimento e dos três órgãos encarregados da sua aplicação. Eles são o Comitê de Defesa da Concorrência, a Comissão de Comércio do Mercosul e os órgãos nacionais respectivos. O Comitê intergovernamental é formado pelos órgãos nacionais de aplicação e toma suas decisões por unanimidade. A execução das medidas tomadas cabe ao órgão nacional, enquanto o poder investigatório é dividido entre o órgão nacional e o Comitê.

Esse Protocolo, de em suma 37 artigos divididos em dez capítulos, possui grande similitude com a lei brasileira de defesa da concorrência e com as diferentes fontes comunitárias e apresenta três características principais. Em primeiro lugar, todas as práticas concertadas cujo propósito ou efeito seja limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou livre acesso ao mercado ou que abusem de uma posição dominante no mercado relevante de bens e serviços dentro o Mercosul, e que afetem o comércio entre os Estados-partes, são contrárias a ele. Em segundo lugar, a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência executarão

107 MANCERO, Gabriela Bucheli. *Competition Law of Latin America and the European Union: A Comparison and Analysis*, p. 161 e seguintes.

108 Decisão do Conselho Mercado Comum n. 18/96. Segundo o Protocolo de Ouro Preto, uma decisão é obrigatória, mas não tem aplicação imediata, uma vez que deve ser internalizada por cada um dos Estados-partes, segundo o procedimento que estes considerem adequado.

109 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 653.

110 Vide a decisão do TJUE apresentada ao final desse estudo.

as normas estabelecidas nele. Em terceiro lugar, atesta que as agências nacionais adotarão medidas para estabelecer uma cooperação entre si com vistas à sua implementação.

Como novidades, o capítulo IV estabelece a competência dos órgãos comuns de defesa da concorrência como órgãos de aplicação, o capítulo II determina quais são os ilícitos combatidos, o capítulo V se dedica ao procedimento a ser seguido na apuração e na repressão das práticas e nas penas aplicáveis aos agentes econômicos infratores, os procedimentos de cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência nacionais, o capítulo VI prevê a possibilidade de celebração de compromisso de cessação e regula a forma de solução de controvérsias. Renovada foi, em seu artigo 4º., a expressão “em todo ou em parte substancial do Mercosul” por “no mercado relevante de bens ou serviços”. Os objetos da regulamentação em tela são, semelhante ao artigo 20 da lei brasileira n. 8.884 - e, portanto, evidenciando também a influência do artigo 101 TFUE -, as pessoas físicas ou as jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e afetem o comércio entre os Estados-partes. Através da formulação “outras entidades”, o legislador deixou claro que o agente econômico não precisa ter personalidade jurídica, - incluindo aí, portanto, as várias formas modernas de atuações no âmbito econômico, sem até mesmo precisar ter ânimo de lucro.

Além disso, já basta o objetivo, ou seja, o fato subjetivo, de produzir um efeito anticoncorrencial, bem como não precisa ser provada a culpa ou o objetivo, no caso em que tal efeito já é existente. No âmbito da aplicação, foi esclarecido que não basta ter um efeito no mercado interno de um Estado. A inclusão das empresas públicas, mesmo não sendo garantidas medidas contra os auxílios públicos, representou um primeiro passo na integração também de medidas estatais no sistema de defesa da concorrência.

A previsão de descentralização foi mantida no Protocolo. O procedimento para a apuração e para a punição das práticas ilícitas envolve também os órgãos nacionais. A execução das multas e da ordem de cessação definitiva da prática colusória, *idem*. O processo de investigação deve ser iniciado no órgão nacional, conforme determinado pelo Protocolo. Mantidas foram também a enumeração das práticas e das condutas restritivas à concorrência no artigo 6º. do Protocolo e a sua natureza exemplificativa.

Não foi incluída, em oposição à proposta argentina, a cláusula de proibições aos auxílios públicos¹¹¹. O Protocolo, com isso, não se afastou de algumas das ambiguidades constadas da Decisão n. 21/94 CMC¹¹². Também não prevê regras sobre o controle das concentrações, o que causa apreensão, dada à importância da temática.

111 ESTOUP, L. A. *Construcción del derecho de Establecimiento*, p. 255.

112 ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Competition Policy in the MERCOSUL*, p. 96.

4 ESTUDO DO CASO "T-MOBILE NETHERLANDS BV C. RAAD VAN BESTUUR VAN DE NEDERLANDSE MEDEDINGINGSAUTORITEIT (AUTORIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DOS PAÍSES BAIXOS)"¹¹³

O caso em tela deu entrada no TJUE em finais de 2008, vindo através do mecanismo de reenvio prejudicial.

a) Resumo do caso

Em 2001, cinco operadoras de telecomunicação tinham redes próprias. A criação de uma sexta empresa não era possível por causa da falta de mais licenças nacionais. No dia 13.06.2001, em uma reunião de agentes dessas empresas, foi negociada, entre outros assuntos, a redução das remunerações dos revendedores para contratos pré-pagos a partir do dia 01.09.2001. Houve também algumas trocas de informações.

A instituição de concorrência holandesa (College van Beroep voor het bedrijfsleven) considerou isso uma violação da lei nacional da concorrência, com escopo no artigo 6º, I da Mededingingswet (lei nacional). A autoridade reconheceu ter havido algumas defesas coerentes por parte das empresas na via administrativa, mas considerou que, além das violações da lei nacional, também ocorreu a violação do artigo 101, n. 1 TFUE. No seguinte litígio, o tribunal de apelação dos Países Baixos pediu ao TJUE, em decisão prejudicial, segundo artigo 267 TFUE, para que se pronunciasse quanto às "práticas concertadas", artigo 101, n. 1 TFUE.

b) Decisão do TJUE

O TJUE determinou, seguindo uma jurisprudência uniforme¹¹⁴, que o artigo 101, n. 1 TFUE não exige necessariamente um contrato celebrado entre os concorrentes, bastando apenas uma coordenação dos comportamentos, que substitui o comportamento que corre os riscos de concorrência. O TJUE julgou que cada troca de informações entre os concorrentes tinha uma finalidade anticoncorrencial por ser capaz¹¹⁵ de eliminar ou diminuir os riscos e as incertezas do mercado. Isso porque cada empresário deve agir independentemente no mercado e determinar quais são as políticas que ele quer no mercado comum, segundo entendimento básico das regras de concorrência do TFUE¹¹⁶.

Um efeito além desta finalidade não é preciso, eis que as exigências não são cumulativas, salvo que tal finalidade não seja evidenciada¹¹⁷. Em

113 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08.

114 Acórdão de 16. 12. 1975 – 40/73, Slg. 1975, p. 1663, C-89/85, Slg. 1993, p. I-1307, apartado 63, Caso Ahlström Osakeyhtiö c. Comissão.

115 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, apartado 31.

116 Para conhecer a jurisprudência uniforme ver o Caso Suiker Unie c. Comissão, apartado 173, Acórdão do TJUE de 14.7.1981 – 172/80, Slg. 1981, p. 2021, C-7/95 P, Slg. 1998, p. I-3111.

117 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 28.

um mercado fortemente concentrado e oligopólico como o que há entre as partes, tal troca era capaz de ter este efeito.

Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou essencialmente se, no âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a atuação no mercado das empresas participantes - nexo este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na aceção do artigo 101, n. 1 TFUE -, o juiz nacional seria obrigado a aplicar as regras já determinadas pelo TJUE, ou *as regras*.

Em outras palavras, a presunção segundo a qual as empresas continuam ativas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes ou as regras nacionais relativas ao ônus da prova. Já que segundo a jurisprudência assente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro da UE designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a proteção dos direitos que para os particulares decorrem do direito comunitário. No último caso, deve ser garantido, por um lado, que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e, por outro, que não tornem impossível na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário (princípio da efetividade).

O TJUE entendeu que a regra aplicável ao ônus da prova era uma disposição de ordem pública, indispensável ao cumprimento das funções atribuídas à UE, que deve ser aplicada oficiosamente pelos órgãos jurisdicionais¹¹⁸. Essa presunção, portanto, era componente do conceito de prática concertada na aceção do artigo 101, n. 1 TFUE e não meramente uma regra processual. Julgando assim, o TJUE seguiu o entendimento da advogada-geral Sra. Kokott¹¹⁹.

O artigo 101, n. 1 TFUE cuida da estrutura do mercado e não dos direitos dos consumidores ou competidores¹²⁰. Não se deve entender, portanto, no sentido que uma prática concertada só seja proibida quando tenha um efeito direto nos preços que pagam os consumidores. O TJUE, no caso em epígrafe, considerou suficiente, sem mais discutir o âmago da questão, que a determinação das promoções pagas aos promotores tem pelo menos um efeito indireto nesses preços finais. Essa regra de apreciação é inafastável e tem que ser respeitada pelo juiz nacional.

Ademais, o TJUE entendeu que o fato de ter-se realizado um só encontro criava a presunção de que os sujeitos concertaram suas práticas e não a refutava¹²¹. Observam que a referida presunção se justifica se os contatos que foram feitos, tendo em conta o respectivo contexto, conteúdo

118 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 49.

119 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08. Conclusões da advogada-geral.

120 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 37-39. Conclusões da advogada-geral, apartado 58.

121 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 51.

e frequência, foram suficientes para levar à coordenação das atuações no mercado suscetíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência na aceção do artigo 101, n. 1 TFUE. Com esses argumentos, o TJUE enfrentou o entendimento dos réus, de que a presunção de nexo, já julgado em outros casos comunitários, só vale em casos comparáveis e que isso, por causa de uma só reunião com finalidade correta, não foi o caso. Outras provas em contrário não foram apresentadas pelos réus. Portanto, os únicos requisitos que criaram tal presunção foram a existência de uma prática concertada e o fato de a empresa ter permanecido ativa no mercado.

c) Relatório do caso

A decisão trata do problema de diferenciar quando uma troca de informações entre os concorrentes é neutra à concorrência - e até aumenta a concorrência¹²² - ou é simplesmente necessária para o funcionamento do mercado interno, e quando tal troca cumpre os requisitos de ser uma prática concertada, artigo 101, n. 1 TFUE. A novidade é que o ônus da prova fica com as empresas também em casos comunitários julgados pelas autoridades e pelos tribunais nacionais¹²³. Elas têm que evidenciar, caso tenham um comportamento paralelo no mercado, que tal comportamento não era causado pela troca de informações, prova esta demasiadamente difícil de ser produzida.

Uma só reunião pode bastar para tanto, consoante com as peculiaridades dos casos. Não importa tanto o número de reuniões a fim de saber se os contatos realizados possibilitariam aos concorrentes levar em conta as informações trocadas, para determinar a sua atuação no mercado de referência e substituir conscientemente uma cooperação prática entre elas pelos riscos da concorrência¹²⁴. Os fatores relevantes que o TJUE mencionou foram a estrutura do mercado, que explica a frequência e a periodicidade, o objeto da prática concertada, bem como o modo como a fazem¹²⁵. Outros fatores deveriam ser a idade e a natureza das informações¹²⁶. Produtos heterogêneos ou mercados não oligopólicos são indícios contra essa presunção¹²⁷.

Assim, um contato pontual pode ser suficiente quando ele tiver por objetivo uma harmonização única da atuação no mercado relativamente a um único parâmetro da concorrência¹²⁸.

A decisão reduziu significativamente o nível em que a regra é aplicada, mas não deu critérios claros para uma empresa determinar a sua política de troca de informações. Isso vai trazer muitas dificuldades para as empresas nessa área muito relevante. Mas é, face aos problemas

122 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

123 A regra de presunção já era aplicada antes dessa decisão em casos julgados pelo TJUE.

124 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 61.

125 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 59-61.

126 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

127 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

128 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 62.

na prática¹²⁹, uma necessidade política. No contexto constitucional, vai-se trazer o problema se essa regra cumpre as exigências nacionais do princípio *in dubio pro reo*. Segundo as regras nacionais alemãs, os indícios devem ser tão fortes que não exista uma outra explicação do comportamento, do que a prática concertada¹³⁰.

Nesse sentido, a decisão é de grande relevância prática e veio a aumentar o risco de que concorrentes, que trocam informações, sejam punidos. Certamente também irá aumentar ainda mais¹³¹ a importância do artigo 101, n. 1 TFUE no sistema comunitário de defesa da concorrência¹³².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Protocolo de Fortaleza, ao criar um próprio procedimento de defesa da concorrência no Mercosul, preencheu uma necessidade proeminente do bloco. Esse, contudo, ainda precisa de mais harmonização para avançar rapidamente como um bloco coeso e harmônico e competitivo aos outros blocos econômicos. Os pontos fundamentais de crítica são que falta um tribunal para julgar os temas de concorrência e antidumping ao estilo do Tribunal da UE. Também falta no processo de integração uma regulamentação efetiva dos auxílios públicos e do controle de concentrações de empresas. Em um futuro protocolo, se deve estudar a inclusão de certa regra sobre os subsídios no Mercosul e definir instituições de aplicação mais autônomas nos Estados¹³³. A UE buscou inspiração, quanto à implementação e à normalização da concorrência, em ordenamentos jurídicos nacionais. Portanto, existe uma compenetração entre as duas ordens jurídicas, a nacional e a supranacional, que possibilita uma estreita colaboração entre os órgãos da UE e os dos seus Estados-membros¹³⁴. Esse desenvolvimento legislativo não existe no Mercosul¹³⁵. Por tal, trabalhar a defesa da concorrência no Mercosul significa contrapor um sistema consolidado a outros em consolidação, tendo por fundamento acordos de caráter intergovernamental ainda¹³⁶. Essa colaboração o Protocolo tenta alcançar através de deveres de informação. Mesmo que a finalidade do direito da concorrência esteja na defesa dos interesses da qualidade de vida dos consumidores - individualmente considerados, mediante a promoção da concorrência como força vital e motor principal do mercado¹³⁷ - o Protocolo não prevê nenhuma possibilidade de ação

129 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GfWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

130 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GfWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

131 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GfWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

132 MURACH, Jens Oliver. *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 175.

133 ESTOUP, L. A. *Construcción del derecho de Establecimiento*, p. 260.

134 FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Integração europeia e o Mercosul - confronto atual*, p. 94.

135 FLÓRES JUNIOR, Renato G. *Concorrência no Mercosul: Para um Protocolo de Fortaleza*, p. 2.

136 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*, p. 360.

137 IBARRA, P. G. *Políticas de competencia en la Integración en América Latina, Integración latinoamericana*, septiembre de 1993, p. 45.

ou iniciativa - por meio da qual é possível se defender contra as práticas anticoncorrenciais - para os consumidores. Nisso reside, todavia, uma grande diferença entre o seu modelo e aquele da UE, que vê essa disciplina só como uma medida para criar regras abstratas de comportamento no mercado ou que cuidem da estrutura do mercado.

O Protocolo foi assinado pelos quatro Estados-partes do Mercosul. Só dois deles, até o dia de hoje, incorporaram o mesmo em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Eles são o Paraguai e o Brasil. Portanto, só existe uma tutela binacional de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul¹³⁸. Mesmo assim, o Protocolo nunca foi aplicado.

Nesse sentido, “Dar aplicação concreta ao Tratado de Assunção é imperativo estratégico de sobrevivência econômica num mundo globalizado”¹³⁹. Isso também vale no caso particular da defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. Enquanto não for aplicado o Protocolo, não se pode falar de uma cultura de concorrência. Somente a sua aplicação vai ajudar também a fortalecer a aceitação da criação e ajudar o estabelecimento de novos mecanismos necessários para tanto, como, por exemplo, um tribunal de justiça no processo de integração econômica¹⁴⁰.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMeyer, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 193 p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. 361 p.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 170 p.

BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 6. ed. Milão: Cedam, 2001. 700 p.

BARTOSCH, Andreas. 5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 2, jan. 2004. p. 43-49.

BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 50, a. 2008. p. 3612-3617.

BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine ‘neue Verordnung Nr. 17’. *Europäische Zeitschrift für*

138 MARQUES, Fernando de Oliveira. *A integração do Direito da Concorrência no Mercosul*, p. 74.

139 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Discurso proferido no dia 11.11.1999, sobre a defesa da concorrência no Mercosul, em evento organizado pelo CADE.

140 FLÓRES JUNIOR, Renato G. *Concorrência no Mercosul: Para um Protocolo de Fortaleza*, p. 2.

Wirtschaftsrecht. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, feb. 2001. p. 101-107.

BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit? *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 50. Jahrgang, Heft 5, maio 2000. p. 462-473.

BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*. Boston: New England School of Law, v. 34, n. 1, 1999. p. 15-20.

BERND, Jan. In: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff. *Comentário ao GWB*, Munique: Beck, 2. ed., 2009.

BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 9. ed. Nomos: Baden-Baden, 2009. 629 p.

BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, a. 2008. p. 1092-1094.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001. 292 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Colex, 2006. 332 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2003. 1308 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. 375 p.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.

CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 69-91.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p.

CHOUKEA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, v. 157, a. 2008. p. 1176.

COIMBRA, Guilermina Lavo. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*. Pelotas: Educat, 1996. p. 436-457.

CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1241 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DANNECKER/BIERMANN/IMMENG/ MESTMÄCKER. *Comentário ao GWB*, Munique: Beck, 4. ed., 2007.

DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 57-71.

DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. 926 p.

DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. In: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 45-55.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 360, jul./ago. 1992. p. 613-620.

EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market. *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, 1992. p. 257-282.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt. *Recht der Internationalen Wirtschaft*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 39. Jahrgang, Heft 10, okt. 1993. p. 793-797.

EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2008. Rn. 178.

ESTOUP, Luis Alejandro. *Construcción del derecho de Establecimiento*. Revista de Derecho del Mercosur. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 1, fevereiro 2000, p. 251-261.

FARJAT, Gérard. Observation sur la dynamique du droit de la concurrence. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-29.

FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p.

FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1400 p.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español*. Madrid: Civitas, 1986. p. 619-647. t. 2.

FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 33-101.

FLÔRES JUNIOR, Renato Galvão. *Concorrência no Mercosul: Para Além do Protocolo de Fortaleza*. EPGE / Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, janeiro 2001.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Integração europeia e o Mercosul - confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 31, ano 1999, p. 86-95.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p.

GUAL, Jordi. Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 93-100.

HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p.

HIRSBRUNNER, Simon. Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Heft 23, a. 2006. p. 711-716.

IBARRA, Gabriel Pardo. *Políticas de competencia en la Integración en América Latina, Integración latinoamericana*. Estudios del instituto para la integración de America Latina y del Caribe, septiembre de 1993.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, 433 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*. Londrina: UniFil, 2002. p. 187-191.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, 2007. p. 11-43.

JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 19, out. 1995. p. 659-664.

KEPPENNE, Jean-Paul. (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État. *Revue du Marché Unique Européen*. Paris: Juglar, n. 1, 1998. p. 125-156.

KLEIN, Vinícius. *O direito da concorrência no MERCOSUL*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 39, 2003, p. 191-200.

KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, 53. Jahrgang, Heft 15, apr. 2000. p. 1065-1074.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 517-523.

MANCERO, Gabriela Bucheli. *Competition Law of Latin America and the European Union: A Comparison and Analysis*. New York: Juris Publishing, Inc., 2001. 204 p.

MARQUES, Fernando de Oliveira. *A integração do Direito da Concorrência no Mercosul*. Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/Ince, v. 2, n. 7, 2004. p. 66-75.

MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. 432 p.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 52. Jahrgang, 1988. p. 526-586.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4. ed. Madrid: Dijusa, 2002. 1421 p.

MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*. Coimbra: Almedina, 1993. 194 p.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Linz: Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 1991. 157 p.

MURACH, Jens Oliver. *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*. Munique, Beck, v. 7, 2009. p. 175.

NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, v. 24, 2007. p. 752-756.

NOWAK, Carsten. Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 10, maio. 2001. p. 293-306.

NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*. Bruxelas: Comissão Europeia, n. 3, 2008. p. 12-18.

OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, v. 30, 2008. p. 1427-1428.

PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 89-102.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 32, jul./set. 2000. p. 19-48.

PÜTTNER, Günter. Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Wien: Springer, Band 56, 2001. p. 227-242.

RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1036-1086.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 59-75.

ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Competition Policy in the MERCOSUL*. Washington: World Bank - Technical Papers, v. 38, 1997. 109 p.

RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Civitas, 1993. 202 p.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 1999. p. 74-109.

SCHWARZE, Jürgen. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 20, out. 2000. p. 613-627.

SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*. Oxford: ESC, 1987. 221 p.

SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1984. Heft 26. 30 p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998. 317 p.

SINNAEVE, Adinda. Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 3, feb. 2001. p. 69-77.

SINNAEVE, Adinda. Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts. *Europäische Zeitschrift für*

Wirtschaftsrecht. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 9, maio. 1999. p. 270-777.

SOLTÉSZ, Ulrich. Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, fev. 2001. p. 107-111.

STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebenzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 497-519.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mônica. *La Unión Europea*. 5. ed. Madrid: Alianza, 1999. 847 p.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. 3. ed. Milão: Cedam, 2003. 865 p.

VAN BAELE, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1990. 1284 p.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1589-1627. v. II.

van KAPPEL, Antonio Pérez. Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 12. Jahrgang, Heft 5, 2001. p. 228-233.

von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 171-173.

WEITBRECHT, Andreas. Das neue EG-Kartellverfahrensrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 14. Jahrgang, Heft 3, fev. 2003. p. 69-73.

WEITBRECHT, Andreas. EU Merger Control in 2005 – An Overview. *European Competition Law Review*. London: Sweet and Maxwell, v. 27, n. 2, fev. 2006. p. 43-50.

ZINSMEISTER, Ute. Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 2, fev. 1999. p. 115-120.

SHAM LITIGATION, DIREITO DE PETIÇÃO E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

César Mattos

*Doutor em economia e Conselheiro do
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*

Paulo Vinícius

*Especialista em Políticas Públicas e Gestão
Governamental em exercício no CADE*

1 APRESENTAÇÃO

Esse artigo pretende fazer um exame da doutrina americana da sham litigation e sua aplicação no Brasil em face do arcabouço normativo nacional. Inicialmente, na seção dois, delinearemos a conduta de sham litigation em face do direito fundamental de petição, fazendo a analogia com o arcabouço normativo nacional. No confronto entre os dois institutos, apontaremos as hipóteses e condições em que o exercício do direito de petição, por um lado, goza de isenção antitruste e aquelas em que, por outro, a isenção é afastada para incidir a persecução antitruste.

Na seção três, apresentaremos as bases normativas que sustentam o direito fundamental de petição no Brasil. Na seção quatro, faremos um breve estudo do que vem a ser o tipo “abuso de direito”, segundo o disposto no Novo Código Civil, para entendermos como se configuraria o afastamento da isenção antitruste do direito de petição no direito pátrio.

Na seção cinco, buscaremos o enquadramento do conceito de sham litigation apresentado na primeira seção, na legislação nacional, de modo a delinear mais objetivamente o seu tipo.

Na seção seis, enfrentaremos a questão da competência para julgar casos de sham litigation no Brasil, considerando os vários diplomas normativos de forma sistêmica. Ao final, concluímos.

2 SHAM LITIGATION E DIREITO DE PETIÇÃO

Sham litigation é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial. Ou, em outras palavras, *sham litigation* é a litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, ou seja, o uso impróprio das instâncias judiciais e dos processos governamentais adjudicantes contra rivais para alcançar efeitos anticompetitivos (KLEIN, 1989). O objetivo final seria aumentar os custos ou reduzir a demanda dos rivais.

O conceito, originário da comunidade jurídica norte-americana surgiu como exceção à doutrina *Noerr-Pennington*¹, que concedia imunidade antitruste ao exercício do direito de petição².

A *Noerr-Pennington Doctrine* surgiu da necessidade de traçar parâmetros para a ação antitruste em face do direito fundamental de petição. Nesse sentido, a petição junto ao Poder Público, Executivo, Legislativo e Judiciário, gozaria de isenção antitruste, ainda que com finalidades anticompetitivas.

A finalidade dessa doutrina reside no não constrangimento deste importante canal de comunicação entre o indivíduo e o Estado. A idéia seria

1 A designação *Noerr-Pennington* decorre de duas decisões da Suprema Corte dos EUA, nos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington* (CASTRO, 2009, p. 1).

2 O direito de petição naquele país é consagrado pela Primeira Emenda à constituição dos Estados Unidos, de modo que integra o seu *Bill of Rights* (Ibid. p. 3). Petição entendida então no sentido amplo, envolvendo comunicações dirigidas aos três Poderes, atos de protesto e lobbying (FTC Staff Report, 2006).

que a intervenção antitruste, por sua própria natureza, não deveria obstar a manifestação política dos cidadãos em direção às esferas decisórias.

As *sham exceptions*, por sua vez, surgiram da hipótese de o exercício do direito de petição não passar de mera simulação de fatos, com o único intuito de provocar prejuízos aos rivais. Incluir-se-ia aí o perjúrio de testemunhas, a fraude na obtenção de patentes, o suborno de agentes públicos e a conspiração com autoridades públicas (FIDELIS, 2009).

Como eixo orientador da análise, a Suprema Corte Americana, ao julgar o caso *Professional Real Estate Investors, Inc. versus Columbia Pictures (PRE)*, avaliou a incidência das hipóteses de *sham litigation* com base em dois aspectos. Primeiro, se a ação é desprovida de base objetiva, de modo que nenhum litigante razoável poderia, de fato, ter expectativas de ser bem sucedido em seu mérito. Segundo, cumulativo com o primeiro, se o litigante espera influir nos negócios da(s) empresa(s) concorrente(s) tão somente através do processo em si mesmo, ao invés de buscar sua satisfação no resultado do processo³.

Posteriormente, a jurisprudência evoluiu para considerar uma outra hipótese de *sham litigation*, que é a ação ancorada em bases enganosas, onde o litigante procura efetivamente o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro⁴.

O direito de petição abrangeria também, naturalmente, o direito de peticionar politicamente, junto ao Poder Legislativo. Nesse caso, entretanto, o direito de petição deve ser menos constrangido pela possibilidade de “abuso de direito”. Isto porque, nesse caso trata-se de petição política, que demanda avaliação também política por parte do Legislador que, em nome da coletividade que representa, decidirá se o pleito corresponde ou não à vontade dessa coletividade.

De fato, se na confecção legislativa presume-se manifestação da vontade da coletividade, naturalmente ela não pode estar sujeita à lei. Antes, ela sujeita a própria lei, alterando-a, revogando-a e editando nova lei em seu lugar. Em outros termos, sendo a lei a manifestação da vontade da coletividade por meio do poder legislador, esta mesma coletividade não deve ser limitada em sua liberdade de acessar o legislador. Essa liberdade é, em tese, quase ilimitada, pois dela se origina todo o regramento jurídico. Assim, não pode a autoridade concorrencial, em princípio, restringir a representação dessa vontade soberana junto ao poder legislativo, em razão de eventuais efeitos anticompetitivos originarem-se daí. Novamente, a posição da Suprema Corte Americana no caso *United Mineworkers of America*

3 KLEIN (2007) afirmou: “Thus, economic sham litigation occurs “...when his (the predator’s) purpose is not to win a favorable judgement against a competitor but to harass him, and deter others, by the process itself - regardless of outcome - of litigating.” 5/ The Court’s opinion also rejected its own previous reasoning, which indicated that a sham could occur if claims were filed with or without probable cause”. Ver também *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report*, 2006, op.cit., p. 10-11.

Importante acrescentar, no entanto, a evolução do entendimento daquela Corte no sentido de que, mesmo uma ação com objetivos retaliatórios, ainda que mal sucedida, pode se abrigar sob a proteção do direito fundamental de petição quando é baseada numa reclamação legítima (v, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report*, 2006, p. 13).

4 Ibid., p. 22-23.

v. Pennington é bastante elucidativa, quando declara que “os esforços conjuntos para influenciar os agentes públicos não violam as leis antitruste, embora destinados a eliminar a concorrência”⁵.

A exceção se verifica quando os próprios meios utilizados para se obter uma resposta do Legislador são restritivos à concorrência. Ou seja, não se verifica a isenção antitruste quando a concorrência vem a ser restringida pelos meios utilizados para se obter uma resposta do Parlamento, ao contrário do que acontece quando a restrição originar-se de uma resposta efetiva do Parlamento⁶. Essa foi também a posição do FTC em *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n (SCTLA)*⁷.

Também deve ser observada com cautela a hipótese de o demandante apresentar sua petição em bases falsas, municiando o Legislador de informações distorcidas sobre a realidade do mercado. Todavia, presume-se o dever do Legislador de filtrar criteriosamente as informações oriundas das manifestações que recebe, ainda mais quando aquelas informações servirão de subsídio para o estabelecimento de normas com *status* de lei.

Não obstante, poderia a mera tentativa de induzir a erro o agente político, na busca de uma resposta potencialmente anticoncorrencial, constituir-se numa infração antitruste?⁸

A resposta a essa pergunta deve ser balizada pela assertiva defendida acima de que o SBDC não tem competência para agir diretamente na relação de *lobby*. Caso contrário, como já mencionado, a autoridade antitruste estará se colocando no papel de guardião, não apenas da concorrência, mas das manifestações e respostas políticas oriundas da relação entre o Legislador e a coletividade. Não há normas que lhe atribuam essa competência⁹.

A posição ora defendida também é seguida pela FTC, ao declarar que representações ao Legislativo, ainda que feitas em bases falsas, devem ser protegidas da perseguição antitruste¹⁰.

Neste caso, eventual ação do SBDC deve ser dirigida ao próprio Poder Legislativo, restrito ao objetivo de advogar em favor da concorrência.

5 Ibid., p. 7.

6 Considere, por exemplo, a coordenação entre concorrentes, com troca de informações concorrentialmente relevantes, precedendo eventual lobby para obter do Congresso uma resposta favorável. Nesse caso, a perseguição antitruste deverá surgir, não do lobby propriamente dito, mas da coordenação entre concorrentes que, por si só, pode acarretar danos à concorrência,

7 Ibid., p. 10.

8 Ibid., p. 23-24.

9 Pretender que o art. 20 da Lei 8.884/94, ao referir-se a “atos sob qualquer forma manifestados” abrange inclusive atos do Poder Legislativo e sua relação com a coletividade é pretender dar à referida norma o status de norma constitucional, tendente a desrespeitar, inclusive, o princípio fundamental da separação dos Poderes, conferindo ao Poder Executivo a prerrogativa de delimitar as relações entre o Poder Legislativo e a coletividade.

10 Ibid., p. 36. No caso de petições ao Legislador, o FTC estende a isenção também para os casos de petições reiteradas sem preocupação com a razoabilidade do mérito, com finalidades anticoncorrenciais: “Thus, for example, repetitive petitions to a legislature should be sheltered from antitrust liability for the same reasons that misrepresentations to a legislature are sheltered”.

3 O DIREITO DE PETIÇÃO E SUA NORMATIZAÇÃO

É certo que o conceito de *sham litigation*, na medida em que se conecta com o conceito de abuso de direito, pode conferir margem excessiva de discricionariedade ao aplicador do direito ao avaliar a sua incidência para o caso concreto. Daí a necessidade de traçar parâmetros objetivos para a análise da autoridade antitruste, em um esforço de criar uma tipicidade para a conduta e, por conseguinte, limitar os eventuais excessos do alcance punitivo do Estado.

Esses limites que distinguem o exercício regular do direito fundamental de petição, da infração à ordem econômica se resolvem pelo conceito e delimitação do que vem a ser o abuso do direito de peticionar, que está no seio da definição de *sham litigation*.

O conceito de exercício *regular* de um direito traz em si o pressuposto do que vem a ser o seu abuso. De fato, a teoria do abuso de direito se estrutura, no âmbito do direito subjetivo, como uma violação a elementos do direito, qual seja, a sua finalidade econômica ou social. Em outras palavras, o abuso de direito é o uso irregular desse direito, com finalidade diversa daquela para a qual o respectivo direito foi reconhecido como tal.

Assim, podemos conceituar abuso de direito como o ato de se utilizar de um poder, uma faculdade, um direito, ou uma coisa, de modo a extrapolar o que o direito e a sociedade razoavelmente permitem (VENOSA, 2007).

Exemplificativamente, citamos, no direito do trabalho, o exercício da greve com objetivos diversos de beneficiar os trabalhadores; e, no direito processual, a litigância de má-fé.

Embora concordando com VENOSA quanto à posição supralegal em que se deve abrigar a compreensão do abuso de direito, reconhecemos também o acerto na tipificação deste instituto no art. 187 do Novo Código Civil (CC), na categoria de atos ilícitos:

O Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Note-se que a caracterização do abuso de direito, ao contrário dos atos ilícitos, independe de culpa ou dolo (VENOSA, 2007, p. 529 e 520). A responsabilidade é objetiva, ou seja, extrapolando os limites do exercício regular de um direito, o autor incide em abuso de direito. A violação se verifica no excesso, no desrespeito aos limites estabelecidos pela própria razão de ser da norma, no tocante ao aspecto sócio-econômico, bem como no desrespeito aos limites impostos pela boa-fé e bons costumes.

Os dispositivos legais que regulamentam o exercício regular do direito de petição judicial e seu respectivo abuso estão nos artigos 14 a 17 do Código de Processo Civil. Os incisos I, II e III, especificamente, do art. 14, estabelecem regras que devem ser observadas, para o uso regular do direito em tela:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

Ocorre, ainda, que o descumprimento do disposto acima também remete ao disposto no art. 17, que trata da litigância de má-fé:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VI - provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)

Embora a figura do abuso de direito seja mais ampla que a da litigância de má-fé, esta última, em alguns casos, nos fornece os parâmetros mais frequentes para verificar se o abuso estará caracterizado¹¹.

A norma infraconstitucional que disciplina o exercício do direito constitucional de peticionar administrativamente, por sua vez, é a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, em seu art. 4º, incisos I, II, III:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

11 Trataremos da razão pela qual se considera que a litigância de má-fé não esgota as hipóteses de abuso de direito de petição judicial mais adiante, na seção que discute a competência do SBDC para julgar e punir práticas de sham litigation.

III - não agir de modo temerário;

Observe-se a semelhança entre o texto do art. 14 do CPC e o texto do dispositivo acima, indicando que os princípios que os regem são os mesmos e a aplicação analógica entre ambas as esferas é direta.

4 O TIPO *SHAM LITIGATION*

Inicialmente, importa atentarmos para o art. 20 da Lei 8.884/94, que delimita o que pode ser considerado infração anticoncorrencial, *in verbis*:

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

É importante fazer uma ressalva ao texto do caput do artigo citado, que será importante para a configuração da hipótese de *sham litigation*. Embora o texto diga que constituem infração anticoncorrencial os atos *que tenham por objeto* produzir os efeitos enumerados nos incisos apresentados, a farta jurisprudência do SBDC entende que somente serão consideradas infrações anticoncorrenciais os atos que tenham potencial para produzir tais efeitos. Caso contrário, estaríamos tratando de *crime impossível*.

Com efeito, se dois motoristas de táxi do ponto mais próximo ao CADE resolverem combinar não dar descontos aos clientes, dificilmente poderia ser considerado um ilícito anticoncorrencial, dada a total falta de capacidade desses agentes, coordenadamente, imporem preços ao mercado.

Daí, podemos concluir que quando o abuso do direito de petição carrega consigo o potencial de acarretar os efeitos relacionados nos incisos I a IV do art. 20 da Lei 8.884/94, este se constitui em infração à ordem econômica, passível de punição pela autoridade antitruste. Essa é a inteligência, demonstrada, do art. 187 do CC, combinado com o art. 20, incisos I a IV da Lei 8.884/94.

Saliente-se, ainda, o caráter objetivo da infração, como de resto são configuradas as demais infrações delineadas na Lei 8.884/94. Essa objetividade guarda pertinência com a figura do abuso de direito, conforme explanado acima.

O desenho normativo acima é pertinente com o conceito de *sham litigation*. Note-se que a Lei Antitruste vai adiante na configuração do tipo,

ao relacionar, entre as condutas anticoncorrenciais enumeradas no art. 21, aquelas descritas nos incisos IV e V, quais sejam:

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Considerando o conceito de *sham litigation*, acima citado, bem como a jurisprudência também supramencionada, que demonstra a utilização do expediente de peticionar para elevar os custos ou reduzir a demanda de empresas rivais, concluímos que a prática de *sham litigation* está delineada no arcabouço jurídico nacional, na combinação do art. 187 do CC, com o art. 20 da Lei 8.884/94 e encontra-se enumerada nos incisos IV e V do art. 21 da mesma lei.

A composição dos dispositivos mencionados orienta a proposição de um teste de dois estágios para a verificação da efetiva caracterização da conduta:

- 1) Houve abuso no exercício do direito de peticionar, tanto judicial, como administrativamente.
- 2) Houve potencialidade de a prática do estágio 1 gerar efeitos anticompetitivos.

O estágio 2 do teste apenas seria atingido caso a resposta para o estágio 1 seja positiva.

5 DA COMPETÊNCIA DO SBDC PARA DECIDIR CASOS DE *SHAM LITIGATION* E AS DIVERSAS FORMAS DE CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA

O art. 18 do CPC concede competência privativa para o juiz *do processo* declarar a ocorrência de litigância de má-fé:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (Redação dada pela Lei nº 9.668, de 1998)

Já foi suscitada a incompetência do SBDC para julgar casos de *sham litigation*, sob o argumento de que sua configuração teria como condição necessária a ocorrência de litigância de má-fé. Nesse diapasão, o SBDC dependeria de manifestação expressa do juiz pela configuração da litigância de má-fé, para, então, prosseguir na esfera de sua competência, que seria, tão somente, verificar se a litigância de má-fé acarretou ou teve o potencial de acarretar os efeitos do art. 20 da lei 8.844/94 (YARSHELL, 2009).

Acrescente-se, ainda, a questão do poder-dever do juiz de se manifestar, que é particularmente importante para a nossa discussão, pois implica dizer que, entendendo que houve litigância de má-fé, o Juiz *deve* se

manifestar, ou seja, caso o mesmo não tenha se manifestado nesse sentido, presume-se que de litigância de má-fé não se trata. E, se a *autoridade competente* entendeu que não houve litigância de má-fé, o SBDC deveria quedar inerte, segundo esse entendimento.

Pretendemos demonstrar que a assertiva não é verdadeira, não obstante a litigância de má-fé, em alguns casos, integrar a conduta de *sham litigation*.

Inicialmente, saliente-se que ambas as condutas podem ocorrer de forma independente, ou seja, a ocorrência de ilicitude no exercício da ação judicial não depende da ocorrência de infração concorrencial; pode haver litigância de má-fé sem haver ilícito antitruste por via de *sham litigation*. Assim também, pode haver *sham litigation* sem haver litigância de má-fé. Ou seja, litigância de má fé não é condição nem necessária e nem suficiente para a caracterização de *sham litigation*.

Para que a competência do SBDC seja afastada é necessário, primeiro, que a litigância de má-fé seja, invariavelmente, condição necessária para haver *sham litigation*; e, segundo, que não existam outros diplomas legais, além do CPC, aplicáveis à conduta de *sham litigation*, ou, se existirem, que esses diplomas atribuam competência privativa a outras autoridades, diversas do SBDC, para julgar sua incidência.¹²

Note que ambas as premissas devem ser atendidas conjuntamente, e não alternativamente, para que a competência do SBDC se exclua dos casos de *sham litigation*.

A litigância de má-fé ocorre apenas se configurada alguma das hipóteses dos incisos I a VII do art. 17 do CPC, além de pressupor a existência de dolo¹³.

Acrescente-se a isso que a Lei 8.884/94 estabelece, no *caput* do art. 20, que os atos passíveis de serem considerados como infração à ordem econômica independem de culpa – logo, a necessidade de dolo, mais ainda, está excluída. Assim, a litigância de má-fé, de conceito mais restrito que o do abuso de direito, é condição suficiente, porém não necessária, para que haja abuso de direito, pois este último pode ocorrer em hipóteses diversas, que não a litigância de má-fé.

Ora, como a litigância de má-fé é condição suficiente e não necessária para que haja abuso de direito e o abuso de direito não é condição suficiente – embora necessária – para que haja *sham litigation*, concluímos que litigância de má-fé não é condição, nem necessária, nem suficiente, para que haja *sham litigation*.

O esquema abaixo pode facilitar o entendimento exposto:

12 Deveríamos acrescentar uma terceira premissa: que o CPC não possa ser aplicado por analogia na esfera administrativa de competência do SBDC. No entanto, por motivo de clareza e pela restrição do escopo do presente artigo, nos absteremos de aprofundar-nos no estudo dessa premissa, nos limitando a voltar a mencioná-la à frente, na forma de anotação.

13 “Entende o STJ que o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade” (STJ-3ª Turma, REsp 418.342-PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11.6.02, deram provimento, v.u., DJU 5.8.02, P. 337 – NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133).

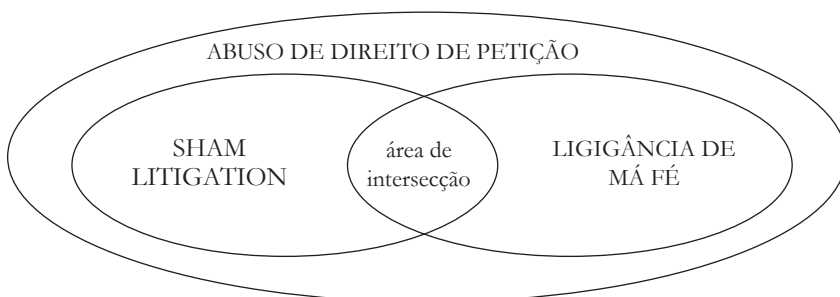


Figura 1. Diagrama da relação entre abuso de direito de petição, *sham litigation* e litigância de má-fé

Como os casos de *sham litigation* não se restringem à incidência de litigância de má-fé, portanto, não se pode presumir que o CADE esteja sujeito à manifestação do juiz para reprimir a sua prática.

A configuração do ilícito pode se dar, por exemplo, no caso do autor que impetra uma série de ações, de maneira sistemática e reiterada, com o único intuito de criar obstáculos ao funcionamento de empresas concorrentes. Ainda que em algumas das ações o impetrante venha a obter decisões favoráveis, o uso do conjunto delas como estratégia anticompetitiva, sem atenção para a razoabilidade de seus méritos pode configurar ação passível de punição pela autoridade da concorrência, embora amparada no exercício do direito constitucional de petição judicialmente. Essa foi a decisão no caso *United States of America. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries contra Costa Building & Construction Trade Council*¹⁴. De

14 Essa é uma variação da proposta de análise, inaugurada com o caso PRE, mencionado acima. A questão, no entanto, que não está suficientemente clara na jurisprudência norte americana é se na análise de casos envolvendo multiplicidade de ações, deve-se verificar a razoabilidade de cada uma das ações, aplicando o teste PRE, ou a prática pode ser considerada *sham* independentemente das ações individuais serem desprovidas de bases razoáveis. A tendência é pela segunda linha, onde o que se verifica é se o número de petições impetradas foi realmente necessário para obter e resposta pretendida, embora qual vem a ser número necessário não esteja definido, devendo ser aplicado caso a caso. Ver *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation*, 335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n.29 (S.D. Fla. 2004); *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, 219 F.3d 92, 101 (2d Cir. 2000) (Winter, J.); *Amarel v. Connell*, 102 F.3d 1494, 1519 (9th Cir. 1996); e *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994) (Kozinski, J.). Neste último caso, a Corte inferiu que, na medida em que a maioria das ações tinha mérito, o propósito dos réus não era a demora ou molestar o autor, mas era o de conseguir uma decisão favorável.

[...]

“BE & K argues that the unions engaged in a pattern of “automatic petitioning of governmental bodies ... without regard to and regardless of the merits of said petitions.” S.AC p 27; see also id. at p 32(a) (alleging that unions filed “a series of overlapping, repetitive and sham lawsuits against plaintiffs, their employees and attorneys ... with or without probable cause and regardless of the merits of the claims asserted therein”) (emphasis added); id. at p 30(a) (describing published article by the Business Manager of the Contra Costa Building Trades Council describing a computer system through which “all permits for known non-union contractors would automatically be protested, regardless of size or amount of permit”). BE & K relies on *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, where the Supreme Court held the allegations “that petitioners ‘instituted the proceedings and actions ... with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases,’ 404 U.S. at 512, 92 S.Ct. at 612, were “[o]n their face ... within the ‘sham’ exception,” id. at 516, 92 S.Ct. at 614.

modo semelhante, agora no âmbito administrativo, decidiu o FTC, no caso *Bristol-Myers Squibb Co., FTC Dkt. No. C-4076, 2003*¹⁵.

É inevitável admitir que a hipótese acima aparentemente não se encaixa em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC, *se considerarmos cada ação separadamente*. Assim, em todas as ações que o impetrante obteve decisão favorável, o juiz da ação não poderá declarar que o seu exercício foi abusivo. O mesmo poderia ocorrer ou não nas demais ações, tendo em vista que o fato unicamente de perder uma ação está longe de ensejar a presunção de que a mesma foi abusiva.

Uma variação da hipótese acima seria uma série de ações impetradas por diferentes empresas concorrentes, em diferentes circunscrições, com o mesmo objeto e contra uma mesma empresa, de modo a aumentar o custo de defesa a níveis impraticáveis. Cada uma das ações poderia, por hipótese, ser legítima, individualmente, mas o conjunto delas poderia ser caracterizado como exercício abusivo de direito de petição, com o intuito de criar dificuldades ao funcionamento da empresa que ocupa o pólo passivo das ações.

Em ambos os exemplos mencionados até aqui, está se falando em proporcionalidade dos meios empregados para atingir os fins de direito.

Outro exemplo conhecido da literatura é a doutrina do “Walker Process”, surgida do caso de mesmo nome, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1965, *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery and Chemical Corp.* A ação denominada Walker Process é dirigida contra aquele que detém patente fraudulenta e se utiliza dela para ameaçar os consumidores de determinado fornecedor, sob a falsa acusação de que este último comete pirataria. É um tipo de derivação da linha de casos da doutrina Noerr-Pennington, originária das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁶.

Pode ser o caso também de empresa que tenha obtido proteção de propriedade industrial de produtos que já estejam em domínio público, beneficiando-se de uma falha regulatória ou de eventual ineficiência da autoridade competente para analisar o mérito dos pedidos. Uma vez beneficiada com a proteção patentária, que pode ter sido pleiteada de forma dolosa ou não, a empresa segue com ações no Judiciário para impedir que

[...]

California Motor Transport deals with the case where the defendant is accused of bringing a whole series of legal proceedings. Litigation is invariably costly, distracting and time-consuming; having to defend a whole series of such proceedings can inflict a crushing burden on a business. California Motor Transport thus recognized that the filing of a whole series of lawsuits and other legal actions without regard to the merits has far more serious implications than filing a single action, and can serve as a very effective restraint on trade. When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit—some may turn out to, just as a matter of chance—but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?” (disponível em: <<http://openjurist.org/31/3d/800>>. Acesso em 11/01/2010).

15 Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2003/03/bristolmyersanalysis.htm>>.

16 HOVENKAMP, Herbert J. *The Walker Process Doctrine: Infringement Lawsuits as Antitrust Violations*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259877. Acesso em 16/03/2010. Ver também <http://www.patentlyo.com/patent/2007/01/threats_against.html>.

empresas concorrentes desrespeitem a proteção e, conseqüentemente, comercializem esses produtos.

Neste caso, não se pode afirmar que o litigante *deduziu pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*; ou *alterou a verdade dos fatos*; ou *usou do processo para conseguir objetivo ilegal*, pois sua demanda visava proteger uma patente reconhecida pelo órgão competente; ou, tampouco, que incidiu nos demais incisos do art. 17 do CPC, que dispõem sobre a litigância de má-fé.

Mencione-se, ainda, o caso da AstraZeneca (2005), multada pela Comissão Européia em \$60 milhões de euros por estender, de forma fraudulenta, a propriedade intelectual de seu medicamento Losec, entre 1993 e 2000, retardando a entrada de genéricos no mercado¹⁷.

Como se vê, todas as hipóteses apresentadas denotam uma amplitude de configuração que extrapolam as hipóteses do art. 17 do CPC, incidindo a conduta no tipo mais amplo do abuso de direito, aplicados, por analogia, aos dispositivos da Lei Antitruste.

Desse modo, não se pode atribuir ao magistrado competência para julgar um tipo de infração, com prerrogativa de exclusividade que a própria legislação não lhe atribuiu.

Nesse momento, importa levantar a questão da competência do CADE para julgar conduta de *sham litigation*, quando a hipótese de litigância de má-fé é parte essencial da sua configuração. Isto é, suponha que o sujeito passivo da ação supostamente incorreu na infração descrita, por exemplo, no art. 17, III do CPC acima mencionado

Neste caso, a litigância de má-fé integraria o tipo *sham litigation*.

Embora não conste expressamente no CPC que a declaração de litigância de má-fé é competência privativa no juiz, é razoável pensar que não cabe ao Conselho do CADE dizer se o litigante agiu, ou não, de má-fé *no âmbito estrito de um processo judicial específico*.

De modo que, caso a conduta fosse descrita unicamente pelo CPC, ou seja, se fosse esse o único diploma aplicável, por analogia, ao exemplo dado, não seria trivial o entendimento de que o CADE estaria desobrigado do dever de aguardar eventual decisão do magistrado pela ocorrência de litigância de má-fé para, só então, verificar se a conduta se enquadra nos dispositivos da Lei 8.884/94 (arts. 20 e 21).

Embora o entendimento mereça maior aprofundamento, não descartamos que, ainda que não houvesse outros diplomas legais, a competência da autoridade antitruste se mantém. A razão disso é que, nos casos em que a conduta se enquadre como litigância de má-fé e também

17 "I fully support the need for innovative products to enjoy strong intellectual property protection so that companies can recoup their R & D expenditure and be rewarded for their innovative efforts. However, it is not for a dominant company but for the legislator to decide which period of protection is adequate. Misleading regulators to gain longer protection acts as a disincentive to innovate and is a serious infringement of EU competition rules. Health care systems throughout Europe rely on generic drugs to keep costs down. Patients benefit from lower prices. By preventing generic competition AstraZeneca kept Losec prices artificially high. Moreover, competition from generic products after a patent has expired itself encourages innovation in pharmaceuticals" Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/737&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em 16/03/2010.

como sham litigation, essa conduta não mais se limita ao âmbito estrito de um processo judicial, portanto, a competência também transpõe a do juiz da ação, pois o próprio instituto da litigância de má-fé do CPC deve ser aplicado por analogia às demais esferas de jurisdição. Desse modo, quando o art. 18 do CPC fala que o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé, juiz ou tribunal pode ser entendido aqui como a autoridade competente para julgar, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial. E, na esfera administrativa, a competência é do CADE.

No entanto, não é tão restrito o arcabouço legal pátrio que rege a matéria, como já mencionado acima. Com efeito, a mesma conduta mencionada no exemplo dado encontra seu tipo descrito nos dispositivos da Lei 8.884/94, mencionados acima, combinados com o art. 187 do CPC, supracitado, que trata do abuso de direito, como orientação para afastar a isenção antitruste do exercício irregular do direito de petição.

Desse modo, a competência privativa do Judiciário para julgar litigância de má-fé não afasta a competência do CADE para julgar hipótese de *sham litigation*, cuja configuração inclui litigância de má-fé. E essa competência se explica, em parte¹⁸, porque a litigância de má-fé é abrangida pelo instituto mais amplo do abuso de direito, que combinado com o art. 20 da Lei Antitruste, concede competência ao CADE para julgar essa hipótese de *sham litigation*. Ou seja, ao CADE compete julgar sham litigation praticada por meio da litigância de má-fé, pois esta conduta nada mais é do que uma forma de abuso de direito, descrita no art. 187 do CPC.

Assim, o CPC dispõe sobre a litigância de má-fé, visando coibir, punir e ressarcir as partes dos danos decorrentes de sua configuração. A Lei Antitruste dispõe sobre qualquer forma de ação que venha a causar efeitos anticompetitivos, visando coibir e punir os infratores e ressarcir a coletividade dos danos decorrentes daí. A litigância de má-fé pode gerar efeitos anticompetitivos, ensejando, então, a punição, tanto pelos danos processuais causados à parte contrária, como pelos danos concorrenciais causados à coletividade. Esta hipótese demandaria tanto a atuação do juiz ou tribunal, como a atuação da autoridade antitruste, cada qual no âmbito de sua jurisdição.

Desse modo, o SBDC tem competência para punir os atos anticompetitivos veiculados por meio de qualquer forma de abuso de direito, do qual a litigância de má-fé é um exemplo. Dessa forma, a ausência de decisão do juiz sobre a ocorrência de litigância de má-fé não vincula o CADE.

Somente a decisão judicial transitada em julgado pela não incidência desse tipo de ilícito vincularia o CADE, mas não devido ao CPC, mas em razão da Constituição Federal, que estabelece o princípio do monopólio da jurisdição. Isso, portanto, nada tem a ver com o tipo litigância de má-fé, sendo certo que o Judiciário poderia reformar qualquer entendimento do CADE em relação a qualquer matéria de sua competência.

18 V. nota 23.

Saliente-se que o CADE não entra na esfera jurisdicional do magistrado, mas decide nos limites da sua *expertise*, que poderia, *a posteriori*, inclusive ajudar a formar a convicção do julgador.

Considerações finais

Nesse artigo, demonstramos que a doutrina e jurisprudência de *sham litigation* encontram guarida no arcabouço normativo nacional, ao confrontar o direito de petição, alçado ao nível princípio fundamental, aqui e nos Estados Unidos, com as condutas passíveis de persecução pela autoridade antitruste.

Explicamos que, para que a proteção ao exercício do direito de petição seja afastada, deve-se verificar a existência de abuso desse direito, ocasião em que recorreremos ao Novo Código Civil, que dispõe sobre sua incidência. Acrescentamos como, uma vez verificado o abuso, deve-se considerar a efetiva caracterização de prejuízo à concorrência, em um proposto teste em dois estágios a partir do qual se tipificaria uma conduta anticompetitiva de *sham litigation*. Esse artigo pretendeu contribuir para amadurecer o entendimento do sistema antitruste pátrio, concernente à conduta de *sham litigation*, e trazer objetividade à sua caracterização e análise, de modo a, de um lado, proporcionar maior segurança jurídica aos administrados, em face do necessário acesso ao exercício de petição aos Poderes Públicos, e, de outro, apontar para a preservação dos valores concorrenciais eventualmente ameaçados pelo abuso no manejo desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

KLEIN, Christopher C. *The Economics Of Sham Litigation: Theory, Cases, And Policy*. Bureau of Economics Staff. Report to the Federal Trade Commission, 1989. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report, 2006. Disponível em:

<<http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2010

CASTRO, Bruno Vaz de. *Sham Litigation: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais*. 1º lugar no Prêmio CIEE/CADE, 2009.

FIDELIS, Andressa Lin. *Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. 2º lugar no Prêmio CIEE/CADE, 2009.

KLEIN, Christopher C. Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability. Middle Tennessee State University. DEPARTMENT OF ECONOMICS AND FINANCE WORKING PAPER SERIES: 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Parecer emitido em 2009, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51, julgado pelo CADE em 18.08.2010.

DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coord.). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REVISANDO O GUIA NORTE-AMERICANO PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

Dennis W. Carlton^{1}*

Tradução de Tatiana de Campos Aranovich

-
- 1 Dennis W. Carlton é Ex *Deputy Attorney General* da *Antitrust Division* do DOJ. Carlton é Professor *Katherine Dusak Miller* de Economia da *Booth School of Business* da Universidade de Chicago e Pesquisador da *National Bureau of Economic Research*. Email: dennis.carlton@chicagobooth.edu. O Autor esclarece que este Artigo é baseado nos seus trabalhos intitulados “*Responses to Horizontal Merger Guidelines: Questions for Public Comment*” e “*Comments on the Department of Justice and Federal Trade Commission’s Proposed Horizontal Merger Guidelines*”, que se referem a comentários feitos em Novembro de 2009 e Junho de 2010, respectivamente, destinados aos órgãos antitruste dos EUA. Tais trabalhos foram financiados em parte por um consórcio de empresas, incluindo a AT&T, a *Financial Services Roundtable*, a Microsoft, a *National Association of Manufacturers*, a Câmara Americana de Comércio e a *Verizon Communications Inc.*, em virtude de um projeto da *Compass Lexecon*. As ideias expressas neste Artigo representam opiniões próprias do Autor. Carlton agradece Naumann Ilias, Mark Israel, Gregory Pelnar, Hal Sider, W. Randall Smith e John Thorne pelos seus úteis comentários. Uma versão deste Artigo foi publicada, no original em Inglês, no *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 3, pp. 619-652, set. de 2010. Nota da Tradutora: O texto de Dennis Carlton foi uma resposta à proposta de revisão do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, a qual foi aberta à consulta pública em 10 de abril de 2010 nos Estados Unidos. Em 19 de agosto de 2010, o DOJ e o FTC publicaram, enfim, o novo Guia. A última versão é substancialmente similar à proposta de abril. Diante das respostas à consulta, alguns esclarecimentos foram incorporados, em especial um em que as agências reconhecem “normalmente” definir mercados relevantes, bem como considerar o *market share* e o grau de concentração como partes de sua análise de efeitos concorrenciais (vide Seções 4 e 5.3 do Guia).

RESUMO: O *Department of Justice* - DOJ e a *Federal Trade Commission* - FTC dos Estados Unidos estão em processo de revisão de seu Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Neste trabalho, explica-se que, se uma revisão há de ser empreendida, logo existem certas partes do Guia que demandam revisão mais urgentemente do que outras, o que incluiria a seção sobre efeitos unilaterais e coordenados, sobre entrada comprometida e não-comprometida, sobre marcos numéricos limite de concentração (os “*safe harbors*”) e sobre custos fixos. Apontam-se também temas que se entende não poderiam fazer parte de nenhum novo Guia, a exemplo do intento de substituir, como ponto de partida da análise, a definição de mercado relevante ou de concentração de mercado por uma ferramenta de mensuração de efeitos competitivos como a “pressão para aumento de preços” (“*upward pricing pressure*”). A proposta de novo Guia foi aberta à consulta pública em abril de 2010. Registram-se aqui opiniões pessoais sobre o projeto e discutem-se diversas advertências que os tribunais, os órgãos antitruste estrangeiros e a comunidade empresarial deveriam ter em mente quando tentassem interpretar o que o projeto de Guia sugere como uma política antitruste apropriada.

PALAVRAS-CHAVE: Estrutura de Mercado, Política Antitruste, Direito da Concorrência.

JEL: L1, L4, K21.

I INTRODUÇÃO

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal do DOJ e do FTC¹ tem exercido enorme influência não só sobre o modo como os órgãos antitruste dos EUA conduzem sua política de defesa da concorrência, mas também sobre a forma como os tribunais e órgãos antitruste de todo o mundo tomam suas decisões frente aos atos de concentrações². O DOJ e o FTC estão atualmente em processo de revisão do seu Guia. Na Seção II deste artigo, explica-se que, se uma revisão há de ser empreendida, logo existem certas partes do Guia que demandam revisão mais urgentemente do que outras. Apontam-se também temas que se entende não poderiam fazer parte de nenhum novo Guia. Na Seção III, registram-se impressões pessoais sobre a proposta de novo Guia que foi aberta à consulta pública em abril de 2010 e discutem-se diversas advertências que os tribunais, os órgãos de defesa da concorrência estrangeiros e a comunidade empresarial deveriam ter em mente quando tentassem interpretar o que o projeto de Guia sugere como política antitruste apropriada.

II COMO REVISAR O GUIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. Panorama

O Guia provou ser um valioso e duradouro norte para os operadores do direito da concorrência e para os tribunais. Desse modo, uma mudança radical não seria necessária. No entanto, caso uma revisão seja posta em prática, é desejável que se atualize e se promovam melhorias no Guia que reflitam o desenvolvimento da análise de atos de concentração dos últimos anos, além de mudanças nos tipos de questões que os órgãos lidam na aprovação de operações na atualidade. Esta seção do artigo sintetiza algumas visões sobre (i) o foco e o escopo apropriados de questões que deveriam ser encaminhadas no Guia e (ii) áreas específicas em que revisões ao Guia poderiam auxiliar os operadores do direito da concorrência e os tribunais a melhor avaliar quando operações em análise causarão danos à concorrência.

1 Nesta versão do trabalho do Prof. Carlton traduzida para o Português, é oportuno incluir uma breve explanação acerca de algumas diferenças da organização do sistema de defesa da concorrência dos Estados Unidos em relação à do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. O sistema norte-americano é composto por dois órgãos executivos independentes: o DOJ e o FTC. De modo distinto do Brasil, em que os órgãos executivos do SBDC são responsáveis tanto por apurar como por julgar a responsabilidade *administrativa*; nos Estados Unidos, o FTC e o DOJ apuram a responsabilidade *civil*, enquanto o DOJ ocupa-se também de perseguir infrações *penais*. O DOJ e o FTC submetem o produto de suas investigações aos tribunais judiciais, os quais irão cancelar ou não o entendimento dos órgãos executivos em veredicto final.

2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Washington: Publicação Oficial, 8 de abril de 1997.

Com respeito ao foco apropriado do Guia, minhas principais conclusões são as seguintes:

- O Guia deveria focar nos primeiros passos tomados pelos órgãos na análise de atos de concentração e não deveria tentar prover explicações detalhadas de técnicas analíticas que podem ser usadas no processo. Exames de atos de concentrações, via de regra, demandam análises sofisticadas dos efeitos competitivos, que são específicos aos fatos relacionados a uma dada operação e à abrangência dos dados disponíveis. Uma vez que não é possível listar exaustivamente todos os modos de análise existentes, o Guia não deveria sugerir de modo incorreto que alguns tipos de análise são preferíveis a outros. Explicações mais detalhadas com referência a técnicas específicas podem ser melhor disponibilizadas por conclusões que acompanham o fechamento das investigações, assim como por meio de comentários.
- Seria inapropriado no momento incorporar uma alternativa ao atual ponto de partida de análise do Guia, que se baseia na definição do mercado relevante e na concentração de mercado, e substituí-lo por um ponto de partida que se baseia em ferramenta de efeitos competitivos como a “pressão para aumento de preços” (“*upward pricing pressure*”, doravante “UPP”). Conquanto a UPP represente ferramenta promissora para análises de atos de concentração, constitui também instrumento de análise sofisticada de simulação parcial de fusão e apresenta os mesmos pontos fortes e limitações de outras formas de simulação de atos de concentração. Tem havido muito pouca análise empírica até o momento que valide o valor predutivo da UPP na avaliação dos efeitos concorrenciais da operação. Como resultado, a UPP hoje não dispõe de um mecanismo simples ou comprovado para identificar operações que podem ou não suscitar preocupações de ordem concorrencial. Talvez a experiência possa provar ser tal um mecanismo útil, mas, até que isso aconteça, a UPP continuará sendo uma entre várias técnicas destinadas à análise de efeitos competitivos.

Com relação a pontos de revisão mais específicos do Guia, minhas maiores conclusões são as seguintes:

- O Guia deveria enfatizar a importância da evidência empírica para superar o ceticismo dos órgãos antitruste sobre o papel da concorrência em conter elevações de preço pós-operação e outras condutas. Especialmente, o Guia deveria dar peso significativo a evidências empíricas acerca os efeitos de atos de concentrações pretéritos sobre níveis de preço e atividade de inovação. Do mesmo modo, o Guia deveria reconhecer que, em análises de atos de concentração, deveria dar-se peso significativo às evidências históricas de entradas no mercado e/ou grandes compradores

impactando a preservação da concorrência pós-concentração, bem como ao histórico de empresas na redução de custo.

- A distinção entre efeitos “unilaterais” e “coordenados” no Guia é artificial e deveria ter destaque reduzida. Ambos os tipos de efeitos são adequadamente considerados como variantes da teoria dos jogos não-cooperativos, com os modelos de efeitos “unilaterais” tipicamente refletindo um modelo de oligopólio estático com produtos diferenciados, e os efeitos “coordenados” refletindo considerações mais dinâmicas, frequentemente envolvendo produtos homogêneos. Na prática, a abordagem dos efeitos unilaterais é em geral usada quando a análise padrão de “efeitos coordenados”, baseada na definição de mercado, implica um mercado muito restrito que pode deixar os órgãos de defesa da concorrência e os tribunais em posição desconfortável para sustentar seu entendimento. A revisão do Guia pode dar uma contribuição valiosa ao reforçar que não é ilógico identificar um dano à concorrência em mercados restritos, porém apropriadamente definidos e que incluam produtos sujeitos a aumentos de preços resultantes da operação.
- O Guia deve pôr ênfase mais forte em benefícios aos consumidores que podem advir da redução provocada pela operação em custos fixos. A prática dos órgãos atualmente é de manter uma posição cética em relação às eficiências em custos fixos e, como resultado, os órgãos não raro falham em medir a concorrência em completo nas indústrias onde os custos fixos são substanciais. Tais indústrias, incluindo a de computadores, de telecomunicações, farmacêutica e outras, em geral são caracterizadas por uma concorrência dinâmica intensa, e reduções dos custos fixos nesses setores podem aumentar os incentivos para investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e inovação. A falha em não contabilizarem em completo o efeito do ato de concentração sobre tais incentivos pode fazer com que os órgãos antitruste barrem concentrações que potencialmente beneficiariam os consumidores via fomento à inovação.
- Deve haver uma base bem estabelecida para definir quaisquer marcos numéricos limite (os “*safe harbors*”) no Guia. Muitas das operações já aprovadas envolvem variações no índice *Herfindahl-Hirschman* (“*Herfindahl-Hirschman Index*”, doravante “HHI”) superiores aos limites identificados no Guia, o que reflete em parte a fraca base empírica dos marcos originalmente estabelecidos. Os órgãos de defesa da concorrência e a comunidade acadêmica deveriam pôr ênfase maior em pesquisas que auxiliassem a estabelecer marcos que proovessem uma melhor orientação para os tribunais e os operadores. Ainda assim, o Guia deveria ressaltar que nenhum limite pode ser aplicado irrestritamente e

que diversos outros fatores também necessitam ser considerados no processo de análise de ato de concentração.

- O Guia deveria ressaltar a dificuldade de antever mudanças futuras nas condições concorrenciais, bem como reconhecer que o julgamento de atos de concentração não deve ter como base avaliações especulativas sobre condições futuras. Por exemplo, tentativas de estimar o impacto da concentração com base em “mercados de inovação” hipotéticos frequentemente são altamente especulativas e não deveriam ser incorporadas à revisão do Guia. Do mesmo modo, alegações de que a operação submetida à aprovação reduziria a “competição em potencial” estão, com frequência, fundadas em avaliações especulativas sobre se uma das partes da operação teria entrado ou não no mercado na ausência da fusão.
- O Guia deveria revisar sua abordagem sobre a definição do mercado relevante geográfico, de maneira a retirar as localizações do fornecedor como ponto de partida da análise e pôr foco sobre as alternativas competitivas encontradas pelos consumidores em diferentes localidades geográficas. Essa modificação eliminaria o que parecem ser potenciais inconsistências nas abordagens empregadas para a definição de mercado relevante geográfico e os mercados de discriminação de preços constantes no Guia.
- A distinção do Guia entre “entradas comprometidas” (“*committed entry*”) e “entradas não-comprometidas” (“*uncommitted entry*”) é artificial e deveria ter sua importância reduzida. A distinção entre entrantes “comprometidos” – ou seja, os que incorrem em significativos custos irreversíveis de entrada para ofertar seus produtos no mercado (“*sunk entry-related costs*”) – e “entrantes não comprometidos” não deveria deixar de reconhecer que há um *continuum* entre as entradas comprometidas e não-comprometidas. A distinção analítica não tem sido útil na prática e deveria ser substituída por uma discussão não lastreada em regras categóricas arbitrárias.

Por fim, o emprego no Guia do termo “empresa agressiva” (“*maverick*”) necessita ser esclarecida. Uma empresa “*maverick*” não é uma empresa ensandecida que está fora do controle, mas sim uma empresa cujos incentivos econômicos a tornam um competidor agressivo. Os traços de personalidade do diretor geral (“*CEO*”) não deveriam ser o foco da análise.

B. O foco e o escopo apropriados para o Guia

O Guia de Análise de Atos de Concentração provou ser um norte durável e valioso aos operadores do direito antitruste e aos tribunais, além de possibilitar análises de atos de concentração mais razoáveis e consistentes. O marco analítico do Guia é essencialmente sólido e identifica o conjunto economicamente apropriado de questões que os órgãos antitruste e os tribunais

necessitam responder para analisar os efeitos competitivos da operação. O Guia foca na questão correta – ou seja, se um ato de concentração afetará ou não adversamente a concorrência – e tem provido orientações estáveis e confiáveis para operadores e tribunais.

Embora o Guia tenha sobrevivido bem durante os tempos, ainda há espaço para melhorias. Aproximadamente 20 anos se passaram desde que o Guia passou por uma revisão significativa; e importantes desenvolvimentos nas análises de ato de concentração desde então ocorreram, assim como mudanças significativas nos tipos de operações submetidas aos órgãos. O processo de revisão ora em andamento disponibiliza a oportunidade de aclarar deficiências conceituais presentes no atual Guia, bem como de incrementar a utilidade do documento para operadores e tribunais.

A Comissão de Modernização Antitruste (*“Antitrust Modernization Commission”*), ou seja, a comissão bipartide criada pelo Congresso dos Estados Unidos e composta de membros designados tanto pelo Congresso como pelo Presidente da República, chegou a uma conclusão muito semelhante em 2007. Depois de escutar a opinião de diversos acadêmicos e operadores da área de defesa da concorrência, a Comissão concluiu que suas *“revisões e estudos acerca dos padrões atuais de controle de operações permitiram revelar haver um consenso de que o marco usado pelos órgãos antitruste e pelos tribunais para análise de atos de concentração é essencialmente sólido. [...] No entanto, ainda há espaço para melhorias.”*³

1. O Guia deveria buscar delinear os primeiros passos da análise do ato de concentração, e não prover todos os detalhes do processo de análise.

Uma questão essencial é definir o escopo apropriado do Guia. O texto atual *“descreve o marco analítico e os critérios específicos normalmente usados pelo órgão na análise de atos de concentração.”*⁴ O Guia também reconhece explicitamente que *“a aplicação mecânica desses critérios pode fornecer respostas enganadoras às questões econômicas levantadas pelas leis antitruste. (...) Assim, o órgão irá aplicar os critérios do Guia com razoabilidade e flexibilidade, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada ato de concentração submetido.”*⁵

Seguindo mesmo entendimento, é apropriado que o foco do Guia esteja no marco analítico, e não nos detalhes específicos do processo de análise de atos de concentração. O Guia não deve buscar prover um mapa detalhado e preciso do tipo de estudo que os órgãos deveriam ou poderiam empreender na análise de uma operação. Ao contrário, o deveria permanecer enfatizando que tais exames não raro envolvem análises diversas e sofisticadas que são via de regra muito peculiares à operação em questão.

3 O Autor esclarece ter sido um dos membros da Comissão. Veja: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congress. Antitrust Modernization Commission. *Report and Recommendations*. Washington: Publicação Oficial, abril de 2007, p. 48.

4 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra, Seção 0.

5 *Idem, ibidem, loc. cit.*

Metodologias como simulação de fusão ou avaliação de experimentos naturais podem ser apropriadas e factíveis para analisar apenas algumas operações, mas não todas; além de que a natureza específica dessas análises vai variar de operação para operação. Há um risco considerável de que o uso do Guia para prover uma lista detalhada de metodologias específicas possa dar uma falsa impressão do processo de análise de ato de concentração. Isso quer dizer, a tentativa de fornecer informações mais detalhadas acerca de abordagens analíticas específicas pode redundar em *menor* orientação confiável aos operadores, ao sugerir-se, de modo equivocado, que determinadas técnicas são preferíveis a outras. O fato de o Guia ser usado por públicos múltiplos – incluindo outros órgãos federais além do DOJ e do FTC, os representantes dos Ministérios Públicos e da Advocacia Pública nos Estados, os operadores do direito da concorrência e os tribunais – ratifica a importância de usá-lo para destacar o marco econômico geral e os pontos centrais da análise do ato de concentração, assim como os passos iniciais empreendidos pelos órgãos antitruste no processo.

Os comentários e as conclusões finais (“*closing statements*”) são veículos preferíveis para prover detalhes acerca das peculiaridades das investigações pretéritas do órgão, bem como para proporcionar transparência ao processo. Por exemplo, os comentários do DOJ e do FTC de 2006 acerca dos atos de concentração⁶, assim como a retrospectiva do FTC de 2008 de concentrações de mercado verificadas nas suas investigações de operações têm proporcionado informações valiosas aos operadores do direito da concorrência e novos enfoques aos processos de análise.⁷ Da mesma maneira, as conclusões que acompanham o encerramento das investigações podem dar informações detalhadas sobre as peculiaridades das análises empreendidas no curso dos processos.

Operadores e tribunais necessitam compreender que o Guia é só isso mesmo: um guia. Essa compreensão se estende ao uso do Guia para estabelecer filtros numéricos baseados no HHI ou no *market share*, definindo-se critérios numéricos limite (os “*safe harbors*”). Esses filtros não são um fim em si mesmo, mas apenas fornecem um passo inicial para uma análise mais detalhada. A flexibilidade é essencial, pois as indústrias que tendem a ser concentradas com base em qualquer limite empírico podem, na realidade, ser competitivas, e vice-versa.

2. *O Guia não deveria endossar análises de efeitos competitivos como uma alternativa ao uso, como ponto de partida de análises, da abordagem da concentração de mercado/ definição de mercado relevante.*

6 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*. Washington: Publicação Oficial, março de 2006.

7 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Investigation Data, Fiscal Years 1996-2007*. Washington: Publicação Oficial, dezembro de 2008.

Seria inapropriado para o Guia a essa altura adotar uma metodologia de efeitos competitivos, tal como a “pressão para aumento de preços” (“*upward pricing pressure*”, ou “UPP”), ou outras, como ponto de partida em análises de atos de concentração, seja como complemento ou substituto, no Guia, à confiabilidade hoje depositada na definição de mercado relevante/concentração de mercado.⁸ Ainda que as análises de efeitos competitivos, incluindo a UPP, possam ser úteis no exame de certas operações, tais abordagens são relativamente complexas. Ademais, uma abordagem tal como a UPP, embora promissora, é, até o presente momento, não testada e, conseqüentemente, não adequada como ponto de partida para as análises de fusões.

A UPP é uma forma de analisar os efeitos competitivos que provê uma metodologia para indagar se o preço irá provavelmente crescer como o resultado da operação. A UPP é, com efeito, uma sofisticada análise de simulação parcial de fusões e apresenta muitas das limitações, assim como dos pontos positivos, que se aplicam a outras formas de análises simulatórias de fusões. A aplicação da UPP demanda informações sobre taxas de desvio (“*diversion ratios*”) entre produtos, margens (preço menos custo marginal) e potenciais reduções relacionadas à operação em custos. Questões de mensuração que são suscitadas na análise UPP podem ser mais complicadas do que as que tipicamente surgem nas análises de definição de mercado/concentração de mercado.

As limitações teóricas das simulações de atos de concentração padrão também se aplicam à UPP. Tais limitações incluem: (i) a natureza estática do modelo de oligopólio que fornece os fundamentos teóricos da análise, (ii) eventuais inconsistências entre os dados disponíveis sobre margens e taxas de desvio (que, por sua vez, dependem da elasticidade-preço da demanda própria do produto e da elasticidade-preço da demanda cruzada) e (iii) a inabilidade da UPP (e de outros modelos de efeitos concorrenciais) para contabilizar a reposição por novo produto (“*product repositioning*”) pós-concentração. Por fim, talvez mais importante, a UPP é nova, e pouca análise empírica foi realizada para validar seu valor predicativo na avaliação dos efeitos concorrenciais da operação.

No meu entender, a UPP não oferece agora análise, como primeiro passo na identificação de operações que podem suscitar preocupações competitivas, que constitua alternativa simples e pronta para uso diante da definição do mercado relevante / concentração do mercado; e a análise não deveria ser incorporada ao Guia neste momento. Isso não quer dizer que a UPP ou outros modelos de efeitos concorrenciais não devam ter um papel na análise de atos concentrações. Ao contrário, tais modelos podem ser importantes nas análises de concentração e, ao longo do tempo, podem igualmente revelarem-se suficientemente valiosos e, como consequência, desempenharem um papel de maior destaque no futuro.

8 Nesse sentido, veja, por exemplo: FARELL, Joseph e SHAPIRO, Carl. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, v. 10, n. 1, article 9, 2010.

Como já salientei em trabalho anterior, o desenvolvimento de novas formas empíricas de análise de concentrações é de elevada prioridade para avaliações antitruste. Contudo, a aplicação de qualquer novo marco exige testes e validação antes que possa fornecer uma base confiável para a política da defesa da concorrência⁹. A institucionalização no Guia da UPP ou de qualquer outra técnica em particular que estime efeitos concorrenciais elevaria hoje o risco de que operadores e tribunais conferissem excessiva atenção a uma técnica nova e não testada. Caso a UPP prove ser valiosa e confiável, essa informação pode ser transmitida nas conclusões finais ou nos comentários ao Guia publicados pelos órgãos.

Embora imperfeita e necessariamente inacabada, a abordagem da definição do mercado relevante / concentração de mercado tem provido um útil ponto de partida para a análise de atos de concentração e tem servido bem a operadores, tribunais e órgãos federais, bem como membros do Ministério Público e Advocacia Pública nos Estados. As análises dos efeitos da concorrência e a definição do mercado relevante / concentração de mercado são complementares e não deveriam ser vistas como abordagens substitutas. Com efeito, para que se conclua que uma operação terá um efeito anticoncorrencial, tem-se que estimar que a concorrência em um mercado específico será prejudicada. Sob essa perspectiva, uma análise que identifique efeitos anticompetitivos deve poder ser vista como uma abordagem que defina um mercado onde a operação prejudicará os consumidores. Se um tribunal é cético em relação a uma definição de mercado, então a prova do efeito anticoncorrencial da operação pode ser útil para contrabalançar alguns de seus ceticismos. A definição de mercado relevante será um exercício útil somente se o uso da definição permitir que se calculem os *market shares* que tenham alguma utilidade em prever preços como uma função da concentração de mercado. Caso se possa demonstrar empiricamente que uma relação entre a concentração de mercado e o preço é existente para uma dada definição de mercado, logo, desde que a análise empírica seja feita corretamente, tal relação validará a utilidade dessa definição de mercado em específico. Em que pese existirem casos em que a definição de mercado relevante seja impossível de ser aplicada, porém a análise dos efeitos concorrenciais pode ser feita; acredito que tais casos são raros. Forçar os julgadores a ter uma definição do mercado razoável em mente antes de encontrar um efeito anticoncorrencial danoso é disciplina que tende a ser valiosa em evitar que os órgãos de defesa da concorrência e, especialmente, os tribunais profiram decisões com base em critérios arbitrários.

Incorporar ao Guia a discussão sobre o papel da análise da perda crítica ("*critical loss analysis*") na definição de mercados induz a preocupações similares quanto ao risco de, ao se adotar uma nova ferramenta, fornecer orientações confusas aos operadores do direito da concorrência e aos tribunais. Variadas formas de análise da perda crítica têm sido usadas há

9 Nesse sentido: CARLTON, Dennis. Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do It, *Competition Policy International*, v. 5, n. 1, spring 2009.

anos, mas ainda persistem controvérsias sobre o seu emprego¹⁰. Sob uma perspectiva, indagar acerca a □ perda crítica□ seria simplesmente uma maneira diferente de fazer a mesma pergunta que o Guia já prevê para a definição de mercado: o quão provável é que um monopolista hipotético de uma série de produtos possa aumentar o preço, digamos, em 5% ou 10%? A análise da perda crítica por si só não introduz novos conceitos econômicos, ainda que haja pessoas que acreditem que introduza. De fato, baseado na minha experiência recente como *Deputy Assistant Attorney General* do DOJ e como consultor, tenho presenciado muitas tentativas de aplicação da análise de perda críticas que têm gerado grandes confusões. Assim, a análise de perda crítica não deveria neste momento ser incorporada ao Guia como metodologia necessária ou padrão para avaliações de definição do mercado. Mais uma vez, sempre que a perda crítica demonstrar ser útil para que definir o mercado, seu uso poderia ser descrito nas conclusões finais ou em comentários.

C. Temas específicos para a revisão do Guia

Como observado acima, ainda que a abordagem para a aprovação de atos de concentração inserida no Guia seja fundamentalmente sólida, há uma série de áreas nas quais o Guia pode ser refinado para melhor refletir os avanços no tema. Esta seção identifica brevemente diversas áreas onde a lógica econômica do Guia pode ser esclarecida ou revista, bem como áreas onde a ausência de explicitação da lógica econômica pode ser preenchida.

1. *O Guia deve reconhecer que a evidência empírica pode ser utilizada para vencer o ceticismo dos órgãos antitruste sobre o papel da concorrência para restringir a conduta pós-operação ou sobre a importância competitiva das entradas de mercado, a reação do comprador e a redução de custos fixos.*

Muitas vezes, as consequências concorrenciais de operações passadas podem prover um bom guia sobre os prováveis efeitos de uma operação sob análise. Basear-se em evidências históricas pode ser o caminho mais direto para prever as consequências de uma operação em preços e esforços de inovação.

Historicamente, as autoridades antitruste têm sido céticas sobre o poder dos entrantes e grandes consumidores de compensar os potenciais efeitos anticompetitivos de fusões. Parte desse ceticismo é compreensível, uma vez que, por exemplo, o endosso generalista da premissa de que a entrada no mercado é fácil implicaria, no limite, na desnecessidade de análises de atos de concentração. Da mesma forma, como será discutido a seguir, os órgãos têm sido céticos quanto à ideia

10 O Autor recomenda que se vejam, por exemplo: FARELL, Joseph e SHAPIRO, Carl. Improving Critical Loss Analysis, *Antitrust Source*, fev. 2008; bem como SCHEFFMAN, David e SIMONS, Joseph. The State of Critical Loss Analysis, *Antitrust Source*, nov. 2003.

de que os consumidores podem se beneficiar de reduções de custos fixos relacionadas às operações. Conquanto tal ceticismo possa ser muitas vezes adequado na análise de atos, também é importante que os órgãos permaneçam abertos à consideração da evidência empírica que demonstra a importância histórica desses fatores na preservação da concorrência pós-concentração. Por exemplo, uma empresa ou um setor com um histórico de reduções de custos fixos e aumentos de investimentos em P&D em comparação com período pré-fusão pode ser capaz de demonstrar mais claramente que tais benefícios podem aparecer nas operações seguintes. O Guia deveria reconhecer explicitamente que a análise empírica pode ser relevante na avaliação desses fatores.

2. *A distinção entre efeito “unilateral” e efeito “coordenado” atualmente incluídas no Guia é artificial e deve ter sua importância reduzida.*

O Guia sugere que existe uma teoria econômica que sustenta a análise dos efeitos unilaterais concorrenciais da operação e outra que fornece a base para efeitos coordenados. Conforme descrito no Guia, as fusões podem reduzir a concorrência por meio de efeitos unilaterais, uma vez que *“as empresas que se fundem podem descobrir ser lucrativo alterar seu comportamento unilateralmente no momento posterior à aquisição por meio da elevação dos preços e da repressão da oferta”*.¹¹ Alternativamente, o Guia sugere que os atos de concentração podem reduzir a concorrência via interação coordenada pela criação de condições de mercado que *“são favoráveis para atingir as condições da coordenação, detectando desvios frente a tais condições e punindo tais desvios”*¹².

No entanto, a distinção do Guia entre efeitos “unilateral” e “coordenado” é artificial e fornece, para operadores, tribunais e outros agentes, uma visão enganosa da teoria econômica que dá sustento à política antitruste. De qualquer forma, ambas as análises de efeitos “unilateral” e “coordenado” são bem compreendidas como variantes da teoria dos jogos não-cooperativos, que fornece a base teórica geral para todos os tipos de preocupações sobre os potenciais efeitos adversos das fusões sobre os consumidores.

Os modelos de efeitos unilaterais empíricos são muitas vezes lastreados em modelos estáticos de Bertrand sobre concorrência, o que reflete a (altamente estilizada) visão de que as empresas competem por meio de decisões não-cooperativas quando determinam os preços de produtos diferenciados. O modelo de Bertrand é estático no sentido de que as empresas são tidas como tomadoras de decisões simultâneas sobre o preço, haja vista o reconhecimento da interdependência das suas decisões. As análises dos efeitos coordenados são tipicamente menos formais do que as de efeitos unilaterais, e muitas vezes envolvem a identificação e avaliação

11 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra, Seção 2.2.

12 *Idem, ibidem*, Seção 2.1.

de uma variedade de fatores que afetam a forma como as empresas reagem às ações umas das outras ao longo do tempo.

Portanto, uma distinção importante entre as análises do Guia de efeito “unilateral” e “coordenado” é a medida em que tais análises centram-se em fatores estáticos ou dinâmicos. Esse parece ser um caso típico de uso da terminologia em detrimento da substância, e os dois tipos de análises são devidamente considerados como variantes da teoria dos jogos não-cooperativos. Não há razão para que um modelo estático de produtos diferenciados com fundamento na concorrência Bertrand não possa ser expandido para dar tratamento à concorrência dinâmica, caso em que, como pareceria, o Guia demandaria o emprego do modelo de efeitos coordenados.

O Guia parece sugerir que os efeitos unilaterais e os efeitos coordenados podem ter suas análises distinguidas tendo como base se são ou não os produtos de cada uma das partes da operação próximos melhores substitutos (“*next best substitute*”) um dos outros; bem como se as empresas rivais mantêm ou não os preços constantes em resposta às variações de preços dos produtos da nova empresa¹³. Se há de fato um efeito adverso da operação para a concorrência ao manterem-se os preços das empresas rivais constantes, logo, de acordo com o Guia, as duas empresas partes da fusão constituem por si só um mercado relevante. Ou seja, a lógica do Guia é de que o mercado é muito estreito. Os órgãos antitruste devem reconhecer explicitamente essa implicação do Guia e não se envergonharem disso. Mas não há necessidade de uma operação anticoncorrencial ser limitada a empresas cujos produtos são próximos melhores substitutos uns dos outros - todas as restrições concorrenciais relativas à nova empresa resultante da operação deveriam importar, e não há certamente qualquer razão para limitar a análise aos casos em que os rivais não alteram os seus preços pós-fusão.

Por questões práticas, a análise de efeitos unilaterais é com frequência utilizada em circunstâncias em que a análise regular dos “efeitos coordenados”, lastreada na abordagem da definição de mercado relevante / concentração de mercado, implicaria em uma definição de mercado muito estreita, o que poderia deixar os órgãos antitruste e os tribunais em posição desconfortável. Ou seja, os litigantes podem achar mais fácil, para fins de defesa, argumentar que o mercado é amplo, baseando-se em uma análise de efeitos unilaterais para demonstrar o impacto concorrenciais. A revisão do Guia pode trazer uma contribuição valiosa e fundamental ao salientar não ser ilógico a definição de mercados que consistem em um conjunto de produtos sujeitos a um modesto aumento de preços pós-fusão. Isto é, os órgãos não deveriam resistir em defender um mercado mais estreito quando adequadamente definido.

13 O Autor aclara empregar a expressão “parece” (“appear”) tendo em vista serem os efeitos unilaterais, na prática, frequentemente estimados com o uso de modelos de simulação de fusões, que permitem que as empresas que não fazem parte da operação alterem seus preços em momento pós-operação.

É possível distinguir uma situação em que uma fusão prejudica a concorrência pela redução do número de empresas concorrentes em mesmo jogo competitivo, igual às condições pré-concentração; de uma situação em que não há apenas poucas empresas pós-concentração, mas o jogo competitivo resta alterado. Por exemplo, o jogo competitivo pode ter se alterado em virtude de certas informações que se tornaram mais transparentes, permitindo um melhor acompanhamento dos preços de seus rivais. Mas o Guia tal como redigido no presente não faz qualquer distinção nesse sentido.

A sugestão de reduzir o destaque da diferenciação entre efeito “unilateral” e efeito “coordenado”, tal como no Guia vigente, não deveria ser mal interpretada, de modo a permitir que os órgãos investiguem ou ponham em dúvidas as operações com fundamento em bases vagas ou não declaradas. Os órgãos deveriam, é óbvio, delinear claramente qualquer teoria de dano concorrencial a ser explorada e, em sendo necessário, fornecer orientações aos requerentes sobre a forma como essas questões podem ser resolvidas.

3. O Guia deveria conferir maior ênfase à redução de custos fixos.

O Guia reconhece atualmente que a fusão pode resultar em economias substanciais nos custos fixos, mas também observa que pode ser difícil determinar se tais economias são específicas da concentração ou mesmo verificar a sua existência. Os órgãos também são céticos quanto à possibilidade dos consumidores se beneficiem das reduções em custos fixos oriundos dos atos de concentração, eis que, em muitos modelos de oligopólio, o preço depende do custo marginal, não dos custos fixos.

No entanto, tais modelos de oligopólio muitas vezes não conseguem captar em completo a natureza da concorrência em setores dinâmicos, os quais se caracterizam por elevados custos fixos e baixos custos marginais¹⁴. Muitas indústrias que são o foco de atenção da política antitruste atualmente – incluindo computadores, telecomunicações, produtos farmacêuticos e outros – encaixam-se nesses critérios e são caracterizadas por altos níveis de investimento em P&D e intensa concorrência pela inovação. Em tais indústrias, a redução nos custos fixos de P&D tende a aumentar os incentivos para investimento em P&D por meio da diminuição da “barreira” que as empresas devem ultrapassar para concretizar uma oportunidade lucrativa. Uma avaliação inadequada dos efeitos das operações em tais incentivos pode levar as autoridades antitruste a impedir atos de concentração que beneficiariam os consumidores pelo fomento à inovação.

O Guia poderia fornecer uma melhor compreensão das eficiências em custo fixo ao reconhecer explicitamente a relevância das reduções

14 A redução do custo fixo resulta em reais economias de recurso que beneficiam a sociedade. No entanto, não há necessidade de discutir se a análise de ato de concentração deve basear-se no excedente do consumidor ou no excedente total (incluindo tanto o excedente do produtor e como o do consumidor), desde que o papel das economias de custos fixos na promoção da concorrência dinâmica seja devidamente reconhecido.

desses custos, oriundas da operação, nos incentivos criados para que a empresa invista em P&D e introduza novos produtos e serviços que possam melhorar o bem-estar do consumidor. A literatura econômica reconhece que grande parte dos ganhos de bem-estar dos consumidores ao longo do tempo pode ser diretamente atribuída às inovações tecnológicas e aos novos produtos, incluindo, entre outros, novos medicamentos e tratamentos médicos, telefones celulares e a Internet¹⁵.

A Comissão de Modernização Antitruste também recomendou que os órgãos executores da política “devam garantir que estão dando crédito suficiente para determinadas eficiências em custos fixos”.¹⁶ A Comissão reconheceu que as eficiências em custos fixos beneficiariam os consumidores por meio de incentivos a inovação e preços mais baixos no longo prazo. Também corretamente destacou que as reduções em custos fixos relativas aos atos de concentração beneficiariam os consumidores, bem como os produtores, de forma a resultar em poupança de recursos para a economia em geral.

4. *Deveria haver uma base bem estabelecida para quaisquer critérios numéricos empregados no Guia.*

Como mencionado acima, muitas operações aprovadas pelas autoridades antitruste envolvem níveis e variações na concentração que ultrapassam os limites de HHI atualmente identificados no Guia. Isso reflete o fato de que os limiares incorporados no Guia não têm fundamentos econômicos sólidos e estão atualmente fixados em níveis que são demasiado baixos para fornecer orientação adequada a operadores, tribunais e outros atores, conquanto os relatórios recentes de órgãos governamentais tenham realizado um bom trabalho para resolver essa questão¹⁷.

O DOJ, o FTC e a comunidade acadêmica deveriam dar maior ênfase a análises que possam ajudar a estabelecer limites que reflitam mais adequadamente o risco de danos à concorrência advindos da operação. No entanto, o Guia necessita fazer uma observação, e órgãos executores da política necessitam reconhecer que os limiares numéricos não podem nunca pretender prover orientação absoluta à execução das funções. Critérios numéricos limite na melhor das hipóteses podem fornecer orientações aproximadas, e as decisões dos órgãos também devem explicar o grande número de outros fatores que são suscitados em uma análise mais detalhada.

15 Como um exemplo, o Autor cita Murphy e Topel, que consideram que os avanços tecnológicos em medicina e assistência à saúde resultaram em enormes benefícios para os consumidores. Eles concluem que: “[c]umulative gains in life expectancy after 1900 were worth over \$1.2 million to the representative American in 2000, whereas post-1970 gains added about \$3.2 trillion per year to national wealth, equal to about half of GDP.” Em: MURPHY, Kevin e TOPEL, Robert. The Value of Health and Longevity, *Journal of Political Economy*, v. 114, n. 871, 2006.

16 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra, p. 58.

17 Vide *Idem*, nota 6 e 7 supra.

5. *O Guia deveria salientar que a decisão sobre atos de concentração não deveria se basear em teorias especulativas acerca do dano concorrencial.*

A literatura econômica enfatiza a dificuldade de antecipar futuros eventos discretos, tais como a origem e o prazo para inovações, em parte devido ao fato de que as inovações podem vir tanto de fora do setor, bem como de agentes do mercado atual. Conforme acima observado, a literatura econômica reconhece também a enorme contribuição de novos produtos e serviços para o bem-estar do consumidor. Nessas circunstâncias, os equívocos dos órgãos em bem compreender a natureza da inovação competitiva podem resultar em significativo prejuízo ao consumidor ao retardar a inovação.

Nos últimos anos, os órgãos de defesa da concorrência têm posto em dúvida à aprovação de fusões com fundamento na preocupação de que tais concentrações provocariam uma redução na concorrência em “mercados da inovação”.¹⁸ Entretanto, a literatura econômica oferece pouca orientação quanto à forma como os participantes desse mercado devem ser identificados, ou sobre quantos concorrentes são necessários para preservar a concorrência adequada no desenvolvimento de inovações.¹⁹ Como resultado, restringir a operação com base no argumento de que tal provocaria uma redução na concorrência em mercados de inovação é postura essencialmente especulativa.

Os órgãos podem estar aptos a empreender uma cuidadosa análise com base em fatos, a fim de identificar as circunstâncias em que uma operação poderia prejudicar a concorrência pela inovação. Por exemplo, determinados mercados de produtos farmacêuticos têm um *pipeline* de projetos bem definido, que identifica novos produtos que podem ser introduzidos em horizontes de tempo diferentes, e tal informação pode ser relevante para avaliar o impacto dos atos de concentração no setor sobre a concorrência pela inovação. No entanto, não possuo conhecimento da existência de qualquer base confiável que o Guia poderia usar para prover um norte geral na identificação de operações que possam prejudicar a concorrência pela inovação. Como resultado, as tentativas de usar o Guia para institucionalizar o conceito de mercado de inovação pode resultar em orientações enganadoras aos operadores e aos tribunais.

Do mesmo modo, argumentos de que a operação em análise irá reduzir - a concorrência em potencial” muitas vezes exigem avaliações altamente especulativas para se saber se uma das partes da operação teria entrado no mercado na ausência da transação. Tal como acontece com a inovação, uma análise detalhada fundada em fatos pode, por vezes, concluir que o ato de concentração envolve empresa que teria entrado no mercado mesmo na ausência da operação. Entretanto esforços para

18 Sobre a discussão de casos envolvendo mercados de inovação, veja KATZ, Michael e SHELANSKI, Howard. Mergers and Innovation, *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 1, 2007.

19 Veja CARLTON, Dennis e GERTNER, Robert. Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior. In: JAFFE, A., LERNER, J. e STERN, S. (Ed.). *Innovation Policy and the Economy*, v. 3. Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research, 2003.

tentar descrever tais circunstâncias no Guia podem confundir ao invés de guiar operadores e tribunais.

Os órgãos antitruste atualmente empreendem esforços significativos para evitar especulações no bojo de análises de ato de concentração. A título exemplificativo, os órgãos não especulam sobre se as partes da operação poderiam participar de uma operação alternativa com vistas a identificar o ponto de referência frente ao qual a operação em análise será considerada. O Guia deveria igualmente se abster de tentar conferir tratamento a outras situações em que a análise das concentrações seria inerentemente especulativa.

6. *Guia deveria rever a sua metodologia para a definição do mercado relevante no âmbito geográfico.*

O ponto de partida para a definição do mercado relevante geográfico apresentado no Guia enfoca as condições de concorrência entre fornecedores de diferentes áreas geográficas.²⁰ O Guia define o mercado relevante geográfico, na realidade, ao desenhar um círculo em torno de um grupo de fornecedores em uma determinada área geográfica e, em seguida, ao indagar se um monopolista hipotético dessa localidade seria capaz de provocar um aumento de preços. O escopo do mercado geográfico é definido pela extensão da área geográfica até o ponto em que os fornecedores externos não seriam mais capazes de contestar uma tentativa do monopolista hipotético de aumentar os preços.

Essa abordagem, entretanto, pode talvez fornecer uma visão equivocada do impacto concorrencial de uma fusão entre fornecedores de localidades geográficas distintas. Em seu lugar, os mercados geográficos são de forma mais natural definidos ao se usar consumidores de uma localização geográfica (e não fornecedores) como ponto de partida da análise. O escopo do mercado geográfico seria então definido pelo alargamento do escopo geográfico da área centrada no consumidor, até o ponto em que os fornecedores de fora não poderiam mais barrar uma tentativa do monopolista hipotético de aumentar os preços praticados aos consumidores em questão.

Alterar o foco de análise do mercado geográfico pela adoção dessa forma iria ao encontro do que o Guia estabelece para a identificação da discriminação de preços no mercado. Mais especificamente, o Guia define a discriminação de preços no mercado primeiramente pela identificação de um conjunto de “compradores-alvo” e, em seguida, pela determinação de quais produtos substitutos tais compradores recorreriam como resposta a um aumento no preço do produto em causa. Em que pese em certas condições um mercado sem discriminação de preços poder ser igualmente bem definido

20 “(...) the Agency will delineate the geographic market to be a region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that region would profitably impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price (...)”. Em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra, Seção 1.21.

tendo como ponto de partida a localização do fornecedor ou do comprador²¹, muitos casos envolvendo a definição do mercado relevante geográfico, na realidade, envolvem uma certa capacidade de discriminação de preço, e, como consequência, a abordagem baseada no consumidor é geralmente preferível.

7. *A distinção entre entradas “comprometidas” e “não-comprometidas” atualmente incorporada ao Guia é um pouco artificial e deveria ter importância reduzida.*

O Guia tenta distinguir entre entradas “comprometidas”, ou seja, as que demandam do fornecedor expressivos custos irrecuperáveis (“*sunk cost*”), e entradas “não comprometidas”, ou seja, as em que os entrantes podem rapidamente entrar e sair sem ter de incorrer em significativos custos sem retorno. Segundo o Guia, os entrantes “não comprometidos” incluem as empresas que atualmente não vendem no mercado relevante, mas que poderão fazê-lo no prazo de um ano, sem ter de incorrer em custos irrecuperáveis significativos.²² Os entrantes “comprometidos” incluem as empresas que poderiam obter um impacto significativo sobre o preço dentro de dois anos a partir da data do planejamento inicial²³.

Esta distinção, no entanto, é artificial e induz a confusões. Seria mais adequado para o Guia reconhecer que há um *continuum* entre entradas “compromissadas” e “não comprometidas”. Por exemplo, mesmo as empresas que ofertam produtos com os quais estão intimamente ligadas muitas vezes precisam fazer investimentos irreversíveis em marketing e distribuição quando aumentam sua linha de produção. Ainda que o Guia indague a pergunta certa – ou seja, se a concorrência vai ser reduzida durante algum período de tempo relevante –, a distinção entre entrantes “comprometidos” e “não comprometidos” não provou auxiliar concretamente na resposta a essa pergunta. Em seu lugar, as evidências empíricas baseadas na entrada tanto de “comprometidos” como de “não comprometidos” deveria receber ampla consideração dos órgãos de defesa da concorrência na identificação e avaliação da probabilidade de entrada.

8. *A empresa “maverick” não é uma selvagem, mas uma empresa cujos incentivos econômicos a fazem ser um concorrente agressivo.*

O Guia explica que a supressão, por meio da fusão, de uma empresa agressiva (“*maverick*”) pode afetar negativamente a concorrência. Tal empresa representa provavelmente um concorrente agressivo. Mas o Guia atual não explica porque a empresa é uma “*maverick*”, e essa falha poderia levar a erros na política de defesa da concorrência.

Suponha que uma empresa é um concorrente agressivo porque é dirigida por um dirigente (“*CEO*”) agressivo que tem predileção pela baixa

21 Dennis Carlton. Market Definition: Use and Abuse, *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, spring 2007.

22 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra, Seção 1.32.

23 *Idem, ibidem*, Seção 3.0.

de preços. Se esse dirigente vier a ser substituído por outro mais racional em virtude de uma fusão horizontal, a concorrência pode ser menor, mas isso também poderia acontecer se o CEO for substituído em virtude de uma concentração não horizontal. Devem ambos os atos de concentração ser reprovados? Devem psiquiatras ser convocados para comparar a agressividade do novo dirigente frente a do antigo? Investir nesse tipo de análise seria um equívoco, uma vez que injetaria graus de arbitrariedade na análise de atos de concentração. Qualquer revisão do Guia deve deixar claro que um “*maverick*” é um concorrente agressivo devido à sua posição econômica. A fusão poderia mudar essas circunstâncias como resultado de uma redução na concorrência, contudo a análise deve ser baseada no que dita o comportamento racional de maximização do lucro, não em uma comparação entre os traços de personalidade do CEO novo e do antigo.

D. Conclusões sobre revisões no Guia desejáveis.

Qualquer revisão do Guia deve fornecer orientações gerais, não um “livro de receitas” com detalhes de como usar técnicas de análise. Comentários e considerações finais (“*closing statements*”) podem ilustrar as vantagens, bem como as limitações das variadas técnicas. A ênfase sobre a importância da evidência empírica, juntamente com a clarificação sobre a distinção entre efeitos “unilateral” e efeitos “coordenados” seriam as minhas primeiras recomendações. Retornarei agora para as novas disposições que têm sido propostas.

III. IMPRESSÕES FRENTE AO PROJETO DE GUIA

A. Introdução

O DOJ e o FTC abriram a proposta de revisão de Guia à consulta pública em abril de 2010. O projeto reflete não só os entendimentos dos órgãos, mas também leva em conta alguns dos muitos comentários de outros atores, inclusive os meus comentários. Embora a proposta de novo Guia não reflita todas as recomendações discutidas na Seção II deste artigo, ela encaminha diversos temas. Minha principal conclusão sobre a proposta é de que tal fornece uma documentação excelente e detalhada de como os órgãos antitruste analisam atos de concentração na prática. O Guia menciona que existem advertências sobre o uso adequado dos métodos descritos. No entanto, embora os órgãos antitruste possam bem compreender essas advertências, os potenciais utilizadores do Guia, incluindo os tribunais, os órgãos antitruste estrangeiros e a comunidade empresarial, podem não ter o mesmo nível de compreensão. Meu objetivo nesta seção não é necessariamente destacar as diferenças remanescentes entre o que sugeri na Seção II e o que a proposta de Guia traz (isso deveria restar evidente ao leitor), mas sim antes deixar claro àqueles que possam

usar o documento como base para formulação de políticas antitruste, tais como os tribunais e órgãos antitruste estrangeiros, quais são algumas das limitações do projeto de novo Guia.

Discuto aspectos específicos da proposta para deixar claras as limitações em torno de alguns dos métodos descritos. Tais explicações são importantes, dado o amplo conjunto de círculos a que o Guia necessariamente serve. Conforme descrito no projeto²⁴:

Este Guia busca auxiliar a comunidade empresarial e os operadores do direito da concorrência por meio da maior transparência às análises que dão base às manifestações dos órgãos. O Guia também pode auxiliar os tribunais a desenvolver um marco adequado para a interpretação e a aplicação da legislação antitruste no âmbito de concentrações horizontais.

Se os tribunais e os outros atores fazem uso do Guia, é importante que eles compreendam não só o que os órgãos antitruste devem fazer para avaliar as operações, mas antes explicitar a razão econômica dos órgãos antitruste fazerem o que fazem, incluindo os pontos fortes, os pontos fracos e as limitações dos vários métodos. Como um exemplo importante, quando os órgãos utilizam métodos ainda não testados empiricamente, é importante que os tribunais e outros atores saibam dessa limitação.

Meus comentários são destinados a aclarar essas questões constantes na proposta do Guia, que creio ser particularmente relevante que potenciais utilizadores do Guia compreendam. Na seção B, examino as disposições acerca de questões econômicas gerais para a apreciação das concentrações. No ponto C, discuto o uso da metodologia de “pressão para aumento de preços” (UPP) e advogo por cautela na sua aplicação, dada a natureza da metodologia ser relativamente não testada em sua capacidade de detectar operações anticompetitivas. Na seção D, pondero a necessidade de pesquisas empíricas adicionais para ajudar a orientar o desenvolvimento contínuo da política antitruste.

Minhas conclusões específicas sobre a abordagem econômica geral presente na proposta de Guia, com relação à análise de atos de concentração, são as seguintes:

- Os novos pontos de corte para os Índices Herfindahl-Hirschman podem refletir melhor como os órgãos governamentais avaliam fusões em comparação aos pontos de corte do Guia antigo; entretanto, como os antigos pontos de corte, os novos também carecem de base empírica.
- Qualquer sugestão de que os tribunais devem abandonar o uso da definição de mercado relevante quando analisam os efeitos concorrenciais da operação seria imprudente, já que a não definição dos mercados provavelmente aumentaria o número de decisões equivocadas tomadas pelos tribunais.

24 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines For Public Comments*. Washington: Publicação Oficial, 20 de abril de 2010, p. 1.

- Mesmo que o projeto de Guia refira-se ao potencial valor de uma concorrência não baseada em preços, a ênfase está posta principalmente sobre a concorrência de preços. Um resultado da proposta é que não transmite claramente aos tribunais e aos outros atores a importância competitiva dos ganhos de eficiência para estimular a concorrência não via preços, incluindo a concorrência pela inovação. Tal concorrência não baseada em preços pode ser particularmente importante em indústrias (como as de telecomunicações, de *software* e farmacêutica) com altos níveis de investimento em P&D, elevados custos fixos e baixos custos marginais. Em tais indústrias, uma margem elevada pode não indicar uma falta de concorrência dinâmica, e eficiências em custos fixo ou em qualidade dos produtos podem ser particularmente importantes para estimular a concorrência dinâmica.
- A distinção entre o comportamento unilateral e coordenado, que foi trazida pelo Guia anterior, não é muito depurada e pode gerar confusão, especialmente devido ao fato de sugerir existirem duas teorias econômicas distintas sobre oligopólio.

Minhas conclusões no que diz respeito ao uso da UPP na seção de efeitos unilaterais (seção VI) do projeto de Guia são as seguintes:

- A metodologia da UPP ainda não foi amplamente discutida na literatura econômica como forma de evitar fusões potencialmente anticompetitivas, e o principal trabalho sobre o tema (escrito por Farrell e Shapiro) inclui uma série de advertências no seu emprego.²⁵ Essas advertências são importantes para a comunidade empresarial e para os tribunais, mas não são abordadas na proposta de Guia.
- Tais advertências referem-se também às limitações da capacidade da UPP em prever os efeitos das fusões sobre preços, incluindo o fato de que a metodologia não leva em conta que as eficiências oriundas da operação em um único produto podem reduzir os preços de equilíbrio de outros produtos envolvidos na operação.
- Finalmente, na Seção D, observo que poucas pesquisas têm sido feitas para testar qual é o método de avaliação de atos de concentração que funciona e em qual contexto isso ocorre. As pesquisas que têm sido realizadas sugerem que alguns métodos existentes podem produzir previsões incorretas, em certos casos, sobre os preços após a operação.²⁶ Assim, a realização de testes adicionais acerca de todos os métodos contidos no projeto de Guia deveria ser uma prioridade, e, até que tais testes

25 Vide FARRELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra.

26 Veja, por exemplo: PETERS, Craig. Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry, *Journal Of Law And Economics*, v. 49, n. 627, 2006.

sejam feitos, continuará a persistir preocupações acerca da confiabilidade desses métodos.²⁷

B. Algumas observações básicas sobre o Projeto de Guia.

Na presente seção, comentarei a abordagem econômica geral empregada no projeto de Guia de Análise de Concentração, incluindo as propostas de uso de medidas de concentração do mercado, de retirar ênfase da definição do mercado, do papel da concorrência por outras vias que não a do preço e das tentativas de distinguir os efeitos unilateral e coordenado. Em cada caso, os pontos que levanto são certamente bem compreendidos por membros dos órgãos antitruste, os quais fazem uso dos métodos descritos no projeto. No entanto, minha preocupação é de que tais pontos podem não ser bem compreendidos por outros atores que farão uso do projeto de Guia, incluindo os tribunais, os órgãos antitruste estrangeiros e a comunidade empresarial.

1. *Os novos limiares numéricos de HHI, assim como os do atual Guia, não se baseiam em pesquisas econômicas sólidas.*

Como o Guia em vigor, o projeto inclui limites de HHI (*“threshold HHI”*) tanto como fórmula de controlar quais operações devem ser mais bem investigadas (*“warrant scrutiny”*), quanto como modo de definir os atos de concentração presumivelmente “tendentes a reforçar o poder de mercado” (*“to be likely to enhance market power”*)²⁸. Ainda que a proposição tenha elevado o limiar numérico do índice HHI para os mercados “não concentrados”, “moderadamente concentrados” e “altamente concentrados” do Guia existente, isso não significa que a proposta tenha relaxado o rigor da análise de fusões.²⁹ Pelo contrário, o aumento dos limites certamente torna o projeto mais em linha com o que de fato praticam os órgãos antitruste, em comparação com o Guia atual. No entanto, mesmo com essa mudança, seria um erro concluir que os novos limiares refletem a prática real dos órgãos antitruste frente a todos os setores. Na verdade, a recente retrospectiva do FTC em relação aos inquéritos sobre atos de concentração do período de 1996 a 2007 demonstra que, mesmo para um dado índice HHI pós-operação e valor de variações induzidas pela operação,

27 Para leitura adicional sobre esse tema, vide CARLTON, Dennis, note 9 supra.

28 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission., nota 24 supra, p. 19.

29 Em especial, o projeto aumentou o valor limite do índice HHI de 1000 pontos para 1500 pontos para que o mercado seja considerado “moderadamente concentrado” e de 1800 para 2500 o ponto de corte de HHI para mercados “altamente concentrados”. Em mercados moderadamente concentrados, a proposta de Guia mantém a regra de que variações induzidas pela operação de 100 ou mais pontos “potencialmente suscita preocupações concorrenciais significativas e demandam maiores investigações”. No entanto, para mercados fortemente concentrados, a proposta de Guia aumenta de 50 para 100 pontos a variação requerida para que a operação demande maior investigação, e de 100 para 200 a variação requerida para que a operação dê ensejo à presunção de aumento de poder de mercado. Em: *Idem, ibidem, loc. cit.*

a proporção de investigações arquivadas por insuficiência de indícios onde se observou redução varia significativamente a depender da indústria.³⁰

Independentemente da precisão dos níveis de corte empregados, seria um erro para os tribunais interpretar o projeto de Guia como intento de conferir maior confiança aos critérios de HHI limite, uma vez que o valor de qualquer desses critérios para a análise de atos de concentração é extremamente restrito. Na melhor das hipóteses, os limiares de HHI, se baseados em evidências empíricas que relacionam os limites aos efeitos prováveis de uma operação, poderiam ser usados como um filtro aproximado para identificar as fusões que mereceriam investigação futura. No entanto, desconheço qualquer peça de pesquisa econômica que forneça uma base econométrica ou teórica para os critérios limite novos (ou mesmo os antigos)³¹. Além disso, não há fundamento para aplicar uniformemente os critérios entre as diferentes indústrias. Assim, para evitar a eventual utilização indevida dos limiares de HHI por tribunais ou por outros atores, pode ser preferível para o Guia simplesmente observar que os níveis de HHI e as variações serão considerados como um elemento no exame de atos de concentração, entretanto que determinações específicas sobre as implicações dos valores de HHI diante de qualquer operação serão baseadas em pesquisas empíricas específicas para a indústria em questão, ou pelo menos para as indústrias com características semelhantes.

2. *Qualquer sinalização de que os tribunais deveriam abandonar o uso da definição de mercado relevante é infeliz.*

O projeto de Guia confere reduzida ênfase ao uso da definição de mercado como instrumento de análise de atos de concentração. Conquanto, em certos casos, os órgãos possam dispensar o uso da definição de mercado relevante e confiar em outras ferramentas, seria um erro para os tribunais, que geralmente têm menos *expertise* do que os órgãos antitruste, dispensar o método. Como expliquei na Seção II, ainda que a definição de mercado possa ser uma ferramenta pouco sofisticada de análise, ela ainda fornece uma estrutura para as análises antitruste, e sua utilização tende a evitar que os tribunais cometam erros flagrantes.

Na discussão sobre efeitos unilaterais, a proposta sugere que um dano à concorrência pode ser provocado até mesmo quando as empresas em

30 Veja a Tabela 3.2 até a Tabela 3.6 do FTC, *supra* nota 4. A título de exemplo, observe que, na indústria farmacêutica (um setor em que a competição por outras vias, que não por preço, mas sim pelo lançamento de produtos novos e melhores, é importante), e nos mercados com HHI pós-operação entre 3000 pontos e 5000 pontos e com variação induzida pela operação entre 200 pontos e 1200 pontos (o que seria presumido, no projeto de Guia, como um aumento do poder de mercado), existem aproximadamente tantos casos de operação aprovada sem restrições (a saber, 10 casos) quanto de casos em que uma restrição foi imposta (a saber, 11 casos). Ao contrário, nas operações envolvendo o setor de petróleo, dos 23 casos envolvendo mercados com graus de HHI e variações com essa mesma proporção média, as restrições foram impostas em 22 casos.

31 Caso pesquisas nesse campo de fato sejam desenvolvidas, tais pesquisas deveriam também avaliar medidas de concentração alternativas ao índice HHI usado pelos órgãos de defesa da concorrência, a exemplo do número de concorrentes significativos no mercado. Em: *Idem, ibidem*, p. 4.

uma indústria, individualmente e sem que haja fusões, mantiverem os seus preços inalterados. Nesse caso, a lógica da definição de mercado proposta no novo Guia indicaria que os produtos das duas empresas objeto da fusão, na verdade, por si só, constituir um mercado relevante. Embora acredite que os órgãos de defesa da concorrência possam ser relutantes em definir explicitamente um mercado tão restrito – por temerem que o tribunal julgue depois a definição como artificial –, a minha tese é que se deveria sim usar e defender a definição de um mercado restrito se tal definição é realmente necessária. Por isso, preocupo-me se os efeitos unilaterais como postos na proposta permitiriam que os representantes públicos (*“government litigators”*) argumentem no Judiciário inclusive que eles nem têm necessidade de definição de mercado, ou que o mercado é amplo, porém a operação deve ser reprovada de qualquer modo, pois as partes são concorrentes próximas com produtos diferenciados. Essa abordagem dá mais espaço para que os representantes públicos ingressem com um caso sobre fusão sem ter definido e defendido um mercado apropriado. Em vez disso, o Guia deveria ajudar a esclarecer que as definições estreitas de mercado podem ser economicamente apropriadas e razoáveis, especialmente para a avaliação dos efeitos unilaterais de fusões nas indústrias com produtos diferenciados.

3. *O Guia deveria ser claro sobre a potencial importância da concorrência não por preços e as eficiências que podem estimular essa concorrência.*

A proposta menciona o potencial valor da concorrência não baseada em preços, como a inovação para produzir produtos novos ou melhores. Por exemplo, ao discutir a eficiência, o projeto de novo Guia corretamente indica que a eficiência pode vir de “(...) *melhorias na qualidade, melhorias nos serviços ou novos produtos*”, além de “*preços mais baixos*”.³² A proposta também indica corretamente que as eficiências “*relativas aos custos que são fixos no curto prazo (...) podem beneficiar os consumidores no longo prazo, v.g., se introduzirem-se produtos novos menos caros.*”³³

No entanto, em comparação com a atenção conferida à concorrência via preços, o projeto confere pouca ênfase à concorrência não por preços. Por exemplo, a discussão sobre redução de custos fixos é relegado a uma nota de rodapé, que também observa que, não obstante os benefícios advindos dessa redução possam ocorrer no longo prazo, “[o]s órgãos normalmente dão mais importância aos resultados de curto prazo”.³⁴ E, enquanto a proposta de Guia observa a possibilidade de ganhos de eficiência via

32 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission., nota 24 supra, p. 29.

33 *Idem, ibidem*, p. 30. Para saber mais sobre reduções em custos fixos, vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission, nota 2 supra. Nesse documento, discute-se a possibilidade das reduções de custos fixos beneficiarem os consumidores pela criação de incentivos à inovação.

34 Vide ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice e Federal Trade Commission., nota 24 supra, p. 30.

incremento na qualidade do produto, ela também indica que “os órgãos ponderam se os ganhos concebíveis provavelmente seriam suficientes para reverter o potencial dano da concentração sobre os consumidores no mercado relevante, v.g., por impedir aumentos de preços nesse mercado”.³⁵ O linguajar utilizado não parece indicar que se dá muito crédito aos efeitos não relacionados a preços, como os relacionados ao lançamento de produtos novos e melhores que possam beneficiar os consumidores, mesmo que não “evitem o aumento de preços”. Não conferir crédito a tais eficiências seria um equívoco infeliz, uma vez que a literatura econômica reconhece que a maior parte do ganho de bem-estar dos consumidores ao longo do tempo pode ser diretamente atribuída às inovações tecnológicas e aos novos produtos, incluindo, entre outros, novos medicamentos e tratamentos médicos, telefones celulares e a Internet.

Minha preocupação é que os tribunais ou os outros atores que fizerem uso do novo Guia passem a acreditar que a análise de ato de concentração deva conferir menor peso a fatores tais como: (i) benefícios trazidos aos consumidores que derivem da competição não por via de preço, incluindo a concorrência pela inovação e pelo lançamento de produtos novos ou melhores; e (ii) o custo fixo e outros ganhos de eficiência que estimulem essa concorrência. Preocupo-me em essencial com a possibilidade da proposta induzir os próprios órgãos antitruste ou mesmo os tribunais a impedirem fusões benéficas em indústrias caracterizadas por níveis elevados de investimento em P&D e intensa competição pela inovação (v.g., em indústrias de computação, de telecomunicação e farmacêutica, entre outros). Tais indústrias são muitas vezes caracterizadas por uma elevada margem bruta (isto é, os preços estão bem acima dos custos marginais), o que pode levar as fusões a serem analisadas de modo mais severo diante da disposição do projeto de Guia de que “as margens pré-concentração altas normalmente indicam que os produtos de cada empresa individualmente enfrentam demanda que não é altamente alterável quanto a preço”.³⁶ Para agravar o problema, os benefícios de tais atos de concentração frequentemente advêm de reduções em custos fixos e aumentos nos incentivos para investir em P&D e para introduzir novos produtos. A falha em contabilizar adequadamente os efeitos da operação sobre esses incentivos poderia levar os órgãos antitruste a pôr em cheque atos de concentração que fomentariam tal inovação e melhorariam o bem-estar do consumidor.

Para evitar decisões equivocadas em atos de concentração, dois pontos importantes deveriam ser incorporados ao projeto de Guia. Em primeiro lugar, em indústrias caracterizadas por níveis elevados de investimentos em P&D e por elevados custos fixos associados, bem como custos marginais relativamente baixos, as altas margens brutas de curto prazo (preço menos custo marginal) não devem ser presumidas como demonstração de falta de concorrência. Pelo contrário, pode sim haver intensa concorrência dinâmica pela inovação e pela introdução de produtos

35 *Idem, ibidem, loc. cit.*

36 *Idem, ibidem, p. 12.*

novos e melhores. Em segundo lugar, nessas indústrias, foco substancial deve ser posto nas reduções geradas pela operação em custos fixos, as quais reforçam os incentivos das empresas para investirem em P&D e, portanto, potencialmente geram produtos e serviços novos (ou de superior qualidade).

4. *A distinção entre “efeitos unilaterais” e “efeitos coordenados” no projeto de Guia é artificial e deveria ter ênfase reduzida.*

O projeto remete à distinção entre os efeitos unilaterais e coordenados do Guia atual³⁷. A proposta de Guia corretamente nota que “[e]m um dado caso, um ou ambos os tipos de efeitos podem estar presentes, e a distinção entre eles pode estar borrada”.³⁸ No entanto, a definição de dois tipos distintos de “efeitos” sugere incorretamente que há uma teoria econômica de oligopólio que sustenta potenciais efeitos unilaterais de uma operação sobre a concorrência e uma teoria separada que fundamenta os potenciais efeitos coordenados.

Na verdade, a distinção do projeto entre efeitos unilaterais e efeitos coordenados é artificial e fornece uma visão enganosa para operadores, tribunais e outros atores acerca da teoria econômica que dá sustento à análise de atos de concentração. Ambos os exames de efeitos unilaterais e de efeitos coordenados devem ser adequadamente compreendidos como variantes da teoria de oligopólio (que se baseia, por seu turno, na teoria dos jogos não-cooperativos), a qual fornece a base teórica geral para qualquer preocupação com os efeitos adversos potenciais das fusões sobre os consumidores. Os modelos de efeitos unilaterais são muitas vezes baseados em modelos de concorrência de Bertrand, os quais são estáticos, pois neles se assume que as empresas tomam decisões simultâneas sobre preços, de forma a reconhecer a interdependência dessas decisões sobre a demanda atual, mas de modo a ignorar os efeitos dinâmicos de tais decisões. As análises de efeitos coordenados, embora normalmente menos formais do que as análises dos efeitos unilaterais, via de regra se focam em fatores dinâmicos que afetam as interações das empresas ao longo do tempo.

Assim, uma distinção basilar entre o que a proposta de Guia chama de efeito “unilateral” e o que chama de efeito “coordenado” é a proporção em que tais se concentram em fatores estáticos ou dinâmicos. Como explicado na Seção II, esse parece ser um caso típico de uso da terminologia em detrimento da substância – os dois tipos de análises são devidamente considerados como aplicações da teoria de oligopólio tradicional. Não há qualquer razão para que um modelo estático de produtos diferenciados com base na concorrência segundo Bertrand não possa ser extrapolado para estimar uma concorrência dinâmica, caso em que seria parecido com o que

37 Em particular, quanto aos efeitos unilaterais, o Guia afirma que: “the elimination of competition between two firms that results from their merger may alone constitute a substantial lessening of competition.” Em: *Idem, ibidem*, p. 20.

No que se refere aos efeitos coordenados, o Guia pondera que: “a merger may diminish competition by enabling or encouraging post-merger coordinated interaction among firms.” Em: *Idem, ibidem*, p. 24.

38 *Idem, ibidem*, p. 2.

o Guia denomina de um modelo de efeitos coordenados. Naturalmente, as análises estáticas podem ser mais importantes do que as dinâmicas para a avaliação de alguns atos de concentração, mas isso não significa que os danos em potencial são devidamente considerados “unilaterais” em alguns atos e “coordenados” em outros. Minha preocupação, mais uma vez, é de que a sugestão de tais classificações provoque substanciais confusões, particularmente diante dos tribunais.

Como explicado na Seção II, há uma interpretação alternativa para a distinção entre efeito unilateral e efeito coordenado, a qual vale a pena destacar. É possível diferenciar uma situação em que a fusão só prejudica a concorrência pela redução do número de empresas concorrentes e outra situação em que prejudica a concorrência não só porque restam poucas empresas após a operação, mas também porque a forma como as empresas competem se altera. A título exemplificativo, a maneira como as empresas competem pode mudar após a fusão por motivos tais como uma maior transparência de informações a permitir um melhor acompanhamento dos preços de seus rivais. Distinguir entre uma simples mudança no número de empresas e uma alteração mais profunda na natureza da concorrência - e descrever como os órgãos antitruste irão avaliar cada possibilidade - seria útil, mas o projeto não contém qualquer disposição como a aqui exposta.

Apesar de sugerir que a proposta deva dar diminuta atenção à distinção entre efeitos unilateral e coordenado, isto não deve ser mal interpretado a ponto de permitir que órgãos investiguem ou ponham em cheque operações com fundamento em bases vagas ou não previamente conhecidas. Os órgãos deveriam delinear claramente o mecanismo para auferir o dano à concorrência que estão empregando, bem como identificar quais fatores estáticos e dinâmicos estão suscitando preocupações concorrenciais.

C. Pressão para Aumento de Preços (UPP)

Embora o projeto de Guia não se refira explicitamente ao método de “*Upward Pricing Pressure*” (“UPP”) para avaliar atos de concentração envolvendo produtos diferenciados, a Seção 6.1 (referente a efeitos unilateral) desse projeto usa a expressão “pressão para aumento de preços” (“*upward pricing pressure*”) e se refere a muitos dos conceitos desenvolvidos por Farrell e Shapiro em seu excelente trabalho sobre o método³⁹. Assim, parece altamente provável que a comunidade empresarial e os tribunais vão ver a discussão sobre efeitos unilaterais como implicitamente referida e talvez endossando a UPP como método para a análise de fusões que envolvam produtos diferenciados.

As minhas preocupações com as referências à UPP são duas. Primeiro, embora Farrell e Shapiro tenham feito um excelente trabalho ao discutir o uso adequado da UPP, incluindo as advertências relacionadas com

39 Vide FARRELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra.

a sua aplicação, tais advertências não aparecem no projeto e, portanto, não podem ser bem compreendidas pelos seus usuários. Examinarei algumas dessas advertências no restante desta seção. Em particular, a mensuração do “índice UPP” suscita importantes questões conceituais e práticas que podem ser difíceis de superar.⁴⁰ Ademais, mesmo que se pudesse medir adequadamente o índice UPP para cada produto envolvido em uma fusão, avaliar quais desses índices implicariam variações de preços suscita advertências que são discutidos no trabalho de Farrell e Shapiro, mas que poderiam escapar aos usuários do Guia. Por exemplo, devido a seu foco em um produto em singular, a UPP não incorporaria a possibilidade de que ganhos de eficiência de um único produto pudessem gerar preços de equilíbrio mais baixos para outros produtos envolvidos na operação.

Em segundo lugar, o uso de UPP como um filtro ainda não foi testado, e, até onde sei, não há análise empírica que tenha sido realizada para validar o seu valor preditivo na avaliação dos efeitos concorrenciais dos atos de concentração. Voltarei a falar sobre a necessidade de mais estudos empíricos para testar a UPP (assim como outros métodos de análise de concentração), na seção D, abaixo.

1. *O cálculo do Índice de UPP induz a importantes questões conceituais e práticas.*

A utilização da UPP exige o cálculo de um índice (aparentemente simples) para estimar a pressão de aumento que a concentração provoca sobre os preços dos produtos vendidos pelas empresas que se fundem. Em particular, considere o caso em que duas empresas de um único produto cada (Firma 1 e Firma 2) fundem-se. O índice de UPP para o produto vendido pela Firma 1 é definido como adiante segue⁴¹:

$$UPP_1 = D_{12} * [P_2 - C_2] - E_1 * C_1$$

onde P_2 é o preço do produto da Firma 2 (“Produto 2”); C_j é o custo marginal do Produto j ; E_1 é a variação percentual no custo marginal do Produto 1 provocada pela operação; e D_{12} é uma taxa de desvio (“*diversion ratio*”) igual à fração da perda das vendas do Produto 1 (devido a um aumento em P_1) que passam a ser capturadas pelo Produto 2. O valor de UPP_2 é definido de forma simétrica.

Apesar de sua fórmula simples, a medida adequada do índice UPP suscita tanto questões teóricas como práticas, as quais descreverei abaixo.

a. **Questões teóricas afetas à medição do índice de UPP**

40 O Autor esclarece que usa ao longo desta seção, para se referir à metodologia geral descrita no trabalho de Farrell e Shapiro, o termo “UPP” e, para aludir à fórmula matemática específica dessa metodologia, o termo “índice de UPP”.

41 O Prof. Carlton esclarece que a formulação foi extraída de SCHMALENSSE, Richard. Should New Merger Guidelines Give UPP Market Definition?, *GCP: The Antitrust Chronicle* release 1, dez. 2009.

Conforme explicado no trabalho de Farrell e Shapiro, a fórmula do índice UPP tem como origem a “*proposição clássica e estática de Bertrand do comportamento de duas empresas partes de uma fusão na fixação de preços*”.⁴² Na fixação estática de Bertrand, em condições gerais razoáveis, se os índices de UPP são positivos para todos os produtos vendidos pela Firma 1 e pela Firma 2 (que, na prática, podem vender substancialmente mais do que dois produtos), então o ato de concentração vai aumentar os preços de todos os produtos vendidos por cada empresa.

No entanto, o fato de a fórmula específico do índice de UPP depender do pressuposto de fixação de preços estático de Bertrand - no qual as empresas simultaneamente estabelecem preços tomando como base os preços umas das outras como fixos - suscita importantes questões teóricas em face da medição do índice de UPP. Em particular, pesquisas recentes têm demonstrado que, embora o conceito de UPP seja bastante geral, os detalhes de como a taxa de desvio deve ser calculada depende do modelo específico de oligopólio que realmente é aplicável à indústria.⁴³

Porque é difícil saber exatamente qual constitui o modelo de oligopólio mais adequado para uma dada indústria, difícil também é determinar a taxa de desvio correta a ser usada em uma fórmula geral. Tendo em vista que as implementações práticas confiam na taxa de desvio padrão (implícita no modelo estático de Bertrand), é importante que os usuários do Guia tenham em mente que, caso a indústria realmente não se adéque ao modelo estático de Bertrand, o resultado que indicar índices de UPP positivos para todos os produtos, implicando em aumento de preços de todos os produtos, não se sustentará⁴⁴.

Um exemplo onde as empresas não se comportam segundo o modelo estático de Bertrand (onde a concorrência via preços é a única forma de concorrência) pode ajudar a esclarecer este ponto. Suponha que as seguintes condições (similares às discutidas na Seção III.B.3) estejam presentes: Firma 1 e Firma 2 competem no lançamento de novos produtos; existem várias empresas concorrentes no setor; e uma fusão da Firma 1 com a Firma 2 reduzirá os custos com inovação. Nesse caso, o ato de concentração pode ser pró-competitivo, ainda que o índice de UPP seja elevado.

b. Questões práticas afetas à mensuração do índice de UPP

Em complemento a tais debates teóricos, o cálculo do índice de UPP pode suscitar uma série de questões práticas afetas à sua mensuração. A aplicação da UPP requer informações confiáveis específicas do produto no

42 Vide FARELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra, p. 15.

43 Veja WEYL, Glen, *The First-Order Approach to Merger Analysis* (trabalho ainda em elaboração), *Harvard University*, 2010. Disponível por meio de solicitação ao Autor.

44 O Autor acrescenta que a crítica não se aplica apenas à UPP, mas também, de modo mais geral, a modelos de simulação de concentração que confiam em um modelo específico de oligopólio, como o da concorrência estática de Bertrand. A crítica também destaca a necessidade de um trabalho empírico que avalie a precisão das estimativas obtidas com base na UPP. A proporção em que, na prática, os desvios de concorrência de Bertrand podem distorcer os resultados obtidos com o emprego da UPP (ou do modelo de simulação de concentração) só será descoberta após realização de testes substanciais.

que se refere às taxas de desvio entre os produtos, às margens brutas (preço menos custo marginal) e à redução de custos provocada pela operação.

A mensuração de cada um desses elementos pode ser complexa e levantar uma série de questões que possivelmente gerem conflitos entre os especialistas. Cada uma dessas questões de medição pode ser de fato mais complicada do que os problemas que normalmente surgem nas análises de definição de mercado relevante e de concentração de mercado. No restante desta seção, cada uma dessas dificuldades serão descritas.

i. DIFICULDADES NA MENSURAÇÃO DAS TAXAS DE DESVIO

Apesar de uma taxa de desvio ser fácil de explicar, seria enganoso acreditar que essa facilidade se traduz também em uma facilidade de mensuração. Na realidade, para calcular uma taxa de desvio, deve-se implicitamente estimar tanto a elasticidade-preço da demanda própria do produto, como a elasticidade-preço da demanda cruzada. Apesar de tais cálculos serem bastante comuns, a estimativa de curvas de demanda não é nem fácil, tampouco algo livre da probabilidade de suscitar controvérsias.

ii. DIFICULDADES NA MENSURAÇÃO DAS MARGENS

Da mesma forma, embora seja fácil apresentar os valores marginais como a diferença entre o preço e o custo marginal, seria ilusório pensar que a facilidade de descrição se traduz também em uma facilidade de medição. Em particular, a margem relevante envolve custo marginal, não custo variável médio. Muitas vezes, é difícil calcular o custo marginal, pois os dados de contabilidade padrão não o fazem. Se alguém usa o custo variável médio como uma aproximação do custo marginal, então corre o risco de superestimar as margens (e o poder de mercado), com a consequência de que o índice de UPP irá superestimar o incentivo para que se aumentem os preços pós-concentração, eis que o custo variável médio situa-se muitas vezes abaixo do custo marginal.⁴⁵ Além disso, como discutido acima (na Seção III.B.3), as margens altas podem ser coerentes com a concorrência dinâmica que envolve inovação, e esse tipo de concorrência é ignorado pela metodologia da UPP.

iii. DIFICULDADES NO CÁLCULO DA REDUÇÃO DE CUSTOS

Finalmente, mesmo que a redução de custos provocada por uma fusão possa ser fácil de descrever em termos gerais, ela pode ser difícil de quantificar. Apesar dessa dificuldade, não se podem ignorar os ganhos de

45 Por exemplo, em equilíbrio de longo prazo e em mercado de concorrência perfeita com firmas homogêneas, o preço iguala o custo marginal, o qual se iguala ao custo total médio e, logo, é superior ao custo variável médio. Veja CARLTON, Dennis W. e PERLOFF, Jeffrey M. *Modern Industrial Organization*. 4. ed. New York: HarperCollins, 2005, p. 63.

eficiência quando se calcula o índice UPP, pois, na ausência desses ganhos, a UPP indicará que todas as fusões entre empresas que comercializam produtos diferenciados irão levar a aumentos de preços. O artigo de Farrell e Shapiro reconhece essa questão e, para lidar com ela, sugere o uso de uma “dedução *standard*” para dar conta do “*default* de eficiências”, de modo que a UPP não induzisse à investigação de todas as fusões, sim apenas se limitasse a identificar operações que gerassem aumentos de preços significativos.⁴⁶ No entanto, a proposta de Guia silencia sobre qualquer tipo de “dedução *standard*” ou “*default* de eficiências” adquiridas, portanto não está claro como os órgãos antitruste irão incorporar ganhos de eficiência na avaliação de atos de concentração submetidos à sua análise, em especial nos casos frequentes em que os ganhos de eficiência são difíceis de serem quantificar com precisão.

2. *Mesmo que o índice de UPP possa ser medido corretamente, o índice pode ser de pouca valia na previsão de prováveis efeitos de um ato de concentração sobre o preço.*

Embora estático, o modelo de concorrência de Bertrand fornece uma descrição razoável do comportamento oligopolístico em um dado setor, e as questões práticas afetas ao cálculo do índice de UPP poderiam vir a ser superadas. Mesmo assim, a UPP ainda teria reduzido valor predicativo em face de prováveis efeitos de uma concentração sobre os preços. Em especial, existem muitos casos em que a UPP nem sequer produz diagnóstico claro sobre o *sinal* (i.e., positivo ou negativo) dos prováveis efeitos de uma concentração sobre os preços. E mesmo nos casos em que a UPP produz uma estimativa clara a respeito da direção dos efeitos, o resultado é de valor limitado para predizer a *magnitude* dos efeitos sobre preços.

- a. **Em muitos casos, a UPP não produz previsão clara sobre o sinal do efeito de uma concentração sobre os preços.**

Farrell e Shapiro (tendo como ponto de partida o princípio estático da concorrência de Bertrand) mostram que, se os índices de UPP para todos os produtos considerados são positivos, então o ato de concentração vai aumentar o preço de todos os produtos. Observe que esse resultado não fornece orientações sobre o caso em que os índices de UPP para alguns dos produtos envolvidos em uma fusão são positivos, enquanto para os outros produtos são negativos. Se os índices para vários produtos têm sinais diferentes, então a UPP produz um resultado indeterminado. A fim de fazer inferências sobre o efeito da operação sobre preços em tais casos, deve-se dar o passo adicional de empregar um modelo de simulação para estimar variações de preço pós-concentração. Tal tarefa exige, entre outras coisas, pressuposições específicas sobre a curva de demanda de cada produto.

46 Vide FARRELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra, p. 10.

Em seu trabalho, Farrell e Shapiro propõem uma solução para o aludido caso indeterminado, sugerindo que “*um resultado positivo para qualquer produto (significativo) deve ser suficiente para desencadear uma análise mais aprofundada*”.⁴⁷ Não está claro para mim por que o padrão é adequado quando a UPP não fornece nenhuma previsão clara nesse caso.

Para ilustrar, a Tabela 1 considera uma hipotética fusão entre duas empresas com um único produto cada (Firma 1 e Firma 2), em um setor composto por quatro empresas simétricas, igualmente com um único produto cada. No exemplo, a Firma 1 e a Firma 2 se fundem e, em seguida, na falta de ganhos de eficiência do custo marginal, o índice de UPP para cada empresa é igual a \$ 6,25.⁴⁸ A Tabela 1 apresenta três variações sobre esse exemplo, em que a eficiência de custo marginal para o Produto 1 fruto da fusão é de \$ 5, enquanto que os ganhos de eficiência de custo marginal para o Produto 2 são de \$ 8 (caso A), \$ 10 (caso B) ou \$ 15 (caso C). Assim, em cada um desses casos, o índice de UPP é positivo para o Produto 1 e negativo para o Produto 2, o que significa que, em cada cenário, os efeitos sobre preços da concentração são indeterminados com o uso da metodologia de UPP.

A Tabela 1 mostra os efeitos sobre preço reais de uma fusão sob essas condições. Como visto na Tabela, os resultados são bastante diferentes entre os casos, com aumentos de preços para o Produto 1 (1,76%) e do Produto 2 (0,26%) no caso A, mas com declínios de preço para o Produto 2 no caso B (-0,79%) e no caso C (-3,42%). Dado que a produção pré-operação dá-se em mesmas quantidades, um padrão razoável da operação poderia ser a aprovação de fusões se e somente se a variação média de preços fosse negativa, hipótese em que a fusão deve ser aprovada para o caso C, mas não para as operações no caso A e no caso B. Independentemente de como as variações de preços são valoradas umas em relações às outras, a Tabela 1 demonstra que a UPP não faz nenhuma previsão clara sobre o sinal do efeito de uma concentração sobre os preços na hipótese em que os índices de UPP são positivos para alguns produtos e negativos para os outros. Uma simulação de ato de concentração completa (ou alguma outra fonte de evidência) seria necessária.

TABELA 1: ÍNDICES DE UPP E VARIAÇÕES GLOBAIS DE PREÇO

case	UPP Index (No Efficiencies)	Efficiencies		UPP Index (With Efficiencies)		Price Change	
		Firm 1	Firm 2	Firm 1	Firm 1	Firm 1	Firm 2
A	Firm 1 & 2 \$6.25	Firm 1 \$5	Firm 2 \$8	Firm 1 \$1.25	Firm 1 (\$1.75)	Firm 1 21.76%	Firm 2 0.26%

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 27.

⁴⁸ Os detalhes do exemplo estão expostos como adiante segue. A curva de demanda da Firma 1 apresenta a fórmula linear $Q1=50-P1+0.25*P2+0.25*P3+0.25*P4$, onde “Q1” é a quantidade produzida pela Firma 1, e “P1”, “P2”, “P3” e “P4” são os preços da firma para quatro produtos, respectivamente. A curva de demanda da outra firma é simétrica à da Firma 1. O custo marginal de cada firma é \$75. Assume-se a concorrência estática como a de Bertrand. Assim, em um equilíbrio pré-operação, as condições são as seguintes: cada produto tem um preço de \$100, cada firma vende a quantidade de 25 unidades, a elasticidade-preço de cada produto é igual a -4 e a elasticidade-preço cruzada entre todos os produtos é igual a 1.

case	UPP Index (No Efficiencies)	Efficiencies		UPP Index (With Efficiencies)		Price Change	
B	\$6.25	\$5	\$10	\$1.25	(\$3.75)	1.71%	-0,79%
C	\$6.25	\$5	15	\$1.25	(\$8.75)	1.57%	-3.42%

b. A metodologia de UPP é de valor limitado para estimar a magnitude do efeito de uma concentração sobre os preços.

Farrell e Shapiro reconhecem que a UPP é de valor limitado para prever a *magnitude* do efeito de uma concentração sobre os preços. Entretanto, essa limitação importante da análise de UPP pode não ser clara para os tribunais ou outros usuários do Guia, que podem assumir que maiores índices de UPP significam necessariamente maiores aumentos de preço esperados. Esta seção ilustra duas limitações de UPP em estimar o tamanho dos efeitos de uma concentração sobre os preços: (i) devido às diferenças de “taxas de repasse” (“*pass-through rates*”) (a taxa na qual as variações de custos são repassados para os preços), duas concentrações diferentes podem ter o mesmo índice de UPP e produzir efeitos sobre os preços significativamente diferentes; e, (ii) devido a seu foco em um único produto, a UPP não considera os “efeitos de retorno” (“*feedback effects*”) que resultam do efeito simultâneo de uma concentração sobre os preços de vários produtos, incluindo o efeito de ganhos de eficiência de custo de um produto sobre os preços de outros produtos.

i. EFEITO DE DIFERENTES TAXAS DE REPASSE (“PASS-THROUGH”)

Devido às diferenças em taxas de repasse, duas concentrações diferentes podem ter os mesmos índices de UPP e ainda assim produzir efeitos significativamente diferentes sobre preços. Para entender por que diferentes taxas de repasse têm relevância para o efeito de uma concentração sobre preços, considere o índice de UPP_1 , conforme acima definido. Uma interpretação desse índice é que, se considerar-se o preço do Produto 2 como fixo, então o efeito da concentração sobre o preço do Produto 1 é idêntico em tamanho ao efeito de um aumento dos custos de UPP_1 sobre o Produto 1.⁴⁹ Apesar de ser uma visão útil, esta interpretação também demonstra que o efeito da concentração sobre o preço do Produto 1 depende da taxa em que tais variações de custos são repassados aos preços,

49 Veja FROEB, Luke Froeb, TSCHANTZ, Steven e WERDEN, Gregory J. Pass-Through Rates and the Price Effects of Mergers, *International Journal of Industrial Organization*, v. 23, n. 703, 2005; assim como Vide FARELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra.

o que pode variar muito entre os setores, em decorrência, por exemplo, das assimetrias no formato das curvas de demanda em diferentes setores⁵⁰.

A Tabela 2 apresenta os resultados da simulação de fusão para demonstrar a potencial importância das distintas taxas de repasse em diferentes setores (distinção devida a assimetrias no formato da curva de demanda) sobre os efeitos reais em preços das concentrações. Em particular, a Tabela demonstra os resultados em dois casos, onde o caso A utiliza a mesma configuração utilizada para a Tabela 1 (incluindo curvas de demanda lineares), enquanto o caso B troca a curva de demanda linear pela curva da demanda “PCAIDS”⁵¹, a qual é calibrado para conferir o mesmo equilíbrio pré-fusão do caso A⁵². Para simplificar, assume-se não haver ganhos de eficiências de custo marginal advindos da operação, o que, com base nos parâmetros utilizados no exemplo, significa que o índice de UPP para cada empresa parte da concentração é igual a \$ 6,25 tanto no caso A como no caso B.

A Tabela 2 apresenta os resultados dessa simulação, o que demonstra que, dadas as diferentes curvas de demanda e, portanto, as diferentes taxas de repasse, as duas fusões com os mesmos índices de UPP podem gerar efeitos sobre os preços substancialmente diferentes.⁵³ Em particular, apesar de o índice de UPP ser o mesmo para as duas curvas da demanda (\$ 6,25), o aumento de preço provocado pelo ato de concentração é substancialmente maior quando a curva da demanda tem a forma funcional de PCAIDS (8,43%) do que quando tem a forma linear (4.61%).⁵⁴

50 O fato de que curvas de demanda distintas podem levar a previsões de variações substanciais de preço já é bem conhecido e foi previamente documentada com referência a simulações de atos de concentração. Veja, por exemplo, CROOKE, Philip, FROEB, Luke, TSCHANTZ, Steven e WERDEN, Gregory J. Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria, *Review of Industrial Organization*, v. 15, n. 205, 1999.

51 O sistema de demanda PCAIDS, uma variante do “Almost Ideal Demand System” (AIDS), foi proposto para uso em simulações de fusão por EPSTEIN, Roy e RUBINFELD, Daniel. Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications, *Antitrust Law Journal*, v. 6, n. 883, 2001.

52 Para o Caso A, a curva de demanda linear para cada firma é a mesma que a especificada na Tabela 1 (vide nota 48 supra). Para o Caso B, a curva de demanda PCAIDS para a Firma 1 é dada pela fórmula: $S1=0.25-0.75*\ln(P1)+0.25*\ln(P2)+0.25*\ln(P3)+0.25*\ln(P4)$, com a curva de demanda de todas as firmas simétricas ao da Firma 1. Tanto para o Caso A como para o Caso B, o custo marginal para cada firma é \$75. Assume-se, novamente, a concorrência estática como a do modelo de Bertrand. Assim, em um equilíbrio pré-operação para os casos A e B, as condições são as seguintes: cada produto tem preço de \$100, cada firma vende a quantidade de 25 unidades, a elasticidade-preço da demanda cada produto é igual a -4 e a elasticidade-preço da demanda cruzada entre todos os produtos é igual a 1.

53 O Autor enfatiza que, como discutido acima, o índice de UPP do Produto 1 é exatamente o mesmo que de uma alteração no custo somente quando os preços de outros produtos são mantidos fixos, de modo que não há efeitos de retorno. No entanto, para se conformar com os métodos de simulação padrão de concentração, os resultados da Tabela 2 permitem que os preços de todos os produtos se alterem. As conclusões de Carlton não seriam, assim, afetadas, ainda que se modelasse um caso em que apenas o preço do Produto 1 pudesse se alterar, com os preços de todos os outros produtos fixados nos seus níveis pré-operação, de forma a eliminar os efeitos de retorno.

54 Carlton atenta que o resultado implica ser inteiramente possível que haja situações em que o índice de UPP seja maior para uma potencial operação A do que para potencial operação B, embora a variação de preços prevista (usando a simulação de operação) seja maior para a potencial operação B. Esse resultado não exige que as operações em análise ocorram em diferentes indústrias com curvas de demanda diferentes. Por exemplo, mesmo que se restrinja o foco para um tipo específico de curva de demanda (v.g., PCAIDS), diferentes combinações de elasticidades-preço da demanda própria do produto e da demanda cruzada podem gerar o mesmo valor para o índice da UPP, mas resultar em diferentes estimativas de variações de preços para o período seguinte à operação. Ouvir

Tabela 2: UPP e Estimativa de Alteração de Preços da Simulação de Fusão

Model	UPP Index for Firm 1	Price Increase for Firm 1 from Merger Simulation
Case A: Demand is Linear	\$6.25	4.61%
Case B: Demand is PC AIDS	\$6.25	8.43%

ii. EFEITOS DE RETORNO (“FEEDBACK”)

Em seu estudo, Farrell e Shapiro reconhecem que, embora a UPP olhe para os efeitos dos preços de cada produto isoladamente (mantendo o preço de todos os outros produtos em seus níveis pré-concentração), os efeitos reais dos preços dependem do retorno (“*feedback*”) das variações de preços entre vários produtos. Em particular, os autores discutem o efeito da eficiência do custo marginal de um produto sobre os preços de outros produtos envolvidos na operação, observando que a UPP “*não leva em conta o fato de que qualquer redução de custos no Produto 2 irá aumentar a margem do Produto 2 e, portanto, aumentar o valor das vendas de produtos desviadas para o Produto 2 quando o preço de Produto 1 sobe*”.⁵⁵ A implicação que eles extraem desse efeito de “*feedback*” faz o uso da UPP ser conservador⁵⁶. Como demonstrarei aqui, esse não precisa ser o caso.

Há um efeito importante de ganhos de eficiência marginal do Produto 2 no preço do Produto 2, que por sua vez possui um efeito de retorno sobre o preço do Produto 1. Em particular, na medida em que os ganhos de eficiência gerados pela operação reduzam o custo marginal do Produto 2, tender-se-á a *reduzir* o preço do Produto 2, que por sua vez porá *pressão para queda* (“*downward pressure*”) no preço do Produto 1. Esse efeito é completamente ignorado pela abordagem da UPP.

A Tabela 3 apresenta os resultados de simulação que demonstram esses efeitos de retorno. Usando a mesma configuração básica da Tabela 2

Ler foneticamente
 Dicionário -
 Traduza qualquer site
 -França
 Alemanha
 -França
 -Estados Unidos
 -Alemanha
 -Japão
 -França
 -China
 -Alemanha
 -Espanha
 -Dinamarca
 -polonês

55 Vide FARELL, Joseph e SHAPIRO, Carl, nota 8 supra, p. 12.

56 *Idem, ibidem*, pp. 13-14.

para o caso B (incluindo curvas de demanda PCAIDS), a Tabela demonstra variações no preço de equilíbrio do Produto 1 dadas diferentes magnitudes de ganhos de eficiência em custo para o Produto 2.⁵⁷ Também demonstra “índices modificados de UPP” (*“Modified UPP indexes”*), os quais constituem os mesmos índices dos de UPP padrão, exceto pelo fato de que, nos “modificados”, o custo marginal menor e pós-concentração é utilizado para o Produto 2, ao invés do custo marginal pré-concentração do mesmo produto.⁵⁸

Dois pontos ficam claros com os resultados inseridos da Tabela 3. Em primeiro lugar, uma maior eficiência no Produto 2 compensa (ao menos parcialmente) qualquer efeito positivo gerado pela operação no preço do Produto 1. Uma redução de 20% no custo marginal do Produto 2 é suficiente para eliminar o incremento de preços no Produto 1, enquanto a redução de 25% no custo marginal do Produto 2 leva a um declínio de 0,51% no preço do Produto 1. Em segundo lugar, o índice de UPP não capta esse efeito. O índice de UPP padrão (no qual nenhuma eficiência é repassada ao custo do Produto 2) é de \$ 6,25 em todos os casos. O índice de UPP modificado, que incorpora o menor custo marginal para o Produto 2, porém não o efeito desse custo marginal mais baixo sobre o preço do Produto 2, na verdade induz ao resultado contra-intuitivo e enganoso de que o índice de UPP cresce mais do que o custo do Produto 2 cai, chegando a \$ 10,94, com um ganho de eficiência de 25% no Produto 2.

Tabela 3: Índice de UPP e Ganhos de eficiência no Produto 2

Firm 2 Marginal Cost Efficiency	Firm 1 “Modified UPP Index”	Firm 1 Price Change
0%	\$6.25	1.54%
5%	\$7.19	1.22%
10%	\$8.13	0.86%
15%	\$9.06	0.46%
20%	\$10,00	0.00%
25%	\$10.94	-0.51%

Os resultados da Tabela 3 demonstram que, na presença de ganhos de eficiência significativos, a UPP pode substancialmente superestimar um potencial efeito da concentração sobre os preços. Para aumentar a importância deste ponto, tem-se o fato de que tais efeitos de “*feedback*” são mais fortes quando os produtos são substitutos próximos (“*close*

57 O Autor ressalva que a única mudança existente no caso B da Tabela 2 é que tal assume que, devido a ganhos de eficiência resultantes da operação, o custo marginal do Produto 1 cai em 10%.

58 Carlton menciona que alguns pesquisadores vêm sugerindo a incorporação dessa modificação na UPP como modo de incluir o efeito de ganho de eficiência cruzado entre os produtos. Vide SCHMALENSSE, Richard, nota 41 *supra*, p. 2.

substitutes”), que é precisamente a situação na qual a criteriosa análise de atos de concentração é mais crítica. Isso significa que, conquanto o uso de UPP possa fornecer um pedaço de informação útil sobre os potenciais efeitos de uma concentração sobre preços, os resultados devem ser interpretados com grande cautela, particularmente quando importantes ganhos de eficiência no custo marginal estão presentes em muitos produtos.

D. Necessidade de estudo retrospectivo dos efeitos das operações sobre preços

Em que pese a proposta de Guia discutir vários métodos que podem ser usados para prever os efeitos sobre os preços da operação sob análise, não se indicam quais métodos são (ou não) respaldados por estudos empíricos. Para muitos dos métodos discutidos no projeto, desconheço existirem muitas (se é que existe de fato alguma) evidências empíricas que possam validar os seu poder preditivo. Como resultado, a validação empírica desses métodos persiste como importante área de pesquisa, e o Guia deveria indicar claramente que investigações sobre os métodos estão em curso, bem como que novos resultados podem levar a alterações ou esclarecimentos no que se refere às orientações do Guia.

Os poucos estudos acadêmicos que têm examinado os métodos de análise de ato de concentração empregados pelos órgãos (e pelos economistas em geral) concluem que tais fornecem previsões imprecisas sobre os preços pós-concentração, pelo menos em alguns casos. Por exemplo, Peters (2006) usa os dados de cinco operações envolvendo companhias aéreas durante o período 1986-1987 para estimar as mudanças no preço pós-fusão, usando técnicas de simulação convencional de atos de concentração e, em seguida, comparando essas estimativas com as variações de preço de fato ocorridas⁵⁹. Tal Autor conclui que, em alguns casos, os métodos de simulação padrão de fusão não fornecem uma previsão exata para a evolução dos preços pós-fusão. No seu lugar, pondera que o que denomina de “efeitos sobre a oferta” (“*supply-side effects*”) – que incluem a possibilidade de que as principais hipóteses do modelo, como a estática, do modelo de concorrência de Bertrand, estão incorretas – pode, em alguns casos, fazer com que os preços de fato praticados pós-fusão se diferenciem substancialmente dos previstos por meio das simulações de pré-fusão⁶⁰.

Ao avaliar os achados de Peters, observe que a UPP é efetivamente uma versão simplificada da própria simulação de fusão. Como tal, as conclusões de Peters ilustram um terreno pantanoso – mais estudos devem ser desenvolvidos antes que se considere a UPP, ou qualquer outro eventual método de análise de atos de concentração, como uma metodologia

59 Vide PETERS, Craig, nota 26 supra.

60 Como parte de sua análise, Peters também estuda o método simplificado de prever o preço pós-concentração com base na relação histórica entre preços e concentração do mercado. Como aponta Carlton, Peters curiosamente descobre que, em muitos casos, esse método simples produz resultados que são bastante semelhantes aos métodos de simulação mais sofisticada de concentração. Em: *Idem, ibidem*, p. 646.

consistente e confiável para identificar concentrações potencialmente lesivas à concorrência. Como é provável que os tomadores de decisão irão conferir especial atenção aos métodos especificamente mencionadas no Guia, pondero ser preferível que o Guia não inclua métodos especiais (bem como exclua outros), principalmente quando a confiabilidade dos métodos a serem acrescidos, comparados a outros métodos que podem ser empregados, não foi testada.

Ainda que bastante útil, o estudo de Peters é apenas um exemplo do tipo de pesquisa necessária para avaliar a eficácia das ferramentas descritas no projeto para análise de atos de concentrações. No caso, Peters examina algumas técnicas de simulação de fusão específicas; na prática, os órgãos de defesa da concorrência podem utilizar qualquer uma das inúmeras ferramentas descritas no projeto de Guia. O que é necessário – e que os órgãos estão em uma posição excepcionalmente privilegiada para fornecer – é um estudo sistemático quanto à precisão das estimativas realizadas com base nos diferentes métodos. Para cada ato de concentração que os órgãos examinaram com profundidade [por exemplo, os atos frente aos quais foi feito um segundo requerimento (“*second request*”)], devem registrar quais as ferramentas analíticas empregadas e quais previsões foram extraídas de cada ferramenta. Então, para aqueles atos de concentração consumados, os órgãos antitruste necessitam realizar análises comparando os resultados do mercado no mundo real com as mencionadas estimativas prévias. Somente dessa maneira – combinando-se cada registro com a ferramenta usada e as estimativas extraídas do emprego dessa ferramenta –, pode-se de forma sistemática coletar evidências sobre a eficácia de vários métodos utilizados na análise de atos de concentração⁶¹.

E. Conclusão sobre o projeto de novo Guia

A proposta de novo Guia de análise de concentração horizontal é um excelente trabalho de descrição de como os órgãos antitruste analisam as fusões. Na minha experiência, quando os órgãos analisam atos de concentração, eles são geralmente cautelosos em reconhecer as limitações inerentes a cada um dos métodos de averiguação. Minha preocupação primeira em relação ao projeto é que as limitações dos métodos não estejam suficientemente explicitadas, de forma a evitar confusões entre usuários que confiam no Guia, incluindo os tribunais, os órgãos antitruste estrangeiros e a comunidade empresarial.

Na Seção III, abordei seis limitações específicas para o uso adequado da proposta de novo Guia. Primeiro, enquanto o projeto corrige os valores de corte do índice HHI para refletir a prática atual dos órgãos de defesa da

61 Para uma completa discussão sobre essa linha de pesquisa, vide CARLTON, Dennis, note 9 supra. Como descrito em seu trabalho, tais estudos retrospectivos seriam necessários para controlar as alterações pós-concentração nas condições da indústria, bem como o “viés de seleção” (“*selection bias*”) induzido pelo fato de que somente as concentrações consumadas podem ser estudadas. Conforme acrescenta, há técnicas econométricas padrões para efetuar esses controles.

concorrência, até onde eu sei ainda não existem evidências empíricas que estabelecem uma relação entre tais pontos de corte e os prováveis efeitos de uma concentração sobre os preços. Segundo, qualquer sugestão de que os tribunais devem abandonar o uso da definição de mercado em casos de fusão análise não é prudente. Terceiro, ainda que o texto do projeto refira a possibilidade de a concorrência se dar por outras vias que não via preços, preocupo-me que essa concorrência (e as eficiências que podem incentivar sua geração) continue demasiadamente subenfatizada. Quarto, a distinção entre os efeitos unilateral e coordenado na proposta de Guia permanece artificial, já que não há de fato duas distintas teorias econômicas sobre oligopólio por detrás dos dois efeitos. Uma distinção mais natural seria salientar a importância relativa de elementos concorrenciais estáticos e dinâmicos e reconhecer que ambos podem ser importantes em qualquer dado setor. Quinto, se o propósito do Guia, ao mencionar os efeitos unilaterais, é tratar da UPP, deve-se também observar as limitações da metodologia, incluindo o fato de que tal não é projetada para predizer a magnitude do efeito de uma concentração sobre os preços e pode levar a previsões particularmente pobres quando produtos múltiplos e próximos substitutos têm ganhos de eficiência como resultado da operação. Finalmente, ainda são raras as pesquisas empíricas para apoiar a precisão de alguns dos métodos descritos no projeto, empregados para estimar os potenciais efeitos da operação sobre preços. Reforçar a sustentação empírica dos métodos por meio de pesquisas e então, com base nas conclusões dessas pesquisas, empreender melhorias nos métodos, deveria ser tema de alta e permanente prioridade dos órgãos antitruste.

A ANÁLISE REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Diogo Thomson Andrade

RESUMO: O estudo *analisa* a dinâmica da *análise* regulatória e concorrencial de atos de concentração econômica no setor de telecomunicações, considerando tanto o arcabouço normativo que circunda o tema, como a forma como é realizada na prática pela ANATEL e pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O escopo do trabalho traz, como pano de fundo, a relação entre Regulação e Concorrência e as discussões que dela emergem, apontando para a necessidade de uma maior interação entre os órgãos reguladores e o SBDC, com vistas a um atendimento mais eficiente tanto das preocupações oriundas do marco regulatório como da legislação concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Concorrência. Atos de Concentração. Telecomunicações. ANATEL. SBDC. SEAE. CADE. Anuência Prévia. Interação.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, embora se direcione especificamente aos atos de concentração econômica no setor de telecomunicações, encampa uma análise que vai além desse específico segmento da regulação.

Ao tratar da interação entre regulação e concorrência e o modo em que se dá a interface entre as agências reguladoras e o CADE em seus respectivos campos de análise, o trabalho aprofunda um tema que é reiteradamente alvo de debate acadêmico e prático, sobre o papel da concorrência nos setores regulados e sobre o alcance da regulação e o fomento da competitividade em cada segmento econômico.

2 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

A referência ao setor de telecomunicações é talvez a que mais ilustre o escopo da relação entre concorrência e regulação porque, diferentemente dos demais setores regulados, foi alvo de uma exaustiva atividade legislativa e normativa, tanto no que tange ao marco regulatório, como com relação à competição no setor. Ademais, não se pode negar o interesse estratégico do setor para o desenvolvimento econômico do país, bem como o impacto das fusões, aquisições, incorporações e cisões neste segmento no que se refere não só a concorrência, mas, em última análise, ao usuário final do serviço.

O setor de telecomunicações no Brasil é atualmente resultado de um progressivo programa de privatização e de concessões que evoluiu dos antigos monopólios de infra-estrutura relacionado às redes de *par de cobre*¹ para um modelo de regulação, com competição, incrementado pelo advento de novas tecnologias e plataformas para prestação dos serviços de transmissão de dados e voz.

Assim, o modelo brasileiro é caracterizado pelo estabelecimento de um marco regulatório para o setor, o qual possui como objetivo, ao mesmo tempo, *garantir acesso amplo e universal às telecomunicações, em condições adequadas, estimulando a expansão do uso de redes e serviços em benefício do interesse público, mediante o fortalecimento do papel regulador do Estado* (ex vi dos incisos I, II, IV e V do art. 2º da Lei 9.472/97 – LGT) e, de outro lado, *adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários* (inciso III, art. 2º,

1 A expressão refere-se ao enlace físico que une os pontos de terminação de rede com a rede de um operador de telecomunicações. O nome surge porque o enlace é formado por dois fios de cobre trançados, destinados, originalmente, à transmissão das ligações de telefone fixo comutado, mas que também pode transmitir dados.

LGT) além de *criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico, em ambiente competitivo* (inciso V, art. 2º, LGT).

Diante deste cenário, verificou-se, ao longo dos últimos anos, um movimento natural em direção à concentração econômica entre os diversos grupos empresariais detentores de concessões, autorizações e permissões no setor de telecomunicações tanto com relação à infra-estrutura de redes como com relação à prestação dos diversos serviços regulados do setor, bem como aqueles de valor adicionado, caracterizados pela ausência de regulação e livre competição entre as empresas.

Aliás, nota-se que seguindo uma tendência de convergência na prestação dos diversos serviços de telecomunicações, os grupos empresariais que atuam no setor, no Brasil, optaram por um movimento caracterizado pela integração entre plataformas de rede de tecnologia diferentes.

Assim, a convergência “tecnológica” no Brasil tem sido realizada não tanto pelo investimento em infra-estrutura de determinado tipo de plataforma de rede capaz de prestar os diversos serviços de telecomunicações, e mais pela aquisição de um “portfólio” de redes complementares e substitutas, de diferentes tecnologias, de forma que um mesmo grupo de empresas possa ofertar os diversos serviços por meio de diversas redes diferentes.

Obviamente que o cenário acima relatado não era totalmente imprevisível quando da adoção do modelo regulatório, ao contrário, era uma situação ao menos esperada, ainda que não da forma como se desenvolveu. Nesse sentido, inclusive, acompanhando o movimento acima descrito, o próprio marco regulatório sofreu algumas alterações, procurando adequar-se à realidade sem deixar de cumprir às finalidades da regulação econômica do setor, quais sejam, aquelas previstas no art. 2º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) como dever do Estado, entre elas, a garantia de promover a competitividade na prestação de serviços, na realização de novos investimentos e no desenvolvimento tecnológico do setor.

Assim, como não poderia deixar de ser, os atos de concentração econômica no setor de telecomunicações não passam ao largo das disposições regulatórias. Da mesma forma, sendo a preservação do ambiente competitivo um dos objetivos do marco regulatório do setor e estando todo e qualquer ato de concentração econômica que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, submetido ao controle da legislação antitruste, não se poderia também passar ao largo da legislação antitruste nos atos de concentração que envolvam o setor de telecomunicações.

Frise-se que o próprio desenho regulatório foi criado para que haja concorrência no setor e, portanto, deve-se cuidar para que esta concorrência seja exercida de forma hígida e legal.

Neste sentido, os atos de concentração neste setor submetem-se, ao mesmo tempo, ao crivo regulatório da ANATEL, órgão regulador do setor, bem como ao crivo da análise antitruste realizada pelas autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que têm no CADE sua autoridade máxima².

Este duplo crivo a que são submetidos os atos de concentração no setor de telecomunicações, o qual se repete em todos os setores regulados, conduz a uma natural necessidade de interação entre regulação econômica e defesa da concorrência, a qual vem sendo construída pelos órgãos envolvidos e frequentemente é estimulada pela disciplina normativa de cada setor.

No caso das telecomunicações, especificamente, tal necessidade de interação se acentua, notadamente, por dois motivos principais: (i) a competição é um dos objetivos da regulação; (ii) o próprio arcabouço normativo que disciplina a análise regulatória estabelece o diálogo com o arcabouço normativo concorrencial.

Com efeito, quando se refere à regulação no setor, a LGT estabelece nos seus arts. 6º, 7º e 19, o regime competitivo tanto na prestação como na organização e regulação das telecomunicações, constituindo como dever do Poder Público combater a concorrência imperfeita, reprimir infrações à ordem econômica e o respeito e subsunção às normas gerais de proteção à ordem econômica, inclusive ao controle exercido pelo CADE³.

2 Cf. Art. 3º e, 54, da Lei 8.884/94.

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

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto na nesta Lei.

§1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviços de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Art. 19 – À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:(...)

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Ademais, a idéia de estabelecer, no marco regulatório do setor de comunicações, a exigência de competitividade, não é estranha tendo em vista a experiência internacional do setor. Assim como no Brasil, o desenvolvimento das telecomunicações no mundo inteiro se deu mediante a transposição de um modelo de monopólio natural dos detentores das redes de par de cobre para um modelo de regulação competitiva, que cuida de estabelecer tanto as regras de uso e neutralidade das *essential facilities* envolvidas na infra-estrutura de telecomunicações como regras que permitam e estimulam novos investimentos e, sobretudo, expansão e competição entre os prestadores de serviço. Assim a própria LGT cuidou de estabelecer, como, por exemplo, a norma disposta no seu art. 155⁴:

Ressalte-se que a principal consequência de se estabelecer, para determinado mercado regulado, a finalidade de garantir competitividade entre as empresas atuantes nesse mercado, faz com que, necessariamente, nestes mercados, ganhe relevo o papel e a aplicação da legislação e do controle antitruste no setor regulado.

Este papel, segundo Herbert Hovenkamp⁵, deve atender, em maior ou menor medida, conforme mais ou menos rígido seja a regulação os seguintes objetivos: assegurar que o regime regulatório adotado atinja os objetivos econômicos, contribuindo para uma melhor performance competitiva dos mercados regulados naqueles pontos em que o regime regulatório permitiu ou determinou a competição, bem como identificando condutas potencialmente anticompetitivas que não podem ser previstas ou controladas via regulação.

No caso específico das telecomunicações no Brasil, o papel do antitruste ganha importância acentuada pelo próprio arcabouço normativo estabelecido pela regulação, cujo conteúdo promove de forma expressa a necessidade de interação entre a regulação e o antitruste⁶.

4 "Art. 155 – Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviço de telecomunicações de interesse coletivo."

5 *Federal Antitrust Policy*, p. 716. Tradução livre.

6 *Regulamento da Anatel (Decreto 2.338/97, com as alterações posteriores)*

"Art.18 – No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos art. 7º, §2º, e 19, inciso XIX, da Lei 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único – Os expedientes instaurados que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência.

Norma 7/99 ANATEL – Procedimentos Administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle de atos e contratos no setor de telecomunicação (Resolução 195, de 7 de dezembro de 1999).

"Art.2º - Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

(...)IX - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento;

3 AS ANÁLISES REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

De todo o exposto, parece óbvio concluir que as análises regulatória e concorrencial de atos de concentração no setor de telecomunicações possuem necessária interação. Mais do que isso, sobretudo quando se está diante daqueles atos condicionados à anuência prévia do órgão regulador, esta interação é imperativa, tanto pela interpretação das normas de regência como pela própria lógica procedimental da análise. Isto porque a preservação do grau de competição é condição para a própria anuência prévia do ato apresentado, assim como são condições o cumprimento de todas as demais determinações. Neste sentido, o art. 97, da LGT, que trata do contrato de concessão e os arts. 6º e 7º, inciso III do Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações (Resolução nº 101/99)⁷.

Assim, a Anatel, para conceder a anuência prévia tem o dever de necessariamente, preservar a competição. Logo, tanto o informe realizado pela área técnica, como a apreciação da matéria pelo Conselheiro Diretor, relator do caso e, posteriormente, pelo Conselho Diretor da Agência, trazem, desde logo, uma análise dos efeitos concorrenciais do ato de concentração.

(...)XI – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

XII – elaborar parecer sobre os atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei 8.884/94, que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações.

Art. 3º - (...) §2º - É responsabilidade dos celebrantes de ato previsto no art. 54, da Lei 8.884/94, solicitar, por meio da Anatel, a apreciação do CADE.”

- 7 “Art. 97 – Dependência de prévia aprovação da Agência a cisão, fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Resolução nº 101/99

“Art. 6º - Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I – quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital votante da prestadora ou de sua controladora;

II – quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III – quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Parágrafo único. Regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensá-la.

Art. 7º A Anatel, na análise de processo de transferência de Controle, considerará, entre outros, os seguintes aspectos:

(...)III – grau de competição no setor e na prestação do serviço.”

Diante disto, resulta que, na anuência prévia, a Anatel pode impor condicionamentos ao ato de concentração que sejam específicos para preservar a competitividade e, inclusive, pode até mesmo deixar de anuir previamente ao ato por vislumbrar eliminação de competição. Ou seja, ainda que de forma mediata e baseando-se tão somente no marco regulatório, já existe, desde o momento da anuência prévia, a aplicação, ao menos mediata, das disposições da legislação antitruste, consolidada, entre nós, nas disposições Lei 8.884/94, conforme, aliás, a própria legislação regulatória reconhece nos arts. 19, inciso XIX da LGT e 18 do Regulamento da Anatel.

Nessa esteira, sendo o CADE o órgão responsável por interpretar e aplicar, de maneira definitiva no âmbito administrativo, a Lei 8.884/94, não existe razão lógica ou racional para que a interação da Anatel com o SBDC não ocorra desde o primeiro momento, quando o ato realizado, e apresentado à Anatel.

E tal afirmação não constitui nenhuma inovação substancial, na medida em que, como visto, a própria legislação fora desenhada neste sentido e, tampouco, poderia ser diferente, já que, embora seja possível e até desejável, no plano teórico, estabelecer-se uma divisão precisa entre os efeitos regulatórios e concorrenciais de um mesmo ato, no plano da realidade os efeitos ocorrem ao mesmo tempo e de forma interativa. Evidência disto está no fato de que não obstante estar o ato condicionado à anuência prévia e à aprovação do CADE deve o mesmo ser apresentado desde que realizado.

Esta notificação, no âmbito do CADE permite aos órgãos do SBDC e, inclusive às Agências Reguladoras, como a Anatel, e a terceiros interessados, o requerimento de medida cautelar com vistas à preservar a concorrência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou reversibilidade, bem como permite, ainda, por iniciativa do Conselheiro Relator ou requerimento das partes, a celebração de um APRO – Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação⁸, com o mesmo objetivo.

Ora, sendo certo que durante o procedimento de anuência prévia já existe a análise e aprofundamento pela Anatel de questões ligadas à concorrência, sendo que, ainda que estas questões estejam tratadas segundo um prisma regulatório - que não necessariamente leva em conta o nexo de causalidade da operação com efeitos anticompetitivos e aplica as normas da Lei 8.884/94 de forma mediata -, não existe nenhum óbice que, desde a análise da anuência prévia, a Anatel, ou os próprios órgãos do SBDC, possuindo elementos suficientes, já requeressem ao CADE a adoção de medidas cautelares necessárias a garantir. Da mesma forma, o Conselheiro

8 Cf. Arts. 52, da Lei 8.884/94 e 132 a 141 da Resolução nº 45/2007 (Regimento Interno do CADE)

Relator do ato de concentração no CADE já poderia, desde então, celebrar o correspondente APRO.

Não obstante o acima relatado, a experiência tem demonstrado que uma maior interação que seria necessária para um atendimento mais preciso e eficiente sobre as preocupações concorrenciais e aquelas preocupações regulatórias diretamente relacionadas à competitividade nos mercados, oriundas de um mesmo ato de concentração econômica, não ocorre da forma como acima descrita, que reputamos a ideal.

O que normalmente ocorre, nos casos em que é obrigatória a anuência prévia da Anatel, é um desmembramento do ato apresentado na Anatel em dois procedimentos distintos, um de anuência prévia, e um de instrução concorrential do ato para posterior julgamento do CADE, sendo que este último fica procrastinado para após a concessão ou não da análise prévia.

Este desmembramento não decorre diretamente de nenhuma das normas aqui estabelecidos, muito menos, como já afirmamos, parece decorrer da melhor interpretação dessas normas. A justificativa para o referido desmembramento costuma ter dois argumentos distintos. O primeiro é de que a não concessão da anuência desconstituiria o ato apresentado e, portanto, o mesmo perderia o objeto também com relação às questões concorrenciais. O segundo é de que a análise regulatória precede a análise concorrential na medida em que sua consequência é mais grave e poderia gerar, ou a desconstituição do ato, ou, até mesmo, a caducidade das concessões envolvidas.

Embora ambos os argumentos possuam alguma lógica, eles dificilmente se sustentam quando se analisa mais detidamente os procedimentos administrativos e seus resultados. Como também já afirmamos, a possibilidade de risco concorrential nasce com a realização do ato, que é o fator que desencadeia a obrigatoriedade de submissão do ato ao controle antitruste e que permite, inclusive, adoção de medidas cautelares para preservação dos mercados envolvidos e da reversibilidade da operação.

Some-se a isto o fato de que nem sempre os atos apresentados referem-se exclusivamente a infra-estrutura e serviços de telecomunicação, sendo que, no mais das vezes, importam também na negociação de serviços de valor adicionado, os quais são analisados, do ponto de vista concorrential, diretamente pelo SBDC, via SEAE e SDE e não pela Anatel. Uma boa parte destes serviços depende da infra-estrutura de telecomunicações, e as decisões referentes a esta infra-estrutura influenciam diretamente nas relações de competição entre os agentes prestadores, o que conduz à conclusão de que o desmembramento poderia prejudicar a análise do SBDC com relação a este objeto do contrato, que independe do resultado da anuência prévia.

De outro lado, os argumentos também não se sustentam em uma análise pragmática e histórica dos procedimentos de anuência prévia, qual seja, a constatação de que na grande maioria dos casos, a anuência é concedida, ainda que, para tanto, sejam necessários a celebração de compromissos voluntários por parte das requerentes ou ainda mediante a imposição pela Anatel de rigorosos condicionamentos para a anuência. Nestes casos, estes condicionamentos e/ou compromissos possuem diversos aspectos direcionados especificamente à preservação da concorrência e ou mitigação/compensação de efeitos anticompetitivos, que restam impostos no ato de concessão da anuência.

A consequência disto tem sido uma limitação excessiva da análise concorrencial que se segue. Isto porque, como boa parte das questões competitivas já foram analisadas do ponto de vista regulatório no procedimento de anuência com a adoção de medidas a elas endereçadas, a instrução concorrencial posteriormente realizada pela Anatel muito pouco pode avançar, na medida em que não pode excluir ou alterar as medidas já adotadas na anuência prévia, nem avaliar se as mesmas são as mais adequadas do ponto de vista concorrencial ou se possuem nexo causal com as preocupações concorrenciais oriundas da operação, mas tão somente acrescentar novas medidas ou identificar alguma questão remanescente.

Por sua vez, esta limitação gerada na instrução concorrencial do setor de telecomunicações pela Anatel pelos condicionamentos da anuência prévia pode limitar, ainda, a atuação da SEAE com relação à análise dos serviços de valor adicionado, sobretudo no que tange àqueles que dependem da infra-estrutura de telecomunicações.

E mesmo o CADE, que quando recebe o ato instruído possui a atribuição de aplicar de forma definitiva a Lei 8.884/94 e identificar os efeitos concorrenciais que possuem nexo causal com a operação, pode apenas acrescentar novos condicionamentos ou restrições nas questões remanescentes ou, ainda, criar mecanismos de monitoramento ou incremento próprios com relações as medidas já adotadas na anuência prévia.

A atuação antitruste resta, portanto, não só limitada como fragilizada, na medida em que as questões concorrenciais não recebem o tratamento preciso e aprofundado que receberiam numa situação de interação, sobre tudo com relação à verificação do nexo causal entre a operação e a probabilidade de exercício de poder de mercado, bem como no que diz respeito à aplicação dos princípios e medidas específicas da Lei 8.884/94 no que diz respeito ao controle de estruturas.

4 A NECESSIDADE DE MAIOR INTERAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.

Muito embora ultimamente tenha sido aprimorada, por parte do SBDC, a forma de atuação do CADE nos atos de concentração de telecomunicações em que o desmembramento descrito acima foi verificado, como ocorreu, por exemplo, no julgamento e celebração do Termo de Compromisso de Desempenho no CADE do caso TIM/Telefônica⁹, a verdade é que a evolução deste sistema de análise em direção a um modelo mais cooperativo, técnico e eficiente, passa, necessariamente, por uma maior interação entre análise regulatória e concorrencial, desde o momento de realização do ato, permitindo-se a adoção de medidas cautelares e de preservação de reversibilidade da operação, bem como uma análise competitiva mais técnica já no momento da análise da anuência prévia.

A evidência fática do afirmado percebe-se quando nos deparamos com a instrução realizada no âmbito operação de aquisição da Brasil Telecom pela Telemar (Oi).

A referida operação, até mesmo por sua complexidade e abrangência, no que se refere às infra-estruturas e serviços nela envolvidos, demonstra claramente que uma análise mais precisa, aprofundada e eficiente poderia ter sido realizada caso se tivesse respeitado, desde o início, uma maior interação entre as questões regulatórias e concorrenciais, com a participação simultânea das inteligências técnicas específicas tanto do órgão competente para a aplicação do marco regulatório como dos órgãos responsáveis pela aplicação da Lei 8.884/94.

Com efeito, diversas evidências dessa necessidade de maior interação exsurgem diretamente de uma leitura detida sobre a análise de anuência prévia e os condicionamentos por ela impostos e as consequências desta análise sobre a instrução concorrencial realizada pela Anatel e pela SEAE, bem como das próprias conclusões extraídas destes documentos¹⁰.

Neste sentido, uma parte relevante dos condicionamentos indicados pela área técnica da Anatel, acatados pela Conselheira Relatora e adotados no ato de anuência prévia, dizem respeito, quase que exclusivamente, a afastar possíveis efeitos nocivos à competição em cada um dos mercados relevantes. Da mesma forma, muitos dos compromissos voluntários propostos pelas partes na anuência prévia e acatados pela Conselheira

9 AC nº 53500.012487/2007.

10 Informes nº 427/2008/ e nº 112/2009/PBCPD/PVCPC/CMLCE/PBCP/PVCP/CMLC/SPB/SPV/SCM, Análise 10/2010/GCJBR, Análise 130/2008/GCER. Parecer nº 768/2008/PGE/PFE-Anatel e nº 992/2009/DRI/PFE-Anatel/PGE/AGU, Ato nº 7.828/2008, disponíveis em: <http://www.anatel.gov.br> e Parecer 06364/2009/RJ COGCE/SEAE/MF, Nota Técnica nº 005/2010/DEE/CADE, disponíveis em www.cade.gov.br.

Relatora ou transformados por ela em condicionamentos à anuência prévia endereçam, primordialmente, eventuais efeitos adversos à competição que poderiam resultar do ato.

Não bastasse, na própria instrução concorrencial realizada pela Anatel no referido caso, o Conselheiro Relator na Anatel, acatando as orientações da área técnica, concluiu pela recomendação de aprovação da operação sem restrições, porquanto a maioria das questões concorrenciais já havia sido tratada no âmbito da análise da anuência prévia realizada no órgão.

Note-se, neste sentido, inclusive, que, discordando da área técnica, a própria PFE-Anatel recomendou uma reanálise do processo, entendendo que a instrução concorrencial neste caso deveria seguir as regras e etapas do Guia de Análise de Concentração Horizontal da SEAE/SDE¹¹, bem como atentar para as definições de mercado relevante adotadas pelo CADE no caso do Serviço Móvel Pessoal e Serviços de Comunicação em Multimídia, as quais seriam diferentes daquelas adotadas pela Anatel na anuência prévia.

Tal fato não só demonstra a ineficiência de se desmembrar a análise do mesmo ato, como também deixa estreme de dúvidas a necessidade de interação desde a anuência prévia, uma vez que fica claro que a análise competitiva atualmente realizada no âmbito da anuência prévia não é feita, sobretudo no que se refere ao estabelecimento do nexo causal entre a operação e os efeitos concorrenciais decorrentes, segundo os mesmos preceitos estabelecidos na análise do SBDC, muito embora termine por configurar aplicação mediata da Lei 8.884/94.

Mas, talvez a maior evidência extraída da referida operação que aponta para uma necessidade de maior interação entre as análises se perceba nas discussões do ato que envolvem a integração vertical entre a infra-estrutura de telecomunicações e alguns serviços de valor adicionado.

Com efeito, no âmbito da anuência prévia do caso, a Conselheira Diretora demonstrou uma preocupação bastante relevante e louvável com esta integração, estabelecendo, no tópico *serviços baseados na internet* uma série de considerações, com cunho eminentemente concorrencial, referentes à participação das concessionárias de Serviço de Telefone Fixo Comutado e suas controladas e coligadas tanto no mercado nacional de banda larga, bem como sobre a relação destas com os provedores de serviços de internet (serviço de valor adicionado), levando em conta que muitas delas possuem provedores próprios ou integrados a seus grupos econômicos e que as prestadoras de Serviço de Telefone Fixo Comutado também são prestadoras de Serviços de Comunicação em Multimídia.

11 Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001.

Não obstante tais preocupações e a recomendação de alguns condicionamentos específicos no sentido de preservar uma higidez competitiva diante destas relações verticais, no ato de anuência somente constou, entre os condicionamentos, uma obrigação genérica de manutenção de neutralidade de rede.

De outro lado, na análise concorrencial da Anatel sequer se atentou para esta integração, limitando-se a considerar que o poder de controle no mercado de SCM seria mitigado pela entrada provável, tempestiva e suficiente e pela existência de rivalidade. Já na análise na SEAE, mais uma vez, embora reconhecida a relação vertical, o órgão, por conta de sua atribuição legal, se limitou a analisar a concentração horizontal nos mercados de provedores de internet banda larga e discados, sem avaliar qualquer impacto desta concentração com o mercado de infra-estrutura para prestação dos serviços no sentido das relações verticais que geraram preocupações na anuência prévia.

O paradoxo extraído dessa operação, qual seja, o da análise da Conselheira Relatora da anuência prévia aprofundar-se em questões concorrenciais que passaram ao largo das instruções concorrenciais realizadas pela Anatel e pela SEAE, surgiu do fato de que naquela análise já havia uma análise de efeitos anticompetitivos da área técnica da Anatel e, como na anuência deve-se preservar a competição, a questão foi abordada profundamente.

De outro lado, alguns dos condicionamentos ali propostos não restaram confirmados no ato de anuência, mas, sem dúvida, demonstravam uma preocupação real e efetiva com a integração vertical entre o fornecimento de insumos para prestação de serviços de valor adicionados e estes mesmo serviços. Não obstante, as análises concorrenciais que se seguiram, ao adotarem uma divisão estanque entre telecomunicações e serviços de valor adicionado não aprofundaram a questão, deixando a preocupação a descoberto.

Ora, ao se deparar com uma situação como a descrita acima, resta claro, e é até mesmo intuitivo, que existe uma deficiência/ineficiência na forma de análise de atos de concentração em telecomunicações, sobretudo nos casos em que se exige anuência prévia. Resta evidente, ainda, que esta deficiência/ineficiência decorre de uma falta de interação e de um modelo que vai de encontro ao próprio desenho normativo que aqui descrevemos, do qual se depreende expressamente a idéia de interação intensa entre Anatel e SBDC.

Claro que o CADE pode, ao julgar a operação, acrescentar condicionamentos no caso acima referido, no entanto, as divergências e preocupações descritas poderiam ter sido, desde a apresentação do ato, que se deu ao mesmo tempo à Anatel e ao CADE, endereçados por uma

análise mais profunda dos órgãos técnicos regulatórios e concorrenciais, possibilitando, inclusive, uma atuação cautelar do CADE de preservação de possíveis efeitos nocivos decorrentes das relações verticais entre a infraestrutura de telecomunicações e os serviços de valor adicionado, bem como possibilitado uma cooperação entre as inteligências com vistas a uma análise final mais precisa.

A análise da referida operação, pois, ainda realizada da forma segmentada que se tornou a praxe nos últimos anos, ofereceu uma nova oportunidade, baseada em vastas evidências extraídas dos autos, para que se aprofundasse a discussão sobre a interação entre regulação e concorrência com relação ao setor de telecomunicações e sobre a forma mais desejável de se atender ambas as demandas com mais precisão e eficiência e com uma maior segurança jurídica, notadamente para os casos de atos de concentração cuja anuência prévia seja obrigatória.

O caso demonstra, ainda, a necessidade de se incrementar a possibilidade de atuação preventiva do SBDC no setor de telecomunicações desde o momento da realização do ato e de se aprofundar as considerações concorrenciais realizadas na análise regulatória, já durante o procedimento de anuência prévia, gerando uma profilaxia mais abrangente dos eventuais efeitos danosos oriundos do ato.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, à guisa de conclusão, podemos extrair algumas considerações:

1. O debate entre concorrência e regulação é costumeiramente gerador de preocupações acadêmicas e das respectivas autoridades reguladoras e o sistema brasileiro de defesa da concorrência, na medida em que os atos de concentração econômica nos setores regulados passam por um duplo crivo de análise, um relativo à sua adequação ao marco regulatório, realizado pela agência específica e outro relativo aos seus impactos concorrenciais, realizado pelo SBDC.
2. A realidade insuperável de que um mesmo ato de concentração gera efeitos que podem alterar, ao mesmo tempo, o ambiente regulatório e concorrencial, conduz a uma necessidade intrínseca de que as análises possuam algum grau de interação.
3. O setor de telecomunicações, pela sua posição estratégica para o desenvolvimento econômico do país, bem como pela sua complexidade e, principalmente, pelo detalhamento normativo a que é submetido, deve ser considerado o paradigma dessa discussão sobre a interação entre regulação e concorrência.

4. A legislação disciplinou expressamente a necessidade de interação entre Anatel e SBDC na análise dos atos de concentração no setor de telecomunicações. Não obstante, na prática, o que se tem verificado é um distanciamento entre as análises regulatórias e concorrencial neste setor, fruto de uma divisão estanque de funções e de estruturas burocráticas.
5. Esta distância entre o previsto no arcabouço normativo e a prática têm conduzido a uma análise ineficiente e, muitas vezes, imprecisa, até mesmo incompleta, sobretudo dos aspectos concorrenciais destes atos de concentração, fragilizando e limitando a análise final do CADE. A operação Oi/BRT é a evidência fática que mais ilustra esta situação.
6. A escorregia análise dos atos de concentração no setor de telecomunicações e o enderçamento mais preciso das preocupações regulatórias e concorrenciais destes atos, bem como uma preservação mais efetiva do *status quo ante* no decorrer das análises da Anatel e do SBDC, passa, necessariamente, por um mecanismo de maior interação entre os referidos órgãos, possibilitando medidas concretas de atuação de ambos.

BIBLIOGRAFIA:

ANATEL. *Telecomunicações. Consolidação da Legislação Específica e Correlata. Revista e Atualizada*. Janeiro/2003.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *O Direito do Saneamento Básico*. São Paulo: 2010.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Pearson Education, Inc. Fifth Edition. 2007.

CORDOVIL, Leonor Augusta G. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações – a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

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

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2005.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. Cambridge University Press, First Edition. 2004.

PAULETTI, José Fernandes (Presidente da Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix). *Telecomunicações no Desenvolvimento do Brasil*. Momento Editorial.

SULLIVAN, Lawrence A. e GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. Second Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2006.

TIROLE, Jean e LAFFONT, Jean-Jacques. *Competition in Telecommunications*. Cambridge, Massachusetts. The MIT Press, 2000.

VISCUSI, W. Kip. JOSEPH E. Harrington, Jr. e VERNON, John M. Vernon. *Economics of Regulation and Antitrust*. Fourth Edition. Cambridge, Massachusetts, The MIT Press. 2005.

DIREITO E ECONOMIA DA CONCORRÊNCIA: CONCENTRAÇÃO VERTICAL NA UNIÃO EUROPEIA

Eugênio Battesini

Procurador Federal atuante na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região da Advocacia Geral da União; Professor do Curso de Especialização em Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Visiting Scholar na Columbia Law School in the City of New York; Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Agraciado com o prêmio Robert Cooter – MICROSOFT em Direito e Economia; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e; Graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos Econômicos do Direito da Concorrência; 1.1 Perspectiva histórica; 1.2 Panorama atual; 2 Concentração Vertical; 2.1 Aspectos teóricos; 2.2 Evidências empíricas; Conclusão; Obras Consultadas; Anexos

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, com ênfase no estudo da integração vertical na União Européia. Enquanto valor fundamental tutelado pela ordem jurídica, a liberdade de competição constitui objeto de estudo do direito da concorrência. Enquanto espinha dorsal da economia de mercado, as condições de competição constituem objeto de estudo da teoria econômica da concorrência. A identidade de objeto desencadeia frutífera interação entre direito e economia da concorrência, tradição que remonta aos primórdios da legislação de defesa da concorrência e se projeta até os dias atuais. Verifica-se a existência de intenso debate doutrinário acerca questões, tais como, a concepção de concorrência, os objetivos e a extensão da política de concorrência. A exposição foi estruturada em duas partes. Na primeira parte são apresentados os fundamentos econômicos do direito da concorrência, em perspectiva histórica e contemporânea. Na segunda parte, são apresentados aspectos teóricos e empíricos relativos à integração vertical. A conclusão a que se chega é no sentido de que o êxito da União Européia em desencadear consistente trajetória de desenvolvimento, em promover processo de integração sócio-econômico fundado em arranjo institucional que prioriza a livre concorrência, está a indicar a correção da manifestação de Douglas North, para quem o segredo para se entender o desenvolvimento econômico sustentável no longo prazo está na construção de matriz institucional eficiente.

PALAVRAS CHAVE: Direito e economia. Concorrência. Concentração vertical. União Européia.

ABSTRACT: The present paper has the objective of analyze the dynamics of interaction between law and economics of competition, with emphasis in the study of vertical merger in European Union. While basic social value the freedom of competition is object of study of competition law. While spine of the market economy, the competition conditions are object of study of the economic theory. The object identity unchains fruitful interaction between law and economics of competition, tradition that retraces to the beginning of the legislation of free market defense and is projected until the current days. Anyway, persist intense doctrinal debate concerning topics like, the conception of competition, the objectives and extension of the politics of competition. The exposition will be made in two parts. The first part presents the economic beddings of the law of the competition, in historical and contemporary perspective. The second part presents theoretical and empirical aspects of the vertical integration. The conclusion is that the success of the European Union in unchaining consistent trajectory of development, in promoting social-economic process of integration based in institutional arrangement that prioritizes the free competition, is to indicate the correction of the manifestation of Douglas North, for who the secret to understand the sustainable economic development in the long stated period is in the construction of efficient institutional matrix.

Keywords: Law and economics. Competition. Vertical merger. European Union.

INTRODUÇÃO

O processo de interação entre direito e economia se revela mutuamente vantajoso, contribuindo para o aprimoramento das duas áreas de conhecimento. O direito adquire nova perspectiva, vislumbrando as normas jurídicas não apenas como sistema de coerção, mas como guia de conduta que incorpora valores econômicos e atua como mecanismo transmissor de preços implícitos, sistema de incentivos que afeta a dinâmica econômica. A economia passa a ser concebida em bases institucionais, considerando o sistema normativo como elemento ativo, dinamizador do sistema econômico.

A percepção de que a competição entre os agentes econômicos conduz à melhoria do bem-estar social por aumentar a eficiência alocativa (produzindo o que os consumidores querem, conforme demonstrado por sua disposição a pagar), por aumentar a eficiência produtiva (produzindo bens e serviços ao menor custo, usando o mínimo de recursos) e por encorajar o progresso técnico (recompensando inovações) conduz a livre concorrência à posição de fundamento da ordem econômica no Estado democrático contemporâneo.

Enquanto valor fundamental tutelado pela ordem jurídica, a liberdade de competição constitui objeto de estudo do direito da concorrência. Enquanto espinha dorsal da economia de mercado, as condições de competição constituem objeto de estudo da teoria econômica da concorrência. A identidade de objeto desencadeia frutífera interação entre direito e economia da concorrência, tradição que remonta aos primórdios da legislação de defesa da concorrência e se projeta até os dias atuais. Verifica-se a existência de intenso debate doutrinário acerca da concepção de concorrência, dos objetivos e extensão da política de concorrência, entre outras questões.

Delineado tal contexto, desenvolve-se o presente estudo com o objetivo de analisar a dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, em especial no âmbito da União Européia, utilizando a integração vertical como elemento de articulação. A exposição será feita em duas partes. Na primeira parte são apresentados os fundamentos econômicos do direito da concorrência, em perspectiva histórica e contemporânea. Na segunda são apresentados aspectos teóricos e empíricos relativos à integração vertical.

1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

As raízes da noção de concorrência remontam à própria origem da ciência econômica. Mesmo que autores mercantilistas como Jacques Turgot, David Hume e James Stuart tenham se dedicado ao estudo da competição nos mercados, coube a Adam Smith (*The wealth of nations* – 1776) a generalização da concorrência como força motriz que leva a economia ao melhor resultado possível, como mão invisível

que conduz ao crescimento econômico. Para Adam Smith, a idéia de competição está associada à existência de rivalidade recíproca e à ausência de restrições tais como os privilégios corporativos do período mercantilista. A concorrência é concebida de forma dinâmica, como processo de interação que se efetivada em contexto institucional, demandando limitada regulação governamental harmonizadora.

A concepção da concorrência enquanto processo social foi reforçada nas primeiras décadas do século XX no pensamento da escola austríaca de economia (Ludwig Von Mises, Eugen Von Böhm-Bawerk, entre outros autores) e da escola ordo-liberal de Freiburg (Franz Böhm, Walter Eucken, entre outros autores). Enfatizando a liberdade de escolha que permite a descoberta das melhores opções de mercado, tais abordagens destacam a concorrência como valor a ser preservado em si mesmo. A garantia da efetiva competição nos mercados é essencial para o funcionamento do sistema econômico e, como tal, constitui o próprio valor a ser tutelado pelo direito da concorrência.

O advento da revolução marginalista e, sobretudo, da síntese microeconômica neoclássica (Alfred Marshall, Arthur Pigou, Francis Edgeworth, entre outros autores) representa, contudo, expressiva mudança de paradigma no estudo da concorrência. A noção de concorrência como processo social dá lugar à noção de concorrência enquanto situação, estrutura de mercado que proporciona a eficiência alocativa dos recursos econômicos. Tem início o processo de matematização das forças concorrenciais que, através da interação entre oferta (custo marginal) e demanda (benefício marginal), conduzem à situação de equilíbrio ótimo de Pareto (situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem estar sem sacrifício do bem estar de outrem). Tem origem o modelo de concorrência perfeita, que pauta o estudo da economia até os dias atuais. Enquanto estrutura de mercado caracterizada pelo grande número de competidores, livre entrada e saída, produto homogêneo e plena informação dos agentes econômicos, o modelo de concorrência perfeita assegura a eficiência alocativa conduzindo ao bem-estar social máximo. Em tal contexto, o objetivo do direito da concorrência é a correção de falhas de mercado de forma a garantir a eficiência alocativa do modelo concorrencial, modelo ideal em relação ao qual outras estruturas de mercado devem ser comparadas (cartéis, monopólios, concentrações empresariais). Em resumo, o valor tutelado pelo direito da concorrência é a eficiência alocativa, a qual é alcançada ao se proporcionar condições para que a livre concorrência se realize.

1.2. PANORAMA ATUAL

As evidências empíricas apontando para a existência de estruturas de mercado distintas da concorrência perfeita e a construção de

formulações teóricas enfatizando aspectos como o grau de concentração e a diferenciação de produtos (modelos de monopólio, oligopólio e concorrência monopolística), conduzem à refutação do modelo de concorrência perfeita como parâmetro analítico. Tem surgimento, na década de 1940, a escola estruturalista de Harvard que propõe a substituição da idéia de concorrência perfeita pela de concorrência viável (*workable competition*). Autores como John Clark, Edward Mason, Joe Bain, Phillip Areeda e Donald Turner, reconhecendo que determinado grau de concentração é aceitável e recomendável, sustentam que devem ser evitadas concentrações excessivas de poder de mercado, as quais acabam por gerar disfunções no funcionamento do sistema econômico. De acordo com a concepção estruturalista, a eficiência alocativa é afetada pela estrutura de mercado, pela organização industrial. É desenvolvido o modelo estrutura-conduta-desempenho, que, em essência, assume que os resultados de mercado (benefícios do consumidor, estabilidade de preços, emprego, desenvolvimento tecnológico...) dependem da conduta de produtores e consumidores, sendo a conduta determinada pela estrutura de mercado. O paradigma estrutura-conduta-desempenho tem por intuito a construção de teoria geral (substitutiva do paradigma microeconômico neoclássico) que mapeie os elementos comuns de qualquer setor de atividade econômica, servindo como referencial para a análise econômica dos mercados. O direito da concorrência deve se preocupar com a estruturação da atividade econômica, voltando o foco para questões como o grau de concentração industrial, a margem de lucro/retorno sobre o investimento, a existência de barreiras à entrada e de poder de mercado. A conformação de estrutura industrial pulverizada, a diluição do poder de mercado que assegure a rivalidade entre os concorrentes constitui objetivo a ser perseguido pela política de defesa da concorrência. É recomendável a atuação preventiva do Estado de forma a evitar estruturas industriais concentradas, consideradas contrárias à concorrência *per se*.

A rejeição da intervenção governamental na economia, através da política de defesa da concorrência, constitui a tônica da escola de Chicago, desenvolvida a partir da década de 1970 por autores como Robert Bork, Richard Posner, John McGee, Lester Telser e Ward Bowman. Sob a ótica da escola de Chicago, a concentração industrial é resultado da eficiência, assim sendo, se a autoridade de defesa da concorrência interfere na estrutura industrial concentrada ela estará reduzindo a eficiência alocativa e, como tal, o nível de bem-estar social. Robert Bork¹ se refere à política intervencionista, propugnada pela escola de Harvard, como “uma política em guerra consigo mesmo”, pois, ao mesmo tempo em que procura preservar a concorrência, combate-a por sacrificar a eficiência alocativa (*antitrust paradox*). De acordo com a escola de Chicago, a eficiência alocativa de mercado, caracterizada pelo benefício máximo aos consumidores, pela produção a baixos custos, se sobrepõe a qualquer outro valor, constituindo o objetivo da política de defesa

1 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*.

da concorrência. Partindo dos pressupostos de que as barreiras de entradas são mais imaginárias do que reais, de que as estruturas concentradas tendem a ser autocorretivas e de que em sua maioria os mercados são competitivos, a escola de Chicago refuta a idéia de que estruturas concentradas e práticas restritivas verticais sejam, por definição, um mal a ser evitado, enfatizando a necessidade de efetiva demonstração dos resultados anticompetitivos no mercado para que a prática seja considerada ilícita (substituição da regra da ilegalidade *per se* pela regra da razão).

Após período de inquestionável supremacia, a partir da década de 1980 as idéias desenvolvidas pela escola de Chicago passam a ser criticadas, dado o seu caráter analítico estático e pela desconsideração de aspectos institucionais, com demasiada simplificação da complexa realidade econômica. Contribuições relevantes são feitas mediante aplicação da teoria dos jogos e de fundamentos da nova economia institucional. Por oferecer um rigoroso instrumental analítico que considera fatores como estratégias de atuação, vantagens obtidas e custos incorridos pelas firmas competidoras, a teoria dos jogos reflete o mundo real da concorrência melhor do que qualquer outra teoria, propiciando valiosos *insights* para definir se as práticas de mercado são competitivas ou anticompetitivas. Em muitos setores da atividade econômica, a efetiva competição entre as empresas não se dá via preço, mas sim via quantidade (dominação de mercados), razão pela qual a análise das condições de concorrência é feita de forma mais eficaz mediante aplicação da teoria dos jogos do que mediante aplicação da análise microeconômica tradicional, calcada na teoria dos preços. Outro aspecto, derivado da teoria dos jogos e que deve ser considerado pela autoridade da defesa da concorrência, diz respeito à integração vertical como estratégia competitiva decisiva em diversos setores da economia.

Partindo do pressuposto de que as instituições atuam como engrenagens, peças-chave na dinâmica de funcionamento do sistema econômico, eis que estruturam os incentivos de natureza política, social e econômica, a nova economia institucional tem por objetivo compreender o que são as instituições, como surgem, evoluem e podem ser moldadas de forma a articular o processo de desenvolvimento de forma duradoura e sustentável. O núcleo analítico básico, defendido por autores como Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, recai sobre os conceitos de direitos de propriedade (vinculados à definição e delimitação do alcance dos privilégios outorgados aos indivíduos relativamente a recursos econômicos específicos), de contratos (concebidos como instrumentos através dos quais os direitos de propriedade são estabelecidos, transferidos ou modificados), de custos de transação (concebidos como custos de operação no mercado, de intercambiar direitos de propriedade, compreendendo custos de informação, de contratação e de fazer cumprir as obrigações assumidas) e de instituições (restrições, limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas, ou, em analogia informal com esportes competitivos, feita por Douglass North², “as regras do jogo

2 NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*, p. 3.

numa sociedade”). Considerando que o mercado não é livre, mas sim condicionado pela estrutura institucional, a qual afeta o seu funcionamento, impõem fricções, custos às transações, a nova economia institucional exerce influência decisiva em matéria concorrencial. À medida que o comportamento das empresas, os diferentes tipos de transação por elas realizados, tem a ver com os diferentes custos de operação nas diferentes estruturas de mercado, não há uma regra de eficiência única, conforme propugnado pela teoria microeconômica neoclássica. A eficiência não é algo atemporal e descontextualizado do ambiente institucional, só podendo ser concebida, aferida e comparada considerando o ambiente institucional. Tais concepções são de fundamental importância em termos de política da concorrência, pois, determinadas condutas, estratégias de ação das empresas, tais como concentrações e práticas restritivas verticais, podem ser resultado de complexo processo de negociação objetivando reduzir custos de transação, contexto que deve ser considerado ao se cogitar da licitude de práticas em tese anticoncorrenciais.

No estágio atual, conforme Patrick Cayseele e Roger Van der Bergh³ destacam, é possível cogitar da existência de síntese conciliadora (*workable syntesis*) que aproxima a metodologia analítica do direito e da economia da concorrência. A utilização de análise empírica aberta para o tipo de estrutura/conduita prevalecente em cada indústria, aliada à idéia de que é possível mensurar e modelar os elementos que caracterizam a competição em cada setor econômico, tem pautado o estudo da concorrência. Através da análise de séries históricas que identifiquem variáveis relevantes como o poder de mercado, indústrias como a automobilística, telefonia, do aço, de bebidas, entre outras, são analisadas e modeladas de forma a permitir a simulação dos efeitos de concentrações e a identificação de comportamentos anticoncorrenciais, com sensíveis ganhos na defesa da concorrência.

A influência das diversas correntes de pensamento em matéria de concorrência se faz sentir no âmbito da União Européia. A concepção da concorrência enquanto processo social e a importância da liberdade de circulação (mercadorias, pessoas, serviços e capitais – artigos 26 e 28, do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia) desempenharam papel fundamental na integração econômica, eis que, conforme destaca Calixto Salomão⁴, na ausência de agente estatal forte, a concorrência atuou como elemento de agregação, dinamizando o processo de organização e integração. A influência das idéias da escola de Harvard se faz presente no âmbito das regras materiais de defesa da concorrência (artigos 101 e 102, do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia), que regulam as estruturas (vertente preventiva) e as condutas anticoncorrenciais (vertente repressiva). A influência da escola de Chicago pode ser aferida a partir do acolhimento da regra da razão na qualificação do caráter concorrencial ou não das condutas ou associações de empresas (artigo 101, 3, do Tratado

3 CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust law, p. 483.

4 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*, p. 20.

sobre o Funcionamento da União Européia). A influência das abordagens econômicas posteriores à década de 1980 pode ser aferida a partir da análise da concentração vertical, tema objeto da segunda etapa do presente estudo.

2. CONCENTRAÇÃO VERTICAL

2.1. ASPECTOS TEÓRICOS

Fundamental para o estudo das estruturas organizacionais em matéria de concorrência é a noção de poder de mercado, que, em essência, vincula-se à possibilidade de alterar a dinâmica normal de funcionamento do mercado através de práticas como o aumento de preços e a restrição na oferta de bens. O poder de mercado pode ser decorrente do crescimento interno da empresa (resultado da eficiência produtiva), da cooperação empresarial (acordo entre concorrentes, ação coordenada tendente a alterar as condições de competição) e da concentração empresarial (unificação de atividades).

A concentração empresarial se classifica em horizontal, vertical e conglomerados. A concentração horizontal envolve a integração entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, produzindo bens ou serviços substitutos entre si. A concentração vertical envolve a integração de empresas que operam em níveis diferentes, mas complementares, de uma cadeia de produção e/ou distribuição, em outras palavras, processos que podem ser executados separadamente por duas ou mais firmas passam a ser realizados pela mesma firma. Os conglomerados constituem categoria residual que engloba as concentrações nas quais as atividades das empresas não guardam relação entre si, ou seja, as firmas atuam em mercados relevantes completamente distintos.

Se, por um lado, é consensual a necessidade de controle preventivo da concentração horizontal, face à magnitude do potencial de ameaça à concorrência, por outro lado, há controvérsia acerca da nocividade à concorrência e da própria necessidade de controle da concentração vertical, enquanto categoria autônoma⁵. Tal situação é creditada ao fato de que aliado aos potenciais efeitos anticompetitivos, a concentração vertical apresenta elevado potencial pró-competitivo.

Os fundamentos do controle preventivo da concentração vertical gravitam, basicamente, em torno de dois pontos críticos, o fechamento de mercado e a criação de estruturas de mercado que facilitem ações coordenadas. A idéia de fechamento de mercado está vinculada à criação de dificuldades para o funcionamento dos concorrentes, tais como o acesso a matérias-primas e/ou canais de distribuição de produtos. Ou seja, a integração vertical pode determinar situação na qual a empresa resultante venha a impedir que seus rivais tenham acesso a fontes de insumos,

5 Para os seguidores da escola de Chicago, a concentração vertical não representa problema jurídico autônomo. Nada há de errado na concentração entre comprador e vendedor, o problema só aparece quando um deles tem poder no mercado horizontalmente considerado.

mercado a jusante, e/ou a vias de distribuição, mercado a montante. A principal questão é saber se a empresa resultante da integração tem poder de mercado para promover a exclusão parcial dos concorrentes e se ela pode fazer uso efetivo de tal poder, verificação que deve ser feita de forma empírica, considerando o contexto específico da operação e do mercado considerado.

A criação de estruturas de mercado que facilitem ações coordenadas está vinculada ao fato de que, sobretudo em mercados oligopolizados, é comum que à primeira integração vertical se sucedam outras, desencadeando processo de concentração que não termina enquanto grande parte dos participantes esteja integrada. Tal situação implica na formação de barreiras de entrada de novos competidores, bem como, conduz à exclusão de pequenos competidores independentes não integrados. Além do que, tal processo cria condições estruturais propícias à formação de cartéis, com prejuízo direto ao consumidor.

Os fundamentos favoráveis à concentração vertical, efeitos pró-concorrenciais, vinculam-se à melhoria dos produtos ofertados (qualidade, variedade, desenvolvimento de novos produtos...), à redução dos custos de produção (geração de economias de escala e de escopo, eficiência administrativa e operacional, não incidência de dupla margem de lucro...) e, sobretudo, à redução dos custos de transação. A internalização de operações antes realizadas via mercado implica em redução de custos transacionais; custos de obtenção de informação, custos de contratação, custos de fazer valer o contratado, entre outros. Os custos de transação são derivados da incerteza que caracteriza as relações de mercado, em especial as de longa duração. A empresa integrada verticalmente consegue reduzir incertezas, pois passa a ter o controle do conjunto de operações relevantes.

No âmbito da União Européia, o controle das concentrações de empresas é disciplinado pelo Regulamento nº139/2004 do Conselho (substitutivo do Regulamento nº4064/1989 do Conselho), que estabelece regras substantivas, procedimentais⁶ e sancionatórias relativas às operações de concentração. As *guidelines* econômicas para apreciação das concentrações horizontais são fixadas no ato 2004/C 31/03 da Comissão, que, entre outros aspectos, estabelece diretrizes para a avaliação de fatores como mercado relevante, níveis de concentração, participação e poder de mercado, posição dominante, efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-competitivos. Boa parte dos fundamentos analíticos relativos à concentração horizontal é aplicável na apreciação das concentrações verticais. Contudo, dado o crescente reconhecimento dos efeitos pró-competitivos das concentrações verticais e a inexistência de *guidelines* econômicas específicas para sua apreciação, a Comissão encomendou estudos sobre modelos, instrumentos e técnicas analíticas de avaliação dos atos de concentração não-horizontais, em especial, *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*, elaborado por Simon Bishop e outros (2005), e *The impact of vertical and conglomerate mergers on*

6 Outras normas procedimentais são estabelecidas no Regulamento nº802/2004 da Comissão e dos atos 2005/C 56/02 e 2005/C 56/03 da Comissão.

competition, elaborado por Jeffrey Church (2004). Pautada em tal referencial analítico, nos últimos anos tem se formado consistente jurisprudência acerca das operações de concentração vertical, a qual se passa a analisar.

2.2. EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

A evolução da jurisprudência da União Européia em matéria de concentração vertical pode ser aferida a partir da análise de três casos relevantes, Skanska/Scancem (nº IV/M.1157 - 1999), AOL/Time Warner (nº COMP/M.1845 - 2000) e Tetra-Laval/Sidel (nº COMP/M.2416 - 2001), a seguir considerados⁷.

O caso nº IV/M.1157⁸, notificação prévia à Comissão Européia realizada em 03 de abril de 1998, envolve as empresas Skanska, atuante nos mercados de administração de propriedades, construção civil, produção e distribuição de material de construção, principalmente concreto e artefatos de cimento, e Scancem, atuante nos mercados de produção e distribuição de material de construção, principalmente cimento. Na operação de concentração notificada, a empresa Scancem se propunha a adquirir o controle acionário da empresa Skanska. Tendo sido reconhecida a dimensão comunitária da operação, foi considerado como mercado relevante do ponto de vista geográfico os países escandinavos, em especial a Suécia, sendo que os mercados relevantes sob o ponto de vista dos produtos foram considerados como sendo o de cimento e produtos derivados, em especial os mercados de concreto e artefatos de cimento. Em análise essencialmente estruturalista, a Comissão considerou que a operação originalmente proposta era incompatível com o mercado comum por criar posição dominante da Skanska no mercado suco de concreto e de artefatos de cimento, bem como por fortalecer a posição dominante da Scancem no mercado suco de cimento. Em especial, a Comissão ressaltou os efeitos anticompetitivos decorrentes da potencial exclusão do mercado dos concorrentes da empresa Skanska, em face da criação de barreiras de acesso ao cimento, principal insumo dos mercados de concreto e artefatos de cimento (aproximadamente 30 a 40% dos custos totais de tais produtos). Após as empresas envolvidas terem assumido uma série de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação, e ter sido efetivada a redução da participação acionária da empresa Scancem na empresa Skanska, de forma a preservar a autonomia administrativa da empresa Skanska, em decisão proferida em 11 de novembro de 1998, a

7 Registre-se o fato de se tratarem de operações de fusão e/ou incorporação complexas, envolvendo grupos econômicos, bem como afetando a competição em vários mercados mediante integração horizontal, vertical e conglomerados. Dada a proposta do presente estudo, as decisões em questão não serão apreciadas de forma exaustiva, sendo o foco direcionado aos aspectos pertinentes à concentração vertical.

8 Decisão da Comissão de 11 de novembro de 1998 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com a aplicação do Acordo EEE. Processo IV/M.1157 - Skanska/Scancem (Jornal Oficial nº L 183 de 16/07/1999 p. 0001 □ 0028. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0458:PT:HTML>, acesso em 11.09.2010).

Comissão declarou a operação de concentração compatível com o mercado comum, aprovando-a com restrições.

O caso nº COMP/M.1845⁹, notificação prévia à Comissão Europeia realizada em 28 de abril de 2000, envolve as empresas América Online – AOL, atuante nos mercados de serviços interativos, comércio eletrônico, distribuição de músicas *on line* (*downloading e streaming*), entre outros, e Time Warner, atuante nos mercados de mídia e entretenimento, tais como, televisão a cabo, cinema, publicações e produção musical. Na operação de concentração notificada, formar-se-ia *holding* da qual a AOL participaria com 55% e a Time Warner com 45%. Reconhecida a dimensão comunitária, considerou-se que sob o ponto de vista geográfico a operação apresentava dimensão mundial e que sob a perspectiva do produto o mercado de música *on line* seria relevante. A principal preocupação da Comissão foi com a possibilidade de fechamento do mercado, restringindo-se o acesso de concorrentes da Time Warner aos canais de distribuição de música *on line*, bem como propiciando condições favoráveis à formação de posição dominante nos mercados de produção musical e serviços interativos. Objetivando superar as restrições apontadas, as empresas envolvidas assumiram conjunto de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação. Em decisão proferida em 11 de outubro de 2000, suscitando, também, a existência de aspectos pró-competitivos, em especial os potenciais benefícios proporcionados aos consumidores pela possibilidade de desenvolvimento de uma nova geração de serviços interativos, a Comissão declarou a operação de concentração compatível com o mercado comum, aprovando-a com restrições.

O caso nº COMP/M.2416¹⁰, notificação prévia realizada à Comissão Europeia em 18 de maio de 2001, envolve as empresas Tetra-Laval, atuante nos mercados de fabricação de embalagens para alimentos líquidos (plásticos, de papel e alumínio), e Sidel, atuante nos mercados de produção de máquinas para a fabricação de embalagens. Na operação de concentração notificada, a empresa Tetra-Laval estaria adquirindo participação de 92% na empresa Sidel. Tendo sido reconhecida a dimensão comunitária da operação, foi considerado como mercado relevante do ponto de vista geográfico a União Europeia, sendo que os mercados relevantes sob o ponto de vista dos produtos foram considerados como sendo o de embalagens para alimentos líquidos e o de máquinas para a fabricação de alimentos líquidos. A principal preocupação da Comissão foi com a possibilidade de fechamento do mercado, restringindo-se o

9 Decisão da Comissão, de 11 de outubro de 2000, que declara compatível com o mercado comum e com o Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu uma operação de concentração. Processo COMP/M.1845 - AOL/Time Warner (*Jornal Oficial* n.º L 268 de 09/10/2001 p. 0028 □ 0048. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=aol+time+warner&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=pt&RechType=RECH_mot&idRoot=8&refinecode=LEG*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar, acesso em 11.09.2010).

10 Decisão da Comissão, de 13/01/2003 relativa à compatibilidade com o mercado comum de uma operação de concentração. Processo no COMP/M.2416 - TETRA LAVAL / SIDEL (*JO C 137 de 12.6.2003, p. 14* □ 14 http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=tetra-laval+sidel&arg1=&arg2=&titre= titre&chlang=pt&RechType=RECH_mot&idRoot=8&refinecode=LEG*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar).

acesso de concorrentes da Tetra-Laval às máquinas para fabricação de embalagens para alimentos líquidos, propiciando condições favoráveis ao fortalecimento da posição dominante da Tetra-Laval no mercado de embalagens para alimentos. Não obstante as empresas envolvidas terem assumido um conjunto de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação, em decisão proferida em 30 de outubro de 2001, a Comissão reprovou a operação, considerando-a incompatível com o mercado comum. Não concordando com a decisão, as empresas envolvidas recorreram à Corte de Primeira Instância, que anulou a decisão proferida pela Comissão (casos nº T-80/02 e T-5/02 – 2002). A Comissão re-apreciou o caso e, ao mesmo tempo, recorreu da decisão da Corte de Primeira Instância à Corte Européia de Justiça, que, em 15 de fevereiro de 2005, rejeitou os argumentos da Comissão (caso nº C-12/03 – 2003). A decisão da Corte Européia de Justiça se evidencia relevante à medida considerou não estar evidenciado que a operação em questão produzia significativo impedimento à concorrência, motivo pelo qual deveria ser aceita. Conforme destaca Simon Bishop¹¹, o precedente da Corte de Justiça estabeleceu a presunção de pró-competitividade das concentrações verticais no âmbito da Comunidade Européia. Presunção que, segundo o autor, deriva da fundamental diferença entre concentração horizontal e vertical: enquanto na concentração horizontal há o afastamento direto da competição, possibilitando a elevação no preço dos produtos e serviços com prejuízo para os consumidores, na concentração vertical a competição não é diretamente afetada, além do que o impacto geral sobre os preços é no sentido de sua redução face à eliminação de ineficiências existentes pré-concentração.

A análise da jurisprudência da Comunidade Européia denota a passagem de postura eminentemente estruturalista, adotada no caso Skanska/Scancem, para postura mais aberta que incorpora a análise dos benefícios gerados aos consumidores, caso AOL/Time Warner, e avança para o acolhimento da presunção de pró-competitividade da concentração vertical, caso Tetra-Laval/Sidel. A sensível evolução verificada em pouco menos de uma década evidencia de forma paradigmática a importância de interação de fundamentos econômicos e jurídicos da concorrência.

CONCLUSÃO

De forma sagaz, Kenneth Boulding¹² registra que o especialista, na busca da solução para seus problemas, vê com surpresa que se aproxima cada vez mais das fronteiras com as outras disciplinas. A dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, conforme evidencia a análise da concentração vertical no âmbito da União Européia desenvolvida

11 BISHOP, Simon e outros. *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*, p. IV.

12 BOULDING, Kennett. *A reconstruction of economics*. Citado por: ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*, p. 53.

no presente estudo, reflete de forma ímpar as potencialidades do estudo interativo do direito e da economia.

O estudo integrativo direito-economia se evidencia relevante à medida que proporciona melhor conhecimento da realidade econômico-institucional, permite a prestação jurisdicional, a formulação de políticas públicas, em bases sólidas, reduzindo incertezas e criando condições favoráveis à coordenação dos agentes econômico-sociais, conduzindo à operação eficiente dos mercados, com a racional utilização dos recursos econômicos, de forma a desencadear trajetórias de desenvolvimento. Conforme Décio Zylbersztajn registra, “a relação entre direito e economia em processo de contínua interação é vital para explicar a evolução de uma sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social, reduzindo desigualdades e aumentando o bem-estar geral, buscando privilegiar os aspectos sociais bem como a eficiência econômica”¹³.

O êxito da União Européia em desencadear consistente trajetória de desenvolvimento, em promover processo de integração sócio-econômico fundado em arranjo institucional que prioriza a liberdade, a livre concorrência, está a indicar a correção da manifestação de Douglass North¹⁴, para quem o segredo para se entender o desenvolvimento econômico sustentável no longo prazo está na construção de matriz institucional eficiente.

OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Européias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

BALLARINO, Tito. *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2001.

BISHOP, Simon e outros. *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*. Brussels: European Communities, 2004. 164 p.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2ª ed. New York: The Free Press, 1978.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. 200 p.

BURGES Jr. Alison; SUFRIN, Brenda. *The economics of regulation and antitrust*. New York: HarperCollins College Publishers, 1995. 484 p.

BYRNS, Ralph T.; STONE Jr., Gerald W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1996.

13 ZYLBERSZTAJN, Décio. et al. Apresentação do projeto diálogos FEA & Largo de São Francisco, relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo, p.101.

14 NORTH, Douglas. C. *Economic performance through time*.

COASE, Ronald H. The new institutional economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. N° 140, march 1984, p. 229-231.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Editorial COLEX, 2003. 1308 p.

CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust law. Publicado em: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (org.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. 1094 p.

CHURCH, Jeffrey. *The impact of vertical and conglomerate mergers on competition*. Brussels: European Communities, 2004. 296 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*. Barueri: Editora Manole, 2003. 368 p.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FRADERA, Véra Jacob de. A integração européia e o MERCOSUL: confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n° 31, p. 86-97, jul./set., 1999.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel, Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007. 542 p.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental: contribuição para um mercado comum do sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Tese de doutorado.

_____. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008. 433 p.

JONES, Alison; SUFRIN Brenda. *EC competition law*. New York: HarperCollins College Publishers, 1995. 484 p.

MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Editora Singular, 2003. 484 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. 235 p.

NEUMANN, Manfred. *Competition policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2001. 225 p.

NORTH, Douglas. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Economic performance through time*. Oslo: Nobel Foundation, 1993.

_____. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005. 187 p.

NOUEL, Gide L. *Competition assessment of vertical mergers and vertical agreements in the new economy*. Brussels: European Communities, 2001. 29 p.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4ª ed. São Paulo: Makron, 1999.

POSNER, Richard. *Antitrust law*. Chicago: The University of Chicago Press. 1976. 262 p.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

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

SCHERER, F. M; ROSS. *Industrial market structure and economic performance*. 3ª ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução: Luiz J. Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1983.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 737 p.

TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. 4ª ed. Cambridge: MIT Press, 1990.

ZYLBERSZTAJN, Décio. et al. Apresentação do projeto diálogos FEA & Largo de São Francisco, relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XLI (nova série), nº126, abr./jun. de 2002, p. 103-111.

ZYLBERSZTAJN, Décio.; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e economia, análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p.

ANEXOS

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO

EUROPEIA - VERSÃO CONSOLIDADA disponível em <<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=pt>>. Acesso em 11 set. 2010

PARTE III**AS POLÍTICAS E ACÇÕES INTERNAS DA UNIÃO****TÍTULO I****O MERCADO INTERNO**

Artigo 26.º (ex-artigo 14.º TCE)

1. 1. A União adopta as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados.
2. 2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.
3. 3. O Conselho, sob proposta da Comissão, definirá as orientações e condições necessárias para assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos sectores abrangidos.

TÍTULO II**A LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS**

Artigo 28.º (ex-artigo 23.º TCE)

4. 1. A União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adopção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.
5. 2. O disposto no artigo 30.º e no Capítulo 3 do presente título é aplicável tanto aos produtos originários dos Estados-Membros, como aos produtos provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática nos Estados-Membros.

...

TÍTULO VII**AS REGRAS COMUNS RELATIVAS À CONCORRÊNCIA,
À FISCALIDADE E À APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES****Capítulo 1 - As regras de concorrência****Secção 1 - As regras aplicáveis às empresas**

Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE)

6. 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio

entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

7. a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
8. b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
9. c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
10. d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
11. e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

12. – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
13. – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

– a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102.º (ex-artigo 82.º TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações

equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Artigo 103.º (ex-artigo 83.º TCE)

1. Os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as directivas referidas no n.º 1 têm por finalidade, designadamente:

a) Garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 101.º e no artigo 102.º, pela cominação de multas e adstricções;

b) Determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;

c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 101.º e 102.º, relativamente aos diversos sectores económicos;

14. d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à aplicação do disposto no presente número;

15. e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente secção ou as adoptadas em execução do presente artigo.

16.

Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, - Regulamento das Concentrações Comunitárias (Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:PT:HTML>, acesso em 11.09.2010)

...

Artigo 2º. Apreciação das concentrações

17. 1. As concentrações abrangidas pelo presente regulamento devem ser apreciadas de acordo com os objectivos do presente regulamento e com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

18. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

19. a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

20. b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

21. 2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

22. 3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva,

no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

23. 4. Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma concentração na acepção do artigo 3.o tenha por objecto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação deve ser apreciada segundo os critérios previstos nos n.os 1 e 3 do artigo 81.o do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

24. 5. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta designadamente:

25. - a presença significativa e simultânea de duas ou mais empresas fundadoras no mesmo mercado da empresa comum, num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado a esse mercado,

26. - a possibilidade de as empresas em causa, em virtude da coordenação directamente resultante da criação da empresa comum, eliminarem a concorrência em relação a uma parte significativa dos produtos ou serviços em causa.

27. Artigo 3º. **Definição de concentração**

28. 1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da:

29. a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou

30. b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

31. 2. O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

32. a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;

33. b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

34. 3. O controlo é adquirido pelas pessoas ou pelas empresas:

35. a) Que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos; ou

36. b) Que, não sendo titulares desses direitos nem beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

37. 4. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração na acepção da alínea b) do n. 1.

A JURISPRUDÊNCIA DO CADE E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM CRISE: UMA BREVE ANÁLISE DE JULGADOS SOBRE A TEORIA DA *FAILING FIRM*

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior
Procurador Federal, pós-graduado em direito da concorrência pela FGV/EDESP e em
regulação pela UnB. Coordenador da Procuradoria do CADE.

1 INTRODUÇÃO

O CADE é o tribunal administrativo, formado por sete conselheiros especialistas em direito ou economia, responsável por dar efetividade à política pública de proteção à livre concorrência, um dos princípios da Ordem Econômica. Sua jurisprudência constitui importante fonte de estudo para a doutrina do direito da concorrência, porquanto configura a opinião da autoridade pública responsável, no âmbito do Poder Executivo, em proferir a última palavra sobre o cometimento das infrações antitrustes, julgadas em processos administrativos, e sobre a potencialidade de riscos decorrentes das operações econômicas, analisadas no bojo dos atos de concentração.

Tendo em vista que o poder de polícia do CADE é exercido, sobretudo, perante sociedades empresárias, é comum temas do direito concorrencial refletirem em um ou outro aspecto da seara do direito mercantil. A sociedade empresária em crise, por exemplo, tem destaque no âmbito do direito antitruste, seja na análise de atos de concentração, com a teoria da *failing firm*, seja no julgamento de possíveis ilícitos antitruste, com a tese dos cartões de crise. Da mesma forma, é objeto de normatização própria no direito empresarial, através da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005), na qual o escopo principal é garantir a manutenção da sociedade em crise no mercado ou, caso inviável, assegurar, dentro das possibilidades do ativo empresarial restante, que haja a justa indenização dos credores.

O objetivo do presente trabalho é realizar uma perfunctória análise na jurisprudência dos atos de concentração do CADE que tratam das sociedades empresárias em crise, tema extremamente relevante para o direito concorrencial e para o direito empresarial. Tendo em vista que algumas decisões proferidas no âmbito do processo de falência ou de recuperação judicial podem também configurar operações econômicas submetidas à análise do CADE (exemplos: alienação de ativos ou fusões e aquisições para possibilitar a recuperação societária) e, portanto, podem existir decisões do CADE que vão de encontro a medidas judiciais deferidas no bojo do direito mercantil, o estudo do assunto transcende o interesse meramente acadêmico e doutrinário para alcançar pertinência empírica e fática.

A teoria da *failing firm*, objeto deste estudo, é a principal que aborda, de maneira direta, os reflexos da sociedade empresária em crise no direito antitruste.

2. A FAILING FIRM DEFENSE

A *failing firm defense*, também conhecida como teoria da *failing company* ou da *failing firm*, é um tipo de defesa apresentada pelos agentes econômicos ao CADE para justificar fusões e aquisições de sociedades em más condições financeiras. Nestes casos, para manter a sociedade empresária em funcionamento, os critérios utilizados pelo CADE para a análise concorrencial poderiam ser distendidos, de forma a se permitir operações que trariam algum risco à competitividade do mercado.

Há certo consenso entre os doutrinadores de que a aplicação da *failing firm theory* representa a inserção, na análise de concentrações econômicas, de outros valores que não meramente os de eficiência econômica pura. Richard Posner afirma que “*the defense is thus one of the clearest example in antitrust Law of a desire to subordinate competition to other values*” (POSNER, 1981, p. 472). O professor Hovenkamp reforça a idéia, ao explicar que “*the history of the failing company defense indicates that it was probably designed to protect the creditors, owners or stockholders, and employees of small businesses*” (HOVENKAMP, 2005, p. 551).

A legislação antitruste brasileira (lei em sentido estrito e atos normativos infralegais) não trata especificamente da teoria da *failing firm*, muito menos estabelece os seus requisitos, quando prescreve os procedimentos de análise das operações econômicas.

Nos Estados Unidos, o guia de análises de concentrações norte-americano adotou os seguintes requisitos para a aplicação da *failing firm defense*:

(1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and (4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market (HOVENKAMP, 2005, p. 554).³

Na Europa, três foram os requisitos delineados pela autoridade de controle antitruste da Comissão Europeia para a aplicação da *failing firm defense*⁴:

First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market (ECC, 2010, p. 187).⁵

1 “A defesa da *failing firm* é um dos claros exemplos do direito antitruste em que se subordina a competição a outros valores” – tradução livre.

2 “A história da *failing firm defense* indica que ela foi provavelmente criada para proteger credores, proprietários ou acionistas, e empregados de pequenas empresas” - tradução livre.

3 “(1) a sociedade empresária alegadamente insolvente deveria ser incapaz de cumprir suas obrigações financeiras no futuro próximo, (2) não seria capaz de se reorganizar com sucesso ao abrigo do *Chapter 11 of Bankruptcy Act* (da Lei de Falências norte-americana); (3) tem feito esforços infrutíferos, de boa-fé, para encontrar alternativa razoável, que mantenha seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que represente um perigo menos grave à concorrência do que a proposta de fusão e (4) caso inexistia a aquisição, os ativos da empresa saíam do mercado relevante” - tradução livre.

4 Hoje esses requisitos estão expressamente previstos no item VIII do Guia de Análises de Concentração Horizontal da União Europeia, elaborado em março de 2004 (ECC, 2010, pp.178-187), mas já haviam sido estruturados desde 1995.

5 “Primeiro, a sociedade em falência poderia ser forçada a sair do mercado, em um futuro próximo, em razão de dificuldades financeiras, caso não seja adquirida por outra. Segundo, não existe uma alternativa menos anti-competitiva do que a compra apresentada. Terceiro, na ausência da fusão, os ativos da sociedade em falência poderiam, saíam, inevitavelmente, do mercado” – tradução livre.

Assim, em síntese, analisando os dois modelos, podem ser elencados os seguintes requisitos para a aplicação da *failing firm defense*: (1) a sociedade empresária em crise deve ser incapaz de cumprir suas obrigações em um futuro próximo; (2) ela não deve ser capaz de reorganizar-se com sucesso ao abrigo da legislação falimentar vigente; (3) deve ter feito esforços de boa-fé para obter solução alternativa menos anticompetitiva sem, contudo, obter êxito, ou, alternativamente, demonstrar que solução menos anticompetitiva é inviável; (4) deve-se restar demonstrado que, na ausência da aquisição, os ativos da empresa iriam sair do mercado relevante;⁶ (5) finalmente, deve haver indícios de que, se a fusão ou aquisição da empresa em crise não ocorrer, praticamente toda a sua participação de mercado iria, invariavelmente, para o pretense adquirente.⁷

3 ESTUDO DE CASOS SOBRE FAILING FIRM

Conforme mencionado, não há na legislação brasileira, nem nos atos normativos elaborados pelos agentes administrativos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a previsão da *failing firm defense*. Contudo, isso não constituiu empecilho para que, em diversos casos, o CADE discutisse a aplicação da teoria, tendo sido encontrado um caso em que a aprovação da operação foi pautada primordialmente pela aplicação da defesa.⁸ É possível dizer, assim, que na jurisdição administrativa brasileira de proteção à concorrência existe precedente de aplicação da teoria da *failing firm*.

Depois da transformação do CADE em autarquia federal, fato que ocorreu após a promulgação da Lei 8.884/94, a primeira discussão acerca da aplicação da teoria da *failing firm* se deu no ato de concentração 0044/1995, julgado em 17 de dezembro de 1997, de relatoria do ex-conselheiro Renault de Freitas Castro. Tratava-se da aquisição, pela Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, de ativos da Mendes Júnior Siderurgia S.A.. Na ocasião, expôs o Conselheiro relator:

A SEAE, em seu parecer sobre o presente ato, considera que o argumento da empresa insolvente pode ser aplicado ao caso em questão, visto que a proposta de arrendamento feita pela Belgo-Mineira foi aceita porque outras propostas originárias da Açominas, Acesita, CSN e Usiminas, ou seja, provenientes de empresas fora do mercado relevante em questão, não obtiveram êxito. Concluiu a SEAE, como já visto, que a operação é passível de aprovação, considerando que a insolvência da MJS justifica a significativa elevação no grau de concentração do mercado relevante.

6 Estes quatro primeiros são baseados nos requisitos elencados pela autoridade antitruste americana.

7 Este último deriva da experiência da autoridade antitruste européia.

8 Dois foram os mecanismos de pesquisa utilizados para se buscar, na jurisprudência do CADE, julgamentos que tratassem da teoria da *failing firm*. Primeiro, utilizou-se a pesquisa dirigida do Google para procurar no domínio www.cade.gov.br as expressões “*failing firm*” e “*rescue merger*”. Segundo, foram analisados todos os pareceres da Procuradoria do CADE emitidos entre os anos de 1994 a 2009, os quais se encontram encadernados e arquivados na biblioteca da autarquia. Ao todo foram selecionados sete precedentes que demonstram de maneira clara como a teoria vem sendo discutida no Brasil.

Semelhante foi a conclusão da SDE, que, pelo mesmo motivo, considerou a operação sob a égide do art. 54 da Lei 8.884/94. De início, vale lembrar que o argumento da empresa insolvente é reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência nos casos em que as requerentes efetivamente demonstram que uma delas está em situação de insolvência e, ainda, que a outra detém capacidade econômica e financeira para impedir que os ativos da empresa insolvente deixem o mercado (BRASIL, 1997).

Os critérios utilizados para a análise da teoria, neste caso, foram os mesmos elencados pela autoridade antitruste norte-americana. O Conselheiro considerou que não restaram demonstrados os esforços de boa-fé da sociedade empresária em crise para poder encontrar alternativa razoável para aquisição, bem como não havia certeza de que, inexistindo o ato, os ativos da empresa deixariam o mercado. O ato foi aprovado porque, segundo entendimento do CADE, mesmo descartando a teoria da *failing company*, a operação promoveria um maior equilíbrio concorrencial no mercado relevante.

Outro caso importante foi o ato de concentração 08012.014340/2007-75, julgado em 13 de fevereiro de 2008, no qual o CADE, a partir de posicionamento exposto nos pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria Federal, utilizou a doutrina da *failing company* para aprovar a aquisição, pela Votorantim Metais Zinco S/A, dos direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S/A.

A Votorantim foi considerada nos autos como um monopolista, e iria, de certa forma, ampliar seu poder de mercado com a operação. O principal fundamento pela aprovação foi o de que a empresa adquirida era um agente inoperante (já falido). Sobre o assunto, a Procuradoria do CADE, após citar no seu parecer trecho do voto do Conselheiro Renault Freitas de Castro no AC 0044/1995 já referido, expôs:

Cuidando-se os requisitos acima declinados com a situação em apreço, pode-se constatar o total preenchimento. A empresa está falida, a adquirente é manifestamente solvente e o processo de venda se deu por meio de um certame público, franqueado a qualquer interessado [...] em princípio, não se vislumbra a possibilidade de efetivação de outras soluções menos anticompetitivas ao mercado. Conforme exposto pela Requerente, o contrato de arrendamento ocorreu mediante realização de certame judicial, ao qual não ocorreu qualquer interessado, à exceção da própria requerente. Não sendo apresentados outros compradores concorrencialmente preferenciais, não há que se falar em outras soluções menos anticompetitivas. Considerando o exposto, a teoria da *failing company* é, em tese, aplicável ao caso em questão, vez que as decorrências do ato de concentração são mais benéficas ao mercado do que a manutenção de massa falida e inutilização dos ativos minerários (BRASIL, 2008a).

O Plenário do CADE concordou à unanimidade com os fundamentos expostos no voto do ex-conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, relator do caso, que assim fundamentou a aprovação da operação sem restrições:

As requerentes defenderam a aplicação da teoria concorrencial da *failing company* para que o Ato de Concentração fosse aprovado, seguindo o rito sumário [...]. A SEAE, seguida pelos Pareceres da ProCADE, acolheu essa teoria. No entanto, apesar da alta concentração, a SEAE, após cuidadosa análise, entendeu que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes era baixa, dadas as condições de entrada no mercado, a rivalidade entre os participantes e a possibilidade de importação, sob certas condições, proveniente de um número significativo de ofertantes internacionais. Além disso, a Secretaria entendeu que havia forte poder de barganha das siderúrgicas, setor que mais absorve o zinco como matéria-prima-prima. Considerando essas informações, somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa em fase de liquidação judicial (teoria da *failing company*), e, em especial, no qual houve leilão judicial com proposta apenas da VMZ, há de se considerar que é desnecessária a solicitação de maiores informações acerca do mercado, de modo que a operação deve ser aprovada sem restrições (BRASIL, 2008b).

Ainda que outros motivos tenham sido listados para a aprovação da operação, a aplicação da teoria da *failing firm* foi a *ratio decidendi* do julgado, configurando esse caso, pois, um precedente no qual o CADE, ao analisar uma operação, constatou o preenchimento de todos os requisitos para a *failing company defense* e a aplicou.

Diversos outros julgados discutiram a teoria sem que, contudo, o CADE entendesse presentes todos os requisitos para a sua aplicação.

No ato de concentração 0092/1996, sob a relatoria do ex-conselheiro Marcelo Procópio Calliari, julgado em 15 de abril de 1998, referente à aquisição da CELITE S.A., que estava em concordata, pela INCEPA, no mercado de louças sanitárias, a tese foi ventilada pelas empresas, tendo sido rejeitada pelo CADE, porque não havia demonstração de que os ativos teriam efetivamente sido oferecidos a outros concorrentes. A operação foi aprovada sem restrições tendo por fundamentos a existência de efetiva rivalidade, bem como a ausência de significativas barreiras à entrada no mercado (BRASIL, 1998a).

No ato de concentração 0084/96, julgado em 12 de agosto de 1998, o CADE analisou a teoria na operação de aquisição de controle da Metal Leve S.A. Indústria e Comércio pela COFAP – Companhia Fabricadora de Peças e pela MAHLE GmbH. A relatora Lúcia Helena Salgado e Silva entendeu que não ficou comprovado que a Metal Leve S.A. estivesse realmente em situação pré-falimentar, rejeitando, pois, a *failing firm defense*. Novamente os critérios do direito antitruste norte-americano foram utilizados para embasar a decisão do CADE. A operação foi aprovada com restrições, pois alguns ativos da Metal Leve S.A. tiveram que ser alienados (BRASIL, 1998b).

A aquisição da Baesa pela Brahma, referente ao mercado relevante de refrigerantes carbonados, foi apresentada ao CADE através do ato de concentração 08012.007374/1997-34, cuja relatoria foi do ex-conselheiro

Arthur Barrionuevo Filho. Novamente a teoria foi alegada, tendo em vista que a Baesa estava em dificuldades financeiras. Contudo, o Plenário do CADE a rejeitou, com espeque nos requisitos norte-americanos, uma vez que não foi demonstrada a inexistência de compradores alternativos viáveis. O processo foi julgado em 30 de setembro de 1998, tendo sido a operação aprovada sem restrições, sobretudo por conta da rivalidade existente no setor, liderado pela Coca-Cola (BRASIL, 1998c).

O ato de concentração 08012.005205/99-68, referente à compra da CASIL Indústria e Comércio S.A. pela São Juliano Participações Ltda., sob a relatoria do ex-conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, foi julgado em 01 de junho de 2005. A CASIL atravessava dificuldades financeiras, e isso foi argumentado pelas empresas como motivo da aprovação da operação. Embora a tese da *failing firm* não tenha sido expressamente mencionada, tanto a SDE quanto a SEAE afastaram a hipótese, porquanto a situação de iminente quebra da sociedade empresária não estava materializada (BRASIL, 2005). A operação foi aprovada sem restrições por outros motivos.

Finalmente, um caso mais recente em que houve a discussão da teoria foi o ato de concentração 08012.000304/1998-81, julgado em 23 de julho de 2008, o qual tratava da transferência de todo o acervo industrial da Amadeo Rossi S.A. para a sociedade Forjas Taurus S.A.. Apesar de a Taurus ter listado a situação financeira pela qual atravessava a Rossi S.A. como fundamento para aprovação da operação, não foram encontrados, nos autos, todos os elementos necessários para a utilização da *failing firm defense*. A Procuradoria do CADE, na ocasião, mencionou:

Por outro lado, o argumento de que a operação apenas se concretizou porque a Rossi atravessava sérias crises financeiras, numa tentativa de se aplicar a teoria da *failing company defense* ao caso, não merece prevalecer neste momento [...] Como se observa, não há nos autos elementos que comprovem a existência dos requisitos exigidos para a aplicação da *failing company defense*. Os demonstrativos contábeis da Rossi (fls. 607/610) não conduzem à conclusão do estado falimentar da empresa, nem há comprovação de que os ativos da Rossi inevitavelmente sairiam do mercado, caso não houvesse o ato de concentração. A propósito, convém salientar que a Rossi continua explorando a atividade econômica, embora não mais atue no mercado de armas curta (BRASIL, 2008c).

A operação foi aprovada, mas não por se tratar de uma sociedade empresária em crise. Segundo o Conselheiro relator, Luis Fernando Rigato Vasconcelos, o principal fundamento foi, dentre outros, o lapso de 10 anos encontrado entre a realização da operação e a sua notificação ao CADE. Qualquer intervenção no caso, segundo o CADE, poderia ser mais prejudicial à concorrência do que a operação. Contudo, multa substancial por conta da notificação intempestiva foi infligida aos agentes (BRASIL, 2008d).

Assim, o estudo de casos permite constatar que a teoria da *failing firm* há muito é discutida nos processos de ato de concentração submetidos ao CADE, tendo o Conselho, na maioria deles, utilizado os critérios da doutrina norte-americana. Já houve precedente em que o CADE reconheceu todos os elementos presentes para aplicar a defesa da sociedade empresária em crise, adotando a teoria como *ratio decidendi* da aprovação. Isso porque, a despeito da ausência de previsão normativa (leis em sentido estrito e atos normativos infralegais), a teoria vai ao encontro das finalidades da legislação antitruste vigente, conforme restou ponderado pelo ex-conselheiro Arthur Barrionuevo, no trecho do seu voto a seguir transcrito:

Considero razoáveis – dentro do espírito da Lei 8.884/94 – as condições impostas na jurisprudência americana, para a análise dos efeitos concorrenciais de uma operação envolvendo firmas em estado falimentar. A tese da firma falimentar busca estabelecer critérios que mostrem – sem qualquer dúvida – que a absorção de uma firma falida por um concorrente, não provoca danos ao processo competitivo. Neste sentido, é uma preocupação equivalente a aquela presente no Art. 54 da Lei 8.884/94 (BRASIL, 1998c).

De maneira semelhante, a Procuradoria do CADE expôs na seguinte passagem:

[...] não obstante inexistam quaisquer previsões acerca da *failing company defense* na legislação brasileira, ela apresenta-se em consonância com o sistema jurídico de defesa da concorrência brasileira. Sendo o objetivo do direito antitruste a maximização do bem-estar, é inevitável fazer-se a ponderação entre as perdas sociais decorrentes da concentração econômica - ilustrado pelo triângulo de peso morto e outros quejandos - e os benefícios sociais proporcionados ao se evitar a destruição de riquezas - ativos tangíveis e intangíveis que se perderiam com a falência (BRASIL, 2008a).

A utilização da teoria da *failing company* no Brasil está, pois, em conformidade com os ditames da Lei 8.884/94.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto no Brasil, nem a lei, nem os atos normativos infralegais tratam especificamente da teoria da *failing firm*, nos Estados Unidos e na União Européia, os guias de concentração horizontal disciplinam detalhadamente a aplicação da teoria perante os órgãos de defesa da concorrência.

Contudo, apesar da ausência normativa de expressa previsão da teoria, o CADE, em diversos julgados, discutiu profundamente a tese e, em um precedente, o ato de concentração 08012.014340/2007-75, chegou a aprovar uma operação utilizando como fundamento principal a *failing firm defense*.

Em regra, conforme se constatou a partir do estudo de casos, os critérios do guia de análises de concentração horizontal norte-americano foram utilizados como parâmetro para a discussão da teoria no CADE.

A utilização da *failing firm defense*, uma vez preenchidos os seus requisitos, apresenta-se em consonância com o sistema jurídico de defesa da concorrência brasileira e com os princípios e regras estabelecidos na Lei 8.884/94.

Longe de encerrar o assunto, o presente trabalho busca apenas, a partir da análise da jurisprudência do CADE, suscitar, no ambiente acadêmico, a discussão sobre o intercâmbio entre o direito da concorrência e o direito empresarial, com a finalidade de dar ao operador do direito a segurança jurídica necessária para trabalhar com assuntos tão relevantes para o mercado e para a economia, como é o tema da sociedade empresária em crise.

FONTES DE PESQUISA

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0044/1995. Relator: Renault de Freitas Castro. Julgado em 17.12.1997. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000471681709.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0092/1996. Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15.04.1998a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000161701256.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 0084/1996. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12.08.1998b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000162851884.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.007374/1997-34. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30.09.1998c. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000164861397.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.005205/1999-68. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 01.06.2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000218291195.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2010.

BRASIL. Procuradoria Geral Federal – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Parecer n. 08/2008. Processo Administrativo 08012.014340/2007-75. Julgado em 13.02.2008a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000331171385.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.014340/2007-75. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 13.02.2008b. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000345181175.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Procuradoria Geral Federal – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Parecer n. 437/2008. Processo Administrativo 08012.000304/1998-81. Julgado em 23.07.2008c. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000371861146.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Processo Administrativo 08012.000304/1998-81. Relator Luis Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 23.07.2008d. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000381651280.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2010.

EUROPEAN COMMISSION COMPETITION (ECC). *EU Competition Law – Rules Applicable to Merger Control – Situation as at 1 april 2010 – Competition Handbooks*. Bruxelas, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 3 ed. Estados Unidos: Thomson West, 2005.

POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials* 2 ed. Estados Unidos: West Group, 1981.

O CADE NA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: O EXEMPLO DA CONSULTA SOBRE A CONCESSÃO DE TRANSPORTE MUNICIPAL EM MANAUS.

Gilvandro V. Coelho de Araújo
Procurador Federal
Procurador Geral do CADE 2010-2012

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os serviços públicos entre a universalização e a concorrência; 3 As competências do serviço público concorrencial; 4 Autonomia e competência dos municípios na elaboração de suas normas: a consulta formulada ao CADE pelo Ministério Público de Manaus; 4.1 A competência do CADE no caso em apreço, 5 Considerações finais.

RESUMO: A prestação de serviços públicos aos cidadãos encontra-se prevista na Constituição Federal. O disciplinamento dessas atividades, além de respaldar metas de universalização, não pode prescindir dos benefícios de uma exploração eficiente, vislumbrada na concorrência entre agentes econômicos. O presente texto, trazendo como referência consulta formulada sobre a concessão de transporte municipal do município de Manaus, demonstra que a autoridade antitruste pode proferir decisões sancionatórias e atos de constatação.

1. INTRODUÇÃO

Dentre outras atribuições, o Estado está jungido à prestação de utilidades ou comodidades materiais quando não convém relegá-las à livre iniciativa¹. O serviço público, nesse sentido, pode até caracterizar implementação de direitos fundamentais², exigindo estruturação de competências públicas.

O serviço público, nos moldes de sua origem francesa, exigia a plena intervenção da força do governante, justificativa que prevaleceu na doutrina até meados do séc. XX³. O avanço tecnológico, todavia, inseriu novas tendências para o atendimento do serviço público⁴. Permanecem exigências tradicionais inerentes ao serviço, como a universalização, expressão da “solidariedade social intangível”⁵, mas há atividades em que, concomitante à satisfação do interesse fundamental delineado, traduz-se maior otimização da riqueza econômica se prestadas em regime de competição.

É objetivo do serviço público a distribuição de benefícios para os cidadãos confrontados às externalidades sociais, inobstante o resultado econômico da atividade: “Pouco importa se o resultado final será o aumento ou a diminuição da riqueza global (Pareto) ou, ainda se existe a possibilidade teórica de compensação entre os beneficiados e os que serão prejudicados (Kaldor-Hicks)”⁶.

Forçoso reconhecer, por outro lado, que o avanço tecnológico indicado trouxe outra premissa pra o serviço: em se admitindo uma pluralidade de agentes aptos a prestar as atividades de serviço público, não se pode prescindir da busca do melhor aproveitamento econômico na consecução deste serviço.

Segundo Vital Moreira, abordando as modificações vivenciadas na Europa em relação ao serviço público, a busca de maior eficiência propiciou

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.619. Para o autor, não basta exercer o poder de polícia inerente à generalidade das atividades privadas.

2 MOREIRA, João Batista Gomes: *Direito Administrativo*: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática, Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 379-396

3 DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Boccard, 3. ed. T 2, 1928, p.61 “(… l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernements, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante”.

4 JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 221. O serviço público não está morto, mas apenas sofrendo um período de adaptação a uma nova realidade. “É inegável que a disciplina de serviço de interesse geral passou por uma modificação no tocante ao seu significado, não apenas semântico, mas axiológico. O estudo da Comissão de Bruxelas reconheceu não só o seu valor econômico, mas o seu papel fundamental para o desenvolvimento da coesão social e territorial e da solidariedade, que atualmente constituem elementos chaves para o modelo europeu de sociedade”.

5 STOFFAËS, Christian (org): *Services Publics, questions d’avenir, Rapport de la commission, Commissariat général du Plan*, Editions Odile Jacob, 1995. p. 76. “Le service universel est l’expression de solidarités sociales intangibles”.

6 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica, princípios jurídicos e fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.28. A expressão em destaque pode ser entendida como a satisfação de direito fundamental de inclusão social, oportunizando a todos satisfação de necessidades que a coletividade deliberou como prementes.

a transposição do serviço público *à la française*, fora do mercado, para o serviço público do mercado e da concorrência⁷.

A inserção da concorrência na seara do serviço público representa a quebra da tradicional dicotomia direito público e direito privado⁸, emergindo, daí, um plexo de competências para as autoridades estatais que até então não se relacionavam. Particularmente à concorrência, esta era inimaginável em regime de controle de preços, de monopólios públicos calçados em subsídios estatais.⁹

É preciso, agora, consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas e sofisticadas competências do Estado (legislativas, administrativas e mesmo jurisdicionais), que têm de ser identificadas analiticamente: habilitar as empresas a atuar no mercado (concedendo, autorizando, permitindo, licenciando, etc.), fixar ou controlar preços e tarifas, obrigar o atendimento de certas demandas de consumidores, *impor limites, encargos e sujeições* em função do desempenho da atividade- e assim por diante.¹⁰

Alguns serviços, como no caso de transportes municipais, além dos aspectos de concorrência, deve-se defrontar com competências de entidades federativas distintas, o que exige um cotejo entre a otimização do serviço e a autonomia federativa. Essas são questões com que a procuradoria se defronta, e foi exatamente do que tratou os autos do Processo Administrativo (Consulta) nº 08700.004867/2007-33, acerca da concorrência na prestação de serviço público de transporte urbano no Município de Manaus.

2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS ENTRE A UNIVERSALIZAÇÃO E A CONCORRÊNCIA

A identificação do interesse público exige hoje a intervenção de múltiplos agentes. Regulador, sociedade civil, técnicos, todos contribuem. A intercomunicação, verdadeiro instrumento para identificação da finalidade

7 MOREIRA, Vital (org): *Regulação Econômica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral, Estudos de Regulação Pública I, Cedipre*. Coimbra: Coimbra 2004. p.549 O organizador afirma que o art. 16 do Tratado de Amsterdã é um princípio geral de proteção dos serviços de interesse geral, e que não se encontra a expressão serviço público. O direito comunitário transpôs o serviço público de tradição francesa, fora do mercado, para o serviço do mercado e da concorrência.

8 Até então dizia RIVERO, Jean et WALINE: *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 1998, p. 35. “*Les règles de droit administrative se caractérisent par rapport à celles du droit privé, soit en ce qu’elles confèrent à l’administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu’elles imposent à sa liberté d’action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux*”. Para Alexandre Santos Aragão “a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações dos serviços públicos (cláusulas regulamentares, *jus variandi* da Administração, equação econômico-financeira, etc.)” ARAGÃO, Alexandre Santos: *Serviços Públicos e Concorrência*, Belo Horizonte, RDPE, Forum, 02, 2003, pp 63 e 64

9 “*Cela explique que ce qui apparaissait il y a quelque temps encore comme relevant du monopole naturel sur les plans de l’efficacité technique et économique est désormais largement contesté du fait des nouvelles opportunités technologiques d’acheminement d’information*”. David Encaoua et Laurent Flochel, *La tarification: du monopole à la concurrence régulée*, AJDA, 20 mars 1997, p.254

10 SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Direito Administrativo Econômico- Introdução às Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32-33.

pública, serve para apresentar os elementos que justificam a existência do serviço.¹¹

A regulação estatal coordena, fiscaliza, dirige, coíbe ou desincentiva condutas, incentiva, fomenta, planeja, organiza, nos termos da ordem econômica constitucional¹². A regulação é o instrumento para respaldar as decisões da intercomunicação e até podem ensejar um maior custo na prestação do serviço, já que o vetor prioritário pode ser corrigir injustiças na repartição de riquezas¹³.

[...] deve-se reconhecer que nem todas as intervenções regulatórias serão pró-competitivas. As peculiaridades dos setores regulados, e, principalmente, os diferentes objetivos encampados por uma política pública setorial, por vezes impõem, que sejam aplicadas, sobre o setor, regras que limitem a livre concorrência entre os agentes.¹⁴

Cabe à autoridade estatal, assim, a definição da política pública do serviço, apontando os seus alicerces e objetivos. A continuidade, a universalidade, a universalização são aspectos que devem ser claramente traçados pela autoridade estatal.¹⁵

11 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.158.

12 CAMPILONGO, Celso; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; LESSA MATTOS, Paulo Todescan, (Orgs). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.96 e97; Dentre as funções, normalmente se inclui o controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico financeiro do contrato; a universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; fiscalização do cumprimento do contrato de concessão, arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas. Ver FIGUEIREDO, Marcelo (Org): *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 98.

13 Daí a própria ordem econômica, art 170, caput, enfatizar a garantia de uma existência digna, conforme os ditames de justiça social. No dizer do Prof. GRAU, Eros: *A Ordem econômica na Constituição de 1998*, São Paulo, Malheiros, 2005, 10ª edição, p 224 “Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico.Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.” Segundo STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E: *Principles of Microeconomics*; tradução de Helga Hoffmann, Rio de Janeiro, Campus, 2003, p. 174. “Eficiência é melhor que ineficiência, mas não é tudo na vida. Em equilíbrio competitivo, alguns indivíduos podem ser muito ricos, enquanto outros vivem na mais abjeta miséria. Uma pessoa pode ter habilidades muito apreciadas, e outra não. A competição pode levar a uma economia eficiente com uma distribuição muito desigual de recursos”. Entendo que eficiência na observação acima deve ser tratada como “menor custo” e não eficiência no sentido de “melhor distribuição de riquezas”. Obviamente que eficiente é a política que atende aos seus objetivos, independente dos custos despendidos. Daí admitirem-se políticas compensatórias que sejam de alto custo, mas que são eficientes para corrigir desigualdades sociais.

Parecer proferido nos autos do Processo Administrativo do CADE nº 08700.002928/2006/47 envolvendo a Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais.

Nos termos da lição de Floriano Azevedo Marques Neto, *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”*, Belo Horizonte, RDPE, nº 14, abr/jun 2006. p. 75-115.

14 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Parecer proferido nos autos do Processo Administrativo do CADE nº 08700.002928/2006/47*.

15 MARQUES NETO, Floriano Azevedo: *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “Telefone Social”*, Belo Horizonte, RDPE, nº 14, abr/jun 2006. p. 75-115. “[...] A Continuidade consuma-se com um dever negativo consistente em impedir que haja interrupção na oferta ou que o serviço deixe de ser prestado por inexistir quem tenha interesse em fazê-lo (situação que obriga o poder público, titular da obrigação de serviço público, a assumir diretamente a prestação. [...]) Já a universalização revela-se com contornos um pouco distintos. Traço essencial dos serviços públicos, ela não se confunde com o princípio da universalidade ou da generalidade. Estes últimos predicam que o serviço deva ser ofertado indistintamente a toda gente, que não possa haver discriminação por razões de caráter pessoal na oferta e fruição da atividade.

A universalização, instrumento maior de correção de assimetrias sociais, é o aspecto que apresenta maior complexidade na relação com a concorrência. De fato, dependendo da necessidade social do serviço, pode-se até inviabilizar a competitividade. Por isso é que se faz fundamental na política de universalização a indicação dos beneficiários, as fontes de financiamento, bem como os mecanismos adequados aos objetivos¹⁶.

Definidos os aspectos de universalização e persistindo a possibilidade de minimização de custos no serviço ante a pluralidade de agentes aptos a prestá-lo, a concorrência entre os operadores passa a ser imperativo constitucional. Assim, se é assegurado o transporte coletivo aos cidadãos¹⁷, serviço caracterizado como público e com missões de universalização, seu funcionamento não pode abstrair preceitos concorrenciais se assim for possível¹⁸.

Nesse sentido, a ponderação entre concorrência e aderência às missões de universalização exige: adequação (só pode haver restrição à concorrência quando expressamente fundamentado para alcançar objetivos de política pública e que não comportem concorrência.); necessidade (se houver duas perspectivas, uma que restrinja a concorrência e outra não, deve-se preferir a segunda)¹⁹. Benefícios imediatos, sem concorrência, no curto prazo, não podem deixar de ser confrontados com a realidade de um serviço competitivo no longo prazo.²⁰

O contexto indica que podemos dividir as atividades de serviço público em: i) atividades em que a solidariedade intangível pode eximir o imperativo de concorrência²¹; ii) atividades em que universalização e

[...] A universalização, porém, tem outra configuração. Ela envolve um dever positivo do poder público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público. A universalização implica, pois, a adoção de políticas públicas aptas a, suprimindo hipossuficiências, integrar os menos afortunados à relação de consumo de um bem ou utilidade pública.

16 idem.

17 Nesse sentido o art. 30, V, da Constituição Federal.

18 GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. p. 77. “Assim, criar uma política que persegue a eficiência alocativa dos mercados significaria aumentar riqueza e bem-estar para o conjunto dos produtores e consumidores da sociedade”. O STJ, MS 7017/2005, Rel José Delgado, DJ 02/04/2001, indicou “[...] 2. É salutar que o sistema de comunicações possa ser executado de modo que facilite a concorrência entre empresas do setor e que possibilite meios de expansão do desenvolvimento da região onde vai ser utilizado. [...]”. O TRF da 1ª Região, AMS 199834000098264, DJ 01/06/2006 indicou: “[...] A exclusividade na exploração de serviço público é inteiramente contrária ao próprio interesse público, uma vez que desprestigia a salutar prática da livre concorrência entre empresas, deixando de propiciar um serviço mais ágil e de qualidade ao usuário do transporte coletivo de passageiros. [...]”. No mesmo sentido o TRF da 1ª Região, AC 200101000201210, Rel Desembargador Fagundes de Deus, DJ 23/08/2004. No mesmo sentido o art 16 da Lei 8.987/95 que diz só poder haver exclusividade na outorga da concessão quando houver necessidade técnica ou econômica justificável.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Concorrência*. Belo Horizonte: RDPE, Forum, 2003. p 75.

20 Como é sabido, a infração contra a ordem econômica denominada preço predatório, no curto prazo apresenta ganhos à coletividade, já que existe uma diminuição dos preços do infrator em relação aos demais concorrentes do mercado. Todavia, no longo prazo, a perspectiva de um monopólio pode trazer prejuízos irreversíveis ao consumidor, bem como a própria riqueza social diminuirá.

21 Exigência do art. 21, XII, e, da Constituição. A continuidade e a universalização na prestação do serviço se impõem.

maximização de bem estar agregado andam juntos, sendo a concorrência o melhor instrumento para consecução destes objetivos²².

Diante do quadro acima, percebe-se que razões técnicas da atividade e de fundamentação do órgão regulador balizam o tratamento do serviço público, revestindo-o de natureza complexa²³.

3 AS COMPETÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO CONCORRENCIAL

Observada a presença do serviço público concorrencial, as manifestações desafiam para o regulador e para o CADE análises específicas.

Quando a lei 8.884/94 dispõe sobre a repressão à infração 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 econômico²⁴, atinge prioritariamente os agentes econômicos em sentido estrito, quer de origem pública ou privada.

Nesse sentido, a interpretação do art. 15 da Lei 8.884/94, que trata dos sujeitos passíveis de cometer infração à ordem econômica abarca os agentes que exercem atividade econômica, quer seja o poder público (quando excepcionalmente exerce tal função nos moldes do art. 173 da CF em razão do interesse coletivo ou segurança nacional), e, no caso mais comum, a iniciativa privada²⁵.

Paula Forgione, a respeito, comenta:

Neste passo, devemos ponderar em que medida os entes ligados à Administração estariam sujeitos aos dispositivos da lei antitruste. Para tanto, há de se ter em mente que a Lei 8.884, de 1994, está voltada à disciplina das condutas de agentes econômicos no mercado, *não incidindo sobre a implementação de políticas públicas*. Isso significa que a *Administração Pública*, ao desempenhar suas funções (= deveres/poderes), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitrustes dedicam aos agentes econômicos que atuam no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Repita-se: a Administração não está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de atividade econômica em sentido estrito.²⁶

22 ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Colmares, 2004. p. 602-604. “Fala-se de um serviço universal a todos os cidadãos em seus níveis básicos. Trata-se de um novo conceito de serviço público e um novo modelo de regulação econômica, uma regulação para a concorrência em que se evita monopólios privados que podem ser tão ineficientes quanto eram os monopólios públicos. Promove-se a concorrência onde ela é possível e protege os interesses dos usuários (segurança, qualidade e preço do serviço)”.

23 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Concorrência*. Belo Horizonte: RDPE, Forum, 2003. p 78.

24 Vide art. 1º da Lei 8.884/94,

25 Art. 15. Esta lei aplica-se às *pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado*, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal

26 FORGIONE, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2005. p.158.

Se esta vertente antitruste é a mais conhecida, ela não é, contudo, a única. E é nessa segunda perspectiva que vamos encontrar a relação entre regulador e autoridade antitruste.

Quando o CADE se depara com ato normativo, oriundo de competência constitucional ou legal de autoridade pública, a competência do CADE não é sancionatória, cujos sujeitos estão previstos no art. 15 suso indicado. Trata-se de uma defesa/orientação dos preceitos de concorrência salvaguardados na Constituição Federal e na Lei 8.884/94.

Assim, o CADE não profere ato construtivo contra o agente regulador, mas “ato de constatação” para que o ente público relacione suas manifestações aos preceitos de concorrência exigidos por Lei (art 7, X, da Lei 8.884/94)²⁷. Fala-se em ato de constatação por faltar ao CADE competência para desconstituir atos normativos ou que caracterizem exercício de autonomia constitucional.

Aliás, como bem indicou o Conselheiro Ricardo Cueva, em voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, caso conhecido como THC2, que envolvia agentes econômicos no porto de Santos, o CADE não revisa políticas públicas, conquanto deva salvaguardar a higidez da ordem econômica:

Não é o CADE um ‘revisor’ de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração contra a ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente.

Todavia, se há perspectiva concorrencial no serviço, o CADE há de se manifestar. O STJ indica o dever de a autoridade antitruste se posicionar sobre aspectos concorrenciais.

[...]11. Deveras, a questão concorrencial, em princípio, deve ser analisada pelo CADE para instruir demandas que suscitam as vicissitudes do direito econômico no afã de aferir se o direito é líquido e certo, por isso que na sua ausência, porquanto arquivado o processo em referido órgão, subjaz a presunção de legitimidade do ato da Administração Pública [...] (grifo nosso)²⁸

27 Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE: X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei. Já por ato de constatação, entende-se que “ato de constatação é aquele pelo qual a Administração verifica ou proclama uma situação fática ou jurídica ocorrente. Tais atos vinculam a Administração que os expede, mas não modificam, por si sós, a situação constatada, exigindo um outro ato constitutivo ou desconstitutivo para alterá-la. Seus efeitos são meramente verificativos”. Cf Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, 27. ed. p.173.

28 Ministro Luiz Fux, Relator do MS 12121/DF, DJ em 11.06.07,

Ou seja, pode-se afirmar que se a prática infrativa de agentes econômicos não enseja dúvidas quanto à competência sancionatória do CADE, a ausência de competência constritiva para punir desvios concorrenciais não impede a “constatação” da admissibilidade/necessidade de concorrência na manifestação da autoridade reguladora. Trata-se do dever de orientação, *competition advocacy*, que também é uma das missões do CADE.

Tratando da advocacia da concorrência, a OCDE apontou que a política da concorrência no Brasil deve ser valorizada:

O SBDC faz advocacia da concorrência em duas dimensões. A primeira reflete o papel dos órgãos como consultores do governo e das agências reguladoras do setor no que tange à legislação e regulamentos que implicam política de concorrência. A segunda é como proponentes para maior reconhecimento público e aceitação dos princípios de concorrência.²⁹

No mesmo trabalho, a OCDE recomenda ao CADE servir como defensor da concorrência em relação à legislação federal (e podemos dizer, também, estadual e municipal):

O CADE desempenha um papel crucial no processo regulador, uma vez que é a única agência autônoma com competência e expertise necessárias para opinar em relação a questões de política de concorrência.³⁰

Como se pode observar, não só há competência para o CADE manifestar-se, como também é algo recomendável, segundo orientação de organismo internacional especializado na matéria.

4 AUTONOMIA E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS NA ELABORAÇÃO DE SUAS NORMAS: A CONSULTA FORMULADA AO CADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MANAUS

Em exemplo concreto do que foi afirmado no presente texto, a Procuradoria do CADE manifestou-se na consulta formulada pelo Ministério Público Estadual de Manaus, na qual se questionou haver possíveis irregularidades em licitação para prestação do serviço público de transporte coletivo urbano de Manaus/AM. Foram confrontados, mais especificadamente, aspectos do processo licitatório estabelecido no Edital nº 001/2007-CEL-TP/PMMN³¹.

29 OECD: Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares-, *Inter-American Development Bank-Organisation for Economic Co-Operation and Development*, 2005, p.97.

30 Idem, p. 122.

31 Aspectos lançados pelo MPE na sua representação: - “ao defender a abertura da licitação unicamente para consórcios e sociedades de propósito específico, o Município argumenta que a opção se justifica tendo em vista a facilidade de controle sobre o serviço, bem como os benefícios financeiros que esse tipo de organização traria para a concessão” [...] -[Todavia, para o Ministério Público isso violaria o princípio da livre concorrência (art 170, IV da CF), porque] “em primeiro lugar, apenas consórcios e empresas previamente constituídas em sociedade de propósito específico poderão concorrer, excluindo licitantes individuais, ainda que detentores de comprovada capacidade técnica e financeira; segundo, porque ficou determinado que o

O tema ensejou a ponderação específica: como abordar a autonomia municipal e a otimização da prestação do serviço através do regime de concorrência.

Quanto à autonomia do ente federativo, restou claro que a Constituição Federal é de clareza hialina³²: A autonomia dos Estados e Municípios, aliás, tem sido ferrenhamente defendida em arestos jurisprudenciais do STF, o qual se posiciona pelo resguardo do múnus da municipalidade na Federação.

Ementa

Estabelecimentos Bancários- Competência do Município para mediante lei, obrigar instituições financeiras a instalar, em suas agências, dispositivos de segurança. Inocorrência de usurpação de competência federal. Recurso improvido.

O Município dispõe de competência, para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, dos pertinentes equipamentos de segurança, tais como portas eletrônicas ou câmaras filmadoras, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil, Precedentes. (grifo nosso) (RE-AgR 312050/MS, Rel Celso de Mello, DJ em 06.05.2005)

Também é fato que o serviço público, cuja titularidade a Constituição atribuiu a ente federativo, tem peculiaridades no seu tratamento, já que a deliberação sobre a forma de condução do serviço corresponde à

serviço será executado sob a forma de "lote único" "[...] - "Sendo um dos objetivos da Licitação a aquisição de bens ou serviços a concessão mais vantajosa para a Administração Pública, nada justifica que haja restrições à participação de qualquer interessado" [...] "[Para Ministério Público, impedir a participação de consórcios (que, ademais, não são pessoas jurídicas), ou, ao contrário, admitir unicamente a participação destes em qualquer licitação é algo anticoncorrencial]. (...) - "Se era intenção da administração restringir a participação a grupos ou pessoas que efetivamente tivessem capacidade técnica, tais exigências deveriam constar apenas dos requisitos de habilitação técnica. Não há correlação lógica entre a forma organizacional do licitante e sua capacidade pra prestar os serviços licitados. A cláusula restritiva não traz vantagem alguma para a Administração, e ainda restringe a participação de pessoas jurídicas não consorciadas ou não associadas, o que é evidente violação aos princípios da Administração" [...] - "Se a justificativa da administração para admissão exclusivamente de consórcios e sociedades de propósito específico está relacionada ao maior poder de negociação junto aos credores, como quer fazer crer o Município, a restrição de participação de empresas isoladas tampouco é suficiente a garantir tal desiderato, já que é da própria natureza das economias de escala que mesmo empresas isoladas, pelo processo de ganho de eficiência decorrente da racionalização de custos, possam adquirir posição dominante que lhes autorize a legitimamente negociar em posição privilegiada. Aliás, a única hipótese de concentração legitimamente admitida pela Lei antitruste (Lei 8.884/94), é precisamente aquela decorrente do processo de racionalização de custos, nos termos do que expressamente prevê o § 1º do seu art. 20" [...] - "Ao fazer concessão do serviço em "lote único", o Poder Concedente está formando um monopólio artificial, como dominação de mercado superior a 20%- de fato, é uma dominação de 100% do mercado-, o que impõe a manifestação dos órgãos de defesa da concorrência (§3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94)" [...] - "para apuração de pretensa infração contra a ordem econômica perpetrada pela empresa de transportes urbanos do Município de Manaus/AM, o qual teria majorado de forma antieconômica a tarifa remuneratória dos serviços de transporte coletivo urbano, infringindo a lei 8.884/94

32 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**, nos termos desta Constituição

competência da pessoa jurídica de direito público³³. Em uma frase: O Administrador é que deve traçar a política pública³⁴.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assim pontificou:

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. §2º do artigo 229 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Transporte Coletivo Intermunicipal. Transporte Coletivo Urbano. Artigo 30, V, da Constituição do Brasil. Transporte gratuito. Competência legislativa. Policiais Civis. Direito Adquirido. Inexistência.

1. Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. 2. Servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes. 3. A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. 4. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente. (g.n.) (ADI 2349/ES, Rel Min Eros Grau, DJ em 14.10.2005).³⁵

No mesmo prumo é o Acórdão RE 191532 do STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 29.08.1997, em que se decidiu pela competência municipal na fixação das tarifas do transporte coletivo urbano.

Ementa

I- Concessão de Serviço Público municipal de transporte coletivo: revisão de tarifas: questionamento relevante da validade da cláusula do contrato de concessão que a determina sempre e conforme os mesmos índices da revisão das tarifas do mesmo serviço deferida no município da capital. O reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário: *não parece razoável, à vista do art. 30, V, CF, que o conteúdo dessa decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro.* II Recurso extraordinário, porém de

33 Assim, quando disciplina serviço público, o ente federativo autônomo detém a disponibilidade da atividade, sendo ele o disciplinador da política pública traçada.

34 Art. 30 Compete aos Municípios I- Omissis [...] V- Organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial

35 No Processo suso transcrito, apontou o voto do Min. Eros Grau: [...] “De resto, os transportes coletivos de passageiros são serviços públicos, área na qual o princípio da livre iniciativa não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão e permissão, observado o disposto no art. 175 e seu parágrafo único da Constituição Federal”. [...]

que não se pode conhecer, dada a existência de acórdão recorrido de outro fundamento suficiente à concessão de segurança. (grifo noso)

Como observado, a autonomia municipal é inconteste. Isso não quer dizer, todavia, que autonomia do Município impeça o auxílio da autoridade antitruste quando admissível “o serviço público concorrencial”.

Se as vicissitudes de um serviço público possibilitam a mitigação da concorrência, esta não pode, contudo, ser prescindida quando os aspectos técnicos se mostram favoráveis, ou seja: a sociedade não pode perder a riqueza econômica propiciada pela concorrência se a mesma for factível.

4.1 COMPETÊNCIA DO CADE NO CASO EM APREÇO

Quando admissível a concorrência no serviço público de competência municipal, a missão do CADE é de observação e eventual sugestão em face da regulação perpetrada.

Deve a Autarquia manifestar-se com a excelência e competência de um órgão técnico, sugerindo como disciplinar a atividade explorando aspectos de concorrência.

A sugestão aos entes estaduais e municipais de um determinado posicionamento encerra substancial relevância. Frise-se que a análise efetuada pelo CADE serve de esteio à Administração, aos administrados e ao Ministério Público na busca da melhor consecução na prestação do serviço público. Trata-se da interconexão dos agentes sociais. Nunca é demais lembrar que tal preceito se coaduna com a obrigação constitucional de manter o serviço adequado (art. 175, IV, da CF).

No mais, o auxílio de ente federal aos entes estaduais e municipais é preceito de integração nacional. Segundo estabelecido no art. 3º, II, da CF, constitui objetivo fundamental da República garantir o desenvolvimento nacional.

5 CONCLUSÃO

A prestação de serviços públicos de transporte urbano é competência municipal, nos termos da Constituição Federal. O disciplinamento dessas atividades, além de respaldar metas de universalização, não pode prescindir dos benefícios de uma exploração eficiente, vislumbrada na concorrência entre agentes econômicos. Nesse sentido, a competência do CADE para apreciar a matéria é de punir os agentes faltosos, que atuem abusando de sua posição dominante. Pode, também, proferir um ato de constatação para analisar aspectos concorrenciais do disciplinamento da atividade. Para o caso do Município de Manaus, a Procuradoria sugeriu um estudo técnico sobre a possibilidade de concorrência na prestação do serviço em tela, segundo as informações contidas no projeto básico do edital em anexo

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SETOR DE MINERAÇÃO NO BRASIL¹

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo²

Cristina Campos Esteves³

Tatiana de Campos Aranovich⁴

1 Este trabalho é uma versão do paper apresentado pela ProCADE na Conferência da Internacional Bar Association de 2010. As contribuições foram expostas no painel “Energia, Meio Ambiente, Recursos Naturais e Infra-estrutura” da Conferência, realizada em Vancouver, Canadá, entre os dias 03 e 08 outubro de 2010. O texto reflete a opinião dos autores e não necessariamente representa nem vincula a visão do CADE e do Governo.

2 Procurador-Geral do CADE.

3 Procuradora Federal em exercício na Procuradoria do CADE.

4 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Procuradoria do CADE.

RESUMO: O trabalho trata de questões concorrenciais relacionadas ao setor de mineração no Brasil. Na medida em que o setor cresce aceleradamente, aumentam-se também o volume de suas operações submetidas ao escrutínio do CADE e de questões concorrências suscitadas nesse mercado. Este ensaio provê, primeiro, um panorama do setor de mineração no país. Logo, revisa o caso paradigmático brasileiro: a análise conjunta de sete operações envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce, precedente relevante não apenas pela magnitude da Companhia, mas principalmente pelos entendimentos basilares que nele foram fixados. Após, outros temas relevantes que as autoridades antitruste têm se deparado quando da análise de casos relativos ao setor de mineração são expostos, tais como direitos minerários outorgados pela autorização de pesquisa e sua transferência; definição de mercado relevante geográfico; e cláusulas de exclusividade ou preferenciais previstas em acordos de *joint venture*.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da Concorrência. Mineração. Atos de Concentração.

ESCLARECIMENTOS PRÉVIOS SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO

A Lei n. 8.884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência) consolidou o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). O SBDC é composto por três agências independentes, a saber: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, ou doravante também “Autarquia”), que julga os processos administrativos *lato sensu*, incluindo os processos administrativos *stricto sensu* sobre condutas e os atos de concentração; a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), que investiga, principalmente, casos de conduta; e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), cujas análises concentram-se em os atos de concentração. É importante esclarecer que, na ordem jurídica doméstica, a notificação dos atos de concentração pode ser tanto *ex ante* como *ex post*. No entanto, quase todas as fusões acabam sendo notificadas ao CADE de forma posteriormente à materialização da operação.

Os processos administrativos são inaugurados no CADE com um parecer da SDE, enquanto os atos de concentração têm início com um parecer da SEAE. Independentemente do seu tipo, os processos são distribuídos aleatoriamente à relatoria de um dos Conselheiros do CADE. O Conselheiro-Relator elabora seu relatório e voto sendo a decisão final exarada pelo Plenário cujos componentes (seis Conselheiros e um Presidente) possuem, cada um, um voto. A decisão é tomada por maioria qualificada.

A Procuradoria Geral do CADE (ProCADE) é um órgão de assessoria jurídica independente do CADE. A ProCADE emite pareceres jurídicos no âmbito dos processos que tramitam na Autarquia, além de representar a Autarquia judicialmente e zelar pelo cumprimento de suas decisões perante o Poder Judiciário.

Importante esclarecer que tanto o Presidente, como os Conselheiros e o Procurador-Geral do CADE são dotados de mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos por igual período.

Enquanto o CADE, a SDE e a SEAE lidam com questões antitrustes, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)¹ é o órgão no Brasil responsável pela gestão e fiscalização das atividades de mineração. Em especial, o Departamento é o encarregado pela outorga de autorizações de pesquisa e concessões de mineração.

1 PANORAMA BRASILEIRO

O Brasil desempenha papel importante como titular de uma das maiores reservas minerais do mundo, com mais de 7.000 (sete mil) concessões de lavra outorgadas. O país também tem a quinta maior reserva de ferro, 7,2% da reserva mundial, sendo responsável pela nova

1 A Lei 8.876, de 02 de maio de 1994, autorizou o Poder Executivo a instituir como Autarquia o DNPM, trazendo em seu art.3º as competências da Autarquia.

maior produção mundial e a primeira dentre os países da América Latina de minério de ferro².

A mineração é um mercado de substancial relevância na economia brasileira. A elevação da demanda mundial por minérios (fortemente incentivada pelo crescimento do mercado chinês³), combinada com o aumento do valor do metal desde 2002, tem alavancado o crescimento do setor no Brasil. A produção nacional de minério de ferro representa hoje cerca de 60% (sessenta por cento) da mineração total do país.

As principais empresas de produção de ferro domésticas são a Companhia Vale do Rio Doce (VALE, também conhecida como CVRD), a Minerações Brasileiras Reunidas S/A (MBR), a Samarco Mineração S/A e Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)⁴. Depois de novas operações descritas na Seção 2 deste trabalho, a VALE tornou-se a maior empresa em produção de ferro no mundo.

Na proporção em que o setor de mineração cresce, verifica-se, também, o crescimento do número de atos concentrações econômicas notificados ao CADE. Ao analisar casos relacionados ao tema de mineração, o CADE, a SDE e a SEAE buscam proteger a livre concorrência evitando a concentração excessiva do mercado definido como relevante.

Como reflexo do incremento do número de casos submetidos às autoridades antitruste, o CADE, a SDE e a SEAE assinaram um Acordo de Cooperação Técnica com o DNPM⁵. O acordo visa fomentar a cooperação entre as duas autarquias, incluindo o intercâmbio e o compartilhamento de dados. Com base no acordo, o DNPM proverá informações técnicas e emitirá pareceres não-vinculativos aos órgãos de defesa da concorrência. Lançar mão da *expertise* e dos dados do setor de mineração do DNPM poderá constituir ferramenta importante para subsidiar a decisão do CADE.

Provido panorama geral sobre o cenário brasileiro, passaremos então ao exame de questões concorrenciais imbricadas no setor de mineração. Na Seção 2, será exposto o caso paradigmático analisado pelas autoridades antitruste: o julgamento de um conjunto de operações relacionadas à Companhia Vale do Rio Doce. Tal caso é relevante não só pela forte participação da Companhia no mercado, mas principalmente porque permitiu ao CADE fixar entendimentos basilares sobre a matéria. Na Seção 3, serão examinados outros temas relevantes com os quais o CADE tem se deparado na análise de processos que envolvem as atividades de mineração, tais como os direitos minerários outorgados por autorizações de pesquisa e

2 Dados extraídos do setor de economia mineral, capítulo sobre reservas, referente ao ano de 2009, do DNPM. Disponível em: <https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=3974>

3 Dados extraídos do setor de economia mineral, capítulo sobre comércio exterior, referente ao ano de 2009, do DNPM. Disponível em https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=3974

4 Dados extraídos do setor de economia mineral, capítulo sobre produção, referente ao ano de 2009, do DNPM. Disponível em: <https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=3974>

5 Acordo nº 08700.003442/2009-79 (CADE) e 48400-000883/2009-02 (DNPM), firmado em 7 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>.

sua transferência; a definição do mercado relevante geográfico; e as cláusulas preferenciais ou de exclusividade inseridas em acordos de *joint venture*.

2 CASO PARADIGMÁTICO: APROVAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE

A decisão do CADE em análise que reuniu 7 (sete) atos de concentração relacionados a Companhia Vale do Rio Doce representa o *leading case* brasileiro. Parte dessas operações relacionava-se à aquisição das 5 (cinco) maiores empresas de mineração do Brasil, a saber: SOCOIMEX (Ato de Concentração nº 08012.000640/2000-09), SAMITRI (Ato de Concentração nº 08012.001872/2000-76), FERTECO (Ato de Concentração nº 08012.002838/2001-08), CAEMI (Ato de Concentração nº 08012.002962/2001-65) e BELÉM (Ato de Concentração nº 08012.006472/2001-38). As outras 2 (duas) operações integravam o processo de descruzamento da participações societárias existentes entre a VALE e a CSN como resultado da privatização das então empresas públicas (Ato de Concentração nº 08012.005226/2000-88 e Ato de Concentração nº 08012.005250/2000-17). As sete operações foram consideradas conexas e, como tal, todos os atos foram julgados em mesmo *decisum*⁶.

Por meio dos atos analisados, a VALE não só havia adquirido ativos relativos à produção mineral (indústrias e reservas minerais), como também a participação das empresas em infra-estrutura. A VALE havia incrementado seu acesso a ferrovias e portos, os quais constituem mecanismos essenciais para o escoamento e comercialização do produto.

Deve-se esclarecer que a logística é um elemento vital para o setor de mineração no Brasil. De um lado, os agentes se deparam com as dimensões continentais do país e longas distâncias para o transporte. De outro, as empresas são confrontadas com a falta de sistema de logística e meios de transporte adequados. Desde meados do séc. XX, o modelo de desenvolvimento nacional tem se centrado na indústria automobilística e no sistema rodoviário: os investimentos em outros meios de transporte, conseqüentemente, têm sido extremamente reduzidos. O cenário impõe *sérias dificuldades para os agentes econômicos em geral, mas afetam de modo mais severo os operadores do setor de mineração. O transporte de produtos minerais defronta-se com dificuldades adicionais como o peso e o volume do minério, entre outros fatores.*

O CADE concluiu que a análise do mercado teria de lidar não só com a quantidade da produção de minério, mas também com questões logísticas. O voto do Conselheiro- Relator esclareceu que:

[...]O CADE tem levado em conta, para a delimitação do mercado de minério de ferro, aspectos atinentes à logística, especialmente no que se refere ao transporte e escoamento da produção.⁷

6 Acórdão disponível no sítio: <<http://www.cade.gov.br>>

7 Voto disponível no sítio: <<http://www.cade.gov.br>>

A definição do mercado relevante, seja na dimensão do produto, seja na geográfica, levou em consideração as estruturas de logística.

No que respeita à dimensão do produto, o mercado relevante foi definido não só em relação ao minério de ferro e ao aço, mas também em razão dos serviços de transporte ferroviário e portuário. O acesso a canais de escoamento de produção pelo sistema de transporte ferroviário e portos era problema basilar, especialmente devido ao fato de que grande parte da produção destinava-se à exportação. A malha ferroviária foi considerada o meio de transporte nodal, ligando a produção mineral aos consumidores (indústria siderúrgica). E os serviços portuários foram julgados de fundamental importância à exportação, ao prover o descarregamento do minério do trem, a armazenagem da carga no terminal portuário e o carregamento do minério para o navio.

Na determinação do mercado geográfico, considerou-se que a produção era destinada aos consumidores locais e, principalmente, à exportação. Estimou-se que mais de 70% (setenta por cento) da produção brasileira era exportada, sem quantidade significativa de importação. O CADE afirmou que havia sérias restrições para a importação, em especial devido à: (i) ausência de uma *expertise* específica para a importação, (ii) à baixa qualidade da oferta estrangeira, quando comparada com os produtos domésticos e (iii) às dificuldades relativas à regulação tarifária no Brasil. O CADE concluiu que as empresas adquiridas pela VALE atuavam somente no “Sistema Sul” da produção de mineração (região Sudeste no Quadrilátero Ferrífero em Minas Gerais). Por esse motivo, o mercado foi definido como local e, especificamente, localizado no Sudeste do Brasil. Voltaremos a esta questão no Seção 3.2.

Assim, a logística é fator primordial para a determinação do mercado relevante no setor de mineração, devido à integração vertical estabelecida pela associação das estruturas “mina-ferrovia-porto”. As empresas são fortemente dependentes do acesso a tais estruturas, e a escolha dos consumidores está centrada na eficiência dos agentes no escoamento da produção.

No caso referido, o CADE julgou que os únicos potenciais concorrentes da VALE que teriam acesso à estrutura “mina-ferrovia-porto” seriam a CSN e a FERTECO.

Por um lado, a CSN era a proprietária da mina Casa de Pedra, que é a única mina de ferro padrão mundial atualmente em funcionamento no Brasil e a deter excedentes de mineração comercializáveis. Como fruto do descruzamento societário, a CSN havia concedido à VALE, por meio de um *Acordo de Preferência de Compra do Excedente Produtivo*, o direito de preferência na aquisição de excedentes de mineração mina Casa de Pedra. O CADE considerou esse acordo anticoncorrencial por seus efeitos, uma vez que asseguraria à VALE o controle dos preços de mercado e, conseqüentemente, a capacidade de frustrar qualquer esforço da CSN para se tornar um competidor efetivo no mercado.

Por outro lado, a FERTECO tinha sido adquirida pela VALE.

Finalmente, o CADE aprovou as operações, mas impôs medidas restritivas à VALE. Como forma de evitar um mercado altamente concentrado em decorrência das operações, a Autarquia determinou que a VALE deveria: (1) desfazer o *Acordo de Preferência de Compra do Excedente Produtivo* relativas à mina Casa de Pedra, de forma a eliminar direitos de preferência de compra tanto para o mercado doméstico, como externo; ou alternativamente (2) vender todos os ativos da FERTECO e, em decorrência disto, resolver o contrato a aquisição da empresa. O CADE determinou que a VALE deveria implementar a primeira restrição no prazo de 30 (trinta) dias. Em optando pela segunda restrição, a VALE deveria declarar essa escolha dentro do mesmo prazo de 30 (trinta) dias e, ato contínuo, implementar a opção dentro do prazo de 90 (noventa) dias.

O CADE entendeu que a implementação de uma das duas restrições seria suficiente para compensar o excessivo poder de mercado adquirido pela VALE. O objetivo era garantir a restauração de pelo menos um concorrente de peso no mercado, a rivalizar o poder da Companhia e impedir que pudesse cercear o ambiente concorrencial.

A determinação do CADE foi contestada no Judiciário pela VALE. Em todas as instâncias judiciais (Justiça Federal de primeira instância, Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), a decisão do CADE foi confirmada. Ao final, a VALE optou por uma das restrições: a eliminação da cláusula de preferência estabelecida com a CSN relativa à mina Casa de Pedra.

Em suma, a decisão do caso VALE representou um marco no controle de estruturas no mercado de mineração no Brasil. A partir dele, o exame do trinômio “mina-ferrovia-porto” passou a constituir um exercício obrigatório para as autoridades antitruste nas análises de atos de concentração.

3. OUTRAS QUESTÕES EM DEBATE

3.1 OUTORGAS DE AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA E TRANSFERÊNCIAS DE DIREITOS MINERÁRIOS

De acordo com a Constituição Federal, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União⁸. Apenas por meio de autorizações do Estado - alvarás de pesquisa e portarias de lavra - podem os agentes obter direitos de pesquisa e exploração dos recursos minerais⁹. A propriedade pública dos bens minerais se mantém mesmo durante a realização de seu aproveitamento pelo particular autorizado.

8 Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:
“Art. 20. São bens da União:

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

9 A partir do Código de Mineração de 1934 – Decreto-lei n. 24.642, de 10 de julho, o ordenamento jurídico brasileiro adota o regime de concessão para fins de aproveitamento mineral.

A outorga de alvarás de pesquisa tem como objetivo autorizar o estudo para identificação das jazidas no subsolo. Essas jazidas serão futuramente exploradas mediante a obtenção de uma portaria de lavra junto ao Ministério de Minas e Energia. No sistema jurídico brasileiro, compete ao DNPM outorgar as autorizações de pesquisa aos agentes que lograrem serem os primeiros a apresentar o requerimento junto à unidade do DNPM no Estado em que se localiza a área de interesse¹⁰.

Ao lado da regra principal para aquisição dos direitos de pesquisa aludida acima, estes podem ser adquiridos também de pessoa já detentora do alvará ou portaria por meio de uma cessão do direito¹¹. A transferência dos direitos minerários é uma operação comercial e pode vir materializada de formas variadas em: contratos de opção, *leasing*, transferências integrais ou parciais ou *joint ventures*. A aquisição pode recair sobre títulos de áreas em diferentes estágios de pesquisa, ou seja, tanto “*green fields*” como “*brown fields*”.

Frente à possibilidade de tais transações de direitos minerários, o CADE tem entendido que a aquisição de títulos, nomeadamente a transferência de direitos relacionados à autorização de pesquisa, pode suscitar preocupações do ponto de vista concorrencial. Do ponto de vista econômico, a outorga de autorização de pesquisa e a concessão de exploração podem ser consideradas como duas etapas diferentes no âmbito de mesma operação. Dependendo da estrutura do mercado em análise, a obtenção ou a aquisição sucessiva de direitos minerários de pesquisa poderiam ser utilizadas como uma estratégia para barrar a entrada de novos concorrentes.

Na análise de certas operações envolvendo a aquisição de direitos de pesquisa, o CADE detectou não ser possível saber se a exploração conduziria a um depósito de minério economicamente viável ou não. Por esta razão, o CADE decidiu que a submissão da operação à sua aprovação ser considerada como uma notificação prévia. Tal entendimento foi estabelecido, por exemplo, no Ato de Concentração n.º 08012.007298/2008-17 (operação envolvendo a Votorantim Metas Ltda. e a Companhia Baiana de Pesquisa Mineral).

Sobre esse tema, importante entendimento foi expresso no âmbito do Ato de Concentração n.º 08012.0001986/2008-73 (operação envolvendo a Votorantim Metas Níquel SA e a Codelco do Brasil Mineração Ltda), em que o Conselheiro-Relator consignou que:

a aquisição de direitos minerários em fase de pesquisa não pode ser considerada independentemente dos possíveis efeitos econômicos resultantes da eventual localização de jazidas minerais e de sua subsequente exploração, pela empresa adquirente.¹²

10 Regra prevista pelo art.11 do Código de Mineração em vigência: Decreto-lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967.

11 Por força do parágrafo 3º do art.176 da CF de 1988, as cessões de direitos minerários devem ser submetidas à anuência do DNPM.

12 Voto da Relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia (p.2), disponível no sítio: www.cade.gov.br

Decisão semelhante também pode ser encontrada no Ato de Concentração nº 08012.002531/2006-11 (operação envolvendo a VALE e a Mineração Itamaracá Ltda).

Neste cenário, pode-se concluir que dois fatores são relevantes nas análises de aquisição de direitos minerários em fase de pesquisa. Em primeiro lugar, a localização da área onerada, sua proximidade a áreas de outras empresas que estejam em exploração e a existência de estruturas de logística como: estradas, portos e ferroviárias para o transporte de minérios. Todos estes elementos influem na análise concorrencial, podendo influenciar a estrutura de poder de mercado.

Em segundo lugar, a fase em que se encontram os trabalhos de pesquisa há de ser avaliada de forma a se precisar se a existência de minerais ainda não é conhecida (“*green fields*”) ou se depósitos já foram descobertos (“*brown fields*”). A detenção de informações relativas ao subsolo incrementa a potencialidade de ganhos e reduz os riscos do investimento. Além disso, o estágio em que se encontra a atividade de pesquisa está diretamente ligado à possibilidade de obtenção futura de uma concessão para exploração e, conseqüentemente, produzir efeitos sobre a concorrência no mercado julgado relevante.

Peculiar atenção deve ser conferida a este último fator.

Conforme visto, em casos anteriores, o CADE julgou que os efeitos econômicos da aquisição de direitos de pesquisa deveriam ser considerados também como base na possibilidade de exploração do subsolo¹³. Uma dificuldade pode residir, no entanto, no acesso a informações que permitam apurar, com assertividade, qual é o efetivo estágio da atividade de pesquisa. Com efeito, na fase de pesquisa, as partes podem não ter ainda qualquer informação acerca da existência de jazida economicamente viável na área onerada pelo título de pesquisa.

Nesses casos, o Plenário do CADE poderá refinar suas informações com lastro no seu direito de requisição de informações previsto na Lei de Defesa da Concorrência¹⁴. A requisição de informações pertinentes à área de mineração encontra-se hoje facilitada em razão do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre CADE e o DNPM¹⁵.

Por meio do instrumento de requisição de informações, o CADE poderia, em um primeiro momento, enviar questionamentos às requerentes e ao DNPM indagando sobre o estágio em que se encontra a atividade de pesquisa nas áreas oneradas pelos direitos negociados. Além disso, poderiam ser requisitadas informações técnicas já obtidas pela pesquisa realizada. Na formulação dos quesitos, o CADE poderá utilizar os conceitos de “reserva medida”, “reserva indicada” e “reserva inferida” previstos no

13 Vide nota 10 supra.

14 Dispõe a Lei 8.884, de 1994:

“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

(...)

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

15 Vide nota 5 supra.

Regulamento do Código de Mineração¹⁶. Os conceitos fornecem uma régua à Administração Pública, permitindo ponderar a probabilidade de uma futura exploração da área. À medida que a fase da pesquisa ultrapassa a identificação de “reservas inferidas” em direção à “reserva medida”, passando pela “reserva indicada”, o negócio vai apresentando menor risco ao investidor em razão da maior probabilidade de existência de uma jazida.

Importante ressaltar que as empresas deverão formular suas respostas ao CADE com fidedignidade de informações e boa-fé objetiva, haja vista que o encaminhamento de informações enganosas as sujeita à penalidade de multa¹⁷.

Em um segundo momento, as informações prestadas pelas empresas envolvidas na operação podem ser objeto de cruzamento com aquelas fornecidas pelo DNPM acerca dos estágios dos planos de pesquisa previstos para as áreas negociadas. O plano de pesquisa é documento de instrução obrigatória do requerimento de autorização de pesquisa, nos termos do art. 16 do Código de Mineração¹⁸. Contendo um orçamento e cronograma

16 Dispõe o Decreto nº 62.934, de 02 de abril de 1968 (Regulamento do Código de Mineração):

“Art. 26 - O relatório referido no item VIII do artigo anterior será circunstanciado e deverá conter dados informativos sobre a reserva mineral, a qualidade do minério ou substância mineral útil, a exequibilidade de lavra, e, especialmente, sobre:

- a) situação, vias de acesso e de comunicação;
- b) planta de levantamento geológico da área pesquisada, em escala adequada, com locação dos trabalhos de pesquisa;
- c) descrição detalhada dos afloramentos naturais da jazida e daqueles criados pelos trabalhos de pesquisa, ilustrada com cortes geológico-estruturais e perfis de sondagens;
- d) qualidade do minério ou substância mineral útil e definição do corpo mineral;
- e) gênese da jazida, sua classificação e comparação com outras da mesma natureza;
- f) relatório dos ensaios de beneficiamento;
- g) demonstração de exequibilidade econômica da lavra;
- h) tabulação das espessuras, áreas, volumes e teores necessários ao cálculo das reservas medida, indicada e inferida.

Parágrafo Único - Considera-se:

I - Reserva medida: a tonelagem de minério computado pelas dimensões reveladas em afloramentos, trincheiras, galerias, trabalhos subterrâneos e sondagens, e na qual o teor é determinado pelos resultados de amostragem pormenorizada, devendo os pontos de inspeção, amostragem e medida estar tão proximamente espaçados e o caráter geológico tão bem definido que as dimensões, a forma e o teor da substância mineral possam ser perfeitamente estabelecidos, a tonelagem e o teor computados devem ser rigorosamente determinados dentro dos limites estabelecidos, os quais não devem apresentar variação superior, ou inferior a 20% (vinte por cento) da quantidade verdadeira;

II - Reserva indicada : a tonelagem e o teor do minério computados parcialmente de medidas e amostras específicas, ou de dados da produção, e parcialmente por extrapolação até distância razoável com base em evidências geológicas;

III - Reserva inferida: estimativa feita com base no conhecimento dos caracteres geológicos do depósito mineral, havendo pouco ou nenhum trabalho de pesquisa.”

17 Prevê a Lei 8.884, de 1994:

“Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.”

18 Prevê a norma aludida: “Art. 16. A autorização de pesquisa será pleiteada em requerimento dirigido ao Diretor-Geral do DNPM, entregue mediante recibo no protocolo do DNPM, onde será mecanicamente numerado e registrado, devendo ser apresentado em duas vias e conter os seguintes elementos de instrução: (...)

VII - plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução.”

para execução dos trabalhos de exploração, o plano de pesquisa deverá ser fielmente cumprido pelo minerador, sob pena de aplicação de penalidades previstas na legislação minerária¹⁹.

As informações juntadas aos autos pelas requerentes, acrescidas às prestadas pelo DNPM, possibilitarão a melhor avaliação dos riscos da operação e subsidiarão as decisões dos Conselheiros do CADE. A depender do caso, o CADE poderá então concluir pelo eventual não-conhecimento de operações, nas hipóteses em que envolverem apenas autorizações de pesquisa em áreas cujo potencial mineral descoberto seja ainda irrelevante no contexto do mercado relevante considerado.

3.2 DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

O CADE tem se posicionado no sentido de que o mercado relevante geográfico da produção de minério de ferro é local e não internacional. Isso remonta mais uma vez à questão da logística, historicamente fundamental no Brasil. A definição do mercado relevante em sua dimensão geográfica deve levar em conta a possibilidade real das empresas ofertarem seus produtos aos consumidores específicos em decorrência do acesso aos meios de transporte e corredores logísticos disponíveis.

Um exemplo é o caso da VALE, já analisado na Seção 2, no qual o Plenário definiu o mercado geográfico como local. Esse entendimento foi objeto de questionamento pela citada sociedade empresária em novo processo submetido ao CADE (Ato de Concentração n° 08012001347/2009-99). A companhia solicitou a definição do mercado relevante geográfico como internacional devido às regras de fixação de preços.

No novo processo, o CADE ratificou seu entendimento determinando o mercado geográfico como local (e localizado, desta vez, no Centro Oeste do Brasil). A fundamentação da decisão baseia-se no fato da produção da VALE ser dirigida aos consumidores locais e, em especial, destinada à exportação. O Plenário entendeu que existem basicamente duas razões para a produção estar focada nesses dois aspectos. Em primeiro lugar, no âmbito interno, inexistem compras significativas de minério de

19 Art. 63. O não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, em: I - advertência;

II - multa; e

III - caducidade do título.

§ 1º. As penalidades de advertência, multa e de caducidade de autorização de pesquisa serão de competência do DNPM.

§ 2º. A caducidade da concessão de lavra será objeto de portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia.

Art. 64. A multa inicial variará de 100 (cem) a 1.000 (um mil) UFIR, segundo a gravidade das infrações.

§ 1º Em caso de reincidência, a multa será cobrada em dobro;

§ 2º O regulamento deste Código definirá o critério de imposição de multas, segundo a gravidade das infrações.

§ 3º O valor das multas será recolhido ao Banco do Brasil S. A., em guia própria, à conta do Fundo Nacional de Mineração - Parte Disponível.

ferro em outras regiões do país afora o Centro-Oeste. Em segundo, devido às condições de logística e aos custos com transporte, a aquisição de outras regiões não é economicamente viável. O valor agregado na produção de minério de ferro é baixo, e as restrições sobre logística e sistema de transporte impactam fortemente o preço final do produto. De outro lado, as regiões de fora do Centro-Oeste não precisam comprar minério de ferro desta, vez que no entorno de regiões como Sudeste e Norte também existem áreas de produção de minério de ferro.

Por último, mas não menos importante, no âmbito internacional, a importação de minério de ferro não é técnica nem economicamente viável. Os portos brasileiros atualmente detêm infra-estrutura e *know-how* para exportação do produto, não para sua importação. É importante esclarecer que as estruturas necessárias para exportação e importação são diferentes. Construir uma estrutura totalmente nova para a importação exigiria enorme quantidade de investimentos e um longo período de tempo. Em consequência, em termos de mercado, a importação de minério de ferro seria insuportavelmente onerosa e demorada. Os custos com transporte terrestre e marítimo teriam de ser internalizados nos custos do produto importado, o que o tornaria inviável sua importação.

As duas razões expostas estão ligadas a questões logísticas. Devido à rigidez locacional da jazida e ao elo vital da produção mineral para a economia do Brasil, a logística é sempre tomada como elemento de extrema importância na determinação do mercado relevante neste setor

3.3 ACORDOS DE JOINT VENTURE E AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE OU PREFERENCIAIS

O CADE vem analisando operações relativas à entrada de empresas estrangeiras no mercado nacional de mineração, em especial atos de concentração que tem como objeto acordos sob a forma de *joint ventures* entre empresas nacionais e estrangeiras para a construção de usinas siderúrgicas, muitas vezes envolvendo também a criação de infra-estrutura.

A Autarquia tem compreendido tais atos como ingresso de novas empresas no mercado. Tais entrantes tendem a conduzir a um aumento na capacidade de oferta de aço devido à instalação de novas indústrias e à infra-estrutura montada. Em suma, operações como esta aumentam o número de *players* no mercado e, em razão deste fato, têm sido entendidas pelas autoridades antitruste como uma operação pró-competitiva.

No entanto, algumas entradas analisadas pelo CADE traziam em seus instrumentos constitutivos cláusulas de exclusividade ou preferencial para o fornecimento. É importante esclarecer que essas operações têm o potencial estabelecer uma integração vertical, podendo envolver empresas com grande quantidade de poder de mercado como a VALE. Diante desse cenário, o CADE tem se preocupado em evitar qualquer fechamento do mercado relevante à entrada de novos agentes.

Entende o CADE que as cláusulas de exclusividade e preferência podem dar origem a uma discriminação de preços contra as empresas siderúrgicas rivais, cujo projeto pode restar frustrado em favor de empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial. Assim, em operações que originem integração vertical entre companhias com significativo poder de mercado, o CADE tem decidido que os direitos previstos em cláusulas de exclusividade e preferência devem ser estendidos a terceiros, de modo a eliminar qualquer proibição em relação aos rivais do mercado.

Exemplos de decisões como essa podem ser encontradas no Ato de Concentração n.º 08012.001723/2008-64 (operação envolvendo a criação de uma joint venture entre a VALE e o Grupo Dongkuk Corporation, sociedade empresária sul-coreana)

CONCLUSÃO

Como se pode ver, o setor de mineração é um dos setores mais importantes da economia brasileira. O país tem reservas minerais importantes e também uma das grandes *players* mundiais. Na proporção em que o setor tem crescido, nomeadamente em razão do aumento da demanda global, o número de operações submetidas à apreciação do CADE também tem se incrementado. As autoridades antitrustes brasileiras têm analisado cada vez mais atos de concentração relacionados ao setor de mineração. Como resultado do aumento no número de casos, o CADE, SDE e SEAE assinaram um acordo de cooperação com o DNPM.

O *leading case* brasileiro traz um conjunto de operações relativas à Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, ostentando importância singular por ter permitido ao CADE fixar entendimentos basilares. Em síntese, definiu-se que a logística é considerada uma questão fundamental para a definição do mercado relevante, seja em relação à dimensão do produto, seja em relação à dimensão geográfica. As decisões proferidas pelo CADE no caso mencionado e nas decisões seguintes em processos deste setor produtivo demonstram a maturidade institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

No que tange ao setor de mineração, o Brasil vem buscando manter ambiente competitivo no mercado e evitar concentração que possa prejudicar o bem-estar do consumidor. O CADE tem se beneficiado da *expertise* adquirida nas análises de importantes operações que ocorreram no setor, em especial envolvendo o minério de ferro. A experiência brasileira difere-se da de outros países, uma vez que, dadas algumas circunstâncias históricas relativas à infra-estrutura de transporte, a análise concorrencial sempre deverá envolver questões de logística. Assim, as análises se apoiarão no trinômio “mina-ferrovia-porto”.

Buscando a prolação de decisões sólidas e consistentes, o CADE tem buscado a transparência de sua atuação e o estabelecimento de regras claras para os agentes econômicos de forma a reduzir o risco de investimento nos negócios do setor de mineração.

ANTITRUSTE OU DIREITO DA CONCORRÊNCIA, INTERNACIONAL

Jürgen Basedow¹
Professor Dr. Dr. h.c. da Universidade de Hamburgo e
Diretor do Instituto Max Planck

Tradução de Maria Rosa Guimarães Loula,
Tatiana de Campos Aranovich e
Virgínia de Melo Dantas

SUMÁRIO: A. Natureza e objetivo; B. O *enforcement*² da Lei da Concorrência doméstica às situações fáticas transnacionais; 1 Abordagens Nacionais; 2 Limites impostos pelo Direito Internacional; C Unificação Internacional do Direito da Concorrência; 1 Considerações sobre Políticas; 2 Projetos de Harmonização e de Unificação; D Mecanismos de Cooperação e de Coordenação; 24 E O *enforcement* do Direito da Concorrência estrangeiro; F Conclusão.

1 O texto do Professor Jürgen Basedow, no original em inglês, constitui um verbete da Enciclopédia de Direito Internacional Público do Instituto Max Planck (Max Planck Encyclopedia of Public International Law), publicada pela Oxford University Press. Por esse motivo, o Autor emprega símbolos, como setas, e remissões em colchete. Tais recursos indicam ao leitor a possibilidade de leitura adicional sobre os temas em outras partes da Enciclopédia.

2 A definição do termo *enforcement* abrange diversos conceitos jurídicos, tais como coação, aplicação, observância das leis, “*advocacy*”, dentre outros, motivo pelo qual se opta pela permanência do termo na língua de origem, para evitar qualquer modificação diante do proposto pelo Autor.

A NATUREZA E OBJETIVO

1. O Direito da Concorrência Internacional trata da implementação, em âmbito internacional, de leis e princípios criados para combater restrições a concorrência em âmbito privado. Enquanto que a concorrência pode ser restringida por medidas estatais (*v.g.* direitos aduaneiros, cotas para exportação e importação, monopólios estatais e subsídios), este artigo tratará apenas de restrições de concorrência em âmbito privado. O artigo tampouco cobrirá a questão da lei de concorrência injusta. O principal objetivo desse tipo de lei é a paridade da concorrência, não a concorrência em si. Ao passo que tal lei possa ter o mesmo ímpeto da lei antitruste em alguns casos, ela também pode servir para restringir a concorrência em outros.

2. O Direito da Concorrência é essencialmente aplicado pelas autoridades estatais e, em alguns casos, pela justiça criminal. Adicionalmente, a *enforcement* da lei no âmbito da responsabilidade privado (*private enforcement*) tem um importante papel nos EUA, e este papel vem crescendo na Europa. Dependendo do tipo de *enforcement* da lei, o Direito da Concorrência Internacional toma parte no → Direito Administrativo Internacional, no → Direito Internacional Criminal ou no → Direito Internacional Privado. Seja qual for seu lugar no sistema, princípios genéricos de Direito Internacional Privado podem controlar seu emprego (→ Direito Internacional Geral [*Princípios, Regras e Padrões*]).

3. A disciplina tem se desenvolvido ao redor do mundo em diferentes épocas. Essencialmente, iniciou-se nos EUA com o *Sherman Act* de 1890, o qual foi posteriormente complementado pelo *Federal Trade Commission Act* de 1914 e o *Clayton Antitrust Act*, do mesmo ano. Enquanto esses estatutos legais tornavam a cartelização e a monopolização crimes, muitos países europeus favoreciam cartéis e monopólios naquele tempo, ou até mesmo os tornaram compulsórios. O conflito na política econômica existiu até as décadas de 1960 e 1970 e, repetidamente, gerou tensões diplomáticas e disputas legais. Eles diminuíram em números somente depois de a Comunidade Européia (CE) ser instituída e de iniciada a segunda fase do desenvolvimento do Direito da Concorrência. As proibições aplicáveis diretamente a cartéis e a abusos de posição dominante, colocados no Tratado da CE e no Ato alemão contemporâneo contra restrições à concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* [*Kartellgesetz*]), foram o ponto de partida de um desenvolvimento na Europa Ocidental que conduziu à adoção, por todos os Estados membros da CE, de estatutos antitruste confeccionados mais ou menos com base nos artigos 81 e 82 do Tratado da CE. A terceira fase do desenvolvimento mundial do Direito da Concorrência iniciou-se após a queda de regimes socialistas, ocasião em que o modelo de planejamento central da Economia perdeu sua atração. Desde então, quase 100 países ao redor do mundo aprovaram estatutos legais de concorrência.

4. Os problemas que surgiram no âmbito do Direito da Concorrência Internacional alteraram-se no curso dos três estágios acima definidos.

Enquanto eles se focavam em pretensões de jurisdição conflitantes na primeira fase, a necessidade de uma estrutura de cooperação e assistência mútua tornou-se mais e mais visível, na medida em que estava crescendo o número de países que essencialmente perseguiram os mesmos objetivos políticos, por exemplo, o combate a comportamentos anticoncorrenciais. Toda a gama de problemas do Direito da Concorrência Internacional inclui: o alcance da aplicação da lei de foro contra práticas anticoncorrenciais; regras de conflito que requerem a aplicação de uma lei estrangeira contra práticas anticoncorrenciais; regras substantivas específicas introduzidas para lidar com situações transnacionais, *vg.*, regras que estabelecem a extensão geográfica do mercado relevante ou que determinam a relevância da legislação estrangeira ou atos executivos para o *enforcement* da lei de concorrência doméstica; questões de procedimento civil e administrativo internacional, tais como efetuar citações e notificações em atos estrangeiros ou conduzir investigações no exterior, as restrições colocadas sobre legisladores nacionais pelo Direito Internacional e a harmonização e aproximação internacional das legislações contra comportamentos anticoncorrenciais.

B O *ENFORCEMENT* DE LEI DA CONCORRÊNCIA DOMÉSTICA ÀS SITUAÇÕES FÁTICAS TRANSNACIONAIS

5. Na ausência de um regime internacional de Direito da Concorrência, fica a cargo do Direito Interno proteger, no âmbito internacional, a concorrência de restrições. Isso levanta duas questões: (1) Até que ponto a lei nacional comanda sua própria aplicação a situações fatuais transnacionais? Esse é um problema de lei doméstica e, em particular, das regras nacionais do conflito de leis (veja parágrafos 6–11 abaixo). Estatutos nacionais de defesa da concorrência irão lidar com essa questão seja por força de envolvimento nas previsões singulares de leis substantivas, seja por regras separadas de conflito de leis. (2) Está a aplicação como ordenado pelo Direito da Concorrência doméstico conforme com o Direito Internacional Público? Essa questão está relacionada particularmente a princípios conhecidos de → Direito Internacional costumeiro (veja parágrafos 12–16 abaixo).

1. ABORDAGENS NACIONAIS

6. O alcance de aplicação da lei de concorrência doméstica não está, de modo algum, uniformemente regulado. Quatro tipos de regras para conflitos foram distinguidas no passado, três dos quais anda subsistem: territorialidade subjetiva ou restrita, pseudoterritorialidade, a teoria dos efeitos e a abordagem equilibrada.

7. Na visão tradicional, o *enforcement* de lei doméstica pressupõe que o agente de fato esteja presente e cometa os atos relevantes no país. Como explicado pela *US Supreme Court* em 1909, entende-se que:

[a] regra geral e quase universal... de que o caráter de um ato, como legal ou não, deve ser determinado inteiramente pela lei do país onde o ato é realizado... Para outra jurisdição, se acontecesse de apreender o agente, de conferir a ele tratamento de acordo as noções daquela jurisdição, ao invés de conforme as noções da jurisdição do lugar onde cometeu os atos, isso não só seria injusto como seria uma interferência na autoridade de outra soberania, contrária ao *comity of nations*, o que o outro Estado envolvido justamente poderá desaprovar (*American Banana Co v United Fruit Co* [1909]).

Esse conceito de territorialidade está ligado à presença do agente no país e ao local onde o ato foi cometido; se efeitos foram produzidos no território de outro Estado é irrelevante. Portanto, o conceito pode ser chamado de territorialidade subjetiva ou restrita. Em especial, a Grã-Bretanha aderiu a este princípio sob o chamado *forms legislation* até recentemente.

8. Com o passar do tempo, comportamentos transnacionais cometidos em um país e produzindo efeitos em outro se tornaram mais e mais frequentes. Tais práticas claramente demonstram que, além do lugar onde os atos relevantes foram cometidos, pode existir uma conexão de território adicional a outro país, ou seja, o país onde a competição é restringida. Assim como o tiro de uma arma descarregada no Estado A e matando uma vítima no Estado B tem uma conexão territorial com ambos os países, um cartel acordado em A e colocado em operação em B tem uma conexão com os territórios de ambos os Estados. Essa observação fez surgir diferentes regras de conflitos.

9. A Corte Europeia de Justiça (CEJ), apesar de aderir à linguagem de territorialidade, tem apoiado duas regras conflitantes que podem afetar atos estabelecidos e agindo fora da CE. A abordagem pode, portanto, ser caracterizado como pseudoterritorial. A CEJ tem sustentado que existe conexão territorial suficiente entre uma companhia atuante estabelecida e incorporada num Estado não-membro e a CE, se uma subsidiária daquela companhia, apesar de ter personalidade jurídica distinta, estiver estabelecida na CE (*Imperial Chemical Industries Ltd v Commission of the European Communities* [1972] 662). Até se esse não for o caso, atos conduzidos fora da CE por uma corporação estrangeira ainda podem estar sujeitas à lei de concorrência da CE se as restrições de concorrência puderem ser implementadas dentro da CE (*Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] 5243 parágrafos 16–18). Contudo, a abordagem é muito próxima à teoria dos efeitos que a CEJ não aprovava. Isso pode dever-se ao fato que a Grã Bretanha, um dos Estados membros, havia expressado previamente a visão de que a doutrina de efeitos não estaria de acordo com o Direito Internacional (veja parágrafos 12–16 abaixo).

10. O terceiro tipo de regra de conflito é a teoria dos efeitos. Seu raciocínio está enraizado no Direito da Concorrência substantivo ao qual diz respeito, não aos atos em si, mas aos seus efeitos sobre a concorrência. Portanto, o fator de conexão apropriado para a aplicação do estatuto legal

da concorrência não é a ligação territorial de um ato ou do agente, mas o efeito daqueles atos na concorrência do mercado doméstico. A teoria dos efeitos foi adotada pela primeira vez no famoso caso *Alcoa* nos EUA em 1945 (*US v Aluminium Co of America* [1945]) e foi depois confirmada pela Corte Suprema dos EUA. No caso *Hartford Fire Insurance Co et al v California et al* (1993), essa Corte demonstrou estar “bem estabelecido agora que se aplica o Sherman Act a condutas estrangeiras que pretendiam produzir, e de fato produziram, algum efeito material nos Estados Unidos da América” (at 796). Tais efeitos têm que ser “diretos, materiais e razoavelmente previsíveis” (veja agora o *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* [1982]). Na Alemanha, a teoria dos efeitos foi codificada pela legislação em 1957, e muitos países aderiram à mesma abordagem em suas legislações nesse período (veja Basedow [2002] 28; Schwartz e Basedow parágrafos 67–73). Considerando que o *enforcement* do Direito da Concorrência doméstico depende, à luz da teoria dos efeitos, de efeitos produzidos no mercado doméstico, essa regra de conflito subentende a não obrigatoriedade de seu *enforcement* a todos os atos anticoncorrenciais que forem exclusivamente dirigidos a mercados estrangeiros, em particular os chamados cartéis de exportação puros. Contudo, essa exceção está perdendo significância ao passo que barreiras de mercado nacionais são derrubadas no curso da → globalização; como uma consequência, práticas anticoncorrenciais frequentemente terão alguma repercussão no mercado doméstico.

11. Ambas a teoria dos efeitos e a abordagem pseudoterritorial podem levar a conflitos de jurisdição. Eles surgem quando o Estado A, onde os atos anticoncorrenciais são efetuados, permite ou até determina tal comportamento que é proibido no Estado B, onde eles produzem seus efeitos. Com o fito de enfrentar tais conflitos é que a abordagem equilibrada foi concebida. A abordagem está principalmente ligada a considerações sobre o Direito Internacional Público e será, dessa forma debatida abaixo.

2. LIMITES IMPOSTOS PELO DIREITO INTERNACIONAL

12. Estados afetados pela aplicação extraterritorial (de leis estrangeiras)¹ frequentemente reagiram de forma ambígua. Eles invocavam a ilegalidade da aplicação extraterritorial e, com base na suposta ilegalidade, aprovaram estatutos nacionais de bloqueio (*blocking statutes*) (para os últimos atos, veja Lowe 79–225). Eles proibem a produção de documentos para o uso em procedimentos de concorrência estrangeira, autoriza seus governos a proibir seus cidadãos e empresas² a cumprir julgamentos estrangeiros e ordens de autoridades administrativas estrangeiras, eles barram a execução de julgados estrangeiros em questões de antitruste e chegam até a conceder o direito de recuperação frente a danos triplos (*triple damages*) pagos no exterior por uma empresa doméstica.

1 Inserimos os parênteses para melhor adaptar o sentido do texto à estrutura da língua portuguesa.

2 No original *undertakings*.

13. Preocupações relacionadas à compatibilidade da aplicação extraterritorial com o Direito Internacional Público foram expressas por muitos países, mais particularmente pelo Reino Unido nas décadas de 1960 e 1970. Uma distinção entre a estrita execução territorial de uma jurisdição e a jurisdição prescritiva foi estabelecida. No que concerne à segunda, o governo britânico interpretou que a extensão da aplicação do Direito interno somente estaria de acordo com o Direito Internacional se certos conectivos existissem entre o país e os fatos do caso. Somente o princípio da nacionalidade e o princípio da territorialidade, o último referindo-se a atos cometidos no Estado do Foro, foram reconhecidos como fatores de conexão cabíveis. A aplicação de Direito interno a situações de fato não ligadas ao Estado do Foro por um desses princípios supostamente viola o princípio da não interferência nas questões legítimas de outros Estados. Essa posição foi reafirmada numa nota diplomática enviada pela Embaixada britânica em Washington para o governo dos EUA em 1978, que dizia: “O Governo de Sua Majestade considera que, no estado atual do Direito Internacional, não há base para a extensão da jurisdição antitruste de um país a atividades praticadas fora desse país por estrangeiros” (Nota Nº 196 da Embaixada britânica em Washington para o Departamento de Estado dos EUA 390).

14. Em resposta a essas objeções e a uma ampla discussão internacional (Meessen 145–49), as Cortes dos EUA e o *American Law Institute* conceberam a abordagem equilibrada como uma solução conciliatória. A abordagem coloca as Cortes sob a obrigação de sopesar as circunstâncias existentes entre os fatos e os vários Estados envolvidos, bem como os interesses daqueles Estados *no enforcement* de suas próprias leis no caso em questão (veja *Timberlane Lumber Co v Bank of America* [1976]). A abordagem foi codificada no *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* (1987), o qual distingue a jurisdição prescritiva como tal, do seu exercício que pode ser avaliado apenas depois da ponderação de vários fatores e interesses envolvidos (no parágrafo 415 e parágrafo 403 (2)).

15. A abordagem do equilíbrio foi aclamada, mas também criticada desde o começo. Foi apontado que juízes sentados em Cortes nacionais não tinham a habilidade de conduzir a uma harmonia neutra dos interesses em concorrência (veja *Laker Airways Ltd v Sabena Belgium World Airways* [1984]). Em ambos os lados do Atlântico, o debate chegou a um fim quando a Suprema Corte America e a CEJ recusaram-se a seguir essa abordagem, com exceção dos casos de conflito real entre o estatuto legal doméstico e o estrangeiro, ou seja, exceto para casos nos quais a lei do mercado afetado inibiria certos atos enquanto que o país onde os atos foram cometidos determinaria tal comportamento (*Hartford Fire Insurance Co et al v California et al* 798–99; *Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] 5193 parágrafo 20).

16. Dada a difusão da codificação da teoria dos efeitos entre as recentes legislações nacionais, a suposta transgressão ao Direito Internacional por essa teoria não pode mais ser sustentada. Sua legalidade emerge como

um princípio geral do Direito devido a seu reconhecimento quase que mundial pelas regras de conflitos nacionais. No entanto, isso não advoga por um exercício de jurisdição irrestrita baseado na doutrina dos efeitos. A moderação jurídica é necessária em situações em que as partes privadas de outra forma estariam sujeitas a obrigações contraditórias advindas das leis de diferentes Estados.

C. UNIFICAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICAS³

17. O Direito da Concorrência Internacional é confrontado por vários dilemas que são particularmente notáveis, desde que tal Direito seja implementado por regras da legislação nacional. O primeiro problema é o fato de que os Estados raramente têm as mesmas políticas de defesa da concorrência. Em alguns casos, essas políticas estão em claro contraste. Em outros, os Estados envolvidos podem aplicar as mesmas regras e usar a mesma linguagem, mas ainda seguir objetivos diferentes. Em especial, a proibição do comportamento anticoncorrencial é geralmente imposta⁴ para proteger o mercado doméstico, enquanto que a maioria dos países faz vista grossa a práticas restritivas dirigidas a mercados estrangeiros. O comportamento anticoncorrencial que é ilegal em âmbito doméstico é considerado um jogo de esporte quando se trata de concorrência entre diferentes economias nacionais. Ainda que o consenso geral da comunidade internacional sobre os efeitos prejudiciais das restrições da concorrência tenha crescido desde 1990, políticas claramente divergentes ainda podem ser averiguadas em restrições verticais, abusos de posição dominante, empresas estatais, ‘campeões nacionais’, etc. Apesar de o marco legal para fusões ou o abuso na posição dominante de mercado ser similar em ambos os lados do Atlântico, casos importantes como o da fusão da Boeing/McDonnell Douglas ou o caso da Microsoft evidenciam uma avaliação divergente na conduta anticoncorrencial.

18. Um segundo dilema enfrentado pelo Direito Concorrencial Internacional surge da disfunção entre a natureza sem fronteiras dos mercados abertos e a restrição territorial que afeta os Estados soberanos chamados a regulá-los. A doutrina dos efeitos pode aliviar esse problema até certa medida, desde que o alcance da legislação nacional seja levado em conta. No entanto, quando se parte para o *enforcement*, v.g., para investigações a serem conduzidas em países diferentes ou para o *enforcement* de decretos e ordens no exterior, a limitação territorial da soberania estatal ainda é um grande empecilho para uma proteção efetiva da concorrência. Devido a essas limitações, a regulação econômica realizada por Estados individualmente não pode acompanhar os passos da crescente interação globalizada dos negócios, incluindo práticas restritivas.

3 Na versão original, o termo utilizado foi o *policy*.

4 No original o termo utilizado foi *enforced*.

19. Um terceiro dilema aflui do relacionamento obscuro entre interesses públicos e privados nesta área. Conquanto atores privados tenham um interesse iminente na segurança jurídica, o que inclui, em mercados internacionais, segurança quanto à aplicação de uma lei nacional específica, pouquíssimas cortes no mundo estão preparadas até o momento para honrar esse interesse ao aplicar o Direito Internacional da Concorrência. Ao invés disso, elas irão executar sua própria lei de concorrência ou simplesmente negar-se a lidar com o caso.

20. Essas observações militam a favor de um esforço para uma solução verdadeiramente uniforme: a unificação do Direito da Concorrência em um nível supranacional ou internacional. Existe pouca esperança que o egocentrismo nacional possa ser superado por outros meios. Argumentos adicionais em favor da unificação ou da harmonização emergem da liberalização do comércio mundial. Enquanto barreiras estatais para o livre comércio, incluindo barreiras alfandegárias, são desmontadas pelo → Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (1947 e 1994) ('GATT'), rodadas de negociação com empresas beneficiadas em diversos mercados nacionais recebem fortes incentivos para perpetuar barreiras ao comércio por meio da cartelização. Numa via similar, o reconhecimento mundial dos direitos de propriedade intelectual (→ *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio* [1994] ['TRIPS']) favorece o surgimento de posições dominantes em muitos mercados e indiretamente o seu abuso pelos seus proprietários. A comunidade internacional deve ponderar as consequências de sua política de comércio mais cedo ou mais tarde e garantir que seus benefícios não sejam arrancados por comportamento *rent-seeking*⁵ anti-concorrencial dos atores privados.

2. PROJETOS DE HARMONIZAÇÃO E DE UNIFICAÇÃO

21. No âmbito global, o movimento rumo a uma unificação internacional do Direito da Concorrência teve início após a Primeira Guerra Mundial (para um breve relato, veja Schwartz e Basedow parágrafos 112–13). Dois relatórios para a → Conferencia Econômica da Liga das Nações em 1927 fizeram recomendações pertinentes, particularmente no que concerne a cartéis internacionais. No período pós-guerra, a Carta de Havana de 1948, que deveria estabelecer uma organização do comércio mundial como um marco para a liberalização do comércio mundial, também continha um capítulo especial com regras sobre práticas restritivas de negócios (Wilcox 281–87). No curso das negociações, essas previsões haviam sido diluídas a uma extensão tal que foram tidas como ineficientes nos EUA, o qual finalmente recusou ratificar todo o tratado. Mesmo a Carta de Havana nunca se efetivando, ela serviu como um ponto de partida para discussões posteriores sobre o esboço de acordo negociado no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (→ *United Nations, Economic and Social Council*

5 Quando uma empresa, organização ou indivíduo usa seus recursos para obter ganhos de outros, por meio da criação de riquezas, sem qualquer reciprocidade dos benefícios para a sociedade.

(ECOSOC)), que, contudo, não foi seguido quando diferenças fundamentais na política da concorrência dos Estados envolvidos tornaram-se aparentes. Até meados dos anos 50, havia tornado-se óbvio que um instrumento universal vinculatório⁶ não poderia ser alcançado.

22. Ao longo das próximas décadas, os protagonistas da harmonização tornaram-se mais modestos. Alguns instrumentos adotados nas décadas de 1970 e 1980 ainda eram universais em alcance, mas não obrigatórios → *soft law*: (1) uma Declaração da → Organização para Cooperação Econômica e Cooperação (OCDE) sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais de 1976, anexa a qual estão os princípios concernentes às Práticas Comerciais Restritivas; (2) os Princípios e Regras de Equidade⁷ para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas (1980), documento acordado sob a égide da → Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e chamado de UN-RBP-Code; (3) o Código de Conduta para a Transferência de Tecnologia, igualmente negociado no âmbito da UNCTAD, que contém, dentre outras, regras sobre práticas comerciais restritivas no campo dos acordos de licenciamento. Outros instrumentos ainda aderem ao modelo de regras vinculatórias, mas estão restritas no seu alcance substantivo ou geográfico. Um exemplo desse último tipo anterior dá-se na indústria de navegação pelo Código de Conduta para Conferências de Cargueiros da UNCTAD (1974), o qual proíbe certas práticas comerciais restritivas, tais como conferências fechadas ou a organização dos chamados navios de luta usados pelo cartel para retirar os não membros do mercado. No tocante aos instrumentos regionais, o exemplo mais proeminente é obviamente dado pelos artigos 81 e 82 do Tratado da CE. Na América Latina, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai negociaram um Protocolo para a defesa da concorrência na estrutura do → MERCOSUL. Dentre tais instrumentos, a lei de concorrência da CE é a única que se tornou uma arma efetiva contra práticas não concorrenciais; o seu impacto foi tão forte que os Estados Membros, com o passar dos anos, escreveram suas leis de concorrência nacionais com base no modelo da CE.

23. Nos anos 90, novas iniciativas foram tomadas para uma harmonização da lei de concorrência em um instrumento universal vinculativo. Um grupo de trabalho formado por letrados internacionais espertos na área apresentaram um esboço de um Código Internacional de Antitruste para o Secretário Geral do GATT (1993). Isso deu novo ímpeto aos debates acadêmicos (*Monopolkommission* XII 351 ss; veja também Basedow [1998]). A Comissão Européia deu apoio político às negociações do projeto na estrutura da recém criada → Organização de Comércio Mundial (OMC). Contudo, países em desenvolvimento demonstraram preocupação, e a Administração dos EUA demonstrou-se também relutante em aceitar qualquer tratado vinculatório que buscasse estabelecer uma lei de concorrência internacional. Finalmente, as negociações iniciadas na chamada → Rodada de Doha foram suspensas (Baetge 440-443). Até o presente momento, nenhuma outra

6 Na versão original em inglês, *bidding*.

7 No original lia-se *equitable principles and rules*.

negociação sobre a harmonização da lei antitruste é esperada. Ao invés de harmonização, a coordenação tem recebido um aumento da atenção nos últimos anos.

D. MECANISMOS DE COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO

24. Contrastando com o pano de fundo das atividades econômicas globalizadas, o *enforcement* de lei nacional de concorrência com frequência depende de procedimentos que transcendem os limites nacionais: pode ser necessário efetivar intimações no estrangeiro, coletar indício de atos estrangeiros ou ouvir testemunhas em países estrangeiros, ter acesso a informações sobre a estrutura de mercados estrangeiros ou sobre atividades comerciais sucedidas no estrangeiro; para serem efetivos, ordens e decretos emitidos por autoridades domésticas podem precisar de *enforcement* em outros países. Considerando que a jurisdição de *enforcement*, ou seja, o exercício do poder público envolvido em todas essas atividades, está estritamente confinada ao território do país investigado, a execução da lei de concorrência em matérias internacionais dependem da cooperação de cortes e de autoridades estrangeiras.

25. No que concerne à execução privada (*private enforcement*) da lei de concorrência em litígios civis, as Convenções da Haia de Notificação no estrangeiro de documentos judiciais ou extrajudiciais em matérias civis e comerciais de 1965 e de Obtenção de provas no Exterior em matérias civil e comercial de 1970 podem fornecer auxílio. Como estas são exclusivamente aplicáveis às questões civis e comerciais, suas aplicações podem causar debate, *v.g.*, no que diz respeito a ações de dano triplo (*triple damage*) que, às vezes, são consideradas como possuindo um caráter punitivo. Dúvidas similares podem surgir quando se trata do reconhecimento e *enforcement* de julgados relativos a danos estrangeiros com base em instrumentos internacionais tais como a Convenção de Lugano (1988).

26. De qualquer forma, o *enforcement* público pelas autoridades concorrenciais é muito mais importante. Nesse campo, numerosos instrumentos internacionais foram adotados para facilitar a tarefa das autoridades concorrenciais nacionais. No entanto, os instrumentos mais antigos originados na UNCTAD ou na OCDE têm um caráter de *soft law* que não necessariamente reduz sua significância prática. Ainda que os procedimentos de cooperação nesse campo frequentemente sejam informais por natureza, a dependência mútua dos Estados participantes na assistência oferecida pelas autoridades estrangeiras produz incentivos para cooperar. Dessa forma, a sinalização de garantia de reciprocidade dada pelos instrumentos de *soft law* pode ser suficientes em muitos níveis. Contudo, começando pelo Acordo entre o Governo dos EUA e o Governo República Federal da Alemanha de 1976, numerosos acordos sobre cooperação administrativa em matérias concorrenciais foram concluídos bilateralmente. Muitas nações industrializadas, incluindo a União Européia, estão envolvidas (Schwartz e Basedow parágrafo 91). Esses instrumentos

tratam da troca de informação disponível entre autoridades concorrenciais. Alguns deles também contêm regulamentação sobre intimações e condução de investigações nos outros Estados incluindo a citação. Ademais, alguns tratados incluem regras sobre → consultas em casos de reivindicação de jurisdição conflitante. À luz do Tratado entre a UE e os EUA, uma parte, acreditando que seu mercado está sendo afetado por uma conduta anticoncorrencial de empresas estabelecidas no território da outra parte, pode requerer a iniciação de uma investigação por uma autoridade da outra parte, o chamado *comity* positivo (ibid); no entanto, esse instrumento não provou ser muito efetivo.

27. A cooperação mundial entre as autoridades concorrenciais gerou a criação de uma rede permanente, a Rede Internacional de Concorrência (ICN⁸), no final de 2001. A Rede foi estabelecida pelas autoridades concorrenciais, não pelos Estados e seus governos. Os fundadores foram cerca de 40 autoridades concorrenciais, principalmente de países industrializados. Mas, mais e mais “novas” autoridades dos Estados com uma legislação concorrential muito recente reuniram-se à ICN, que tem aproximadamente 100 membros atualmente. A ICN não é uma organização internacional, mas é dirigida por uma reunião das autoridades membros. Sua tarefa não é a unificação do Direito Concorrencial, mas a convergência pela troca de idéias e a elaboração de recomendações e melhores práticas nas reuniões anuais (Baetge 343-348, 359-363). As deliberações da ICN ocorrem em vários grupos de trabalho, *ng.*, grupos sobre fusões ou condutas unilaterais que são reunidos de forma separada dos encontros anuais. Recomendações e documentos, incluindo muitos estudos preparatórios, são publicados no sítio da ICN.

28. Ao se avaliar a ICN, vários aspectos devem ser considerados. Primeiro, a ICN é um forum profícuo de comunicação entre funcionários públicos que, em suas atuações diárias, são freqüentemente dependentes de informações disponíveis em uma autoridade concorrential estrangeira. Conhecer funcionários públicos na autoridade estrangeira mostrou-se ser útil. Isso mitiga a desconfiança na postura da autoridade estrangeira que foi com frequência vista como protecionista em outros tempos. Por outro lado, a operação da ICN, às vezes, é criticada por não ser transparente. Particularmente, os acordos alcançados nos grupos de trabalho frequentemente representam apenas um número muito limitado de jurisdições, a maioria das quais de países industrializados. Nas reuniões anuais, uma dominância clara das autoridades de concorrência anglo-americana é perceptível. Até onde este Autor conhece, com base em sua participação na delegação de várias reuniões anuais, os delegados de “novas” autoridades de concorrência não raro reclamaram de discussões excessivamente sofisticadas que não abarcam questões básicas, tais como a garantia de independência ou a importância de objetivos de políticas não econômicas na aplicação da lei de concorrência. Ademais, os grupos de

trabalho nem sempre consideram os limites impostos pelas legislações internas de várias jurisdições para a implementação de recomendações. Por exemplo, os patamares da notificação de fusão estão frequentemente postos nas respectivas leis internas de concorrência que as autoridades de concorrência são obrigadas a seguir. Como consequência, uma recomendação da ICN sobre a questão só pode ser considerada como uma proposta para a legislação nacional naquele campo. No entanto, autoridades de concorrência normalmente não estão numa posição de submeter propostas legislativas, e os governos nacionais, que estariam, não estão representados na ICN. Essa observação leva à conclusão que a ICN terá que ser complementada pela harmonização obrigatória de leis de concorrência nacionais em um estágio posterior.

E. O *ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ESTRANGEIRO

29. Como todas as autoridades, as autoridades concorrenciais foram montadas para aplicar a sua própria lei doméstica. O Direito estrangeiro pode ser levado em consideração em algumas ocasiões, por exemplo, como uma proteção, mas uma aplicação, estritamente falando, está fora de questão, a não ser que seja especificamente ordenada pela legislação interna.

30. Isso é diferente na litigância privada (*private litigation*). Se um demandante quiser executar um contrato sujeito a uma lei estrangeira na corte doméstica, contra um demandado que invoca um descumprimento da lei da concorrência estrangeira, criando uma insolvência contratual, seria uma surpresa se o juiz ignorasse o estatuto legal de concorrência estrangeiro. A situação seria similar se o demandante reclamasse danos pelo desrespeito, pelo demandado, da lei da concorrência estrangeira do Estado A em respeito ao mercado daquele país. O princípio básico do direito internacional privado, em dar efeito às expectativas legítimas das partes no que concerne ao *enforcement* de uma lei específica, iria requerer o *enforcement* da lei de concorrência estrangeira, assim como justificaria o *enforcement* de lei estrangeira em outros contextos.

31. O número de decisões de cortes publicadas dando apoio a essa assertiva é muito limitado, no entanto (veja Schwartz e Basedow, parágrafos 105–6). É somente nos anos mais recentes que a legislação especificamente confere tratamento à questão e não deixa dúvidas de que juízes têm o poder e até a obrigação de aplicar a lei de concorrência estrangeira. A primeira previsão desse tipo pode ser encontrada no art. 137 da Lei Federal da Suíça sobre Direito Internacional Privado de 1987: “Pleitos oriundos da restrição da competição são governados pela lei do Estado naqueles mercados em que a parte injuriada é afetada diretamente pela restrição”. O mesmo princípio, com base na doutrina dos efeitos acima descrita, foi recentemente adotado pela CE no art. 6 (3) da Regulação de Roma II sobre Lei Aplicável às Obrigações Não Contratuais de 2007. Em resposta a uma longa disputa sobre violações multiestatais que exigiriam a aplicação simultânea de diversas leis, o Art. 6 (3)

(b) da Regulação de Roma II permite que a pessoa que busca compensação opte pela aplicação da *lex fori*⁹ sob certas circunstâncias. Essa previsão pode levar à aplicação de diferentes leis que regulem danos à concorrência nos procedimentos públicos de *enforcement* (veja B acima) e em litígios privadas (Basedow [2007] 247 ss).

F. CONCLUSÃO

32. O Direito da Concorrência internacional passou por mudanças profundas no curso dos últimos 20 anos. Enquanto conflitos de jurisdição chamaram atenção nos anos de 1970 e 1980, a proliferação mundial de estatutos legais da concorrência favoreceu a cooperação de autoridades concorrenciais, e a coordenação de leis nacionais no marco da Rede de Concorrência Internacional. A disposição de levar percepções estrangeiras do Direito da Concorrência em consideração é claramente visível em legislação recente relacionada à aplicação privada do Direito da Concorrência. A globalização dos mercados, que é evidenciada e favorecida pelo comércio mundial, permite a previsão de futuras tentativas para harmonização de princípios do Direito da Concorrência no futuro próximo.

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

Seção de Direito Concorrencial do *American Bar Association* (ed) *International Antitrust Cooperation Handbook* (American Bar Association Section of Antitrust Law Chicago 2004).

D Baetge *Globalisierung des Wettbewerbsrechts: Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht* (Mohr Siebeck Tübingen 2009).

J Basedow 'Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law' in J Basedow (ed) *Private Enforcement of EC Competition Law* (Kluwer The Hague 2007) 229–53.

J Basedow (ed) *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization* (Kluwer The Hague 2002).

J Basedow *Wettkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen* (Mohr Siebeck Tübingen 1998).

E Elhauge and D Geradin *Global Competition Law and Economics* (Hart Oxford 2007).

BE Hawk (ed) *International Antitrust Law and Policy* (Juris Publishing New York 2008).

9 Lei do lugar.

MR Joelson *An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union, and other Key Competition Laws in the Global Economy* (2nd edn Kluwer The Hague 2001).

AV Lowe *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials* (Grotius Cambridge 1983).

KM Meessen *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts* (Nomos Baden-Baden 1975).

IE Schwartz and J Basedow 'Chapter 35: Restrictions on Competition' in K Lipstein (ed) *International Enciclopédia de Direito Comparado vol 3 Direito Internacional Privado* (Mohr Siebeck Tübingen 1995) 1–139.

C Wilcox *A Charter for World Trade* (Macmillan New York 1949).

DOCUMENTOS SELECIONADOS

Acordo entre o Governo dos EUA e o Governo da República Federal da Alemanha sobre Cooperação Mútua na área de Práticas Comerciais Restritivas (assinado em 23 de junho de 1976, entrou em vigor em 11 de setembro de 1976) 1039 UNTS 345.

American Banana Co v United Fruit Co Corte Suprema dos Estados Unidos (26 de abril de 1909) 213 US 347.

American Law Institute (ed) *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States* vols 1–2 (American Law Institute St Paul 1987).

Embaixada britânica 'Nota n° 196 da Embaixada britânica em Washington para o Departamento de Estado dos Estados Unidos: (27 de julho de 1978) (1978) XLIX BYIL 390'.

Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (18 de dezembro de 1987, entrou em vigor em 1° de janeiro de 1989) BBl 1988 I 5 (Suíça).

Caso 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd v Commission of the European Communities* [1972] ECR 619.

Caso 89/85 *Åhlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities* [1988] ECR 5193.

Clayton Antitrust Act 1914, 15 USC §12–27 and 29 USC §52–53 (1914).

Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences (conclusa em 6 de abril de 1974, entrou em vigor em 6 de outubro de 1983) 1334 UNTS 15.

Convenção sobre Notificação no estrangeiro de documentos judiciais e extrajudiciais em matéria civil ou comercial (realizado em 15 de novembro de 1965, entrou em vigor em 10 de fevereiro de 1969) 658 UNTS 163.

Convenção sobre o recolhimento de provas no estrangeiro em material civil e comercial (assinado em 18 de março de 1970, entrou em vigor em 7 de outubro de 1972) 847 UNTS 231.

Acordo ente o governo dos EUA e a Comunidade europeia sobre a Aplicação das leis de Concorrência (assinado e colocado em vigor em 23 de setembro de 1991) 30 ILM 1491.

Federal Trade Commission Act 1914, 15 USC § 41–58 (1914).

Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982, 15 USC § 6a (1982).

Hartford Fire Insurance Co et al v California et al United States Supreme Court (28 June 1993) 509 US 764.

Havana Charter for an International Trade Organization (assinado em 24 de março de 1948) UN Doc E/CONF.2/78, 3.

Grupo de Trabalho do Código Internacional Antitruste ‘Draft International Antitrust Code’ (10 de julho de 1993) (1993) 5(5) World Trade Materials 126.

Laker Airways Ltd v Sabena Belgium World Airways Corte de Apelações dos EUA (6 de março de 1984) 731 F 2d 909.

Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (assinado em 16 de setembro de 1988, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1992) 28 ILM 620.

MERCOSUL ‘Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL’ (16 de dezembro de 1996) CMC/DEC No 18/96 in J Basedow *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen* (Mohr Siebeck Tübingen 1998) 161.

Monopolkommission (ed) *Hauptgutachten 1996/97: Marköffnung umfassend verwirklichen* (Nomos Baden-Baden 1998).

OCDE ‘Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais’ (adotada em 21 de junho de 1976) DAF/IME(2000)20, 5.

Regulação (CE) No 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 sobre o Direito aplicável a obrigações não contratuais (Roma II) [2007] OJ L 199/40.

Conjunto de princípios e regras justos para o controle de práticas comerciais restritivas (22 de abril de 1980) (1980) 19 ILM 813.

Sherman Antitruste Act 1890, 15 USC § 1–7 (1890).

Timberlane Lumber Co v Bank of America Corte de Apelações dos EUA (Nono Circuito, 27 de dezembro de 1976) 549 F 2d 597.

United States v Aluminium Co of America Corte de Apelações dos EUA (Segundo Circuito, 12 de março de 1945) 148 F 2d 416.

PARA UMA REFORMA DO PROTOCOLO DE FORTALEZA

Maria Rosa Guimarães Loula
Procuradora Federal em exercício na Procuradoria do CADE

Tatiana de Campos Aranovich
*Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Procuradoria
do CADE.*

1. Este artigo objetiva analisar a oportunidade e a necessidade de uma reforma legislativa no tema de defesa da concorrência no Mercado Comum do Sul – Mercosul. Compreende de um estudo que pretende identificar as falhas normativas do Protocolo de Fortaleza de 17 de Dezembro de 1996, de forma a propor alterações que tornem o texto mais efetivo e incrementem o tratamento do tema no Mercosul.
2. O Brasil, como parte da sua agenda pro tempore no Mercosul, no segundo semestre de 2010, propôs que a disciplina normativa da defesa da concorrência no âmbito regional fosse revista. Busca-se, em verdade, substituir o Protocolo de Fortaleza de 1996 (doravante “Protocolo de 1996”), o qual foi internalizado no país pelo Decreto nº 3.602, de 18 de setembro de 2000. O Protocolo de 1996 apresenta, portanto, na ordem jurídica brasileira, a estatuta de lei ordinária, por força dos arts. 49, I e 84, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil¹.
3. Para conferir uma abordagem científica e mais didática a este trabalho, é preciso, antes de efetuar a análise material de uma possível reforma, melhor delimitar o tema do Direito da Concorrência no Mercosul e ater-se, ainda que brevemente, à natureza do esquema de integração e seus objetivos.
4. O Mercado Comum do Sul, instituído pelo Tratado de Assunção de 1991, trazia entre seus objetivos desde o início: a coordenação de políticas macroeconômicas, a fim de se assegurarem condições adequadas de concorrência entre os Estados parte; e o compromisso de harmonização das legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.
5. Para efetivar estes objetivos, no âmbito da defesa da concorrência, os Estados parte elaboraram (e o Brasil internalizou) o Protocolo de Fortaleza, de 17 de dezembro de 1996, bem como o “Entendimento sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados parte do Mercosul para a aplicação de suas Leis nacionais de concorrência”, de 7 de julho de 2004, e o “Entendimento sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados parte do Mercosul para o controle de Concentrações Econômicas no âmbito regional”, de 20 de julho de 2006 (em conjunto, doravante “Entendimentos”).
6. A estrutura institucional do Mercosul, definida pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994, criou o Conselho do Mercado Comum - CMC, o Grupo Mercado Comum - GMC, a Comissão de Comércio do Mercosul - CCM, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Secretaria Administrativa.

1 Referindo-se à orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, José Carlos de Magalhães assim resume esta questão: “A Corte, deixando de lado precedentes e manifestações doutrinárias de autores brasileiros, de que a lei não pode modificar tratado em vigor, preferiu ater-se à noção de que não há hierarquia constitucional entre tratado e lei, sendo assim, um revoga o outro.” José Carlos de Magalhães, “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica”, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p.58.

7. À Comissão de Comércio competem os instrumentos de política comercial comum, dentre estes, importa aqui destacar, os temas relacionados à concorrência. Para tratar especificamente desse tema, foi criado o Comitê Técnico nº 5 sobre Defesa da Concorrência - CT-5.

8. O Comitê Técnico nº 5 foi concebido para a harmonização das regras de defesa da concorrência dos quatro países membros do Bloco, assim como a gradual integração e cooperação entre as autoridades de cada Estado parte.

9. O Protocolo de Defesa da Concorrência de 1996 foi elaborado pelo CT-5. Este diploma prevê obrigações que deveriam ser assumidas por cada um dos Estados parte, além de definir condutas de infração à ordem econômica. Ademais, estabelece canais para a troca de informações e experiências.

10. O Protocolo de 1996 visava suprir deficiências das legislações domésticas em matéria de antitruste. É de se esclarecer que somente Brasil e Argentina dispunham de instrumentos necessários para aplicação efetiva de uma política de defesa da concorrência (vale dizer, somente estes dois países apresentam tanto legislação antitruste, quanto autoridade de defesa da concorrência com atribuição coercitiva de aplicação da legislação - *enforcement*).

11. Destaque-se que o Protocolo de 1996 somente foi internalizado pelos Estados brasileiro e paraguaio.

12. Faz-se oportuno, neste momento do desenvolvimento deste trabalho, ressaltar que o traço distintivo deste Protocolo de 1996 é a criação de um órgão a quem cabe definir as práticas infratoras e estabelecer as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis de conformidade com o seu texto. Claro está que se trata de Protocolo elaborado sob o signo do ideal de constituição de “órgão intergovernamental”.

13. Dada a ambição do projeto de 1996, no seu texto foram disciplinados: objeto e âmbito de aplicação (capítulo I); condutas e práticas restritivas da concorrência (capítulo II); o controle de atos e contratos (capítulo III); criação de órgãos de aplicação regionais e seus procedimentos para aplicação (capítulos IV e V); instrumentos de compromisso de cessão (capítulo VI); sanções aplicáveis (capítulo VII); cooperação técnica (capítulo VII) e, por fim, dispositivos de solução de controvérsias quanto à interpretação e aplicação do diploma e disposições finais e transitórias (capítulos IX e X). Diminuto tratamento é conferido à cooperação (tanto em extensão, quanto em possibilidades), que é disciplinada em apenas um artigo (art. 30, do capítulo VIII).

14. Por outro lado, os Entendimentos sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência, ao contrário do Protocolo de 1996, trazem foco maior na cooperação. Ambos os instrumentos foram internalizados no Brasil por meio da Portaria Conjunta CADE, SDE e

SEAE nº 148, de 13 de novembro de 2009. Desse modo, não apresentam hierarquia de lei, não podendo assim inovar na ordem jurídica.²

15. Há de se referir que os acordos de cooperação em matéria concorrencial parecem ter sido concebidos como forma de evitar potenciais conflitos que poderiam advir do exercício da jurisdição extraterritorial³ no caso concreto. Nesse intento, instrumentos sobre o tema foram adotados mundo afora, seja em formato de acordos bilaterais e regionais (p.g., no âmbito do *North American Free Trade Agreement* – NAFTA), seja em declarações plurilaterais (como a Recomendação de 1995 da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE).

16. Mormente a partir da década de 90, tais acordos foram impulsionados como modo de fomentar a assistência mútua entre órgãos ou autoridades domésticas encarregadas de defesa da concorrência e coordenar o exercício extraterritorial da jurisdição dos Estados. Via de regra, tais acordos podem contemplar dispositivos referentes a: (i) notificação; (ii) consultas e prevenção de conflitos; (iii) coordenação; (iv) cooperação técnica e encontro de autoridades; (v) trocas de informações não confidenciais; (vi) *negative comity*; (vii) *positive comity* e (viii) trocas de informações confidenciais.

17. Além dos instrumentos regionais no âmbito do Mercosul, as autoridades brasileiras já firmaram acordos de cooperação em matéria

2 “Apesar de tudo, o acordo executivo – se assim chamamos todo tratado internacional carente de aprovação individualizada do Congresso – é uma prática convalidável, desde que, abandonada a idéia tortuosa de que o governo possa pactuar sozinho sobre “assuntos de sua competência privativa”, busque-se encontrar na lei fundamental sua sustentação jurídica. Três categorias de acordos executivos – mencionada, de resto, por Accioly, ao lado de outras mais – parecem compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”. Francisco Rezek, “Direito Internacional Público – Curso Elementar”, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 62.

3 Empregamos neste ensaio os termos “exercício” ou “aplicação”, juntamente com as qualificadoras “extraterritorial da jurisdição” ou “da jurisdição extraterritorial”, como sinônimos. Evitamos as expressões “extraterritorialidade” ou “extraterritorialidade” com o intuito de afastar a equívoca confusão entre competências legislativas, judiciais e executivas relativas ao tema. Tal distinção também é empregada por Augusto Jaeger Junior, José Ângelo Estrella Faria e Leonardo Arquimino de Carvalho. Veja: Leonardo Arquimino de Carvalho, *Jurisdição e competência internacional: a ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional: breves considerações à luz do Direito Internacional*, in “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, Senado Federal, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 80. Neste mesmo sentido: Augusto Jaeger Junior, “Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais”, Curitiba, Juruá, 2008, p. 34; e José Ângelo Estrella Faria, “Aplicação extraterritorial do direito da concorrência”, in “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, Senado Federal, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 23-24. Ademais, há que se consignar que o termo “extraterritorialidade” é aplicado, classicamente, às ficções de continuidade dos territórios nacionais, tais com embarcações, embaixadas e aeronaves.

concorrencial com: Argentina⁴, Canadá⁵, Chile⁶, Comissão Europeia⁷, Estados Unidos da América⁸, Portugal⁹ e Rússia¹⁰.

18. Na maioria dos casos, estes acordos acabam apenas por refletir laços de colaboração preexistentes. Apresentam características de Memorando de Entendimentos, ou seja, possuem caráter de *soft law*. E, por seu linguajar não assertivo, tornam-se apenas normas programáticas.

19. Esses acordos propiciam vantagens aos Estados signatários, porém se deparam com limitações típicas da cooperação direta ou informal. Os compromissos estipulados no seu âmbito tendem a ser flexíveis, e o escopo da assistência limitado. A crítica mais contundente que lhes pode ser dirigida diz respeito à limitação dos atos que podem ser considerados válidos caso praticados sob seu bojo.

20. Nota-se que os acordos de cooperação informal são mais propriamente destinados a investigações ou ações de inteligência. Isto ocorre principalmente por duas razões. Primeiro, estes diplomas não disciplinam a atuação judicial ou do contencioso administrativo, não atentando para os princípios aplicáveis a seus procedimentos, como o contraditório e a ampla defesa. E, em segundo lugar, por faltarem a determinados diplomas (ao menos no Brasil, notadamente, *in casu*, os Entendimentos sobre Cooperação do Mercosul) a estatura de lei, seus dispositivos não podem estabelecer validamente mecanismos de cooperação (p. e., obtenção de prova) que não sejam mera regulamentação de lei preexistente (no caso em tela, a moldura legal seria dada pelo Protocolo de 1996).

21. Uma profunda reforma do Protocolo viabilizaria contornar-se o malogro do projeto de criação de órgão intergovernamental, bem como fazer frente a novos desafios na matéria.

4 Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 264, de 18 de setembro de 2008.

5 Entendimento de Cooperação entre o Conselho da Concorrência, Agência de Defesa da Concorrência do Governo do Canadá e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil, acerca da Aplicação de suas respectivas Normas de Defesa da Concorrência, de 13 de maio de 2008.

6 Entendimento de Cooperação entre a Fiscalía Nacional Económica do Chile e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil, acerca da Aplicação de suas respectivas Normas de Defesa da Concorrência, de outubro de 2008.

7 Memorando de Entendimento de Cooperação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil e o Diretório-Geral para a Competição da Comissão Europeia, de 8 de outubro de 2009.

8 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, promulgado pelo Decreto nº 4.702, de 21 de maio de 2003.

9 Protocolo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil e a Autoridade de Concorrência de Portugal, de 8 de outubro de 2005, substituído pelo Protocolo de Cooperação Técnica entre o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência e a Autoridade de Concorrência de Portugal, de 14 de janeiro de 2010.

10 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Cooperação na área da Política de Concorrência, de 12 de dezembro de 2001.

22. Para tanto, uma proposta de reforma teria que apresentar um sistema de defesa da concorrência do Mercosul totalmente calcado nas autoridades de concorrência nacionais. Restaria superado o dispendioso sistema que se articula em torno do “Comitê de Defesa da Concorrência”, intermediário entre a subordinação à Comissão de Comércio do Mercosul e ingerência sobre os “órgãos nacionais de aplicação dos Estados Partes”.

23. Em comparação com os instrumentos já existentes no Mercosul, pode-se destacar que o Protocolo de Fortaleza prevê a cooperação técnica, o encontro entre autoridades e a troca de informações não confidenciais, todos compromissos estabelecidos em seu art. 30. Já os Entendimentos prevêem a notificação (art. II de cada Entendimento); a consulta, prevenção de conflitos e a coordenação de investigações (art. V de cada Entendimento); a cooperação técnica e o encontro entre autoridades (arts. VII e VIII de cada Entendimento); a troca de informações não confidenciais (arts. III, IX c/c X de cada Entendimento); o *comity* negativo (art. VI de cada Entendimento) e o *comity* positivo (arts. IV.3 e IV.4 de cada Entendimento). Note-se que nenhum dos instrumentos prevê a troca de informações confidenciais.

24. Seria adequado que uma proposta de reforma, por sua vez, previsse a notificação, a consulta, a coordenação de investigações, a cooperação técnica e a troca de informações não confidenciais. Ademais, dentre o cabedal de possibilidades de acordos de cooperação em matéria antitruste, é oportuna a inclusão de disposições sobre encontro entre autoridades, *comity* negativo, *comity* positivo e troca de informações confidenciais. Todos esses dispositivos propiciariam comunicação e coordenação de jurisdições mais fluida e célere.

25. Passemos, agora, portanto, à análise pormenorizada de temas que uma proposta de reforma deveria contemplar e daqueles cuja inclusão não seria eficiente.

26. Seria desejável que uma proposta de Protocolo mantivesse a mesma estrutura formal do Protocolo de 1996. Todos os diplomas referidos, a saber, o texto de 96 e os Entendimentos, são iniciados por um Preâmbulo. Ademais, trata-se de um costume no Direito Internacional que tem sido reproduzido no âmbito do Mercosul.

27. Dentre os temas que devem ser disciplinados no âmbito de uma proposta de reforma do Protocolo de Fortaleza, é preciso muita atenção ao tratar da jurisdição internacional dos Estados parte. Qualquer disciplina neste sentido não deve conflitar com as disposições de Direito Internacional Público, ao tempo em que também deve se pautar pelos parâmetros do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - Protocolo de Las Lenãs, de 27 de junho de 1992.

28. No tema da jurisdição internacional, de início, é preciso ater-se à regra geral do princípio da territorialidade. Este é um princípio sedimentado e incontestado no Direito Internacional¹¹. Vale dizer, seria necessário prestar

11 Neste sentido, apenas a título de exemplo, vale a transcrição do trecho da doutrina abalizada: “Uma primeira consideração que desde logo se impõe, é a de que todo Estado tem jurisdição sobre seu território, como um

atenção aos reais objetivos do acordo para não acabar por admitir um sistema de territorialidade mitigada, quando o foco privilegiado do diploma seria o sistema tradicional da territorialidade.

29. Mas, por outro lado, se mitigar a territorialidade for o objetivo, é preciso esclarecer que o exercício da jurisdição extraterritorial é a exceção que merece disciplinamento¹². Desse modo, melhor seria não se ater a reproduzir a regra, mas, ao contrário, tentar disciplinar a exceção.

30. Neste ponto, o sistema brasileiro possui a disciplina do art. 2º, *caput*, da Lei 8.884/94, que versa sobre a aplicação da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste. Parece-nos que uma norma do Mercosul neste tema poderia pautar-se pela diretriz do referido artigo.

31. Quanto às notificações, propomos que sua previsão possa superar a tradicional lógica de receio normalmente envolta nesse instituto no bojo de acordos de cooperação em matéria concorrencial. Aqui, um paralelo com os tratados de assistência jurídica mútua em matéria penal pode ser útil. Imbuídos do ideal de fomentar sinergias positivas entre as investigações nacional e estrangeiras, as Convenções da ONU de Mérida¹³ e de Palermo¹⁴ possibilitam aos Estados parte remeter e receber as chamadas “informações espontâneas”. Ou seja, estabelece-se canal que permite à autoridade de um Estado A transmitir à autoridade de Estado B indícios e evidências que julga poderem auxiliá-lo na abertura ou na conclusão de processos na jurisdição B. A inclusão de tal canal também seria desejável entre as autoridades de defesa da concorrência, em especial em casos envolvendo a perseguição de cartéis internacionais.

32. Advoga-se que uma proposta de acordo deva separar claramente o âmbito da cooperação técnica do âmbito da cooperação jurídica. Dessa maneira, evita-se a confusão entre esferas de assistência distintas e que não se sobrepõem. A cooperação técnica alude essencialmente a ferramentas de *capacity building*, como treinamentos, intercâmbio de pessoal e demais *inputs* técnicos. Não se refere, assim, a ações relacionadas ao fornecimento de informações ligadas a casos concretos de investigação de infração ou ao contencioso administrativo.

dos princípios fundamentais do direito internacional e da organização da comunidade internacional. É o conceito da soberania, que o art. 4º da Constituição Federal consagra, nos incisos I, IV, e V, ao estabelecer, como princípios da República, a independência nacional, a não intervenção e a igualdade entre Estados.” José Carlos Magalhães, “As leis da concorrência e a globalização” in “*Avances del Derecho Internacional privado em América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben*”, Fundación de cultura universitária, Montevideu, 2002, pp. 365-366.

12 “No Brasil, a questão da extraterritorialidade da aplicação da lei nacional é focalizada na esfera do Direito Penal e no Direito da Concorrência (...).

Ao incluir, dentro da jurisdição territorial brasileira, práticas que tiveram lugar no exterior, mas que produzem ou podem produzir efeitos no país, alinhou-se o legislador brasileiro à tendência inaugurada, pelos Estados Unidos, na decisão do conhecido caso Alcoa, em que empresas não americanas foram processadas pelas autoridades que examinam práticas anti-concorrenciais daquele país, por terem formado cartel, na década de 1930, para regular a produção e venda de lingotes de alumínio.” Idem, *ibidem*, pp. 367-369.

13 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), art. 46, numerais 4 e 5.

14 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), art. 18, numerais 4 e 5.

33. Compreende-se que uma proposta de acordo deveria apresentar prazos para que as autoridades nacionais notificassem as autoridades homólogas. Conquanto uma maior flexibilidade seja *a priori* útil a esse tipo de arranjo, e a estipulação de prazos possa ser entendida como endurecimento das obrigações recíprocas, julgamos que a previsão de prazos seria um avanço para a execução eficiente da cooperação entre autoridades de concorrência do Mercosul.

34. No que respeita à comunicação entre as autoridades, seria desejável que esta pudesse ser direta. Qualquer intermediação, ainda que do próprio Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, apenas introduziria uma instância burocrática no diálogo entre as autoridades de concorrência. Entende-se que eventual intermediação frustra objetivos de conferir maior fluidez, celeridade e franqueza à cooperação, além de ir à contramão da prática internacional.

35. Consigna-se que, no arranjo comunitário europeu, existe órgão que centraliza as informações de cooperação em matéria antitruste: a Comissão Européia. No entanto, os estágios de integração da União Européia e do Mercosul em muito se distanciam: este é um órgão intergovernamental, aquele, supranacional. Assim, ao passo que, no arranjo europeu, centralizar a comunicação em único órgão pode agilizar o processo de cooperação; no arranjo sul-americano, tal centralização, ao contrário, tem o condão apenas de inserir intermediador burocrático e cujo trâmite reduz substancialmente a rapidez e a maior proximidade desejáveis. Portanto, o estabelecimento de órgão homólogo ao da Comissão Européia, ainda que seu objetivo seja mesmo facilitar um futuro acordo entre os dois esquemas de integração europeu e sul-americano, pode, ao revés, incluir um complicador nesse diálogo entre dois sistemas distintos.

36. Neste mesmo sentido de reduzir rugosidades nas comunicações, julga-se conveniente o incremento de disposições relativas ao franco diálogo institucional, instituindo-se, por exemplo, reuniões periódicas. Acredita-se que, neste aspecto, o CT-5 pode ter papel fundamental, na pertinente organização e convocação de tais reuniões.

37. Ademais, recomenda-se a inclusão de dispositivo para criação de uma rede regional de intercâmbio de informações, com espaço para a comunicação virtual nos temas de cooperação internacional, a exemplo da Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações – Groove¹⁵; e a Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional - IberRed¹⁶. Tal

15 A Rede *Groove* é ambiente virtual para assuntos de auxílio direto em matéria penal e de extradição criado em 2004, no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA. Conta tanto com sítio eletrônico, com informações sobre legislação e tratados na matéria; como com *software* de correio eletrônico resguardado por regras de segurança, para a troca de documentos e compartilhamento de espaços de trabalho entre autoridades dos países americanos.

16 A *IberRed* é comunidade com foco na otimização de instrumentos de assistência judiciária civil e penal. Regulamentado em 2004 pelos vinte e dois países que formam a comunidade ibero-americanos, é composta por pontos de contato entre os Ministérios da Justiça e as autoridades centrais, e Ministério Público e Poder Judiciário. A ferramenta tem por fito a criação de um Espaço Judicial Ibero-Americano. Além dos pontos de contato, a Secretaria-Geral da *IberRed* conta com a Secretaria-Geral da Conferência de Ministros da Justiça dos Países Ibero Americanos - COMJIB, responsável por promover encontros entre os pontos de contato.

instrumento eletrônico tenderia a propiciar o incremento da transparência e da agilidade no processo de cooperação, ao estabelecer pontos de contato. O ideal é que houvesse poucos pontos, centrados nas autoridades máximas de cada país na defesa da concorrência. No Brasil, por exemplo, os pontos de contato seriam restritos aos dirigentes máximos do SBDC, a saber: o Presidente do CADE, o Secretário de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e o Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

38. Ressalta-se a conveniência de uma proposta de alteração legislativa que tratasse da confidencialidade. Não se deve pretender excluir do âmbito da cooperação entre autoridades antitruste as informações consideradas domesticamente confidenciais. Isto tornaria pouco efetiva a existência de um futuro Protocolo. No âmbito da defesa da concorrência, ao menos no Brasil, muitas são as possibilidades de as autoridades do SBDC conferirem sigilo aos processos e informações que tramitam no sistema.

39. Há de se destacar a oportunidade de inclusão no bojo de um novo protocolo de dispositivo para a troca de informações confidenciais, caso o instrumento do Mercosul fosse promulgado pelo Congresso Nacional e adquirisse, consequentemente, estatuto de lei ordinária no sistema jurídico brasileiro. Lograr-se-ia, por essa via, estágio mais avançado de cooperação, o que não é cabível para acordos de cooperação em matéria de defesa da concorrência tradicionais, dado seu caráter de mero memorando de entendimento que não possibilita qualquer alteração na legislação interna vigente. Assim o Protocolo aproximar-se-ia, por exemplo, da situação dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal, os quais, internalizados por meio de Decreto, possibilitam a troca de informações confidenciais.

40. Cabe salientar que mesmo no âmbito penal, em que as garantias do indivíduo são extensas e robustas, os países que pretendem cooperar encontram formas de garantir os direitos do indivíduo e ainda assim transferir informações sigilosas, transferindo-se a obrigação de guardar sigilo¹⁷. Esta é, por exemplo, a solução encontrada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹⁸.

41. Limitar a cooperação apenas aos documentos públicos significaria retirar-lhe efetividade, possibilitando apenas a transmissão

17 No âmbito penal, a questão da confidencialidade é conhecida, sobretudo, no que respeita ao princípio da especialidade. Este princípio surgiu na disciplina da extradição e irradiou-se para todo o âmbito da cooperação jurídica internacional penal. Neste sentido vale a transcrição de definição precisa de Zimmermann: "*Dans Le domaine de l'entraide, le principe de la specialité a pour effet de limiter l'usage par l'Etat requérant des documents, renseignements et informations reçus. Il interdit L'utilisation des informations reçues pour La répression de délits à raison desquels L'État requis exclut as coopération.*" Zimmermann, Robert, "La coopération judiciaire internationale em matière pénale", 2^a Ed., Bruylant SA, Bruxelles, 2004, p. 522.

18 Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Art. 20 – O Estado Parte requerente pode exigir que o Estado Parte requerido guarde sigilo sobre o pedido e o seu conteúdo, salvo na medida do que seja necessário para o executar. Se o Estado Parte requerido não puder satisfazer esta exigência, informará prontamente o Estado Parte requerente.

às autoridades estrangeiras de informações que provavelmente estas conseguiriam acessando sítios da rede mundial de computadores.

42. Por fim, no que pertine ao modo de adesão a um futuro diploma do Mercosul e à sua modalidade de entrada em vigor, a primeira questão a ser tratada diz respeito à estrutura jurídica do esquema de integração sul-americano e à possibilidade de revogação de um tratado por uma norma que não apresenta esta estatura. A segunda questão, que é desdobramento da primeira, versa acerca da possibilidade de um diploma que inova na ordem jurídica do Mercosul se tornar cogente para os Estados parte, a despeito de não ter passado pelos trâmites domésticos de internalização de acordos internacionais¹⁹.

43. Embora se admitindo a inegável complexidade da estrutura do Mercosul, não nos afastamos da crença de que sua estrutura é de Direito Internacional clássico, ou seja, o Mercado Comum do Sul hoje não possui estrutura que nos autorize a falar em um Direito Comunitário do Mercosul²⁰. Seu ordenamento é basicamente formado de tratados internacionais incorporados às leis nacionais, de conformidade com as determinações constitucionais de cada Estado.

44. E, em razão de simetria, não parece adequado falar em uma norma infra-legal revogar um tratado. Por esta circunstância, consideramos que a formalização adequada de uma reforma seria a incorporação via uma proposta de Protocolo.

19 É de se esclarecer que, ao longo deste trabalho, utilizamos como sinônimos os vocábulos acordos internacionais, tratados e protocolos.

20 “Para tanto, é preciso ter claro que, distante da lógica já bastante conhecida do direito comunitário, o poder de decisão do Mercosul, em seara normativa, no sentido do artigo 2º do POP (Protocolo de Ouro Preto), apenas dá início a um processo de incorporação das regras comuns pelas ordens nacionais, cujo resultado é provável, mas não é certo, eis que a vigência da norma depende da manifestação de vontade de diferentes atores. (...) [Sem o parêntese explicativo no original].

“O Mercosul nunca engendrou uma ordem jurídica autônoma, na qual o Tas (Tratado de Assunção) desempenharia função equivalente à de uma constituição na ordem interna. Todavia, é inegável que os atos normativos das instituições do Mercosul, uma vez incorporados às ordens internas dos Estados-membros, derivam do Tas e devem estar conforme a ele.” [Sem o parêntese explicativo no original]. Deisy Ventura, “As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia – os desafios de uma associação inter-regional”, Manole, Barueri, 2003, pp. 112 e 131.

PROGRAMA DE COMBATE A CARTÉIS: INVESTIGAÇÃO E JUDICIÁRIO

*Mariana Tavares de Araujo**

Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, formada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), com mestrado pela Georgetown University Law Center.

Diego Faleck

Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Secretário de Direito Econômico Adjunto, Presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDESP/FGV). Faleck é formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), com mestrado pela Harvard Law School.

As opiniões expressadas neste artigo são dos autores e não representam necessariamente as opiniões do Ministério da Justiça.

RESUMO: objetivo do presente artigo é apresentar os efeitos perniciosos da prática de cartel para a economia e para o bem-estar de consumidores e os desafios que as agências antitruste ao redor do mundo enfrentam para combater tal prática. Em seguida, o artigo apresenta os pilares do programa brasileiro de combate aos cartéis, entendido como a prioridade absoluta da política nacional de defesa da concorrência. O artigo passa, então, a abordar a importância da prova direta e das diligências de busca e apreensão para o programa de combate aos cartéis e investiga o crescente envolvimento do Poder Judiciário na investigação de cartéis, por meio de dados empíricos, que demonstram a evolução nos últimos anos para que o Brasil seja alçado ao firme patamar de dissuasão de tais práticas.

PALAVRAS-CHAVE: Cartel. Defesa da Concorrência. Processo Administrativo Antitruste. Acordo de Leniência. Busca e Apreensão. Combate a Cartéis. Secretaria de Direito Econômico, SDE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. Detecção. Dissuasão. Sanções. Prova Direta. Persecução Administrativa. Persecução Criminal.

I INTRODUÇÃO

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) declarou que cartéis clássicos¹ são “as mais perniciosas violações ao direito da concorrência, na medida em que causam prejuízos gravíssimos aos consumidores, pelo aumento de preços e redução de oferta, sem qualquer justificativa de eficiência. Tais acordos entre competidores resultam em mercados ineficientes, em que bens e serviços se tornam indisponíveis para alguns consumidores, enquanto outros são forçados a pagar preços maiores por nenhum outro motivo que não o cartel. Some-se que, ao blindar-se das pressões de mercados competitivos, os membros de cartéis limitam seus incentivos para controlar custos e inovar”.

Os efeitos danosos dos cartéis são difíceis de quantificar, pois demandam a comparação entre o que aconteceu no mercado enquanto o cartel operava, com a situação hipotética em que as empresas no mercado competiam honestamente. Existem obstáculos práticos para se fazer tal comparação e, normalmente, não se exige que autoridades de defesa da concorrência a façam antes de impor sanções. Multas por cartel geralmente não são calculadas com base no dano perpetrado, ao invés, autoridades tomam por base dados como o volume de comércio, o faturamento da empresa, vendas afetadas do produto ou serviço cartelizado, e se valem de estimativas (e.g. uma determinada porcentagem) para calcular o dano. Logo, não existe muita informação disponível sobre a quantificação de danos em casos de cartéis.

O Comitê de Concorrência da OCDE conduziu estudos sobre danos causados por cartéis, baseado em pesquisas sobre casos conduzidos por seus membros, e concluiu que 16 casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000 custaram mais de US\$ 55 bilhões de dólares a consumidores do mundo inteiro². As estimativas eram discrepantes, mas, em média, preços em mercados em que cartéis operavam estavam entre 10 a 20% maiores do que estariam se não houvesse cartel. Em alguns casos, as estimativas chegaram a 50%. Outro estudo, conduzido por Levenstein & Suslow concluiu que, entre 1995 e 2005, sobre-preços por cartéis internacionais chegaram a US\$ 500 bilhões³. Por tais estudos, conclui-se que cartéis causam danos anuais de bilhões de dólares a consumidores no mundo inteiro.

1 O cartel clássico (*hard core cartel*) é um acordo anticoncorrencial, uma prática concertada ou um arranjo anticoncorrencial realizado por competidores para fixar preços, controlar a oferta (*colusive tenders*), estabelecer restrições de produção ou cotas, compartilhar ou dividir mercados pela alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.

2 Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), *Fighting Hard Core Cartels; Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs* (2202), disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>.

3 Vide, e.g., Michal S. Gal, *The Globalization of Antitrust*; Margaret Levenstein & Valerie Y. Suslow, *Contemporary international cartels and developing countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy* 71 ANTITRUST L. J.

A firme persecução de cartéis é, por tais motivos, um objetivo comum entre um grande número de autoridades de defesa da concorrência espalhadas pelo mundo: estas adotaram, nas últimas duas décadas, programas de leniência, tornaram crime a conduta de cartel, impuseram maiores sanções aos participantes, e cooperaram cada vez mais entre elas no caminho para o crescimento da dissuasão à prática⁴.

II DOIS ELEMENTOS DE DISSUAÇÃO: DETECÇÃO EFETIVA E SANÇÕES SEVERAS

Jurisdições que perseguem cartéis ativamente têm em comum um duplo desafio: primeiro, elevar o receio de detecção, por meio do uso de um arsenal de técnicas de investigação; segundo, e não menos importante, instituir a ameaça de sanções severas e bem direcionadas, que incrementarão a dissuasão.

Participantes de cartéis clássicos não poupam esforços para esconder sua conduta, e, como uma resposta ao incremento do combate em vários países, estão usando estratégias cada vez mais elaboradas para permanecerem indetectados. Autoridades de proteção da concorrência têm, então, se esforçado para aumentar sua capacidade de detectar o comportamento colusivo. Diversas agências recorrem a sofisticadas técnicas de investigação, como buscas e apreensões e escutas-telefônicas, freqüentemente em cooperação com a polícia e promotores dos respectivos países e também umas com as outras⁵.

Nas últimas duas décadas, muitas jurisdições adotaram programas de leniência para a conduta de cartel. Tais programas permitem que autoridades de proteção da concorrência outorguem imunidade das sanções aplicáveis a um (ou mais) dos co-conspiradores, em troca de cooperação, que levará a persecução e punição dos outros membros do cartel. Proponentes de acordos de leniência dão acesso às autoridades à prova direta do cartel, interna, a um custo muito menor do que se teria para obter tais provas com utilização de técnicas de investigação diversas.

A leniência também funciona como um fator de dissuasão para as partes que estão avaliando a conveniência de se unirem a uma conspiração, ou formarem uma nova⁶. Quando combinados com o risco de detecção

801 (2004).

4 Países como Chile, República Tcheca, Grécia, México, Holanda, Nova Zelândia, Austrália, Rússia e África Sul recentemente criminalizaram a conduta, ou estão considerando fazê-lo.

5 Vide, Scott Hammond, Deputy Assistant Att'y General for Crim. Enforcement, Antitrust Div., Depart. of Justice, Presentation at The 9th Annual Conference of the International Competition Network (ICN), Trends and Developments in Cartel Enforcement (April, 27-29, 2010) disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/library.aspx?search=&group=2&type=0&workshop=0&page=2>.

6 Vide International Competition Network (ICN), *Anti-cartel Enforcement Manual, How to Implement an Effective Leniency Program* (April 2009).

e a ameaça de sanções severas, programas de leniência introduzem um ingrediente que contribuirá para a instabilidade do cartel, proporcionando um incentivo poderoso para se quebrar a autoridade do cartel e reportar a infração⁷.

Programas de leniência se tornam uma opção atraente desde que os infratores percebam que as chances de serem detectados é grande e que, se isso acontecer, sanções severas serão impostas. Entretanto, os requisitos e benefícios da confissão devem ser claros e conhecidos previamente pelos candidatos. Sem ações fortes de combate que demonstrem aos membros de cartéis que sua conduta não permanecerá impune, é improvável que qualquer conspirador virá espontaneamente confessar a prática e cooperar com a investigação.

Da mesma maneira, os incentivos para abandonar o cartel são diminuídos se os ganhos contabilizados forem superiores às sanções as quais o membro do cartel será exposto se for descoberto. Por fim, propostas de leniência pressupõem um grau elevado de confiança entre autoridades e o candidato ao programa, assim como seus patrocinadores legais. Assim, como em qualquer relacionamento baseado em confiança, transparência e previsibilidade são imprescindíveis para que um programa funcione e possa encorajar partes a confessar e se virar contra seus co-conspiradores⁸.

Hoje em dia, mais de 50 jurisdições adotaram programas de leniência. Nos Estados Unidos, desde 1996, diversas empresas foram multadas em mais de US\$ 5 bilhões por infrações antitruste, sendo que em 90% dos casos a investigação foi apoiada por acordo de leniência⁹. Experiências demonstram que um programa de leniência efetivo é um passo importante para dissuadir cartéis. Entretanto, em que pese a proliferação de programas de leniência e o aumento do combate a cartéis pelo globo, muitos autores argumentam que ainda, em geral, cartéis não são suficientemente impedidos.

Ao concordarem em não competir, membros de cartéis conseguem fixar preços e contabilizar lucros substancialmente superiores do que conseguiriam ao competir. Para desencorajar o que é claramente uma prática comercial atraente, a pena tem que ser suficientemente repelente. Um aspecto adicional a ser considerado é que, apesar do incremento do combate aos cartéis no mundo, evidências demonstram que a reincidência na infração não é infrequente. Movimentos nos preços de ações em bolsa

7 Vide Gregory J. Werden, *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime*, EUR. COMPETITION J. (March 2009); and Scott Hammond, Deputy Assistant Att'y General for Crim.. Enforcement, Antitrust Div., Depart. of Justice, Presentation at The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades (Feb. 25, 2010), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.htm>:

8 Vide International Competition Network (ICN), *Anti-cartel Enforcement Manual, How to Implement an Effective Leniency Program* (April 2009).

9 Hammond, *supra* nota 5

de valores de empresas após o indiciamento por fixação de preços também indicam a insuficiência do combate aos cartéis; normalmente o valor das ações caem sensivelmente após o início de investigações por cartel, mas a esmagadora maioria retorna ao preço inicial após um ano¹⁰.

Além disso, levando-se em consideração a natureza secreta da colusão e a resoluta disposição dos cartelistas em esconder sua conduta, a detecção de cartéis será sempre um desafio às autoridades. Os conspiradores sabem disso. Assim sendo, a dissuasão de tais condutas requer o combate firme, combinado com sanções severas que superem as recompensas potenciais de participar de um cartel, e que não sejam meros custos rotineiro dos negócios de empresas.

São dois os elementos principais do programa de combate a cartéis brasileiro: responsabilizar devidamente cartelistas; e, desenhar um conjunto de sanções severas, combinando penas administrativas e criminais.

III. PROGRAMA BRASILEIRO DE COMBATE A CARTÉIS: O CAMINHO DA DISSUAÇÃO

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto de três órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é o tribunal administrativo que julga ambos os casos de atos de concentração e conduta; e duas agências de investigação. São elas, respectivamente, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), que cuida de atos de concentração, e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) responsável pela investigação de condutas anti-competitivas, incluindo cartéis.

Ambas as secretarias tem competência legal para analisar fusões e aquisições e para conduzir investigações de conduta e podem, a seu critério, emitir pareceres complementares aos emitidos pela outra secretaria. Todavia, nos últimos cinco anos, a política das secretarias tem sido abrir mão de tal prerrogativa. Os pareceres de ambas as secretarias, enviados ao CADE, não são vinculantes.

O Brasil tem um sistema dual – cartéis são ao mesmo tempo crime e infração administrativa. O Ministério Público, tanto na esfera estadual quanto federal, está a cargo da persecução criminal, e ao lado das cortes penais, aplicam a Lei nº 8.137/1990, que estabelece que cartel é crime.

10 *Vide, e.g.*, Robert H. Lande, & Joshua P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws* (March 2010); John M. Connor, & Yuliya Bolotova, *Cartel Sanctions: An Empirical Analysis* (April 2008); Michael S. Gal, *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance* (October 2008); Douglas H. Ginsburg, & Joshua D. Wright, *Antitrust Sanctions* (June 2010); Gregory J. Werden, *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime* (March 2009).

Na esfera administrativa, a Lei nº 8.884/1994 é aplicável, e o papel de persecução é desenvolvido pela SDE.

Desde 2003, as autoridades brasileiras consideram o combate a cartéis uma prioridade absoluta. Em conjunto com autoridades de outras jurisdições, o Brasil tem focado esforços no desenvolvimento de melhores métodos de detecção e aumentando as sanções impostas aos infratores. A escolha foi pela criação de um sistema integrado, em que autoridades administrativas no governo federal e autoridades criminais na esfera federal e estadual trabalhem como um time, para utilizar o melhor dos dois sistemas e melhorar a dissuasão.

Três importantes consequências decorrem disso: primeiro, o CADE passou a aplicar sanções mais altas, pela existência de provas diretas de colusão; segundo, o Poder Judiciário começou a ser acionado cada vez com mais frequência, durante e após o processo administrativo de investigação, com o questionamento dos atos administrativos da SDE e decisões do CADE; e, terceiro, um maior número de proponentes de acordos de leniência foi atraído.

O CADE também tem demonstrado seu firme comprometimento em punir severamente os cartéis. No passado recente, multas impostas para empresas cartelizadas têm ultrapassado a importância de 20% do faturamento destas no ano anterior ao início da investigação¹¹. O CADE também tem somado às penalidades outras sanções previstas na lei antitruste, tais como proibir empresas condenadas em cartéis em licitações de participar de novos certames por alguns anos, e também a publicação em jornal de grande circulação para informar ao público a sanção imposta pelo CADE por participação em cartel.

IV. BUSCAS E APREENSÕES: OBTENÇÃO DE PROVA DIRETA

A prova direta, neste contexto, obtida por meio de acordos de leniência e por meio de diligências de buscas e apreensão, tem um papel crucial no programa de combate aos cartéis, na medida em que possibilita o sucesso da investigação antitruste e a aplicação da sanção pelo CADE.

11 Recentemente o CADE condenou pela prática de cartel no segmento de gases industriais empresas e executivos do setor. As multas somam R\$ 2,9 bilhões, o maior valor de uma condenação realizada pelo CADE. A investigação começou em 2003, com denúncia anônima encaminhada à Secretaria de Direito Econômico (SDE). O plenário condenou, por conduta colusiva, a representada White Martins Gases Industriais LTDA. ao pagamento de R\$ 2.218.699.838,45, a representada Air Liquide Brasil Ltda. ao pagamento de R\$ 249.257.134,59, a representada Air Products Brasil Ltda. ao pagamento de R\$ 226.094.021,74, a representada Linde Gases Ltda., sucessora da AGA S/A, ao pagamento de R\$ 237.687.956,72, a representada Indústria Brasileira de Gases ao pagamento de R\$ 8.464.063,31, o representado Moacyr de Almeida Netto ao pagamento de R\$ 475.375,91, o representado Newton de Oliveira ao pagamento de R\$ 84.640,63, o representado José Antônio Bortoletto de Campos ao pagamento de R\$ 4.437.399,68, o representado Walter Pilão ao pagamento de R\$ 498.514,27, o representado Carlos Alberto Cerezine ao pagamento de R\$ 452.188,04, o representado Gilberto Gallo ao pagamento de R\$ 452.188,04, o representado Vitor de Andrade Perez ao pagamento de R\$ 452.188,04.

Acordos de leniência e denúncias são instrumentos que possibilitam a obtenção de provas suficientes para que os requisitos legais da busca e apreensão sejam atingidos, quais sejam *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Existem duas modalidades de diligências de busca e apreensão para a coleta de prova de cartel: a primeira delas são as buscas e apreensões criminais, conduzidas pelas autoridades competentes, quais sejam os Ministérios Públicos e Polícias, em que a SDE normalmente contribui com auxílio técnico em matéria antitruste, para facilitar a identificação das provas pertinentes.

A segunda modalidade vem prevista no art. 35-A da Lei nº 8.884/94, em que a SDE, em nome da União e representada pela Advocacia Geral da União (AGU), em havendo indícios suficientes da existência de cartel, poderá requerer ao juiz a expedição de mandado de busca e apreensão de “objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física”, no interesse do processo administrativo de investigação. Em ambas as modalidades, a prova coletada é compartilhada entre as autoridades administrativas e criminais.

Neste particular, a Advocacia Geral da União e o Poder Judiciário passaram a integrar o programa nacional de combate aos cartéis, com papel crucial de: (i) garantir a obtenção da prova direta, que assegurará a devida punição de cartéis; e (ii) garantir a continuidade da investigação, repelindo tentativas de paralisação do processo administrativo, frequentemente lançadas pelas empresas representadas pela prática de cartel.

V. A JUDICIALIZAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES

A judicialização de questões concorrenciais se dá em dois momentos: primeiro, na fase de investigação, com o questionamento dos atos da SDE; e, segundo, após o julgamento pelo CADE, com o questionamento judicial da sanção aplicada. Nossa análise se dedica à primeira hipótese.

Com efeito, os atos da SDE mais questionados no Judiciário estão relacionados com as diligências de busca e apreensão e o decorrente deslacre dos malotes contendo o material apreendido, para utilização dos indícios nos processos administrativos de investigação. Tais medidas totalizam 45,34% das ações em que o órgão está envolvido¹². As discussões legais, nessas ações, restringem-se à legalidade da diligência ou do seu cumprimento. Pela própria natureza da ação (medida cautelar), na qual os pontos a serem demonstrados são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os juízes costumam rejeitar discussões de mérito a respeito da ocorrência ou

12 Cf. controle próprio da SDE.

não da infração, até mesmo por que a medida é proposta justamente para instruir investigação, que cuidará da matéria de fundo.

Além destes, também estão entre os mais questionados os atos que impõem obrigações pecuniárias aos administrados, ou que possam ser convertidas em sanções desta natureza, tais como a lavratura de auto de infração, normalmente por enganosidade na prestação de informações (7,1%) e a concessão de medidas preventivas (6,55%). Atos de instauração de processo administrativo *stricto sensu* normalmente são questionados via mandado de segurança (6,01%), que, em grande medida, envolvem discussões sobre elementos probatórios colhidos em buscas e apreensões.

Praticamente, a totalidade dos questionamentos se refere a atos voltados à instrução do processo, tais como a instauração de processos administrativos, o indeferimento da oitiva de testemunhas, a inspeção administrativa, a nota de encerramento da instrução, ou a incidentes como a lavratura de auto de infração e a concessão de medida preventiva.

É importante notar que, na esmagadora maioria dos casos, os questionamentos judiciais de atos da SDE se referem a aspectos processuais ou formais e não à questão de mérito analisada no processo administrativo, ou seja, a ocorrência ou não de infração à ordem econômica.

Os casos judicializados respondem por 15,38% do universo de processos dirigidos pela SDE. Se considerarmos apenas os casos nos quais foi utilizada a busca e apreensão como instrumento de investigação, responsáveis por cerca de 50% do universo de questões judiciais enfrentadas pela SDE, temos que estes constituem 6,47% do universo de processos dirigidos pela SDE. É possível afirmar, todavia, que as ações judiciais, apesar de atingirem uma porcentagem relativamente pequena dos processos administrativos, estão dirigidas aos casos de maior impacto e relevância entre os investigados pela SDE.

A prodigalidade na concessão de liminares ou outros provimentos de natureza cautelar para impedir o desclare ou utilização dos documentos apreendidos tem efeitos extremamente danosos para o combate a cartéis. Normalmente baseados em argumentos frágeis, tais pedidos perante o Judiciário têm, em regra, o objetivo único de paralisar a investigação e processo administrativo *stricto sensu* antes mesmo deste começar. Assim, impede-se a continuidade ou conclusão da instrução processual, com enorme prejuízo para o esclarecimento dos fatos, o aprofundamento do contraditório e da ampla defesa e a formação do convencimento a respeito da suposta infração, tanto da SDE, quanto do CADE.

Se o prejuízo para o desempenho das atribuições das autoridades administrativas já é grande, os prejuízos causados ao bem jurídico ofendido pelas infrações investigadas, a ordem econômica, é ainda maior. Como se sabe, há um hiato entre o tempo das decisões administrativas e judiciais e

o tempo econômico. A demora na investigação e decisão dos processos administrativos que tramitam no SBDC pode tornar os remédios previstos na Lei n°. 8.884/94 inteiramente ineficazes, face às alterações substanciais que podem se produzir no mercado relevante sob análise no período.

O Judiciário está cada vez mais atento a tais riscos. Nesse sentido, observou com muita propriedade o Ministro Herman Benjamin no julgamento da Medida Cautelar 13.103-SP, STJ, que pretendia obstar o deslacre de documentos obtidos em diligência de busca e apreensão:

“(...) De fato, se o deslacre do material apreendido for suspenso até final decisão do Poder Judiciário, eventuais participantes do cartel poderiam permanecer impunes, motivo pelo qual se mostra inviável a concessão da liminar de tal modo e extensão que venha a obstar o trabalho de apuração administrativa e penal.

Aos atos da SDE e do CADE não se podem atribuir o mesmo peso e medida de uma infração de trânsito. Lá temos atuação que envolve o fundamento maior que dá vida à economia de mercado, vale dizer, a concorrência. Por isso, o Poder Judiciário deve agir com extrema prudência ao interferir nesses processos administrativos.

A conhecida lentidão dos feitos judiciais é a antítese do que se espera no processo decisório de combate aos abusos de mercado. Neste campo, mais do que em qualquer outro, ação e decisão atécnicas e a destempo inviabilizam os próprios objetivos maiores visados pelo legislador da Lei 8.884/94.”

À medida que juízes tomam conhecimento do funcionamento do processo administrativo na SDE e da transparência do procedimento de investigação, atualmente regido pela Portaria MJ n° 456/2010 e anteriormente pela Portaria MJ n° 04/2006, assim como das garantias que ele oferece ao administrado, tanto na preservação de dados sigilosos, quanto na ampla oportunidade de se defender que este lhe confere, estes têm decidido no sentido de permitir a tramitação regular do processo, evitando paralisações extemporâneas.

É fato que, historicamente, 85% das decisões judiciais resultam em manutenção dos atos da SDE. A maior parte dos questionamentos são infundados e destinam-se mais a criar óbices ao andamento do processo do que a obter uma sentença de provimento. Nesse mister, é preciso diferenciar as decisões liminares das decisões de mérito. A quase totalidade das decisões liminares de natureza cautelar é revertida na decisão final.

O tempo médio de interrupção causado por liminares posteriormente revertidas é de cerca de um ano. Se levarmos em conta que o processo administrativo na SDE tem um tempo médio de 2 anos e meio, já é possível perceber o imenso prejuízo causado por tais liminares. Mas já houve casos em que o processo ficou paralisado por quase 4 anos em razão de liminares, sem que os materiais apreendidos pudessem ser deslacrados, com sucessivas decisões no mérito sempre favoráveis à SDE, até mesmo no STJ. O prejuízo é imenso para a investigação, com a deterioração das provas, mas incalculável para o setor investigado e para a população. Estes aspectos foram magnificamente analisados pelo Ministro Asfor Rocha, ao analisar a suspensão de liminar e de sentença nº. 1182-DF:

[...] De fato, a impossibilidade de exame, em prazo razoável, de todo o material apreendido poderá, sim, causar dano à ordem, à segurança e à economia públicas.

Em primeiro lugar, desprestigia e torna frágil o Programa Nacional de Combate a Cartéis, prioridade, segundo afirma a própria União, do Ministério da Justiça e do Governo Federal e abertamente defendido pela Presidência da República (cf. fls. 16-17). As liminares aqui atacadas, assim, aliadas a outros fatores e decisões, pode causar o paulatino desmantelamento de um programa importantíssimo para o Estado, sob todos os enfoques, e para os cidadãos que se utilizam dos serviços públicos, extremamente dependentes da Tecnologia de Informação.

[...]

A instrução do feito investigatório, igualmente, sofrerá com as liminares deferidas, haja vista que a data do julgamento dos recursos interpostos, nem mesmo remetidos a esta Corte, não possuem previsão, o que, sabidamente, poderá acarretar danos irreparáveis aos “HDs” apreendidos e lacrados. Provas importantes, assim, se perderão, prejudicando uma decisão justa nos feitos administrativos e judiciais.

Nos últimos anos, a atuação firme e ágil da SDE e da AGU tem revertido sensivelmente o quadro de paralisações de processos administrativos. Por meio do monitoramento ativo dos movimentos nos processos administrativos suscetíveis a gerar demandas judiciais, e dos processos judiciais em andamento, a SDE e a AGU, em parceria, têm obtido sucesso em identificar o ajuizamento de recursos e mandados de segurança e em fazer-se ouvir tempestivamente perante o Judiciário, antes da concessão de liminares *inaudita altera pars*.

Em muitos casos, como dito, tais liminares tem êxito em virtude de assimetria de informação entre o que foi alegado no pedido e a realidade do contexto da investigação, e serão inexoravelmente revertidas ao cabo do processo. Para evitar isso, além da atuação ativa nos tribunais, o SBDC tem se aproximado cada vez mais do Poder Judiciário, por meio de seminários, simpósios, edição de cartilhas específicas e difusão, em geral, da cultura da concorrência.

Hoje em dia, são raríssimas as investigações afetadas ou paralisadas por decisões judiciais. Dos casos judicializados e existentes na SDE, cerca de 1% possui alguma decisão que paralisa, ainda que parcialmente, a investigação afetada, e estima-se ser questão de tempo para que a decisão seja revertida. Casos novos, com buscas e apreensões, dificilmente são paralisados pelo Poder Judiciário. O Judiciário, como demonstrado pelas decisões colacionadas, está cada vez mais atento aos efeitos deletérios dos cartéis e à seriedade do programa de brasileiro de combate aos cartéis.

VI. CONCLUSÕES

O combate efetivo aos cartéis no Brasil tem menos de uma década. Seria ainda prematuro que conclusões fossem tomadas com relação à efetiva dissuasão da prática. Por outro lado, o número empírico de mandados de busca e apreensão, de indivíduos sendo processados criminalmente, de acordos de leniência firmados e de multas recorde aplicadas nos demonstram que os dois requisitos para a dissuasão – o receio elevado de detecção e a ameaça de sanções severas – estão cada vez mais presentes na realidade brasileira. A crescente judicialização das investigações antitruste, se, por um lado, pode ser entendida como decorrência do incremento da atividade de combate aos cartéis, é talvez um dos pontos mais críticos para o sucesso da empreitada. Os esforços conjuntos e contínuos do SBDC, da AGU, do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos e Polícias são vitais para que o panorama do combate aos cartéis avance de forma favorável, para que o Brasil seja alçado ao firme patamar de dissuasão de tais práticas.

VII. BIBLIOGRAFIA

CONNOR, John M; BOLOTOVA, Yuliya, *Cartel Sanctions: An Empirical Analysis* (April 2008).

GAL, Michael S. *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Though Jurisdictional Reliance* (October 2008).

GAL, Michal S., *The Globalization of Antitrust*; Margaret Levenstein; Valerie Y. Suslow, *Contemporary international cartels and developing countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy* 71 ANTITRUST L. J. 801 (2004).

GINSBURG, Douglas H., WRIGHT, Joshua D. *Antitrust Sanctions* (June 2010).

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), *Anti-cartel Enforcement Manual, How to Implement an Effective Leniency Program* (April 2009).

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P., *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws* (March 2010), (March 2009).

WERDEN, Gregory J., *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime*, EUR. COMPETITION J. (March 2009); and HAMMOND, Scott, Deputy Assistant Att’y General for Crim.. Enforcement, Antitrust Div., Depart. of Justice, Presentation at The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades (Feb. 25, 2010)

<http://www.cade.gov.br/upload/Cade%20e%20CVM.pdf>

<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

<http://www.internacionalcompetitionnetwork.org/library.aspx?search=&group=2&type=0&workshop=0&page=2>.

<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>

www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm

PREÇOS ABUSIVOS NA POLÍTICA ANTITRUSTE: UMA PEÇA COM TRÊS ATORES

Ricardo Machado Ruiz
Conselheiro do CADE

APRESENTAÇÃO

Este artigo tem como referência meu voto-vista na averiguação preliminar nº 08012.000295/1998-92. O representante, o Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG, argumentava que as representadas, as empresas White Martins S.A. e Aga S.A., praticavam preços abusivos ou exorbitantes. Após o voto do Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, outros conselheiros discutiram o tema dos preços abusivos procurando avaliar sua relevância na política antitruste e os mecanismos de triagem de casos, uma vez que existiam inúmeros casos onde tal ilícito concorrencial era denunciado e encaminhado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nesse debate antitruste induzido pelo caso citado, argumento que o ilícito concorrencial preço abusivo só pode ser considerado existente se reconhecermos um terceiro ator no debate antitruste: um agente público, no caso, instituições que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). É esse agente que faz o julgamento de conflitos derivados de relações de compra e venda de algum bem ou serviço. Nessa relação comercial temos dois atores: o vendedor e o comprador, ambos em posições muito diferenciadas. Nesse contexto dos negócios privados, o agente público – o terceiro ator – é o único capaz de fazer uma apreciação dos negócios e sua crítica, sendo mais específico, é o único capaz de qualificar um preço como abusivo.

No caso de uma política de defesa da concorrência, acrescento que a perspectiva do agente público deve extrapolar os interesses particulares dos agentes privados. Para tanto, é necessário reconhecer o óbvio fato de estarmos em uma sociedade caracterizada por uma intensa divisão social do trabalho e com consumidores e ofertantes com diferenciadas capacidades de reagir aos preços propostos nos negócios. E ainda, tais negócios podem ter impactos maiores ou menores e positivos ou negativos naqueles que estão à sua montante e/ou jusante. Em algumas circunstâncias esses impactos são modestos ou desprezíveis, uma vez que a presença de outros agentes ofertando outros bens e serviços podem limitar a prática de preços abusivos. Contudo, em alguns contextos, a ausência de negócios alternativos ou substitutos pode permitir a exacerbação de preços e afetar negativamente e intensamente a oferta e o consumo adequado de bens e serviços.

Avaliar o que significa uma oferta e consumo adequados corresponde a avaliar se os preços praticados são ou não abusivos, tarefa pertinente somente a um agente público, mas nunca as partes engajadas em negócios privados. Intervir em um ambiente onde tais ofertas e consumos não são adequados é uma tarefa atribuída a algumas instituições de governo e de Estado, como o CADE.

Meu voto-vista é direcionado ao caso citado acima, contudo, um leitor pode apreciar essa nota sob um foco mais amplo que o da política antitruste, qual seja, a da posição de algumas instituições de governo e de

Estado responsáveis por intervenções na economia. Segue abaixo o voto-vista apresentado com algumas modificações marginais.

1 INTRODUÇÃO

Pedi vista do presente caso para me dedicar com maior atenção a alguns temas e propostas presentes no voto do Conselheiro Relator Carlos Ragazzo e que foram discutidos na intervenção do Conselheiro Vinícius Carvalho. Os votos dos Conselheiros remetem para questões complexas, polêmicas e relevantes, tanto do ponto de vista do debate econômico, como também da *práxis* do Conselho no que tange a avaliação de preços abusivos ou excessivos. Entendo que as questões levantadas extrapolam os limites do caso em julgamento, mas são relevantes para o SBDC.

Estruturei esse voto-vista em seis partes, todas breves. Na primeira parte apresento o caso em foco buscando circunscrevê-lo. Considero essa parte descritiva importante, em particular para as propostas de triagem de casos presentes na última parte desse voto. Na segunda parte procuro sumarizar as dúvidas mais marcantes na definição de preço abusivo. Na terceira parte ainda considero o tema do preço abusivo e o papel da autoridade antitruste como sujeito do ato de qualificação do preço abusivo. No quarto segmento, comento os instrumentos disponíveis e circunscrevo teoricamente minha visão de preço abusivo, que não corresponde a precificação de curto prazo. A quinta parte apresenta alguns dados que dimensionam a atividade de patenteamento. Considero tal apresentação importante para mostrar a atualidade do tema preços abusivos ou excessivos quando do controle de tecnologias. Na última parte sigo a proposta do Conselheiro Ragazzo de melhor caracterizar os casos de preços abusivos e apresento especulativamente algumas recomendações para a triagem de casos e instrução de processos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO GERAL

O tema desta Averiguação Preliminar é recorrente no debate econômico e, em particular, no debate antitruste: um agente econômico promove um aumento de preços que é considerado potencialmente danoso ao ambiente econômico. No antitruste, esse tema – o aumento de preços – está explícito ou implícito em todos os processos, casos, estudos e intervenções de autoridades antitrustes.

Neste caso, um agente – Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgico e Material Elétrico de Ipatinga/MG (“SINDIMIVA”) - atribui a outros agentes - a White Martins Gases Industriais S.A. e Aga S.A. (“WA”) - uma precificação abusiva do metro cúbico do oxigênio líquido, o que configuraria uma infração à ordem econômica. SINDIMIVA qualifica o comportamento da WA como um abuso do poder econômico devido a aumentos injustificados, excessivos e repentinos de valores cobrados e tudo ainda associado à cobrança de novos serviços e taxas.

Na avaliação das preliminares do caso, o Conselheiro Relator Ragazzo conclui (a) que os requisitos necessários para a validade da representação foram todos preenchidos, (b) que as circunstâncias autorizam a promoção da Averiguação Preliminar, (c) que não houve prejuízo algum ao exercício do contraditório e de ampla defesa e, finalmente, (d) que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva no processo.

O objeto do processo é, portanto, uma suposta infração à ordem econômica relacionada a um abuso do poder econômico (conduta unilateral), uma vez que não se avalia nesse processo a prática de cartel (conduta coordenada). O Conselheiro Relator faz uma ressalva de que há um processo sobre cartel de gases industriais sob a relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan¹, mas que ainda não foi julgado, portanto, é possível que essa Averiguação Preliminar se encontre em um contexto de condutas coordenadas.

Não obstante essa nota, a opção do Conselheiro Ragazzo foi de avaliar o caso nos termos em que ele foi apresentado, logo, opta por abstrair outros fatos que serão abordados em processo administrativo específico. Se aceitarmos essa abstração, temos um “caso puro” de preços abusivos ou de abuso do poder econômico. Como pondera o Conselheiro Carvalho, nessas circunstâncias a hipótese é que o preço abusivo é uma prática endereçada exclusivamente contra os consumidores e cita, para tanto, infrações econômicas como açambarcamento de direitos de propriedade intelectual, de discriminação de preços, ou de venda casada, descritas nas hipóteses do artigo 21 da Lei 8884/94.

As informações de SINDIMIVA mostram um aumento de preços associado a uma significativa diferenciação de preços entre regiões. Alegam que não existe justificativa de custos de logística ou outro custo relevante.

As Representadas alegam, na sua defesa, que as compras da Representante eram irregulares (não rotineiras) e os volumes adquiridos modestos. Houve, portanto, um ajuste de preços que corresponde a uma revisão da política de vendas da empresa. Afirma que tal conduta é uma prática comercial lícita e comum. Em outros termos, um ajuste nos preços que objetiva maximizar os lucros dentro de um contexto concorrencial (característica do produto, presença de oferta alternativa etc). Resumindo, o novo preço foi o “preço ótimo” do ponto de vista do interesse privado da WA.

Temos, portanto, um processo onde as preliminares foram aceitas e as informações constantes no processo não foram contestadas pela Representada. Em suma, temos um caso em que se avalia preços abusivos com informações e argumentos considerados adequados para seu julgamento. Cabe ao CADE, portanto, julgar uma precificação qualificada como abusiva. “*Hic Rhodus, hic saltus!*”.

1 Processo Administrativo n. 08012.009888/2003-70, conduta investigada versa sobre formação de cartel cujos representados são: White Martins Gases Industriais S.A., Air Liquide Brasil Ltda, AGA S.A., Air Products Brasil Ltda, Moacyr de Almeida Neto, Helio Franceschini Júnior, José Antônio Bortoleto de Campos, Walter Pilão, Vitor de Andrade Peres, Carlos Alberto Cerezine e Gilberto Gallo.

3 CONDOTA DE PREÇO ABUSIVO E INDEFINIÇÃO

Ao avaliar o caso sumarizado acima, o Conselheiro Ragazzo faz duas observações importantes. Primeiro, os casos de preços abusivos ou excessivos não tem um corte setorial, mas estão dispersos em vários setores. Segundo, numa interessante e instrutiva resenha de casos onde a infração preços abusivos esteve em pauta, conclui afirmando que em nenhum caso houve condenação no CADE². Há, portanto, uma disseminação do problema de preços abusivos na economia sem, contudo, condenações sistemáticas ou recorrentes, o que indica algum problema jurídico e/ou econômico, tal como a incapacidade de definir o que se entende por preço justo ou não-abusivo³.

Observa ainda, a partir da apreciação do voto do ex-Conselheiro Furquim⁴, três procedimentos para avaliar preços abusivos: (a) identificar, quantificar e comprovar o aumento desproporcional de preços, (b) avaliar as condições de mercado em que tal aumento ocorreu e (c) concluir pela existência ou não de danos à concorrência, por exemplo, a exclusão de competidores em casos de integração vertical. É certo que esses três procedimentos não são de fácil execução e dificilmente produzirão resultados consensuais e incontestáveis quando observados pelas partes.

O Conselheiro argumenta que haveria uma incapacidade de se produzir uma avaliação precisa e incontestável geraria sérios problemas na capacidade da autoridade antitruste de punir os agentes acusados de prática de preços excessivos. As perguntas “O que é um preço excessivo?” e “O que é uma margem excessiva?” estariam sempre assombrando qualquer parecer, voto, avaliação e, por fim, punição. Haveria uma eficácia limitada, ou mesmo um efeito nocivo, na aplicação da Lei Antitruste brasileira no que tange a prática de preços abusivos. O número modesto de casos de condenação seria resultado (a) da dificuldade na mensuração do preço competitivo e, por consequência, do preço excessivo, (b) do risco de desincentivo à inovação ao punir uma firma inovadora e (c) da crença de autocorreção do preço excessivo. Cita como ilustração casos e interpretações de especialistas.

Dos argumentos apresentados pelo Conselheiro Ragazzo, entendo que há a dificuldade em avaliar tal infração reside na dificuldade em se

2 À exemplo: PA 08012.000581/2000-16, Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos; PA 08012.000966/2000-01, Conselheiro Relator Prado; AP 08012.006212/2003-24, Conselheiro Relator César Mattos.

3 É certo que a discussão envolvendo a caracterização de abuso de posição dominante, especificamente sobre a prática de preço abusivo é uma dificuldade que se verifica além do caso brasileiro. Nos Estados Unidos, a doutrina posicionou que “*notwithstanding a century of litigation, the scope and meaning of exclusionary conduct under Sherman Act remain poorly defined*” [HOVENKAMP, Herbert. Exclusion and the Sherman Act. 72 *University of Chicago Law Review*, 147, 2005]. Em sentido semelhante a posição Europeia: “[...] *proving that a firm has engaged in exclusionary practices is not an easy task. This is an area of competition law where it is difficult to adopt a simple rule [...]*” [MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practices*. Cambridge, 2004, p.34].

4 Processo Administrativo n. 08012.000912/2000-73. Representação originada em sede da “CPI dos Medicamentos”, o teor visava a apuração de suposta prática dos laboratórios de medicamentos que teriam aumentado, sem justificativa econômica, os preços dos medicamentos em nível superior aos índices oficiais de inflação em determinados períodos.

identificar ou qualificar o preço abusivo. A identificação de uma margem abusiva para um setor pode ser utilizada para outro setor? Como tratar uma firma inovadora? Qual seria a condenação para tal prática? E ainda, como monitorar? Caberia ao CADE monitorar preços tal qual uma SUNAB e um CIP ressuscitados?

4 SUJEITO E AÇÃO NA DEFINIÇÃO DE PREÇO ABUSIVO

Antes de comentar a atuação do CADE, acho importante discutir o tema da discricionariedade do regulador ou autoridade antitruste na definição do preço e margem de lucro abusivas. Para tanto, seria prudente sumarizar o *modus operandi* do que se denomina popularmente de “análise econômica”.

Em geral, a análise econômica busca identificar qual o nível de preços que surge de uma estrutura industrial ou de mercado. Não existe um nível de preços abusivo, mas sim um nível de preços teoricamente relacionado às características de uma estrutura industrial. Para chegar a essa conclusão, o analista “desenha” estruturas de mercados - por exemplo, uma com maior número de produtores e outra com menor número de produtores - e estabelece uma comparação entre elas: caso A *versus* caso B. Assim os preços são altos ou baixos somente quando comparados a outras estruturas industriais. Notem, portanto, que esses preços não são baixos ou altos em si, mas variam em função de uma relação cenários alternativos, que são certamente discricionários. Notem também que não se qualifica o preço mais elevado como abusivo.

Para avaliar os casos endereçados ao CADE, o raciocínio acima é pertinente e traz uma informação relevante que pode levar a uma aprovação, aprovação com restrições ou reprovação de atos de concentração, por exemplo. Ora, não seria discricionária tal comparação um vez que preço alto não é equivalente a preço abusivo? Não seria discricionária tal tomada de decisão? Porque não comparar A com C e não A com B? Comparar A com B é sempre uma opção de quem argumenta. É discricionário!

Entendo que a subjetividade e a discricionariedade no argumento acima é uma dimensão fundamental da existência lógica da figura de um debatedor. No caso específico do debate antitruste, nos casos acima temos três figuras sempre presentes: um juiz (uma agência ou autarquia), um produtor e um comprador, sendo que os dois últimos podem ser representante ou representado. Logo, a subjetividade não pode ser considerada como um desqualificador de nenhum dos argumentos apresentados por esses três sujeitos, caso o fosse, teríamos o encerramento do próprio debate, no caso, do debate antitruste.

De posse dessa compreensão da disputa antitruste, volto agora à seara da “análise econômica” e apresento meu entendimento de que não existe preço abusivo no processo de negociação e formação de preços privado. Como se afirma recorrentemente no discurso econômico: o agente define o preço que maximiza o seu lucro e esse é o preço ótimo. Esse preço é aquele que viabiliza

a troca, gera a renda e que, ao final, permite o computo dos lucros, dados os preços dos insumos. Observem que não existe a figura do preço abusivo no cálculo privado. Temos somente preços ótimos e não-ótimos.

Nessas circunstâncias, reporto aqui minha surpresa com argumentos que buscam no mundo das trocas privadas a emergência de algum preço qualificado com abusivo. É certo que excludo dessa minha surpresa os argumentos dominantes de um comprador, que diz sempre ter pagado caro, e de um vendedor, que diz sempre ter vendido barato, pois é assim que eles barganham! Portanto, aceitar processos de preços abusivos fundamentados no descontentamento de interesses privados em relação aos negócios não é certamente adequado para uma autoridade antitruste. Pergunto, o caso *SINDIMIVA versus WA* como comentado aqui não seria um conflito de negócios?

Observando este jogo de negociação privado, noto que não existe um debate antitruste sem a existência de um terceiro debatedor ou sujeito: a autoridade antitruste e/ou o Poder Judiciário. Esse terceiro debatedor é parte constitutiva e necessária para a existência do debate antitruste. Sua existência é que permite a caracterização lógica do preço abusivo, preço esse que não emerge das trocas privadas, mas é sim um resultado de um julgamento de quem se situa na esfera pública e/ou apartado do jogo de interesses privados. Deveria ser esse o caso das agências reguladoras e, em particular, de uma autoridade antitruste.

Dessa posição particular, os reguladores utilizam muitas vezes de critérios estranhos ao cálculo privado do preço ótimo. Cito ilustrativamente os critérios de acesso a suprimentos, capacidade ociosa, estoques reguladores, grau de cobertura, universalização do serviço e consumo mínimo como critérios importantes para definir a adequação de uma oferta e preços, ou seja, algo que pode ser uma referência para a definição de um preço justo.⁵

Entendo, assim, que o preço abusivo é um resultado da avaliação e de um julgamento de agentes públicos. Buscar nos preços privados um indicador de preços abusivos é, portanto, um exercício que avalio infrutífero e inapropriado. Ao mimetizar o cálculo privado na definição do preço abusivo (ou justo) podemos ter somente uma redundância analítica e/ou uma descaracterização do sujeito autoridade antitruste. Na avaliação dos preços abusivos deve-se aceitar e buscar outros critérios e cabe aqui dar discricionariedade à autoridade antitruste. Por exemplo, utilizar comparações de preços entre produtos que são considerados como homogêneos e produzidos em condições similares é uma estratégia certamente adequada e meso corriqueira nos negócios privados, não obstante as dificuldades que envolvem tal comparação⁶.

5 No caso *United Brands*, um dos primeiros casos em que se procurou determinar critérios para o preço abusivo, a Corte Europeia relevou que existem diversas formas de se provar a prática do preço abusivo, mas nenhuma isenta de dificuldades para se precisar. [Corte de Justiça Europeia. *United Brands v Commission*. Case 27/76 (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429].

6 À exemplo, a decisão da Corte Europeia no caso *Turnier v S.A.C.E.M.*: metodologia de cálculo para o preço abusivo foi a comparação entre os preços locais com os praticados em outros mercados. Preços sensivelmente elevados pode ser indicio de abuso de posição dominante, desde que a comparação dos preços tenha sido

Existem conhecidas dificuldades em se operar tais procedimentos, e é certo que não se terá consenso entre as partes qualquer que seja a técnica usada. Os vários casos sumarizados nos votos dos Conselheiros Ragazzo e Carvalho, bem como outras jurisprudências existentes⁷, mostram claramente as polêmicas⁸. Não surpreende tais divergências, pois o conflito está colocado no próprio ato de troca: um quer comprar barato e o outro quer vender caro. Não há como escapar do desconforto de definir qual seria o preço para o qual se atribuiria o adjetivo abusivo. É certo que o vendedor e/ou o comprador vocalizarão seu descontentamento no momento em que o resultado for anunciado.

Afirmo, novamente, que a partir do cálculo privado não se terão parâmetros suficientes para a qualificação do preço como abusivo e para qualquer que seja a técnica não haverá consenso. É necessário buscar outras dimensões que permitam uma avaliação pública. Tais dimensões são da alçada do agente público e variam de um caso para outro, ou seja, nada muito diferente da variedade de estruturas de custos usada como referência na formação de preços privados e da variedade de consumidores que se observa em qualquer mercado.

Concordo que seria certamente difícil a identificação de preços razoáveis para diversos setores. Essa dificuldade é ainda maior quando se fundamenta em torno de informações privadas escassas (por exemplo, um vetor de preços e outro de quantidades) e tudo descontextualizado de um movimento concorrencial mais detalhado. Isto certamente dificulta muito a avaliação da infração de preços abusivos e torna quase impossível um julgamento adequado dos casos. Entendo que o processo que motiva esse voto-vogal e os votos dos outros Conselheiros se enquadra nessa situação.

Em suma, afirmo que discricionariedade na definição de preço abusivo não é uma restrição e nem pode ser usada para desqualificar argumentos. Considero que do mundo idealizado das trocas privadas não se tem a figura do preço abusivo. Defendo o argumento de que o agente público é parte lógica e necessária do debate antitruste e é sua tarefa a qualificação de um preço como abusivo. O preço abusivo emerge da ação do sujeito antitruste quando avalia preços privados, mas nunca dos conflitos que levam a formação de preços privados, ou seja, do “mercado”.

realizada garantindo uma homogeneidade na comparação dos custos. [Corte de Justiça Européia, *Turnier v S.ACEM*. Processo 395/87. 1987].

7 No caso *Lucazeau v S.ACEM* o critério utilizado para se determinar o preço excessivo foi o valor dos royalties cobrados para tocar as músicas em discotecas. A Comissão Européia entende que a comparação deveria ser feita utilizando o valor das taxas cobradas por outro Estado Membro [Corte de Justiça Européia. *Lucazeau v S.ACEM*. Case 110/88 (1989) ECR 2811 (1991) 4 CMLR 248]. Segundo Richard Whish, esta técnica, denominada de “yardstick competition”, foi utilizada em outros casos como no *Corinne Bodson v Pompés Funèbres*, que consagrou: “[...] such a comparison could provide a basis for assessing whether or not the prices charged by the concession holders are fair [...]”. [WHISH, Richard. *Competition Law*. Sixth Edition. 2008, p.711.] [Corte de Justiça Européia. *Corinne Bodson v Pompés Funèbres*. Case 30/87 (1988) ECR 2479, (1989) 4 CMLR 984, para 31].

8 Entre os casos clássicos citados, destaco: *General Motors v Commission*; *Deutsche Post AG v Commission*; *NappPharmaceutical Holdings Ltd v Office of Fair Trading - OFT*.

5 PREÇOS ABUSIVOS E INSTRUMENTOS

Concordo com Ragazzo que uma autoridade antitruste não é uma autoridade reguladora de preços de forma direta, como seria o caso da SUNAB e do CIP⁹. Avalio que essa analogia seria inadequada, pois coloca o CADE em uma posição que ele não deve ocupar. Contudo, minha avaliação é que o CADE é certamente um regulador de preços, mas de forma indireta, ou seja, intervém nas estruturas produtivas com vistas a ter uma concorrência mais acirrada e, por consequência, preços menores e ofertas maiores. Nesse ponto de vista o preço abusivo não se refere a políticas antiinflacionárias, mas sim a ambientes econômicos onde os mecanismos concorrenciais apresentam limitada capacidade de manter os preços em patamares considerados normais, adequados ou justos. Entendo que esse é neste contexto onde deve estar inserido uma instituição como o CADE¹⁰.

Desse ponto de vista – a do preço abusivo como uma característica de uma estrutura produtiva – não se pode considerar o tabelamento de preços como instrumento adequado para uma autoridade antitruste. O preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo. Para tais casos a medida mais pertinente é uma intervenção comportamental ou estrutural, tais como venda de ativos e marcas, licenciamento compulsório etc.

É certo que quando a autoridade antitruste decide aprovar, aprovar com restrições ou reprovar atos de concentração e punir condutas, ela atua como regulador indireto de preços. Em vários casos, o agente antitruste atua em conjunto com outras agências e órgãos reguladores, além de ministérios, secretarias e outros órgãos da administração pública. Essas variadas instituições têm mecanismos diversos de coibir condutas e intervir de forma estrutural em vários mercados. Por exemplo, intervenções do CADE poderiam instruir, confirmar e complementar políticas de compra públicas e políticas de comércio exterior. Pode-se pensar ainda na obrigatoriedade do licenciamento de ativos tecnológicos, como proposto pelo Conselheiro

9 Estas considerações também foram expostas pelo órgão Europeu que inclusive não descarta a preocupação em se avaliar as práticas de preço abusivo: “[...] *These are some of the arguments against the direct control of high prices by competition authorities. It is clear that neither the European Commission nor the OFT in the UK have an appetite for investigating high prices under Article 82 or the Chapter II prohibition. However this is not to say that such cases never arise, and, as will be seen in the discussion of EC and UK case law below, there have been investigations of excessive prices in both jurisdictions. One commentator suggested at a conference arranged by the Swedish Competition Authority in November 2007 that perhaps rather more attention should be paid to issues of exploitative abuse than has historically been fashionable.*” [WHISH, Richard. *Competition Law*. Sixth Edition. 2008, p.711.] Para mais informações ver também LYONS, “The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse”, in *The Pros and Cons of High Prices, Swedish Competition Authority*, 2007, disponível no sítio eletrônico www.ccp.uea.ac.uk.

10 Em outras jurisdições existem exemplos em que as autoridades da concorrência esboçam a preocupação com o preço abusivo/excessivo. Discussão interessante sobre o papel da agência reguladora e das autoridades da concorrência pode ser encontrada no caso *Harmony Gold Mining Co Ltd v. Mittal Steel South Africa Ltd*: em 2007, o Tribunal condenou a Mittal pela prática de preços excessivos em detrimento dos consumidores. Neste caso, o órgão foi explícito em abster-se de metodologias de regulação de preço para suas conclusões, avaliando de acordo com a base da estrutura do mercado e a análise usual da tarifa pelos aplicadores das normas concorrenciais. [tradução livre. WHISH, op.cit. p.711. South African Court. *Harmony Gold Mining Company Ltd v Mittal Steel South Africa Ltd* Case no. 13/CR/FEB04, judgment of 6 September 2007]

Carvalho. Estas seriam ações e instrumentos para prevenção de preços abusivos e que estariam na “caixa de ferramentas” do CADE.

Ainda no horizonte de atuação do CADE, pode-se imaginar algumas outras ações. O Conselheiro Carvalho cita, por exemplo, o uso dos termos de cessação de condutas e de desempenho (TCCs e TCDs) e considera também “atos de desconcentração”. Em ambos os casos, identificar a existência de preços abusivos é uma tarefa importante que sustenta a cisão da empresa infratora ou a imposição de condutas.

Considero que a solução para preços abusivos no âmbito do CADE deve ser preferencialmente de ordem estrutural. No caso de uma intervenção que leve a uma cisão, a análise deve constatar que as empresas estão recorrentemente envolvidas na prática de preços abusivos. Para tanto, um “remédio” seria um “ato de desconcentração”. De novo, está é uma medida radical e raramente tomada, mas ela é uma imposição lógica decorrente de posições dominantes com persistente prática de preços abusivos ou abuso do poder econômico. Abolir a apreciação de preços abusivos seria o mesmo que reduzir ainda mais a possibilidade de uso desse instrumento de controle da concorrência, por mais raro, radical e polêmico que seja seu uso.

Generalizo um pouco mais essa perspectiva acima. Caso o argumento da falta de capacidade do SBDC de avaliar preços seja levado ao extremo, colocar-se-ia em questão a própria coerência lógica do sistema antitruste. Pergunto, quando se avalia um ato de concentração não se tem sempre como preocupação um potencial aumento de preços relacionado a uma maior concentração? Se não se pode qualificar o aumento de preços com justo, adequado, razoável ou tolerável e se na análise econômica não se vislumbra a figura do preço excessivo, como reprovar ou condicionar atos de concentração? Um ato de concentração não requer, mesmo que de forma implícita, subjetiva e discricionária, uma avaliação do preço ser ou não adequado antes e depois da aquisição ou fusão?

Em suma, a ação do CADE no que tange a caso preços abusivos não deve ser vista como órgão “tabelador de preços”, mas regulador da concorrência e indiretamente dos preços em uma perspectiva estrutural e de longo prazo, mas nunca conjuntural. O CADE é um órgão que monitora a concorrência e, dentro dos seus limites materiais e legais, cabe a ele indicar os “remédios” considerados mais adequados, inclusive para preços abusivos. Nessa tarefa considero que a articulação do CADE com outros agentes públicos como uma proposta importante e encontrada recorrentemente em vários casos julgados. Acrescento ainda que a advocacia da concorrência não pode ser considerada um instrumento secundário. Talvez seja até mesmo o principal.

6 TECNOLOGIA E PODER DE MERCADO

Deixo agora a discussão sobre preços abusivos e foco em um determinante do poder de mercado: o controle exclusivo de ativos tecnológicos. Essa relação entre poder de mercado e controle exclusivo de

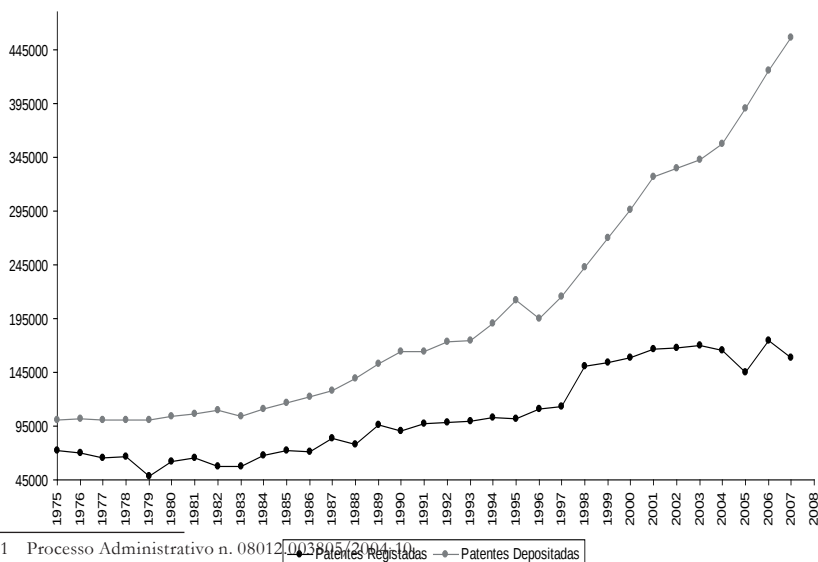
tecnologias é recorrente na análise de vários casos e está presente no voto do Conselheiro Carvalho. Nesse tópico meu objetivo é registrar algumas anotações e apresentar dados que mostram sua relevância.

O Conselheiro Carvalho argumenta que a recusa em negociar um bem essencial ou insubstituível ou elevar seu preço a ponto de excluir uma parcela significativa de compradores pode ser uma infração econômica. As dúvidas recaem sobre a isonomia de preços *vis a vis* alguma diferenciação relacionada a políticas comerciais lícitas. Cita o caso Ambev¹¹ como um exemplo de uma empresa dominante com uma prática de discriminação abusiva de preços via descontos.

Esta situação de exercício abusivo do poder de mercado parece mais clara quando se aborda a propriedade intelectual como um monopólio legal. Sobre esse ponto específico, gostaria de apresentar algumas informações quantitativas.

O gráfico abaixo mostra a evolução do numero de patentes no período 1975 a 2008. Nota-se claramente um crescimento no credenciamento de patentes, em particular a partir de 1996. Esse acentuado crescimento pós-1994 está relacionado diretamente ao “TRIPS” (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). O TRIPS foi um acordo assinado em 1994 e implementado em 1996 pelos países desenvolvidos e por alguns países em desenvolvimento, como o Brasil. A partir de 2006 o acordo passou a ser válido para todos os países que participam da Organização Mundial do Comércio, inclusive os países em desenvolvimento, que tiveram um prazo de dez anos para se adaptar as novas regras. Com a TRIPS as patentes ganharam força como mecanismo de bloqueio à entrada e controle de ativos tecnológico.

Gráfico - Patentes Depositadas e Registradas – USPTO (1975-2008)



11 Processo Administrativo n. 08012

Fonte: Elaboração própria a partir Ribeiro, L.C.; Ruiz, R.M.; Bernardes, A.T.B.; Albuquerque, E.M. "Matrices of science and technology interactions and patterns of structured growth: implications for development". *Scientometrics*, Volume 83, Number 1 / Abril, 2010.

Esse crescente volume de patentes não está concentrado em alguns setores, mas disperso em quase todos os setores industriais, áreas de conhecimento e áreas de patenteamento. Ribeiro *et all* (2010) mostram que há um maior de acumulo e variedade de conhecimentos e uma disseminação do patenteamento para vários setores. Há também um aumento expressivo da intenção de patentear, como mostrado na relação entre patentes depositadas e patentes registradas.

Este crescimento do patenteamento me leva a crer que seria prudente ter nessa autoridade antitruste uma avaliação sistemática sobre o uso da propriedade intelectual (um monopólio da produção) e seu correspondente preço (supostamente de monopólio e potencialmente abusivo). Seria também importante avaliar se a patente está garantindo um controle sobre um ativo tecnológico ou sendo somente um mecanismo para gerar restrições concorrenciais, como já registrado em vários casos¹². No voto do Conselheiro Carvalho há uma especulação sobre esse uso da patente como meio ilícito de bloquear a entrada de concorrentes.

É certo que quase todos os temores de um poder abusivo relacionado a patentes não seriam justificados se aceitássemos a tese de que toda inovação tem consigo um direito incontestável a livre precificação. A inovação e os preços praticados gerariam benefícios e não seria prudente intervir nessa atividade.

O Conselheiro Carvalho pondera essa afirmação alegando que em alguns casos podem ocorrer danos à sociedade muito superiores aos benefícios. Exemplifica com um caso em que a empresa detentora da patente cobra um preço proibitivo que coloca em questão a saúde de parte da população. Nessas circunstâncias o CADE deveria se pronunciar sobre licenças compulsórias como medida para coibir os preços abusivos e mesmo o açambarcamento. Afirma que tal pronunciamento deve-se dar a partir de um critério de abusividade que, entendo, como abusividade na definição de preços.

Tendo a concordar com esse argumento do Conselheiro Carvalho. É interessante notar que o Conselheiro argumenta que é o restrito acesso da população é que qualifica o preço como abusivo e não supostas margens privadas de lucro. Nessa situação, caberia ao CADE recomendar ao INPI a

12 O tema propriedade intelectual já foi objeto de análise em outras jurisdições. Nos Estados Unidos menciono os casos: *Pfizer v FTC* - o órgão antitruste ordenou a licença compulsória da patente mediante o pagamento de royalties fixos. [FTC. *Charles Pfizer & Co. v. Federal Trade Commission* 401, F2d574]. Na Europa, tem-se o caso *Eurofix-Banco v Hilti*, em que a Comissão concluiu pela existência de abuso de posição dominante. A conduta considerada ilícita foi a exigência por parte da empresa do pagamento de royalty excessivo, cujo único objetivo era bloquear, ou sem qualquer razão adiar, a licença da patente que já seria possível de acordo com a legislação patentária do Reino Unido. A Comissão entendeu que se tratava de uma estratégia da empresa Hilti de garantir sua posição dominante, evitando a competição no mercado. [Corte de Justiça Européia. *Hilti Ag v Commission*. Case T-30/89 (1991) ECR II-1439,(1992) 4 CMLR 16].

concessão de licença compulsória para produtores potenciais¹³. Notem, este é um modo não-privado de se considerar a abusividade de preços, ou seja, é um ponto de vista público. Como dito acima, é outro critério de avaliação das trocas privadas e é pertinente ao caso utilizado como exemplo.

Deixando de lado esse tema, comento agora uma outra percepção do problema das patentes e formação de preços. Um argumento recorrente nesse debate é afirmar que a patente garante ao inovador um monopólio da produção e preços com lucro anormal. Este lucro de monopólio seria prêmio pela ousadia de explorar uma nova combinação e/ou criação de fatores de produção. Interpretação com a qual tendo a concordar.

Especulo, porém, a partir de outra situação onde permitir ao inovador a prática de preços de monopólio não corresponde necessariamente a uma situação ótima. Imagino uma situação que ao garantir ao inovador o monopólio da inovação e uma precificação livre, pode-se estar incentivando um sistema de busca e seleção de tecnologias extremamente ineficiente. Por exemplo, algumas empresas farmacêuticas norte-americanas anunciam que gastam mais de 15% do seu faturamento em P&D e tal investimento seria um resultado dos incentivos dados pelo monopólio da produção e exercício do poder de mercado. Ora, tal precificação e imenso volume de recursos poderiam estar sustentando uma imensa e ineficiente máquina de P&D. Monopólios não-regulados fazem isso, não? Pergunto ainda, estaríamos num ponto de ótimo ou sustentando uma alocação excessiva de capital em P&D; algo como um “Efeito Averch-Johnson” em P&D?

Não pretendo com esse argumento ir contra os vários benefícios da inovação, os incentivos necessários a essa empreitada de risco elevado, sua formação de preços ou mesmo criticar a alocação de recursos em P&D. Meu argumento é mais em prol de se avaliar com mais cautela o discurso econômico. O clichê sobre a inovação e patentes é um dos mais rotineiros e deve ser considerado de forma tão crítica e cuidadosa quanto uma concentração de mercado. Este é o meu ponto.

7 CRITÉRIOS PARA TRIAGEM DE CASOS SOBRE PREÇOS ABUSIVOS

Entendo que, caso se mantenha avaliação de casos relacionados à prática de preço abusivo, é necessário refinar os critérios de triagem e

13 Sobre licença compulsória, a hipótese foi aventada na Consulta n. 31/99, formulada ao CADE pelo Ministro da Saúde na época. O questionamento era sobre quais casos poder-se-ia aplicar a recomendação de licença compulsória à patente do agente infrator, de acordo com as descrições do inciso IV, alínea “a” do artigo 24 da Lei 8.884/94 e artigo 68 da Lei 9.276/96 (Lei de Patentes). Na época, o CADE entendeu que a conduta considerada ilícita deve ter nexos causal com o poder econômico conferido pela patente e que para aplicação deste dispositivo legal a infração deve ser considerada de gravidade tal que exija a imposição da referida pena: “[...] todas as condutas elencadas no art. 21, bem como outras, caracterizadas como infrativas, podem levar à imposição da referida penalidade. Contudo, a abusividade da conduta deve estar relacionada a um poder econômico conferido pela patente – poder de monopólio. A penalidade deve decorrer, portanto, da constatação do uso abusivo desse poder pelo seu detentor. Se a abusividade constatada não apresentar qualquer relação com o poder econômico decorrente da patente, não há que se aplicar a penalidade prevista [...]”. No mesmo instrumento, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky consagra que a penalidade prevista no dispositivo legal refere-se ao poder-dever de recomendar a concessão da licença compulsória ao e INPI que, por sua vez, por força do artigo 68 e 73 da Lei de Patentes, terá o poder-dever para sua aplicação.

definir alguns temas obrigatórios nos relatórios que instruem os votos. Como observa o Conselheiro Ragazzo, procedimentos investigatórios lastreados somente em comparações de preços em algum momento no tempo não são condições suficientes para se ter um caso relevante de preço abusivo. E ainda acrescento: os processos devem ter uma perspectiva de longo prazo e nunca conjuntural.

Faço agora uma lista especulativa de um conjunto de motivos ou condicionantes que articulados podem formar um todo mais coerente e completo no que tange aos procedimentos investigatórios da infração de preços abusivos:

- a. A firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante. Nesse caso existe a possibilidade de se exercer a infração de preço abusivo.
- b. Os produtos e serviços considerados devem ser comparáveis nas dimensões tecnológicas. Evita-se, assim, comparar preços de produtos que sofreram modificações tecnológicas significativas ou que incorporam alguma elaboração ou serviço complementar (“customização”).
- c. A prática de preço abusivo deve ter algum grau de generalização na indústria. O objetivo é eliminar os conflitos pontuais de negociação preços e excluir casos com particularidades. Por exemplo, pode-se citar como característica particular das partes a necessidade de serviços complementares, condições de pagamento, a escala, o escopo e a regularidade das compras.
- d. O agente que pratica o preço abusivo deve fazê-lo por um período de tempo relevante. A intenção é eliminar casos onde as oscilações de preços tenham relação com instabilidades sazonais e típicas da produção. Ou seja, o tempo relevante é aquele que se estende para além da sazonalidade que caracteriza o setor produtivo.
- e. Caso a firma formadora de preços tenha alguma exclusividade na oferta de produtos e serviços e/ou no uso de técnicas produtivas, existem condições estruturais para a prática de preços abusivos. Nesse caso deve-se argumentar sobre a impossibilidade de se obter um produto ou serviço substituto.
- f. A existência de relações econômicas diretas ou indiretas entre a firma precificadora e as firmas demandantes ou ofertantes. Nesse caso temos uma relação vertical que pode estar relacionada a uma estratégia exclusionária, como observa o ex-Conselheiro Furquim.
- g. A prática de preço abusivo não pode se confundir com impactos de oscilações de preços derivadas de choques exógenos ao setor. Por exemplo, mudanças nos preços de produtos e serviços intermediários geram mudanças nos preços dos produtos e serviços finais. Deve se desconsiderar esses choques na avaliação da prática de preços abusivos.

Meu objetivo principal com essa lista de critérios é excluir os casos motivados por conflitos de negócios e balizados fundamentalmente em comparações conjunturais de preços. Por exemplo, utilizando esses critérios noto que no presente caso *SINDIMIVA versus WA* não possui a maioria das características que entendo necessárias para se ter um caso de preço abusivo. Logo, acompanho o voto do Conselheiro Ragazzo neste ponto: deve-se negar o provimento.

Muitos dos critérios acima estão nos votos dos Conselheiros Carlos Ragazzo e Vinicius Carvalho. Entendo que se melhor trabalhados e articulados a outros teríamos uma triagem mais adequada de casos de preço abusivo. Somente após uma triagem entraríamos na avaliação do caso de preço abusivo.

No julgamento de um caso de preço abusivo seria necessário avaliar a precificação a partir de critérios que fogem do jogo de negócios privados. Uma perspectiva pública poderia incorporar outras dimensões, tais como acesso grau de cobertura, universalização do serviço, consumo mínimo e massificação do consumo. Esses critérios seriam combinados com uma avaliação de nível de preços para, assim, se obter uma avaliação de um preço justo. Nesse ponto não há como fugir do complexo debate de julgar o preço como abusivo. Não considero a subjetividade dessa análise uma restrição e a entendo como aspecto fundamental do debate antitruste.

Concluo, por fim, que seria pouco prudente abandonar a avaliação dos preços abusivos. Primeiro, porque ele está no centro da lógica antitruste centrada no controle de estruturas com vistas a minimizar aumento de preços e ampliar a oferta. Segundo, porque estamos em um contexto histórico onde foram renovadas as barreiras institucionais à entrada (propriedade intelectual: marcas e patentes), o que pode levar a conflitos reportados como práticas abusivas de preços, ou ainda, à criação de barreiras abusivas à entrada (“patentes de bloqueio”). Terceiro, porque entendo que o CADE tem instrumentos para intervir nesses mercados (TCC, TCD, advocacia da concorrência, interação com agências, órgãos de controle e capacidade de intervenção nas estruturas industriais). Quarto, porque o CADE é sujeito central na definição dos preços abusivos, sua discricionariedade é relevante e logicamente necessária na *práxis* antitruste.

PODER ECONÔMICO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA

Vinicius Marques de Carvalho

*Doutor em Direito Comercial pela USP e em Direito Comparado pela Universidade Paris
I (Panthéon-Sorbonne). Conselheiro do Conselho Administrativo de
Defesa Econômica – CADE*

RESUMO: O equilíbrio das relações de poder econômico em uma sociedade manifesta-se como um objetivo que pode abrigar várias dimensões da ação do Estado. Seu fundamento consiste na consolidação de uma estrutura social, política e econômica que alicerce o desenvolvimento de uma sociedade de forma a conciliar a produção de riquezas com a sua distribuição. Com base nessa premissa procuramos identificar no controle e na (de)limitação do poder econômico uma tarefa central do Estado. O direito da concorrência é uma das formas pelas quais esse controle se expressa e está diretamente relacionada à capacidade do Estado intervir na economia. O presente artigo apresenta um panorama da política de defesa da concorrência no Brasil estruturado a partir de uma perspectiva histórico-institucional envolvendo as relações entre controle do poder econômico e a ação do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: concorrência, poder econômico, história econômica, política industrial, regulação.

1 INTRODUÇÃO

O equilíbrio das relações de poder econômico em uma sociedade manifesta-se como um objetivo que pode abrigar várias dimensões da ação do Estado. Seu fundamento consiste na consolidação de uma estrutura social, política e econômica que alicerce o desenvolvimento de uma sociedade de forma a conciliar a produção de riquezas com a sua distribuição.

Com base nessa premissa procuramos identificar no controle e na (de)limitação do poder econômico uma tarefa central do Estado. O direito da concorrência é uma das formas pelas quais esse controle se expressa e está diretamente relacionada à capacidade do Estado intervir na economia.

Nossa contribuição visa apresentar, a partir de uma abordagem contextual, um panorama da política de defesa da concorrência no Brasil estruturado da seguinte forma: (i) controle do poder econômico e a ação do Estado; (ii) industrialização brasileira e poder econômico; (iii) defesa da concorrência e regulação; (iv) defesa da concorrência e política industrial; (v) e defesa da concorrência como função executiva.

2 CONTROLE DO PODER ECONÔMICO E A AÇÃO DO ESTADO

Se, para a economia clássica, o mercado apresentava-se como um processo de interação entre sujeitos privados regulado pelo pressuposto da concorrência perfeita, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de intervenção do Estado, que caminhou *pari passu* com o movimento de concentração do capital, o mercado perde seu caráter de instituição livre. Tais mecanismos envolvem tanto medidas de cunho generalizante e global para o desenvolvimento do mercado como ações específicas de bem-estar social para a obtenção de determinados resultados.

O conjunto das técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássico, reservava-se ao Estado funções negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de livre concorrência, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já no Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. Como afirma Fábio Konder Comparato, em estudo pioneiro sobre o direito econômico no Brasil, “a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido do seu aperfeiçoamento, ou mesmo de sua transformação, como é o caso notadamente em países subdesenvolvidos”¹.

1 “O Indispensável Direito Econômico”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978, p. 464.

Nesse contexto, o mercado, enquanto instituição social, passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública que dificilmente consideravam os ditames da livre iniciativa e da busca do equilíbrio. Ao contrário, a própria expansão da idéia de desenvolvimento foi absorvida no debate econômico pelo aperfeiçoamento de processos de desequilíbrio. Estes eram gerados pela inovação técnica promovida por setores econômicos estimulados por políticas industriais ou por choques de expansão na oferta de bens e serviços que desencadeavam uma onda de investimentos e direcionavam a expansão econômica.

Durante o auge da economia de mercado auto-regulada, esta era tomada como sinônimo de uma luta “pacífica” em que a competição entre a multiplicidade de atores ensejaria ações cuja racionalidade conduziria ao equilíbrio, à eficácia e à felicidade coletiva. Segundo essa perspectiva, o sistema econômico se reproduziria de acordo com um movimento pendular, retornando sempre a um ponto ótimo, de equilíbrio, demarcando o início e o fim de uma duração reversível, perfeitamente reproduzível, por modelos extremamente formalizados².

Vê-se que o problema da atuação do Estado era visto como um não-problema. O papel do Estado na constituição do bem-estar social era proporcional ao seu distanciamento das questões relacionadas à organização da vida econômica. Como afirma John Kenneth Galbraith³, “suprimir a importância do exercício do poder privado e especialmente a possibilidade de seu abuso, era privar de quase toda justificação o exercício da autoridade do governo sobre a economia”⁴.

Embora se destinem quase exclusivamente a um estudo da economia americana, suas análises podem, em alguns aspectos, assumir um caráter generalizante. Para Galbraith, a causa das transformações na postura do Estado frente à organização econômica e ao mercado deriva da decadência de uma teoria do capitalismo. Tratava-se do sistema de economia clássica construído em fins do século XVIII e durante o século XIX, principalmente na Inglaterra. Na economia estruturada com base nesse sistema, todos os estímulos incitavam ao emprego de homens, capital e recursos naturais para produzir com a máxima eficiência o que a população mais desejava. O pressuposto básico para alcançar os melhores níveis de eficiência fundava-se na inexistência ou irrelevância do poder econômico privado. Restaria ao Estado o papel “insignificante” de garantir esse requisito. Diz-se insignificante porque, apesar de conter um componente normativo, o caráter pouco ameaçador do poder econômico era visto como regra geral, decorrência automática do ambiente concorrencial que prevalecia na vida econômica. Dessa forma, como havia uma coincidência, para a teoria

2 FIORI, José Luis. *Vão da Coruja*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 46 e 47.

3 GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 38-39.

4 GALBRAITH, John K. *Capitalismo*. Op. cit., p. 38. Atualmente sabe-se que, devido ao caráter pouco excepcional do poder econômico, é exigido do Estado um papel interventivo intenso no âmbito da regulamentação da concorrência.

clássica, entre o pressuposto fático e normativo, não eram exigidas maiores intervenções do Estado.

Esse contexto insinua que a intensificação da atuação do Estado na órbita econômica esteve associada ao questionamento não apenas teórico, mas acentuadamente prático, do que Galbraith convencionou chamar de *modelo baseado na concorrência*. No âmbito da economia real, observou-se um processo de concentração e internacionalização do capital que aumentou as formas assimétricas de desenvolvimento do capitalismo. Um número cada vez menor de grandes companhias passou a responder por uma parte substancial de toda a atividade industrial. A força desse processo era tanta que se verificou uma reviravolta na teoria econômica: a concentração de capital, que deveria ser exceção, virou regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista⁵. Como atesta José Luis Fiori, “o inquestionável movimento real do capital que, concentrando-se e centralizando as decisões por meio de movimentos cíclicos periódicos, oligopoliza a estrutura produtiva de forma crescente, altera as regras de competição e amplia a intervenção estatal na economia”⁶.

Esse movimento levou ao questionamento teórico da economia clássica, formulado principalmente por John Maynard Keynes. Para ele, a teoria econômica liberal (do *laissez-faire*) era de uma simplicidade e beleza tão grandes que freqüentemente se desprezava o fato de ela não decorrer da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com a finalidade de simplificação. Segundo Keynes, a idéia de que os indivíduos que agem de maneira independente para seu próprio bem produzem maior volume de riqueza estava assentada em pressupostos irrealistas. Isso ocorre porque os economistas geralmente postergam a discussão das complicações que surgem: (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção; (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; (v) quando a falta de informação impera e (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios. Enfim, os economistas guardam para um estágio posterior a sua análise dos fatos reais. Como afirma Keynes, “muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas representam o que é ‘natural’ e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações”⁷.

Contra a idéia de uma economia de mercado “natural”, emerge a contribuição teórica de Karl Polanyi. Segundo ele, a história econômica mostra que a emergência de mercados nacionais não foi, de forma alguma,

5 Embora a tendência à concentração econômica já tivesse sido identificada por Karl Marx, foi só quando os seus resultados começaram a aparecer no século XX que o *mainstream* do pensamento econômico passou a enfrentar a questão, seja para justificar o processo do ponto de vista do bem-estar social, seja para pensar soluções heterodoxas para controlar e arrefecer seus efeitos mais perversos, e assegurar ao capitalismo o *status* de um sistema socialmente eficaz.

6 FIORI, José Luis. *Vôo...* op. cit., p. 48.

7 KEYNES, John Maynard. “O Fim do Laissez-Faire...” Op. cit., p. 117.

o resultado da emancipação gradual e espontânea da esfera econômica do controle governamental. Na verdade, natural, no sentido de não excepcional, seria a intervenção da sociedade, por meio de suas instituições, na produção e alocação dos bens produzidos. O “mercado livre” seria sim produto da “intervenção consciente, e às vezes, violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades econômicas”⁸. Daí a afirmação de que “o liberalismo econômico explodiu como uma cruzada apaixonante, e o *laissez-faire* se tornou um credo militante”⁹.

O objetivo de Polanyi era demonstrar, olhando para a civilização do século XIX - que ruía e com ela seu sistema institucional baseado na livre economia de mercado -, que a idéia de um mercado auto-regulável implicava uma rematada utopia:

[...] uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade; ela teria destruído fisicamente o homem e transformado seu ambiente num deserto. Inevitavelmente, a sociedade teria que tomar medidas para se proteger, mas, quaisquer que tenham sido essas medidas elas prejudicariam a auto-regulação do mercado, desorganizariam a vida industrial e, assim, ameaçariam a sociedade em mais de uma maneira.¹⁰

A autopreservação seria sempre a motivação das sociedades ao longo da história. Se, de um lado, por meio do Estado, criou-se um padrão institucional de mercado auto-regulável e autônomo, fazendo da busca da realização do interesse pelo lucro o elemento estabilizador das relações econômicas, de outro, o Estado foi o instrumento que a sociedade encontrou para realizar a intervenção política de proteção contra os efeitos do mercado auto-regulado. E essa intervenção política, apesar de preservar o próprio capitalismo como modo de produção, desenvolveu uma série de instrumentos capazes de aproximar a política da economia, aumentando a regulação.

Já emergem nesse momento formas e instituições diversas de delimitação do poder econômico, como mecanismos de regulação e ação direta do Estado.

O serviço público, por exemplo, é uma instituição que nasceu dessa reação social, em favor da intervenção estatal. Ele contribuiu tanto para diminuir a importância do padrão de comportamento típico da economia formal¹¹, baseado no intercâmbio e na barganha, quanto para que o próprio

8 *A Grande Transformação. As Origens da Nossa Época*. 3ªed. São Paulo: Campus, 2000, p. 290. Em síntese, o autor afirma que: “Enquanto a economia *laissez-faire* foi o produto da ação deliberado do Estado, as restrições subsequentes ao *laissez-faire* se iniciaram de maneira espontânea. O *laissez-faire* foi planejado; o planejamento não.” (Ibid., p. 172).

9 Ibid., p. 168.

10 Ibid., p. 18.

11 Polanyi, no texto “L’Économie en tant que Procès Institutionnalis  ”, parte da distin  o entre o conceito de economia formal e de economia substantiva para chegar a uma defini  o do termo “econ  mico” que possa ser utilizado uniformemente por todas as ciências sociais. A conceitua  o corrente, dita formal e ligada ao sistema de mercado, coloca este como quadro geral de referência para a análise histórica, o que naturaliza uma forma de integra  o específica que não    única, perdendo a dimensão institucional do processo econ  mico. Para Polanyi, o sentido substantivo tem origem na dependência do homem em rela  o    natureza para assegurar sua sobrevivência, nos remetendo    troca entre o homem e seu ambiente natural e social, que garante a satisfa  o de suas necessidades materiais. Já o sentido formal, que teria aplica  o somente na

trabalho, enquanto mercadoria, passasse a ter sua reprodução garantida por outros meios que não só o valor ficticiamente atribuído a ele.

No primeiro caso, ganha vigor, com os serviços públicos, outro padrão de integração econômica: o da *redistribuição*. Polanyi identifica o estudo da economia das sociedades como a análise da forma como o processo econômico é institucionalizado em diferentes épocas e lugares. Para isso, é necessário identificar a partir das formas de integração como as economias adquirem unidade e estabilidade. Há três formas principais de integração: *reciprocidade, intercâmbio e redistribuição*¹². A reciprocidade está vinculada ao conceito de simetria e consiste em movimentos entre pontos relacionais de grupos simétricos e, nas sociedades modernas aparece quando, por exemplo, o direito impõe regras de ajuda mútua, como no caso de prestação alimentícia no direito de família. O intercâmbio corresponde aos movimentos de barganha e troca de propriedade dos bens típicos de uma economia formal de mercado. Já a redistribuição designa movimentos de apropriação em direção a um centro e de retorno ao exterior. Ocorre quando, por exemplo, o Estado exerce seu poder de tributação sobre a sociedade e destina os recursos arrecadados para necessidades coletivas¹³.

Apesar de essas formas de integração corresponderem a padrões de comportamentos individuais, seus efeitos eram condicionados pela presença de arranjos institucionais específicos para cada uma das formas - como as organizações simétricas (reciprocidade), os sistemas de mercado (intercâmbio) e as estruturas centralizadas (redistribuição). A intenção de Polanyi não era dizer que esses arranjos são resultados de forças misteriosas agindo por fora do comportamento individual, mas sim sublinhar que os efeitos sociais do comportamento individual dependem da presença de condições institucionais determinadas, já que estas não resultam do comportamento individual em questão, mas de uma ação política deliberada.¹⁴

Quando o Estado interfere nos padrões institucionais da alocação de recursos econômicos de algum modo ele está intervindo no processo de transformação da liberdade formal de iniciativa em liberdade material

teoria econômica, deriva do caráter lógico da relação entre fins e meios, como mostra a expressão “processo econômico”. Refere-se, assim, a uma situação determinada de escolha entre usos alternativos de diferentes meios para atingir fins, guiada por uma lógica de ação racional. O sentido substantivo não pressupõe nem escolha nem meios insuficientes. Para Polanyi, somente o sentido substantivo é capaz de produzir conceitos exigidos pelas ciências sociais para analisar todas as economias do passado e do presente. Enquanto, pelo emprego do sentido formal, caracteriza-se a economia como uma série de escolhas determinadas pelos meios, o conceito de economia substantiva provém da análise empírica. Pode-se defini-lo como um processo institucionalizado de interação entre homem e seu ambiente que se traduz pelo fornecimento contínuo de meios materiais permitindo a satisfação de necessidades. Para Polanyi, a institucionalização do processo econômico confere a ele unidade e estabilidade, cria uma estrutura com função determinada na sociedade, modifica o lugar do processo na sociedade, dando uma significação à sua história e concentra o interesse em valores, motivações e na política (In: POLANYI, Karl; ARENBERG, Conrad (orgs.). *Les Systèmes Économiques dans l'Histoire et dans la Théorie*. Paris: Larousse, 1975, p. 239-244).

12 Como veremos mais adiante, a chamada nova economia institucional, por meio de Oliver Williamson, transformou esses três padrões de integração em formas de organização. Desse modo, para a reciprocidade temos a forma do contrato, para a redistribuição, a hierarquia, e para o intercâmbio, o mercado.

13 *L'Économie...* Op. cit., p. 245-246.

14 *Ibid.*, p. 245.

que caracteriza o poder na esfera econômica. Como aponta Celso Furtado, o poder econômico revela-se pela capacidade do agente influenciar e modificar o meio em que atua, apresentando no seu comportamento um fator volitivo criador de novo contexto. O comportamento de quem não tem poder é meramente adaptativo, já a faculdade de transformar o contexto em que atua eleva o agente à posição de elemento motor do sistema econômico. A empresa com elevado poder econômico planifica setorialmente uma parte da atividade de um sistema econômico. A livre-iniciativa é condição para a existência do poder econômico.

Quanto mais atomizado o poder econômico, mais espaço para uma ação coordenada macroeconômica, na medida em que maior poder se confere ao centro decisório nacional e mais distante essa racionalidade fica da soma das racionalidades individuais. Por outro lado, quanto maior a concentração de poder econômico, maior o espaço influência dos agentes na racionalidade macroeconômica, mais próxima ela se torna da soma das racionalidades microeconômicas.

Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica.

Tomando como ponto de partida esse diagnóstico, o Estado pode dimensionar políticas públicas que tenham por objetivo: (i) regular os agentes detentores de poder econômico, controlando variáveis como preços, quantidades, entrada e saída do mercado; (ii) estabelecer a participação do Estado na produção econômica por meio de empresas estatais de modo a compensar ou equilibrar as relações de poder (poder compensatório) ou ainda criar novos mercados; (iii) e, por fim, atuar apenas no controle do abuso do poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste.

Vejamos brevemente como esses mecanismos se articularam na história brasileira, principalmente no período de industrialização.

3 INDUSTRIALIZAÇÃO E PODER ECONÔMICO. CASO BRASILEIRO

No caso brasileiro, a intervenção do estado da economia foi parte integrante de um padrão de desenvolvimento capitalista cujos constrangimentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial. Trata-se, portanto, de um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional¹⁵.

O desenvolvimento econômico dos países periféricos esbarrava em obstáculos específicos, originados na tremenda defasagem entre, de um lado, os caminhos mínimos requeridos para constituição da base técnica

15 ABRANCHES, Sérgio Henrique. "Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada". In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977. p. 8.

e produtiva do capital, continuamente ampliados no bojo da acumulação do capitalismo avançado, e, de outro, a sua base social (burguesia) frágil e pulverizada, sem capacidade de mobilização financeira. Além disso, o desenvolvimento desses projetos, notadamente nos setores básicos de bens intermediários e de capital (siderurgia, energia, petróleo, metalurgia pesada, química pesada etc.), exigia a pré-existência de infra-estrutura e matérias-primas básicas. Como aponta Luciano Coutinho,

[...] existe de fato uma determinada interdependência entre esses projetos (a viabilidade de cada um depende da sua efetivação planejada em conjunto). Esta interdependência, derivada da densidade de relações insumo-produto entre estes setores básicos, requer algo além da centralização financeira - isto é, requer uma coordenação superior que organize a implantação do bloco no tempo e no espaço, de modo viável. Esta função recai naturalmente na esfera de ação do Estado. Portanto, no capitalismo retardatário o Estado não pode limitar-se às funções clássicas de administração fiscal e monetária: as condições objetivas do desenvolvimento lhe impõem a tarefa de criar e acumular capital produtivo, centralizar e intermediar o capital financeiro, além de supervisionar, ordenadamente, a constituição da base pesada do sistema industrial.¹⁶

A partir dessas exigências, priorizou-se o desenvolvimento de alguns setores (energia elétrica, petróleo e siderurgia) diretamente ligados às estratégias de desenvolvimento da capacidade produtiva no Brasil. Surgiu, assim, a distinção entre setor produtivo estatal e o gasto ou investimento público¹⁷. A importância dessa distinção reside no fato de que as empresas do setor produtivo estatal, ao vincularem-se à produção de insumos fundamentais, participam diretamente da divisão da produção social entre setores, cumprindo um papel essencial à própria reprodução ampliada do capital. Portanto, nessa dimensão, as inversões do sistema produtivo estatal representam um impacto qualitativamente distinto daquele do gasto e do investimento público convencional no que se refere ao padrão de crescimento e à dinâmica cíclica do sistema econômico¹⁸.

Desse modo, a expansão da oferta dos serviços organizados em redes de infra-estrutura no Brasil destinados ao incremento da produção foi alavancada por modelos de financiamento vinculados ao setor produtivo estatal. Eles se impuseram sobre o desenho institucional e as variantes tecnológicas de cada setor. Esta visão prevaleceu ao longo dos anos 40 e 50, quando se alternavam e complementavam modelos de organização da

16 COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henri-Philippe. "O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo". In: MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977, p. 58.

17 O investimento público corresponde aos gastos em custeio, serviços e obras públicas em todas as áreas classificadas como bens públicos (saúde, educação, segurança, sistema viário, a administração governamental, etc). Os investimentos do setor produtivo estatal caracterizam-se por um tipo de inversão diretamente vinculado à base produtiva pesada do sistema industrial, isto é, à produção de insumos básicos (bens de capital circulante) para reprodução ampliada deste (Ibid., p. 62).

18 Ibid., p. 62.

oferta estatal e privada, bem como a partir dos anos 60, quando vigorou o modelo de oferta para-estatal baseado em empresas estatais¹⁹.

A pouca importância do desenvolvimento social se demonstra, desse modo, pelas prioridades em infra-estruturas voltadas para a produção. Esse modelo teria suas raízes quando da organização privada dos serviços públicos. Analisando os registros de desempenho desses serviços durante o começo do século, Ricardo Toledo Silva observa que, na origem dos sistemas de infra-estrutura e de sua expansão no Brasil, há uma tendência que mais tarde vem se mostrar muito mais relevante:

Trata-se da primazia das capacidades dedicadas à produção sobre aquelas destinadas ao consumo da população. Embora não seja possível desagregar com exatidão que capacidades eram destinadas à produção ou ao consumo, especialmente nos estágios iniciais de implantação, é nítida a associação entre expansão da capacidade da infra-estrutura e seu emprego na atividade econômica. E isso determina uma velocidade de evolução diferenciada para os setores mais diretamente envolvidos na infra-estrutura de produção, que se traduz em um processo forçado de amadurecimento institucional.²⁰

O que se produziu ao longo de todo esse processo de implantação e expansão da oferta de serviços de infra-estrutura foi uma diferenciação clara entre as infra-estruturas econômicas e sociais. Nos setores de energia, transportes e comunicações, a fase de expansão foi acompanhada de um processo de amadurecimento institucional forçado, ao longo das crises de oferta que se sucediam. Apesar de as crises de oferta atingirem também os serviços de saneamento básico, coleta e destinação de resíduos sólidos, drenagem urbana e transporte urbano, só muito mais tarde foram estabelecidas políticas e sistemas institucionais de alcance supra-local para esses serviços²¹.

Ainda no que concerne às implicações da infra-estrutura para o desenvolvimento social, entendido em função do seu papel na correção de desigualdades de renda ou regionais, algumas observações podem ser formuladas. De fato, é quase impossível dissociar as estratégias de ação estatal de um determinado padrão de financiamento público próprio do chamado Estado de bem-estar social ou, no caso brasileiro, do Estado desenvolvimentista. Tratava-se de transferir para o financiamento público parcelas da reprodução das forças de trabalho. Tais parcelas constituíam salários indiretos para os trabalhadores e seu crescimento se transformou em liberação do salário direto ou da renda domiciliar disponível para alimentar o

19 SILVA, Ricardo Toledo. "Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil". In: Dossiê: Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, GEDIM – Programa Interdisciplinar. *Globalização Econômica e Direitos no MERCOSUL*, p. 3. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo> Acesso em: 10/12/2009.

20 *Elementos Elementos para Regulação e o Controle da Infra-estrutura Regional e Urbana em Cenário de Oferta Privada de Serviços*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996, p. 1-4.

21 SILVA, Ricardo Toledo. *Elementos...* Op. cit., p. 1-6.

consumo de massa. O crescimento dos mercados, especialmente o de bens de consumo duráveis, teve, portanto, como uma de suas alavancas importantes, o comportamento das despesas sociais públicas ou do salário indireto²².

No caso brasileiro, os possíveis efeitos distributivos que poderiam decorrer da reprodução da força de trabalho via fundo público foram modestos. Isso foi consequência, também, da forma peculiar como se dava a complementaridade entre reprodução da força de trabalho e das condições de produção. Aqui, mais do que nos países desenvolvidos, o Estado destinou-se a “criar as bases para que a acumulação capitalista industrial, no nível das empresas, possa se reproduzir”²³. Para tanto, interveio em setores econômicos, criando “preços sociais” em determinados mercados. Segundo Francisco de Oliveira, “os preços sociais podem ter financiamento público ou podem ser simplesmente a imposição de uma distribuição de ganhos diferente entre os grupos sociais, e a direção em que eles atuam é no sentido de fazer a empresa capitalista industrial a unidade mais rentável do conjunto da economia”²⁴. No entanto, eles se aplicavam a uma realidade em que prevalecia o padrão primitivo das relações de produção no setor agrário. Tal fenômeno foi decisivo para o crescimento industrial e para a maneira peculiar com que se operou a reprodução social no âmbito do Estado brasileiro por dois motivos. Foi responsável: (i) pelo fornecimento de grandes contingentes de mão-de-obra que formariam o “exército de reserva” das cidades, permitindo uma redefinição das relações capital-trabalho e ampliando as possibilidades de acumulação industrial; (ii) e pelo fornecimento de excedentes alimentícios cujo preço era determinado pelo custo da reprodução da força de trabalho rural, que era baixo²⁵. Como o preço da oferta da força de trabalho urbana dependia do custo da alimentação - determinado pelo baixo custo da reprodução do trabalho rural - e do próprio excedente de mão-de-obra, o papel dos serviços urbanos na reprodução da força de trabalho ficou em segundo plano²⁶.

Esse debate sobre a implementação dos serviços de infraestrutura como suporte da produção (e não do consumo social) e de seu reduzido impacto distributivo, estava relacionado ao modelo brasileiro de desenvolvimento, em que imperava um suposto conflito entre políticas de distribuição de renda e de crescimento econômico²⁷, como melhor forma

22 OLIVERIA, Francisco de. *Os Direitos do Antivalor: A Economia Política da Hegemonia Imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 22.

23 OLIVEIRA, Francisco de. *A Economia Brasileira: Crítica da Razão Dualista*. São Paulo: Vozes, 1981, p. 18.

24 Ibid., p. 19.

25 Esse raciocínio não assenta suas bases na teoria dual-estruturalista. Para os herdeiros desse pensamento, a existência de um setor atrasado, como o nosso setor agrário, seria um entrave para o desenvolvimento dos setores modernos, e, por consequência, do próprio país, já que o setor atrasado não permitiria a criação de um mercado interno e não atenderia aos requisitos da demanda de alimentos.

26 Op. cit., p. 23.

27 Sinteticamente, pode-se apresentar a controvérsia do seguinte modo. De um lado, estavam aqueles que faziam da formação da poupança o fator decisivo para o crescimento econômico e que viam uma relação negativa entre igualdade de distribuição de renda e formação de poupança. Quanto mais desigual fosse a distribuição, maior seria a propensão a poupar, já que sempre os mais ricos poupariam e, portanto, maior a propensão ao investimento. Com base nesse raciocínio, entenderam alguns que, para se aumentar a poupança, era preciso concentrar o máximo possível a renda nas mãos de um núcleo reduzido. Nesse sentido, alega-se que

de redução da pobreza inclusive. A ênfase no crescimento ajuda a explicar também as missões de suporte da produção econômica destinadas aos serviços de infra-estrutura durante a década de 1960 e início de 1970. Isso se agravou pelo fato de que as empresas estatais, imbuídas da lógica de aceleração do crescimento econômico, constituíram verdadeiras empresas capitalistas, utilizando todo seu poder de monopolistas para garantir sua autonomia no circuito reprodutivo do capital, principalmente no período 1968-1973²⁸.

A utilização dos serviços de infra-estrutura para suportar as estratégias de crescimento econômico em detrimento da distribuição perdeu fôlego na segunda metade da década de 1970 por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o combate à inflação começa a ser prioridade da política econômica e o controle das políticas tarifárias se torna centralizado pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP) que impedia que as tarifas acompanhassem a evolução da inflação. Nesse contexto, as tarifas ficam mais baratas para a população em geral, mas isso não garante um efeito distributivo, pois este está atrelado aos investimentos na universalização dos serviços, o que, de certo modo, foi até prejudicado pela política tarifária.

Nota-se que, se no período anterior o fornecimento de serviços públicos a preços subsidiados para garantir o processo de industrialização não colaborava para compensar os efeitos perversos das políticas de arrocho salarial, após o fim do milagre econômico, apesar da retórica do governo voltada para o realismo tarifário, as tarifas dos serviços públicos passaram a ter um efeito social mais positivo. A ameaça inflacionária fez com que as tarifas fossem utilizadas para conter os preços, até porque elas impactavam sobre toda a cadeia produtiva.

Em segundo lugar, a retórica do “crescer para distribuir” tinha perdido força, e novas estratégias de legitimação do poder político vinham à tona com o objetivo de valorizar “a importância da população como fator de procura, para além de sua função conhecida de fator de produção” (II Plano

o mais importante seria proporcionar elevadas taxas de lucro aos empresários, com a justificativa de que é maior a parte poupada dos lucros do que a parte poupada de qualquer outro tipo de rendimento como o salário. Isso equivale a dizer que o aumento da parte dos lucros na renda nacional significa uma taxa mais elevada de investimento e um ritmo de crescimento mais acelerado, que acaba por atingir toda a sociedade e melhorar as condições de vida de um modo geral. De outro lado, estavam aqueles que, como Celso Furtado, viam nas políticas distributivas um caminho para superação da pobreza e para formação de um mercado de consumo interno capaz de impulsionar o desenvolvimento econômico e reduzir a dependência externa, não acarretando a redução da poupança. Questionava-se o caráter absoluto da teoria anterior por vários caminhos. Em primeiro lugar, porque a remessa de lucros para o estrangeiro pelas empresas multinacionais era significativa e se traduzia em investimentos em outros países, não compondo a poupança nacional. Em segundo lugar, a CEPAL e seus autores já alertavam que os países da América Latina, com uma elevada concentração de renda, eram os que registravam a mais baixa propensão à poupança e ao investimento, em consequência do baixo nível de renda da população e da elevada propensão ao consumo das camadas de renda elevada. Aqui reside, segundo Avelãs Nunes, o grande argumento, empiricamente comprovado pela CEPAL: a distribuição desigual da renda, longe de fortalecer a poupança e a formação de capital, tem sido o principal estimulante do consumismo escandaloso das minorias ricas, desejosas de imitar os padrões de consumo dos ricos dos países desenvolvidos, ultrapassando-os mesmo em ostentação (*Industrialização e Desenvolvimento. A Economia Política do “Modelo Brasileiro de Desenvolvimento”*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 544-565).

28 COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henrique. “O Setor...” Op. cit., p. 72.

Nacional de Desenvolvimento). Para isso, o Estado passou a implementar políticas públicas no sentido de modificar a estrutura da procura global, dando maior ênfase à produção de bens adequados à procura das classes mais pobres, em função de suas necessidades básicas²⁹.

A descrição acima demonstra a importância de sediar a discussão sobre políticas de controle do poder econômico na realidade sócio-econômica e institucional de cada país.

No Brasil a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudaram a estruturar esse poder, tomava-no como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada para a dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado.

A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da *retirada do Estado* dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como mínima e principal fonte de intervenção estatal.

Pletora um novo reequilíbrio entre as funções de poder compensatório, regulação e defesa da concorrência, que não passa despercebida e sem provocar tensões institucionais.

4 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

A relação entre concorrência e regulação não é exatamente um tema novo, o que não significa que tenha perdido importância ou atualidade. Aliás, sua presença nos debates econômicos e jurídicos se, por um lado, é um indício de que ainda há muito por se desvendar sobre os fundamentos e a conveniência de se introduzir concorrência em atividades doravante voltadas à prestação sob regime de exclusividade, por outro, revela um amadurecimento institucional ainda inacabado.

E isso se deve talvez a uma tentativa de imaginar a evolução das instituições e das políticas públicas como uma sucessão de etapas idealmente definidas. Ocorre que raramente se verifica no mundo real a transmutação de um modelo de Estado em outro com a velocidade que se quer acreditar.

Na década de 1990 vivenciamos no Brasil um processo de reestruturação patrimonial do Estado brasileiro que nos setores de infraestrutura alterou a dinâmica de intervenção do Estado introduzindo novos mecanismos de regulação. Entre eles podemos citar a inserção de uma

29 NUNES, Avelãs. *Industrialização...* Op. cit., p. 580-581.

abordagem concorrencial, por meio de uma disciplina de incentivos e de controle. Onde antes havia uma política pública formulada em âmbito ministerial e uma empresa estatal como seu braço regulador/executor, emergiu a separação entre as duas últimas atividades, transferindo a função regulatória para uma autarquia em regime especial e a operação para uma empresa privada, alçada à condição de concessionária de serviço público.

Essa é, em geral, a descrição parcial do que se convencionou chamar Reforma do Estado brasileiro. Findava o modelo nacional-desenvolvimentista e surgia o “Novo Estado Regulador”. Exageros à parte, e desbastando o excesso de retórica político-institucional, o que se nota no mundo real é a convivência nem sempre harmônica e coordenada de vários instrumentos de intervenção incidindo na implementação de políticas públicas setoriais. Entre eles destacamos a defesa da concorrência.

O tema concorrência em setores regulados surge em decorrência do processo descrito acima. A conjunção de regulação indireta e introdução de concorrência seria capaz de obter maior bem estar social do que o modelo anterior de intervenção direta. Pois bem, essa assertiva deve ser ponderada em face de algumas questões.

Tendo em vista que o direito da concorrência, no âmbito do direito econômico, é estruturado para ser o direito da intervenção mínima, voltado para atuações circunstanciais e para o controle apenas do abuso do poder econômico e não da sua existência em si, como transformá-lo num instrumento regulatório? Não é uma tarefa trivial, ainda mais se considerarmos que a competição não é algo “natural” nas atividades de infra-estrutura. As falhas de mercado não deixaram de existir nos setores de Energia, Telecomunicações, Transportes etc., muito menos as obrigações de universalização desses serviços que em alguns casos justificam subsídios cruzados. Sendo assim, a criação de um ambiente competitivo apenas se justifica se for factível e se funcionar como um instrumento para os objetivos da política pública setorial.

Trata-se, desse modo, de pensar a disciplina antitruste em setores regulados com base nesses pressupostos, identificando, em primeiro lugar, as possibilidades institucionais de interlocução entre os órgãos responsáveis pelas políticas de defesa da concorrência e regulatória e, depois, aferindo as possibilidades alternativas de criação de um ambiente competitivo que não dependa dos mecanismos de mercado para seu surgimento.

Nesse novo cenário, a concorrência assume o papel fundamental de parâmetro *ex ante* na estruturação dos mercados e na orientação do comportamento dos agentes econômicos.

As variáveis e os instrumentos mais conhecidos de estratégia regulatória, por sua vez, também cedem espaço, ou são instrumentalizados, para a criação do ambiente concorrencial. Os objetivos do controle de preços, de entrada e saída do mercado e a regulação da informação passam a ser obtidos também por meio da introdução da concorrência. Como produto desse processo destacam-se, de um lado, o reforço do caráter de

política pública da defesa da concorrência e, de outro, o surgimento da chamada regulação concorrencial.

Como política pública regulatória a atuação antitruste deixa de ser apenas uma disciplina de controle, em que vigora uma intervenção corretiva dos mercados, e passa a se notabilizar como criadora de utilidade pública, tipicamente organizativa de alguns mercados. Isso ocorre prioritariamente por dois caminhos.

O primeiro se desenvolve por meio de incentivos à estruturação de um ambiente competitivo. Os setores de infra-estrutura (telecomunicações, energia elétrica, transporte, entre outros) são reconhecidos por um conjunto de falhas de mercado que surgem quando: as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; ocorrem custos indiretos e conjuntos; as economias de escala tendem à concentração da produção; o tempo necessário para os ajustamentos é longo; e a falta ou assimetria de informação impera. Nesse contexto a competição pode não ser a regra e sim a exceção. Sua efetividade passa a depender, em alguma medida, de estratégias heterodoxas para se atingir preços competitivos na oferta de determinados serviços ou produtos. Daí surgem as soluções baseadas em compartilhamento de redes de infra-estrutura entre diversos agentes, em separação da operação de cada etapa de uma cadeia produtiva, em criação de modelos tarifários pró-competitivos baseados em comparações entre empresas reais ou fictícias, ou ainda, na intensificação da concorrência nas licitações públicas.

Pode-se citar como exemplo dessas estratégias, que obteve expressivo êxito, a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no processo de escolha do consórcio vencedor da licitação da hidrelétrica Santo Antônio no Rio Madeira. Por meio da assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação um dos concorrentes se comprometeu a rescindir contratos de exclusividade com os principais fornecedores de turbinas e geradores para a construção da usina. Com a ampliação da competição decorrente desse ato, houve uma economia estimada em R\$ 16,4 bilhões para os consumidores.

A segunda vertente de interação entre concorrência e regulação ganha vigor quando as agências estabelecem procedimentos para análise dos limites e condições para participação de agentes econômicos nas atividades por ela reguladas. Essas medidas podem se traduzir em uma espécie de controle concorrencial de estruturas *ex ante* quando as normas instituem uma participação de mercado máxima. Nesses casos, a agência interfere diretamente no ambiente concorrencial.

Tais questões, para além dos debates jurídicos em torno dos limites de aplicação da lei antitruste pelos órgãos reguladores, revelam um “problema” de interdependência para a administração pública, que, por consequência, exige algum tipo de coordenação entre seus órgãos. Trata-se, desse modo, de salientar a importância de mecanismos de convergência institucional entre o SBDC e as agências. A cooperação e um sistema de divisão e, em alguns casos, compartilhamento de tarefas e informações entre os órgãos

públicos, torna-se essencial para conferir eficiência e efetividade para as políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência.

Tendo em vista esse diagnóstico o Cade constituiu, por meio de resolução, um grupo de trabalho inteiramente dedicado a pensar essas formas de interação e aprimorar a intervenção pública em setores em que a concorrência tem sido alçada a instrumento de desenvolvimento.

Alguns resultados preliminares já podem ser observados: o avanço nos entendimentos entre Cade e Banco Central quanto à divisão de competências para análise de fusões, aquisições e condutas anticompetitivas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional; a retomada de entendimentos com diversas agências, incluindo Anatel, Aneel, ANTT, visando à execução de convênios de cooperação técnica; e a organização de agendas comuns com o Ministério de Relações Exteriores, para discussão da interface entre concorrência e defesa comercial, e com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, para avaliação do impacto da competição nas políticas industriais, são alguns exemplos.

Em suma, a defesa da concorrência é uma forma de intervenção do Estado na economia, cujo valor instrumental em relação ao bem-estar da coletividade justifica o diálogo institucional entre o Cade, os órgãos governamentais e os órgãos de Estado, especialmente, no caso destes, as agências de regulação setorial.

5 CONCORRÊNCIA E PODER COMPENSATÓRIO – NOVA POLÍTICA INDUSTRIAL

A necessidade de fazer convergir as políticas regulatórias com as de defesa da concorrência se apresenta também em relação às políticas industriais de caráter compensatório ou de desenvolvimento de setores industriais.

Sempre que a agenda de uma política industrial vem à tona, configura-se um debate teórico e ideológico sobre a capacidade e a conveniência de o Estado implementar uma política pública dirigida ao fomento do setor produtivo. Os argumentos contrários a esse modo de intervenção estatal sustentam-se no receio de que esta venha a suprimir a suposta espontaneidade dos mercados, passando a determinar o vetor das operações privadas, os objetivos econômicos e os setores “vencedores”. Diz-se ainda que esse processo causaria um efeito contrário ao desejado: ao invés de inovação e produtividade, seriam construídos setores privilegiados e blindados pelo Estado. Por esta razão, a intervenção pública na economia deveria limitar-se a operacionalizar a regulação antitruste, isto é, conter os eventuais abusos do poder econômico, garantindo um ambiente concorrencial. Afinal de contas, nada melhor do que a rivalidade de mercado para garantir eficiência econômica.

Entretanto, há que se ter em conta que o livre jogo do mercado apresenta falhas relevantes, que podem comprometer uma bem sucedida estratégia de desenvolvimento. Em muitos setores, em virtude da intensidade

da escala de produção, dos custos elevados de investimento ou dos riscos e incertezas associados à atividade empresarial, os agentes privados são carentes de impulso governamental para empreenderem os seus planos de investimento. Na ausência destas medidas, a falta de incentivos pode cercear o desempenho de atividades que são essenciais para a sustentabilidade do crescimento econômico do país. É justamente desta premissa que parte o desenho de uma política industrial, que nada mais é que um mecanismo de correção e fomento dos mercados.

Até o presente contexto, defensores de uma visão mais interventiva do Estado (pró-políticas industriais) e entusiastas de uma abordagem mais liberalizante (pró-livre concorrência) puderam apostar na incompatibilidade da defesa da concorrência com as medidas de política industrial. A história brasileira garantiu a ambos os campos uma alternância institucional. No período desenvolvimentista (1950-80), os planos estatais de desenvolvimento, dirigidos à criação da capacidade produtiva brasileira, significaram, na prática, a exclusão de alguns setores à lógica concorrencial. Já no período inaugurado pelas reformas liberalizantes da década de 1990, o Estado se retraiu e substituiu sua postura pró-ativa por uma intervenção prioritariamente defensiva. Este movimento foi sustentado por uma nova lei concorrencial (8884/94), que impulsionou o controle das fusões e aquisições.

Uma vez que o parque produtivo brasileiro já está instalado, mas ainda carente de competitividade e capacidade de inovação e que as reformas de mercado da década de 1990 produziram uma economia privada e de mercado, o desafio contemporâneo é o de fazer convergir estes dois mecanismos da intervenção pública: a política industrial e a defesa da concorrência.

O art. 174, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece os limites da atuação do Estado brasileiro no estabelecimento da política industrial, sendo incumbido de ser o agente normativo e regulador da atividade econômica. De acordo com a Constituição, o Estado deve exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento (este último sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado). No entanto, a competência normativa e reguladora prevista pela Constituição é muito ampla. Tais competências são limitadas pelos princípios da ordem econômica, presentes no art. 170, dentre os quais é importante citar: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social (esses três presentes no *caput*), além da livre concorrência, da livre iniciativa e da defesa do consumidor.

Dessa forma, chega-se a avaliação de que a política industrial não pode ser direcionada num sentido contrário ao sistema concorrencial. Esta idéia é fundamentada diante dos efeitos que a política industrial pode ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos pela Constituição. A intervenção do Estado na economia, seja regulando ou exercendo atividade empresarial, não pode se dar no intuito de eliminar ou substituir o sistema concorrencial (a substituição é

possível em casos restritos previstos pela Constituição). Assim, a atuação do Estado na economia deve se dar no sentido de corrigir as imperfeições do sistema concorrencial, não podendo os objetivos da política industrial prevalecer sobre a ordem da concorrência.

No entanto, não há uma relação total de incompatibilidade entre política industrial e combate antitruste. Pelo contrário, muitos aspectos relevantes de uma política industrial são compatíveis com o sistema concorrencial, como pode ser observado ao se analisar instrumentos de política industrial como pesquisa tecnológica, auxílio a indústrias em crise e regulação de monopólios naturais.

Para tanto, como mencionamos acima, é importante notar que tanto a Constituição de 1988, como a legislação concorrencial tornam realizável essa tarefa. De um lado, a ordem constitucional garante a possibilidade de políticas industriais, mas limita a possibilidade do Estado subjugar a livre iniciativa. De outro, a legislação concorrencial tem como sua principal característica a flexibilidade de seus dispositivos. Fusões, aquisições e cooperações entre empresas podem ser aprovadas pelo CADE, caso apresentem benefícios econômicos, como a possibilidade de gerarem aumento de produtividade, desenvolvimento tecnológico ou contribuírem para o desenvolvimento nacional - todos esses objetivos típicos de uma política industrial.

6 REFLEXÕES CONCLUSIVAS - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FUNÇÃO EXECUTIVA

Diante do contexto apresentado acima, prevemos vários desafios para política de defesa da concorrência.

Temos como pressuposto que a lei antitruste é fundamentada por uma idealização constitucional do funcionamento do mercado, que é orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor. Garantir a livre concorrência não é um fim em si, mas um meio para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais.

A Lei nº 8.884/94 (lei antitruste) estabelece no art. 1º como sendo seu objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica visando a defesa dos consumidores e o combate ao abuso do poder econômico. Dessa forma, a lei antitruste tem por objetivo punir o abuso de poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade no uso desse poder.

A livre concorrência está, desse modo, relacionada a um sistema concorrencial que busca garantir condições mínimas de concorrência que possibilitem liberdade de acesso e permanência no mercado. A existência de barreiras à entrada de concorrentes representa os fatores limitadores de acesso a mercados, enquanto que práticas predatórias que visam a excluir

artificialmente participantes do mercado são falseadores da liberdade de permanência.

A efetividade dessa política depende, além da estrutura administrativa e orçamentária adequada, da sua aderência em outras esferas do poder estatal, em especial do Poder Judiciário, a quem os agentes econômicos poder recorrer quando se sentirem prejudicados pelas decisões do CADE.

O que se tem observado é que a maioria das decisões do Poder Judiciário se limita a verificar a conformidade do processo administrativo do CADE aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, respeitando a separação entre o mérito do ato administrativo e a segurança, a correição do procedimento e a legitimação da decisão. Entretanto, há decisões que invadem o mérito com profundidade e formas diferentes. Num primeiro nível temos decisões como o caso do cartel dos postos no Distrito Federal (Processo Administrativo n.º 08000.024581/94-77), no qual o magistrado adotou implicitamente a teoria dos motivos determinantes, analisou os motivos deduzidos pelo CADE na fundamentação da decisão, tomou-os como válidos, mas negou a consequência, aduzindo que daqueles fatos não decorria a consequência que o CADE afirmou. Assim, o juiz anulou a multa porque não identificou a relação causal entre os fatos e as consequências apontadas pelo CADE. Há casos em que há intervenção ainda maior no mérito, como no do Shopping Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43) e o das tabelas médicas. Nesse último o juiz concluiu que o CADE havia definido erroneamente o mercado relevante e identificado poder dominante onde não havia, sendo injustificada a decisão do CADE.

Tais questões levantam outro ponto de extrema importância para a efetividade das decisões do órgão antitruste. Trata-se da relação entre vinculação e discricionariedade das decisões do CADE.

O regime da defesa da concorrência brasileiro apresenta espaço limitado para discricionariedade baseada em critérios de conveniência e oportunidade. Há pouca margem para a autoridade de defesa da concorrência escolher entre a expedição ou não de um ato ou entre medidas alternativas perante um caso. Assim, ainda que haja momentos em que o operador do direito pode escolher entre alternativas, eles são poucos.

Um exemplo é o § 3º, do art. 20, da Lei 8.884/94, que permite ao CADE alterar, por conveniência e oportunidade, o percentual de 20% do mercado relevante para caracterizar posição dominante em setores específicos. Outro exemplo é § 2º do art. 54, que permite, por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, ser considerado legítimo um ato que atende a três das quatro condições prevista no § 1º do mesmo artigo, deixando margem para o CADE definir por conveniência e oportunidade.

Ademais, apesar de basicamente o regime da defesa da concorrência apresentar pouco espaço para a discricionariedade baseada em critério de conveniência e oportunidade, o texto normativo, em especial o da Lei 8.884/94, apresenta conceitos tipológicos ou noções, que possibilitam ao

aplicador da norma significativa liberdade de interpretação. Na verdade, há significativo campo de liberdade para a caracterização da situação fática, e esta liberdade tem efeitos semelhantes à discricionariedade pautada pelo juízo de conveniência e oportunidade no que diz respeito à flexibilidade do aplicador da norma.

A circunstância distintiva do antitruste está no fato de que a sua relação com a economia exige trabalha essencialmente com noções do que conceitos jurídicos formais. Enquanto estes se referem a posições lógicas indispensáveis à estruturação da teoria geral do direito, e.g. obrigação, sujeito de direito, etc., aquelas são conceitos tipológicos (*fattispecie*), expressões da história e indicam pretensões ou ideais. Seu conteúdo é extrajurídico, pois se referem a uma classificação tipológica da realidade social.

Assim, os conceitos tipológicos no direito da concorrência representam o espaço de inter-relação com a ciência econômica, mediado pela interpretação. Ocorre que os conceitos econômicos dos quais o direito da concorrência se vale também são passíveis de uma avaliação de experiência e de valor. A solução mais correta é construída por meio de um processo interpretativo que, muitas vezes, se vale de conceitos e métodos da análise econômica, mais ainda assim interpretação e não discricção, pois motivado por juízo de legalidade.

A consequência evidente dessa afirmação consiste em afirmar que o Poder Executivo é intérprete legítimo do direito. Ele concretiza a Constituição e a lei e organiza por meio de políticas públicas a implementação do direito vigente, condições essenciais para se aplicar a regra da razão - justificativas e ponderações de juízo de valor baseadas no modo como o ordenamento jurídico enquadra o fenômeno do poder econômico - e se garantir a articulação da defesa da concorrência com as políticas industriais e regulatórias.

REFERÊNCIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder O Indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito. Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978.

COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henri-Philippe. O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo. In: MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977.

FIORI, José Luis. *Vôo da Coruja*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

NUNES, Avelãs. *Industrialização e Desenvolvimento. A Economia Política do "Modelo Brasileiro de Desenvolvimento"*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVERIA, Francisco de. *Os Direitos do Antivalor: A Economia Política da Hegemonia Imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *A Economia Brasileira: Crítica da Razão Dualista*. São Paulo: Vozes, 1981.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação. As Origens da Nossa Época*. 3. ed. São Paulo: Campus, 2000.

POLANYI, Karl; ARENBERG, Conrad (orgs.). *Les Systèmes Économiques dans l'Histoire et dans la Théorie*. Paris: Larousse, 1975.

SILVA, Ricardo Toledo. Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil. In: Dossiê: Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, GEDIM – Programa Interdisciplinar. *Globalização Econômica e Direitos no MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo> Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. *Elementos Elementos para Regulação e o Controle da Infra-estrutura Regional e Urbana em Cenário de Oferta Privada de Serviços*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

ARTÍCULO SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA LA REALIDAD Y LA REGULACIÓN

Ricardo Lorenzetti

El avance de la tecnología, el reconocimiento de los grupos como sujetos de derechos y las consecuentes acciones que el legislador ha tomado con respecto a estas realidades, se ha reflejado en la sociedad de distintas maneras.

Cuando alguien puede establecer normas con eficacia general hacia terceros integrantes del grupo, como sucede en el contrato colectivo, en el contrato forzoso, en las condiciones generales de los contratos, o imponer costumbres obligatorias, con distinta intensidad y valor, su decisión impacta en el grupo y en la comunidad.

El juzgamiento del uso del derecho no puede ser mediante el examen de su interés, de la intención de dañar o de la culpa.

Necesariamente debe examinarse mediante la compatibilidad con los bienes públicos afectados y la noción de grupo.

Esta aparición de un derecho colectivo lo asemeja bastante a las facultades que tiene un legislador. También son similares los problemas puesto que tiene que compaginar intereses contrapuestos, tener una mirada global del universo a regular y examinar las consecuencias.

Por ello pensamos que, en el caso de analizar estas regulaciones, debe adoptarse un criterio particularmente estricto, adoptando el modelo de un buen legislador y exigiendo una previsibilidad mayor que la común en la contemplación del espectro de los resultados de las conductas normativas.

Observando nuestra historia, podemos decir que hay los principios democráticos se aplican a la organización del mercado que puede extenderse a toda "situación jurídica" que emana de la autonomía privada.

Cuando se trata de relaciones de consumo (art. 42, Constitución Nacional) son de aplicación los principios genéricos de la competencia perfecta:

- La libertad de elección,
- Favorecer la circulación de la información,
- Asegurar condiciones de trato equitativo,
- Evitar la distorsión de la competencia.

En toda comunidad asociativa rige el principio democrático. Las decisiones deben tomarse por mayoría, atendiendo al bien común, buscando la convivencia, siguiendo el debido proceso para las sanciones ¹

Este tipo de enfoques es el que se realiza en el derecho de la competencia

El art. 1 de la ley 22.262 de la república Argentina establece que se alteran las leyes de la competencia mediante el abuso de la posición dominante. Esta se produce cuando hay un solo oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única persona que actúa en el mercado, no tiene competencia sustancial, o cuando siendo dos o más personas para un mismo tipo de producto o servicio, no existe competencia efectiva entre ellos, o sustancial de terceros en el mercado.

1 Conf. HIGHTON, Elena - ALVAREZ JULIA, Luis - LAMBOIS, Susana, "Nuevas formas de dominio", p. 79 y sigtes., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1987.

El abuso se perfila entonces cuando usando el poder que se tiene, se restringe de un modo relevante el acceso de productos de las demás empresas que concurren a formarlo²

El bien jurídico protegido es el mercado. Es un bien público o de incidencia colectiva.

El legislador se ocupa de describir previamente algunas conductas abusivas, con lo cual tenemos una idea más precisa de lo que quiere evitar (art. 41CN)³:

- Fijar o hacer variar los precios mediante “acciones concertadas”,
- Limitar el desarrollo técnico mediante “acciones concertadas”,
- Establecer las condiciones de venta, mediante “acciones concertadas”.

En estos casos y en todos los incisos que menciona el art. 41 de la ley 22.269, el abuso no se refiere a un derecho subjetivo en particular.

Habitualmente hay un cúmulo de derechos usados de modo tal que producen un efecto disfuncional.

El impedimento del ejercicio de facultades

El abuso del derecho se basa en la apreciación de la conducta del titular, mientras que aquí veremos la situación del otro contratante y su derecho al no impedimento de facultades.

El derecho subjetivo da lugar a una pretensión de hacer o de no hacer dirigida contra un sujeto pasivo y que es incumplida por él. La afectación de una posición jurídica lesiona a un interés legítimo, que el sujeto tiene de un modo no exclusivo y compartido con otros sujetos, al sostenimiento de la misma.

En el caso que examinamos ahora no está afectado directamente el derecho subjetivo ni el interés legítimo a una posición en forma directa, aunque puedan serlo indirectamente.

Aquí se trata de la facultad de actuar, que puede ser impedida o en un grado menor, obstaculizada.

La acción del sujeto pasivo se dirige al entorno del sujeto activo, creando las condiciones fácticas o jurídicas que hacen imposible o difícil la actuación.

La acción podría consistir en actos o hechos jurídicos, y el autor puede ser el Estado, los grupos o los particulares.

2 Conf. Revista de Derecho Industrial, Ed. Depalma, Buenos Aires, año 15, 1993, núm. 43.

3 Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.
Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.
Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Este tipo de situaciones impeditivas afectan las facultades que emanan de la libertad de elección, reconocida en el art. 42 de la Constitución Nacional en las relaciones de consumo, o el principio democrático en los agrupamientos asociativos.

ACCIONES POSIBLES: TUTELA INHIBITORIA: EL AMPARO EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el proyecto de Código Único de 1987 se regularon los efectos del acto abusivo, y se dispuso que el juez proveerá lo necesario para evitarlos.

La idea principal del proyecto en este aspecto es evitar el daño que provoca el acto abusivo.

Cuando estamos frente a situaciones en las que:

- Se ha creado una situación jurídica abusiva, que resulta irregular en tanto afecta el principio democrático, sea relacionado con la competencia perfecta o con la democracia interna grupal y que, además, afecta el derecho al no impedimento de facultades tenemos algunas soluciones en el derecho vigente.

En la ley 22.269 de defensa de la competencia se prevé la orden de no innovar, el mandato innovativo de cese de la actividad, el resarcimiento de daños, como así también la nulidad del acto, si bien dentro de los límites del derecho de la competencia, que regula el conflicto entre competidores y la lesión a bienes públicos.

Sin embargo, la lesión a estos bienes públicos puede derivar en una titularidad procesal grupal o individual.

Tal es la regulación del amparo en la Constitución Nacional.

En el art. 43 se concede acción para la protección de la competencia, del usuario y del consumidor. Esta acción debe correlacionarse con el bien protegido en el art. 42, que consagra los derechos a la salud, seguridad, intereses económicos, información, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno.

Estos derechos son de operatividad directa y de tal modo, resulta procedente el amparo en defensa de la competencia como bien de incidencia colectiva o del derecho a condiciones de trato equitativo y la libertad de elección.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Existe una fuerte tendencia hacia la desaparición del derecho del consumidor, la que está basada en una estrategia engañosa: no se dice que no hay vulnerabilidad, sino que el Derecho Privado no es la manera más eficaz para protegerlo.

El argumento se basa en que la tecnología permite, cada vez más, que el consumidor pida productos personalizados, ejerce opciones dentro de mercados cada vez más amplios y, por lo tanto, sufra cada vez menos restricciones.

Por ende, la mejor protección sería la defensa de la competencia y no el Derecho Privado.

No hay duda de que la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos más eficientes para la defensa del consumidor⁴. El incremento de opciones de productos y servicios es lo que asegura la libertad contractual y favorece el poder de negociación del individuo.

De esa regla se deduce otra: a mayor competencia, menor necesidad de proteger directamente al consumidor. Muchos sostienen que la protección es innecesaria y perniciosa. Es innecesaria porque el individuo actual no lee las condiciones generales, por más que se informe sobre ellas, realiza opciones generales, lo que desdibuja el papel central que se pretende adjudicar al deber de información. Es perniciosa porque toda intervención genera costos y no asegura un buen resultado, ya que el legislador no tiene los datos suficientes como para decidir con razonabilidad y eficiencia.

En nuestra opinión, la primera regla es razonable, pero no la segunda. No cabe duda de que la competencia mejora la autonomía del consumidor, pero ello no es excluyente, sino complementario de la intervención directa.

Los datos empíricos muestran claramente que una buena legislación sobre la competencia evita el monopolio, aumenta la cantidad de oferentes, bienes y servicios, es decir, asegura la multiplicidad de sujetos y bienes. En cambio, aun en mercados competitivos, la estandarización es un fenómeno que resulta transversal a la multiplicidad de sujetos y bienes: en el sector bancario o en el turismo, por ejemplo, el régimen de la competencia no elimina la necesidad de regular las condiciones generales y de aplicar el régimen de protección del consumidor.

La protección de la competencia es una política legislativa del Derecho Público, mientras que la del consumidor pertenece al ámbito del Derecho Privado. Los dos enfoques son complementarios y actúan como vasos comunicantes; por ejemplo, a mayor competencia, habrá menor posición dominante y por lo tanto disminuirá el poder de imponer cláusulas abusivas⁵.

Puede afirmarse que la regulación de la competencia no desplaza al Derecho del consumidor, sino que lo mejora y complementa.

Esta tendencia se ha visto en la Unión Europea, donde hubo distintas etapas: primero una regulación basada en la competencia (arts. 85 y 86, Tratado de Roma) luego una autorización para armonizar las legislaciones nacionales sobre Derecho del consumidor (1986, nuevo art. 100 del Tratado de Roma), a posteriori una transferencia de competencias para armonizar el Derecho del consumidor adoptada en 1992, en el Tratado de Maastricht; finalmente se consideró que la protección del consumidor es uno de los objetivos fundamentales de la Unión (art. 153, Tratado de

4 MAGGS, Peter, *Atteiv developments in Internet consumer law in the United States of America*, SSo Paulo, 2000.

5 este tema ampliamos en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*

Amsterdam). La intervención directa es verdaderamente impresionante en la Unión Europea⁶.

En el ámbito del Mercosur, y en general en el Derecho Privado latinoamericano, la protección del consumidor mediante la intervención directa que consiste en otorgar derechos de actuación es admitida y no debe ser excluida ni por la regulación de la competencia ni por las normas especiales relativas al comercio⁷.

COMUNICABILIDAD DE PRINCIPIOS

Muchos bienes de incidencia colectiva se trastruecan al ser observados desde el plano del consumidor, estableciéndose una vía de comunicabilidad de principios en la búsqueda de coherencia. Así sucede con la competencia en el mercado y todos los temas vinculados con ella:

- La transparencia informativa es también derecho a la información.

- La publicidad comparativa deja de ser sólo un problema entre competidores para ser también un problema de mejora o desmejora de la información asequible.

- La cláusula abusiva y su correlato el abuso de la posición dominante.

- La lesión de libertades mediante la creación de mercados cautivos y el acto abusivo.

EL DERECHO ARGENTINO

En el ámbito de la legislación argentina tenemos las siguientes normas⁸:

6 Directivas: sobre indicación y transparencia del precio (Directivas 79/581/CEE, 88/314/CEE, 88/315/CEE, 90/377/CEE), etiquetado (Directivas 79/112/CEE, 79/530/CEE, 79/531/CEE y 92/75/CEE), publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE), publicidad comparativa (Directiva 97/55/CE), de responsabilidad por productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE), ventas a domicilio y otros contratos negociados fuera del establecimiento comercial (Directiva 85/577/CEE), sobre crédito al consumo (Directiva 87/102/CEE), instituciones de crédito (Directiva 89/646/CEE), publicidad de tabaco (Directivas 89/6227 CEE, 90/239/CEE, 92/41/CEE, 98/43/CE), sobre telecomunicaciones y transportes (Directiva 89/552/CEE, Directiva 97/36/CE), sobre viajes continuados (Directiva 90/314/CEE), servicios bancarios (Directiva 90/88/CEE), seguros (Directivas 92/49/CEE y 92/96/CEE), seguridad general de los productos (Directiva 92/59/CEE), sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (Directiva 93/13/CEE), transgénicos (Directivas 79/112/CEE), tiempo compartido (Directiva 94/47/CE), contratación a distancia (Directiva 97/77/CE), tratamiento de datos personales y protección de la privacidad (Directiva 97/66/CE), tarjetas de crédito (88/59/CEE), transparencia en las transacciones financieras (97/489/CEE), sobre firma electrónica (Directiva 99/93/CE), sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE).

Ver también Código de buena conducta en materia de pagos electrónicos {Recomendación 87/598/CEE}, Recomendación sobre transacciones realizadas mediante instrumentos electrónicos (97/489/CEE). La Directiva sobre ventas a distancia con marketing directo (97/77/CE) se aplica a los casos en que hay envío de prospectos, venta por teléfono, videotexto, televisión, computadores, e-mail, telefax, teleshopping).

7 En relación al Mercosur ver LIMA MARQUES, Claudia, Direitos do consumidor no Mercosul; Algumas sugestões frente ao impasse, en Revista de Direito do Consumidor, vol. 32 (1999), ps. 16 a 44.

8 CIONFRINI, Ernesto, La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional, en D. J. 2000-2-305; MANIET, Françoise, Vigilancia del mercado y seguridad general de los productos en la Unión Europea, en R. C. y S.2001-329; SCHOLER, Rodolfo y LEONI, Fabián, Defensa del consumidor. Competencia. Encuadre constitucional, en L. L. Litoral 2001-649. YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS,

1. El artículo 3º de la ley 24.240, que dispone que “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

La Ley 22.802 sobre Lealtad Comercial.

La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia.

Estas normativas se aplican de modo complementario. Se ha dicho que “la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor no derogó la Ley 22.802 de Lealtad Comercial pues ambas normas tutelan bienes jurídicos distintos”²⁶, y que “dado que las normas previstas en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor se integran con las leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4o de la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia, compete al fuero comercial conocer en las acciones civiles basadas en aquel cuerpo normativo”⁹.

En materia de cláusulas abusivas y su correlación con la estructura dominante, se plantea claramente la cuestión: el primer concepto se define por aplicación de la ley 24.240, el segundo, por la ley 25.156.¹⁰

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS RELACIONES CONTRACTUALES

Contratos lesivos de la competencia

El mercado, en un sentido amplio, es “cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y vendedores de un bien entran en contacto para comerciarlo”¹¹. Más específicamente, es un modo de asignación de recursos escasos, que se basa en el intercambio voluntario de los mismos, producido por los agentes económicos a través de oferta y demanda¹².

El mercado se presenta entonces como un instrumento de planificación económica descentralizada¹³. De allí surge un elemento

Arturo, Protección al consumidor y libre competencia* en Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley 19.496, Hernán Corral Talciani Editor, 1999.

9 CNCom., Sala D, “Guzmán, Jorge G. y otros c/Agro Industrias nca S.A.”, L-L- 1998-C-960, Jurispr. Agrup., caso 12.713.

10 CFed. De Rosario, Sala A, “Bordachar, Hugo L. c/Galavisión S.A.”, L.L.Litoral 2000-830

11 Conf. FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rudier y SCHMALENSEE, Richard, Economía, 2º ed., McGraw-Hill, España, 1989, p. 53.

12 La circunstancia de que sea un modo o un método lo distingue de su antigua concepción que asimilaba el mercado con el lugar donde se efectuaban los intercambios, para comprenderlo abstractamente como un mecanismo- Dentro de la categoría de los métodos de asignación, lo podemos distinguir claramente de la planificación estatal o sectorial, en virtud de que las decisiones se toman de un modo descentralizado; son los operadores económicos los que, a través de múltiples encuentros comerciales, contribuyen al resultado final.

13 El esquema distributivo final no es previsto ex ante, como en la planificación, sino que surge ex post, como derivado de la interacción compleja de conductas económicas. En virtud de ello, tiene como característica metodológica su flexibilidad a los cambios ya que es hipersensible a las influencias internas o externas, y además, que la distribución final está sometida a riesgo, siendo impredecible.

esencial: el precio es un dato objetivo, externo a la actividad empresarial; no se lo conoce de antemano ni se lo puede determinar.

Es natural que los agentes económicos intenten disminuir este riesgo. En el plano contractual, pueden surgir acuerdos para fijar precios, ganancias, o bien limitar la producción para generar escasez y, consecuentemente, mayor demanda e incremento de precios. Estos son acuerdos colusorios en tanto limitan la competencia entre las empresas y perjudican el libre funcionamiento del mercado.

La competencia es un elemento del mercado que cumple importantes finalidades¹⁴:

- Cumple una “función de selección”, fijando posiciones no definitivas entre los participantes¹⁵.

- Permite una asignación eficiente de los recursos, puesto que un modelo de competencia perfecta orienta a los actores económicos a utilizar la mayor cantidad de recursos al menor costo posible, a no hacer un uso excesivo de los mismos ni a producir una cantidad mayor de bienes que los que se necesitan. El incentivo para ello es que si son ineficientes perderán posiciones frente a los demás competidores.

- Recorta el poder dentro del orden económico, puesto que sirve para la difusión del mismo en múltiples partículas, ninguna de las cuales puede imponerse a las demás.

La Ley de Defensa de la Competencia establece una frontera de licitud en los acuerdos contractuales. En efecto, se consideran prohibidos “los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (art. 1 °, ley 25.156). Se considera práctica restrictiva de la competencia la conducta que consiste en fijar, concertar o manipular precios o compras de bienes; establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir o comercializar sólo una parte restringida o limitada de bienes; repartir el mercado; concertar o coordinar

14 Cfr. sobre aspectos generales y de distintas tendencias: REICH, Mercado y Derecho cit.; SCHERER y ROSS, Industrial market structure and economic performance, 31 ed., Dallas, 1990; ASCARELLI, Tulio, Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, Bosch, Barcelona, 1970. Sobre una crítica acerca del derecho derivado en el Mercosur cfr.: HALPERIN, Marcelo, Las prácticas desleales y la evolución del Mercosur, en L. L. del 12-12-95. BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 153; CABANELLAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Heliasta, Buenos Aires, 1983; REYES y otros, Derecho de la competencia, en Revista de Derecho Industrial, Depalma, Buenos Aires, enero-abril de 1993; RIPPE, Siegbert, El Derecho de la competencia en el Mercosur, en Mercosur. Balances y perspectivas. IV Encuentro Internacional de Derecho para la América del Sur, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 255; HOLZ, Eva, Mercado y Derecho, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993; ULHOA COELHO, Fábio, Direito antitruste brasileiro, Saraiva, Sao Paulo, 1995; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CARAVACA, Alfonso Luis, Derecho Mercantil internacional, Tecnos, Madrid, 1993; FERREIRA AL VES, Jorge de Jesús, Direito da concorrência nas Comunidades Europeias, Coimbra, 1989.

15 De esta manera, las empresas se ven obligadas a mostrar ventajas en materia de precios, calidad o diversificación a los consumidores, a fin de mantener su posicionamiento, sin que exista ningún parámetro externo que las ayude en esta tarea.

posturas en licitaciones o concursos; concertar la limitación o control del desarrollo técnico; impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado; imponer precios; regular mercados; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro; imponer condiciones discriminatorias; negarse a justificar servicios concretos (art. 2o, ley cit). Para calificar la posición dominante la ley dice que ella ocurre cuando “para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos” (art. 4) ¹⁶.

Contratos vinculados. Cláusulas de exclusividad

El caso “Microsoft”¹⁷ es una prueba clara de la importancia de verificar si los acuerdos contractuales son lesivos del Derecho de la competencia, ya que vincular la compra de un producto a la adquisición de otro complementario, mediante contratos vinculados, puede ser considerado práctica anticompetitiva. En este sentido, se ha considerado¹⁸ que “la imposición de ‘productos atados’ -que no guardan relación directa con la naturaleza de los productos vinculantes-, más allá de las razones de política comercial que pudieran invocar las accionadas, aparece -en una visión preliminar propia de la naturaleza de esta resolución cautelar- como una práctica lesiva para el adecuado funcionamiento del sistema productivo de los servicios de referencia, y para el interés económico general...” Además, “la venta atada de los citados productos vinculados genera en el caso un desperdicio de recursos y una distorsión en el consumo, en tanto se obliga a las actoras, compradoras, a adquirir productos que no necesitan”.

También las cláusulas de exclusividad, de reparto de mercado y otras pueden afectar la competencia y ser declaradas nulas.

En la Ley argentina de Defensa de la Competencia (25.156) no existe una norma que imponga la nulidad de las cláusulas anticompetitivas; los damnificados pueden reclamar el resarcimiento de los daños (art. 51)¹⁹. Sin embargo, la nulidad puede ser solicitada por violar el artículo 953 del Código Civil, al tener un objeto prohibido, o por el ejercicio abusivo de una cláusula de este tipo, que es el correlato del abuso de posición dominante. También puede plantearse la nulidad si es un contrato de consumo con fundamento en el artículo 37 de la ley 24.240.

16 Las multas obligan solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubieren contribuido, alentado o permitido la comisión de esta infracción (art. 48). Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la ley podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme a las normas del Derecho común ante el juez competente en la materia (art. 51), con una prescripción de cinco años (art. 54).

17 Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito de Columbia, 3-4-2000, “Estados Unidos de América y otros c/Microsoft Corporation”, publ. en español en L. L. del 12-5-2000.

18 Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito de Columbia, 3-4-2000, “Estados Unidos de América y otros c/Microsoft Corporation”, publ. en español en L. L. del 12-5-2000.

19 MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *Licencias atadas sobre derechos intelectuales y defensa de la competencia*, en Lexis Nexis J. A. del 6-8-2003, y J. A. 2003-III, fascículo N° 6, Sec. Jurisp. Anotada, ps. 42 y ss.

O CASO AMBEV – “TÔ CONTIGO”

Fernando Guimarães Furlan

O processo administrativo tinha como representada a Companhia de Bebidas das Américas (AmBev) e apurava, dentre outras condutas afastadas pelo voto-relator, os programas de fidelização “Festeja” e “Tô Contigo” passíveis, pelas suas características, de enquadramento em infração contra a ordem econômica prevista no artigo 20, inc. I, II e IV c/c com art. 21, IV, V, VI e XI, todos da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

No agregado do país, o *share* em volume nacional da Ambev se situa atualmente em cerca de 69,3% – dados ACNielsen de 2006 divulgados na imprensa¹, com menor penetração no Nordeste e maior parcela nos mercados do Sudeste e Sul – sendo que a participação em valor excede esse percentual. Observe-se que, caso fossem considerados apenas os canais tradicional e bar, a participação de mercado da Ambev seria ainda maior, devido a todas as questões já examinadas.

Tratava-se de programa de relacionamento entre a AmBev e os PDVs (pontos de venda) participantes (entre bares e restaurantes). O cerne do programa era um sistema de premiação equivalente a um desconto no preço da caixa de cerveja. Os PDVs acumulavam pontos de acordo com a quantidade de caixas compradas: uma caixa de garrafas de 600 ml equivalia a um ponto.

Os pontos eram trocados por prêmios a qualquer momento (dentro do ano em que eram obtidos) e havia prêmios ao longo de toda a faixa relevante de pontuação. Enquanto que o limite máximo de acúmulo era de 600 pontos por mês, o mínimo para participar do programa era de 05 caixas/mês.

Após a inspeção realizada pela SDE na sede da empresa Representada em São Paulo/SP, em 24.03.2005, as petições apresentadas aos autos passaram a fazer referência à existência de duas fases de implementação do Programa Tô Contigo: uma primeira fase, de outubro de 2002 a março de 2004, em que o programa teria sido dirigido apenas a PDVs que comercializavam espontaneamente somente as marcas de cerveja da AmBev; e, uma segunda fase, depois de março de 2004, na qual o programa teria sido estendido aos demais PDVs sem exigência de exclusividade formal.

Os prêmios de bonificação eram variados em termos de uso e de valor, conforme constava dos folders ilustrativos do programa.

As evidências que embasaram tal conclusão são de natureza variada. De início, constam os termos de depoimentos de PDVs tomados pela SDE (fls. 2395/2412) demonstrando que existia para esses a percepção de exclusividade. Além disso, também constava dos autos pesquisa IBOPE, confirmando que tal percepção era abrangente e irrestrita sobre a origem e região do ponto de venda. Ainda, a diligência que consta em relatório circunstanciado de visitas a bares aleatoriamente escolhidos pela SDE comprova que a exclusividade ou a limitação de compra de marcas rivais era exigida em parte dos casos. Todo esse quadro ajuda a dar credibilidade à parte das declarações de empresas concorrentes, devidamente relatadas.

1 Valor Econômico, 12/01/2006 “Ambev volta à fatia de 69,3% e reforça seu posto de líder”.

De fato, os depoimentos coletados pela SDE indicam que a exclusividade de vendas foi apresentada em diversas negociações com uma condição para a participação no Programa Tô Contigo, sendo que essa exigência podia ser flexibilizada, para alguns PDVs, por meio da permissão para que adquiram pequenas quantidades de marcas de cervejas concorrentes. Isso ficou claro, por exemplo, no depoimento prestado pelo Sr. Antonio de Freitas Barbosa, que declara que, *após alguma negociação, conseguiu permanecer no Programa Tô Contigo e estocar uma ou duas caixas de Kaiser*.

Assim, fazia parte da estratégia de implementação do “Tô Contigo” deixar os PDVs em dúvida quanto às limitações de compras de marcas rivais. Simplesmente a ausência de proibição de comercialização de marcas rivais não era esclarecida aos PDVs, em um primeiro momento, e esses se viam obrigados a buscar informações por outros meios, caso tivessem interesse ou necessidade de fazê-lo (por exemplo, tentar a central telefônica do Tô Contigo).

Destarte, a conclusão ao se avaliar os documentos apresentados (os depoimentos e a pesquisa IBOPE) é a de que havia a exigência não sistemática, mas também não aleatória, de exclusividade ou limitação de compras. De fato, a política comercial da AMBEV e o nível de detalhes nos bancos de dados sobre os volumes históricos e demandados dos PDVs, permitiam que houvesse atuação focada em pontos estrategicamente selecionados.

Para a sua implementação, os benefícios oferecidos pelo Programa Tô Contigo iam além dos prêmios de bonificação. Descontos nos preços das cervejas da Representada (*“preço especial na M3”, isto é na cerveja Antártica*) também estavam previstos para conseguir a adesão do ponto de venda ao programa ou a sua manutenção.

A não renovação do Programa era usada como forma de coerção de PDVs que não alcançassem os 90% de *“share de estoque”*. Por *share* de 90%, entende-se que do total de cervejas para comercialização no ponto de venda (estoque), 90% devem ser das marcas da AmBev.

Como visto, o Programa Tô Contigo oferecia benefícios em forma de descontos nos preços aos PDVs filiados, sendo que a realização de um exercício de comparação via preços efetivamente praticados no mercado, utilizando-se os dados fornecidos pela Representada, ficou impossibilitado. Por conservadorismo, como tampouco foi possível quantificar a exata dimensão desses descontos, os exercícios relativos à não linearidade do Programa foram feitos apenas com o desconto vinculado à pontuação². (fl. 4498). Ou seja, como os descontos eram concedidos conforme a resistência do PDV durante as negociações de entrada no Programa não

2 Para tentar dirimir dúvidas sobre a existência de preços diferenciados no âmbito do Programa Tô Contigo, a SDE solicitou e a Representada apresentou dados acerca dos preços praticados individualmente aos pontos não renovados seis meses antes e depois da sua desfiliação entre 2004 e 2005 e 2005 e 2006. No entanto, a SDE constatou, em diligência realizada em 17 e 18 de janeiro de 2007 junto a uma amostra escolhida por esta Secretaria de 45 PDVs, que, em um terço dos casos, os pontos ainda estavam filiados ao Programa Tô Contigo. Isso invalida a comparação de preços realizada pela Representada.

era viável calculá-los, mas se presumiu que para determinados PDVs os descontos reais pudessem ser bem maiores que 3%, o que aumentava o grau de fidelização.

Os resultados bastante expressivos da pesquisa IBOPE indicaram que, dos PDVs entrevistados participantes do Programa Tô Contigo, quase 50% entendia o Programa como requerendo exclusividade de vendas. Os PDVs eram excluídos do Programa Tô Contigo (ou não renovados) caso descumprissem as obrigações de exclusividade de vendas ou de *share* Ambev de 90%.

Portanto, a política do Tô Contigo em termos abrangentes (regulamento, propaganda oficial, termo de adesão) não exigia a exclusividade; diferentemente da sua execução e operação em que a exclusividade ou *share* de 90% de produtos AMBEV eram usados de maneira seletiva.

Na sua mecânica de execução no micro-espço, havia assimetria de informação para o PDV, baixa transparência nas regras, predomínio de contatos informais e promessas ao PDV baseadas na confiança, e, sobretudo, tendenciosidade na implantação do programa. Enfim, falta de clareza proposital sobre em que consistia o programa, como mostram as pesquisas.

Ressalte-se que o *Paper DG-COMP*³ também propõe a discussão da incerteza como fator que induz a fidelidade. Faz grande diferença se os PDVs são deixados em estado de incerteza sobre o nível dos descontos e os patamares desejáveis. Para minimizar o risco de não obter os descontos, os PDVs eram induzidos à fidelidade. Foi considerado, assim, que existia dever da representada de bem informar os seus clientes de modo que a totalidade dos PDVs perguntados respondesse que não havia exclusividade ou quaisquer contrapartidas.

Havia, também, indicações de que esse comportamento foi sendo alterado ao longo do tempo. No início, a própria Representada não negou a exclusividade de vendas atrelada ao Programa Tô Contigo. Em sua defesa, afirma que se tratava de um programa direcionado para quem já era exclusivo na prática. O contrário foi constatado: os documentos copiados na inspeção apontavam para o oferecimento de adesão ao programa aos PDVs que comercializavam marcas de cervejas concorrentes com a condição de que passassem a ser exclusivos.

Em seguida (já em meados de 2004), os documentos copiados durante a inspeção do órgão de investigação e instrução, indicaram que o Programa Tô Contigo foi flexibilizado, buscando a exclusividade de vendas, mas aceitando, em certos casos/regiões, a adesão do ponto de venda desde que atendidos limites para a compra de cervejas de terceiros (no caso, *share* estoque superior a 90%) – o que continuava caracterizando a não-linearidade. Deixava-se assim a estratégia formal para adotar uma *estratégia mais flexível de exclusividade de vendas*.

3 EUROPEAN COMMISSION 2005 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses

Assim sendo, verificou-se que a negociação de exclusividade de vendas (ou limitação de compras de cervejas rivais) em função da participação do Programa foi parte da sua mecânica, entendida ainda hoje por parte muito relevante dos PDVs. Seu descumprimento era parâmetro para a desfiliação ou não renovação (dependendo do período considerado).

O uso de outras iniciativas, como “enxoval”⁴, descontos de preço, desconto em determinada cerveja (M3), bonificações, eram utilizadas como forma de negociar a filiação ao Programa. Tais incentivos seriam altamente pró-competitivos se a entrada ao Programa não apresentasse, como contrapartida, limitações à compra de cervejas rivais. Portanto, a análise dos autos permitiu concluir que o Programa Tô Contigo exigia de forma não sistemática a exclusividade, embutia descontos adicionais caso o PDV não aceitasse e incluía a cessão de equipamentos como jogos de mesa e cadeira e freezers trimarca. Isso tudo levou a que se caracterizasse a potencialidade na produção de efeitos anti-competitivos.

Conjugando os documentos copiados durante a inspeção, a pesquisa do IBOPE e os depoimentos dos PDVs, considerou-se que o *standard* probatório foi atingido a ponto de ser possível afirmar que o Programa Tô Contigo embutia como contrapartida, mas não de forma sistemática, exigência de exclusividade de vendas ou limites à compra de cervejas de terceiros, caracterizando assim, por si só, não linearidade em sua execução.

É necessária uma breve contextualização teórica dos efeitos sobre a concorrência de práticas verticais, pois comumente uma prática pode ser vista como anti-competitiva e, no entanto, não ser sustentável do ponto de vista da racionalidade econômica. Uma determinada firma poderia se utilizar de contratos exclusionários para abusar de sua posição dominante, privando ou restringindo o acesso de competidores potenciais e efetivos a recursos indispensáveis. Contudo, em que pese o apelo intuitivo dessa argumentação, não se pode considerar como regra geral que firmas com posição dominante sempre terão incentivos a adotar tal conduta.

No debate sobre os contratos de exclusividade, contrapõem-se os argumentos da Escola de Chicago, que considera pouco plausíveis as chances de motivação exclusionária; e da análise pós-Chicago, cujos modelos demonstram que, de fato, podem surgir práticas de exclusão lucrativa em algumas circunstâncias.

A Escola de Chicago ressalta que não é racional a estratégia com fins anticompetitivos, que consiste no fabricante (menos eficiente que rivais) realizar contratos de exclusividade com empresas a jusante. Posner (1976) e Bork (1978) enfatizam que, para formalização de contratos dessa natureza, o vendedor beneficiado (fabricante) deve oferecer ao comprador (distribuidor ou revendedor) vantagens ou benefícios pelo acordo. Um comprador racional não aceitaria um contrato que o obrigasse a comprar

4 “Enxoval” parece significar o conjunto de cervegelas (suportes térmico de cervejas), jogos de mesa e cadeira e apliques e trilhos.

produtos de um único fornecedor (fabricante) ineficiente na presença de competidores mais eficientes interessados em entrar na indústria.

Considere-se o seguinte exemplo: há em um mercado um monopolista (fabricante), um potencial entrante (mais eficiente que o monopolista) e um único comprador (distribuidor) para os produtos. Se o comprador aceita um contrato de exclusividade nessas condições, o mesmo se obriga a pagar preço de monopólio pelos produtos, mesmo que ocorra a entrada do competidor potencial – isto eliminaria qualquer possibilidade de entrada. Por outro lado, caso rejeite o contrato, o comprador favorece a entrada do concorrente mais eficiente e se beneficia de preços mais competitivos.

Assim, o monopolista estabelecido teria que oferecer uma compensação suficiente para convencer o comprador (revendedor) a aceitar o contrato de exclusividade. Entretanto, o fabricante não estará disposto a pagar uma compensação superior ao lucro de monopólio. Por outro lado, o revendedor, caso aceite o contrato, deixará de se beneficiar do excedente do consumidor oriundo de preços potencialmente mais baixos⁵.

Dessa forma, ao contrário do que se poderia supor *à priori*, os contratos de exclusividade não estariam necessariamente vinculados a práticas anticompetitivas, chegando mesmo a se observar efeitos favoráveis do ponto de vista da concorrência.

Entretanto, mais recentemente, os críticos da escola pós-Chicago apresentaram exemplos onde podem sim existir efeitos anticompetitivos decorrentes dos contratos de exclusividade sob determinadas circunstâncias. Alternativamente à argumentação acima, pode-se considerar uma situação onde o monopolista estabelecido tenha efetivamente condições de oferecer uma proposta suficiente para convencer o revendedor a aceitar o contrato de exclusividade.

Essa circunstância está relacionada com externalidades entre compradores a jusante. Ocorre que o monopolista pode explorar tais externalidades para impedir a entrada de potenciais competidores mais eficientes via exclusividade. Com o fechamento do mercado, um potencial entrante não atingirá economias de escopo/escala necessária para cobrir seus custos de entrada. Assim, ao excluir o entrante, o monopolista teria condições de pagar uma recompensa suficiente para induzir o revendedor a formalizar o contrato de exclusividade, já que seu lucro, neste caso, seria maior.

Rasmusen et al. (1991) e Segal e Whinston (2000) também identificam uma circunstância onde os contratos de exclusividade podem ser utilizados como restrição à entrada. Supondo que existam vários revendedores com baixo poder de coordenação e que o entrante potencial (mais eficiente) precise garantir uma determinada quantidade destes para cobrir seus custos fixos, o monopolista estabelecido poderá

5 Que corresponde (com custos marginais constantes) ao lucro do monopolista mais a perda de peso-morto.

se aproveitar da assimetria de informação dos revendedores, que não levarão em conta as externalidades inerentes ao contrato de exclusividade: poucos revendedores “livres” da exclusividade seriam insuficientes para incentivar o entrante mais eficiente a se aventurar no mercado.

Pode-se considerar que uma firma possui poder de mercado quando não existem produtos substitutos para seu produto ou quando os produtos existentes não são considerados satisfatórios pelo consumidor.

Esse poder de mercado pode ser decorrente de barreiras à entrada como necessidade de escala mínima elevada, vantagens de custos para a firma já instalada, barreiras legais, marca, dentre outras, que impedem a livre entrada de novos concorrentes neste mercado. Outra possibilidade é a diferenciação do produto da firma dos demais, seja por meio de diferenciação estrita, seja por meio de propagandas que projetam a percepção de um produto distinto dos demais.

Na indústria produtora de cerveja, a marca constitui uma significativa barreira à entrada, pois para extrair renda extraordinária, a firma precisa ser conhecida e, para tal, faz-se imprescindível sua divulgação e posterior criação de uma imagem diferenciada frente aos consumidores. Os elevados investimentos em marketing constituem a principal forma de diferenciação de produto adotada pela indústria de cerveja, é desta forma que as preferências do consumidor são alteradas tornando a demanda mais inelástica. Como consequência o custo de entrada no mercado se torna maior e a firma dominante pode elevar seu preço com reduzidos riscos de contestação por rivais.

Embora a participação de mercado isoladamente não signifique que uma firma possua poder de mercado, sua associação com outros fatores pode caracterizar esta condição em uma indústria. Com participação de 69,3% no mercado de cerveja, conjugada a outros fatores já citados, a Ambev indubitavelmente possui poder de mercado neste segmento. Adicionalmente, Pesquisa de Opinião Pública do Ibope realizada em dezembro de 2006 em São Paulo com proprietários e gerentes de bares e restaurantes reforça esta conclusão.

Restou demonstrado claramente o poder de mercado de mercado da Ambev. Pode-se perceber que suas marcas, Skol, Brahma, Antarctica e outras marcas da Ambev possuem uma penetração bastante elevada nos PDVs. Suas três principais marcas podem ser encontradas em pelo menos 79% dos estabelecimentos pesquisados, sendo que a cerveja Brahma está presente em 97%, o que significa que os bares e restaurantes não podem prescindir dos produtos Ambev em razão do seu poder de mercado. Por meio do programa Tô Contigo a Ambev consegue induzir os estabelecimentos a não oferecerem outras marcas, pois há incentivos para que os estabelecimentos concentrem toda a sua demanda em marcas da Ambev. Os rivais tem seus custos elevados devido à necessidade de maiores investimentos em comercialização e marketing, tendo como consequência direta a redução de competitividade até mesmo para rivais eficientes, já que a demanda se torna mais rígida e tende a tornar-se inelástica.

Dentre as marcas de cerveja concorrentes nenhuma consegue chegar sequer aos 50% de penetração nos estabelecimentos, sendo a Kaiser a marca que obteve maior participação, com presença em 47% do universo abrangido pela pesquisa.

Percebe-se que as condições que contribuem fortemente para que as empresas utilizem contratos de exclusividade como forma de exclusão, impedimento à entrada ou limitação do acesso de rivais mais eficientes estão presentes no caso em tela.

A não-linearidade de preços, com a presença de uma empresa líder detentora de 70% do mercado, gera a necessidade de concessão de descontos pelos rivais muito superiores aqueles concedidos pela firma dominante, provocando uma assimetria no mercado deixando em desvantagens até mesmo competidores igualmente eficientes.

O poder de mercado da Ambev não permite que os estabelecimentos deixem de oferecer suas marcas. O programa Tô Contigo funciona, então, como um incentivo para que os PDVs concentrem toda a sua demanda em produtos da Ambev, assim, a consequência é novamente o aumento de custos dos rivais, que necessitam incrementar seu gasto em marketing e conceder descontos além daqueles oferecidos pela firma dominante, e têm sua capacidade de contestação do mercado reduzida.

CONCLUSÕES FINAIS

Por todo o exposto, considerou-se estar devidamente provado nos autos que o Programa Tô Contigo constituía um programa de descontos não-linear, carreado por empresa com posição dominante no mercado de cervejas.

A não-linearidade do programa restou devidamente provada na exigência de exclusividade ou na imposição de limites de compra de cervejas concorrentes (exigência de um *share* Ambev de 90%), demonstrada não somente nos documentos copiados durante a inspeção realizada na sede da Ambev, mas também nos depoimentos de PDVs juntados os autos e, por fim, na pesquisa de campo encomendada ao Instituto Ibope.

Não se tratava de imposição de exclusividade de vendas ou de limitação de compras de produtos concorrentes por meio de qualquer forma de coerção, mas da estrutura de benefícios e dos requisitos de participação do Programa Tô Contigo.

Da não-linearidade do Programa decorreu que a oferta de descontos e/ou prêmios vinculados requeria dos competidores descontos sensivelmente maiores que os ofertados pela empresa líder para re-estabelecer as condições iniciais do mercado e recuperar a participação perdida.

Nesse sentido, o *Paper DG-COMP* sugere observar as características de mercado e as características do desconto para analisar o possível efeito progressivo de fechamento de mercado e a criação a barreiras à entrada. Foi o que se tentou fazer.

No entanto, o valor real dos descontos necessários não pode ser calculado porque, além dos descontos de premiação do Programa Tô Contigo, existiam mecanismos adicionais de fidelização, como exposto acima. Assim, não é possível calcular os preços efetivos aplicados a cada um dos PDVs nem os preços médios efetivamente cobrados.

Nesse sentido, seguindo o raciocínio da Comissão Europeia, mesmo que o preço efetivo das cervejas adicionais compradas pelo PDV como exigência do programa estivesse acima do custo médio total (CMT), poderia haver possibilidade de fechamento do PDV e de criação de barreiras, caso houvesse certas vantagens não replicáveis ou se o sistema de descontos pudesse excluir entrantes que poderiam ajudar a melhorar a situação competitiva no mercado. Nessa situação, a AMBEV *poderia impedir ou eliminar concorrentes usando descontos enquanto que o preço efetivo continuava acima de seu CMT*. Esse desequilíbrio é tanto maior quanto maior for a assimetria de porte das empresas envolvidas, precisamente a situação do mercado de cervejas no país. Tais vantagens não replicáveis são claras quando se observa o portfólio de marcas e a rede de distribuição da AmBev.

Como demonstrado, políticas desse tipo proporcionam reduções no grau de contestação do mercado *downstream* (a jusante) por parte das demais empresas cervejeiras, com prejuízos à livre concorrência (e possíveis aumentos de preço ao consumidor final) ou, em um caso potencialmente mais agudo, a saída de competidores igualmente competitivos e/ou eficientes do mercado *upstream* (a montante).

Considerando o foco do Programa, as partes mais hipossuficientes da cadeia de cerveja, os consumidores, eram os mais prejudicados, principalmente aqueles que habitam as periferias das grandes cidades e que consomem o seu produto em pequenos PDVs, alvos das práticas da AMBEV. Não teriam eles a variedade, tampouco os preços desejados.

A criação de barreiras à entrada por meio do exercício de posição dominante ficou mais evidente quando se aliou que o programa focava os PDVs adimplentes e excluía os inadimplentes, o que *a priori* seria justificável, mas diante do quadro geral observado, reforçava a estratégia de aumento do custo dos rivais, que só teriam à disposição os maus pagadores.

O *Paper DG-COMP* ressalta os problemas anticoncorrenciais caso a empresa dominante não aplique o sistema de descontos de modo uniforme, mas apenas seletivamente para uns e não para outros. De fato, está constatado que os compradores selecionados são particularmente importantes para as possibilidades de entrada e expansão dos competidores por meio da focalização.

Contatou-se que o Programa Tô Contigo não era implementado de forma uniforme junto aos PDVs, podendo ser flexibilizado em suas exigências para a adesão (exclusividade de vendas ou *share* Ambev mínimo de 90% etc.), em função do perfil do ponto de venda etc. Esse fator de não-uniformidade também dificultava o seu monitoramento pela autoridade antitruste.

A estratégia de seleção era, de fato, totalmente coerente com a “lógica anticoncorrencial” do programa Tô Contigo e de seu tamanho. Assim, não se considerou como argumento válido a alegação de que o alcance do programa não seria expressivo (20% do volume), pois seriam pontos estrategicamente selecionados, por meio de focalização específica e critérios de execução obscuros.

Além disso, a jurisprudência europeia citada encaminha-se no sentido de considerar programas similares ao da AMBEV como infrações à ordem comunitária devido às características apontadas⁶. As decisões da Comissão Europeia nos casos *Michelin*, *Coca-Cola* e *Intel* mostram que há pontos de contato com o Programa “Tô Contigo”, pois as condutas proibidas e condenadas praticadas *in casu* pela AmBev foram: (i) exigência de exclusividade; (ii) descontos vinculados a metas de compras; (iii) exigência de volume mínimo ou percentual das provisões do PDV.

Ainda que não houvesse explicitamente desconto por *performance* passada e que as regras de saída por parte do PDV fossem claras, os volumes históricos e a adimplência do PDV eram levados em conta para selecionar os “aptos” a participar do programa e não havia critérios explícitos para as exclusões por invasão.

Ressalte-se que não é produtor alegar que o Programa TC não teve como efeito aumentar o *market share* da AMBEV. Era sempre possível que tivesse por efeito conter ou evitar o aumento substancial do *market share* de rivais mais eficientes.

De todo modo, eram volumes regionais bastante significativos que deviam ser somados aos contratos de exclusividade formais celebrados pela Representada para avaliar a dimensão do mercado de fato não-contestada, ainda que não se comprovasse o efetivo fechamento do mercado *downstream*. Era necessário somar o valor pela razão simples de que tais PDVs já exclusivos não precisavam mais ser alvo do Tô Contigo, pois já tinham sido conquistados pela AMBEV e ofereciam menos resistência.

No entanto, para haver efeitos anticompetitivos, não era necessário que ocorresse a prática de fechamento de mercado⁷; bastava que se constatasse a não-linearidade em programa de empresa em posição dominante.

Por fim, ressalte-se que o tamanho do Programa Tô Contigo era totalmente determinado pela própria Representada e seu potencial de

6 A AMBEV adota a estratégia de dizer que as características das condutas não se enquadram nos precedente jurisprudenciais americanos e europeus. Esquivam-se quando citam precedentes de forma seletiva, quando fazem crer que não há oposição entre as práticas da União Europeia e dos EUA e quando caracterizam o programa pelos seus aspectos formais, não pela sua aplicação prática. Isto é, os pareceres jurídicos estrangeiros apresentados só têm relevância quando se adotam as hipóteses por eles mesmos definidas.

7 A SDE expressou a preocupação de que a negociação sistemática de contratos de exclusividade de vendas em mercados locais com as características verificadas no setor de cervejas traga, ainda que potencialmente, a redução na concorrência em diferentes mercados *downstream* através de uma estratégia de formação de *clusters* de venda exclusivos Ambev. E, por conseguinte, uma elevação potencial de preços relativos nesse mercado. No entanto, para a SDE embora as condições potenciais para essa sistemática se coadunem com a execução do Programa Tô Contigo e a Representada tenha consciência da potencial elevação de barreiras à entrada que tal prática pode ter, não se verificou *in loco* a estratégia de *clusterização* por parte da Representada que corrobore a suspeita.

expansão era significativo. Por exemplo, a análise dos dados constantes dos autos indicava um crescimento vertiginoso das adesões ao Programa Tô Contigo no ano de 2004 e uma estagnação a partir do ano de 2005, voltando a crescer em 2006. Em outras palavras, para a Representada, caso não houvesse atuação das autoridades antitruste, seria mais do que lucrativo ampliar tal programa para atingir em vez de 20 % do volume nacional, 40, 50 ou 60% do volume de todos os PDVs em território nacional. Ou seja, tal programa da forma como foi executado não poderia persistir pois traria danos irreversíveis à concorrência.

Em conclusão, a decisão sobre para quem oferecer filiação (ou desfiliação) era da Representada; o alcance e as condições do programa eram de difícil verificação e comprovação *in loco* por parte da autoridade antitruste. Por isso, o Programa Tô Contigo possuía potencial de arrefecimento da concorrência, fechamento de mercado e de elevação artificial dos custos de rivais.

O art. 20 da Lei 8.884/94 pune a potencialidade de efeitos dos seus incisos mesmo que não sejam produzidos; vejamos:

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

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

[...]

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A expressão “independente de culpa” mostra que estamos na esfera da responsabilidade objetiva, em outra palavras, a empresa, ao atuar no mercado, responde pelas consequências anticompetitivas perversas de suas ações, principalmente quando está em posição dominante.

Ora, o agente econômico, maximizador de lucros e minimizador de riscos, vai gastar tempo e recursos para diminuir o risco de produção de tais consequências (como em consultorias ambientais). Do mesmo modo, devem as empresas buscar consultoria antitruste que afirme que a partir de tal ação não é possível a produção de efeitos anticompetitivos. Destaque-se que a AMBEV tentou fazê-lo com a contratação de consultores para desenhar e avaliar seu programa de fidelidade. No entanto, a AMBEV esqueceu-se de avisar a tais consultores que, na mecânica de execução do programa, havia a contrapartida seletiva e não sistemática da exclusividade ou de *share* de 90%.

A análise econômica demonstrou os efeitos anticompetitivos potenciais e provou que eles são possíveis de ocorrer. De fato, os pareceres econômicos serviram para indicar o potencial de produção de efeitos. A possibilidade trata de algo que não é impossível de ocorrer e a prova da intenção apenas reforça que tais efeitos são possíveis.

Analisando-se os documentos da inspeção, têm-se prova cabal de que havia a intenção de produzir os efeitos de limitação e falseamento da concorrência pela criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes nos PDVs e nos mercados. De fato, ninguém melhor do que a própria AMBEV para saber quais ações excluiriam ou não os seus concorrentes.

De fato, o modo de execução do Tô Contigo teve o condão de *limitar e prejudicar a livre concorrência* de rivais tão eficientes quanto à AMBEV, com o que se concluiu ter a conduta o potencial de produzir os efeitos do inc. I do art. 20, da Lei n. 8.884/94.

Ainda, aos detentores de posição dominante, como a AMBEV, estão proibidas condutas que constituam abuso. Como visto, a AMBEV excedeu-se a dotar um programa não linear de preços junto aos PDVs. O risco de que condenações com essa punam condutas concorrencialmente agressivas e, portanto, positivas, é bastante mitigado. A Representada, atuante há anos no mercado brasileiro, sempre trabalhou no limite da agressividade/ilicitude.

O mercado tende a ficar um pouco mais disciplinado com definição dos limites por parte deste CADE. A condenação deve propiciar um aumento do monitoramento do nível de agressividade das condutas por parte dos administradores privados. Assim, a conduta trouxe como consequência a configuração do *exercício abusivo da posição dominante*, com o que se enquadra no inciso IV do art. 20.

A ação empresarial ultrapassa a esfera privada e interfere na esfera dos interesses difusos. De fato, há excesso da liberdade de contratar entre o PDV e a AMBEV. A funcionalização dos contratos também significa que tais contratos devem ser feitos com vistas aos princípios constitucionais do art. 170 dentre os quais, junto à defesa do consumidor e do meio ambiente, está a livre concorrência.

Tendo em vista o acima exposto, reforçado pelos argumentos econômicos apresentados na seção anterior, condeno a Companhia de Bebidas das Américas por infração do artigo 20, incisos I e IV, combinados com o art. 21 incisos IV, V e VI todos da Lei 8.884/94.

Assim, aplicando-se o percentual de condenação de 2%, o total da multa corrigida foi de R\$ 352.693.696,58, além da aplicação da sanção de publicação em jornal de grande circulação e da inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

NOTA TÉCNICA - PROCADE

DA POSSIBILIDADE DE CONSULTA DOS AUTOS
DE PROCESSO CONFIDENCIAIS POR TERCEIROS
APÓS CINCO ANOS DO ARQUIVAMENTO

Leonardo Sousa de Andrade

ASSUNTO: Artigo 172 do Regimento Interno do CADE.

I – RELATÓRIO

1. 1 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), em conformidade com o artigo 172 de seu Regimento Interno, resolveu tornar acessíveis, ao público em geral, os autos dos procedimentos confidenciais arquivados, desde que houvessem passado cinco anos desde a decisão final proferida em tais procedimentos.

2. 2 No dia 23 de junho de 2009, o CADE divulgou, em sua página na rede mundial de computadores – *internet* (www.cade.gov.br), a relação de todos os procedimentos que seriam disponibilizados para consulta pública, dando às partes oportunidade de manifestar, dentro de trinta dias, seu interesse na manutenção do sigilo de informações constantes dos autos de alguns destes procedimentos.

3. 3 No dia 08 de julho de 2009, o INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC requereu ao Exmº Sr. PRESIDENTE DO CADE, por meio de correio eletrônico (*e-mail*), que esta autarquia federal suspendesse, desde logo, a divulgação das informações confidenciais constantes dos autos dos procedimentos arquivados e, futuramente, revisasse o artigo 172 do Regimento Interno, apresentando os seguintes argumentos:

- a. Uma vez encerradas as relações existentes entre clientes e advogados, é natural que uns percam contato com os outros, de modo que os advogados têm, muitas vezes, dificuldade em localizar os antigos clientes depois de cinco anos, a fim de perguntar-lhes se eles possuem ou não interesse na manutenção do sigilo das informações confidenciais que constam dos autos dos procedimentos arquivados.
 - b. A dificuldade em localizar antigos clientes aumenta quando se trata de sociedade empresária que perdeu a personalidade jurídica, em virtude de fusão ou aquisição.
 - c. Algumas formas de ação, como a colaboração com a autoridade no âmbito de compromisso de cessação de conduta, não podem ser reveladas mesmo após o decurso de cinco anos da decisão do CADE, pois a revelação abrirá a possibilidade de ações contra o empresário ou sociedade empresária que cooperou com a autoridade.
 - d. O segredo industrial ou comercial subsiste, muitas vezes, depois de cinco anos da decisão do CADE.
4. No mesmo dia em que o IBRAC enviou o aludido *e-mail*, o Exmº Sr. PRESIDENTE DO CADE determinou a suspensão da divulgação das informações confidenciais, até ulterior deliberação.
5. Posteriormente, no dia 28 de julho de 2009, a COMISSÃO DE ESTUDOS DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÔMICA DO CONSELHO SECCIONAL DA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ESTADO DE SÃO PAULO (CECORE) manifestou-se contrariamente à disponibilização, ao público em geral, dos autos dos procedimentos confidenciais arquivados.

6. Basicamente, a CECORE sustenta o seguinte:

- a. O artigo 172 do Regimento Interno do CADE — ao fazer menção a “procedimentos confidenciais” — refere-se exclusivamente aos procedimentos que, no passado, tramitavam integralmente sob sigilo no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (como as averiguações preliminares), tendo o CADE, inclusive, realizado sessões reservadas de julgamento para proferir decisões nestes procedimentos. Desse modo, o dispositivo regimental não poderia ser interpretado extensivamente, de maneira a abranger a divulgação de informações sigilosas em processos ou procedimentos públicos.
- b. Os documentos sigilosos que instruem processos públicos e que possuem natureza estratégica para a empresa devem ser definitivamente preservados ou, pelo menos, preservados por prazo suficientemente elevado e bem superior aos cinco ou dez anos contados do arquivamento, para que se tornem inaptos a causar qualquer efeito negativo, principalmente do ponto de vista concorrencial, na esfera jurídica e econômica dos empresários e sociedades empresárias que, um dia, forneceram tais dados.
- c. Ainda que o artigo 23, § 3º, da Lei nº 8.159/1991 não estabeleça um prazo mínimo para o tratamento sigiloso dos documentos que afetam a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, a fixação de um prazo máximo bastante extenso (a saber, cem anos, a contar da data de sua produção) demonstra a intenção da lei em minimizar os efeitos negativos de sua divulgação pública. Qualquer outra interpretação da Lei nº 8.159/1991 alçaria o diploma à condição de inconstitucional. Desse modo, a possibilidade de tornar públicos documentos que comprometem a privacidade e a intimidade de pessoas físicas e jurídicas no exíguo prazo de cinco anos (prorrogável por mais cinco) não está em consonância com os parâmetros determinados pela Lei nº 8.159/1991.
- d. A divulgação da maioria das informações suscetíveis de receber tratamento confidencial pelo SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (como os contratos que tiverem vigência indeterminada ou superior a dez anos; os segredos industriais e comerciais; os detalhes relativos a relações comerciais) poderá prejudicar o interessado no sigilo ou ainda interferir nas relações de concorrência, mesmo com o passar de cinco ou dez anos.

- e. É comum que constem, dos procedimentos administrativos, dados e informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, custos e níveis de produção, participações de mercado, planos de *marketing*, planos de crescimento e política de descontos. Possivelmente com exceção dos preços que vigoravam na época em que foi instaurado o procedimento e dos preços que se referiam aos cinco anos futuros, os demais dados e informações comercialmente sensíveis, constantes do procedimento, deverão ser mantidos em sigilo depois de cinco anos, pois a divulgação destes dados, ainda que históricos, aumentará o risco de colusão.
- f. A decisão de tornar públicas as informações confidenciais, constantes de centenas de procedimentos findos, surpreendeu as partes, advogados e consultores e criou uma insegurança jurídica.
- g. A divulgação de dados e informações confidenciais (especialmente a escrituração mercantil, o faturamento, a situação econômico-financeira, os valores pagos e os pormenores dos contratos) traria, para a comunidade acadêmica e para a sociedade, benefícios desproporcionalmente inferiores aos custos gerados. Aos estudiosos das decisões do CADE, já é possível ter uma boa compreensão das orientações adotadas e dos argumentos acolhidos e rejeitados em cada caso, bem como avaliar a efetividade das decisões e os efeitos alcançados (ou não) pelos remédios, sem que haja necessidade de divulgação de dados e informações confidenciais dos administrados para que haja aprimoramento do conhecimento científico.
- h. Não é adequado divulgar, apenas na página do CADE na rede mundial de computadores – *internet*, a lista de procedimentos cujos autos serão disponibilizados para consulta pública na página do CADE. O artigo 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº 9.784/1999 exige a divulgação oficial dos atos administrativos — o que sugere, no mínimo, publicação no Diário Oficial ou intimação pessoal de cada um dos administrados que possam ser atingidos pelo ato administrativo. Além disso, não se pode esperar que advogados constituídos para cuidar de procedimentos findos há mais de cinco anos continuem mandatários das pessoas físicas ou jurídicas que participaram dos procedimentos, pois, em regra, seus mandatos cessam com o arquivamento de tais procedimentos. Sendo assim, não lhes cabe localizar seus antigos clientes, para comunicá-los que eles deverão manifestar seu interesse na manutenção do sigilo de dados e informações constantes dos autos dos procedimentos que figuram na lista divulgada na página do CADE.

7. O Exm^o Sr. PRESIDENTE DO CADE encaminhou o requerimento formulado pelo IBRAC e a manifestação da CECORE para esta PROCURADORIA FEDERAL, a fim de que emitisse parecer a respeito.

8. É o relatório. Passa-se, agora, à análise.

II – ANÁLISE

A) DA PUBLICIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO E DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE ARQUIVOS, CADASTROS, BANCOS DE DADOS E REGISTROS ADMINISTRATIVOS

9. Provavelmente com o objetivo de evitar alguns desmandos que ocorriam na época da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 buscou conferir a maior *transparência* possível aos atos do Poder Público, bem como a máxima *publicidade* às informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados ou registros administrativos.

10. Esta preocupação permeia o texto constitucional. Por exemplo:

- a. o artigo 5º, inciso XXXIII, consagra o direito de receber, dos órgãos públicos, informações de interesse particular de determinada pessoa ou de interesse coletivo ou geral, a serem prestadas no prazo que a lei estipular;
- b. o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘b’, consagra o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- c. o artigo 5º, inciso LX, e o artigo 93, inciso IX¹, estabelecem que os atos processuais e os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão, em regra, públicos;
- d. o artigo 5º, inciso LXII, prevê que a concessão do *habeas data* assegura “o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”; e
- e. o *caput* do artigo 37 da Carta Magna colocou a publicidade entre os princípios orientadores da Administração Pública, ao passo que o inciso II do § 3º do mesmo artigo² assegurou, aos administrados, o acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

11. Todavia, o próprio diploma constitucional indica que a divulgação *irrestrita* de todos os atos do Poder Público e de todas as informações constantes dos arquivos, bancos de dados e registros administrativos poderia colocar em risco outros valores fundamentais.

12. Tanto é verdade que:

- a. do conjunto de informações que se teria direito de receber dos órgãos públicos, o artigo 5º, inciso XXXIII, exclui aquelas cujo sigilo seja imprescindível à *segurança da sociedade e do Estado*;

1 Este inciso teve a redação modificada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

2 Este inciso foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

- b. o artigo 5º, inciso LX, autoriza a lei a restringir a publicidade dos atos processuais quando a *defesa da intimidade* ou o *interesse social* o exigirem;
 - c. o artigo 93, inciso IX, permite que a lei limite a presença, em determinados atos processuais, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a *preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo* não prejudique o interesse público à informação;
 - d. ao condicionar o acesso dos administrados a registros administrativos e a informações sobre atos de governo à observância do disposto nos incisos X e XXXIII do artigo 5º, quis o artigo 37, § 3º, inciso II, dizer que os registros administrativos e as informações sobre atos de governo só serão disponibilizados ao público em geral, desde que a publicidade não ofenda a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem das pessoas*, nem prejudique a *segurança da sociedade e do Estado*.
13. Observa-se que os quatro dispositivos constitucionais acima citados admitem *limitações* ou *restrições* à divulgação dos atos do Poder Público e das informações constantes dos arquivos, bancos de dados e registros administrativos, quando tal divulgação tiver o condão de sacrificar outros valores fundamentais.
14. Entre tais valores fundamentais, destaca-se a *preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas* (presente em três dos quatro dispositivos citados).

B) DO ARTIGO 172 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO QUE REGE O FORNECIMENTO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE PARTICULAR OU DE INTERESSE COLETIVO E GERAL

15. Mencionou-se que o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 consagra o direito de todos a receber, dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, excetuadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
16. Ao instituir a política nacional de arquivos públicos, a Lei nº 8.159/1991 procurou dar efetividade ao aludido dispositivo constitucional.
17. Com efeito, o artigo 4º desta lei praticamente reproduziu o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988.
18. Entretanto, do conjunto de informações que se tem direito de receber, contidas em documentos dos arquivos públicos, o artigo 4º da Lei nº 8.159/1991 não excluiu somente aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, mas também aquelas cujo sigilo seja indispensável para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (declaradas invioláveis pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988):

Art. 4º Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.*

19. Na tentativa de conciliar a necessidade de divulgação das informações constantes de arquivos públicos com a necessidade de preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, a Lei nº 8.159/1991 estabeleceu um prazo máximo de cem anos, ao término do qual o sigilo seria quebrado. Confira-se, a propósito, o artigo 23, § 3º, desta lei:

Art. 23 [...]

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um *prazo máximo de 100 (cem) anos*, a contar da sua data de produção.

20. A Lei nº 11.111/2005 (que regulamentou o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988) deixou intocado o aludido prazo máximo de cem anos, conforme se depreende do parágrafo único de seu artigo 7º, *in fine*:

Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, *no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.*

21. O fundamento de um prazo tão dilatado é que dificilmente a divulgação de informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados ou registros administrativos provocará danos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de determinada pessoa, depois de passado um século.

22. Todavia, no momento em que estabeleceu um *prazo máximo*, o artigo 23, § 3º, da Lei nº 8.159/1991 tornou possível a *redução* do lapso temporal pela Administração Pública.

23. Foi o que fez o artigo 7º, inciso III, do Decreto nº 4.553/2002:

Art. 7º Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes:

I - ultra-secreto: máximo de trinta anos;

II - secreto: máximo de vinte anos;

III - *confidencial*: máximo de dez anos; e

IV - reservado: máximo de cinco anos.

Parágrafo único. Os prazos de classificação poderão ser prorrogados uma vez, por igual período, pela autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre a matéria.

24. É bom ressaltar que, dentre as categorias previstas pelo Decreto nº 4.553/2002, as informações que dizem respeito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas são, em regra, classificáveis como *confidenciais*. Desse modo, o mencionado decreto reduziu o prazo de manutenção do sigilo de tais informações para o *máximo* de vinte anos (dez anos prorrogáveis, uma única vez, por igual período).

25. Como o Decreto nº 4.553/2002 igualmente fixou um prazo máximo, propiciou uma nova diminuição do lapso temporal pela Administração Pública.

26. O artigo 172 do Regimento Interno do CADE efetuou, então, uma redução para cinco anos, prorrogáveis, uma única vez, por igual período, a requerimento das partes:

Art. 172. Os autos dos procedimentos *confidenciais* arquivados estarão disponíveis para consulta pública após 05 (cinco) anos da decisão final do CADE.

§ 1º Anualmente, o CADE colocará em seu sítio (www.cade.gov.br) a lista de procedimentos que estarão disponíveis para consulta pública, bem como as informações para fins de consultas acadêmicas.

§ 2º Divulgada a relação, as partes legitimadas no procedimento objeto da mesma que queiram manter a *confidencialidade* anteriormente decretada, deverão, no prazo de 30 (trinta) dias da inclusão no sítio, requerer à Presidência, pelo mesmo período de 05 (cinco) anos, a manutenção do status quo, nos termos do Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.

§ 3º Findo o prazo estipulado no parágrafo anterior, serão disponibilizados os procedimentos elencados na referida lista.

27. A fim de verificar se o acesso, por *quisque de populo*, aos autos dos procedimentos administrativos que contenham informações *confidenciais*, depois de cinco anos do encerramento do procedimento, ofende a *intimidade* e a *vida privada das pessoas*, convém esclarecer, primeiramente, o que faria parte da esfera recôndita e indevassável de determinado agente econômico.

C) DA ABRANGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA (ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

28. Quando se fala em intimidade e privacidade, vem à mente, em primeiro lugar, a vivência de certo *indivíduo* com a família, com o cônjuge e com os amigos, em locais que não são acessíveis, nem expostos ao público em geral; ou ainda a suas condutas, ocupações e atividades em ambientes fechados ou isolados, fora dos olhares alheios.

29. Sucede que a intimidade e a privacidade (de que trata o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988) são muito mais amplas do que isso.

30. De ordinário, entende-se que este dispositivo constitucional protege, ao máximo, da exposição pública todos os assuntos de trato íntimo que tenham aptidão para modificar a reputação de determinada *pessoa (física ou jurídica)* ou para provocar-lhe qualquer constrangimento ou embaraço, não apenas em seus relacionamentos familiares ou afetivos, mas também laborais, profissionais e mercantis.

31. No que concerne aos indivíduos, esta noção ampla de intimidade e privacidade implica tornar recônditas — na medida do indispensável — as informações como sua situação patrimonial; o valor de sua remuneração, rendimentos ou proventos; o montante de seus débitos e de suas movimentações financeiras e creditícias.

32. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, às pessoas jurídicas: em virtude desta noção ampla de intimidade e privacidade, devem permanecer inacessíveis a *quisque de populo* — mais uma vez, na medida do indispensável — informações como sua situação patrimonial; seu faturamento ou receita bruta; o montante de seus débitos, de suas movimentações financeiras e creditícias; e seus resultados econômicos (lucros e prejuízos).

33. Não foi à toa que o artigo 198 do Código Tributário Nacional impôs, à Fazenda Pública e a seus servidores, o dever de guardar sigilo acerca da situação econômica ou financeira de determinada pessoa e acerca da natureza e do estado de seus negócios ou atividades. Conforme entendeu a Segunda Turma do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o *sigilo fiscal* é um “desdobramento do direito à intimidade e à vida privada”³.

34. Tampouco foi à toa que o artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001 estabeleceu que as instituições financeiras deveriam conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados a terceiros. Mais uma vez, a Segunda Turma do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pronunciou-se no sentido de que o sigilo bancário é uma “espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988”⁴.

35. Por conseguinte, se os arquivos e registros administrativos contiverem informações relativas à situação econômico-financeira de determinada pessoa, à natureza e ao estado de seus negócios ou atividades e a suas movimentações bancárias e creditícias, convém evitar, ao máximo, dar-lhes publicidade sem o consentimento daquela pessoa (ou, talvez, sem o transcurso de um intervalo de tempo considerável).

3 Cf. o voto proferido pela Exmª Ministra ELLEN GRACIE, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.654/PR.

4 Cf. a ementa do acórdão proferido por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 655.298/SP (cujo relator foi o Exmº Sr. Ministro EROS GRAU).

36. Afinal, estas informações constituem parte de sua *intimidade* e de sua *vida privada* (a tal ponto que mereceram um tratamento especial da legislação que rege a Administração tributária e da que rege as instituições financeiras).

37. Não são, todavia, apenas as informações sujeitas a sigilo fiscal ou bancário que têm de ser, na medida do indispensável, mantidas fora do alcance da curiosidade e indiscrição alheias.

38. No que atine aos empresários e sociedades empresárias, variadas informações devem permanecer recônditas, para que o empreendimento se mostre econômica e financeiramente viável e tenha condições de disputar mercado com os concorrentes.

39. Um exemplo seria o conjunto de fórmulas, técnicas, melhoramentos ou processos industriais que podem ser empregados para facilitar o fabrico de um produto ou aumentar sua utilidade industrial, sem serem de domínio público, nem evidentes a um especialista. Outros exemplos seriam a lista de clientes e fornecedores, os custos de produção, as estratégias de *marketing*, a formação dos preços e o volume de vendas.

40. Trata-se de informações cujo conhecimento coloca, sem dúvida, um empresário ou uma sociedade empresária em vantagem competitiva em relação aos concorrentes que não as possuem — o que justifica sua manutenção em segredo.

41. Este segredo é chamado de *sigilo empresarial*, e sua violação poderá caracterizar crime de concorrência desleal (artigo 195, inciso XI e XII, da Lei nº 9.279/1996) ou crime falimentar (artigo 169 da Lei nº 11.101/2005).

42. As informações de natureza industrial ou comercial, cujo conhecimento coloca um empresário ou uma sociedade empresária em vantagem competitiva sobre seus concorrentes, também constituem parte da intimidade e da vida privada destes agentes econômicos e, conseqüentemente, deverão ficar — na medida do indispensável — distantes dos olhos do público em geral.

43. À luz desta concepção ampla do direito fundamental à intimidade e privacidade, deve-se averiguar quais informações, suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, fazem parte da esfera recôndita e indevassável dos agentes econômicos.

44. Nos termos do artigo 26 da Portaria nº 04/2006 do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, do artigo 4º da Portaria nº 46/2006 da SEAE e do artigo 44 do Regimento Interno do CADE, poderá ser concedido tratamento confidencial a autos de procedimentos, documentos e objetos que contenham, dentre outras, informações relativas a:

- a. escrituração mercantil;
- b. situação econômico-financeira de empresa;
- c. sigilo fiscal ou bancário;
- d. segredos de empresa;

- e. processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos;
 - f. faturamento do requerente ou do grupo a que pertença;
 - g. data, valor da operação e forma de pagamento;
 - h. documentos que formalizam o ato de concentração notificado;
 - i. último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público;
 - j. valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras;
 - k. clientes e fornecedores;
 - l. capacidade instalada;
 - m. custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços.
45. Analisando-se as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, constata-se que, não por acaso, quase todas estas informações estão abrigadas, em outras esferas, pelo manto do sigilo fiscal, bancário e empresarial — circunstância que indica que elas fazem parte da esfera recôndita e indevassável do agente econômico a que se referem.
46. Dessa maneira, é o caso de investigar se tais informações poderiam ser divulgadas sem o consentimento da pessoa a quem se referem, depois do transcurso de um determinado período. Se a resposta for afirmativa, deve-se indagar se o transcurso de um quinquênio é suficiente para tornar mínimos os danos que a disponibilização de tais informações ao público em geral poderá ocasionar à intimidade e à vida privada dos agentes econômicos a quem dizem respeito.

D) DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE DIVULGAÇÃO DE UMA INFORMAÇÃO QUE RECEBEU TRATAMENTO CONFIDENCIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

47. Conforme se viu anteriormente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de um interesse coletivo à informação — o qual se manifesta na exigência de que se dê a maior publicidade possível aos atos do Poder Público e às informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados e registros administrativos.
48. Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em resguardar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, coibindo o acesso, por *quisque de populo*, a informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados e registros administrativos, sempre que a divulgação destas informações ameaçasse a esfera recôndita e indevassável de uma ou mais pessoas.
49. Também se viu que, na tentativa de conciliar a necessidade de divulgação das informações constantes de arquivos públicos com a necessidade de preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, a Lei nº 8.159/1991 estabeleceu um prazo máximo de cem anos, ao término do qual o sigilo seria quebrado.

50. Ao fixar um prazo máximo de cem anos, a lei tentou, de um lado, resguardar, da curiosidade e indiscrição alheias, a esfera recôndita e indevassável de uma ou mais pessoas, criando uma presunção de que, após o *decurso de um intervalo de tempo considerável*, a divulgação de determinada informação dificilmente provocaria danos significativos à intimidade, à vida privada, à imagem ou à honra das pessoas a quem a informação se refere.

51. De outro, a lei assegurou que o sigilo não seria perpétuo, propiciando que as gerações presentes ou futuras tivessem acesso a determinada informação, *logo que* o sigilo não mais fosse imprescindível para a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de uma ou mais pessoas.

52. Existem, porém, algumas informações que, embora constem de cadastros, bancos de dados e registros administrativos, jamais são disponibilizadas ao público em geral, mesmo após o transcurso de um intervalo de tempo considerável.

53. É o caso das informações que a Fazenda Pública detém acerca da situação econômica ou financeira de determinada pessoa e acerca da natureza e do estado de seus negócios ou atividades. O Código Tributário Nacional não prevê a extinção do sigilo fiscal após o transcurso de um intervalo de tempo considerável, sem que se cogite a existência de eventual lacuna na legislação.

54. Saindo da esfera da Administração Pública, observa-se que a legislação que rege as instituições financeiras igualmente não prevê a extinção do sigilo bancário depois do transcurso de um intervalo de tempo considerável. Mais uma vez, não se conhece alguém que sustente a existência de eventual lacuna na legislação.

55. Observa-se, igualmente, que o sigilo empresarial não se extingue em razão do decurso de certo período. Os crimes relativos à violação do sigilo empresarial (seja os previstos pelos incisos XI e XII do artigo 195 da Lei nº 9.279/1996, seja o previsto pelo artigo 169 da Lei nº 11.101/2005) não são descaracterizados, em virtude de ter a informação sigilosa sido obtida muito tempo antes de sua divulgação, exploração ou utilização (ações nucleares dos tipos penais).

56. Tendo em vista que as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA estão, em outras esferas, submetidas a sigilo fiscal, bancário e empresarial, não há, *a priori*, motivo para divulgá-las, mesmo após o decurso de um intervalo de tempo considerável.

57. Afinal, o sigilo fiscal, o bancário e o empresarial são perpétuos, sem que esta perpetuidade gere questionamentos quanto a eventual violação ao interesse coletivo à informação.

58. Por esta razão, o CADE deveria evitar a divulgação dos autos de procedimentos que contenham informações confidenciais dos

agentes econômicos, tornando perpétuo o sigilo que recai sobre tais informações (tal como sugeriu a CECORE). Ou seja, o PLENÁRIO desta autarquia federal deveria avaliar a conveniência e oportunidade de revogar o artigo 172 do Regimento Interno.

E) DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO PRAZO QÜINQUÊNAL PREVISTO PELO ARTIGO 172 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE

59. Caso se entenda que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), convém analisar se o qüinquênio fixado pelo artigo 172 do Regimento Interno do CADE minimiza os danos que a disponibilização de tais informações a *quisque de populo* poderá provocar à intimidade e à vida privada dos agentes econômicos a quem dizem respeito.

60. Ao fixar em cinco anos (prorrogáveis, uma única vez, por igual período, a requerimento das partes) o prazo de divulgação das informações mantidas, até então, sob sigilo, o PLENÁRIO DO CADE aparentemente não ultrapassou, no exercício de sua competência regulamentar, a *margem de discricção* que lhe foi conferida pela Lei nº 8.159/1991, pela Lei nº 11.111/2005 e pelo Decreto nº 4.553/2002.

61. Afinal, as mencionadas leis estabeleceram um prazo *máximo* de cem anos para a quebra do sigilo de documentos que contenham informações referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, ao passo que o decreto, conquanto tenha reduzido o lapso temporal previsto pelas leis, acabou por fixar um prazo *máximo* de dez anos, prorrogáveis, uma única vez, por igual período.

62. Ocorre que a discricionariedade não implica total liberdade para a Administração Pública.

63. Sempre que uma lei confere uma margem de discricção a um determinado órgão ou entidade da Administração Pública, pretende-se que este órgão ou entidade escolha, entre as diversas alternativas possíveis, aquela que melhor propicie, *in concreto*, a consecução da *finalidade* almejada pela lei.

64. Consoante se explanou acima, a Lei nº 8.159/1991 procurou conciliar o interesse coletivo à informação com a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

65. Ao fixar o prazo máximo de cem anos, a lei assegurou, de um lado, que o sigilo não seria perpétuo (ou seja, evitou um sacrifício desmedido do interesse coletivo à informação) e, de outro, pressupôs que a divulgação de determinada informação, após o decurso de um intervalo de tempo considerável, dificilmente provocaria danos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas a quem a informação se refere (isto é, evitou

um sacrifício desmedido do direito fundamental consagrado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

66. Desse modo, o PLENÁRIO DO CADE, quando previu um prazo para a cessação do sigilo das informações constantes dos autos dos procedimentos arquivados, deveria ter procurado conciliar — da maneira que melhor se adequasse à realidade do ambiente onde são travadas as relações concorrenciais — o interesse coletivo à informação com a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos agentes econômicos, sem sacrificar desmedidamente nenhum destes valores.

67. Ocorre que o prazo fixado no artigo 172 do Regimento Interno do CADE coloca em *risco excessivo* o direito fundamental à intimidade e à privacidade dos agentes econômicos.

68. Segundo ressaltou a CECORE, a divulgação da maioria das informações suscetíveis de receber tratamento confidencial pelo SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA — mesmo depois de cinco ou dez anos a contar do encerramento do procedimento — poderá interferir nas relações concorrenciais ou causar prejuízos ao empresário e sociedade empresária a quem estas informações se referem, uma vez que tais informações não perdem, neste intervalo de tempo, sua natureza estratégica, nem deixam de ser comercialmente sensíveis.

69. Além disso, como a CECORE chamou a atenção, alguns contratos são firmados por prazo indeterminado ou vigoram por um período superior a cinco ou dez anos.

70. Sem mencionar que os segredos industriais e comerciais poderão subsistir depois de decorrido o prazo previsto pelo artigo 172 do Regimento Interno do CADE (consoante destacaram o IBRAC e a CECORE).

71. Na medida em que a manutenção do sigilo de determinadas informações por um período exíguo resultará em um sacrifício desmedido da intimidade e da privacidade dos agentes econômicos, tem-se que o PLENÁRIO DO CADE, no exercício de sua competência regulamentar, não escolheu a alternativa que implicaria, simultaneamente, o menor sacrifício dos dois valores que estavam em jogo (o interesse coletivo à informação e a preservação da intimidade e da privacidade dos agentes econômicos).

72. Em outras palavras, o PLENÁRIO DO CADE, na fixação do prazo para cessação do sigilo das informações constantes dos autos dos procedimentos arquivados, não fez a devida ponderação dos valores em jogo e, no momento em que fixou um prazo exíguo, deixou de observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

73. Como se não bastasse, é preciso ter em mente que a possibilidade de divulgação de informações confidenciais servirá de *forte desestímulo* aos agentes econômicos que se propunham a colaborar com o SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Afinal, o agente econômico preferirá pagar a multa cominada pelo artigo 26 da Lei nº 8.884/1994 a fornecer uma informação estratégica que, dentro de cinco ou dez anos, se tornará acessível ao público em geral.

74. Dessa maneira, se o PLENÁRIO DO CADE entender que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), é recomendável que avalie a conveniência e oportunidade de alterar o artigo 172 do Regimento Interno, no intuito de alargar o período ao longo do qual as informações serão mantidas sob sigilo.

F) DA NECESSIDADE DE CIENTIFICAR PESSOALMENTE OS AGENTES ECONÔMICOS DA QUEBRA DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES

75. Antes de encerrar a análise, é bom salientar que a divulgação da relação de procedimentos que seriam disponibilizados para consulta pública, exclusivamente na página do CADE na rede mundial de computadores – *internet*, não constitui um meio idôneo para a comunicação da quebra da confidencialidade, nem para a convocação dos interessados para manifestar, dentro de trinta dias, seu interesse na manutenção do sigilo de informações constantes dos autos de alguns destes procedimentos.

76. Diante da possibilidade de que a divulgação das informações constantes dos autos mantidos, até então, sob sigilo ocasione prejuízos aos agentes econômicos aos quais estas informações se referem, o ideal é cientificar pessoalmente tais agentes econômicos, por um meio que assegure a certeza da ciência do interessado (como a via postal com aviso de recebimento).

III – SÍNTESE CONCLUSIVA

77. Tendo em vista que as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA estão, em outras esferas, submetidas a sigilo fiscal, bancário e empresarial, esta PROCURADORIA FEDERAL entende que o CADE deveria evitar a divulgação dos autos de procedimentos que contenham informações confidenciais dos agentes econômicos, tornando perpétuo o sigilo que recai sobre tais informações.

78. Em decorrência disso, esta PROCURADORIA FEDERAL sugere, ao Plenário do CADE, que avalie a conveniência e oportunidade de revogar o artigo 172 do Regimento Interno.

79. Caso se entenda que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), esta PROCURADORIA FEDERAL recomenda ao PLENÁRIO DO CADE que avalie a conveniência e oportunidade de alterar o artigo 172 do Regimento Interno, no intuito de alargar o período ao longo do qual as informações serão mantidas sob sigilo.

80. Isto porque o prazo atualmente previsto (cinco anos, prorrogáveis, uma única vez, por igual período) coloca em risco excessivo o direito fundamental à intimidade e à vida privada dos agentes econômicos a quem se referem, mostrando-se exíguo, desarrazoado e desproporcional.

81. Como se não bastasse, é preciso ter em mente que a possibilidade de divulgação de informações confidenciais servirá de *forte desestímulo* aos agentes econômicos que se propunham a colaborar com o SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Afinal, o agente econômico preferirá pagar a multa cominada pelo artigo 26 da Lei nº 8.884/1994 a fornecer uma informação estratégica que, dentro de cinco ou dez anos, se tornará acessível ao público em geral.

82. Por fim, esta PROCURADORIA FEDERAL considera que a divulgação da relação de procedimentos que seriam disponibilizados para consulta pública, exclusivamente na página do CADE na rede mundial de computadores – *internet*, não constitui um meio idôneo para a comunicação da quebra da confidencialidade, nem para a convocação dos interessados para manifestar, dentro de trinta dias, seu interesse na manutenção do sigilo de informações constantes dos autos de alguns destes procedimentos.

83. Diante da possibilidade de que a divulgação das informações, até então, confidenciais ocasione prejuízos aos agentes econômicos aos quais estas informações se referem, esta PROCURADORIA FEDERAL aconselha que tais agentes econômicos sejam cientificados pessoalmente, por um meio que assegure a certeza da ciência do interessado (como a via postal com aviso de recebimento).

84. É a nota técnica, que ora se submete à consideração superior.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2009.

LEONARDO SOUSA DE ANDRADE

Procurador Federal
Matrícula nº 1585395

NOTA TÉCNICA - PROCADE

DAS TÉCNICAS REGIMENTAIS PARA
SOLUCIONAR DISPERSÃO DE VOTOS EM
JULGAMENTO DO PLENÁRIO

Leonardo Sousa de Andrade

ASSUNTO: Aplicação do artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

I – RELATÓRIO.

1. Trata-se de consulta sobre a aplicação do artigo 82 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), formulada pelo Exmº Sr. Presidente desta autarquia federal.
2. É o relatório. Passa-se, agora, à análise, com fundamento no artigo 10, inciso I, da Lei nº 8.884/1994.

II – ANÁLISE.

A) NOÇÕES GERAIS SOBRE A DISPERSÃO DE VOTOS, BEM COMO SOBRE AS TÉCNICAS SUGERIDAS PARA REMEDIÁ-LA

3. Quando compete a um órgão colegiado julgar determinado caso, o resultado do julgamento é a conjugação das manifestações individuais dos membros votantes.
4. Caso não se alcance a unanimidade na votação, o pronunciamento do órgão colegiado será, em regra, aquele que houver sido adotado pela maioria dos membros.
5. Verificando-se um empate entre dois posicionamentos discordantes sobre uma determinada questão, freqüentemente se encontra, na lei ou no regimento interno do órgão colegiado, a previsão de que o impasse será resolvido por um dos integrantes (em geral, o presidente). O voto proferido pelo membro incumbido do desempate é chamado de *voto de qualidade* ou de *voto de Minerva*¹.
6. É comum que, até o surgimento do impasse, o membro encarregado de solucioná-lo não tenha participado da votação ou não estivesse autorizado a fazê-lo. No entanto, nada obsta que uma disposição legal ou regimental preveja que o membro incumbido do desempate possa votar novamente, a fim de que um dos posicionamentos atinja a maioria. É o exercício cumulativo do voto de qualidade com o de voto regular.
7. Ao longo do julgamento, também podem surgir, no âmbito do órgão colegiado, três ou mais posicionamentos discrepantes sobre a mesma questão, sem que nenhum deles consiga reunir os votos da maioria dos julgadores presentes (ainda que se lance mão do voto de qualidade).

¹ Esta última expressão remete ao voto de desempate que a deusa grega Palas Atena (conhecida, entre os romanos, como Minerva) proferiu no julgamento do atrida Orestes — um dos episódios da tragédia *As Eumênides*, a última da trilogia *Orestéia*, de autoria de Ésquilo (525 - 456 a.C.).

Como a deusa não havia participado do julgamento até a ocorrência do empate, há quem sustente que a expressão “voto de Minerva” não se aplica aos casos em que a lei ou o regimento interno admite o exercício cumulativo do voto de qualidade com o do voto regular. Trata-se, no entanto, de uma pura questão terminológica, sem maiores repercussões práticas. Afinal, se previsto pela lei, o exercício cumulativo de voto de qualidade com o do voto regular (isto é, a duplicidade de voto de um dos membros do colégio judicante) é válido — conforme decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 966.930/DF.

8. Os franceses denominam tal fenômeno de *partage*, enquanto que os espanhóis o chamam de *discordia*². No Brasil, FREDIE DIDIER JÚNIOR e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA falam em *dispersão de votos*³.

9. A divergência entre os votos dos membros do órgão colegiado pode ser *quantitativa* ou *qualitativa*.

10. Suponha-se que os cinco membros que compõem um órgão colegiado qualquer, embora concordem que a parte deva ser condenada, não entrem em acordo quanto ao valor da condenação: o primeiro membro a proferir voto fixa o valor da condenação em R\$ 200,00 (duzentos reais); o segundo, em R\$ 700,00 (setecentos reais); o terceiro, em R\$ 100,00 (cem reais); o quarto, em R\$ 1.000,00 (mil reais); e o quinto, em R\$ 900,00 (novecentos reais). Eis um exemplo de *divergência quantitativa*.

11. Foram concebidos dois expedientes para remediar as divergências quantitativas: o *sistema da continência* e o *sistema da média aritmética*.

12. Nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o *sistema da continência* consiste em verificar qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha *contida* no menor número de pronunciamentos suficientes para compor a maioria⁴.

13. Primeiramente, é preciso colocar os votos em ordem decrescente, tomando-se como parâmetro os valores constantes de cada um deles. No exemplo anteriormente dado, os votos seriam ordenados da seguinte maneira: R\$ 1.000,00 (mil reais); R\$ 900,00 (novecentos reais); R\$ 700,00 (setecentos reais); R\$ 200,00 (duzentos reais); e R\$ 100,00 (cem reais).

14. Uma vez ordenados os votos, parte-se daquele que indicou a maior quantidade e vai-se descendo na escala, até atingir o número de votos superior à metade do total. No exemplo anteriormente dado, parte-se de R\$ 1.000,00 (mil reais) e vai-se descendo na escala, até chegar ao terceiro voto. Afinal, três é o menor número de votos superior à metade do total.

15. Prevalecerá, então, o *quantum* fixado no último voto necessário para atingir a maioria. No exemplo anteriormente dado, R\$ 700,00 (setecentos reais). Isto porque o julgador que fixou o valor da condenação em R\$ 1.000,00 (mil reais) e o julgador que o fixou em R\$ 900,00 (novecentos reais) não discordam que a parte seja condenada a pagar R\$ 700,00 (setecentos reais).

16. Em outras palavras, se a maioria dos julgadores está de acordo com o *quantum* de R\$ 700,00 (setecentos reais), entende-se por que este é o valor que deverá prevalecer.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 5 (Arts. 476 a 565). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 651; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 347; DIDIER JÚNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3 (Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais). 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 554.

3 Op. cit., p. 554.

4 Op. cit., p. 651.

17. Observe-se que o montante de R\$ 700,00 (setecentos reais) está *contido* no montante de R\$ 900,00 (novecentos reais), bem como no de R\$ 1.000,00 (mil reais). Daí advém o nome do sistema.

18. O *sistema da média aritmética* consiste em somar as quantidades constantes de cada voto e, em seguida, dividir o total pelo número de julgadores. O resultado desta última operação é o valor que deverá prevalecer.

19. No exemplo anteriormente dado, somam-se R\$ 1.000,00 (mil reais), R\$ 900,00 (novecentos reais), R\$ 700,00 (setecentos reais), R\$ 200,00 (duzentos reais) e R\$ 100,00 (cem reais), chegando-se a um total de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais). Em seguida, divide-se o total por cinco (número de membros do órgão colegiado). O resultado desta última operação — a saber, R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais) — é o montante que prevalecerá.

20. Imagine-se, agora, um julgamento ao longo do qual dois dos cinco membros do órgão colegiado votam no sentido de que a parte praticou uma conduta à qual é cominada uma sanção grave; outros dois membros se manifestam no sentido de que a parte praticou uma conduta à qual é cominada uma sanção leve; e o último se pronuncia no sentido de que a parte não praticou uma conduta punível. Eis um exemplo de *divergência qualitativa*.

21. No que concerne às divergências qualitativas, três foram as técnicas propostas para o impasse: o *sistema da supervotação*, o *sistema da opção coata* e o *sistema da exclusão*.

22. Segundo o *sistema da supervotação*, convocam-se membros de outros órgãos colegiados para participarem do julgamento, em número suficiente para solucionar o impasse⁵.

23. Consoante o *sistema da opção coata*, procede-se a uma nova votação, e, na persistência do impasse, os julgadores adeptos dos posicionamentos menos votados são obrigados a aderir a uma das correntes mais numerosas, a fim de que uma destas se torne majoritária⁶.

24. De acordo com o *sistema da exclusão*, põe-se em votação, entre todos os posicionamentos discordantes, apenas dois, escolhidos aleatoriamente. Exclui-se o que for vencido e procede-se a uma nova votação entre outro posicionamento e aquele que se sagrou vencedor na primeira votação. Repete-se tal procedimento sucessivamente, até que só restem dois posicionamentos discrepantes. Faz-se, então, a última votação, prevalecendo o posicionamento que reunir o maior número de votos⁷.

25. À minguia de uma disposição legal genérica, cabe aos regimentos internos dos órgãos colegiados prever soluções para a dispersão de votos, seja a qualitativa, seja a quantitativa⁸.

5A propósito, confirmam-se: ASSIS, op. cit., p. 348; MOREIRA, op. cit., p. 652.

6 Em sentido semelhante: ASSIS, op. cit., p. 348; MOREIRA, op. cit., p. 652.

7 Em sentido semelhante: ASSIS, op. cit., p. 349; MOREIRA, op. cit., p. 653.

8 É o que ensina ARAKEN DE ASSIS (op. cit., p. 349), tendo em mente a legislação processual civil.

26. À luz destas premissas, passar-se-á ao estudo do artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

B) O ARTIGO 82 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE.

27. Por força do artigo 49 da Lei nº 8.884/1994 e do artigo 81 do Regimento Interno do CADE, os julgamentos realizados no âmbito desta autarquia federal dependem de um *quorum* de cinco Conselheiros aptos a votar, sendo as deliberações tomadas pela maioria.

28. Em decorrência disso, quando a sessão de julgamento conta com a presença de cinco Conselheiros aptos a votar, o Plenário só poderá proferir um acórdão se houver convergência de, pelo menos, três votos. Por sua vez, caso estejam presentes seis ou sete Conselheiros aptos a votar, são necessários, no mínimo, quatro votos convergentes.

29. Ocorrendo um empate entre dois posicionamentos, o Presidente do CADE — conquanto já houvesse proferido seu voto regular — poderá lançar mão do voto de qualidade. Se uma das correntes, por causa do voto de qualidade, alcançar a maioria, *tollitur quaestio*; será este o posicionamento que prevalecerá.

30. Por outro lado, se nenhum dos posicionamentos, mesmo após o exercício do voto de qualidade, obtiver o sufrágio da maioria, é o caso de aplicar o artigo 82 do Regimento Interno do CADE — que trata da *dispersão de votos* nos julgamentos realizados pelo Plenário desta autarquia federal e indica quais técnicas deverão ser empregadas na solução do impasse.

31. Eis o que dispõe o artigo 82 do Regimento Interno do CADE, *in verbis*:

Art. 82. Se os votos forem divergentes, de modo a não haver maioria para qualquer solução, reabrir-se-ão os debates, colhendo-se novamente os votos.

§ 1º Se, em relação a uma única parte do pedido, não se puder formar a maioria, em virtude de divergência quantitativa, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para construir a maioria.

§ 2º Em havendo divergência qualitativa, o Presidente poderá adotar uma das seguintes providências, conforme recomendarem as circunstâncias:

I — na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á a segunda votação, restrita à escolha de uma entre as duas interpretações anteriormente mais votadas; e/ou

II — se na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas, três ou mais opiniões se formarem, serão as soluções votadas duas a duas, de tal forma que a vencedora será

posta em votação com as restantes, até fixar, das duas últimas, a que constituirá a decisão.

32. Observa-se que o artigo 82, § 1º, do Regimento Interno do CADE adotou o *sistema da continência* para remediar as *divergências quantitativas*.

33. Nada custa mostrar novamente como funciona o sistema da continência, dando como exemplo, dessa vez, o julgamento em um processo administrativo de apuração de infração à ordem econômica.

34. Suponha-se que, neste julgamento, haja sido unânime que uma das sociedades empresárias investigadas incorreu em infração à ordem econômica, porém tenha ocorrido uma *dispersão de votos* em relação à penalidade a ser aplicada. Repetida a votação, a *dispersão de votos* subsiste: o Conselheiro Relator fixou a multa em 12% do valor do faturamento bruto no último exercício; dois Conselheiros a fixaram em 25%; outros dois Conselheiros a fixaram em 20%; e os dois últimos a fixaram em 15%. Ainda que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se alcançarão os quatro votos necessários quando estão presentes sete Conselheiros aptos a votar.

35. A fim de solucionar o impasse, é preciso ordenar os votos em ordem decrescente, de acordo com os percentuais constantes em cada um deles. Nesta situação hipotética, a ordem seria a seguinte: 25% (dois votos), 20% (dois votos), 15% (dois votos) e 12% (um voto).

36. Em seguida, deve-se partir do maior percentual (25%) e descer na escala, até atingir o quarto voto.

37. Preponderará, então, o percentual constante do quarto voto. Na situação hipotética, a multa equivalerá a 20% do valor do faturamento bruto. Afinal, os dois Conselheiros que fixaram a multa em 25% concordam que a multa não poderá ser inferior a 20%. Alinham-se, assim, aos dois Conselheiros que fixaram a multa em 20%. É por isso que este percentual é o que prevalecerá.

38. No que tange às *divergências qualitativas*, o artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE adotou tanto o *sistema da opção coata* (inciso I), quanto o *sistema da exclusão* (inciso II).

39. Uma primeira leitura dos incisos do artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE dá a entender que o sistema da opção coata deverá ser empregado sempre que “os votos se dividirem entre mais de duas interpretações”, ao passo que o sistema da exclusão será adotado apenas quando “três ou mais opiniões se formarem”, “na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas”.

40. É, então, oportuno comparar a hipótese de cabimento do sistema da opção coata (divisão dos votos entre mais de duas interpretações) com a hipótese de cabimento do sistema da exclusão (formação de três ou mais opiniões, no julgamento da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas), a fim de verificar quando um ou outro sistema seria aplicável.

41. Nos termos do artigo 82, § 2º, inciso I, do Regimento Interno do CADE, o sistema da opção coata seria cabível sempre que a votação (evidentemente, sobre uma determinada questão, preliminar ou de mérito,

principal ou acessória) levasse os Conselheiros a se dividirem entre *mais de duas interpretações*. A expressão “mais de duas interpretações” significa “três interpretações, pelo menos”.

42. Em consonância com o artigo 82, § 2º, inciso II, do Regimento Interno do CADE, o sistema da exclusão seria cabível sempre que a votação sobre uma determinada questão (não só a “global”, mas também questões “distintas” dela) implicasse a formação de *três ou mais opiniões* entre os Conselheiros. A expressão “três ou mais opiniões” quer dizer “três opiniões, pelo menos”.

43. Se o inciso I e o inciso II pressupõem a existência de, pelo menos, três posicionamentos na votação, e nenhum deles trata de uma categoria específica de questão sobre a qual surgiu a divergência qualitativa, conclui-se que a hipótese de cabimento do sistema da opção coata e a do sistema da exclusão equivalem entre si.

44. Sendo equivalentes as hipóteses de cabimento, o sistema a ser adotado para remediar a divergência qualitativa ficará a critério do Presidente desta autarquia federal (em conformidade com o artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE). Caberá ao Presidente avaliar qual é o sistema mais conveniente e oportuno, sem perder de vista a maneira como se desenhou o impasse. É isso o que quer dizer a expressão “conforme recomendarem as circunstâncias”.

45. Para ilustrar como as circunstâncias podem influenciar a escolha do sistema a ser adotado, imagine-se a seguinte *dispersão de votos* no julgamento de um ato de concentração de que participem seis Conselheiros: dois votam no sentido da aprovação do ato sem restrições; outros dois votam no sentido da aprovação do ato com determinada restrição de ordem estrutural; e os dois últimos votam no sentido da aprovação do ato com determinada restrição de ordem comportamental. Mesmo que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se alcançarão os quatro votos necessários.

46. No presente exemplo, o Presidente não poderá tomar a providência prevista pelo artigo 82, § 2º, inciso I, do Regimento Interno do CADE. Isto porque o sistema da opção coata compele os partidários das teses minoritárias a aderir a uma das correntes majoritárias. Ocorre que, no exemplo dado, os votos se repartiram *igualmente* entre os três posicionamentos. Não existem Conselheiros adeptos de opiniões minoritárias, muito menos posicionamentos majoritários a que pudessem aderir.

47. Sendo assim, para solucionar o impasse, restaria apenas o sistema da exclusão.

48. Isso quer dizer que seriam escolhidos aleatoriamente dois dos três posicionamentos discordantes (por exemplo, aprovação sem restrições e aprovação com restrição de ordem comportamental). Colocam-se em votação os dois posicionamentos escolhidos, excluindo-se o que for vencido (por exemplo, aprovação sem restrições). Procede-se a uma nova votação entre o posicionamento vencedor (aprovação com restrição de ordem comportamental) e o posicionamento remanescente (aprovação com restrição de ordem estrutural). Aquele que reunir a maioria nesta última votação é o que prevalecerá.

49. Por outro lado, existem julgamentos em que o Presidente do CADE poderá optar livremente entre o sistema da opção coata e o sistema da exclusão.

50. A título de exemplo, suponha-se a seguinte *dispersão de votos* em um julgamento de ato de concentração de que participem seis Conselheiros: um vota no sentido da desaprovação do ato; dois votam no sentido da aprovação sem restrições; um vota no sentido da aprovação do ato com restrição de ordem comportamental; e os dois últimos votam no sentido da aprovação do ato com restrição de ordem estrutural. Mais uma vez, ainda que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se atingirão os quatro votos necessários.

51. Neste exemplo, existem duas correntes majoritárias (aprovação sem restrições e aprovação com restrição de ordem estrutural) e duas correntes minoritárias (desaprovação e aprovação com restrição de ordem comportamental). É possível obrigar os adeptos dos posicionamentos minoritários a aderir a uma das teses majoritárias. Em outras palavras, é cabível o sistema da opção coata.

52. Igualmente é possível colocar em votação dois dos posicionamentos discordantes, excluindo-se o vencido; proceder a uma nova votação entre o vencedor e qualquer dos outros dois, excluindo-se o vencido; e, por fim, pôr em votação os dois últimos, preponderando o que for vencedor. Isso significa que também se mostra cabível o sistema da exclusão.

53. O Presidente do CADE ponderará, então, qual dos dois sistemas se mostra mais adequado.

54. Antes de encerrar a análise do artigo 82 do Regimento Interno do CADE, é bom alertar que a divergência qualitativa entre os votos sempre se refere a uma determinada questão; se, no decorrer do julgamento, forem suscitadas uma ou mais *questões prévias*, estas deverão ser dirimidas em separado. Ademais, por serem logicamente anteriores, deverão ser apreciadas em primeiro lugar.

55. Mais uma vez, ilustre-se com um exemplo: ao apreciar um processo administrativo, os seis Conselheiros presentes na sessão de julgamento manifestam-se da seguinte maneira: dois votam no sentido de que se consumou a prescrição; outros dois votam no sentido de que a conduta, conquanto devidamente comprovada, não constitui uma infração à ordem econômica; e os dois últimos votam no sentido de que a conduta, além de ter sido satisfatoriamente comprovada, configura a infração à ordem econômica tipificada pelo artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/1994, combinado com o artigo 20, inciso III, da mesma lei.

56. Neste último exemplo, não se pode falar, ainda, de *dispersão de votos*. É que dois Conselheiros votaram no sentido de ter operado a prescrição. Ou seja, não se pronunciaram sobre a comprovação ou não da conduta imputada, tampouco sobre a tipicidade ou não dela. Apenas se manifestaram sobre a punibilidade ou não da conduta, concluindo que a pretensão punitiva estatal se extinguiu. A prescrição é uma questão prévia.

57. Por ser uma questão prévia, a prescrição, uma vez suscitada, deve ser apreciada em separado e em primeiro lugar. Apenas se o Plenário, por

maioria de votos, entender que a prescrição não se consumou, é que deverá deliberar sobre a comprovação ou não da conduta imputada, bem como sobre a tipicidade ou não dela.

58. Por conseguinte, sempre que os Conselheiros suscitarem questões logicamente anteriores àquela que estaria sendo objeto de deliberação, estas questões prévias deverão ser julgadas em primeiro lugar. Apenas se ocorrer uma *dispersão de votos* na apreciação da questão prévia (ou da questão principal, quando a resolução da questão prévia impor seu julgamento), é que se aplicará o artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

III – SÍNTESE CONCLUSIVA.

59. Ao longo da presente nota técnica, esta Procuradoria Federal explicou como deveria ser aplicado o artigo 82 do Regimento Interno do CADE (o qual dispõe sobre a dispersão de votos nos julgamentos realizados no âmbito desta autarquia federal) e como são utilizadas as técnicas previstas pela norma regimental para remediar as divergências, quer as quantitativas (sistema da continência), quer as qualitativas (sistema da opção coata e sistema da exclusão).

60. É a resposta à consulta formulada pelo Exmº Sr. Presidente do CADE, que ora submeto à consideração superior.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009.

LEONARDO SOUSA DE ANDRADE
Procurador Federal
Matrícula nº 1585395

PARECER - PROCADE

DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE ESCUTA
TELEFÔNICA PARA PROVA DE CARTEL

Fernando Bastos

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO Nº 08012.005495/2002-14

REPRESENTANTE: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

REPRESENTADOS: Postos de Combustíveis de Guaporé/RS: Posto Zanini Ltda, Auto Abastecedora Visentin Ltda, JJ Abastecimento, Lavagens e Lubrificação Ltda, Bresolin Auto Serviços Ltda (Matriz e filial) e seus representantes: Adalberto Zanini, Nei Ideraldo Vicentin, João Antônio Beninca Bergamini, José Fernando Tedoldi Ortiz, Jorge Bresolin.

RELATOR: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. REPRESENTAÇÃO POR SUPOSTA PRÁTICA DE CARTEL. PRÁTICA ANTICOMPETITIVA. AFERIMENTO DA OCORRÊNCIA. PELA CONDENAÇÃO.

Senhor Procurador-Geral,

I – RELATÓRIO

1. Cuida-se de Procedimento Administrativo instaurado perante a Secretaria de Direito Econômico – SDE, para apurar possível ocorrência de conduta tipificada no art. 21 c/c art. 20 da Lei 8.884/94, consistente na formação de cartel por parte dos postos de combustíveis do município de Guaporé/RS.

2. Através do Ofício nº 274/2002, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, foi encaminhado à SDE cópias da ação criminal e da ação civil pública, juntamente com a decisão liminar concedida e relatório de interceptações telefônicas (com autorização judicial no processo nº 109644816 – Plantão do Foro Central de Porto Alegre) relativas à cartelização do mercado de combustíveis do município. Foi solicitado que as medidas administrativas adotadas pela Secretaria fossem informadas à Promotoria de Justiça para inclusão no Inquérito Civil instaurado.

3. Por meio do Despacho nº. 783 (fl. 185), fundamentado em nota técnica (de fls. 177 a 184), a Secretária de Direito Econômico determinou a instauração de Processo Administrativo, uma vez que os fatos mencionados apontam indícios suficientes para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, consistente nas práticas de:

- a) fixação ou prática, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, de preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços;
- b) imposição de preços excessivos;
- c) aumento sem justa causa do preço dos combustíveis vendido aos consumidores de Guaporé – RS.

4. Através do Ofício nº 4798/2002/SDE/GAB (fl. 202) a Secretaria informou ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul sobre a instauração do Procedimento Administrativo e solicitou cópia integral dos autos do Inquérito Civil nº 11/99, destinada a auxiliar na instrução do processo administrativo. Tal solicitação foi prontamente atendida, como se verifica nas fls. 203-449.

5. Instaurado o Processo Administrativo pela SDE contra os postos revendedores de combustíveis de Guaporé e seus respectivos administradores, estes foram intimados para apresentar defesa (fls. 189-197), juntada às fls. 451-524, acompanhada dos documentos de fls. 525-970.

6. Com relação à representação feita pelo MP foi alegado na defesa, preliminarmente e no mérito, que:

- a narrativa dos fatos se deu com base em dados equivocados em relação ao preços praticados em abril e julho de 2002;
- quanto à margem de lucro, dita exorbitante, o MP não informa que esta margem é bruta e não menciona o lucro, apenas a margem bruta.
- quanto aos ditos preços praticados em 13/04/2002, na verdade correspondiam ao dia 03/04/2002;
- em 13/04/2002 os preços variavam em R\$0,05 e não em R\$0,02;
- em 17 e 18/04/2002, os preços passaram para R\$1,92 e R\$1,93.
- a prática de preços é aceita pelo mercado e os preços e as margens são similares aos praticados nas cidades vizinhas;
- a similaridade dos preços decorre da identidade de custos e dos preços praticados por cada distribuidora.
- o revendedor não tem condições de estabelecer o preço de revenda pois é dependente dos preços estabelecidos pelas distribuidoras, os representados apenas repassam o aumento dos preços;
- o preço praticado pelas distribuidoras em Guaporé é em média R\$ 0,12 mais alto do que o praticado nas demais cidades.
- o aumento real das margens de lucro fica abaixo dos níveis de inflação não incidindo em aumento excessivo ou injustificado;
- de acordo com a Lei 8.884/94 o ajuste de preços deve resultar em majoração dos preços, o que não se verifica neste caso pois, em abril de 2002, ocorreu uma redução de preços e não majoração, decorrente de uma necessidade de mercado e não de conduta concertada.
- o paralelismo de preços independe de acordo entre concorrente e decorre da proximidade dos estabelecimentos e pelo fato de o produto comercializado ser homogêneo.
- os representados não possuem condições para impedir o ingresso de nova empresa no mercado.

7. Consta dos autos a nota técnica (fls. 986-988) que examinou a preliminar suscitada na defesa, a qual foi afastada pelo Secretário de Direito Econômico, que determinou que os representados especificassem as provas a serem produzidas, além do rol de testemunhas que pretendiam que fossem ouvidas (fl. 989).

8. Por meio de ofício foi solicitado à Promotoria de Justiça de Guaporé cópia das pesquisas de preços praticados pelos representados na comercialização da gasolina nos meses de abril e julho de 2002, as quais foram juntadas às folhas 991-1013.

9. A pedido dos representados foi enviado Ofício à ANP (fl. 1033), solicitando informar:

- a) as datas e os percentuais dos aumentos de preços dos combustíveis automotivos praticados pelo Governo Federal (Petrobrás) de 1999 a 2003;
- b) os preços dos combustíveis automotivos praticados pelas distribuidoras (Texaco do Brasil, BR Distribuidora e Ipiranga) e pelos postos revendedores nas cidades de Guaporé, Santa Cruz do Sul, Passo Fundo, Bento Gonçalves e Lajeado, todas do Estado do Rio Grande do Sul;
- c) informações adicionais sobre o mercado de revenda de combustíveis na região próxima a Guaporé.

10. Estas informações foram apresentadas em disquete conforme fl. 1046.

11. Também foi apresentada às fls. 1054-1058 manifestação por parte dos representados contendo:

- a) cópia do exame topográfico da cidade de Guaporé que demonstraria a proximidade dos estabelecimentos, o que acabaria por forçar uma identidade de preços;
- b) cópia dos depoimentos extraídos da reunião da CPI dos combustíveis da Câmara dos Deputados, de 21 de maio de 2003.

12. Foi expedido Despacho (fl. 1.111) pela Diretora do DPDE designando audiência para oitiva de testemunhas e depoimentos pessoais dos representados em 9 e 10 de dezembro de 2003, das quais foram extraídos os termos de depoimentos e juntados às fls. 1127-1145.

13. Por meio da Nota Técnica do DPDE (fls. 1146-1227) foi sugerida a intimação dos representados para apresentação de alegações finais, já que constavam nos autos as provas necessárias para análise do Procedimento Administrativo. Através do Despacho do Secretário de Direito Econômico os representados foram intimados (fl. 1228) e apresentaram em suas alegações finais (fls. 1231-1254), em síntese:

i) Preliminarmente:

- a) A não intimação dos representados para se manifestarem sobre a resposta apresentada pela ANP aos quesitos e questionamentos por eles requeridos e a falta de intimação para o acompanhamento da audiência de oitiva de prova testemunhal;

- b) A ilegalidade das interceptações telefônicas pois foram: b1) requeridas para fins de investigação civil, b2) deferidas por juiz incompetente para a apreciação da ação principal, b3) não degravadas na íntegra e b4) interceptadas em data posterior ao prazo deferido pelo juiz.
 - ii) Quanto ao mérito:
 - a) A SDE analisou os autos somente com base nas interceptações telefônicas acarretando em total desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa uma vez que todo o conjunto probatório e argumentos de defesa foram desconsiderados;
 - b) As margens brutas decorrem dos preços praticados pelas distribuidoras. Assim, o preço alto está relacionado a estas margens e não a vontade dos representados, o que não ocasiona em condições concorrenciais lesivas ao mercado e aos consumidores, não havendo nexo de causalidade entre a conduta praticada e a conduta delituosa prevista na Lei 8.884/94;
 - c) Não há margem abusiva se comparadas as margens brutas praticadas em Guaporé as das cidades vizinhas, tais como: Passo Fundo, Bento Gonçalves, Lajeado e Santa Cruz;
 - d) O preço praticado pelos representados não pode ser considerado excessivo na medida em que a margem bruta variou no período de janeiro de 2000 a julho de 2002 em patamares inferiores à inflação;
 - e) Os aumentos não podem ser considerados injustificados, pois decorreram de aumentos praticados pelas distribuidoras, as quais estão obrigados a contratar;
 - f) O comportamento homogêneo do mercado decorre de suas particularidades, tais como: dimensão, estrutura e oferta em demasia;
 - g) Os representados não detêm domínio do mercado;
 - h) Todos os aumentos de preços ocorreram em razão dos aumentos praticados pelas companhias distribuidoras;
 - i) Pelas condições de mercado o comportamento adotado pelos representados foi racional e livre;
 - j) Quanto aos dados trazidos, os representados informaram que, no período de janeiro de 2000 a julho de 2002, o aumento real não caracterizava preço excessivo e o aumento da margem bruta não demonstrava o lucro auferido.
14. Os representados juntaram informações das distribuidoras Ipiranga e BR Distribuidora intentando demonstrar que os preços praticados não decorrem da vontade do revendedor (fls. 1259-1268 e 1269-1425).
15. Constam dos autos ainda: a) o relatório da ANP que informa que os representados correspondem a 100% dos revendedores de combustíveis da cidade de Guaporé (fl. 176); b) as gravações das escutas telefônicas dos telefones dos representados, autorizadas pelo Poder Judiciário e a conclusão pela ocorrência de infrações à ordem econômica consistente na

fixação de preços e adoção de conduta comercial uniforme, constante dos autos apartados confidenciais.

16. A SEAE foi oficiada em 20 de janeiro de 2006, através do Ofício 274/2006/DPDE para, querendo, se manifestasse nos autos (1430-1431). E, novamente em 11 de dezembro de 2006, para que se manifestasse no presente processo administrativo. No entanto, a Secretaria informou que se reservaria o direito de não se manifestar (fl. 1494).

17. Para a adoção das medidas necessárias o CADE enviou à SDE o Ofício 2821/2006/CADE com cópia da Ação Civil Pública nº 053/1.03.0002071-0, constante das fls. 1431-479.

18. Finalmente, foram os autos encaminhados ao CADE, nos termos do Art. 39, in fine, da Lei 8.884/94, devidamente distribuídos ao i. Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e, através do Despacho de fl. 1525, vieram a esta Procuradoria para elaboração de parecer.

Eis o relatório.

II. ANÁLISE

II.A – DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

19. Preliminarmente, antes de ingressar no mérito do processo administrativo em análise, convém afastar as alegações dos representados de que estaria o feito eivado de vício processual, uma vez que não teria sido intimada para se manifestar sobre a resposta apresentada pela Agência Nacional de Petróleo a ofício enviado pela SDE. Da mesma forma, alega não ter sido intimada da oitiva do Sr. Evaldo Zenor Ghizzi, o que geraria nulidade absoluta do procedimento.

20. Sem qualquer razão a representada, conforme se passa a expor.

21. No que concerne a ausência de oportunidade para manifestação sobre a resposta da ANP, não há qualquer plausibilidade na alegação da Representada. Isso porque, após a juntada desta peça aos autos, a Representada foi intimada, com publicação do DOU, para apresentação de Alegações Finais, oportunidade em que poderia ter rebatido ou corroborado todos os pontos expostos pela Agência.

22. O Superior Tribunal de Justiça tem diversos julgados neste sentido, em que pacifica o entendimento de que a oportunização de manifestação, ainda que posterior, supre a mácula processual, mesmo que a parte se quede inerte:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. DEFESA INTIMADA A MANIFESTAR SEU INTERESSE NA OITIVA DE TESTEMUNHA FALTANTE. INÉRCIA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. FALTA DE ARGÜIÇÃO NAS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A PARTE. ART. 33, §

4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO FACE À GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CRIME EQUIPARADO À HEDIONDO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.464/07. REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE.

I - A suposta nulidade decorrente da falta de manifestação expressa da defesa acerca do interesse na oitiva de testemunhas faltantes, para ser reconhecida, deveria ser argüida em momento oportuno (art. 571 do CPP) e estar acompanhada da demonstração do prejuízo para a parte (art. 563 do CPP). *In casu*, a defesa, intimada a manifestar seu interesse, *quedou-se inerte e, após o encerramento da instrução, não argüiu a suposta nulidade nas alegações finais, restando preclusa a questão*. Outrossim, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grief*, não há que se falar em nulidade, pois não houve demonstração do prejuízo para a parte.

[...]

Ordem denegada

(HC 141695 / MS – Ministro Felix Fischer)

23. Ainda que a concessão de uma única oportunidade para manifestação sobre o aludido documento seja suficiente para afastar a alegação de ofensa ao contraditório, cumpre destacar que o trâmite processual do feito do processo administrativo no CADE tem algumas peculiaridades, de conhecimento de todos os advogados que atuam na área, sendo importante destacar (i) que não há expressa previsão legal que exija a intimação dos Representados quando da juntada de provas aos autos e também (ii) que a juntada de documentos é publicada no andamento processual que pode ser acompanhado por qualquer cidadão pela *internet*, acessando o sítio do Ministério da Justiça.

24. Sendo assim, é evidente não apenas que a Representada teve acesso à resposta da ANP antes do encerramento da instrução, mas também que foi oportunizada a possibilidade de manifestação sobre este documento, o que afasta de pronto a alegação de que teria havido ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

25. Mesma sorte merece a alegação de que não teria sido a Representada intimada da oitiva do Sr. Evaldo Zenor Ghizzi. Isto porque, em 02 de dezembro de 2003, fora publicado no Diário Oficial da União despacho que cientificava as partes desta diligência.

26. Considerando que o art. 33 da Lei nº. 8.884/94 apenas exige notificação pessoal para a instauração do processo administrativo, e ainda que as audiências para a oitiva das testemunhas ocorreram em 09 e 10 de dezembro de 2003, ou seja, com mais de uma semana de antecedência, não há que se falar em nulidade processual.

II.B – LICITUDE DA UTILIZAÇÃO DE ESCUTAS TELEFÔNICAS

27. Os representados sustentam, ainda, que não seria admissível a consideração pelo CADE de escutas telefônicas produzidas no bojo de Processo Judicial.

28. É notória a dificuldade em se carrear provas para a caracterização de um cartel. Assim, foi imprescindível no caso o uso da chamada prova emprestada.

29. Sobre aludida dificuldade de comprovação da materialidade delitiva, interessante fazer alusão aos ensinamentos do i. Presidente do CADE, Dr. Arthur Badin, no bojo de seu artigo “Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas nas Investigações de Cartéis”:

[...].

2. Introdução

[...]

A prática de cartel é considerada ao mesmo tempo infração administrativa (art. 20, da Lei 8.884/94) e crime contra a ordem econômica (art. 4º da Lei 8.137/90).

A materialidade delitiva do acordo colusivo dificilmente pode ser demonstrada através de provas tangíveis. Afinal, raras vezes a organização criminosa, cônica da ilicitude de sua conduta, comete o descuido de reduzir a termo suas deliberações anticompetitivas (embora em alguns casos, surpreendentemente, isso tenha acontecido)¹. Por essa razão, nas investigações de cartéis, assomam em importância as provas obtidas por meio de captação de conversas telefônicas, quer seja por autorização judicial, no âmbito de investigação penal (interceptação telefônica), quer seja pela gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro (gravação clandestina). Dos oito cartéis clássicos condenados pelo CADE entre 1994 e 2003, cinco envolveram esse tipo de prova: Cartel de Postos de Florianópolis (2002), Cartel dos Anestesiologistas do RS (1999), Cartel de Postos de BH (2003), Cartel de Postos de Lages (2003), Cartel de Postos de Goiânia (2003).

A partir dos direitos da pessoa humana, início e fim de todo ordenamento jurídico, o artigo pretende deduzir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça os critérios para utilização da interceptação telefônica e gravação clandestina nas investigações de cartéis.

III. Distinção de interceptação telefônica e gravação clandestina sob a ótica do regime constitucional dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana

Dentre os direitos e garantias fundamentais, declarou a Constituição Federal ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

1 Vide, por exemplo, Cartel dos Postos do DF (Processo Administrativo 08000.024581/1994-77, Relator Conselheiro Roberto Pfeiffer, 2004).

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII, da CF).

Dando concreção ao referido dispositivo constitucional, o art. 3º da Lei n.º 9.296/96 dispôs que “a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: (i) da autoridade policial, na investigação criminal; ou (ii) do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal”.

Por configurar grave violação a direito e garantia fundamental, o art. 10 da Lei 9.296/96 tipificou como crime, punível com até quatro anos de reclusão, a realização de interceptação telefônica sem autorização judicial.

Está razoavelmente assentado na jurisprudência e na doutrina² que não se devem confundir interceptação telefônica e gravação telefônica (ou clandestina). Enquanto na interceptação telefônica a captação de comunicação é feita por terceiro sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, a segunda refere-se à gravação feita por um dos interlocutores, porém sem a ciência do outro. [...]

30. No caso em tela, o arsenal probatório conta com “interceptações telefônicas” realizadas por meio de autorização judicial em processo judicial.

31. Uma vez importadas tais provas pelo processo administrativo foi garantido o acesso das Representadas ao conteúdo das gravações, em obediência ao princípio constitucional do contraditório.

32. Nesse sentido, importante o precedente do STJ que, analisando diretamente a questão no MS 9212/DF,³ assim decidiu: “sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar”. Logo, percebe-se que a prova é lícita e o processo administrativo foi plenamente válido.

2 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, “Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas” (FD DPD 343.14^A974p).

GRINOVER, Ada Pellegrini, “Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal” (Revista Universitária de Derecho Procesual, Madrid, n. 4, p. 419, 1990).

PITOMBO, S. M. M., “Sigilo nas comunicações: aspecto processual penal” (Ciências Jurídica, BH, v. 3, n. 24, p. 3, set/1996).

3 Vide também o MS 7024 no STJ.

4 Importante também destacar trecho do voto-relator que assim aduz: “A Lei n.º 9.296/96 prevê que a interceptação das comunicações telefônicas somente poderá ser determinada por juiz, de ofício, ou a requerimento de autoridade policial, na investigação criminal, bem como de representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, não havendo qualquer disposição acerca da utilização da prova para fins de investigação administrativa. Registre-se que na presente hipótese valeu-se a Administração das gravações realizadas, entretanto a interceptação foi requerida nos exatos termos da legislação aplicável à espécie. Consoante bem explicitado pela autoridade indicada como coatora, *‘uma vez autorizada, judicialmente, a quebra do sigilo, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei n.º 9.296/96, nada obsta o aproveitamento das provas colhidas mediante a interceptação telefônica regularmente deferida em investigação criminal ou em processo penal, como prova emprestada, em processo administrativo a que também responda o interceptado [...]’*”.

33. Ainda nesta seara, há precedente importante no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização de “prova emprestada” no processo administrativo, a seguir transcrito:

Origem: STF - Supremo Tribunal Federal

Classe: Inq-QO - QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO

Processo: 2424 UF: RJ - RIO DE JANEIRO

Fonte: DJE-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109

Relator CEZAR PELUSO

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Intercepção telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em intercepção de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.

34. O que exige o princípio do contraditório e da ampla defesa é que a parte tenha a oportunidade de reagir contra a prova emprestada, quer para contestar a validade de sua produção ou sua fidedignidade, quer para produzir outras provas no sentido contrário.

35. Para o processo que recebe a prova emprestada, esta é, em essência, prova documental dos atos processuais praticados em outro processo. Se se trata, por exemplo, de cópia de termo de depoimento prestado perante autoridade policial, pode provar que o depoente prestou tais declarações perante tal autoridade. Trata-se de prova documental tanto quanto uma declaração firmada unilateralmente pelo depoente em um documento posteriormente juntado aos autos (com a diferença que, quando prestado perante autoridade pública, sob pena de perjúrio, ao declarado se pode conferir maior credibilidade, aferida pelo julgador segundo seu livre e racional convencimento). O laudo de perito judicial, produzido em outro processo ao cabo de prova pericial, prova que naquele processo fez-se a perícia ali descrita, segundo rito, metodologia e dados nele constantes.

36. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, embora recomendem cautelas e restrições ao uso da chamada “prova emprestada”, não lhe negam em absoluto admissibilidade e validade, mesmo no processo penal (sabidamente mais “garantista” que os processos cível e administrativo).

37. Da jurisprudência do STJ defluem quatro vertentes argumentativas a respeito da admissibilidade e validade da prova emprestada (não necessariamente contraditórias entre si). A primeira, amplamente majoritária, em consonância com a jurisprudência também majoritária do STF, reconhece a admissibilidade da prova emprestada, desde que não seja o único elemento a ensejar a condenação. A segunda reconhece a plena validade do uso, em processo administrativo sancionador, de prova produzida em procedimento penal. Uma terceira vertente considera que a prova emprestada tem força de prova documental, e como tal deve ser considerada. Por fim, a quarta vertente sustenta que, face ao princípio *pas de nullité sans grief*, a prova emprestada somente não poderá ser admitida caso demonstrado efetivo prejuízo à defesa.

- 5 “Não obstante se reconheça a precariedade do valor da prova emprestada, o fato da sentença utilizar informações obtidas em interrogatório realizado em outro processo, por si só, não enseja o reconhecimento de nulidade, se este não foi o único elemento de destaque a embasar o decreto condenatório” (HC 16175, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17.5.01); “A utilização de prova emprestada, quando não constitui o único elemento acorrobora a condenação, não vicia o processo e a decisão proferida” (HC 17513, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 4.9.01); “Em não ocorrendo a condenação exclusivamente de prova emprestada, mas de robusto conjunto probatório, não há falar em constrangimento ilegal, firme que se mostra a jurisprudência pátria no sentido da admissibilidade dessa prova no processo penal” (HC 23721, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 2.3.04); “A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório” (HC 42559, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 4.4.06, DJ 24.4.06. Idem HC 38671, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 3.2.05. Idem HC 28785, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.8.04); “A proclamação de nulidade do processo, por prova emprestada, depende da inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, caso contrário, deve ser mantido o decreto também fundado em outras provas” (HC 34701, Rel. Min. Quaglia Barbosa, j. 29.11.05, DJ 19.12.05); “Não obstante se reconheça a precariedade do valor da prova emprestada, o fato de a sentença utilizar informações obtidas em depoimento prestado e outro processo, por si só, não enseja o reconhecimento de nulidade, se esse não foi o único elemento de destaque a embasar o decreto condenatório (HC 41805, Rel. Min. Felix Fischer); “Em não decorrendo a condenação exclusivamente de prova emprestada, mas também e sobretudo de fortes elementos de convicção que integram o conjunto da prova, não há falar em nulidade” (HC 23721, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 7.10.03).
- 6 “Conforme precedentes, é legal a utilização de prova emprestada de processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar” (MS 10874, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 13.9.06, DJ 2.10.06); “A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à prova emprestada, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar” (RMS 20066, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.2.06, DJ 10.4.06); Idem MS 9850, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27.4.05. idem RMS 7685, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 4.8.03.
- 7 “A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental. [...] Como se sabe, na hipótese de prova pericial, uma vez trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental (Cfr. Ovidio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, 4.ª ed., São Paulo: RT, 1998. Vol. 1, p. 360). Assim, embora o laudo pericial produzido na ação acidentária movida pelo recorrido contra o INSS (fls. 111) tenha sido utilizado como prova emprestada para a prova de fatos pretéritos à presente demanda, o foi sob forma de documento, isto é, como prova documental, cuja autenticidade poderia a recorrerente, se quisesse, ter questionado nos termos do art. 390 do Código de Processo Civil, mas que, contudo, não o fez.” (Resp 683187, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.11.05, DJ 15.5.06).
- 8 “Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito se além de alegada oportuno tempore, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente. A validade de prova emprestada produzida em outro processo deve ser decidida pelos jurados, na sessão plenária do Tribunal do Júri, mormente se se mostra idônea a certificar a autoria do

38. Portanto, se consideradas todas as 4 correntes existentes no STJ, a análise das provas colhidas no processo judicial é totalmente válida, uma vez que as Representadas tiveram oportunidade de se manifestar sobre tais provas, influenciando ativamente o convencimento do Plenário do CADE a respeito da forma com que deveriam ter sido valoradas.

39. Ultrapassadas as preliminares, passa-se à análise do mérito do Processo Administrativo.

II.C – DO CONCEITO DE CARTEL

40. Antes de ingressar no mérito das alegações suscitadas pelos Representados, é importante fazer uma breve explanação sobre o que vem a ser a figura do cartel.

41. O CADE, na tentativa de elucidar o tema ora analisado, definiu no Anexo I da Resolução nº 20/99 os cartéis como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente mais próximos dos de monopólio”.

42. Nesse sentido, Paula Forgioni leciona:

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados cartéis.⁹

43. Ivo Teixeira Gico Junior, por sua vez, explicita:

O elemento conceitual central à noção de cartel é a redução da pressão competitiva entre concorrentes resultante da uniformização ou combinação de práticas aproximando seu comportamento coletivo ao de um monopolista. [...]

A idéia de agregação de concorrentes para – colusivamente – manipular o mercado também está reforçada na exigência de os agentes econômicos envolvidos manterem sua autonomia interna. [...]

Em termos conceituais, os vários tipos de efeitos competitivos resultantes de uma colusão horizontal podem ser resumidos na expressão tendência à dominação do mercado, isto é, cartéis são cooperações entre concorrentes razoavelmente não associáveis a qualquer tipo de eficiência ou efeito pró-competitivo relevante e, portanto, tendentes a aproximar um dado mercado do resultado monopolístico, dominando-o ilícitamente.¹⁰

crime” (RHC 13664, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 24.2.05); Idem HC 31091, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2.3.04).

9 Forgioni, Paula A.; “Os Fundamentos do Antitruste”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005; p. 398.

10 Gico Junior, Ivo Teixeira; “Cartel – Teoria Unificada da Colusão”, Lex Editora; 2006; p. 214-215

44. Importante destacar os fatores que favorecem a cartelização do setor de revenda de gasolina comum, quais sejam: a) a homogeneização do produto; b) elevada participação no mercado; e c) as elevadas barreiras à entrada de concorrentes no mercado relevante. Todos os fatores estão presentes no presente caso.

45. Sendo assim, resta verificar se as provas carreadas aos autos efetivamente apontam para o enquadramento da conduta dos representados nos arts. 20, I c/c art. 21, I, II e XXIV, da Lei nº 8884/94, conforme apontado pelo parecer da SDE:

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

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

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

[...]

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço

II.D – DA CONFIGURAÇÃO DO CARTEL FORMADO PELOS POSTOS REVENDEDORES DE GASOLINA DE GUAPORÉ/RS

46. No presente caso é possível vislumbrar um típico caso de cartel de preço, onde agentes econômicos em posição de igualdade, para eliminar os efeitos da concorrência, acordaram fixar o preço de revenda da gasolina comum no município de Guaporé/RS.

47. Em uma primeira análise, as gravações das escutas telefônicas juntadas em autos confidenciais deixam evidente que os representados frequentemente se comunicavam com o intuito de definir o preço a ser cobrado pela gasolina vendida, configurando a coordenação de todos os postos de Guaporé/RS para o falseamento da livre concorrência no mercado específico.

48. Pelas gravações, então, fica evidente a tipificação da conduta descrita no art. 21, incisos I, II e XXIV, tendo em vista que existem elementos suficientes a identificar a oportunidade de fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda de gasolina, assim

como influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

49. Ultrapassada esta primeira verificação, podemos descer a minúcias do funcionamento do cartel, tendo em vista que alguns trechos das conversas interceptadas esclarecem que (i) os representados acordaram na adoção de um rodízio, de forma a possibilitar que alguns deles praticassem preços abaixo dos demais. Da mesma forma, diversos trechos evidenciam que (ii) os participantes do cartel tinham consciência de que o preço acordado estaria muito acima do praticado em municípios vizinhos, o que, inclusive, suscitava preocupação com a fiscalização da ANP.

50. Das conversas gravadas infere-se, também, que (iii) o acordo entre os representados teria se iniciado anteriormente à interceptação das conversas telefônicas e que (iv) os participantes estariam preocupados com a investigação do conluio, o que os faria pensar em elaborar uma tabela com os preços estabelecidos e na adoção de um esquema de rodízio entre os participantes, de forma a camuflar a conduta infrativa.

51. Esta interpretação, alcançada pela análise das escutas telefônicas degavadas, está ressaltada pelos excertos dos diálogos transcritos no Parecer da SDE. Destas escutas, salta a intenção dos participantes do cartel de coibir a formação de preços pela competição individual, o que demonstrar que a intenção de falsear a livre concorrência seria o próprio objeto do conluio.

52. É importante ressaltar ainda que não se faz necessária a análise dos efeitos da conduta dos representados sobre o mercado específico atingido, tendo em vista que a potencialidade lesiva da prática de cartel é suficiente para a subsunção da conduta de seus participantes ao art. 20 da Lei nº. 8.884/94. Nesse ponto, por ser totalmente pertinente, convém transcrever as lições do Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Filho, quando do julgamento do Processo Administrativo nº. 08012.002299/2000-18:

O art. 20 da Lei 8.884/94 põe em perspectiva as condutas listadas pelo art. 21 como apenas algumas, dentre as várias caracterizações possíveis, de que se revestem os atos infrativos à concorrência. Uma conduta é uma ação ou um padrão de comportamento observável, que caracterizam uma infração. Uma infração por sua vez se constitui por atos que têm efeitos deletérios à concorrência.

Além disso, o art. 20 provê as hipóteses necessárias para que um ato, seja qual for a forma pela qual ele se manifesta, e sejam quais forem as características que o tornam visível como condutas na realidade dos mercados, se qualifique como anti-concorrencial. Tais hipóteses se referem à identificação de certas relações entre o ato os efeitos que ele gera sobre a organização dos mercados.

A interpretação direta e literal do texto da lei não deixa dúvidas sobre o critério legal de identificação das relações entre os atos infrativos e os efeitos nos mercados: são infrativos aqueles atos que “tenham por objeto” e aqueles que “possam produzir” os efeitos listados nos incisos do art. 20, qualquer que seja sua forma de manifestação e independentemente de culpa dos agentes.

Assim, conclui-se que a existência de evidências, seja da intencionalidade do ato em produzir os efeitos dos incisos, seja da capacidade do ato de produzir aqueles efeitos, são condições suficientes para a identificação da sua natureza infrativa.

É de se ressaltar que, verificadas as relações de intencionalidade ou de causalidade potencial entre o ato e os efeitos dos incisos do art. 21, são dispensáveis, em particular, evidências da instalação efetiva dos efeitos e aferições dos eventuais danos causados aos mercados.

Deve se ressaltar a distinção importante entre a regra de identificação do ato anti-concorrencial pela evidência de que seu objeto é o efeito danoso à concorrência e a regra de condenação de conduta como anti-concorrencial “per se”.

A regra de condenação de condutas “per se” parte do pressuposto de que a conduta em questão não precisa ser examinada quanto aos seus efeitos, ainda que potenciais, porque tipicamente não encerra qualquer perspectiva de benefício colateral aos mercados, enquanto por outro lado, traz malefícios garantidos à concorrência. Na aplicação da regra “per se” após evidenciada a conduta, a consideração de que qualquer outra circunstância adicional seria dispensada para a análise de mérito, em nome da economia e da conveniência administrativa.

Este, todavia, não é o caso da diretiva do art. 20 que, ao contrário, exige justamente a avaliação dos efeitos do comportamento guerreado sobre a concorrência, de acordo com as categorias dos incisos. Nesse sentido, as vias de prova de ato anti-concorrencial pela conjugação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 adotam explicitamente a “regra da razão” como metodologia geral de análise do mérito. Nesse espírito estão a exigência de prova da intencionalidade de efeito nocivo à concorrência ou de prova de potencialidade de geração de efeitos anti-concorrenciais para a identificação do ato infrativo.

53. Ainda que assim não fosse, os efeitos nocivos da conduta são evidentes, pois diversos trechos dos diálogos travados entre os representados versavam sobre a cobrança pelos postos participantes do cartel de preços sabidamente superiores aos cobrados por postos de cidades vizinhas, sendo que todos os postos da cidade de Guaporé/RS integravam o aludido cartel.

II.D. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

54. Diante de todos os elementos colhidos nos autos, bem como do acima exposto, é de rigor a imposição de condenação aos representados pessoas jurídicas, a saber:

- a) Posto Zanini Ltda;
- b) Auto Abastecedora Visentin Ltda.;
- c) JJ – Abastecimento, Lavagens e Lubrificação Ltda.;
- d) Bresolin Auto Serviços Ltda.

55. Da mesma forma, opina-se pela condenação das respectivas pessoas físicas representadas, a saber os representantes legais das pessoas jurídicas acima mencionadas:

- a) Sr. Adalberto Zanini (fl. 370);
- b) Sr. Nei Ideraldo Visentin (fl. 366);
- c) Srs. João Antonio Beninca Bergamini e José Fernando Teodoldi Ortiz (fl. 367);
- d) Sr. Jorge Bresolin (fl. 369).

56. Nesse sentido, devem ser cominadas às pessoas jurídicas as penas previstas no art. 23, inciso I e às pessoas físicas, nas penas do art. 23, inciso II.

57. Convém, aqui, percorrer os parâmetros estabelecidos no art. 27 da Lei nº. 8.884/94, de forma que a pena a ser aplicada pelo CADE traduza da forma mais aproximada possível a reprovabilidade da conduta condenada pelo SBDC.

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

58. No tocante à “*gravidade da infração*”, estamos diante da conduta mais nociva ao ambiente concorrencial, uma vez que o cartel veda completamente a possibilidade de concorrência e a regulação de preços pelas leis de mercado, atingindo diretamente os consumidores. Sendo assim, em qualquer escala possível em que constassem as diversas possibilidades de condutas anticoncorrenciais, estaria a prática de cartel enquadrada como gravíssima.

59. A análise da “*boa-fé*” é de fácil superação, pois a própria organização do cartel pressupõe a má-fé para formação do conluio. Ainda que considerássemos que a análise da “*boa-fé*” estivesse no conhecimento da ilicitude do conluio, em diversas oportunidades os representados expressaram o receio de futura fiscalização por parte da ANP.

60. Já no que concerne à “*vantagem auferida*” pelos participantes do cartel, em diversos trechos dos diálogos travados entre os sócios-gerentes dos postos representados restou explícita a consciência de que os preços praticados pelo cartel seriam muito superiores aos praticados em municípios vizinhos, o que, inclusive, despertava a preocupação de futura fiscalização

por parte da ANP. Observa-se, portanto, que a organização não apenas tinha como objetivo mascarar a concorrência e blindar o mercado, mas, principalmente, obter lucro abusivo.

61. Mesma sorte merece a análise da “*consumação da infração*”, tendo em vista que no caso em tela não apenas ocorreram os atos preparatórios à infração. Efetivamente houve o acerto entre os participantes, o estabelecimento do rodízio e a cobrança de preço abusivo do consumidor.

62. A análise do “*grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros*” inevitavelmente, no presente caso, remeteria à “*gravidade da infração*”, por ter sido sopesado neste último tópico o grau de reprovabilidade da conduta e seus efeitos ao ambiente concorrencial, o que também dispensa novas digressões sobre os “*efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*”.

63. A “situação econômica” do infrator, no caso, não foi determinante para a consolidação do ilícito. Da mesma forma, não houve configuração de reincidência.

64. Sendo assim, a consideração dos parâmetros previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 27 impõem que as penas pecuniárias sejam arbitradas em patamares superiores ao mínimo previsto.

65. Ademais, em adição ao parecer da SDE, esta Procuradoria recomenda, ainda, a aplicação das penas previstas no art. 24, inciso III e inciso IV, alínea *b* **tanto às pessoas jurídicas como as pessoas físicas ora condenadas.**

66. Especificamente com relação à pena prevista no art. 24, inciso III, qual seja, a pena de *inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor*, tal inscrição deve ser efetuada nos termos regulamentados pelo art. 2º e 3º da Portaria Conjunta SDE/CADE nº 58/2009.

67. Já com relação à pena prevista no art. 24, inciso IV, alínea *b*, qual seja, a pena de *recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados no todo ou em parte, incentivos fiscais e subsídios públicos*, esta Procuradoria entende que esta pena se justifica – **ao menos enquanto não cumprida a decisão do CADE** -, uma vez que os representados constituem quase que a totalidade de um setor no município de Guaporé/RS, setor este que, por ser fundamental ao fornecimento de combustíveis impacta toda a economia local e o próprio desenvolvimento industrial do município afetado, prejudicando em muito o consumidor e agravando o custo de vida social.

III. CONCLUSÃO

68. Com base nas considerações acima declinadas, e com fundamento no §1º do Art. 50 da Lei nº 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e ainda com fundamento nos pareceres SDE e as respectivas notas técnicas presentes no processo, opina-se pela condenação dos Representados no presente Procedimento Administrativo, nas penas descritas no item anterior.

É o parecer.

Brasília, 27 de julho de 2010.

ISABELLE ALBUQUERQUE MENEZES

Estagiária da ProCADE

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

Procurador Federal

PARECER - PROCADE

DA REINCIDÊNCIA NA INFRAÇÃO À ORDEM
ECONÔMICA

Victor Santos Rufino

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.000256/2009-36

REQUERENTES: PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. E SEFAGEL S.A.

RELATOR: CONSELHEIRO Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

EMENTA: CONSULTA – REINCIDÊNCIA – PRINCÍPIOS GERAIS EXTRAÍDOS DA LEGISLAÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO – SUPOSTA PRÁTICA DA NOVA INFRAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA PRIMEIRA DECISÃO CONDENATÓRIA.

Senhor Procurador-Geral,

Tratam os autos de requerimento do Conselheiro-Relator para que esta procuradoria se manifeste sobre a possibilidade de se considerar a requerente Petrobrás Distribuidora S.A. reincidente, quanto ao quesito intempestividade de apresentação de atos de concentração, em face das multas impostas nos atos de concentração 08012.002531/2007-94, 08012.002532/2007-39 e 08012.002534/2007-28.

Para o deslinde desta consulta é necessário definir o que é reincidência, quando ela se constata e qual é o parâmetro para sua aplicação.

DA REINCIDÊNCIA

A lei 8.884/94, em seu art. 27, VIII, determina que a reincidência seja considerada para fins de aplicação da pena. Não obstante, este conceito não está densificado neste diploma legal, de forma que se faz necessário recorrer a outras leis para definir o que, de fato, pode ser considerado reincidência.

Transcreve-se, aqui, algumas normas penais e administrativas que cuidam deste tema:

Código Penal

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (Lei das contravenções penais)

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social)

Art. 290. [...]

Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

Regulamento do IPI

Art. 452. Caracteriza reincidência específica a prática de nova infração de um mesmo dispositivo, ou de disposição idêntica, da legislação do imposto, ou de normas contidas num mesmo Capítulo deste Regulamento, por uma mesma pessoa ou pelo sucessor referido no art. 132, e parágrafo único, da Lei n.º 5.172, de 1966, dentro de cinco anos da data em que houver passado em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior (Lei n.º 4.502, de 1964, art. 70).

De todas elas dessume-se que a reincidência liga-se à prática de uma determinada infração, ou uma sua assemelhada, por um agente que já tenha sido condenado anteriormente pela prática da mesma infração ou congêneres.

Mais. Todas as normas acima transcritas, tanto as penais quanto as administrativas, exigem, para a caracterização da reincidência, o trânsito em julgado da decisão que imputou ao infrator a prática da primeira infração, a ser considerada ou não para fins de caracterização da reincidência (doravante, “infração de referência”).

Não poderia ser de outra forma, pois, uma vez pendente de discussão a prática do ilícito de referência, inviável tomá-lo como aperfeiçoado com o exclusivo escopo de se agravar a penalidade de outra infração, por força do princípio da presunção da inocência.

Percebe-se, ademais, que o Código Penal, o Regulamento da Previdência Social e o Regulamento do IPI fixam um prazo (5 anos nos três casos) para que a infração de referência possa ser considerada para fins de reincidência, de forma a não tornar a prática do ilícito um fator perpétuo de mensuração das penalidades aplicáveis ao infrator.

Outro traço comum às normas citadas é que a prática da infração que pode dar azo à reincidência deve ter ocorrido em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que imputou a infração de referência. Mais uma vez, trata-se de homenagem ao princípio da presunção da inocência, desta feita direcionada à própria subjetividade do infrator.

Desta forma, à falta de densificação do conceito de reincidência na própria lei de 8.884/94, é de rigor recorrer aos conceitos expressos no ordenamento jurídico pátrio – e que se fundam nas mesmas razões –, especialmente naqueles de índole administrativa, para se extrair o significado da reincidência e dizer sobre sua aplicação nos casos concretos.

Dito isso, tem-se que, em três pontos básicos, há similitude na disciplina da reincidência, de onde se pode extrair os princípios gerais do direito que a regem: 1 – É necessária a existência de condenação com trânsito em julgado pela prática da infração de referência; 2 – A infração que pode levar à reincidência deve ter ocorrido em momento posterior ao trânsito em julgado da condenação pela prática da infração de referência; 3 – A infração que pode levar à reincidência deve ter ocorrido em um prazo de cinco anos do trânsito em julgado da condenação pela prática da infração de referência.

DA REINCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO

Aplicação destes princípios ao caso submetido a pronunciamento desta procuradoria, leva à necessidade de se responder a três perguntas básicas: 1 – houve trânsito em julgado de decisão condenando a requerente pela apresentação intempestiva de atos de concentração, em outros termos, há infração que possa ser tida como referência? 2 – A suposta nova infração ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou pela prática infração

de referência? 3 – O trânsito em julgado desta condenação ocorreu há menos de cinco anos da prática da suposta nova infração?

A resposta positiva à estes três quesitos leva à necessidade de se considerar, caso se constate nova apresentação intempestiva, a requerente como reincidente.

1 – houve trânsito em julgado de decisão condenando a requerente pela apresentação intempestiva de atos de concentração, em outros termos, há infração que possa ser tida como referência?

Sim. Conforme listado pelo próprio Conselheiro-Relator na solicitação de consulta, a requerente sofreu condenação por apresentação intempestiva de atos de concentração nos processos 08012.002531/2007-94, 08012.002532/2007-39 e 08012.002534/207-28.

No entanto, cabe aqui esclarecer o momento em que se configura o trânsito em julgado da decisão condenatória, em face da situação do processo 08012.002532/2007-39, sobre o qual pendem embargos de declaração questionando a resolução aplicável no cálculo que quantifica a multa por intempestividade.

A interposição de embargos de declaração não encontra previsão na lei 8.884/94, mas sim no Regimento Interno deste Conselho (art. 147 e SS.).

De outro lado, trata-se recurso tradicional no direito processual pátrio e encontra previsão também no Código de Processo Civil (art. 535 e SS.), aplicável subsidiariamente aos processos administrativos do CADE, por força do art. 83 da lei 8.884/94.

Segundo disposição expressa do Regimento Interno (art. 150), “Os Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado”.

Ora, sendo o trânsito em julgado decorrência da imutabilidade da decisão, dada a impossibilidade do prolongamento de sua discussão, e servindo os recursos em geral, e os embargos de declaração (espécie de recurso) em particular, para rediscutir a decisão tomada, lógico concluir que, pendente recurso, inexistente trânsito em julgado da decisão.

Desta forma, pendentes de julgamento embargos de declaração contra o acórdão que aplicou a multa por intempestividade, ausente o trânsito em julgado da decisão que condenou pela infração.

Entende-se, pois, que o trânsito em julgado da decisão condenatória dá-se a partir da publicação do acórdão que condenou o infrator pela apresentação intempestiva do ato de concentração ou, interpostos embargos de declaração contra este acórdão, da data da publicação do acórdão que julga os embargos.

No caso concreto, a distinção não acarreta maiores consequências de ordem prática, uma vez que a requerente também foi condenada pela apresentação intempestiva de ato de concentração nos processos

08012.002531/2007-94 e 08012.002534/2007-28, onde houve interposição de embargos de declaração, com acórdãos que os julgou publicados em 09/02/2009 e 16/02/2009.

2 – A suposta nova infração ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou pela prática da infração de referência?

Não. Para se definir o momento do cometimento da infração há de se perquirir sobre sua natureza.

O CADE conta com vasta discussão acerca do momento em que se consuma a infração apresentação intempestiva de ato de concentração.

Este debate pode ser conferido em todas as suas nuances, por exemplo, através da leitura dos votos prolatados nos atos de concentração 08012.003315/2004/13 e 08012.009181/2003-63, além de, mais recentemente, no ato de concentração 08012.002531/2007/94, inclusive com extenso parecer da ProCADE, da lavra do i. Procurador-Geral Interino, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Basicamente, as opiniões dividem-se no sentido de que a infração consuma-se no 16º dia útil após a realização da operação e não se protrai no tempo (infração instantânea) ou no sentido de que trata-se de infração permanente (ou continuada) protraindo-se no tempo e só se esgotando com a apresentação do ato de concentração ao CADE.

O efeito da adoção de um ou outro entendimento, no que toca ao tema da reincidência, liga-se ao fato de que o momento da prática da nova infração é requisito para a sua constatação, pois deve ter sido em momento posterior ao trânsito em julgado da infração de referência.

Assim, pode-se, a depender da posição defendida, chegar a uma visão mais ou menos restritiva sobre o raio de constatação da reincidência.

Ou seja, caso se entenda que a infração perdura até a data da apresentação da operação, esta a baliza a se comparar com o trânsito em julgado da decisão que condena pela infração de referência, ampliando-se a possibilidade de se verificar a reincidência no caso concreto, ao menos em face do entendimento de que a infração é instantânea, pois, nesta linha de raciocínio, o momento da infração sempre será anterior à apresentação do ato de concentração, exceto na hipótese em que a apresentação se dê exatamente no 16º dia útil após a realização da operação.

No caso concreto, entretanto, a distinção não se faz necessária, pois o fato é que a apresentação do ato de concentração em exame – e sobre o qual se pode eventualmente chegar à nova decisão condenatória por apresentação intempestiva – deu-se em data (13/01/2009) anterior ao trânsito em julgado da primeira decisão que condenou a requerente pela apresentação intempestiva de ato de concentração, vale dizer, a publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos no ato de concentração 08012.002534/2007-28, em 09/02/2009.

Desta forma, seja pela vertente que afirma que a apresentação intempestiva é infração permanente ou continuada, seja por aquela que a tem como infração instantânea, a eventual nova prática da infração ocorreu em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão que condenou a requerente pela prática da infração de referência.

RECOMENDAÇÕES

Diante do exposto, entende-se que, caso venha a se considerar que a apresentação deste ato de concentração é intempestiva, a requerente não deve ser considerada reincidente, para fins de aplicação da pena.

É o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 05 de maio de 2009.

Victor Santos Rufino
PROCURADOR FEDERAL/CADE.

PARECER - PROCADE

DO MOMENTO DA NOTIFICAÇÃO DOS ATOS DE
CONCENTRAÇÃO E DA FIXAÇÃO DA MULTA POR
INTERMPESTIVIDADE

Victor Santos Rufino

PARECER procade Nº /2010.

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007717/2010-35
REQUERENTES: PIREU PARTICIPAÇÕES S.A (“PIREU”),
GAZZAG- SERVIÇOS DE INTERNET LTDA. (“GAZZAG”) E
ODYSSEUS ENTRETENIMENTO LTDA. (“ODYSSEUS”)

RELATOR: CONSELHEIRO VINICIUS MARQUES DE
CARVALHO

EMENTA: ATO DE CONCENTRAÇÃO.
CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE.
CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA.
APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO SEM
RESTRIÇÃO.

Senhor Procurador-Geral,

1. Da operação

1. Trata-se de aquisição, pela *PIREU PARTICIPAÇÕES S.A* (“PIREU”) da maioria do capital social das seguintes empresas *GAZZAG SERVIÇOS DE INTERNET LTDA.* (“GAZZAG”) e *ODYSSEUS ENTRETENIMENTO LTDA.* (“ODYSSEUS”) por meio de um Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças.

2. A PIREU é uma empresa pertencente às Organizações Globo, grupo que desenvolve atividades nas seguintes linhas de negócio: (i) radiofusão; (ii) produção de conteúdo; (iii) transmissão e distribuição de sinais por assinatura; (iv) produção e programação de conteúdo para TV por assinatura; (v) revistas, livros, jornais, edição de CD’s e DVD’s; (vi) serviços de Internet (acesso e conteúdo); (vii) promoções de eventos.

3. A GAZZAG e a ODYSSEUS são empresas que atuam no segmento de jogos *online* através, respectivamente, dos domínios “The Social Poker” e “Jogatina”, e também em redes sociais como o *Orkut* e o *Facebook*.

4. O conhecimento da presente operação é imposto pelo faturamento da requerente (*PIREU/ORGANIZAÇÕES GLOBO*), por ser superior ao montante estipulado nos termos do §3º, art. 54 da Lei 8.884/94, qual seja, R\$ 400 milhões no ano anterior ao da operação.

2 FORMALIDADES NECESSÁRIAS

5. As Requerentes *não* juntaram aos autos as procurações concedidas aos seus representantes legais.

6. O contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças foi acostado no apartado confidencial.

7. Comprovante de recolhimento de taxa à fl. 03.

8. Publicação do Ato de Concentração no Diário Oficial da União de 05.08.2010 sem manifestação de oposição.

9. Considerando a realização da operação na data da celebração do “Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças”, 27.05.2010, e a apresentação em 23.07.2010, verifica-se a *INTEMPESTIVIDADE*, nos termos do art. 54, §4º, da Lei 8.884/94.

3. PARECERES

10. Determinou a SEAE em seu parecer que a operação deve ser aprovada sem nenhuma espécie de restrição.

11. A SDE ratificou os termos do parecer da SEAE.

4 DOS EFEITOS DA OPERAÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA

12. A operação ocasionaria uma relação horizontal mínima, uma vez que a Gazzag e a Odysseus possuem sites de jogos na internet e as Organizações Globo atuam de forma pouco significativa neste mercado.

13. Note-se que mesmo adotando uma análise de mercado relevante restritiva (jogos on-line no Brasil) a SEAE apenas identificou uma participação de mercado de apenas 8,65%.

14. Desta forma, não se vislumbra maiores problemas concorrenciais na operação em tela.

15. No que se refere à cláusula de não-concorrência, se limita aos seguintes âmbitos:

CONDIFENCIAL

16. Portanto, a cláusula de não concorrência se adéqua à jurisprudência do CADE.

5 DA INTEMPESTIVIDADE

17. No caso dos autos, foi constatado que a operação em análise foi apresentada intempestivamente. Deveria ter sido notificada até o dia 18/06/2010 e o foi apenas no dia 23/07/2010.

18. Antecipando eventual aplicação de multa por intempestividade, as requerentes apresentam arrazoado (fls. 34/37) defendendo a aplicabilidade, no caso, apenas da multa mínima de 60.000 UFIR prevista no art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94.

19. Essencialmente, as partes alegam que a Resolução do CADE nº 44/2007, que atualmente norteia o Conselho no cálculo da multa por intempestividade dentro da faixa legal discricionária de 60.000 a 6.000.000 de UFIR, falha ao não levar em consideração alguns aspectos peculiares a operações de concentração que levaria à possibilidade, em tese, de aplicação de multas desproporcionais.

20. Concretamente, as requerentes argumentam que: (i) a presente operação não apresenta qualquer risco ao ambiente concorrencial, o que já resta constatado pela SEAE e pela SDE; (ii) a intempestividade da apresentação foi irrelevante, uma vez que se circunscreveu a algumas semanas; (iii) o valor da operação foi de apenas R\$ 14.000.108,68 (quatorze milhões, cento e oito reais e sessenta e oito centavos).

21. Disso as partes inferem que não haveria diferença substancial entre analisar o ato algumas semanas antes ou depois (itens “i” e “ii”).

22. Também afirmam que não faz sentido aplicar a multa sem se referenciar ao valor da operação, como o faz a Resolução do CADE nº 44/2007, sob pena de se perder a proporcionalidade da sanção *vis-à-vis* a potencialidade lesiva do ato que levou à sua aplicação.

23. Em outras palavras, sendo o negócio adquirido na operação notificada intempestivamente de menor porte, por definição o ato de não notificá-lo tempestivamente também não teria maior gravidade, de onde seria lícito concluir que a multa não poderia atingir um patamar substancial dentro da faixa de 60.000 a 6.000.000 de UFIR, sob pena de se ofender a razoabilidade e a proporcionalidade que devem guiar a atividade administrativa.

24. Concluem requerendo que seja relativizada, no caso, a aplicação dos critérios da Resolução do CADE nº 44/2007, para que seja fixada a multa no patamar mínimo de 60.000 UFIR.

25. Em princípio, é importante destacar, à guisa de esclarecimento, algumas questões acerca da obrigatoriedade de notificação de concentrações ao CADE, do prazo para sua apresentação, de eventual aplicação de multa por intempestividade decorrente do descumprimento desta obrigação e da aprovação da operação em si, em virtude da verificação posterior, pelo CADE, da inexistência de preocupações concorrenciais decorrentes da mesma.

26. O art. 54, § 3º, estabelece as condições para a notificação obrigatória das concentrações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

27. Tal norma criou uma presunção de potencial lesividade ao ambiente concorrencial dos atos que preencham alguns dos critérios ali estabelecidos, vale dizer: (a) operação resultante em participação superior a 20% em um determinado mercado relevante ou; (b) faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) de qualquer dos participantes (comprador/vendedor) da operação.

1 Art. 54. 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.

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique 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 no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

28. No entanto, a obrigação de apresentação é universal e subsiste para todos aqueles que preencham um dos requisitos descritos no art. 54, § 3º, independente da afirmação posterior da inexistência de efeitos anti-concorrenciais decorrentes da operação.

29. Mais. Com vistas a garantir a efetividade e tempestividade da atuação do CADE no controle das fusões no ambiente concorrencial brasileiro, o art. 54, § 4º², estabeleceu um prazo para apresentação das operações e, em seu § 5º³, instituiu sanção pelo seu descumprimento.

30. Como se percebe, a questão da tempestividade da submissão do ato de concentração econômica encontra fundamento no §4º do art. 54 da Lei 8.884/94. É, pois, uma discussão que se coloca antes de qualquer consideração a respeito do mérito da operação, isto é, de saber se o ato merece ou não ser aprovado pelo Poder Público. Caso se chegue à conclusão de que o ato não foi apresentado no prazo legal, impõe-se a aplicação de multa, por força do disposto no §5º do mesmo art. 54.

31. Trata-se, assim, de uma sanção autônoma decorrente de ato administrativo de caráter vinculado que tem por escopo específico punir aquele que não observa o prazo de apresentação do ato de concentração previsto na lei.

32. As requerentes não estão argumentando, no presente caso, que a aprovação da operação acarretaria o afastamento da multa por intempestividade. Elas afirmam que a aprovação da operação seria um fator a inibir o montante da multa, que poderia não estar sendo considerado nos critérios de cálculo da Resolução do CADE nº 44/2007.

33. No entanto, o risco potencial apresentado pelo negócio apresentado não pode ser dissociado do risco concreto do descumprimento da obrigação administrativa por parte do agente econômico legalmente obrigado a apresentá-la.

34. Conforme acima enunciado, a obrigação de apresentar a operação recai sobre os grupos econômicos ao quais pertencem os agentes de mercado que participam da operação.

35. Se um deles atinge um patamar (R\$ 400.000.000,00 de faturamento anual), então a Lei já considera que qualquer ato de concentração por este grupo efetuado deve, por prevenção, ser notificado e analisado pelo CADE.

36. A presunção legal de potencial lesividade em operações que envolvam requerentes que possuam faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 deriva do gigantismo do agente econômico, expresso em seu faturamento.

2 § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (*Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95*)

3 § 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

37. Presume-se que operações que envolvam agentes econômicos deste porte apresentam maior risco à concorrência e devem ser submetidas ao controle do CADE.

38. Naturalmente, pela mesma linha de raciocínio que levou à criação desta presunção, é possível concluir que a potencialidade lesiva da operação será, ao menos teoricamente, tanto maior quanto maior o faturamento do grupo econômico que estava obrigado a notificar a operação de concentração econômica.

39. Como se está tratando, aqui, de potencial lesivo, é óbvio que a avaliação posterior da operação pelo CADE vai revelar com maior exatidão o nível de preocupação que aquela operação especificamente notificada, ou não notificada, causava.

40. Isso não elide, contudo, a preocupação de ordem geral que nasce do descumprimento da obrigação de apresentar as operações de concentração tempestivamente.

41. Desta forma, no momento⁴ de dosar (60.000 a 6.000.000 de UFIR) a sanção pelo descumprimento da obrigação de apresentação tempestiva de atos de concentração deve ser observado, como pedem as requerentes, o risco de lesão concreto da operação apresentada intempestivamente e o tempo transcorrido desde o prazo final para apresentação, mas, também, o risco potencial derivado do descumprimento desta obrigação pelo grupo econômico obrigado.

42. Não fosse assim, a penalidade perderia significativamente a sua capacidade dissuasória frente a infratores cujos movimentos no mercado são potencialmente mais lesivos ao ambiente concorrencial.

43. Foi com base nestas premissas que foi editada a Resolução do CADE nº 44/2007.

44. A Lei estabelece limite máximo e mínimo que são completados pelo juízo do caso concreto. O CADE tem, assim, discricionariedade no momento da fixação da multa.

45. Esta discricionariedade não é absoluta. O art. 27 da Lei 8.884/94, o qual determina critérios para aplicação de penalidades nos ditames da Lei, preconiza que:

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

4 Este momento ocorre conjuntamente com avaliação do mérito do ato de concentração pelo CADE, ou seja, a aprovação/reprovação da operação já é conhecida quando é feita a dosagem da sanção pelo descumprimento da obrigação de apresentar a operação tempestivamente.

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

46. Mesmo com as balizas do art. 27 da Lei 8.884/94, a margem de discricionariedade conferida pelo legislador ao CADE para quantificação da multa (60 mil a 6 milhões de UFIR) é ampla.

47. A Resolução do CADE nº 44/2007 veio para estreitar essa margem, informando paradigmas fundados em critérios objetivos, seguros, preestabelecidos e razoáveis, dando concretude aos princípios da Administração Pública da finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

48. O seu texto é curto e consiste no seguinte:

Art. 1º. A multa de que trata o art. 54, § 5º, da Lei 8.884/94 será calculada da seguinte forma:

I - a multa-base é equivalente a 60.000 UFIR acrescidas de 600 UFIR por dia de atraso, a partir do segundo dia;

II - A multa-base será considerada em dobro em caso de reincidência;

III - Nos casos em que a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a que pertencem os participantes do ato de concentração, no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação do ato, exceder R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões de reais), será acrescido à multa-base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos dos participantes, respeitado o limite de 700.000 (setecentas mil) UFIR;

IV - Na hipótese de o ato ser aprovado com restrição, o valor apurado nos termos dos incisos I, II, e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei nº 8.884/94, ser majorado em até 50%;

V - Na hipótese de não aprovação do ato, o valor apurado nos termos dos incisos I, II, e III supra, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei nº 8.884/94, ser majorado de 50% até 100%.

Art. 2º. Em caso de apresentação espontânea do ato de concentração, a multa calculada na forma do artigo 1º supra será reduzida em 30% (art. 27, II, da Lei 8.884/94).

Art. 3º. O valor da multa observará os limites estabelecidos pelo art. 54, §5º da Lei nº 8.884/94.

Art. 4º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

49. A Resolução em análise atende às preocupações das requerentes expostas nos pontos “i”⁵ e “ii”⁶.

5 (i) a presente operação não apresenta qualquer risco ao ambiente concorrencial, o que já resta constatado pela SEAE e pela SDE;

6 (ii) a intempestividade da apresentação foi irrelevante, uma vez que se circunscreveu a algumas semanas;

50. Ela estabelece uma multa base no valor mínimo de 60.000 UFIR (a multa nunca poderia ser menor do que isso) e determina, em seu art. 1º, IV e V, a contrario sensu, que uma operação aprovada sem restrições não poderá sofrer maiores acréscimos.

51. Com base na mesma premissa, determina um acréscimo de 600 UFIR na multa base por cada dia de atraso. Em suma, quanto menor o tempo de atraso, menor a multa base aplicada, até o limite mínimo, que seria aplicável ao caso em que a apresentação intempestiva deu-se no primeiro dia após o fim do prazo de apresentação da operação.

52. Não há na Resolução do CADE n.º 44/2007 disposição especificamente vinculando o valor da multa aplicada ao valor do negócio, como pretendem as partes no item “iii”⁷.

53. Isto porque o valor do negócio, em si, não informa o potencial lesivo da operação. Seria até possível inferir, sem muita precisão, a potencialidade lesiva do negócio a partir do seu valor, mas é preciso recordar que já se tem o potencial lesivo concreto do ato através do julgamento do mérito no mesmo momento em que se dosa a pena.

54. Portanto, a maior ou menor sanção em função da gravidade da operação apresentada intempestivamente – e somente no que se refere a este ponto – deve ser aplicada observando-se a aprovação, aprovação com restrições ou não aprovação da operação, que é um critério muito mais confiável que o valor da operação e isto já é feito, conforme frisado, nos incisos IV e V do art. 1º da Resolução em análise.

55. Com base nessas considerações, não se vislumbra como aceitar a pretensão das requerentes de não incidência Resolução do CADE n.º 44/2007 e fixação da multa no patamar mínimo de 60.000 UFIR.

56. Este patamar somente deve ser adotado quando as circunstâncias da operação, em concreto, e o comportamento/porte do grupo econômico que descumpriu a obrigação indicarem o mínimo potencial ofensivo.

5 Conclusão

57. Com base nas considerações acima declinadas, opina-se pelo conhecimento e aprovação da operação, ressaltando o ponto abaixo.

58. Esta PROCURADORIA FEDERAL sugere que se solicite às requerentes a apresentação das procurações, no original ou em cópia autenticada por cartório oficial, nos termos do art. 37 do Regimento Interno do CADE.

É o parecer.

Brasília, 31 de agosto de 2010.

Victor Santos Rufino
PROCURADOR FEDERAL

7 (iii) o valor da operação foi de apenas R\$ 14.000.108,68 (quatorze milhões, cento e oito reais e sessenta e oito centavos).

