

03

2014 - Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

## Sumário

<b>Apresentação</b> .....	2
<b>I - Atualidades</b>	
La Declaración de Lima (Hebert Tassano Velaochaga) .....	4
<b>II – Doutrina Jurídica</b>	
A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas (João Marcelo da Costa e Silva Lima) .....	11
Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC (Thiago Alves Duarte Faerman Soares) .....	33
Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROTM (Pollyana Pacheco Lima) .....	64
Considerações sobre <i>essential facilities e standard essential patents</i> nas guerras de patentes (Isabela Brockelmann Faria) .....	89
Concorrência no Mercado bancário: Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional (André Luis M. Freire) .....	106
Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação (Ângelo Menezes Silvino) .....	130
A posição das cooperativas no cenário concorrencial (Mônica Tiemy Fujimoto) .....	154
A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio <i>Nemo tenetur se detegere</i> (Paula Kovalski Fernandes) .....	173

## Apresentação

A terceira edição da **Revista de Defesa da Concorrência** apresenta nove artigos e conta com a participação de Hebert Tassano Velaochaga, Presidente do *Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (INDECOPI em seu acrônimo em espanhol), cujo trabalho contribui para diversificar as perspectivas e as abordagens das problemáticas no âmbito da defesa da concorrência. Desse modo, buscamos, uma vez mais, evidenciar internacionalmente a revista.

Essa edição segue o formato de apresentação das primeiras edições, com uma parte sobre “Atualidades” e outra dedicada à “Doutrina”.

Na seção “Atualidades”, como mencionado anteriormente, contamos com o artigo do Dr. Hebert Tassano Velaochaga, Presidente do *Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (INDECOPI em seu acrônimo em espanhol), a autoridade da concorrência do Peru, membro do *Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL* e membro do *Cuerpo Colegiado de OSITRAN*. O autor aborda a questão da cooperação internacional em matéria concorrencial para fiscalização de atividades anticoncorrenciais internacionais, através de “*La Declaración de Lima - Una acción concreta para el fortalecimiento de la cooperación entre agencias en la fiscalización de actividades anticompetitivas transfronterizas*”. Ao apresentar a posição do INDECOPI em relação a cooperação internacional, a publicação dá continuidade ao processo de divulgação do importante trabalho desenvolvido pelas autoridades de defesa da concorrência, em especial latino-americanas.

Na seção de “Doutrina”, referente à doutrina jurídica, apresentamos oito artigos que cobrem diversos temas concorrenciais.

Começando pelo artigo “A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas” que oferece subsídios que considerem os efeitos anticompetitivos e as eficiências em uma análise sistematizada da cláusula de preferência. Em seguida, o artigo “Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC” aborda um controverso fenômeno de extrema complexidade - a prática de preço predatório. Um estudo acerca da perspectiva de contratos de licenciamento de propriedade intelectual

como via para atos de concentração, que parte da análise de caso de licenciamento da tecnologia na produção de sementes de soja no Brasil é relatado no artigo “Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da INTACTA RR2 PROT™”. Seguindo a discussão sobre licenciamento de propriedade intelectual, o artigo “Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes de TI” aborda as ‘guerras de patentes’ entre companhias do mercado de tecnologia da informação, a qual depende de licenciamento compreendido por meio da doutrina das *essential facilities*. No artigo “Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional” o autor aborda a questão da titularidade da competência para defesa da concorrência no setor financeiro. O artigo “Para onde vai o Direito Internacional Concorrencial: das políticas alfandegárias ao cooperativismo” através de uma abordagem histórica e comparativa investiga o atual panorama do Direito Internacional Concorrencial. O artigo “A posição das cooperativas no cenário concorrencial” aborda o controverso tema das relações concorrenciais dos cooperados, sua vulnerabilidade (quando vistos como agentes individuais) e seu potencial competitivo (enquanto cooperativa). Por fim, o artigo “A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.” analisa no que se refere à infração de cartel e seus desdobramentos criminais, a relação entre a colaboração processual ativa no âmbito administrativo e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Vinicius Marques de Carvalho

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

**Editores-chefes da Revista de Defesa da Concorrência**

## La Declaración de Lima

### Una acción concreta para el fortalecimiento de la cooperación entre agencias en la fiscalización de actividades anticompetitivas transfronterizas

Hebert Tassano Velaochaga<sup>1</sup>

El Estado, a través de sus agencias de competencia, tiene como misión velar por el interés de sus ciudadanos, promoviendo el bienestar general y el proceso competitivo. Desde el punto de vista económico, garantizar la promoción y defensa de la competencia genera que el mercado funcione adecuadamente y que la asignación de los recursos sea eficiente; desde el punto de vista social, desaparece la hostilidad entre los miembros de una sociedad y surge el deber de colaboración y asistencia, lo cual los moviliza a producir bienes y servicios.<sup>2</sup>

Para ello resulta importante que exista una legislación que sancione a los agentes que atentan contra la competencia del mercado. Para estos fines el INDECOPI<sup>3</sup> cuenta con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuya finalidad es la siguiente:

*Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-  
La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.*

Con esta norma se han sancionado una serie de conductas anticompetitivas que han afectado el mercado peruano; sin embargo, existen casos donde las prácticas anticompetitivas detectadas tienen impacto transfronterizo e incluso han sido o vienen siendo investigadas en otros países, por lo que para su detección e investigación resulta de mucha importancia la cooperación entre los países involucrados.

Al respecto, conocer la experiencia de los países desarrollados nos muestra la importancia que tiene la cooperación entre las agencias de competencia para la lucha contra las prácticas anticompetitivas transfronterizas tal como el abuso de posición de dominio, las

---

<sup>1</sup> Presidente del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Miembro del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL y Miembro del Cuerpo Colegiado de OSITRAN.

Profesor de la Especialización en Protección al Consumidor del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico; del Curso de Derecho Administrativo de la Regulación en el Post-Grado de la Universidad ESAN y de la Facultad de Derecho Corporativo de la misma universidad.

<sup>2</sup> Julio Pascual y Vicente (2013).

<sup>3</sup> Siglas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, agencia de competencia peruana.

fusiones que distorsionan la competencia y los carteles transfronterizos.<sup>4</sup> Sin embargo, tal como concluyeron las Naciones Unidas en la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo llevada a cabo el 19 de abril de 2012, a diferencia de los países desarrollados, los países en desarrollo no han tenido avances en la cooperación entre agencias para la lucha contra las prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo.

En nuestra región, existen dos esfuerzos por parte de la Comunidad Andina y el MERCOSUR por crear normas de competencia supranacionales:

- Comunidad Andina<sup>5</sup>: en la Decisión 608 se regulan las prácticas anticompetitivas con efectos en dos o más Estados Miembros. Sin embargo, esta norma presenta el inconveniente de cómo hacer cumplir las decisiones que se emitan en virtud de la referida norma, debido a la falta de institucionalidad y de una estructura adecuada.
- MERCOSUR<sup>6</sup>: sus disposiciones de competencia no se han aplicado, por la complejidad del tema y porque además, no se define claramente si se aplican a las prácticas anticompetitivas prohibidas a nivel nacional o a las que tienen impacto transfronterizo.

En consecuencia, conociendo todos estos antecedentes vemos que si actualmente las empresas multinacionales que incurren en prácticas anticompetitivas transfronterizas se encuentran organizadas, corresponde que las agencias de competencia también se organicen. Por ello, el 17 de junio de 2013, el INDECOPI propuso a las agencias de competencia Sudamérica la creación de un **Foro** que tuviera como objetivo lograr una mayor eficacia en la defensa de la libre competencia en nuestra región.

Esta propuesta surgió luego de que quedó evidenciada la poca o casi nula coordinación que existe actualmente entre las agencias de competencia sudamericanas, como ocurrió por ejemplo en la investigación del mercado de oxígeno líquido llevada a cabo en 7 países<sup>7</sup> de América Latina.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Acuerdos, eventualmente secretos, entre empresas que actúan en un mismo mercado cuyo objeto es fijar los precios, distribuirse los mercados o limitar la producción.

<sup>5</sup> Es una comunidad de países unidos voluntariamente con el objetivo de alcanzar el desarrollo integral mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana. La integran los siguientes países: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

<sup>6</sup> El Mercado Común del Sur – MERCOSUR, está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Los Estados que conforman el MERCOSUR comparten una comunión de valores que encuentra expresión en sus sociedades democráticas, pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales, de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, así como su compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social con equidad. Tiene como Estados asociados a Chile, Colombia, Perú y Ecuador.

<sup>7</sup> Panamá, Chile, Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú.

<sup>8</sup> Información basada en UNCTAD – COMPAL “Lecciones Aprendidas a raíz de los casos de Oxígeno Líquido en América Latina: Recomendaciones para mejorar la cooperación en investigación de carteles”. Documento presentado ante el Seminario Internacional sobre Contratación Pública, Quito, Ecuador 12-13 de marzo de 2013. Elaborado por Pierre Horna dentro del marco del Componente Regional del Programa COMPAL. Ver en: [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/IntBidRig\\_Backnote\\_ES.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/IntBidRig_Backnote_ES.pdf)

Dicha investigación se llevó a cabo debido a que las empresas multinacionales suministradoras de oxígeno líquido a los hospitales de 7 países de América Latina incurrieron en prácticas colusorias en licitaciones públicas, a través de sus subsidiarias en cada país. Sin embargo, pese a que la práctica fue sancionada por casi todos los países incluyendo al Perú,<sup>9</sup> no existió ningún tipo de coordinación entre las autoridades de competencia.

La falta de cooperación entre los países se da principalmente por las siguientes razones:

- **Dificultad relacionada con los bajos niveles de cooperación que existe entre las agencias de competencia de Sudamérica**

Si bien las agencias de competencia de la región han celebrado diversos acuerdos de cooperación, se evidencia aún un problema de disponibilidad de instrumentos eficaces para la cooperación y confianza entre las agencias, lo que trae como consecuencia que exista poca cooperación entre las agencias y que diversas prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo, no sean detectadas.

Otras razones que explican la escasez de cooperación regional entre las autoridades de competencia, particularmente en los países en desarrollo, son: la falta de experiencia y la capacidad institucional de las autoridades (la mayoría de las agencias son relativamente jóvenes), la falta de seguimiento de las actividades de los carteles y otras actividades anticompetitivas como el abuso de posición de dominio y fusiones que restrinjan la competencia, sumado al hecho de que puede resultar costoso y complejo analizar la información que puede ser intercambiada debido a los requisitos legales de cada país, sobre todo para los países que carecen de experiencia y estructuras administrativas fuertes.

- **Dificultad en el intercambio de información en la investigaciones**

El intercambio de información se ha vuelto uno de los obstáculos más grandes para detectar y detener prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo. Incluso los acuerdos de cooperación entre las autoridades de competencia raramente incluyen disposiciones acerca del intercambio de información.

---

<sup>9</sup> Ver Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.

Existen tres niveles de información que se puede compartir entre las agencias de competencia para mejorar su eficacia en su lucha contra las prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo:

- **Información pública:** conformada por las Resoluciones que emiten las agencias, así como las decisiones judiciales sobre los casos resueltos por las agencias de competencia que llegaron a la vía judicial. Estudios e informes que hayan sido publicados y los anuncios que se publiquen sobre el estado de los expedientes.
- **Información no confidencial pero no pública:** conformada por la información que ha sido producida por la agencia de competencia pero que no se ha puesto a disposición del público ni se ha diseminado. Por ejemplo: en el caso de los carteles serían los hallazgos sobre su estructura y sus agentes intervinientes, así como es la situación de la competencia en determinado sector (incluido los indicios de prácticas anticompetitivas).
- **Información confidencial:** se trata de la “información confidencial” propiamente dicha, según se haya definido en cada jurisdicción (normalmente las leyes protegen como “información confidencial” solo los secretos comerciales de las empresas). En otro nivel (seguramente de menor protección) tenemos a la información aportada por las partes en el marco de una investigación, que puede estar protegida por el deber de secreto o discreción por lo menos en el curso de las investigaciones, a pesar de no ser “información confidencial” en sentido estricto. También (pero de protección incluso inferior) tenemos la información generada por la agencia de competencia en el marco de una investigación.

Como podemos apreciar, el intercambio de información confidencial es lo que genera mayor problema entre las agencias de competencia. Aquí una serie de factores que contribuyen a este hecho:

- Existen diferentes definiciones del concepto de “información confidencial” entre los países, lo que implica que una determinada información puede ser compartida por algunas agencias pero no por otras. Esto puede conllevar un círculo vicioso, pues al no



existir definición común de este concepto una agencia puede no saber que otra agencia de la región se encuentra investigando el mismo caso.<sup>10</sup>

- La falta aparente de compromiso en el intercambio de información confidencial que puede ser explicado por el efecto de los acuerdos de competencia. Los acuerdos entre estos países son bastante recientes y desde su vigencia no se registran casos en los que se haya intercambiado información confidencial para resolver casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.
  - La confidencialidad no sólo afecta en el desarrollo de la investigación, sino que también puede dañar el interés legítimo y el derecho de los sujetos o empresas objeto de la investigación que pueden haber suscrito cláusulas de confidencialidad profesional y de negocios.
  - Falta de confianza mutua entre las autoridades de competencia.
  - Viabilidad legal del intercambio de información confidencial producto de los acuerdos comerciales.
- **Pocos avances en la implementación de los programas de clemencia en Latinoamérica, con excepción de Brasil y Chile**

La ausencia de mecanismos internacionales de represión de prácticas anticompetitivas con efecto transfronterizo como carteles, añadida a la falta de efectividad en los programas de clemencia de los países de América Latina (con excepción de Brasil), hacen que el descubrimiento y la persecución de prácticas anticompetitivas sea muy complicado.

Sin embargo, en las últimas versiones de las leyes de competencia de Perú (2008), México (2011), Brasil (2012) y Costa Rica (2013), las disposiciones sobre los programas de clemencia están mejor detalladas y se encuentran en concordancia con los estándares internacionales, prácticas comunes y las condiciones locales (con notoria excepción de Costa Rica). Por ejemplo, aunque el INDECOPI no ha tenido oportunidad de intercambiar información con otras jurisdicciones en el marco de un programa de clemencia, la ley de competencia de Perú contiene disposiciones relacionadas con la cooperación efectiva en el

---

<sup>10</sup> Este es el caso de los países centroamericanos donde las dificultades en la implementación de los acuerdos entre las agencias, llevaron a la prohibición completa de intercambio de información confidencial. Por ejemplo, la autoridad de Costa Rica ha firmado acuerdos de cooperación institucional en asuntos de competencia con la Comisión de Defensa y Promoción de la Competencia de la República de Honduras, el Instituto de Promoción de la Competencia (Pro Competencia) de la República de Nicaragua, la Superintendencia de Competencia de El Salvador y la Autoridad de Protección del Consumidor y Competencia de Panamá entre otros. Si bien estos acuerdos intentan promocionar la libre competencia en la región, estos esfuerzos se han visto eclipsados por la falta de acuerdo sobre el intercambio de información confidencial entre las autoridades, debido principalmente a las limitaciones de su legislación nacional sobre el tema.

marco de este programa que podría eventualmente, ser aplicable a las investigaciones transfronterizas.

- **Reconocimiento adecuado de las pruebas reunidas en el exterior**

A menudo, las pruebas en las investigaciones abiertas a carteles y otras prácticas anticompetitivas de alcance transfronterizo se encuentran en el extranjero. Sin embargo, debido al bajo nivel de cooperación y la falta de mecanismos que permitan el intercambio de información, los investigadores no tienen acceso a pruebas localizadas fuera de sus territorios. Más aún, existe muy poca o ninguna discusión y comparación de notas entre los investigadores del mismo caso en las distintas agencias, lo que impide el progreso de la investigación y que se realice una mejor defensa frente a los argumentos de las partes investigadas.

Si las pruebas necesarias para sancionar a un agente se encuentran dispersas en distintas jurisdicciones y no pueden ser compartidas por razones legales, incluso cuando una autoridad tenga información adecuada para llevar a cabo un proceso exitoso, otras jurisdicciones que se pueden haber visto afectadas por la práctica anticompetitiva pueden verse en la imposibilidad de sancionarla por no contar con la referida información.

Todos estos inconvenientes pueden ser superados por los países mediante la cooperación tanto en la etapa de pre-investigación, investigación y post – investigación, mediante la creación de mecanismos que permitan intercambiar información sobre las estrategias utilizadas tanto por las agencias de competencia como por las empresas investigadas. Asimismo, sería oportuno desarrollar mecanismos legales que permitan el intercambio de información y documentos e inclusive, en una etapa mucho más avanzada, permitan llevar a cabo diligencias conjuntas.

Para materializar este trabajo y tal como mencionamos al inicio del presente documento, el 17 de junio de 2013, INDECOPI propuso a las agencias de competencia de Sudamérica de los países de: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela que se fortalezcan los mecanismos de cooperación para lograr una mayor eficacia en la defensa de la libre competencia. Sobre la base de esta iniciativa y en el marco del Foro Latinoamericano de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE las agencias de competencia de Chile (Fiscalía Nacional Económica), Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio) y Perú (INDECOPI) firmaron la **Declaración de Lima** mediante el cual se creó un espacio de intercambio de experiencias en

el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia, así como para analizar y estudiar temas de interés y discutir los pasos a seguir para mejorar los niveles de integración entre las agencias, a través de reuniones que se llevarán a cabo de manera periódica, aprovechando los foros internacionales y regionales. La sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD, tendrá el rol de facilitador de las reuniones y pondrá a disposición de sus participantes una base de datos de casos de competencia.

En virtud de la suscripción de la **Declaración de Lima**, las agencias de competencia de Chile, Colombia y Perú nos encontramos realizando actividades de cooperación en la investigación de un caso que afectaría la libre competencia del mercado con impacto transfronterizo, cuyos detalles en estos momentos deben mantenerse en reserva debido a la confidencialidad de la investigación.

En ese sentido, vemos que la firma de la **Declaración de Lima** constituye un punto de partida muy importante para la cooperación entre los países de la región en temas de competencia, dejando abierta la posibilidad de que otras agencias de competencia de América Latina se adhieran. Sin embargo, a corto y mediano plazo estos lazos de cooperación podrían fortalecerse incluso mucho más y apuntar a la creación inclusive de un **Foro** con una agenda propia y con la finalidad de estudiar la legislación y práctica en materia de defensa de la competencia de cada uno de los países miembros y lo que es muy importante, elaborar documentos fundamentales para la cooperación, como: (i) un **“Acuerdo marco de cooperación en la investigación de prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo”** para el intercambio de información que abarcaría tanto la etapa de pre – investigación o preliminar como la parte de investigación y post – investigación; y, (ii) un **“Convenio de tratamiento de información”** que permita garantizar que la información intercambiada no sea divulgada. Incluso en una etapa mucho más avanzada podría propiciar un espacio de coordinación para llevar a cabo investigaciones y acciones conjuntas de defensa de la libre competencia.

Si bien esta es una propuesta ambiciosa, estamos convencidos que resulta necesaria para aplicar la normas de competencia en las regiones de manera satisfactoria, teniendo en consideración que es una realidad que algunas empresas multinacionales incurren en prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos, ante lo cual las agencias de competencia tienen que encontrarse en la capacidad de responder con la misma capacidad de acción y coordinación.

## A cláusula de preferência em relações verticais entre empresas

João Marcelo da Costa e Silva Lima<sup>1</sup>

### RESUMO:

O objetivo deste texto é oferecer subsídios para uma análise sistematizada da cláusula de preferência, levando em consideração efeitos anticompetitivos e eficiências. Argumenta-se que uma maior sistematização da análise antitruste de restrições verticais em geral pode resultar nos seguintes ganhos para a sociedade: (i) a possibilidade dos agentes de mercado realizarem, ao redigirem contratos, uma análise preventiva antitruste; (ii) maior segurança jurídica; e (iii) a economia para os cofres públicos, permitindo às autoridades antitruste, conseqüentemente, concentrar seu orçamento na investigação de condutas mais graves.

Palavras-chave: Cláusula de Preferência, Restrições Verticais, Fornecimento, Contracts That Reference Rivals, Custos de Transação

### ABSTRACT:

The purpose of this paper is to provide insight to a systematic approach to the antitrust assessment of the preference clause (right to match or English clause), a vertical restraint. It is argued that a more systematic analysis of antitrust vertical restraints in general can result in the following benefits: (i) the possibility of *a priori* antitrust assessment of vertical restraints, (ii) greater legal certainty, and (iii) savings to the public treasury, allowing the antitrust authority to further focus its already restrained budget on the investigation of anticompetitive practices that are more serious.

Key-words: Preference Clause, Vertical restraints, Supply, Contracts That Reference Rivals, Transaction costs.

Classificação JEL: K21 + L40 + L42

---

<sup>1</sup>Graduando em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da literatura sobre restrições verticais a *Contracts That Reference Rivals* (CRR). 2.1. A origem da literatura CRR: restrições verticais. 2.2. *Contracts That Reference Rivals*: por uma maior sistematização da análise antitruste em restrições verticais. 3. A cláusula de preferência: entre eficiências e efeitos anticompetitivos. 3.1 Possíveis efeitos anticompetitivos. 3.1.1 Enfraquecimento da rivalidade entre as empresas. 3.1.2 Aumento de custos dos rivais: uma estratégia potencialmente exclusionária. 3.1.3 Incentivo à colusão tácita. 3.2 Possíveis eficiências. 3.2.1 Redução de custos de transação. 3.2.2 Redução de atrasos na concretização de transações. 3.2.3 Mitigação de situações de *hold-up* contratual. 3.2.4 Economias de escala e escopo. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

Em 2010, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) julgou um caso que, pelo mercado afetado, teve grande repercussão pública: o da Globo e o Clube dos 13, grupo composto pelos maiores times de futebol do campeonato brasileiro à época<sup>2</sup>. O Processo Administrativo, que terminou em acordo (especificamente, Termo de Cessação de Conduta), foi instaurado devido a indícios de infração à ordem econômica decorrente do contrato de venda de direitos de transmissão de jogos do campeonato brasileiro entre a Globo e o Clube dos 13. De acordo com a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE), algumas cláusulas do referido contrato prejudicavam a concorrência no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro.

O contrato previa, de fato, não só o direito de exclusividade de transmissão dos jogos do Clube dos 13 durante o período de sua vigência (cinco anos), como também uma cláusula de preferência, que funcionava como uma renovação privilegiada. Em outras palavras, se, ao final do período de vigência do contrato de transmissão, outra empresa atuante no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro fizesse ao Clube dos 13 uma proposta de aquisição dos direitos de transmissão que fosse mais vantajosa, a Globo tinha um mês para igualar essa proposta. Se conseguisse igualá-la, ou oferecesse uma proposta ainda mais vantajosa, o Clube dos 13 era obrigado a renovar o contrato de direito de transmissão de jogos, em regime de exclusividade contratual.

Uma das previsões do acordo entre o Cade, a Globo e o Clube dos 13 foi a obrigação de a Globo suprimir, unilateralmente, a cláusula de preferência, por ser considerada pelas

---

<sup>2</sup>Processo Administrativo n. 08012.006504/97-11. Representadas: TV Globo Ltda., Globo Comunicações, Associação Brasileira dos Clubes de Futebol Brasileiro (Clube dos Treze) e outros. Conselheiro-relator: César Costa Alves de Mattos. Decisão de 20 de outubro de 2010.

autoridades antitruste prejudicial à concorrência no mercado de transmissão de jogos do campeonato brasileiro.

Um ano antes da solução acordada do caso Globo, o Cade analisou outro contrato que também continha cláusula de preferência. Tratava-se de contrato de fornecimento entre a Votorantim Cimentos Brasil (Votorantim) e a Qualimat<sup>3</sup>. De acordo com as estipulações contratuais, a Votorantim comprometia-se a adquirir da Qualimat argamassas colantes e argamassas de rejuntamento por um período de três anos. Além de uma cláusula de exclusividade em relação ao fornecimento em determinadas regiões do Brasil, o contrato igualmente previa uma cláusula de preferência no fornecimento de argamassas nas demais regiões não abarcadas pela exclusividade. A operação foi aprovada sem restrições em 8 de julho de 2009.

Diante desses dois casos até agora mencionados, cabe a seguinte pergunta: em que situações a cláusula de preferência tem o condão de gerar preocupações concorrenciais? O objetivo deste artigo é oferecer subsídios para uma resposta a essa questão. Embora as cláusulas de preferência dos casos mencionados acima sejam diferentes em alguns aspectos<sup>4</sup>, suas semelhanças permitem uma análise a partir dos mesmos parâmetros, o que também é desejável sob a ótica de política de defesa da concorrência, como se verá abaixo. Espera-se, ao final do texto, propor e descrever parâmetros para uma análise sistematizada da cláusula, que leve em consideração seus efeitos pró e anticompetitivos.

Na primeira parte do texto, contextualizar-se-á o debate da literatura tradicional sobre restrições verticais com o objetivo do presente estudo, que é contribuir para uma análise menos casuística e mais sistematizada desse fenômeno antitruste (**Parte II**). Na segunda parte, elencar-se-ão os parâmetros de uma análise sistematizada da cláusula de preferência, a partir de um estudo dos efeitos anticompetitivos e das eficiências de cláusulas de preferência, utilizando de maneira ilustrativa o caso Globo e Clube dos 13 e, também, o caso Qualimat<sup>5</sup> (**Parte III**).

---

<sup>3</sup>Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009.

<sup>4</sup>Enquanto a cláusula de preferência no caso Qualimat pode ser considerada uma *Meet-or-Release Clause*, ou um *Right to Match*, a ser utilizado ao longo do período em que o contrato está em vigência, a cláusula de preferência no caso Globo e Clube dos 13 é essencialmente uma cláusula de renovação obrigatória, ou o que a doutrina chama de *English Clause*, definido pela Comissão Europeia como “Contractual agreement in the context of single branding arrangements between a supplier and its customer (for example, a retailer), allowing the latter to purchase a product from other suppliers on more favourable terms, unless the ‘exclusive’ supplier accepts to supply the product under the same advantageous conditions”. (EC. *Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*. Directorate-General for Competition Brussels, Julho, 2002.)

<sup>5</sup>A opção por aplicar os conceitos da literatura de CRR aos casos Qualimat e Globo e Clube dos 13 tem objetivo meramente ilustrativo. Os casos serão utilizados apenas para ajudar a compreensão dos parâmetros de análise que este texto se propõe a elucidar, e não serão uma reprodução da análise feita pelo Cade em relação a eles.

## **2. Da literatura sobre restrições verticais a *Contracts That Reference Rivals (CRR)***

Não são atípicos, entre os contratos celebrados por empresas, contratos de distribuição, franquia, locação e fornecimento. Todos têm algo em comum: criam, entre as empresas contratantes, relações verticais. Em linhas gerais, relações verticais compreendem processos produtivos complementares<sup>6</sup>, ao contrário de relações horizontais, que englobam processos produtivos substitutos.

### **2.1. A origem da literatura CRR: restrições verticais**

Toda relação vertical está sujeita à possível existência de restrições verticais, isto é, mecanismos de transferência de direitos que objetivam promover a coordenação vertical e “a realização de ganhos que não poderiam ser obtidos se as decisões fossem preservadas autonomamente por cada parte de uma transação<sup>7</sup>”. No entanto, quando essa transferência de direitos configura estratégia excludente por parte de empresa dominante, poderá causar prejuízos à concorrência por possibilitar fechamento de mercado, o que justifica a intervenção por parte das autoridades de defesa da concorrência<sup>8</sup>, encarregada de avaliar, pormenorizadamente, se de fato houve lesão à concorrência decorrente de tal conduta.

No entanto, até a literatura chegar a essa constatação, houve muito debate. A doutrina e a jurisprudência nacional e internacional nem sempre estiveram convictas da necessidade de analisar restrições verticais sob a regra da razão, ou seja, com base na premissa de que

---

<sup>6</sup>É importante destacar que atividades complementares, ou seja, que estejam verticalmente relacionadas, são comumente intermediadas por contratos. Esses contratos podem alocar direitos e deveres entre as partes, em particular direitos de decisão, tais como “a que preço vender um produto” ou “de que adquirir o insumo”, como é o caso da cláusula de preferência. Pela capacidade de transferir direitos residuais de controle, em menor ou maior medida, diz-se ser a integração vertical um caso extremo de restrição vertical. A esse respeito, ver: FURQUIM, Paulo. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. São Paulo, EESP/FGV, Textos para discussão n. 264, julho de 2010., p. 3

<sup>7</sup>FURQUIM, Paulo. *Op. Cit.*, p. 2. De acordo com Jorge Fagundes, “As práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência”. (FAGUNDES, J. Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências. In: *Revista do Ibrac*, vol. 12, número 6, 2005, p. 5).

<sup>8</sup>FURQUIM, Paulo. *Ibid.* Não é por outra razão que, no Brasil, restrições verticais são frequentemente objeto de escrutínio por parte das autoridades de defesa da concorrência, o que ocorre tanto no controle preventivo de estruturas de mercado, isto é, Atos de Concentração, quanto na repressão a condutas anticompetitivas (Processos Administrativos).

restrições verticais podem ser anticompetitivas, mas que a lesão à concorrência resultante de tais restrições pode ser compensada por eficiências<sup>9</sup>.

De fato, nos Estados Unidos, país em que o estudo das restrições verticais teve, historicamente, seu maior desenvolvimento, predominou de início a posição de que o controle vertical funcionava “como meio de alavancagem de poder de mercado, pré-existente em uma das etapas da produção, para a etapa sobre a qual se exercia o controle vertical”<sup>10</sup>. Para a tese de alavancagem, a restrição vertical constituiria infração à ordem econômica porque empresas dominantes em dado mercado poderiam utilizar-se de sua posição dominante para afetar a concorrência entre distribuidores e criar uma nova posição dominante em um mercado até aquele momento competitivo<sup>11</sup>.

A tese da alavancagem, no entanto, foi fortemente rejeitada por estudiosos da Escola de Chicago, nomeadamente Posner<sup>12</sup> e Bork<sup>13</sup>. Esses autores demonstraram que o lucro máximo que pode ser obtido em uma cadeia produtiva – interligada por contratos que podem conter restrições verticais – é o lucro de um único monopólio. Vale dizer que a existência de dois monopólios consecutivos, um a montante e o outro a jusante<sup>14</sup>, mas ambos fazendo incidir uma margem de monopólio sobre o seu custo, “não resultaria em dois lucros de monopólio, mas em um lucro conjunto inferior ao que seria obtido por um único monopolista”<sup>15</sup>, o que a literatura passou a chamar de “dupla margem”. E qual o resultado prático dessa conclusão? O que a Escola de Chicago logrou, portanto, argumentar é que não é possível extrair mais renda de uma demanda final do que aquela já apropriada por um monopolista. Conseqüentemente, “não haveria interesse no exercício de controle vertical para fins de alavancagem de poder de mercado nos demais elos de uma cadeia produtiva”<sup>16</sup>. Mas, sendo esse o caso, por que razão restrições verticais seriam tão frequentes, e inclusive caracterizadas pelo Conselheiro Ricardo Ruiz como “os negócios cotidianos com fornecedores e

---

<sup>9</sup>GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

<sup>10</sup>FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 4.

<sup>11</sup>FURQUIM, Paulo. *Ibidem*.

<sup>12</sup>A respeito, ver: POSNER, R., *Antitrust Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

<sup>13</sup>Ver genericamente: BORK, R., *Antitrust Paradox*, New York: Basic Books, 1978.

<sup>14</sup>Numa relação vertical entre empresas em que, por exemplo, uma é fabricante de um determinado produto e outra se encarrega da distribuição desses produtos, a primeira é a “empresa a montante”, enquanto a segunda é a “empresa a jusante” (A respeito, ver: COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. Jornal Oficial da União Europeia, 2008).

<sup>15</sup>FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 5.

<sup>16</sup>FURQUIM, Paulo. *Ibidem*.



com clientes, ocorrem no dia a dia e, muitas vezes, sete dias na semana”<sup>17</sup>? Porque – e quanto a isso há pouca controvérsia na literatura - estão frequentemente associadas a diversos tipos de eficiência, decorrentes de economias de escopo<sup>18</sup>, da redução de problemas informacionais<sup>19</sup> e, também, de custos de transação<sup>20</sup>.

Mais recentemente, criticou-se a premissa fundamental do argumento dos autores da Escola de Chicago, isto é, que o lucro de monopólio é o lucro máximo que pode ser extraído da demanda final, o que desincentivaria a utilização de restrições verticais para impor uma dupla marginalização. Para os críticos do trabalho da Escola de Chicago, dentre os quais se destacam Joe Farrell e Carl Schapiro, poderia haver incentivo econômico a inibir a concorrência via restrições verticais para proteger – e não aumentar – o lucro de monopólio pré-existente<sup>21</sup>. Dessa forma, restrições verticais, que têm a capacidade de fechar o mercado, podem ser estratégias cujo objetivo seria preservar o lucro pré-existente, ameaçado pela potencial entrada de concorrentes no mercado a montante<sup>22</sup>.

O resultado das divergências na literatura norte-americana é que hoje é unânime, na doutrina que se debruça sobre o tema das restrições verticais adotadas por empresas dominantes, o entendimento de que as autoridades de defesa da concorrência não devem analisá-las *per se*, e sim pela regra da razão<sup>23</sup>. É apenas sob essa modalidade analítica de julgamento que se consegue levar em consideração eficiências inerentes a esses arranjos contratuais<sup>24</sup> - o que a evolução da literatura americana sobre restrições verticais descrita acima é clara em mostrar.

---

<sup>17</sup>CONJUR. Sociedade dá pouca importância às restrições verticais. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-27/sociedade-importancia-restricoes-verticais-membro-cade>. Acesso em: 20/07/2013.

<sup>18</sup>SCHERER, F.M. e ROSS, D.. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company, 1990.

<sup>19</sup>LAFONTAINE, F. e SLADE, M.E.. Inter-Firm Contracts: Evidence. In: Gibbons, R. e Roberts, J. *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press, 2010.

<sup>20</sup>WILLIAMSON, O. Transaction Cost Economics. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. pp. 41-68, 2005.

<sup>21</sup>FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 6.

<sup>22</sup>FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 7.

<sup>23</sup>Como explica Carlos Ragazzo, “Per se rules are by definition inflexible and strict, and sometimes were indiscriminately applied to outlaw business agreements not only unlikely to produce anticompetitive effects, but also ultimately efficient to the parties”(RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *Revista do Ibrac*, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, p. 237-249, 2003, p. 6). A respeito, ver também: GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Op. Cit.* p. 44 e ss

<sup>24</sup>É possível afirmar, em linhas gerais, que uma restrição vertical é eficiente se os altos custos de transação em um dado mercado impuserem uma instabilidade nos preços que é “corrigida” com a sua existência. Essa conclusão é de: ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. In: *Revista Direito GV*, v. 2, p. 11-35, 2006.

## 2.2 *Contracts That Reference Rivals*: por uma maior sistematização da análise antitruste em restrições verticais

Restrições verticais podem ser tanto estratégias que envolvem condutas capazes de aumentar custos de rivais<sup>25</sup> e/ou fechar o mercado, como podem também ser essenciais para a realização de um negócio<sup>26</sup>. Essa consideração, entretanto, não oferece parâmetro algum de análise dos efeitos anticompetitivos de restrições verticais, como a cláusula de preferência. Só indica que restrições verticais devem ser examinadas de acordo com seu contexto factual, caso a caso.

Essa questão foi devidamente identificada por Fiona Scott-Morton, que cunhou o termo *Contracts That Reference Rivals*<sup>27</sup>. A autora indica que, embora haja consenso entre estudiosos da economia e formuladores de políticas públicas de que qualquer característica de um acordo vertical que aumente a eficiência (da relação vertical) é quase sempre mitigada por efeitos anticompetitivos, os efeitos de acordos verticais são muito variados<sup>28</sup>.

De fato, as ferramentas desenvolvidas pela literatura econômica para demonstrar que restrições verticais entre firmas podem, às vezes, ajudar a, por exemplo, criar um produto novo ou um sistema de distribuição menos custoso, são as mesmas que também revelam, por exemplo, que determinadas restrições potencialmente excluem um concorrente eficiente do mercado. Por essa razão, “policy makers have not generally made blanket policy or law concerning the legality of vertical contracting. Instead, each case or situation is evaluated on

---

<sup>25</sup>“Practices that raise rivals’ costs are anticompetitive **only** when they do not reflect competition on the merits and artificially create or enhance power over price or output” (grifado) (JACOBSON, J. M.; WEICK, D. P. *Op. cit.* p. 1-2). Muitos autores têm notado dificuldade em definir parâmetros de análise para condutas exclusionárias. A respeito, ver: KRATTENMAKER, T.G.; SALOP, S.C. Anticompetitive exclusion: raising rivals’ costs to achieve power over price. In: *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 2, pp. 209-293, dez. 1986.

<sup>26</sup>Esse é o raciocínio feito pela literatura e jurisprudência antitruste quando analisa restrições ancilares: “The assessment of ancillary restraints is limited to determining whether, in the specific context of the main non-restrictive transaction or activity, a particular restriction is necessary for the implementation of that transaction or activity and proportionate to it. If on the basis of objective factors it can be concluded that without the restriction the main non-restrictive transaction would be difficult or impossible to implement, the restriction may be regarded as objectively necessary for its implementation and proportionate to it”. (EU. *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*. Commission Notice, 2004).

<sup>27</sup>Traduzindo livremente, CRR é um contrato que faz referência a rivais. Essa referência pode ser feita por meio da exclusividade, o que quer dizer, por exemplo, que “durante o período X o fornecedor só pode vender o produto Y a Z, revendedor”, ou o contrário. Quando a cláusula de exclusividade obriga o fornecedor a vender Y apenas a Z, ela, implicitamente, proíbe X de vender Y aos concorrentes de Z. Ou seja, a cláusula faz referência, mesmo que implícita, aos rivais de Z. No caso da cláusula de preferência, a referência a rivais está longe de ser feita implicitamente. Uma cláusula de preferência pode estipular, por exemplo, que “ao longo de três anos, X, produtor que necessita dos insumos Z fornecidos por Y, está obrigado a conceder a Y a oportunidade de igualar qualquer oferta melhor – em termos de preço - de Z oferecida pelos rivais de Y e, caso Y iguale a oferta, X está obrigado a contratar com Y”. A cláusula, nesse caso, faz referência expressa aos rivais de Y.

<sup>28</sup>SCOTT-MORTON, F. *Contracts that reference rivals*. Working Paper do FTC. Trabalho apresentado no *Antitrust Seminar da Georgetown University Law Center*, 5 de abril de 2012, p. 1.

its own merits”<sup>29</sup>, o que, diga-se de passagem, não ajuda muito o trabalho de advogados, administradores de empresas e, até, autoridades de defesa da concorrência.

É justamente por isso que a maior contribuição da literatura de *Contracts That Reference Rivals* é o apelo por uma maior sistematização da análise antitruste de restrições verticais. A bibliografia tradicional de restrições verticais é sem dúvida útil, mas não oferece parâmetros suficientemente práticos para que sejam facilmente manuseados por agentes do mercado. Estudos recentes também diagnosticaram a necessidade de maior coerência da análise antitruste de restrições verticais<sup>30</sup>, a exemplo do que ocorre na Europa, que frequentemente publica e atualiza “*guidance papers*”<sup>31</sup> sobre todos os temas de relevância para a comunidade empresarial em matéria de defesa da concorrência.

É importante frisar que a defesa da concorrência brasileira tem muito a ganhar com uma maior sistematização das conclusões feitas pela literatura e jurisprudência em matéria de restrições verticais. Sublinho três possíveis vantagens, que não serão desenvolvidas, por fugir ao foco deste trabalho: (i) possibilitará que agentes de mercado, ao redigirem contratos<sup>32</sup>, façam uma análise antitruste preventiva; (ii) gerará maior segurança jurídica; e (iii) poderá contribuir para a economia dos cofres públicos se acatada pelo Cade, o que permitirá às autoridades antitruste concentrar seu orçamento na investigação de condutas mais graves, como cartéis institucionalizados.

### **3. A cláusula de preferência: entre eficiências e efeitos anticompetitivos**

Respondendo ao apelo da doutrina *CRR* por maior coerência e previsibilidade na análise de restrições verticais, cumpre agora sugerir parâmetros para uma análise sistematizada de cláusulas de preferência, fazendo uso dos casos Qualimat e Globo e Clube dos 13 de maneira meramente ilustrativa e sem a preocupação de reproduzir fielmente os fatos do caso para embasar os argumentos e raciocínios desenvolvidos. Primeiro serão descritos os potenciais efeitos anticompetitivos da cláusula de preferência, e posteriormente suas possíveis eficiências serão identificadas.

---

<sup>29</sup>SCOTT-MORTON, F. *Ibid.*

<sup>30</sup>Ver: GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. *Op. cit.* pp. 73-79.

<sup>31</sup>A Comissão Europeia atualizou, em 2010, seu *Guidelines on Vertical Restraints*, documento que, além de elencar os principais elementos de análise usados pela autoridade europeia, apresenta alguns “safe harbours”: modalidades de restrições verticais que jamais terão o condão de lesar a concorrência e, por isso, podem ser utilizadas por agentes de mercado sem riscos de questionamento por parte da autoridade antitruste.

<sup>32</sup>Ou qualquer outro documento vinculativo entre as partes e relevante sob a ótica antitruste.

### 3.1. Possíveis efeitos anticompetitivos

Genericamente, três possíveis efeitos anticompetitivos podem ser gerados em decorrência da aplicação de uma cláusula de preferência por empresas dominantes<sup>33</sup> em determinado mercado: (i) enfraquecimento da rivalidade entre as empresas; (ii) aumento do custo da oferta de descontos; (iii) incentivo à colusão tácita.

#### 3.1.1. Enfraquecimento da rivalidade entre as empresas

De acordo com recente parecer da Superintendência-Geral no Ato de Concentração n. 08700.007347/2013-20, que recomendou o conhecimento de um contrato de fornecimento de fogões de entrada entre a Mabe e a Whirlpool: “em razão da gama de possibilidades restritivas à concorrência decorrente de cláusulas específicas de cada contrato de fornecimento, celebrado entre concorrentes, sua potencial nocividade só pode ser determinada após análise do conteúdo do contrato”<sup>34</sup>.

O parecer, além de orientar o conhecimento de contratos de fornecimento, também apontou um parâmetro útil para diagnosticar se alguns desses contratos gerarão preocupações concorrenciais maiores: os casos em que o contrato de fornecimento se dê entre empresas concorrentes, pois um contrato de fornecimento celebrado entre empresas rivais implica ocupação de capacidade ociosa de um rival<sup>35</sup>.

O caso Qualimat ajuda a ilustrar esse ponto<sup>36</sup>. Poderia ser vantajoso para a Qualimat, sob uma perspectiva comercial, firmar um contrato com cláusulas que lhe garantiria vender, senão toda, a maior parte de sua produção. De forma semelhante, a Votorantim poderia ter

<sup>33</sup>Que uma empresa detenha dominância a montante ou a jusante – em geral presumida via elevada participação de mercado ou diferenciação vertical – é condição necessária para que os efeitos anticompetitivos de restrições verticais sejam factíveis e racionais do ponto de vista econômico. Ver: FURQUIM, Paulo. *Op. cit.* p. 9.

<sup>34</sup>Vale notar que a Superintendência-Geral do Cade proferiu parecer semelhante no Ato de Concentração n. 08700.009957/2013-69, emitido em 12 de dezembro de 2013.

<sup>35</sup>“Como é inevitável, qualquer contrato de fornecimento entre empresas concorrentes envolve comprometimento direto ou indireto de ativos, e quando esse fator se verifica entre empresas concorrentes, há potencialidade de efeitos anticoncorrenciais, na medida em que determinado percentual dos ativos da empresa contratada estará comprometido com a contratante e, portanto, posto à parte de suas decisões estratégicas concorrenciais”. Ver parágrafo 10 do Parecer Técnico n. 242 da Superintendência-Geral no AC n. 08700.007347/2013-20, emitido em 11 de setembro de 2013.

<sup>36</sup>A Cláusula 3ª do contrato de fornecimento firmado entre a Qualimat e a Votorantim estabelecia que a Qualimat teria exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim quando ela adquirisse esse produto para comercialização nos Estados da Região do Sudeste do Brasil e no Estado do Paraná. A Cláusula 3ª também estipulava que, quando a comercialização das argamassas de rejuntamento visasse a outros Estados da Federação, a Votorantim estava obrigada a conceder à Qualimat o direito de preferência no fornecimento dos produtos, possibilitando que a fornecedora igualasse eventuais condições propostas por terceiros.

todo incentivo de receber um fornecimento estável, confiável e ao menor preço que lograsse obter no mercado. A cláusula de preferência, nesse cenário, poderia ser considerada eficiente (ou ao menos benéfica), por permitir uma satisfação comum dos interesses da Votorantim e da Qualimat.

Não obstante, ao mesmo tempo em que o direito de preferência poderia representar uma eficiência, poderia também gerar efeitos anticompetitivos. Afinal, a Qualimat estava obrigada a “reservar” parte de sua produção de argamassas colantes para a Votorantim, sem saber o quanto dessa produção a Votorantim iria de fato necessitar. Se a Qualimat celebrasse um contrato de fornecimento com outra empresa concorrente da Votorantim, ela teria que comprometer grande parte de sua capacidade ociosa, o que impactaria diretamente a sua habilidade de exercer rivalidade<sup>37</sup>.

Essa situação se tornaria especialmente relevante sob a ótica antitruste se a Qualimat fosse tanto concorrente quanto fornecedora da Votorantim<sup>38</sup>. Nesse caso, a cláusula de preferência poderia gerar efeitos anticompetitivos: ela, mesmo que tacitamente, obrigava a Qualimat a comprometer uma parte de sua produção e, conseqüentemente, sacrificar uma porção de sua capacidade ociosa, afetando sua aptidão de exercer rivalidade.

Ademais, a cláusula de preferência também poderia enfraquecer a rivalidade da empresa por ela obrigada (contra quem se exerce o direito de preferência) por desencorajar os demais agentes do mercado a proporem preços competitivos pelo produto ou serviço do fornecedor.

Para ilustrar esse ponto, é útil recorrer ao caso Globo e Clube dos 13. O direito de preferência funcionava da seguinte forma: ao final do período de vigência do contrato que concedia à Globo, sob regime de exclusividade, o direito de transmissão dos jogos do Clube dos 13, e na hipótese de que outros agentes que atuavam no mercado de transmissores desejassem ter acesso ao direito de transmissão dos jogos do Clube dos 13, organizar-se-ia um leilão do qual participariam tanto a Globo, quanto as demais transmissoras<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>A capacidade ociosa é essencial para o exercício da rivalidade, pois diante de uma tentativa de elevação dos preços de um produto de determinada empresa, seus concorrentes podem utilizar suas capacidades ociosas para absorver o desvio de demanda desse produto e, assim, reequilibrar a dinâmica competitiva desse mercado.

<sup>38</sup>É comum a existência de empresas que detêm relações verticais entre si e que atuam, ao mesmo tempo, em ramos que se sobrepõem horizontalmente, o que se vê com especial frequência entre empresas que possuem um portfólio com ampla gama de produtos e serviços.

<sup>39</sup>A literatura sobre os efeitos pró-competitivos de leilões, em que se concorre “pelo mercado” ao invés de “no mercado”, é extensa. Particularmente: “One of the main objectives of auctions is to maximize revenues to the seller. Another key goal is to allocate the “object” to the bidder that attaches the most value to that object. Where the object of the auction is a business, as is the case with broadcasting rights, bids are correlated to the expected profit of the bidder, which is also correlated to the value the bidder brings to society when running the business. When these correlations are close to “1,” the target of raising revenues in the auction and allocating the

O direito de preferência da Globo não operava, porém, nesse primeiro leilão: a Globo tinha, pela redação da cláusula de preferência do contrato celebrado entre ela e o Clube dos 13, até 30 dias para igualar a melhor oferta feita no primeiro leilão. Salta aos olhos o desincentivo que o conhecimento do conteúdo dessa cláusula era capaz de gerar entre os demais transmissores interessados nos direitos de transmissão do Clube dos 13: se a Globo sempre teria “uma segunda chance”, então por que propor um preço “competitivo” pelos direitos de transmissão durante o primeiro leilão? Afinal, a Globo só teria incentivos para “liberar” o Clube dos 13 da sua obrigação de preferência se chegasse à conclusão de que transmitir os jogos do Campeonato brasileiro era custoso demais<sup>40</sup>.

Uma eficiência associada à cláusula de preferência consiste no fato de ser um instrumento contratual capaz de trazer à relação entre as partes o valor que o mercado confere ao objeto do contrato. Em outras palavras, atribui-se à cláusula de preferência a capacidade de funcionar como uma espécie de “atualização” do valor do produto ou serviço fornecido. Mas, diante do acima exposto, esse argumento de “eficiência” perde fôlego. Afinal, no caso Globo e Clube dos 13, devido à redação da cláusula de preferência, os demais transmissores tinham pouco incentivo para oferecer preços competitivos, pois sabiam que, como a Globo tinha uma segunda chance, ou “uma preferência” em relação a eles, jamais (ou com muita dificuldade) conseguiriam os direitos de transmissão<sup>41</sup>.

Ou seja, em determinadas situações, a cláusula de preferência é capaz de enfraquecer a rivalidade das empresas porque, aos olhos dos rivais do beneficiário da cláusula, ela opera como cláusula de renovação privilegiada; em razão disso, não compensa rivalizar com muito empenho.

---

business to the bidder which attaches the greatest value to the business and offers added value to society will coincide in the auction mechanism”. (MATTOS, César. Broadcasting Football Rights in Brazil: The Case of Globo and “Club of 13” in the Antitrust Perspective. *Est. Econ., São Paulo*, vol. 42, n.2, p. 337-362, abr.-jun. 2012, p. 353).

<sup>39</sup>MATTOS, César. *Op. Cit.* p. 357.

<sup>40</sup>Ou seja, nessa situação, o transmissor que ganhasse o leilão “would be a poisoned chalice. If lower prices only succeed in attracting consumers who it is relatively expensive to supply, such guarantees will clearly have a dampening effect on competition”. (HVIID, Morten. *Op. Cit.* p. 14).

<sup>41</sup>É exatamente essa a conclusão a que chegou César Mattos, Conselheiro-Relator do caso Globo e Clube dos 13, ao ilustrar o problema do *winner's curse* que a cláusula de preferência gera: “The preference clause also creates a low incentive for competitors to make competitive bids, since they anticipate that Globo will have a chance to match their proposal, while they will be powerless to react. In short, they would be merely revealing strategic information as to the value of the respective rights. So, there is a strong tendency for all bidders, incumbent and entrants, to bid lower than they would if there were no preference clause”. (MATTOS, César. *Op. Cit.* p. 358).

### **3.1.2. Aumento de custos dos rivais: uma estratégia potencialmente exclusionária**

A cláusula de preferência igualmente pode gerar preocupações concorrenciais por aumentar o custo da oferta de descontos por parte do fornecedor, porquanto, como vimos acima, implica comprometimento de capacidade ociosa - trata-se de “esforço a mais” feito pelo fornecedor com a perspectiva de ser compensado por conseguir assegurar a venda de todo seu estoque de produção. Esse comprometimento da capacidade ociosa tem um custo, que pode afetar a capacidade de oferta de descontos do fornecedor, o que onera o mercado a jusante. Essa situação é sobretudo verdade quando o fornecedor é dominante no mercado. Nesse contexto, o mercado a jusante será ainda mais afetado pelos efeitos negativos decorrentes da incapacidade do fornecedor de oferecer descontos devido ao custo que o comprometimento de capacidade ociosa representa.

No caso Qualimat, supondo que o mercado de argamassas de rejuntamento fosse dominado pela empresa Qualimat, a cláusula de preferência pesaria no preço que ela (Qualimat) ofereceria aos seus demais clientes efetivos e potenciais (mercado a jusante), prejudicando-os<sup>42</sup>. De fato, dependendo da realidade financeira das empresas que não possuem direito de preferência em relação às suas fornecedoras, e em função também do quão representativo é o custo das argamassas de rejuntamento em relação ao produto final produzido pela Votorantim e suas concorrentes, a cláusula de preferência não apenas aumentaria o custo de oferta de descontos como seria capaz de inviabilizar a atividade de empresas que não são titulares de direito de preferência em relação a alguma fornecedora<sup>43</sup>.

### **3.1.3. Incentivo à colusão**

Ademais, a cláusula de preferência pode ser, em determinadas hipóteses, um incentivo à colusão. É cediço que estratégias colusivas são especialmente sustentáveis quando as empresas que dela participam têm poucos incentivos a desviar do comportamento colusivo<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup>Esse cenário se agravaria se as demais empresas que atuassem no mercado de argamassas de rejuntamento também tivessem cláusulas de preferência em seus contratos de fornecimento com as concorrentes da Votorantim. Nesse caso, as empresas no mercado a jusante que não tivessem direito de preferência em relação a alguma das produtoras de argamassas de rejuntamento terminariam por pagar, para obter fornecimento de tal produto, muito mais do que os seus concorrentes.

<sup>43</sup> Vale mencionar que condutas que aumentam os custos de rivais são infrações à ordem econômica se criam dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente ou fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, de acordo com o art. 36, § 3º, IV da Lei 12.529/11.

<sup>44</sup>De acordo com as “Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”: “para que um comportamento colusivo seja sustentável, devem existir probabilidades de retaliação suficientemente credíveis e rápidas. Os comportamentos colusivos não são

No entanto, a cláusula de preferência, para que seja dotada de um mínimo de efetividade, pressupõe a existência de mecanismos contratuais e extra-contratuais que sancionem qualquer desvio por parte da empresa obrigada pela preferência.

No caso Qualimat, a condição essencial da efetividade da cláusula de preferência era que a Votorantim, sempre que necessitasse de um fornecimento de argamassas de rejuntamento, entrasse antes em contato com a Qualimat e somente contratasse com um terceiro se a Qualimat não igualasse o preço oferecido por algum de seus concorrentes. Se a Votorantim contratasse com um terceiro sem antes conceder preferência à Qualimat, estaria descumprindo uma cláusula contratual e estaria sujeita às consequências correspondentes, que em geral se resumem a multa e execução específica.

Há mercados em que a demanda por fornecimento dos produtos é estável, e nos quais é possível supor, em razão disso, que diversas empresas incluem cláusulas de preferência ou exclusividade em seus contratos com empresas do mercado *downstream*. Nesse contexto, o risco de colusão é evidente: a cláusula de preferência aí se resume a um mecanismo de monitoramento e retaliação, por parte da maioria dos concorrentes do mercado, de possíveis desvios do que tiver sido acordado pelo cartel.

### 3.2. Possíveis eficiências

A cláusula de preferência é, não obstante, capaz de gerar, dadas determinadas condições, ao menos quatro tipos de eficiências. São elas: (i) redução de custos de transação<sup>45</sup>; (ii) redução de atrasos na concretização de transações; (iii) mitigação de situações de *hold-up* contratual<sup>46</sup>; (iv) economias de escala e escopo.

---

sustentáveis em mercados em que as consequências do desvio não são suficientemente graves para convencer as empresas que participam na coordenação que têm todo o interesse em aderir às condições da coordenação”. (grifado)

<sup>45</sup>A literatura de custos de transação foi capitaneada por Coase e teve seu principal desenvolvimento posterior com Williamson: “a idéia de Coase é intuitiva. Argumenta o autor que haverá custos na negociação, monitoramento e coordenação entre as partes. Dessa forma, como as transações tornam-se custosas, os mercados falham em atingir um equilíbrio eficiente e novos arranjos devem ser encontrados. Logo, ao lançar mão do mercado os agentes econômicos incorrerão em custos para transacionar e coletar as informações necessárias para por a termo os negócios. A partir daí, o elemento fundamental da economia passa a ser a transação, tornando-se uma unidade de abordagem micro-analítica e a firma uma estrutura de gestão onde a sua estrutura interna, os incentivos, bem como os controles envolvidos passam a ter uma dimensão mais importante do que suas funções de produção. Williamson foi mais além e considerou a possibilidade de mensurar esses custos de transação, pontuando que o contrato é um fundamental instrumento que os agentes econômicos devem usar para se adaptarem a eventos não antecipáveis”. (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: Contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 7, 2009. p. 86).

<sup>46</sup>Uma situação de *hold-up* contratual dá-se quando os investimentos específicos de uma empresa A são dependentes do fornecimento de algum produto de outra, B. Nesse caso, A, após realizar o investimento, está vulnerável em relação a B, o que levanta uma série de problemas que serão detalhados no item 3.2.3 abaixo.



### **3.2.1. Redução de custos de transação**

A cláusula de preferência pode contribuir para a redução de custos de transação. Isso porque a preferência assegura ao vendedor que ele receberá um preço tão bom quanto o de outros compradores sem a necessidade de levar adiante as negociações. Em outras palavras, a cláusula de preferência é capaz de, em certo grau, reduzir incertezas inerentes a relações comerciais – mesmo que de longo prazo.

No caso Qualimat, é possível dizer que a cláusula de preferência auxiliou o ritmo da negociação contratual que deu lugar ao contrato de fornecimento entre a Votorantim e a Qualimat. Estipulava esse contrato que a Qualimat se comprometia a fornecer argamassas colantes e argamassas de rejuntamento à Votorantim pelo prazo de três anos, “**nos preços acordados**”<sup>47</sup>. Ainda, de acordo com as cláusulas 3ª e 4ª do referido contrato, enquanto a Qualimat teria exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim quando esta adquirisse esse produto para comercialização nos Estados da Região Sudeste e no Estado do Paraná, a Votorantim teria direito de preferência no fornecimento dos produtos nos demais Estados da Federação. Esse direito possibilitaria à Qualimat igualar eventuais condições propostas por terceiros. Nesse aspecto, a cláusula de preferência poderia ser vista como uma garantia de que a Votorantim receberia o melhor preço da Qualimat sem incorrer em altos custos de negociação. Sem a cláusula de preferência, os custos de negociação estariam presentes.

Como se mencionou, o contrato previa que a Qualimat teria preferência no fornecimento de argamassas de rejuntamento em todos os Estados da Federação em que não incidisse a cláusula de exclusividade. A existência de uma cláusula de exclusividade em relação a alguns territórios (Região Sudeste e Paraná) poderia ser enxergada, entretanto, como sintoma do interesse realçado de a Votorantim receber fornecimento de argamassas de rejuntamento nessas regiões. Isso talvez porque na Região Sudeste e no Paraná haja mais demanda por argamassas de rejuntamento, razão pela qual a Votorantim desejaria contratar uma exclusividade de fornecimento que ao menos lhe garantisse uma estabilidade de preços e assegurasse acesso a um insumo.

No entanto, essa exclusividade era, de fato, onerosa para a Qualimat, embora pudesse ser lucrativa a longo prazo. Era onerosa porque a Qualimat, por meio da exclusividade da

---

<sup>47</sup>Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 2.

Cláusula 3ª do contrato de fornecimento que firmou com a Votorantim, “assume a capacidade de fornecer à [Votorantim], nos preços acordados”. Assumir essa capacidade de fornecimento não é uma tarefa fácil, e em grande parte depende da capacidade ociosa da fornecedora – Qualimat. Pela exclusividade, a Qualimat não estava livre para fornecer a outros clientes sem antes assegurar que teria capacidade de fornecer à Votorantim. Porém, por meio da preferência nos demais Estados da Federação, a exclusividade poderia valer a pena: a união das duas cláusulas seria capaz de, em última análise, fazer com que a Votorantim se apropriasse de toda a oferta de argamassas da Qualimat.

Em um mercado desconcentrado e em que os maiores *players* contam com alta capacidade ociosa e, portanto, de “absorver a totalidade da demanda de argamassas colantes e de rejuntamento caso haja abuso de poder de mercado por parte das Requerentes”<sup>48</sup>, o potencial resultado da união entre a cláusula de preferência e a de exclusividade no contrato de fornecimento entre a Votorantim e a Qualimat seria nada menos que eficiente<sup>49</sup>. Não é por outro motivo, de fato, que a operação foi aprovada sem restrições pelo Cade, por unanimidade. Diga-se que a cláusula de preferência, no caso Qualimat, tornou a exclusividade no fornecimento de argamassas de rejuntamento um negócio eficiente. Em outras condições, tal exclusividade seria onerosa para a Qualimat e, por essa razão, poderia vir a encarecer os custos de sua negociação.

### 3.2.2. Redução de atrasos na concretização de transações

Ainda quanto ao tema de custos de transação, a cláusula de preferência pode ajudar a reduzir atrasos na concretização de transações. Aqui não se trata de redução de custos de negociação do contrato, tema do item (3.1.), e sim de etapa anterior, referente ao impacto que

---

<sup>48</sup>Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 14

<sup>49</sup>Este ponto merece considerações acerca da racionalidade econômica de contratos de fornecimento. Por se prolongar no tempo, o contrato de fornecimento é incompleto. De acordo com a Teoria da Incompletude Contratual, que leva em consideração relações comerciais a longo prazo, contratos representam uma solução intermediária entre o mercado que, embora inicialmente menos custoso, demonstra ser incapaz de cobrir e dissipar os riscos e as estratégias de integração. Estas, embora mais adequadas para alocação, revelam-se com significativamente elevados custos de instalação. Diante disso, fica claro que, em contratos a longo prazo, haverá sempre um trade-off natural entre mercado (com todos os incentivos a ele inerentes) e estratégias extra-contratuais de resolução de conflitos decorrentes de interesses contrapostos entre as partes contratantes em relação à execução do contrato. Essa contraposição de interesses se traduz em custos de transação, ou, mais especificamente, altos custos de negociação das cláusulas contratuais. O contrato incompleto será, assim, a chave para a resolução dessas questões. Perguntar qual a viabilidade econômica de escolher determinadas cláusulas contratuais passa a ser questão de enorme relevância. Cláusulas contratuais que reduzam os altos custos de transação inerentes à negociação e execução de contratos de fornecimento são cláusulas capazes de completar, ao longo do tempo, tal contrato. (NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Op. Cit.*, p. 84 e ss).

dificuldades inerentes à execução de um contrato, cuja vigência se espalha ao longo de muito tempo (e.g.: anos)<sup>50</sup>, têm sobre a disposição das partes em sentar-se à mesa e negociá-lo.

Essas dificuldades podem ser de diversas formas, mas importa aqui uma delas: em algumas situações, compradores, especialmente em relações de fornecimento, demoram a concretizar a transação (e muitas vezes sequer a concluem) na expectativa de, pelo desenrolar do tempo, obter um preço menor. Isso é particularmente o caso em se tratando de produtos perecíveis ou sazonais, em que o comprador espera que o vendedor pratique preços menores, e este, por sua vez, tem todo incentivo para se livrar do seu estoque.

Voltando ao caso Qualimat, o direito de preferência no fornecimento de argamassas de rejuntamento à Votorantim viabilizava seu fornecimento saudável, sustentável e contínuo. Inserida a cláusula de preferência, a Votorantim tinha a garantia, de antemão, de que sempre que precisasse de argamassas de rejuntamento em outros Estados da Federação, o preço da Qualimat seria o melhor. Afinal, não sendo, a Qualimat estaria obrigada a fazer com que fosse. Caso contrário, a Votorantim não estaria obrigada a comprar as argamassas da Qualimat. Diante disso, a Votorantim poderia não ter incentivos para buscar outros fornecedores, ou, ainda, para esperar o tempo passar com a expectativa de que a Qualimat oferecesse um preço mais baixo por seu estoque.

Dessa forma, a cláusula de preferência poderia reduzir atrasos na concretização do fornecimento das argamassas de rejuntamento em outros Estados da Federação. Vale ressaltar que, neles, a Votorantim aparentemente não tinha tanto interesse no fornecimento. Porém, é possível dizer que a Qualimat, na condição de empresa capaz de fornecer nos demais Estados e que corria o risco de não conseguir vender toda sua produção, certamente o tinha.

### **3.2.3. Mitigação de situações de *hold-up* contratual**

Diga-se também que a cláusula de preferência pode mitigar situações de *hold-up* contratual, situação que surge geralmente quando uma empresa faz significativos investimentos específicos<sup>51</sup>. Esse investimento específico pode ser justificável pelo tipo de

---

<sup>50</sup>Análise semelhante foi feita por Baker e Chevalier, mas referente a cláusulas Most-Favored-Nation (MFN). No entanto, dadas as similaridades entre a cláusula de preferência e a MFN, já que ambas são da categoria CRR, aproveitou-se o raciocínio dos autores, adequando-o à realidade do direito de preferência. Ver: BAKER, J.; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, pp. 20-21.

<sup>51</sup>O exemplo clássico de situação de *hold-up* – e como ela pode ser solucionada – é o caso *Fisher Body and General Motors*, detalhadamente analisado por Klein, que expõe da seguinte forma as opções disponíveis para resolver problemas de *hold-up*: “Given the presence of specific investments in an exchange relationship, transactors will have to decide whether to use a long-term contract or vertical integration to solve the hold-up

atividade da empresa - uma atividade predominantemente “inovadora” ou que, por sua estrutura de execução, represente altos custos afundados.

Uma situação de *hold-up* contratual dá-se quando os investimentos específicos de uma empresa A são dependentes do fornecimento de algum produto de outra, B. Nesse caso, A, após realizar o investimento, está vulnerável em relação a B. B pode facilmente prejudicar A ao fornecer o mesmo produto que serve de insumo para A a outro *player* do mercado<sup>52</sup>. Aqui o investimento a jusante é específico, mas o fornecimento, não. Por isso, viabiliza-se o oportunismo de B em relação a A<sup>53</sup>. A cláusula de preferência, nesse contexto, constitui uma garantia muito importante: ela é essencial para a realização do investimento específico de A, pois, sem tal garantia, e diante da perspectiva do oportunismo potencial de B, A tem todo incentivo para simplesmente não realizar o investimento específico. Verifica-se que uma garantia de preço<sup>54</sup>, tal como a cláusula de preferência, facilita a realização de investimentos específicos.

---

problem. Vertical integration entails the widely recognized possibility of increased costs associated with somewhat reduced incentives and increased bureaucracy. I have discussed here the other side of the equation—the transaction costs associated with long-term contracts. The important element of these transaction costs are not the “ink costs” of writing contract terms emphasized by Coase, **but the significant rent-dissipating costs borne during the negotiation and renegotiation contracting process as transactors attempt to create, avoid, and execute the holdups implied by necessarily imperfect long-term contractual arrangements**” (grifado). (KLEIN, Benjamin. *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1 (Spring, 1988), pp. 199-213).

<sup>52</sup>A respeito, ver: MARX, Leslie M.; SHAFFER, Greg. Opportunism in multilateral contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity: comment. *American Economic Review*, n. 94, v. 796, 2004.

<sup>53</sup>O conceito de oportunismo na literatura econômica é associado a investimentos específicos, que geram quase-renda. O titular da quase-renda é quem desembolsa capital para viabilizar o investimento específico. Klein, Crawford e Alchian definem desta forma quase-renda: “The quasi-rent value of the asset is the excess of its value over its salvage value, that is, its value in its next best use to another renter. The potentially appropriable specialized portion of the quasi rent is that portion, if any, in excess of its value to the second highest-valuing user”. Ainda segundo os autores, “After a specific investment is made and such quasi rents are created, the possibility of opportunistic behavior is very real”. (KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. Journal of Law and Economics, Vol. 21, No. 2, Out., 1978, p. 298). Cássio Cavalli retrata sofisticadamente o dilema decorrente da especificidade de ativos: “quanto maior a especificidade dos ativos e maior a incerteza, maior será o incentivo para incorrer em maiores custos para redigir o contrato de forma mais detalhada possível e de prolongar o seu prazo de duração. Ao mesmo tempo, a incerteza e a especificidade de ativos constituem um desincentivo para recorrer-se a relações contratuais de longo prazo. É que a frequência de transações com ativos específicos acentua a tendência à formação de um monopólio bilateral. Por conseguinte, ante a necessidade de renegociação de contratos incompletos, há maior risco de o outro contratante, oportunisticamente, buscar apropriar-se da *quase-renda*”. (CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 177-178).

<sup>54</sup>Para entender uma garantia de preço é útil a distinção entre uma “compra contratual” e uma “compra não-contratual”. Simplificadamente, uma garantia de preço em uma compra contratual se expressaria da seguinte forma: “se durante algum período de tempo um serviço similar é oferecido a um preço mais baixo, nós iremos ou igualar esse preço ou desobrigá-lo de contratar conosco sem penalidade alguma”. Uma garantia de preço não contratual, por sua vez, poderia ter o seguinte teor: “Igualaremos qualquer oferta de preço feita por nossos rivais. Se uma oferta melhor lhe for oferecida, providencie evidências suficientes disso e igualaremos essa oferta ou, se você já tiver comprado de nós, lhe compensaremos a diferença”. A distinção entre a “compra contratual” e a “compra não contratual” (*contract purchase e non-contract purchase*) é de Morten Hviid. Ver: HVIID, Morten. *Summary of the literature on price guarantees*. ESRC Centre for Competition and UEA Law School, July, 2010.

Tomando como exemplo o caso Globo e Clube dos 13, a cláusula de preferência, por si só, era uma garantia de que o investimento da Globo não se perderia após o término de vigência da exclusividade, que era de três anos. A Globo podia realizar diversos investimentos específicos contando com os direitos de transmissão do Clube dos 13. Podia realocar seus *slots* de horários para albergar jogos importantes, investir em *marketing* direcionado ao Campeonato Brasileiro ou oferecer, a preços menores, pacotes direcionados aos fãs do Flamengo ou do Botafogo<sup>55</sup>. Todos esses investimentos beneficiam o consumidor final, ou seja, o telespectador do esporte. No entanto, diante da perspectiva de, ao final do contrato, não o poder mais renovar porque outro transmissor se aproveitou de todo o movimento de *fanbase* criado por seus investimentos e propôs um preço menor, a Globo poderia tão-só optar por não realizar o investimento inicial.

Para o Clube dos 13, não importavam os investimentos específicos da Globo, e sim apenas o preço presente em que estavam cotados os direitos de transmissão. Irrelevante se quem os detinha era a Globo ou a Band. Diante disso, o Clube dos 13 poderia, na ausência do direito de preferência da Globo, agir “oportunisticamente”, escolhendo a transmissora que lhe oferecesse o melhor preço. A cláusula de preferência, portanto, enquanto garantia de preço, poderia estar apta a encorajar investimentos específicos da Globo.

### **3.2.4. Economias de escala e escopo**

Em determinadas situações, a cláusula de preferência pode ser capaz de gerar economias de escala e escopo. Por meio do uso da cláusula de preferência, fornecedores conseguem aumentar a produção e, ainda, recuperar seus custos fixos, uma vez que, através do direito de preferência, um fornecedor eficiente consegue planejar sua produção de forma a contemplar um aumento de demanda relativamente certo e previsível. De fato, como já mencionado em passagens anteriores, a cláusula de preferência assegura uma demanda que, em sua ausência, não existiria (ou sua existência estaria sujeita a incerteza). Sendo assim, ao

---

Disponível em: [http://www.uea.ac.uk/polopoly\\_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf](http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf). Acesso em: 14/08/2013. Embora presentes em diversos tipos de relações comerciais, as garantias de preço são mais comumente encontradas em contratos de fornecimento. Isso porque, por serem, por definição, contratos de longo prazo, ambas as partes contratantes têm incentivos maiores a garantirem preços a estabilidade do preço do produto/serviço fornecido. Se, por um lado, o incentivo do comprador é manter a estabilidade de preços baixos, o vendedor procurará sempre duas coisas: (1) manter a estabilidade de um preço que maximize seu lucro; (2) garantir a clientela, negociando para isso diversas cláusulas contratuais que sejam capazes de assegurar uma estabilidade de demanda a longo prazo.

<sup>55</sup>Esta afirmação é meramente ilustrativa, e não condiz com a realidade do caso Globo e Clube dos 13, que se referiu apenas ao mercado de TV aberta.

possibilitar que fornecedores consigam aumentar sua produção e, dessa forma, diluir ainda mais seus custos fixos em volumes de fornecimento cada vez maiores<sup>56</sup>, a preferência facilita a obtenção de economias de escala.

Em alguns casos, o direito de preferência também viabiliza economias de escopo, como, por exemplo, quando o contrato que prevê o direito de preferência tem por objeto o fornecimento de mais de um produto ou serviço, tal qual no caso Qualimat. Embora o contrato estipulasse as condições de fornecimento de argamassas de rejuntamento e colantes, a cláusula de preferência recaía apenas sobre o fornecimento de argamassas de rejuntamento. Quanto às argamassas colantes, tratava-se “de um acordo de fornecimento comum”<sup>57</sup>.

Entretanto, se a negociação contratual entre a Qualimat e a Votorantim tivesse desembocado na redação de uma cláusula de preferência que incidisse tanto sobre o fornecimento de argamassas de rejuntamento, quanto colantes, as partes contratantes poderiam ter gozado dos benefícios de economias de escopo, pois a compradora teria como receber sua necessidade de diferentes produtos de um único fornecedor, e a menor custo<sup>58</sup>. A Qualimat, ao fornecer em maior escala dois produtos diferentes, mas substituíveis pelo lado da oferta, também obteria, ao longo do tempo, significativas economias de escala.

#### 4. Conclusão

No decorrer deste texto, chamou-se atenção aos possíveis ganhos decorrentes de uma maior sistematização da análise antitruste em matéria de restrições verticais. São eles: (i) a possibilidade de que agentes de mercado façam uma análise antitruste preventiva no momento de redação do contrato (ou qualquer outro documento vinculativo entre as partes e relevante sob a ótica antitruste); (ii) maior segurança jurídica; e (iii) a economia para os cofres públicos, permitindo que as autoridades antitruste concentrem seu orçamento na investigação de condutas mais graves.

---

<sup>56</sup>A esse respeito, ver: RIDYARD, Derek. Exclusionary pricing and price discrimination abuses under article 82 – An economic analysis. *European Competition Law Review*, n. 6, 2002.

<sup>57</sup>Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda. Conselheiro-relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Decisão de 08 de julho de 2009, p. 2.

<sup>58</sup>Esse é o raciocínio aplicado a “descontos para múltiplos produtos”, que, no entanto, em maior ou menor medida, é aplicável a um fornecimento condicionado à preferência, já que, para que ela seja acionada, é preciso que haja outro fornecedor ofertando produtos a preços menores, e que o fornecedor obrigado pela preferência tenha a capacidade de igualar esse preço, isto é, reduzir seu preço original. Sobre economias de escopo em decorrência de descontos para pacotes, ver: EUA/OCDE, *Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados*; DAF/COMP/WP3/WD, 47, 2008, n. 8.

Nesse embalo, buscou-se sugerir e descrever - tomando como fio condutor a cláusula de preferência adotada por empresas dominantes - parâmetros para uma análise sistematizada, que podem ser úteis para todos os interessados em avaliar o impacto competitivo de uma determinada cláusula contratual, no contexto de uma relação vertical. Foram propostos parâmetros de análise que levem em consideração os seguintes efeitos anticompetitivos: (i) enfraquecimento da rivalidade entre as empresas; (ii) aumento do custo da oferta de descontos; (iii) incentivo à colusão tácita. Já em termos de eficiências, foram sugeridos parâmetros com base na: (i) redução de custos de transação; (ii) redução de atrasos na concretização de transações; (iii) mitigação de situações de hold-up contratual; (iv) viabilização de economias de escala e escopo.

É claro que, diante das peculiaridades de cada caso, apenas alguns dos efeitos pró e anticompetitivos relacionados acima como parâmetros de uma análise sistematizada de cláusulas de preferências sejam aplicáveis. Não obstante, o conjunto de parâmetros de análise abordados no texto endereça as principais questões concorrenciais associadas à cláusula de preferência. Inclusive, ousa-se dizer, constitui – em maior ou menor medida - guia consistente para a análise concorrencial de restrições verticais da categoria de Contracts That Reference Rivals como um todo, embora os parâmetros de análise tenham sido estudados, ao longo deste texto, à luz de cláusulas de preferência.

## 5. Referências Bibliográficas:

BAKER, J.; CHEVALIER, Judith. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, pp. 20-26.

BRASIL. *Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo no Ato de Concentração n. 08012.003740/2008-36*. Brasília. 2008. Requerentes: Qualimat Distribuidora de Materiais de Construção S.A. e Votorantim Cimentos Brasil Ltda.

BRASIL. *Parecer Técnico n. 242 da Superintendência-Geral referente ao Ato de Concentração n. 08700.007347/2013-20*. Brasília. 2013. Requerentes: Whirlpool S.A. e Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda.

BRASIL. *Parecer Técnico n. 368 da Superintendência Geral referente ao Ato de Concentração n. 08700.009957/2013-69*. Brasília. 2013. Requerentes: Raízen Energia S.A. e Novozymes A/S.

BRASIL. *Voto do Conselheiro César Costa Alves de Mattos no Processo Administrativo n. 08012.006504/1997-11*. Brasil. 2010. Representadas: TV Globo Ltda., Globo Comunicações, Associação Brasileira dos Clubes de Futebol Brasileiro (Clube dos Treze) e outros.

CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 304.

CONJUR. Sociedade dá pouca importância às restrições verticais. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-27/sociedade-importancia-restricoes-verticais-membro-cade>. Acesso em: 20/07/2013.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*. Jornal Oficial da União Europeia, 2008

EUROPEAN COMMISSION. *Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*. Directorate-General for Competition Brussels, Julho, 2002.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*. Commission Notice, 2004.

EUA/OCDE, *Mesa redonda sobre descontos para pacotes e descontos condicionados*; DAF/COMP/WP3/WD, 47, 2008, n. 8.

FAGUNDES, J. Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências. *Revista do Ibrac*, vol. 12, número 6, 2005.

FURQUIM, Paulo. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. São Paulo, EESP/FGV, Textos para discussão n. 264, julho de 2010.

GERADIN, D. ; PEREIRA NETO, Caio Mario S. . *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HVIID, Morten. *Summary of the literature on price guarantees*. ESRC Centre for Competition and UEA Law School, July, 2010. Disponível em: [http://www.uea.ac.uk/polopoly\\_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf](http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.170059!Summary%20of%20LPG%20literature%20Final.pdf). Acesso em: 14/08/2013.

JACOBSON, J. M.; WEICK, D. P. Contracts that reference rivals as an antitrust category. *Antitrust Source*, April 2012.

KLEIN, Benjamin. *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1, Spring, 1988, pp. 199-213.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; ALCHIAN, Armen. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*. Journal of Law and Economics, Vol. 21, No. 2, Out., 1978, pp. 297-326.



- KRATTENMAKER, T.G.; SALOP, S.C. Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 2, pp. 209-293, dez., 1986.
- LAFONTAINE, F. e SLADE, M.E.. Inter-Firm Contracts: Evidence. In: Gibbons, R. e Roberts, J. *Handbook of Organizational Economics*. Princeton University Press, 2010.
- MARX, Leslie M.; SHAFFER, Greg. Opportunism in multilateral contracting: nondiscrimination, exclusivity, and uniformity: comment. *American Economic Review*, n. 94, v. 796, 2004.
- MATTOS, César. Broadcasting Football Rights in Brazil: The Case of Globo and "Club of 13" in the Antitrust Perspective. *Est. Econ., São Paulo*, vol. 42, n.2, p. 337-362, abr.-jun. 2012.
- NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Contratos incompletos e infraestrutura: Contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 7, 2009.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *Revista do Ibrac*, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, p. 237-249, 2003.
- ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 11-35, 2006.
- SCHERER, F.M. e ROSS, D.. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company, 1990.
- SCOTT-MORTON, F. Contracts that reference rivals. Working Paper do FTC apresentado no *Antitrust Seminar da Georgetown University Law Center*, 5 de abril de 2012.
- WILLIAMSON, O. Transaction Cost Economics. In: Shirley, Mary and Ménard, Claude (Eds.) *The Handbook of New Institutional Economics*. Springer. pp. 41-68, 2005.

## **Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC**

Thiago Alves Duarte Faerman Soares<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O presente trabalho busca adentrar em um fenômeno extremamente complexo e controverso: a prática de preço predatório. Boa parte da doutrina acredita que não há razões para a política antitruste se preocupar com a referida conduta, na medida em que seria o mesmo que caçar unicórnios, dada a sua raridade. Esse estudo, contudo, tentará olhar sobre o fenômeno através de outra perspectiva, a qual considera mais condizente com o SBDC, propondo, no final, um sistema de avaliação que possa atingir os objetivos buscados pelo ordenamento brasileiro. Dessa forma, também, se criticará os parâmetros, atualmente, adotados pelo Cade.

Palavras-chave: Direito Concorrencial, Controle de Condutas, Preço Predatório, Cade, SBDC.

Classificação JEL: K21 – Antitrust law

### **ABSTRACT:**

This essay aims to enter into an extremely complex and controversial phenomenon: the practice of predatory pricing. Much of the doctrine believes that there is no reason for the antitrust policy to worry about such behavior, in the measure that it would be the same as hunting unicorns, given its rarity. This study, however, attempts to look at the phenomenon through another perspective, which considers more consistent with the SBDC (Brazilian antitrust system), proposing, in the end, an evaluation system that can better achieve the goals sought by the Brazilian legal system. Thus, also, the parameters currently adopted by CADE are going to be criticized.

Key-words: Competition Law, Behavior Control, Predatory Pricing, CADE, SBDC

JEL Code: K21 – Antitrust law

---

<sup>1</sup>Formado, com láurea acadêmica, em Administração pela Escola de Administração da UFRGS. É, atualmente, aluno do programa de especialização em Direito Público pela PUCRS, além de graduando em Ciências Jurídicas e Sociais, igualmente, pela PUCRS. thiagoadfoares@gmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Entendendo a problemática; 2.1 Evolução do Entendimento da Corte Suprema Americana; 2.2 Fatores Determinantes para a Predação; 2.3 Críticas à Repressão de Pretensas Condutas Predatórias; 3. O SBDC na Questão do Preço Predatório; 4. Na Busca de um Novo Sistema de Avaliação; 4.1 Indo Além dos Requisitos Objetivos; 4.2 O Congelamento de Preços de Edlin; 4.3 A Redução Quase Permanente de Baumol; 4.4 Padrão de Melhoria ao Consumidor de Edlin; 4.5 Novo Sistema de Avaliação Possível ao SBDC; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

A prática de preço predatório é um tema muito recorrente na literatura antitruste atual, porém de rara verificação na realidade, o que tem levado muitos estudiosos a duvidarem da sua existência fática. Nota-se, por exemplo, que, até hoje, o Cade não possui nenhuma condenação pela referida prática (pelo menos até onde o autor saiba; caso contrário, a partir de 2003, no mínimo, não há nenhuma condenação<sup>2</sup>).

Dessa forma, Kenneth Elzinga, em um discurso na American Bar Association, indagou se a conduta de preço predatório seria rara como um selo antigo ou rara como um “unicórnio”<sup>3</sup>. Em tal toada, Frank H. Easterbrook lança a seguinte crítica:

This explosion in the number of theories raises some fundamental questions. Do we have so many theories because predation is a common but variegated phenomenon, curable by no single antidote? Or do we have so many theories for the same reason that 600 years ago there were a thousand positions on what dragons looked like? Unlike most of the recent writers, I conclude that there is no sufficient reason for antitrust law or the courts to take predation seriously.<sup>4</sup>

Tendo em vista as desconfianças relativas ao tema, o presente trabalho tem o intuito de adentrar no fenômeno do preço predatório, a fim de desmitificar esse unicórnio perseguido pela doutrina, com uma análise especialmente atenta às particularidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dessa forma, será feito um apanhado crítico dos trabalhos existentes acerca do tema e será mostrado como é possível adaptá-los à realidade brasileira.

Para isso, o artigo está dividido em mais 4 seções além desta introdução. Na seção 2, serão destacadas as principais correntes clássicas acerca do referido fenômeno, com especial

---

<sup>2</sup>Conforme estudo de SONAGLIO, C. M.; ZAMBERLAN, C. O. *Defesa da Concorrência no Brasil: Eficiência Econômica na Análise de Preço Predatório*. Análise, Porto Alegre, v. 20, n. 1, 2009.

<sup>3</sup>Ver GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. A. *Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn?*. Virginia Economics Online Papers 339, University of Virginia, Department of Economics, 1999.

<sup>4</sup>Em EASTERBROOK, F. H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. University of Chicago Law Review, 48, 1981, p. 264.

ênfase para o teste de preço e custo de Areeda e Turner<sup>5</sup> e o teste bifásico de Joskow e Klevoric<sup>6</sup>. Em seguida, mostrar-se-á a evolução da Suprema Corte Americana no tópico, a qual passou a adotar duas condições para configuração da conduta: precificação abaixo do custo e possibilidade objetiva de recuperar o prejuízo (*recoupment requirement*). Nesse sentido, serão estabelecidos os fatores determinantes para que a prática de preço predatório seja plausível, tais quais: alto *market share*, capacidade produtiva ociosa, alta capacidade financeira, poucas barreiras à saída, altas barreira à entrada. Por último, serão destacadas as críticas em relação à ingerência da lei antitruste no tocante a preço predatório, mormente porque, de acordo com os críticos, a referida conduta é extremamente rara na prática, e a análise em tal campo só poderia trazer mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista, principalmente, que os julgadores deverão entrar em uma área muito complexa que é a análise de custo das empresas.

Na seção 3, serão vistos os princípios norteadores da política antitruste do Brasil, assim como os artigos da Lei n.º 12.529/11 em que a conduta de preço predatório pode ser enquadrada. Perceber-se-á que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência baseia-se na proteção do livre mercado e do consumidor, de modo que a conduta de preço predatório é vedada por diversos dispositivos da lei. Será analisada a Resolução n.º 20/99 do Cade, onde se define preço predatório como a prática de preço abaixo do custo variável médio para eliminar o concorrente e vir a cobrar preços de monopólio, perquirindo-se, na análise, os requisitos objetivos para a predação. Também, será estudada a Portaria n.º 70 do Seae, na qual está estabelecida a metodologia para averiguação do preço predatório. Mostrar-se-á, ainda, que a jurisprudência do Cade tem se apoiado, basicamente, na ausência de critérios objetivos para justificar o arquivamento dos processos de preço predatório.

Na seção 4, procurar-se-á estabelecer críticas aos padrões brasileiros, mormente porque estes não seriam os mais adequados a se atingir os fins almejados pelo SBDC. Será destacado que a comparação entre preço e custo trata-se de um *proxy* inapropriado, porquanto busca, unicamente, indagar se é possível a eliminação de um concorrente igualmente eficiente, sem, contudo, atentar aos efeitos da conduta. Será asseverado, então, que são os efeitos da prática de preço predatório a justificativa para a ingerência da lei antitruste no ponto, de modo que deve se estudar sistemas de avaliação que permitam examinar o fenômeno sobre tal prisma. Dessa forma, será mostrado como é possível haver predação de

---

<sup>5</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>6</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

concorrentes menos eficientes (ou que viriam a ser igualmente eficientes), assim como pode-se eliminar um concorrente tão eficiente quanto sem que isso prejudique o mercado. Além do mais, demonstrar-se-á que a ausência do exame de aspectos subjetivos pode fazer com que a análise dos Tribunais seja demasiadamente superficial.

Na seção 5, far-se-á a conclusão, com a sumarização dos pontos principais e a proposição de um sistema de avaliação de condutas que, de acordo com a visão exposta no presente artigo, permite perquirir a prática do preço predatório com parâmetros mais condizentes com o SBDC.

## 2. Entendendo a problemática

Em termos teóricos, é muito fácil entender a lógica do preço predatório e porque se trata de uma conduta anticompetitiva. Nas palavras de Niels, Jenkins e Kavanagh<sup>7</sup>, preço predatório é a deliberação, por parte de uma firma dominante do mercado, em incorrer em perdas no curto prazo para que possa eliminar os concorrentes e gozar de lucros no longo prazo através da cobrança de preços de monopólio. Ou seja, a firma dominante, frente à entrada de um concorrente novo no mercado, diminui seus preços, a fim de que o negócio não seja mais viável ao entrante, e ele tenha que sair do mercado, para, em seguida, aumentar abusivamente os preços, recuperando os prejuízos incorridos durante a fase de preços baixos. Para melhor visualização, observa-se a figura abaixo:

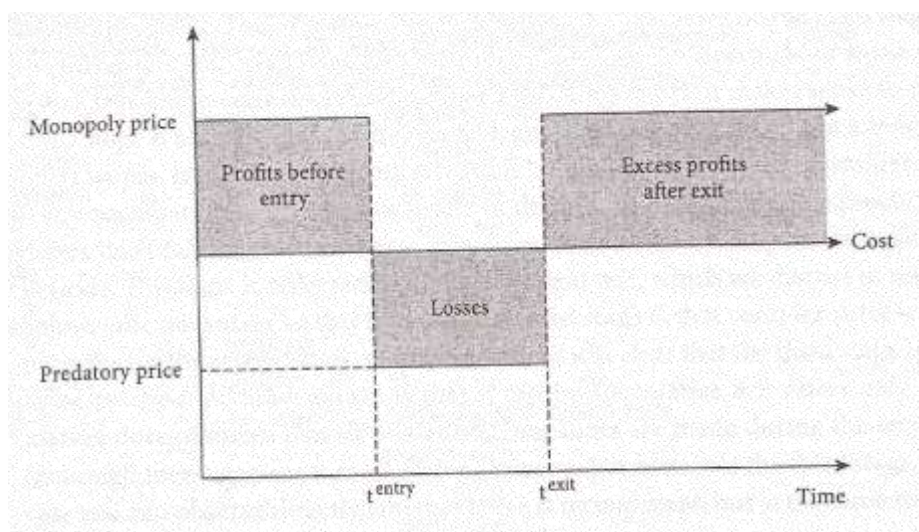


Figura 1: Os três estágios do preço predatório. Fonte: Neils, Jenkins, e Kavanagh (2011).

<sup>7</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

Percebe-se, portanto, que o preço predatório se justifica pela possibilidade de uma firma obter lucros no longo prazo, o que faria a valer a pena os prejuízos sofridos no presente. Como se vê, tal conduta é anticompetitiva, pois, elimina (ou disciplina) a concorrência de forma abusiva – não por maior eficiência, mas somente porque prevê a possibilidade de obter lucros monopolísticos no futuro, o que seria a única forma de explicar racionalmente a redução de preços do incumbente – e, depois, permite o uso do poder de mercado, diminuindo o bem-estar geral, principalmente dos consumidores<sup>8</sup>.

Nota-se que é difícil diferenciar, concretamente, preço predatório de uma conduta extremamente competitiva, a qual beneficia os consumidores, no mercado, através de reduções de preço, aumentando o bem-estar geral. A eliminação de um concorrente menos eficiente não seria, pois, uma prática abusiva, na medida em que refletiria uma competição no mérito, ao passo que o preço predatório permite, em tese, a anulação de um concorrente tão eficiente quanto à predadora, o que seria prejudicial ao mercado.

Assim, há uma forte corrente que afirma que, para a configuração da referida conduta, deve a firma incumbente precificar abaixo do seu custo marginal, pois preço abaixo de tal patamar não condiz com a maximização dos lucros, o que demonstra ser a atividade racional unicamente se visar à obtenção de benefícios posteriores, devido à eliminação de um concorrente tão eficiente quanto à incumbente<sup>9</sup>. Ocorre, todavia, que, de acordo com essa mesma corrente, a verificação, na prática, do custo marginal é extremamente difícil, levando tais estudiosos a adotarem o critério de custos variáveis médios, de modo que preços acima de tal padrão são considerados legais, ao passo que, quando inferiores, são ilegais.

Para a corrente acima exposta, o preço predatório diferiria da conduta competitiva, porque naquele o competidor cobra abaixo do custo que tem para fazer o produto, o que só pode ser razoável se tiver a possibilidade de obter ganhos monopolísticos no futuro que reembolsem as perdas sofridas. Logo, julga-se a conduta de acordo com os preços cobrados no período de predação, atentando-se se estes estão abaixo dos custos variáveis, o que levaria, invariavelmente, à eliminação dos concorrentes igualmente eficientes por não conseguirem arcar com os prejuízos.

Essa análise vem sofrendo críticas, na medida em que a verificação do custo variável médio é extremamente complicada na prática, tendo em vista estruturas de custo complexas

---

<sup>8</sup> BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.

<sup>9</sup> AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

das empresas. Além do mais, segundo Spector<sup>10</sup>, caso competição por preço seja confundida com competição por quantidade, as *price-cost comparisons bear little relationship to any reasonable definition of predation*<sup>11</sup>, de forma que o autor defende que qualquer regra *per se*, tal qual a de Areeda e Turner<sup>12</sup>, não deve ser aplicada, porquanto reduzem a complexa realidade.

Outra corrente liderada por Joskow e Klevorick<sup>13</sup>, com uma percepção mais estruturalista, destaca que a predação, para ser possível, deve preencher, além de preços abaixo do custo, o *recoupment requirement*, ou seja, o mercado no qual atua o predador deve ter condições objetivas para que a prática de preços monopolísticos seja possível no futuro. Dessa forma, o teste proposto pelos autores inova no sentido de avaliar se o *recoupment* (ganhos no futuro) é viável de acordo com as características do mercado em discussão.

Para tanto, os autores propõe um teste dividido em duas etapas: na primeira, deve-se perquirir se há pré-condições para que o preço predatório seja uma prática possível, atentando-se para *market share*, sua estabilidade no tempo, tamanho das firmas concorrentes, histórico de lucratividade da incumbente no tempo, elasticidade da demanda e condições de entrada. Estando presente um cenário favorável ao *recoupment requirement* - logo um cenário onde a empresa pode cobrar preços monopolísticos, sem haver perigo de, assim o fazendo, surgirem novos competidores -, passa-se à segunda etapa do teste, onde, aí sim, verificar-se-ia a relação preço e custo, mas com um patamar mais elevado que Areeda e Turner<sup>14</sup>, pois os autores consideram como ilegais os preços praticados abaixo do custo total médio, que seria uma medida, segundo eles, mais adequada com o equilíbrio em um mercado competitivo no longo prazo.

## **2.1. Evolução do entendimento da Corte Suprema Americana**

No tocante a casos concretos, inicia-se pelo emblemático *Standard Oil v. United States* (1911)<sup>15</sup>, onde a empresa de John D. Rockefeller foi punida pela prática de preço predatório, devido a condutas como “*area price discrimination*” ou “*local price cutting*”, entendendo a

---

<sup>10</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>11</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001, p. 26.

<sup>12</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>13</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>14</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>15</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. U.S. Supreme Court. 221 U.S. 1 (1911).

Corte Suprema Americana que houve abuso de poder de mercado, sem, contudo, especificar a precisão das alegações de acusação<sup>16</sup>.

A respectiva decisão foi vítima de severas críticas por parte da doutrina, especialmente de John S. McGee, segundo o qual:

Standard Oil did not use predatory price discrimination to drive out competing refiners, nor did its pricing practices have that effect [...] I am convinced that Standard did not systematically, if ever, use local price cutting in retailing, or anywhere else, to reduce competition. To do so would have been foolish; and, whatever else has been said about them, the old Standard organization was seldom criticized for making less money when it could readily have made more.<sup>17</sup>

Observa-se, portanto, que a avaliação de McGee refere-se, principalmente, ao fato de a prática de preço predatório, no mercado ali analisado, não ter sentido lógico, não bastando uma análise, unicamente, voltada ao preço, de modo que outras variáveis devem entrar em cena. A Suprema Corte Americana, contudo, mantinha uma posição favorável às alegações de preço predatório, o que fez emergir, entre as décadas de 1950 e 1980, uma linha crítica aos julgamentos do referido Tribunal, liderada pela Escola de Chicago<sup>18</sup>.

Tais vozes foram ouvidas nos casos *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.* (1986)<sup>19</sup> e *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (1993)<sup>20</sup>, onde a Suprema Corte Americana começou a ficar mais sensível com argumentos relativos à plausibilidade de preço predatório frente às características do mercado, adotando dois requisitos para configurar a conduta: precificação abaixo do custo e possibilidade de recuperar o prejuízo (*recoupment requirement*).

Percebe-se, dessa forma, que a Suprema Corte Americana, a partir dos casos paradigmáticos acima destacados, passou a adotar um teste ao estilo Joskow e Klevoric<sup>21</sup>, ou seja, para ser condenado por preço predatório, não bastava mais o agente praticar preços abaixo dos seus custos, mas, também, deveria haver a possibilidade objetiva deste conseguir recuperar os prejuízos.

No caso *Brooke Group*, a Suprema Corte Americana deixa claro que está preocupada em interferir demasiadamente no mercado, ao condenar precificações legítimas baseadas no

<sup>16</sup>POSNER, R. A.; EASTERBROOK, F. H. *Antitrust cases, economic notes and other materials*. Second edition. Chicago: West Group, 1981.

<sup>17</sup>MCGEE, J. S. *Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. *Journal of Law and Economics* 1, 1958, p. 168.

<sup>18</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002.

<sup>19</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.* *U.S. Supreme Court*. 475 U.S. 574 (1986)

<sup>20</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* *U.S. Supreme Court*. 509 U.S. 209, 223 (1993)

<sup>21</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. *Yale Law Journal*, vol. 89, 1979.



mérito (quando o incumbente possui uma estrutura de custo mais enxuta que o entrante), o que possuiria *intolerable risks of chilling legitimate price cutting*. Logo, nota-se que o Tribunal, ao começar a olhar também para as possibilidades concretas de ganhos monopolísticos no futuro, quer evitar a proibição de condutas que não seriam capazes de trazer danos aos consumidores, pois a fase prejudicial, qual seja, a de recuperação do prejuízo, nunca viria a ocorrer.

Conforme destaca Gabrielle Marceau<sup>22</sup>, eventuais erros de julgamentos em casos como preço predatório leva a efeitos exatamente contrários aos perseguidos pela lei antitruste, protegendo firmas ineficientes e gerando maiores preços aos consumidores. A grande vantagem, assim, em se adotar o *recoupment requirement* é fugir de análises de custos das empresas, as quais são complexas e muitas vezes podem levar os julgadores a erros, como explicitado acima, atentando-se, primordialmente, aos fatores determinantes para a predação.

## **2.2. Fatores determinantes para a predação**

Essa análise tornou-se de extrema importância nos julgamentos de preço predatório, pois possibilita ver se a prática é racional no mercado em voga, o que torna prescindível as comparações de preço-custo caso os requisitos objetivos para a conduta não estejam presentes. Analisa-se, portanto, os próprios perigos da conduta, na medida em que a utilização de preço predatório em mercados que não possuam pré-condições para tal não trará nenhum dano aos consumidores.

Para a conduta ser racional, deve, conforme figura 1 acima, ser rápida a fase 2 de preços baixos e a fase 3 longa, maneira pela qual Niels, Jenkins e Kavanagh<sup>23</sup> definem predação como algo *quick and dirty*. Dessa forma, para se ter sucesso, o incumbente deve possuir amplo poder de mercado, tanto antes como depois da predação, de modo que, na fase 2, aumenta a sua produção, conquistando *market share*, o que faz com que seus prejuízos sejam maiores do que o de seus concorrentes.

Ademais, sendo a demanda elástica, o incumbente deve ter capacidade produtiva para satisfazer a nova procura devido à redução de preços. Isso demonstra, igualmente, que o predador deve possuir grande capacidade financeira, o que levou doutrinadores a argumentarem que a predação seria possível com incumbentes de *deep pocket*, pois estes

---

<sup>22</sup>MARCEAU, G. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press. Oxford (NY), 1997.

<sup>23</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

conseguem suportar maiores perdas que o concorrente, tendo em vista, inclusive, que a prática de preço predatório fará com que a operação não seja rentável ao entrante, inibindo-lhe acesso a financiamentos externos no mercado financeiro em um ambiente de assimetria de informações<sup>24</sup>. Em termos mais simples, ao sofrer perdas pela predação, o entrante não conseguirá empréstimos favoráveis em bancos, na medida em que seus balanços indicarão perdas no mercado, demonstrando ser seu negócio, *prima facie*, não lucrável (portanto de maior risco).

Percebe-se, assim, que as condições de mercado para a prática de predação na fase 2 devem indicar que a incumbente tenha capacidade produtiva ociosa a fim de suprir a nova demanda, como também possibilidade de financiamento de suas perdas, enquanto o entrante não deve possuir capacidade financeira alta.

Nesse momento, a incumbente sinaliza ao entrante que haverá uma guerra de preços e, quanto mais credibilidade tiver essa ameaça, maior será a motivação para deixar o mercado, na medida em que o concorrente não sabe quais são os custos da empresa adversária, o que lhe deixa em um cenário delicado<sup>25</sup>. Aliado a isso, as barreiras de saída ao entrante não podem ser altas, caso contrário os entrantes terão maior resistência em deixar o mercado, a fim de não incorrerem em perdas muito altas.

Apesar de não poderem ser altas as barreiras de saída, deve haver fortes barreiras à entrada, para que o predador possa aumentar seus preços na fase 3, sem que isso faça com que novos concorrentes entrem no mercado. Aqui está o *recoupment requirement* em si, ou seja, se o mercado possui barreiras suficientemente elevadas para que o predador cobre preços altos sem atrair nova concorrência.

O sistema de avaliação de Joskow e Klevoric<sup>26</sup> leva em conta, nessa análise, apenas aspectos objetivos de barreiras à entrada, o que pode ser criticado pela doutrina, na medida em que aspectos subjetivos, tais como reputação, tem um peso no momento de escolha de entrada em um mercado ou não<sup>27</sup>. Segundo Raub e Wessie (1990)<sup>28</sup>, a reputação de um agente é um atributo que lhe é dado pelos seus pares, devido a informações de suas atitudes passadas, o que, de alguma forma, guiará as escolhas de seus concorrentes no futuro. No caso de preço

---

<sup>24</sup>ORDOVER, J. A.; SALONER, G. Predation, Monopolization, and Antitrust. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.

<sup>25</sup>Idem

<sup>26</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>27</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>28</sup>RAUB, W; WESSIE, J. *Reputation and Efficiency in Social Interactions: An Example of Network Effects*. American Journal of Sociology. vol. 96. N.º 3, 1990.

predatório, a reputação tem um peso muito forte, principalmente como uma forma de contenção à entrada de novos competidores, pois, mesmo que o mercado não tenha barreiras objetivas, um entrante pensará duas vezes ao verificar que o caminho está cheio de defuntos<sup>29</sup>.

Dessa forma, Edlin (2012)<sup>30</sup> destaca que, em termos gerais, a predação precisa de três pré-requisitos: preços baixos, credibilidade e ausência de reentrada. Nesse sentido, destacam-se três hipóteses que justificam tais requisitos e foram esboçados acima: hipótese de *deep pocket*, no qual o incumbente consegue lidar com as perdas decorrentes do preço baixo; hipótese de sinalização, no qual o incumbente faz uma ameaça crível ao concorrente de que este está entrando uma guerra de preços feroz, sendo a credibilidade de tal sinal importante para a saída do competidor; hipótese de reputação, no qual, pela predação, o incumbente ganha reputação no mercado, de forma que outras firmas vão pensar duas vezes antes de entrar em competição com ele, o que acaba inibindo a reentrada de participantes no mercado.

Essas são hipóteses que explicam a prática de condutas predatórias, analisando o fenômeno por prismas diferentes, mas que, no final, pode-se considerá-las complementares. Este trabalho não irá adentrar dentro de cada uma, na medida em que aqui se tentará construir um sistema de avaliação diferenciado. Isso não significa, todavia, que tais hipóteses não tenham particularidades que demandam mais tempo e estudo. De qualquer forma, é importante destacá-las, pois elas têm influenciado a compreensão do significado de preço predatório, sendo determinantes para a escolha de fatores analisados.

### **2.3. Críticas à repressão de pretensas condutas predatórias**

Como se pode notar a partir da introdução deste trabalho, não é toda a doutrina que considera a prática de preço predatório como uma conduta verossímil, valendo lembrar o questionamento de Easterbrook (1981) se a razão de haver tantos livros sobre o assunto é a mesma pela qual havia a 600 anos atrás vários documentos sobre como dragões eram.

Também, foi destacado que, no mundo concreto, é muito difícil diferenciar condutas competitivas de preço predatório, principalmente porque questões como custos são complicadas de serem verificadas na realidade, havendo sempre a possibilidade de se proibir atitudes pró-competitivas. Atenta a tais perigos, a Suprema Corte Americana passou a adotar

---

<sup>29</sup> NIELS, JENKINS E KAVANAGH, 2011, p. 205

<sup>30</sup> EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012.

o *recoupment requirement*, a fim de que a condenação por preço predatório tivesse que preencher diversos requisitos fáticos que demonstrassem a plausibilidade da conduta.

De qualquer forma, há diversas vozes na doutrina defensoras da abstenção da lei antitruste em relação a tais condutas, pois isso só faria mais mal do que bem. Destaca-se, nesse sentido, o trabalho de Isaac e Smith<sup>31</sup>, em que, através de experimentos, não conseguiram constatar a ocorrência da prática de preço predatório, concluindo que a imposição da lei antitruste nesse aspecto causa mais malefícios do que benefícios, conforme segue:

The antitrust regulations imposed on a market that might be thought to be susceptible to predation caused the market to perform less competitively and less efficiently than in the absence of any regulations against predation<sup>32</sup> (ISAAC E SMITH, 1981, p. 344).

Em linha similar, Richard Bork (1993)<sup>33</sup> argumenta que estratégia de cortar preços é uma hipótese raramente verificada, na medida em que se trata de atitude extremamente onerosa ao incumbente, de modo que a regulação dos Tribunais em tal área é desnecessária e só pode vir a proibir condutas pró-competitivas, devendo, pois, as Cortes se atentarem a outros tipos de prática, como abuso em processos governamentais.

Tais autores, apesar de não negarem a possibilidade da existência de preços predatórios, destacam que não deveria haver regulação nessa seara, pois tal ingerência teria potencial muito maior de prejudicar a concorrência e o bem-estar geral do que proteger os consumidores. É o que o Justice Breyer definiu como trocar um pássaro na mão (prática de preços baixos) por um pássaro no arbusto (possível exercício de poder de monopólio no futuro), o que, de acordo com a sua visão, acarretava em extrema cautela nas restrições em tal área<sup>34</sup>.

Nessa senda, segundo Easterbrook (1981), a suposta prática de preço predatório sempre traz benefícios ao consumidor através de uma redução de preços, ao passo que os custos de um litígio envolvendo a referida conduta são enormes. O respectivo autor destaca que um Tribunal, nesses casos, deverá entrar em projeções futurísticas, como ganhos monopolísticos, além de ter que calcular a elasticidade da demanda e os custos da empresa, o

---

<sup>31</sup>ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985.

<sup>32</sup>ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985, p. 344.

<sup>33</sup>BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.

<sup>34</sup>EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

que são tarefas, praticamente, impossíveis, tendo em vista a extrema complexidade de cada uma delas, havendo um risco intolerável em se condenar condutas ferozmente competitivas.

Outrossim, há teóricos de cunho mais liberal, tal qual DiLorenzo (1992)<sup>35</sup>, que afirmam que a ingerência do governo nos preços se trata de medida desarrazoada e atentatória à liberdade de mercado existente, sendo a tentativa de eliminar preços predatório uma forma de se eliminar, em realidade, a verdadeira competição por mérito.

A ponderação em relação a tais críticas será feita na seção 4, onde se tentará construir um novo sistema de avaliação condizente com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por enquanto, cumpre referir, de qualquer forma, que tais críticas não são isoladas e cada vez condenações pelas referidas práticas têm sido mais raras. Pode-se argumentar que isso ocorre pela complexidade dos julgamentos e pelo medo dos Tribunais em condenarem condutas realmente competitivas.

### **3. O SBDC na questão do preço predatório**

A Constituição Federal Brasileira tem, em seu art. 170, os princípios norteadores da ordem econômica, devendo-se sublinhar para a análise deste trabalho os seguintes:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...]  
II - propriedade privada; [...]  
IV - livre concorrência;  
V - defesa do consumidor;

Assim, apesar de haver proteção à propriedade privada, não se trata de um princípio absoluto, necessitando estar conjugado com a livre concorrência e a defesa do consumidor, modo pelo qual se percebe que a prática de preço predatório não é aceita por atentar aos referidos princípios constitucionais. Pode-se destacar, por ora, que a crítica de DiLorenzo (1992) não tem pertinência com o ordenamento brasileiro, porquanto a propriedade privada não é, nem poderia ser, um direito absoluto.

No tópico, mais especificamente, a lei 12.529/2011, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, possui dispositivos, nos quais a prática de preço predatório pode ser enquadrada como conduta vedada, conforme segue:

---

<sup>35</sup>DILorenzo, T. J. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N.º 169, 1992.

Art. 36. 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; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...]

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; [...]

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

Dependendo do estágio da conduta de preço predatório, ela pode ser enquadrada dentro de distintas hipóteses legais: por exemplo, na fase 2, onde a incumbente cobra preços baixos tentando expulsar o concorrente, a atitude enquadra-se na hipótese do art. 36, I, c/c § 3º, III, IV ou XV; caso a conduta venha ocorrer na fase 3 (*recoupment*), pode-se dizer que a empresa está enquadrada no art. 36, III e IV. Assim, pode-se ressaltar que a lei foi bastante abrangente, de modo que não limitou, exaustivamente, o que poderia ser preço predatório, fato este benéfico para a proteção dos consumidores, na medida em que qualquer conduta capaz de gerar efeitos anticoncorrenciais é vedada, como se pode perceber pela redação aberta do diploma legal.

A Resolução n.º 20/99 do Cade<sup>36</sup>, procurando dar mais concretude ao fenômeno dos preços predatórios, descreveu-o da seguinte forma:

Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, **avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.** (Grifos do autor)

Dessa leitura, percebe-se que a referida Resolução foi bastante influenciada pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, mormente no tocante ao *recoupment requirement*, conforme se nota pelo trecho destacado, onde se ressalta a avaliação das possibilidades objetivas de ganhos elevados no futuro.

---

<sup>36</sup>CADE. Resolução n.º 20, de 9 de junho de 1999, publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94.

Tal posicionamento, com certeza, influenciou a Portaria N° 70, de 12 de Dezembro de 2002, do Seae<sup>37</sup>, que serve como Guia para análise econômica da prática de preços predatórios. Segundo o referido Guia, a análise econômica deve se basear nos seguintes aspectos, os quais são analisados consecutivamente:

- **Do Mercado Relevante Afetado:** analisa-se o mercado relevante através do teste do monopolista hipotético através das dimensões produto e geográfica, a fim de determinar a abrangência da conduta examinada.
- **Das Condições de Entrada do Mercado Relevante Afetado:** nessa etapa, infere-se a viabilidade de uma entrada tempestiva e provável, ou seja, se pode haver entrada nos próximos dois anos, com possibilidade de lucratividade, o que inibe a prática de preços predatórios.
- **Da Condição de Oferta da Representada:** aqui, perquire-se a capacidade ociosa da predadora e a sua possibilidade de expansão, com o intuito de determinar se ela conseguirá suprir a nova demanda decorrente dos preços baixos.
- **Da Capacidade de Financiamento:** nesse momento, indaga-se a capacidade da predadora em se financiar com terceiros e de se autofinanciar, para saber se ela terá capital para sustentar as suas atividades.
- **Comparação entre preço e custo:** aqui, há duas linhas, quais sejam, os custos totais médios e os custos variáveis médios. Preços acima daquele patamar não podem ser considerados predatórios, ao passo que quando estão abaixo deste há prática de conduta ilegal. Preços entre as duas medidas deixarão a firma sob suspeita da prática de preço predatório, impondo a análise de outras variáveis como condições de oferta e de demanda do mercado.

A análise acima é feita da seguinte maneira: caso o aspecto anterior seja favorável à prática de preço predatório, passa-se ao exame do passo seguinte; caso seja desfavorável, arquiva-se o processo. De forma didática, há o Apêndice II da Portaria n.º 70 para exemplificar:

---

<sup>37</sup>SEAE. PORTARIA N.º 70, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2002 (Publicada no Diário Oficial da União no 241, de 13/12/2002, Seção 1, págs. 138 a 139). GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS.

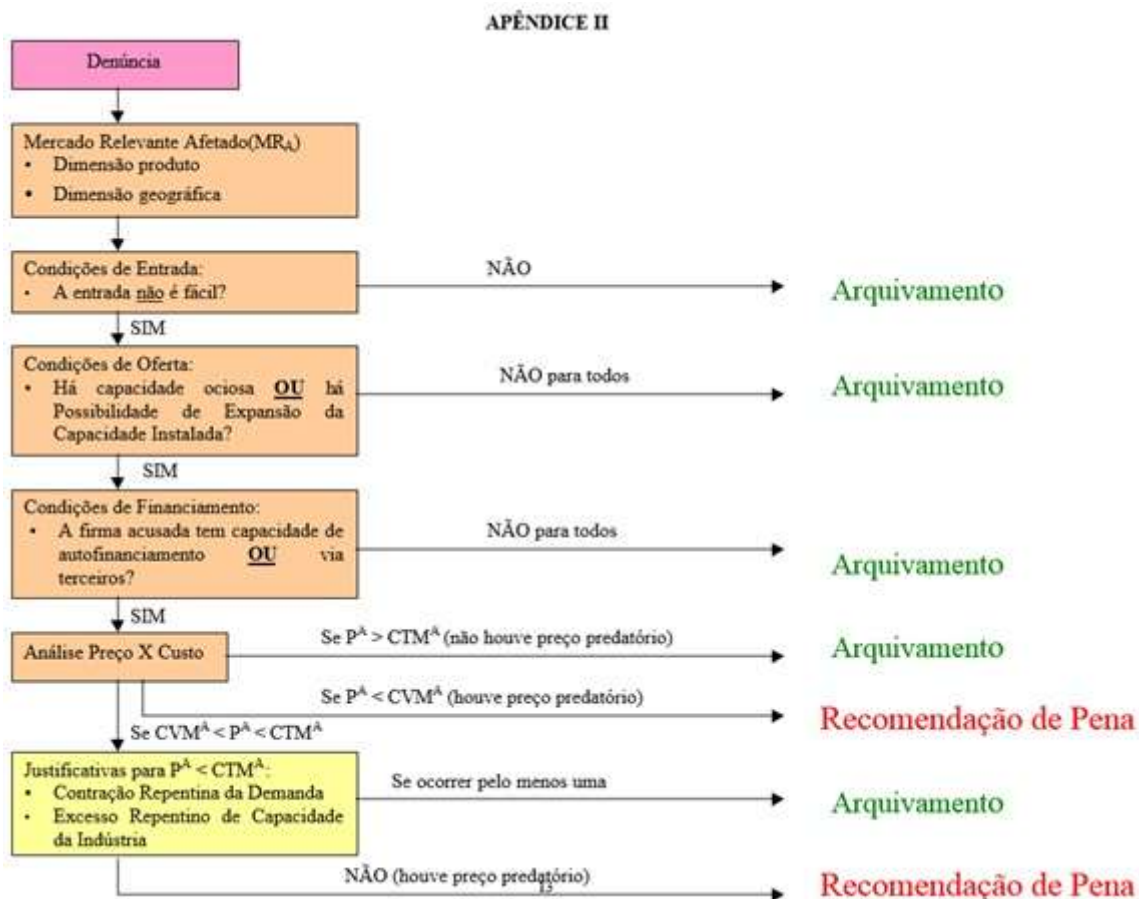


Figura 2: Apêndice 2 do Guia para análise econômica da prática de preços predatórios. Fonte: Portaria n.º 70 de 2002 do Seae.

Pode-se notar, assim, que o sistema brasileiro preocupa-se bastante com a existência de requisitos objetivos que possibilitem a prática de preços predatórios, indo ao encontro daquilo que foi mostrado na seção 2 como sendo as visões mais tradicionais acerca da questão. Está, pois, de acordo com a evolução do pensamento da Suprema Corte Americana.

Isso faz com que a maioria das decisões do Cade esbarrem exatamente na ausência de requisitos fáticos para a prática de preço predatório. Em pesquisa entre os anos de 2003 e 2007, Sonaglio e Zamberlan (2009) constataram que não houve nenhuma condenação pela referida conduta e expressões como mercado, poder de mercado, barreiras à entrada, marca, promoções e práticas sazonais têm norteadado o exame realizado pelo Conselho, fazendo com que os julgamentos pelo arquivamento sejam motivados justamente pela ausência de requisitos objetivos.

Em um dos poucos casos em que o Conselho adentrou no mérito da comparação preço-custo, o PA n° 08000.013002/95-97<sup>38</sup>, caso Labnew, de relatoria do Conselheiro Mércio

<sup>38</sup>CADE. Processo Administrativo n.º 08000.013002/1995-97. CADE. Rel. Conselheiro Mércio Felsky. Julgado em 30/05/2001. Data de publicação no DOU: 29/06/2001.



Felsky, ficaram sedimentados alguns padrões de avaliação da prática de preço predatório. Após um apanhado teórico e de julgamentos da Corte Suprema dos EUA, o Conselheiro constatou que o preço predatório possui as seguintes pré-condições: i) o mercado relevante deve ser extremamente concentrado; ii) o predador deve possuir posição dominante; iii) as barreiras à entrada devem ser altas; iv) o predador deve possuir capacidade produtiva ociosa, ao contrário dos competidores; e v) os ativos dos concorrentes expulsos devem sair do mercado. Esse precedente tem sido de muita valia aos Conselheiros para arquivarem casos, nos quais não verifiquem tais requisitos presentes.

O referido precedente, também, tem sua importância por ter examinado a comparação de preço e custo. O relator deixa claro que gostaria de evitar tal análise, pois se trata de terreno arenoso, como muito bem expõe: *essa conclusão torna indispensável e necessário aquilo que tentei, a todo tempo evitar: a verificação dos custos e preços de venda da suposta predadora para apurar se efetivamente houve a margem negativa, e em que medida isso ocorreu* (FELSKY, 2001, p. 26)<sup>39</sup>.

O Conselheiro passa à análise de custos variáveis médios, medida a qual ele considera conveniente para identificar se determinado preço foi abusivo. Já a partir dessa escolha, poderia haver vozes contrárias, como a de Joskow e Klevoric<sup>40</sup>, na medida em que, mais condizente com uma estratégia de longo prazo, é se adotar o custo médio total, que, inclusive, é um dos parâmetros da portaria n.º 70 da Seae para deixar a firma sob suspeita de preço predatório.

De qualquer forma, mesmo em se admitindo que o custo variável médio seja a medida correta, o que se percebe depois é que o relator teve um enorme trabalho para quantificar tal valor, utilizando-se da média ponderada dos custos de importação e ignorando as despesas indiretas (gastos relativos ao departamento financeiro, de vendas...). Dessa forma, o relator conclui que o preço não estava abaixo do custo variável médio, porém, mesmo assim, poderia haver indagações se o processo utilizado de quantificação foi o mais correto.

Aqui, não se pretende advogar pela exatidão do método desenvolvido, mas procura-se, unicamente, mostrar a dificuldade de tal quantificação e como ela, talvez, seja um critério que mais atrapalha do que ajuda. Por isso, tenta-se, na próxima seção, desenvolver um método mais condizente com os objetivos do SBDC, quais sejam, promover a concorrência e o bem-estar do consumidor.

---

<sup>39</sup>Ver nota 19.

<sup>40</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

Destaca-se, por derradeiro, que, no precedente analisado, tratava-se de uma denúncia de preço predatório contra uma entrante no mercado, a qual já havia sido punida pela prática de *dumping* e havia perdido boa parte de seu *market share*. Dessa forma, não argumentando que esta tenha sido a razão, mas levantado como um bom motivo para o arquivamento do PA, há o fato de a prática predatória nunca ter atingido o período de ganhos (*recoupment*), devido, exatamente, à sanção imposta pelo *dumping*, o que demonstra que a conduta da representada não teve nenhum efeito, substancialmente, prejudicial à concorrência.

#### 4. Na busca de um novo sistema de avaliação

Seria a comparação de preço e custo a forma mais correta de se avaliar a prática de preço predatório? Ou seja, só pode ocorrer preço predatório quando uma firma precifica abaixo do seu custo? A doutrina tem se utilizado de tal padrão, pois, de acordo com uma concepção clássica de microeconomia, o incumbente só conseguiria eliminar um entrante igualmente eficiente caso precificasse abaixo do seu custo marginal, incorrendo em perdas no curto prazo, para auferir lucros no longo prazo.

Entretanto, tal conceito parte de premissas clássicas de microeconomia, as mesmas que são usadas pelos críticos para refutar a plausibilidade do comportamento, conforme demonstrado na subseção 2.3. Na verdade, se a prática predatória tiver que passar por uma análise detalhada dos custos da empresa para determinar a legalidade do preço cobrado, parece, então, que razão se encontra com os críticos da sindicabilidade da lei antitruste no ponto, principalmente pelo fato de que isso só pode trazer mais danos do que benefícios.

Ora, a estrutura de custos de empresas, mormente quando se pensa nas grandes monopolizadoras de um mercado, são altamente complexas e contam com todo um departamento de contabilidade para serem feitas, de modo que o julgamento acerca da referida medida estaria sempre suscetível a erro, seja para o excesso ou para a deficiência de regulação. Ademais, como posto antes, há diversos funcionários da empresa engajados nos dados financeiros, o que impõe a questão de quando poderia haver uma condenação pela prática de preço abaixo do custo se tais funcionários poderiam muito bem mudar a classificação de um custo para fazê-lo “desaparecer” da equação. Não se pode ser ingênuo e pensar que os encarregados da contabilidade empresarial não estariam atentos ao fato de que o preço não poderia estar abaixo do custo. Assim, os próprios julgamentos pela referida prática

ficam sujeitos a dados fornecidos pelas empresas, os quais, não se pode dizer, estejam livres de um determinado viés.

Em realidade, parece ocorrer uma confusão na hora de definir preço predatório. Spector<sup>41</sup> (destaca que há três definições distintas, mas muitas vezes aplicadas como sinônimas, quais sejam, i) uma ação é predatória se ela não é a mais rentável, a não ser que se leve em conta seus efeitos sobre a possibilidade de entrada ou a saída de uma firma; ii) há predação quando a condição *i* é satisfeita e a saída ou ausência de entrada deve possibilitar ao predador o exercício do poder de mercado, cobrando preços supracompetitivos; iii) ocorre predação quando há a eliminação de um concorrente igualmente ou mais eficiente.

A comparação preço-custo, proposta por Areeda e Turner<sup>42</sup> baseia-se, exatamente, na condição *iii*, ou seja, o referido teste procura determinar se a conduta de uma empresa poderia, ou não, eliminar um concorrente tão eficiente quanto. Deve-se perguntar, então, se esse é o real escopo de proteção do SBDC?

Conforme visto na seção anterior, o SBDC possui como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, os quais são protegidos pela lei 12.529/11, através da vedação de diversas condutas que poderiam contra eles atentar. Percebe-se, portanto, que a intenção do SBDC é proteger o livre mercado, para, com isso, aumentar o bem-estar geral, principalmente do consumidor. Indaga-se, assim, de novo: seria a precificação abaixo do custo a única que poderia atentar a tal fim buscado pelo ordenamento brasileiro?

Acredita-se que não. De acordo com o debatido na seção 2, os danos da prática de preço predatório ocorrem na fase 3 (figura 1), logo no momento em que o predador vai recuperar seu prejuízo através da cobrança de preços monopolísticos, o que justifica a intervenção do Estado em tal conduta. Tanto é verdade, que a Suprema Corte dos EUA adotou o *recoupment requirement*, a fim de não punir condutas que não tivessem a capacidade de chegar na fase 3.

Olhando sob esse prisma, percebe-se que a definição *iii* acima destacada trata-se de um *proxy* não muito apropriado para a avaliação da conduta. Isso, pois, um incumbente pode eliminar um concorrente igualmente eficiente e nunca vir a cobrar preços monopolísticos, mas, simplesmente, ganhar mais dinheiro pelo aumento de seu *market share*<sup>43</sup>, ou mesmo, um

---

<sup>41</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

<sup>42</sup>AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.

<sup>43</sup>SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.

incumbente pode eliminar um concorrente menos eficiente e, com isso, causar enormes prejuízos ao bem-estar geral, em especial ao dos consumidores<sup>44</sup>.

Essa última afirmação pode causar espanto, principalmente quando se pensa em competição pelo mérito, ou seja, estar-se-ia tentando punir o concorrente mais eficiente pelo seu sucesso no mercado? Com certeza, essa será a questão mais delicada deste trabalho, mas, contudo, pretende-se diferenciar, claramente, concorrência pelo mérito de preço predatório. Para tanto, será adotada a definição de que preço predatório é a redução de preços que visa, unicamente, à eliminação do entrante, para depois haver ganhos monopolísticos pela predadora, o que diminui o bem-estar geral.

Parece não ter grandes consequências a constatação acima, porém, na prática, ao se adotar a definição acima, o foco deixa de ser a estrutura de preço-custo, para ser, então, os efeitos, no mercado e no bem-estar geral, das condutas das empresas. A partir dessa constatação, analisar-se-ão sistemas de avaliação condizentes com tal premissa. Mas, antes, deve-se verificar porque é possível haver predação por uma firma mais eficiente, com um olhar crítico sobre algumas análises clássicas de preço predatório.

#### **4.1. Indo além dos requisitos objetivos**

Primeiramente, cumpre-se salientar que, numa análise de viabilidade da predação, não podem ser apenas tomados aspectos objetivos do mercado. Fatores subjetivos influenciam, e muito, a plausibilidade da atitude predatória.

Essa limitação do sistema de avaliação de Joskow e Klevoric<sup>45</sup> tem levado muitos céticos a afirmarem que os preços predatórios são unicórnios voando no céu. Isso é lógico quando se pensa em um cenário puramente matemático. Entretanto, respostas muito diferentes virão ao se analisar os agentes de mercado como seres dotados de racionalidade limitada em um cenário de assimetria de informações.

Muitos críticos afirmam, por exemplo, que a predação não é possível, pois gera maiores prejuízos ao incumbente do que ao entrante. Tal fato pode ser verdadeiro se ambos dispuserem da mesma capacidade financeira, o que não é a realidade atual, onde há muita assimetria de informações.

---

<sup>44</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>45</sup>JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

Tome-se, assim, o exemplo de uma firma consolidada no mercado, que consegue empréstimos a bons números, pela sua credibilidade e solidez. Quando um concorrente vier desafiá-la, ela abaixará o preço do produto, fazendo com que ambos incorram em prejuízos. Os dela serão maiores? Depende, pois se ela tiver capital guardado ou acesso a empréstimos baratos e o entrante for obrigado a ir ao mercado conseguir financiamento, talvez este tenha maiores perdas pelas taxas de juros cobradas, as quais serão altas, tendo em vista que a sua operação não é lucrativa. Logo, a assimetria de informações na hora de contrair empréstimos é um fator que, normalmente, favorece a firma já consolidada no mercado, o que pode lhe reduzir os prejuízos, proporcionalmente, em relação ao concorrente, obrigando-o a sair do mercado antes que entre em falência<sup>46</sup>.

Outrossim, a credibilidade de uma ameaça é um fator importante na decisão de um entrante. Ora, ao entrar no mercado, não se sabe a base de custos da empresa monopolista, maneira pela qual, quando esta reduz, drasticamente, os preços, pode sinalizar ao entrante que possui uma estrutura de custos mais enxuta do que realmente é de fato. Como ele não sabe, o risco pode ser muito alto de permanecer no mercado, o que facilita a sua saída, exatamente por ter uma racionalidade limitada frente a este cenário de assimetria de informações. Nesses casos, ocorre, inclusive, o blefe por parte da predadora, que pode ser muito útil caso nunca seja revelada a sua falsidade<sup>47</sup>.

Ainda, a reputação que a incumbente ganha ao eliminar um concorrente favorece o estabelecimento de barreiras à entradas psicológicas, na medida em que todos os possíveis concorrentes sabem do que a referida empresa é capaz de fazer quando surge um entrante, inibindo à competição<sup>48</sup>. Por conseguinte, analisar barreiras à entrada pós-predação, apenas, pelo prisma objetivo é negar os efeitos que a reputação tem no mercado.

Percebe-se, assim, que todos os fatores apontados acima se tratam de questões subjetivas que facilitam a prática da predação, exatamente pela assimetria de informações que pode haver no mercado. Dessa forma, a análise proposta através apenas de aspectos objetivos, tal qual dita na resolução n.º 20/99 do Cade, pode prejudicar a real percepção do fenômeno do preço predatório. Assim, há aspectos subjetivos existentes em cenários complexos que permitem uma posição favorável à prática de preço predatório, como bem posto por Edlin:

---

<sup>46</sup>ORDOVER, J. A.; SALONER, G. Predation, Monopolization, and Antitrust. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.

<sup>47</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

<sup>48</sup>Idem

Economists such as Ordover, Klevorick, and Bolton, Brodley, and Riordan commonly write that the “Chicago” view that price predation is likely to be unprofitable is correct in simple market settings, but that in more complex, realistic market situations, such as those with imperfect information about costs or about market toughness, aggressive pricing can yield significant long-run benefits to the incumbent firm. My view is that one reason that two decades of information-theoretical results in economics have not had as much influence on the courts as they should is that they are relatively complex.<sup>49</sup>

Ademais, cumpre referir que nem sempre a predação ocorrerá pela precificação abaixo do custo, conforme a definição acima adotada. Edlin<sup>50</sup>, para argumentar a favor da referida hipótese, utiliza-se do exemplo do caso da American Airlines contra Vanguard, onde esta acusava a aquela da prática de preços predatório no trecho Dallas-Kansas City.

No caso, a American cobrava o preço de U\$ 110,00 pelo trecho, vindo diminuí-lo para menos de U\$ 80,00 logo depois da entrada da Vanguard, e aumentando-o para mais de U\$ 110,00 depois da predação. Entretanto, entendeu a corte de apelação que a American Airlines não estava incorrendo em sacrifícios, nem precificando abaixo do seu custo marginal, o que levou à inocência da ré. Contudo, ao se analisar o problema pela definição de preço predatório acima adotada, pouco importa se a ré cobrou abaixo do seu custo, mas, sim, se a sua atitude, ao diminuir o preço, foi maléfica ao mercado, por eliminar um concorrente que poderia oferecer um preço mais favorável do que aquele oferecido posteriormente.

Nesse sentido, percebe-se que a atitude da American foi predatória, pois valeu-se do preço baixo, unicamente, para eliminar um concorrente, vindo, depois, a aumentá-lo, o que diminui o bem-estar geral. Mas, se não ficou o preço abaixo do custo, isso não seria concorrência pelo mérito? Percebe-se que não, pois a única razão pela qual se abaixou o preço foi para eliminar um concorrente do mercado e, depois, aumentá-lo abusivamente, o que pode ser muito bem enquadrado em diversos artigos da Lei n.º 12.529/11.

Vê-se, assim, que o efeito da atitude da American foi negativo no bem-estar geral, exatamente pelo aumento abusivo do preço pós-predação. A concorrência pelo mérito, por sua vez, baseia-se numa capacidade de cobrar menos de forma estável, ou seja, não se cobra menos, unicamente para eliminar o concorrente do mercado e depois aumentar os preços. Essa é a diferença: no preço predatório, a baixa de preços é ilusória e temporária, enquanto na competição pelo mérito a sua ocorrência é duradoura e estável. Percebe-se que a definição esboçada não pergunta se o preço é abaixo do custo, apenas se ele é temporário, unicamente por visar à eliminação do concorrente e a alta de preços no futuro<sup>51</sup>. Sem alta de preços

<sup>49</sup>EDLIN, A. S. **Stopping above-cost predatory price**. Yale Law Journal, vol. 111, 2002, p. 955.

<sup>50</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>51</sup>POSNER, R. A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976

posterior, conclui-se que a competição foi, de fato, pelo mérito e não pela possibilidade de ganhos monopolísticos futuros.

Assim, a predação pode acontecer com um concorrente menos eficiente, mas que pudesse trazer mais benefícios ao mercado e aos consumidores especialmente, quando se atenta para a fase pós-predação<sup>52</sup>. Ou seja, determinada conduta é predatória, porque a sua consequência é uma alta de preços que não haveria caso o concorrente não tivesse sido eliminado, o que, com certeza, prejudica os consumidores.

Veja-se no exemplo da American Airlines. Imagine-se que a Vanguard tivesse uma estrutura de custos um pouco menos enxuta que a American Airlines e pudesse cobrar, tranquilamente, U\$ 90,00 pelo bilhete Kansas-Dallas. Como visto, a redução de preços da American foi motivada, unicamente, para retirar a Vanguard e, depois, exercer poder de monopólio no mercado. Caso não tivesse ocorrido a predação e os preços não tivessem subido para mais de U\$ 110,00 (chegando até U\$ 147,00), os consumidores contariam com uma passagem de, no mínimo, U\$ 90,00. Dessa forma, mesmo que a American não tenha precificado abaixo do custo, a sua atitude foi anticoncorrencial, pois diminui o bem-estar geral e a concorrência.

Um outro ponto a ser abordado, talvez até de maior importância, é a possibilidade de haver predação de firmas que podem vir a ser tão eficientes quanto a incumbente. Ora, muitas vezes para conseguir tornar-se eficiente em um mercado, a firma necessita de tempo para estabilizar-se, ganhar reputação, passar pela curva de aprendizado, ter economias de escala e escopo<sup>53</sup>. Caso a predação seja classificada por uma comparação de preço e custo, uma firma entrante, com a capacidade de se tornar tão eficiente como a predadora (e assim melhorar o bem-estar geral na economia), poderia ser predada, sem que isso representasse qualquer ilegalidade, afinal, até o momento da predação, ela não era tão eficiente.

Atente-se, mais uma vez, ao exemplo da American Airlines. A Vanguard, como nova entrante na rota Dallas-Kansas, tinha, com certeza, desvantagens se comparado com a American. Suponha-se que ambas tivessem a mesma estrutura de custos e cobrassem os mesmos preços. Agora, pergunta-se: isso levaria então a uma divisão meio a meio do mercado, correto? Não. Esse é o tipo de pressuposição feita em sistemas de avaliação clássicos que, porém, não condizem com a realidade complexa do mundo.

---

<sup>52</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>53</sup>NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.

Se ambas cobrassem o mesmo preço, ainda, assim, poderia haver predação por parte da American, mesmo que a estrutura de custos fosse igual. Como? Porque as escolhas do cliente não são baseadas, unicamente, pelo critério preço, e a American contava com diversas vantagens por já ser uma firma estabelecida no mercado. Ela contava com credibilidade, o que inibe a escolha de compra de um fornecedor novo e não conhecido no mercado (trata-se, pois, dos riscos inerentes à assimetria de informações: os consumidores não sabem se aquela firma é confiável, logo preferem não arriscar).

Ainda, o programa de milhagem daria uma vantagem gigantesca à American, a qual só poderia ser recuperada pela Vanguard caso ela tivesse tempo de se estabelecer no mercado. Ora, alguém que já fosse cliente da American incorreria em custos para trocar de companhia (exatamente os custos de perder as milhas acumuladas). Para um cliente neutro, a escolha da American parece ser mais sensata, pois, acumular milhas na American, é mais benéfico, mormente pelo fato de que ela conta com uma rota de trechos muito mais abrangente do que a Vanguard. Percebe-se, assim, que podem ser enumerados diversos aspectos que dão à firma consolidada no mercado diversas vantagens frente à entrante.

Conclui-se, portanto, que é possível haver a prática de preços predatórios com firmas menos eficientes, ou que teriam a possibilidade de se tornar igualmente eficientes, na medida em que tal conduta é analisada exatamente pelos efeitos negativos que produz sobre o mercado, especialmente sobre o bem-estar do consumidor, não podendo ser confundida com competição pelo mérito, a qual se baseia em reduções estáveis e duradouras do preço e não em reduções temporárias somente para a eliminação da concorrência.

Estabelecida essas premissas, deve-se estudar sistemas de avaliação adequados a tal entendimento, de modo a se evoluir na análise de condutas de preço predatório, a fim de que se possa alcançar os fins estabelecidos pelo SBDC, quais sejam, defesa da concorrência e do bem-estar do consumidor.

#### **4.2. O congelamento de preços de Edlin**

Adentra-se, aqui, em um sistema de avaliação condizente com a definição de preço predatório proposta, no qual o incumbente, quando da entrada de um concorrente, não pode abaixar injustificadamente o seu preço.



É o sistema de Edlin<sup>54</sup> que, atento aos casos em que predação pode ocorrer quando a firma não precifica abaixo do seu custo, estabelece um critério de congelamento de preços para a empresa estabelecida no mercado, a fim de que ela não possa prejudicar a entrada de um novo concorrente, o que a levaria a precificar baixo de antemão, ou seja, antes mesmo da entrada (fase 1 da figura 1).

Assim, segundo ele, o critério traz o debate para os incentivos *ex ante* ao invés de se preocupar com a fase de aumento de preços pós-predação como os sistemas de avaliação tradicionais fazem. Esse incentivo seria, exatamente, o fato de que o predador não poderia baixar o preço frente a uma nova entrada (*price freeze*), o que o incentivaria a sempre precificar não abusivamente, a fim de evitar entrada no mercado, pois tal sistema de avaliação protege a entrada de firmas que possam oferecer um pacote mais vantajoso ao consumidor. A desvantagem desse sistema de avaliação, de acordo com Edlin<sup>55</sup>, é que ele inibiria uma competição feroz por preço após a entrada, mas isso não supera os seus benefícios, tendo em vista, inclusive, que ele permite uma competição mais acirrada ao longo prazo, porquanto garante o estabelecimento do entrante e o seu processo de aprendizagem.

Pelo sistema de avaliação de Edlin<sup>56</sup>, para acionar o *price freeze*, a firma entrante deve ter, via de regra, um preço 20% mais barato, o que impede a incumbente de abaixar o preço num período entre 12 a 18 meses (tempo razoável para o estabelecimento do entrante no mercado). Caso não sejam observados esses requisitos, o incumbente pode ser processado por preço predatório, sem haver necessidade de se provar preço abaixo do custo ou mesmo possibilidade do *recoupment*. Esses critérios não seriam, contudo, rígidos, devendo ser adaptados à realidade de cada mercado.

De acordo com essa regra, Edlin<sup>57</sup> defende que, pela firma estabelecida no mercado nunca saber quando pode entrar um concorrente, há sempre incentivos para se manter os preços baixos, beneficiando os consumidores. Nesse sentido, ele conclui:

The principal substantive objection to the rule proposed here is that it protects inefficient entrants. Why would we want inefficient firms in the market, and what business is it of antitrust to protect them? The best answer is that consumers often need inefficient entrants. Recall that the entrant only receives any protection if it is a “substantial entrant,” which I suggest operationalizing as one pricing at least twenty percent below the incumbent. Only entrants who provide substantial benefits to consumers receive any protection. From the vantage point of overall wealth maximization, the advantages of this rule are ambiguous if the incumbent does not charge low enough limit prices to bar all entry, because some less efficient firms

---

<sup>54</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>55</sup>Idem

<sup>56</sup>Idem

<sup>57</sup>Idem

may enter. Consumer benefits are more certain, however, since limit pricing is encouraged; and at any given incumbent price level, entry is encouraged. Conditional upon entry, the entrant has a strong incentive to price twenty percent below the incumbent instead of ducking just under the monopoly price umbrella. Courts that favor total welfare maximization over maximizing consumer benefits could modify the proposed rule appropriately.<sup>58</sup>

Percebe-se, pois, que o sistema de avaliação de Edlin<sup>59</sup> visa a uma redução *ex ante* dos preços capaz de beneficiar, de forma geral, os consumidores. Nesse sistema de avaliação, entradas positivas ao mercado (empresas com preços 20% mais baixos) são protegidas de competição por determinado período, a fim de que possam se estabelecer e garantir uma competição mais duradoura no longo prazo.

### 4.3. A redução quase permanente de Baumol

Com outra ênfase, mais preocupado na terceira fase de ganhos monopolísticos, está o sistema de avaliação de Baumol<sup>60</sup> que é, certamente, um dos mais tradicionais na análise de preços predatórios. Entretanto, por questões metodológicas, acredita-se que seu estudo nesta parte do trabalho é mais adequado, na medida em que o sistema de avaliação aproxima-se mais da concepção de preço predatória definida.

Ao contrário de Edlin, Baumol<sup>61</sup> não está preocupado com a redução de preços no curto prazo, mas, sim, com sua elevação no longo prazo (fase 3 do *recoupment*). Assim, de acordo com o seu sistema de avaliação, uma firma estabelecida no mercado pode reduzir o seu preço frente a uma nova entrada, mas está impossibilitada de aumentá-lo sem nenhuma razão plausível, caso o concorrente seja eliminado, fazendo com que essa redução seja quase permanente.

Dessa forma, Baumol<sup>62</sup> ressalta que o entrante não estará protegido da competição e que a firma estabelecida no mercado deverá tomar suas escolhas com vistas ao longo prazo, de modo que uma verdadeira competição pelo mérito é posta, sendo os consumidores beneficiados com uma redução durável dos preços. Ademais, o sistema de avaliação protege, de certa forma, os entrantes, pois com a ausência de possibilidade de elevação posterior, as firmas incumbentes nunca vão estabelecer preços que não são a elas rentáveis.

---

<sup>58</sup>EDLIN, A. S. **Stopping above-cost predatory price**. Yale Law Journal, vol. 111, 2002, p. 990.

<sup>59</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>60</sup>BAUMOL, W. **Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing**. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>61</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>62</sup>Idem

De qualquer sorte, Baumol<sup>63</sup>, apesar de asseverar que o sistema de avaliação inibe, fortemente, a prática de preço abaixo do custo, não rejeita a possibilidade de uma comparação entre preço e custo, devido ao fato de que alguns preços baixos podem ser derivados de subsídios cruzados.

A redução, nesse sistema de avaliação, deve ser mantida, a não ser que haja fatores de mercado que imponham à firma que aumente, de novo, os preços. Contudo, o ônus de provar a legalidade do aumento de preços recai sobre a firma incumbente, de modo que, caso ela diminua o preço devido à entrada de um concorrente, deverá manter tal precificação de forma quase permanente.

Esse é um sistema de avaliação muito proveitoso e, ainda, muito adequado com a concepção de preço predatório adotada, principalmente porque impede os efeitos negativos da referida prática, na medida em que as reduções são quase permanentes, beneficiando os consumidores de forma duradoura. Nota-se que, em termos legais, bastaria que um representante apontasse o aumento injustificável de preço após eliminação, para ter um caso sólido. Além do mais, caso as empresas soubessem que a sua redução seria quase permanente, isso as incentivaria a fazerem políticas de preço atentas à competição ao longo prazo, impedindo certos tipos de abuso nessa seara.

#### **4.4. Padrão de melhoria ao consumidor de Edlin**

Esse sistema de avaliação está, intimamente, preocupado com a ocorrência da fase 3, ou seja, com o exercício de poder de mercado pela firma predadora, sendo muito proveitoso a este trabalho, porquanto possui clara ênfase no bem-estar do consumidor, um dos pilares no qual se baseia o SBDC.

Ele é concebido por Edlin<sup>64</sup>, ao perceber que o seu critério de congelamento de preços estava sujeito a críticas, tais quais: protege a entrada de firmas ineficientes com alto custo; inibe a competição pós entrada, o que é pior para os consumidores, principalmente nos casos em que a entrada ocorreria independente de proteções da lei antitruste.

Assim, atento às limitações de seu sistema de avaliação antigo, Edlin estabelece o *consumer betterment standard*, no qual a *challenged practice is likely in the circumstances to*

---

<sup>63</sup>Idem

<sup>64</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

*exclude from the defendant's market a competitor who would provide consumers a better deal than they get from the monopoly.*<sup>65</sup>

Esse novo sistema de avaliação, então, está preocupado com a eliminação de concorrentes que poderiam oferecer um produto/serviço mais vantajoso do que aquele que é obtido quando há monopólio, aproximando-se muito da concepção de preço predatório adotada por este trabalho. O foco está, portanto, no bem-estar dos consumidores, indagando se, com a exclusão da concorrência, eles conseguem um melhor negócio.

Nesse sentido, Edlin lança a seguinte crítica em relação à concepção tradicional de competição pelo mérito:

As such, focusing directly on consumer betterment for monopolization generally or predatory pricing specifically flows naturally in the river of antitrust. In fact it seems odd that the main stream of monopolization thinking interprets competition on the merits as equivalent to the triumph of the firm with the greater productive merits, regardless of whether those merits will be passed on to consumers.<sup>66</sup>

Dessa maneira, a existência de empresas menos eficientes pode ser benéfica, na medida em que podem causar um cenário de concorrência, o qual traz maior bem-estar aos consumidores do que quando há um monopólio. Esse sistema de avaliação, assim, favorece a entrada de concorrentes capazes de oferecer um melhor negócio, mas não o fazem por temer a reação da firma incumbente.

O padrão de melhoria ao consumidor, todavia, não é o mesmo que o bem-estar geral dos consumidores, porquanto é uma regra de processo usada para defender a competição, em vez de um mero cálculo sobre o bem-estar. O teste permite, então, a punição de uma firma que exclui um concorrente o qual poderia oferecer um negócio melhor do que aquele existente no período pós-predação.

#### **4.5. Novo sistema de avaliação possível ao SBDC**

Deve-se, logo, concluir que o sistema de avaliação atual do SBDC está desatualizado com o demonstrado, pois está baseado, unicamente, nos critérios objetivos para o *recoupment* e na comparação entre preço e custo.

Conforme o exposto, é necessário levar em conta os aspectos subjetivos que favorecem à prática de preço predatório, de modo que, apenas, a análise de requisitos

---

<sup>65</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: **Research Handbook on Economics of Antitrust**. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012, p. 39.

<sup>66</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: **Research Handbook on Economics of Antitrust**. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012, p. 40.

objetivos pode levar à proteção insuficiente na área. Atentar, então, para existência de um cenário de assimetria de informações, onde há racionalidade limitada dos agentes, é essencial para não haver uma análise superficial. Dessa forma, questões como reputação e credibilidade são vitais para se entender o fenômeno de maneira completa.

Ainda, pretendeu-se mostrar que a comparação entre preço e custo é extremamente complexa, o que pode levar muitas vezes os julgadores a erro, além não ser o parâmetro adequado para se compreender o instituto dos preços predatórios. Advoga-se, aqui, portanto, que tal análise perde importância em detrimento de análises voltadas aos efeitos da conduta de preço predatório, tais quais os sistemas de avaliação de redução quase permanente<sup>67</sup> ou de padrão de melhoria ao consumidor<sup>68</sup>.

Adotar sistemas de avaliação mais condizentes com os efeitos do que com os preços, trará maior proteção aos consumidores, além de ser mais apropriado com a manutenção de uma concorrência por mérito, onde as reduções de preços são estáveis e duradouras e não temporárias e irreais.

O que se busca, assim, é a utilização de um sistema de avaliação que evite os prejuízos decorrentes da prática de preço predatório, mais especificamente a ocorrência da fase de *recoupment*. Dessa maneira, reputa-se de fundamental importância que o Cade esteja atento aos aumentos injustificáveis de preço no período pós-predação, avaliando se a existência de um concorrente poderia trazer maior benefício aos consumidores, numa verdadeira mistura entre os sistemas de avaliação de redução quase permanente e de padrão de melhoria ao consumidor.

O sistema de avaliação, aqui, proposto, portanto, está preocupado com a existência da fase 3 (figura 1), de modo que a percebe como a razão pela qual a prática de preço predatório diferencia-se da competição pelo mérito e é prejudicial para o mercado.

Nesse caso, quando já houver ocorrido a predação, a análise por parte do Cade torna-se mais simples, pois basta perquirir aumentos injustificados, além de uma diminuição no bem-estar dos consumidores. Caso a análise seja concomitante com a predação, o que se prega é a utilização da regra de Baumol<sup>69</sup>, ou seja, o Cade não pode se intrometer na competição, mas deve deixar assente aos competidores que os preços não poderão ser elevados posteriormente de forma injustificada. Acredita-se que esse sistema de avaliação não

---

<sup>67</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>68</sup>EDLIN, A. S. Predatory Pricing. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

<sup>69</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

constrange de maneira abusiva o mercado e, mesmo assim, consegue punir práticas que atentem ao bem-estar geral.

Trata-se, com certeza, de uma aproximação teórica que necessita de estudos mais aprofundados sobre a sua exequibilidade no plano fático, mas, de qualquer forma, é importante o seu estabelecimento como foco, a fim de fazer com que a análise seja mais relativa aos efeitos da predação em vez de uma comparação entre preço e custo, adotando-se, pois, uma definição de preço predatório mais apta a atingir os objetivos almejados pelo SBDC.

## **5. Conclusão**

O presente trabalho adentrou no fenômeno do preço predatório, com o intuito de desmistificar o instituto há muito contestado pela doutrina.

Assim, procurou-se estudar sistemas de avaliação que fossem condizentes com o buscado pelo SBDC. Para tanto, definiu-se preço predatório como a redução de preços que visa, unicamente, à eliminação do entrante, para depois haver ganhos monopolísticos pela predadora, o que diminui o bem-estar geral. Foram vistos, dessa maneira: o sistema de avaliação de congelamento de preços de Edlin<sup>70</sup>, onde um incumbente não pode abaixar seus preços frente a uma entrada significativa, o que o levaria a deixar seus preços sempre baixos; o sistema de avaliação de redução quase permanente de Baumol<sup>71</sup>, no qual a redução feita na fase de competição deve ser quase permanente, não podendo haver elevação injustificada de preços posterior; e o sistema de avaliação de padrão de melhoria ao consumidor de Edlin<sup>72</sup>, onde se pergunta se os consumidores poderiam ter um negócio melhor do que o monopólio caso houvesse um concorrente. Acredita-se que tais sistemas de avaliação analisam o fenômeno sob o ângulo correto, ou seja, a existência de efeitos negativos da predação que não podem ser captados por uma comparação preço e custo, além de fornecerem subsídios mais concretos à repressão da referida prática. Dessa maneira, esboçou-se um sistema de avaliação

---

<sup>70</sup>EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.

<sup>71</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>72</sup>EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

concreto que misturava os conceitos de Baumol<sup>73</sup> e Edlin<sup>74</sup>, além de estar atento aos aspectos subjetivos e prescindir de comparações entre preço e custo.

Apesar do presente trabalho não ter adentrado na exequibilidade fática da análise a ser desempenha pelo Cade, tentou-se demonstrar que os pressupostos teóricos que estão embasando os julgamentos hoje estão equivocados, principalmente porque indagam a possibilidade de eliminar um concorrente igualmente eficiente ao invés de preocuparem-se com os efeitos no mercado, padrão muito mais adequado com o SBDC. Logo, objetivou-se estabelecer fundamentos teóricos para uma mudança na concepção de preço predatório adotada atualmente, o que fará, invariavelmente, que se mudem os critérios de análise. Percebe-se, pois, enorme influência da jurisprudência da Suprema Corte Americana no Cade, o que, por si só, não é suficiente para justificar os padrões utilizados, na medida em que, como se argumentou durante todo o estudo, sustenta-se que outros critérios poderiam ser levados em conta, porquanto estariam mais de acordo com os objetivos do ordenamento Pátrio, quais sejam, manutenção da livre concorrência e defesa do consumidor.

Outrossim, o presente trabalho necessitará de complementação, haja vista que foi uma primeira mirada em um fenômeno extremamente complexo e controverso. Não obstante, acredita-se que o trabalho detém sua importância, porquanto trouxe ao debate pontos novos e permitiu a reflexão acerca do instituto, preocupando-se, essencialmente, em adequá-lo à realidade brasileira.

Conclui-se, portanto, que a prática de preço predatório é possível, principalmente se analisada como aquela em que a firma reduz preços para eliminar o concorrente e vir a cobrar preços monopolísticos no futuro, dentro de um cenário de racionalidade limitada e assimetria de informações. Em uma análise de tal conduta, advogou-se pela desnecessidade de comparação entre preço e custo, como também pela importância de se levar em conta aspectos subjetivos inerentes à prática. Defende-se que, assim, os Tribunais terão mais condições de entender o fenômeno e adentrar em tal seara com mais segurança.

---

<sup>73</sup>BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.

<sup>74</sup>EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012

## 6. Referências Bibliográficas

- AREEDA, P.; TURNER, D. F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review vol. 88, 1975.
- BAUMOL, W. *Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.
- BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself*. USA: The Free Press, 1993.
- EASTERBROOK, F. H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*. University of Chicago Law Review, 48, 1981.
- EDLIN, A. S. *Stopping above-cost predatory price*. Yale Law Journal, vol. 111, 2002.
- EDLIN, A. S. *Predatory Pricing*. In: *Research Handbook on Economics of Antitrust*. Ed. Einer Elhauge. Edward Elgar, 2012.
- DILORRENZO, T. J. *The Myth of Predatory Pricing*. Cato Institute Policy Analysis N.º 169, 1992.
- GOMEZ, R.; GOEREE, J.; HOLT, C. A. *Predatory Pricing: Rare Like a Unicorn?*. Virginia Economics Online Papers 339, University of Virginia, Department of Economics, 1999
- ISAAC, M. R.; SMITH, V. L. *In search of predatory pricing*. The Journal of Political Economy. Vol. 93. N.º 2, 1985.
- JOSKOW, P. L.; KLEVORICK, A. K. *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*. Yale Law Journal, vol. 89, 1979.
- MARCEAU, G. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press. Oxford (NY), 1997.
- MCGEE, J. S. *Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*. Journal of Law and Economics 1, 1958.
- NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2011.
- ORDOVER, J. A.; SALONER, G. *Predation, Monopolization, and Antitrust*. In: *The Handbook of Industrial Organization*. V. I, cap. 9, North Holland, Amsterdam, 1987.
- POSNER, R. A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, R. A.; EASTERBROOK, F. H. *Antitrust cases, economic notes and other materials*. Second edition. Chicago: West Group, 1981.
- RAUB, W; WESSIE, J. *Reputation and Efficiency in Social Interactions: An Example of Network Effects*. American Journal of Sociology. vol. 96. N.º 3, 1990.
- SONAGLIO, C. M.; ZAMBERLAN, C. O. *Defesa da Concorrência no Brasil: Eficiência Econômica na Análise de Preço Predatório*. Análise, Porto Alegre, v. 20, n. 1, 2009.
- SPECTOR, D. *Definitions and Criteria of Predatory Pricing*. MIT Department of Economics, Working Paper N.º 01-10, 2001.



## **Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROT M**

Pollyana Pacheco Lima<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O presente artigo desenvolve um estudo acerca da possibilidade de atos de concentração via contratos de licenciamento de propriedade intelectual, a partir de uma análise do caso de licenciamento da tecnologia INTACTA RR2 PROT M. Valendo-se do conceito de Influência Dominante, o artigo observa o mercado de produção de sementes de soja no Brasil, sua estruturação e os impactos dos contratos de licenciamento de tecnologia nesse cenário, de forma a buscar uma resposta para a questão da necessidade de conhecimento dos contratos de licenciamento de patente sem cláusulas de exclusividade pelo Cade.

Palavras Chave: Licenciamento, Influência Dominante, Cláusula de Exclusividade, Propriedade Intelectual

### **ABSTRACT:**

This article analyses the possibility of realizing concentration acts through contracts of licensing intellectual property, observing as empirical evidence the case of INTACTA RR2 PROT M. Therefore the article analyses the market of seeds production in Brazil, it's structure, and the impacts of licensing such technology in this scenario, using the concept of "Dominant Influence" as a tool for a better understanding of this situation. At least, the article searches also an answer to an old question at the CADE's jurisprudence: the need of having licensing contracts with non-exclusive clauses examined before their celebrations, once they might be considered concentration acts.

Key-Words: Licensing, Dominant Influence, Exclusive Clause, Intellectual Property.

Classificação JEL: K21

---

<sup>1</sup>Aluna do 4º ano da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). integrou em 2013 o núcleo de pesquisa e extensão "Direito e Pobreza", coordenado pelos professores Calixto Salomão e Carlos Portugal Gôuvea, no qual desenvolveu estudos e atividades relacionados a direito concorrencial, propriedade intelectual e desenvolvimento. Entre janeiro e fevereiro de 2014, realizou o programa PinCade de intercâmbio jurídico, participando de atividades desenvolvidas pela Procuradoria Geral do CADE (ProCade). Atualmente, estagia na Secretaria de Negócios Jurídicos (SNJ) da prefeitura de São Paulo .

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Controle externo, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial. 2.1. Controle externo 2.2. Influência dominante 2.3 influência relevante do ponto de vista concorrencial 3. Licenciamento de propriedade intelectual e concentração empresarial no mercado de soja 3.1. Contratos de licenciamento no ftc 3.2. Mercado de sementes de soja 4. Licenciamento da intacta rr2 protm 4.1. Panorama 4.2. Análise dos votos 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

Mesmo em uma análise perfunctória da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (Cade), é possível notar uma grande divergência de posicionamentos assumidos sobre a possibilidade de efeitos anticompetitivos oriundos de contratos de licenciamento de propriedade intelectual. É recorrente, nesse sentido, a presença da seguinte questão no tribunal do Cade: contratos de licenciamento de propriedade intelectual devem ser conhecidos pelo órgão, ainda que não apresentem cláusulas de exclusividade?

A pergunta acima tem significados mais complexos do que uma simples exigência procedimental-burocrática. Na verdade, em suma, a presente questão traduz uma dúvida sobre a capacidade dos contratos de licenciamento, ainda que sem cláusulas de exclusividade, atuarem enquanto instrumentos de um ato de concentração.

Observada essa constante polêmica enfrentada pelo Cade, o presente artigo pretende analisar se, de fato, os contratos de licenciamento de patentes podem gerar atos de concentração empresarial em mercados de alta concentração tecnológica, como o de agrobiotecnologia. Desse modo, intenta-se realizar uma análise qualitativa dos casos AC:08700.003898/2012-34, AC:08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38 enquanto meio de se empreender uma análise dos impactos dos contratos de licenciamento de patentes. Para tanto, o estudo que se segue divide-se em três partes.

Primeiramente, em *Controle Externo, Influência Dominante e Influência Relevante do Ponto de Vista Concorrencial* enseja-se abordar conceitos essenciais para uma melhor compreensão dos atos que possam vir a ser considerados de concentração. Assim, visa-se estabelecer um instrumental jurídico para uma análise de possíveis estruturas jurídicas "menos visíveis ao olhar".

Em seguida, *Licenciamento de Propriedade Intelectual e Concentração Empresarial no Mercado de Soja* discute brevemente os atuais significados da propriedade intelectual e seu uso a partir de um mercado específico, o de biotecnologia relacionado ao cultivo de soja no

Brasil. Isso porque, como será possível perceber na parte seguinte, o caso a ser estudado relaciona-se ao desenvolvimento de biotecnologia no cultivo de soja. Uma análise capaz de observar os reais impactos econômicos dos contratos de licenciamento de tecnologia perpassa, necessariamente, por uma compreensão do mercado em que eles se inserem, ainda mais quando a discussão envolve um mercado tão concentrado e peculiar como o de agrobiotecnologia.

Em *Licenciamento da Intacta RR2 PROTM*, almeja-se discutir os casos AC:08700.003898/2012-34, AC:08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38. Todos eles referem-se à concessão pela Monsanto de licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja *Intacta RR2 PROTM* no Brasil. O caso em análise<sup>2</sup> mostra-se digno de um estudo aprofundado na medida em que seu julgamento suscitou diversos posicionamentos no tribunal da Cade: se inicialmente o Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo apontava que o caso sequer merecia ser conhecido, por não figurar hipótese de ato de concentração tanto no art. 54 da lei 8.884/94 quanto do art. 88 da lei 12.529/2011, o Conselheiro Octaviani aponta questões relevantes para um entendimento mais profundo das práticas de transferência de tecnologia, votando por sua aprovação sem restrições, no caso concreto. O conselheiro Pontual, posteriormente, aponta novas questões dentro do caso que levam, por fim, a sua aprovação com restrições, por conta de possíveis cláusulas anticoncorrenciais do contrato de licenciamento.

Não só por esse percurso interessante, que perpassa desde a irrelevância do conhecimento de operações desse tipo até sua aprovação com restrições, o caso de *Licenciamento da Intacta RR2 PROTM* foi escolhido pela alta qualidade técnica com que os votos foram redigidos, pelos questionamentos intrigantes por ele suscitados e, sobretudo, pelo esforço conjunto do tribunal em buscar uma resposta aos questionamentos acerca dos impactos do licenciamento de propriedade intelectual em mercados tão concentrados quanto os de agrobiotecnologia. Indubitavelmente, esse é um *leading case* na análise dos contratos de licenciamento de tecnologias, bem como um instrumento esclarecedor acerca do funcionamento do mercado de soja brasileiro.

---

<sup>2</sup>Apesar de estarmos discutindo 4 atos de concentração, pela similaridade de conteúdo entre eles, bem como pela decisão do órgão se referir concomitantemente aos quatro casos, o presente estudo tratará os AC 08700.003898/2012-34, AC 08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38 enquanto unidade, ou seja, referir-se-á aos tais no singular. Nesse sentido, quando os houver menção dos votos proferidos pelos conselheiros nos casos, a numeração de páginas apontada refere-se à paginação do voto do conselheiro em questão, uma vez que os mesmos votos foram proferidos em todos os atos mencionados mas não estão em folhas de números correspondentes.

Por fim, em *Conclusão* almeja-se refazer o percurso empreendido pelo artigo, expondo as principais conclusões que foram obtidas através desse estudo.

Desse modo, o presente artigo visa contribuir para a análise desse novo cenário da legislação concorrencial brasileira, observando na literatura e jurisprudência possíveis respostas para alguns dos questionamentos suscitados no Licenciamento da Intacta RR2 PROT M.

## **2. Controle externo, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial**

A fim de melhor compreender os conceitos acima mencionados, necessário se faz situá-los dentro de suas áreas do direito, permitindo-se, assim, entender não apenas seu conteúdo, mas também o objetivo para o qual foram criados. Observando-se os sentidos dos ramos da ciência jurídica, bem como seus pontos de contato e de diferenciação, podemos perceber o real papel do instrumental jurídico, utilizando-o como verdadeira ferramenta, ou seja, enquanto meio de se realizar determinadas diretrizes.

Nesse trabalho inicial de contextualização, portanto, importante se faz observar as diferenças e similitudes existentes entre direito concorrencial e direito societário. De acordo com Calixto Salomão, comum a ambos é a preocupação com a “realidade das formas”, ou, em outras palavras, a preocupação com as formas de disposição sobre unidades empresariais economicamente dependentes, porém juridicamente distintas <sup>3</sup>

Contudo, apesar dessa preocupação comum, as soluções jurídicas destinadas por cada ramo se mostram, por vezes, muito diferentes. Enquanto o direito societário busca resolver a questão da “realidade das formas” através da desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, o direito concorrencial a soluciona através de outras ferramentas, como a teoria da influência dominante. Isso porque, conforme afirma Salomão, esses dois ramos do Direito possuem profunda diferença de escopo: enquanto a preocupação do direito societário relaciona-se à determinação dos interesses societários e do destino do patrimônio social, o direito concorrencial, analisando o mesmo objeto, busca “a manutenção de estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do ponto de vista econômico”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 307

<sup>4</sup>Idem, pp.308

A consequência principal dessa diferença de objetivos reside, portanto, no objeto de proteção de cada um desses ramos. Enquanto o direito societário irá se voltar para a proteção do sócio minoritário e dos credores, o direito concorrencial tutelar os concorrentes e os consumidores, protegendo a existência do próprio mercado<sup>5</sup>. Dessa forma, nem sempre esses interesses são coincidentes, uma vez que determinadas práticas anticoncorrenciais (ex: venda casada) podem gerar lucros excessivos também aos minoritários.

No entanto, há uma grande intersecção entre direito societário e direito concorrencial: se esse último pretende proteger o mercado, deve controlar o aumento de poder econômico nele exercido e, portanto, dos atos de poder que permitam a um agente econômico decidir sobre a destinação empresarial de algum tipo de patrimônio, atos societários. Nesse sentido, Calixto Salomão propõe dois desvios necessários dos conceitos concorrenciais para os conceitos societários, a fim de sua melhor interpretação. Primeiramente, a empresa deve ser entendida enquanto atividade empresarial, visando-se, assim, abarcar todos os modos e formas jurídicas de exercício de uma atividade econômica. Em segundo lugar, e também mais importante para o objeto de análise do presente artigo, a forma de análise do poder de controle das decisões empresariais deve ser realizada de maneira diferenciada. Para o direito concorrencial não se faz crucial a existência de qualquer liame que permita controlar os resultados financeiros da atividade econômica ou a destinação do patrimônio empresarial, ao contrário, o direcionamento da análise concorrencial volta-se para a existência de *poder de influência nas decisões mercadologicamente relevantes de outra empresa*<sup>6</sup>.

Dessa forma, ainda que o direito concorrencial e o direito societário tenham diversas intersecções e atuem sobre um mesmo objeto, a empresa, analisam-na de perspectivas diferentes, com objetivos diferentes. O escopo publicístico do direito concorrencial de proteção das estruturas mercadológicas torna o direito concorrencial (e, conseqüentemente, os conceitos e institutos que lhe integram) menos suscetível à realidade das formas, atrelando-o muito mais aos efeitos da atividade empresarial no mercado do que aos instrumentos de realização desses efeitos.

---

<sup>5</sup>Idem, pp. 308

<sup>6</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp.308-309.

## 2.1. Controle externo

Adolf Berle<sup>7</sup> inovou ao tratar do tema da propriedade empresarial enquanto dinâmica, diferenciando o título da propriedade do seu controle, afirmando que o controle passou a ser muito mais do que algo, uma posição, um poder. Se inicialmente o direito subjetivo de propriedade poderia ser traduzido como a faculdade de usar, fruir e dispor do bem, o controle empresarial implicaria numa desconexão desses poderes para com o direito de propriedade, de tal sorte que o controle de fato da coisa (no caso, ações) possa ser exercido por outros que não os titulares de direito do bem. Uma das modalidades de controle trazidas por esse autor no clássico “The Modern Corporation and The Private Property” dizia respeito ao controle exercido não por membros da sociedade, mas sim por outros agentes externos à companhia: o chamado controle externo.<sup>8</sup>

O conceito de controle externo empresarial relaciona-se ao direito societário e, portanto, insere-se nos objetivos desse ramo da ciência jurídica (determinação dos interesses societários e destinação do patrimônio social, visando a proteção do minoritário e do credor). Conforme definição de Comparato, controle externo é aquele exercido “não necessariamente por um membro de qualquer órgão social, mas [por um controlador] que exerce o seu poder de dominação *ab extra*”<sup>9</sup>. Seria, portanto, uma dominação de fato exercida a partir de relações negociais.

A ideia de controle externo surge na legislação societária alemã a partir do reconhecimento da *influência dominante* que uma sociedade possa exercer sobre a outra, direta ou indiretamente<sup>10</sup>, visando-se, dessa forma, abarcar todas as hipóteses em que o controle não decorre da posição majoritária (controle minoritário, gerencial, e também controle externo). Posteriormente, o conceito foi incorporado também em outros diplomas societários europeus<sup>11</sup>. A legislação societária brasileira, contudo, ao definir a figura do

---

<sup>7</sup>BERLE, Adolf A. “Control” in Corporate Law.” *Columbia Law Review*, v.58, pp. 1212-1225, 1958, pp. 1215.

<sup>8</sup>BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Gardiner Coit. *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers, 1991, pp.74.

<sup>9</sup>COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.89

<sup>10</sup>Legislação societária alemã de 1937:15§I *sind rechtlich selbstaendige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher leitung zusammengesfasst, so bilden sie einen konzern, die einzelnen unternehmen sind konzernunternehmen*. Em tradução livre: “Empresas juridicamente independentes com mesmos objetivos econômicos e direção única se tornam parte de um mesmo conglomerado”

<sup>11</sup>Exemplo é código civil italiano, em seu art.2.359, alínea 3ª: Art. 2359:Società controllate e società collegate 3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*.

controlador no art. 116 da lei 6404/76, não previu expressamente o controle exercido por agente externo à companhia.

Ao dissertar sobre o tema em “O poder de controle nas S.A.”, Comparato nos fornece várias situações em que é possível observar o exercício de um controle externo, seja pela existência de um poder relevante de credores que lhes permite orientar os rumos da companhia ou ainda pela existência de um comprador com grande poder, como nas situações em que o Estado é o maior, senão único, comprador de um determinado produto. Em suma, o que melhor permite identificar a existência ou não de um poder de controle externo à companhia seria a existência de *dependência econômica*<sup>12</sup>.

Ainda que esse seja um conceito útil para a identificação, Comparato ressalva que, enquanto a dependência econômica busca individualizar situações relevantes para o direito concorrencial, controle externo é um conceito eminentemente societário e, portanto, serve aos escopos que lhe são intrínsecos, não devendo ser confundidos<sup>13</sup>. Mais à frente, Konder Comparato torna claro que para a explicação da situação de controle, do ponto de vista da *fattispecie*, não há diferença entre situações de direito e de fato, sendo possível admitir o surgimento de uma relação jurídica a partir de uma relação contratual de fato<sup>14</sup>.

Controle, enquanto poder sobre bens alheios<sup>15</sup>, não responderia de maneira suficiente aos questionamentos pontuados pelo direito concorrencial. Dessa forma, uma análise que se pautasse nesse conceito para observar a situação de dependência existente no mercado de agrobiotecnologia brasileiro deve observar o poder de disposição dos bens das empresas “controladas”, o que pode não ser suficiente para descrever os reais impactos dos contratos de licenciamento de tecnologia nesse mercado.

## 2.2. Influência dominante

A ideia de influência dominante, a qual originou a conceituação de controle externo na legislação alemã, conforme anteriormente abordado, sofre muitas críticas para um uso societário por conta de sua enorme abrangência, não tendo, na prática, utilidade<sup>16</sup>. Contudo,

---

<sup>12</sup>COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.90-93.

<sup>13</sup>Idem, pp.97.

<sup>14</sup>Idem, pp.123.

<sup>15</sup>Idem, pp.121.

<sup>16</sup>Idem, pp.81.

para o direito concorrencial, “essa maior abrangência é, antes que um defeito, um mérito”<sup>17</sup> Uma vez que o direito concorrencial prima pela realidade econômica em sua análise às formas jurídicas, esse conceito permite a atribuição de uma conotação concorrencial e econômica, o que lhe diferencia do uso societário da expressão “controle”.

Influência dominante, em direito concorrencial, é identificada enquanto “poder de influir sobre o planejamento empresarial de outro agente econômico”<sup>18</sup>. Para tanto, diferentemente do controle que é o poder de disposição da atividade empresarial, a influência dominante caracteriza-se pelo controle sobre as decisões relacionadas à produção e à atuação da empresa no mercado<sup>19</sup>.

Conforme Calixto Salomão, quatro áreas são essenciais a fim de permitir tal controle de planejamento: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Ressalta ainda o autor que a existência de influência dominante caracteriza-se por uma maior estabilidade e duração de tempo do que o mero controle externo, devendo estar sedimentada em bases estruturais e estáveis, não sendo suficiente para demonstrá-la o poder de se determinar a prática de um ato isolado<sup>20</sup>.

Assim, Calixto coloca duas possíveis origens para a influência dominante: uma societária (embasada tanto no controle interno quanto externo) e outra contratual, ambas relacionadas às quatro áreas essenciais acima discriminadas. A origem contratual, objeto de maior interesse para esse estudo, é por esse autor entendida como resultante de alguma dessas três hipóteses: contratos que confirmam a seu titular o direito de gerir o empreendimento, contratos que permitam ao seu titular eleger diretamente membros da administração e, por último, os chamados “negócios jurídicos indiretos”, os contratos que conferem direitos muito superiores àqueles necessários a seus titulares para atingirem seus objetivos primários<sup>21</sup>.

Dessa forma, percebe-se traçada uma delimitação do conceito de influência dominante. Tal delimitação, conforme afirmado por Calixto, não almeja excluir de uma análise concorrencial, outras possíveis situações em que haja o estabelecimento de alguma relação importante entre empresas. A ausência de uma influência dominante, no entanto, implicaria na impossibilidade de presunção de um ato de concentração econômica, ou seja,

---

<sup>17</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 310.

<sup>18</sup>Idem, pp. 311.

<sup>19</sup>Idem, pp. 311.

<sup>20</sup>Idem, pp. 312.

<sup>21</sup>Idem, pp. 313-314.



tornaria inviável assumir que as empresas irão agir enquanto unidade e, portanto, não seria possível aplicar as consequências jurídicas relativas a um ato de concentração<sup>22</sup>.

Importante ressaltar que através do instrumental analítico acima descrito por Calixto Salomão temos a oportunidade de observar atos de concentração desenhados através de formas pouco usuais, ou seja, com grande grau de inovação. A criatividade do jurista na elaboração de (novos) tipos contratuais pode permitir à empresa o exercício de uma *influência dominante* sobre sua contratada não só quando interfere de forma mais direta em seu funcionamento (conferindo direitos de gestão do empreendimento ou permitindo a indicação de membros da administração), mas também ao trazer direitos muito superiores àqueles necessários à realização do negócio principal – no caso em análise, o licenciamento de tecnologia para a produção de soja transgênica, conforme será posteriormente melhor discutido.

### **2.3. Influência relevante do ponto de vista concorrencial**

Visando atingir as situações em que haja uma possível cooperação econômica por conta de estruturas societárias de controle interno ou externo, seja ele de fato ou de direito, surge o conceito de influência relevante do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido foi no direito alemão quem criou o conceito, justamente a fim de prevenir formas societárias que buscavam evitar a aplicação da regra geral acima descrita para a influência dominante, reconhecendo também serem essas hipóteses para além da conceituação de influência dominante e, portanto, não podendo ser enquadradas enquanto concentracionistas.

Influência relevante do ponto de vista concorrencial é conceituada por Calixto, dessa forma, como existindo “naqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível (e aconselhável) presumir o comportamento cooperativo”<sup>23</sup>. Se o conceito de influência dominante introduzia uma nova forma de estruturação de atos de concentração por vias contratuais, e não societárias, a influência relevante vem trazer justamente a ideia oposta, ou seja, a possibilidade de se estruturar formas de cooperação empresarial através de arranjos societários. Calixto apresenta, a título de exemplo, formas assumidas pelo conceito de influência relevante, como o direito a veto dentro de uma sociedade<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>Idem, pp. 315.

<sup>23</sup>Idem, pp. 316.

<sup>24</sup>Idem, pp. 315-317.

Contudo, ainda mais interessante para nosso objeto de estudo é a análise desse autor com relação aos contratos relacionados ao item IV do art. 90 da lei 12.529/2012, a saber, contratos associativos, consórcios ou joint ventures. Calixto afirma que não é possível determinar *a priori*, por suas estruturas limítrofes, se esses atos são cooperativos ou concentracionistas, devendo-se, conseqüentemente, determinar inicialmente o caráter dessas relações empresariais através de uma análise dos objetivos econômicos e da dependência econômica gerada<sup>25</sup>.

Dessa forma, podemos concluir que a real natureza de um ato – e conseqüentemente se sujeito ao controle de condutas ou ao de atos de concentração – não prescreve alguma forma específica. Isso porque, devido aos chamados “negócios indiretos” acima estudados ou às várias formas assumidas para a realização de atos de cooperação empresarial, não podemos previamente dizer, em situações limite, se determinado contrato irá ou não gerar uma dependência econômica e direção da atividade empresarial por uma das partes. Um conhecimento das estruturas de mercado e dos tipos contratuais indubitavelmente são fatores essenciais para observarmos quais os objetivos econômicos por detrás da roupagem jurídica assumida pelo contrato ou o grau de dependência por ele gerado.

Nesse sentido, vejamos agora os contratos de licenciamento de propriedade intelectual, a sua importância na dinâmica empresarial e observemos também o desenvolvimento do mercado de soja a partir de novas tecnologias, de modo a percebermos o caráter dos contratos de licenciamento.

### **3. Licenciamento de propriedade intelectual e concentração empresarial no mercado de soja**

Alguns autores chegam a afirmar que “a principal estrutura legal de criação de poder econômico dos tempos atuais é, sem dúvidas, a patente”<sup>26</sup>. Vista como um monopólio legal conferido a um agente econômico, o melhor entendimento acerca desse instituto reside hoje em sua compreensão enquanto ferramenta de proteção e estímulo à concorrência, observando-

---

<sup>25</sup>Idem, pp. 320.

<sup>26</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 346.

lhe um caráter público, não estando a propriedade intelectual, portanto, infensa à aplicação do direito antitruste<sup>27</sup>.

Nesse cenário, a presente seção visa discutir, brevemente, qual o papel do licenciamento de propriedade intelectual com foco no mercado de sementes brasileiro. Para tanto, irá inicialmente discorrer de maneira sucinta sobre os contratos de licenciamento de propriedade intelectual face o “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, da Federal Trade Commission (FTC), tendo em mente a importância das diretrizes por ele estabelecidas num tratamento mais uniforme da propriedade intelectual. Posteriormente, a partir dos votos relacionados ao caso de *Intacta RR2 PROTM* e de literatura sobre o tema, esse estudo prosseguirá discutindo a atual estruturação do mercado de sementes de soja no Brasil, e o papel do licenciamento de tecnologia dentro dele.

### 3.1. Contratos de licenciamento no FTC

Os contratos de licenciamento de propriedade intelectual permitem a difusão de determinada tecnologia a outros agentes econômicos que não aqueles detentores da propriedade licenciada. O FTC analisa o licenciamento de propriedade intelectual, em abstrato, enquanto uma prática positiva, benéfica tanto para consumidores, por conta de redução de custos que a integração das tecnologias irá propiciar, quanto para os desenvolvedores da tecnologia, os quais têm seu mercado ampliado<sup>28</sup>.

Contudo, o próprio *Guidelines* do FTC sinaliza que o licenciamento de patentes pode acarretar problemas anticompetitivos quando cria barreiras à entrada de possíveis novos competidores ou diminui a potencialidade de entrada de novos agentes quando comparado com a situação em que não existiria o licenciamento.<sup>29</sup> Analisando os acordos de

---

<sup>27</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006, pp. 14. Esse é também o entendimento do EU Guidelines application of article 81: “The fact that intellectual property laws grant exclusive rights of exploitation does not imply that intellectual property rights are immune from competition law intervention. Articles 81 and 82 are in particular applicable to agreements whereby the holder licenses another under-taking to exploit his intellectual property rights. Nor does it imply that there is an inherent conflict between intellectual property rights and the Community competition rules. Indeed, both bodies of law share the same basic objective of promoting consumer welfare and an efficient allocation of resources. Innovation constitutes an essential and dynamic component of an open and competitive market economy.”

<sup>28</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines* (2010), pp.05. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

<sup>29</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines* (2010), pp.19. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014. “*However, antitrust concerns may arise when a licensing arrangement harms*

licenciamento de propriedade intelectual envolvendo exclusividade, o FTC afirma que acordos não exclusivos, que não contenham nenhuma restrição anticompetitiva de conduta das partes, geralmente não apresentam preocupações antitruste. Isso porque licenças não exclusivas normalmente não diminuem a competição que ocorreria em sua ausência, ainda que as partes estejam numa relação de competição horizontal.

Ainda sim, a despeito da afirmação anterior, o *Guidelines of intellectual property* ressalta que o foco de análise dos contratos de licenciamento recai não em sua forma, mais sim em seus reais efeitos práticos. Nesse sentido, ainda que acordos de licenciamento possam ser denominados como “não-exclusivos”, podem acarretar preocupações concorrenciais, a depender de sua estruturação. Um contrato que aparentemente não contenha nenhuma cláusula de exclusividade de modo explícito pode ser redigido de tal forma a gerar um aumento significativo de custos para o uso de outras tecnologias concorrentes, por exemplo<sup>30</sup>.

Percebe-se que as diretrizes ofertadas pelo FTC levam a uma necessidade de análise dos contratos de licenciamento a partir da ótica de seus efeitos. Dessa forma, a despeito de formas jurídicas pouco usuais, situações em que o desenvolvimento de tecnologias concorrentes seja minado devido às práticas de licenciamento devem ser reprimidas pelo direito concorrencial. Se esse contrato tem o condão ou não de gerar uma concentração econômica, devendo, portanto, ser disciplinado pela ótica estrutural do direito concorrencial, não é algo que se pode inferir a partir do documento elaborado pelo FTC.

### **3.2. Mercado de sementes de soja**

Conforme apontado anteriormente, para determinarmos o caráter de um ato econômico (se cooperativo ou concentracionista) devemos proceder numa análise dos objetivos e independência econômicos gerados por sua consecução. Essa análise necessariamente demanda uma observação do mercado no qual o ato se insere, o que será feito a seguir com relação ao licenciamento de tecnologia para produção de sementes de soja.

Costa e Santana, ao se debruçarem sobre o tema, realizaram um estudo empírico a partir dos dados consolidados no RNC (Registro Nacional de Cultivares) sobre o poder de monopólio existente no segmento de desenvolvimento de sementes de soja, transgênicas e convencionais, no Brasil. A produção de sementes poderia, em suma, ser dividida em dois

---

*competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license (entities in a “horizontal relationship”).”*

<sup>30</sup>Idem, pp.20.

mercados: i) o de sementes convencionais e ii) o de sementes geneticamente modificadas (transgênicas).

Segundo Costa, a indústria de sementes é, basicamente, composta por empresas nacionais e estrangeiras, caracterizadas por investir fortemente em pesquisa e desenvolvimento de novas variedades de plantas<sup>31</sup>. Enquanto o mercado de sementes convencionais poderia ser considerado desconcentrado, haveria uma grande concentração naquele de sementes transgênicas.

A fim de melhor compreender essa concentração de mercado, faz-se necessário conhecer a cadeia produtiva das sementes geneticamente modificadas. Segundo voto do conselheiro Pontual<sup>32</sup>, a cadeia de sementes de soja geneticamente modificadas é composta por 5 níveis: 1) Desenvolvimento de tecnologia transgênica; 2) desenvolvimento do Germoplasma, etapa na qual as empresas de melhoramento genético (chamadas *obtentoras*) desenvolvem diferentes sementes de soja- ocorre aqui a introdução das tecnologias desenvolvidas na etapa anterior, para permitir o aprimoramento genético das sementes presentes no “banco de sementes” existente, o Germoplasma; 3) Multiplicação de Sementes para sua comercialização em larga escala; 4) Distribuição e comercialização; 5) Aquisição da soja com tecnologia transgênica ou convencional pelo produtor.

Como afirmado anteriormente, existe uma concentração intensa no mercado de desenvolvimento das sementes geneticamente modificadas. Do total de cultivares de soja registradas, 301 são transgênicas e dessas 259 contam com a tecnologia Roundup Ready, patenteada pela MonSanto Company<sup>33</sup>. A tabela abaixo ilustra a participação de mercado no desenvolvimento das sementes transgênicas.

---

<sup>31</sup>COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013, pp.04.

<sup>32</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.12.

<sup>33</sup>COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013, pp.04.

Tabela 1 – *Market Share* das empresas segundo variedades de Soja Transgênica Registrada no Brasil (%)

<b>Empresa</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>
<b>Monsanto do Brasil Ltda</b>	66,67	75,56	82,81	87,25	89,57	86,96	88,24	88,86
<b>DuPont do Brasil Ltda</b>	33,33	24,44	17,19	12,75	8,59	7,25	5,88	5,28
<b>Outras</b>	-	-	-	-	1,84	5,80	5,88	5,87
<b>Total</b>	100	100	100	100	100	100	100	100

Fonte: Costa et Al

Costa conclui que “a P, D & I em biotecnologia e genética de novas cultivares transgênicas ocorre em um cenário de alta concentração de mercado, em que a empresa Monsanto é dominante.”<sup>34</sup>. Devido o presente cenário de concentração das sementes transgênicas face à desconcentração do mercado de sementes convencionais, a estratégia da empresa dominante busca consolidar as sementes transgênicas em detrimento das convencionais, uma vez que nesse mercado a empresa tem a possibilidade de auferir lucros muito acima daqueles em que há maior nível de concorrência<sup>35</sup>.

O pesquisador afirma que em 2010, segundo a Associação de Produtores de Semente de Mato Grosso, a Monsanto promoveu o aumento da oferta de transgênicos por meio da redução de variedades convencionais: enquanto nas safras anteriores havia uma proporção de 50%/50% de oferta entre convencionais e transgênicos, essa proporção foi alterada para 15%/85% nas safras seguintes<sup>36</sup>.

O licenciamento de tecnologia, nesse sentido, permite a dispersão e aumento da dependência de um mecanismo do qual a Monsanto é praticamente monopolista nas fases iniciais da cadeia de produção da soja transgênica. Conforme coloca Costa “Seu alcance vai além de sua subsidiária, a empresa Monsoy (atuante no segundo nível de produção da cadeia, na produção do banco de Germoplasma), e chegou às principais organizações que desenvolvem novas variedades convencionais, por meio de convênios que permitem a utilização da tecnologia RR. Deste modo, as novas variedades transgênicas resistentes ao herbicida glifosato e desenvolvidas com tecnologia RR, mesmo que por pesquisadores e em instalações da Embrapa, da Coodetec, da Fundacep ou da Agência Rural, estão sob o regime

<sup>34</sup>Idem, pp. 07

<sup>35</sup>Idem, pp. 06

<sup>36</sup>Idem, pp.06

de cobrança de royalties da Monsanto (uma vez que estão no segundo nível da cadeia de produção, dependendo, portanto, da tecnologia gerada no primeiro nível). Em função disso, além de elevado, o poder de mercado dessa empresa tende a aumentar.”<sup>37</sup>.

O sistema de cobrança de Royalties da Monsanto, por sua vez, ocorre em dois níveis da cadeia de produção. Conforme esclarecimento da Monsanto em diligência determinada pelo conselheiro Eduardo Pontual para o caso de Licenciamento da *Intacta RR2 PROT*<sup>38</sup>, o agricultor paga por três vezes royalties à licenciadora da tecnologia transgênica. A primeira é realizada no momento da aquisição das sementes junto aos multiplicadores, de modo que “a Monsanto monitora o preço pago pelo agricultor ao seu multiplicador ou distribuidor, a identidade do agricultor, localização, quantidade vendida, safra, estado de plantio, plantabilidade e produtividade, entre outras informações”<sup>39</sup>. A segunda forma se refere à utilização de sementes salvas dentro da Lei de Proteção dos Cultivares. A terceira ocorre na ocasião de entrega do grão de soja nos pontos de entrega (*POD-Point Of Delivery*), de forma que, sendo a soja geneticamente modificada, ocorre o pagamento do royalty. Há também uma quarta cobrança, paga pelos multiplicadores, o “royalty de multiplicação”.

Na prática, como observa o conselheiro Pontual<sup>40</sup>, ainda que não haja cobrança de royalties das empresas obtentoras pela modificação genética nos contratos com as licenciadas, essa cobrança acontece de fato. Uma vez que não há como pensar no desenvolvimento de um cultivar que não envolva sua comercialização, necessariamente haverá um momento no qual tanto a obtentora quanto a licenciadora do evento genético serão remuneradas pela inovação obtida. Nesse sentido os contratos de licenciamento dessa tecnologia não são de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento tecnológico, mas também de licenciamento comercial.

Pelo exposto, tem-se nítida a dependência econômica para com a empresa Monsanto pelas obtentoras, bem como o alto grau de concentração da produção de tecnologia transgênica. Mas até que ponto os contratos de licenciamento dessa patente têm o condão de gerar uma influência nos rumos empresariais das obtentoras? Estaria a Monsanto, de fato, direcionando o planejamento empresarial dos outros níveis da cadeia de produção das sementes geneticamente modificadas, sobretudo em suas áreas de pesquisa e

---

<sup>37</sup>Idem, pp.06

<sup>38</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.14.

<sup>39</sup>Idem, pp.14.

<sup>40</sup>Idem, pp.15.

desenvolvimento, investimento, produção e vendas através de contratos de licenciamento de tecnologia, ainda que sem cláusulas de exclusividade?

#### **4. Licenciamento da intacta RR2 PROTM**

A fim de permitir uma melhor análise do caso, essa seção irá se estruturar em dois tópicos. Inicialmente será feita uma breve exposição do percurso do caso, relatando-se superficialmente o conteúdo dos votos proferidos de modo a conferir um panorama geral do acordo. Posteriormente, seguir-se-á uma análise mais minuciosa acerca dos argumentos presentes nos votos emanados, visando discutir as questões que embasam a análise dos acordos de licenciamento de propriedade intelectual enquanto atos de concentração.

##### **4.1. Panorama**

Conforme adiantado ao longo do artigo, o presente caso trata de quatro atos de concentração relativos a contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PROTM, relacionada à produção de sementes transgênicas de soja. Em todos os casos, a empresa Monsanto figura como licenciante enquanto as empresas Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola, Don Mario Sementes Ltda, Nidera Sementes Ltda e Syngenta Proteção de Cultivo Ltda são as licenciadas dos julgados AC 08700.003898/2012-34, 08700.003937/2012-01, AC 08012.006706/2012-08, AC 08012.002870/2012-38; respectivamente.

Importante ressaltar que o caso<sup>41</sup> trata de concessão de licença *não-exclusiva* de tecnologia para testar, desenvolver, produzir e comercializar um tipo específico de semente cuja a tecnologia de base é protegida por direitos de propriedade industrial de titularidade da Monsanto. Nesse sentido, o SDE e a SEAE conferiram pareceres pela aprovação sem restrições dos acordos, pautando-se em jurisprudência anterior do Cade para contratos de licenciamento de uso não-exclusivo<sup>42</sup>.

Os casos foram levados a julgamento na 13ª Sessão Ordinária de 12.12.12, em que figuravam como relator os conselheiros Marcos Paulo Veríssimo (AC 08012.002870/2012-38- Monsanto/Syngenta) e Alessandro Octaviani (demais atos). Seus votos, no entanto,

---

<sup>41</sup>Vide nota de rodapé nº 1

<sup>42</sup>AC 08012.000344/2010-71, AC 08012.005472/2010-10.



divergiram substancialmente quanto a uma questão procedimental: a necessidade ou não de conhecimento do caso.

Enquanto o conselheiro Veríssimo defendia a não necessidade, apontando critérios objetivos para delinear quando casos de licenciamento de tecnologia deveriam ou não ser conhecidos pelo Cade, o conselheiro Octaviani seguiu outra linha argumentativa. A seu ver, a administração pública deveria assumir uma posição de “humildade cognitiva”, observando sua assimetria informacional face a esse setor e os riscos concorrenciais que a transferência de tecnologia pode representar. Votou, desse modo, pelo conhecimento das operações de licenciamento de tecnologia nesse modelo, ou seja, enquanto ato de concentração, aprovando a operação do caso concreto sem restrições, no mérito.

Instaurada a polêmica e considerando a relevância do debate para a definição do significado de ato de concentração, a conselheira Ana Frazão pediu vista e sugeriu a conversão do julgamento em diligência, sugestão essa que foi acatada pelo conselho.

Em seu voto vista, a conselheira opinou pelo não conhecimento da operação, entendendo que o contrato de licença sem exclusividade não corresponderia a um ato de concentração somente pelo risco de gerar efeitos anticompetitivos. Por consequência, esse tipo de contrato não deveria gerar a obrigatoriedade de notificação prévia, mas ser analisado via controle de condutas.

O conselheiro Elvino também proferiu voto vista sobre o caso. Em suma, acompanhou o entendimento do conselheiro Octaviani, destacando na literatura econômica os possíveis efeitos concorrenciais dos contratos de licenciamento de tecnologia. Propôs, contudo, dois critérios para o conhecimento dos casos de licenciamento de patentes: a existência de cláusula de exclusividade no contrato ou a criação de barreiras à entrada oriundas desses acordos. No caso concreto, entendeu que o presente contrato criava um desincentivo à inovação, votando por isso pelo conhecimento da operação e em sua aprovação sem restrições, no mérito.

Novamente o julgamento foi convertido em diligências, dessa vez a pedido do conselheiro Eduardo Pontual. Em voto proferido na 27ª Sessão Ordinária, o conselheiro suscitou que, na verdade, as discordâncias presentes nos votos seriam apenas aparentes, afirmando que todos os contratos de licenciamento de patente que envolvam restrições ou desincentivos na escolha da contratação de outros licenciadores por parte da licenciada ou envolvam restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos merecem ser conhecidos pelo órgão. Seu voto difere dos demais, no entanto, porque em análise das cláusulas contratuais face às novas informações prestadas pela Monsanto o conselheiro conclui a existência de “influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada

além dos produtos sujeitos à licença”<sup>43</sup> através do modelo de incentivos de remuneração predisposto no contrato. Assim, vota pelo conhecimento da operação e, no mérito, por sua aprovação com restrições.

Observadas suas ponderações, os conselheiros Alessandro Octaviani e Ana Frazão retificaram seus votos a fim de aderir à aprovação com restrições. O conselheiro Vinícius Marques de Carvalho acompanhou o voto de Pontual, vencidos os conselheiros Elvino de Carvalho Mendonça e Marcos Paulo Veríssimo, os quais votaram pela aprovação sem restrições.

## **4.2. Análise dos votos**

Como foi possível notar através do sucinto relatório do caso, a principal questão em discussão sobre a necessidade de conhecimento dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual sem cláusulas de exclusividade diz respeito ao fato desses serem ou não considerados enquanto atos de concentração.

Com a mudança da legislação concorrencial brasileira, o controle de estruturas de mercado sofreu sensíveis alterações, inclusive com relação aos tipos de atos que devem ser analisados sob a ótica estrutural. Se na lei 8.884/94 o art. 54 predicava que todos os atos que pudessem falsear a concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante, independentemente de sua forma, deveriam ser controlados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), o art. 90 da lei 12.529/11 delimita a questão de maneira muito mais restrita. Para o novo diploma legal, os atos de concentração resumem-se às hipóteses de fusão (inciso I), aquisição de controle por diversas formas (inciso II), incorporação (inciso III) e celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (inciso IV).

Face esse novo cenário, a discussão sobre o que compete ou não à apreciação do Cade em caráter de controle de estrutura ganha novos contornos <sup>44</sup>. Se antes qualquer ato de natureza cooperativa era inserido como parte do controle estrutural, hoje a abertura para esse tipo de caso reduziu-se à hipótese do inciso IV do art. 90 da nova lei. Definir em que medida

---

<sup>43</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n.º. 08700.003898/2012-34*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.16.

<sup>44</sup>Conforme afirma Calixto Salomão, “O sistema da nova lei concorrencial (12.529/2011) é diverso (...), optou-se por um controle estrutural focado nos atos de concentração (...)”. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 323.

contratos associativos tem o condão de gerar uma influência dominante ou ao menos relevante do ponto de vista concorrencial suficiente para gerar um controle estrutural passa a ser uma questão não plenamente estabelecida na jurisprudência do Conselho.

A questão é, inclusive, muito bem pontuada através do voto da conselheira Ana Frazão, a qual sistematiza o tema através das seguintes perguntas<sup>45</sup>:

- (i) Contrato de licença de patente sem exclusividade se encaixa em alguma das hipóteses do art. 90 da lei 12.529/2011?
- (ii) Contrato de licença de patentes sem exclusividade pode ser considerado ato de concentração?
- (iii) Em que medidas eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes destes contratos podem ou devem ser tratados pelo controle de estruturas?

Frazão conclui que tal tipo de contrato de licenciamento de tecnologia não pode ser considerado um contrato associativo, a partir de uma análise comparada dos contratos de *joint venture*. Isso porque, ainda que assuma que eles possam gerar efeitos anticompetitivos, entende que o mero objetivo de colaboração ou cooperação não seria suficiente para caracterizar a atuação conjunta empresarial característica da concentração. Para ela, somente se poderia considerar o contrato de licenciamento de propriedade intelectual sem exclusividade enquanto contrato associativo caso se adotasse um sentido amplo de cooperação, o que implicaria tornar associativos todos os contratos empresariais de execução continuada, tais como mandato, agência, distribuição, comissão mercantil, concessão mercantil, representação e franquia, os quais podem apresentar muito mais elementos “associativos” do que aqueles de licenciamento de tecnologia.<sup>46</sup>

A conselheira observa, ainda, o caráter pró-competitivo, em geral, oriundo do arranjo de licenciamento de tecnologias, por permitir sua difusão no mercado. Com relação aos questionamentos sobre a possibilidade de tal tipo de contrato ocasionar um “controle externo” das atividades empresariais, conforme ressaltado pelo voto de Octaviani, a conselheira afirma que o “controle externo” não poderia ser regulado *ex ante*. Isso porque, por ser um poder meramente fático, seria insuscetível de apreensão apriorística, de modo que toda vez que ele

---

<sup>45</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheira Ana Frazão, pp.07.

<sup>46</sup>Idem, pp.08-18.

decorresse do exercício efetivo do poder empresarial em virtude da dinâmica contratual e não das cláusulas contratuais em si, a única maneira de controlá-lo seria aguardar sua manifestação<sup>47</sup>.

Em outras palavras, a mera possibilidade de haver controle externo leva apenas à conclusão da possibilidade de haver ato de concentração, o que poderá ou não ocorrer. Essa simples possibilidade, contudo, não seria suficiente para gerar um controle de estrutura aprioristicamente, conforme a conselheira<sup>48</sup>.

Marcos Paulo Veríssimo, ainda que em outros termos, observa a questão de maneira similar. Sua análise dos precedentes de casos de licenciamento de tecnologia o leva a concluir que as preocupações concorrencias que decorrem do exercício abusivo do direito de patente são mais ligadas ao controle repressivo, “porque é normalmente muito difícil para a autoridade antitruste antever as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato”<sup>49</sup>.

Além do que, contratos de licenciamento não exclusivo de patentes, para o conselheiro, não teriam o condão de gerar “concentração econômica” ou se encaixariam em qualquer das hipóteses do art. 90 da lei 12.529/2011. Assim, estabelece que, ao menos em análise *prima facie* atos de concentração similares ao que está sendo julgado não devem ser conhecidos por (i) ter como objeto somente o licenciamento de patente/tecnologia ii) não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação conjunta iii) não implicar troca ou rearranjo de participação societária entre as requerentes ou entre estas e terceiras empresas iv) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes.<sup>50</sup>

Em sentido contrário surgem os argumentos do conselheiro Octaviani. Observa sob a ótica da legislação revogada que todos os atos que possam limitar ou falsear a concorrência devem ser analisados, independentemente de seu formato. Para ele, a lei não trouxe exceções expressas para o não conhecimento de determinados setores, de tal sorte que optar pela postura de seu não conhecimento, sequer, seria ir contra a lei e jogar a administração em estado de ainda maior ignorância, observada a assimetria informacional existente entre o setor público e o desenvolvimento de tecnologias.

---

<sup>47</sup>Idem, pp.21.

<sup>48</sup>Idem, pp.22.

<sup>49</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, pp.12.

<sup>50</sup>Idem, pp.17.

Nesse sentido, o conselheiro traz a questão da dinâmica dos mercados de agrobiotecnologia, sua alta concentração e a ideia de “controle externo”. Para exercê-lo, as empresas se valeriam de outras formas que não as jurídicas clássicas, “ menos visíveis ao olhar”, de modo que “as estruturas empresariais podem existir com formas jurídicas que tenham como efeito nublar o conhecimento que concorrentes ou autoridades venham a ter sobre sua real constituição”<sup>51</sup>. Assim, segundo Octaviani, ainda que essas construções jurídicas não sejam por si só ilícitas, as relações por elas estabelecidas demandam uma análise apurada, sobretudo quando estamos lidando com um mercado em que o poder de compreensão da administração pública é muito menor face o dos agentes privados, como nos setores de altíssima tecnologia.

Através de uma análise de precedentes conclui que admitir se uma operação tem ou não o condão de gerar um ato de concentração é algo somente possível através de uma observação casuística. Decisões pelo não conhecimento, segundo o conselheiro, devem ser objeto de um ônus argumentativo muito maior, capazes de incorporar, no mínimo, uma descrição e domínio da trajetória de tecnologias, uma estabilizada base de dados sobre estruturas, que inclua comportamentos econômicos, jurídicos e sociais, como também seus efeitos sobre o ambiente concorrencial<sup>52</sup>.

Logo, para esse conselheiro, não é possível se dizer em abstrato se contratos de licenciamento de patentes têm o condão de gerar ou não atos de concentração. Isso porque, além do fato de tal tipo de contrato em setores de alto nível tecnológico estruturar-se de maneira diferenciada e, por vezes, dificilmente compreensível em todos os seus impactos, a própria dinâmica do setor pode deixar a autoridade escapar alguma situação do contrato que possa ser um impeditivo concorrencial.

O voto vista do conselheiro Elvino de Carvalho analisa justamente, através da literatura e precedentes, a possibilidade de “controle externo” empresarial através de contratos de licenciamento, ainda que sem cláusulas de exclusividade, no mercado de sementes de soja brasileiro.

Elvino conclui que a partir da Lei de Proteção de Cultivares houve uma onda de fusões e aquisições entre empresas transnacionais e nacionais no Brasil, e que a estratégia dessas empresas transnacionais de tecnologia transgênica foi a de unir os genes detidos por elas com

---

<sup>51</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Alessandro Octaviani, pp.10.

<sup>52</sup>Idem, pp.35.

o germoplasma da empresa brasileira adquirida. A estratégia de aquisição, por sua vez, seria a de testar e difundir sementes “engenheiradas” de modo a aumentar a participação de mercado dos herbicidas comercializados pelas transnacionais. Uma vez realizada as fusões e aquisições, e feitas as adaptações dos transgênicos, a estratégia foi a de fazer licenciamentos, integração e colaboração no desenvolvimento de pesquisas conjuntas a outras empresas.<sup>53</sup>

A partir de sua conclusão, o conselheiro entende que as estratégias implementadas pelas empresas transnacionais, como a Monsanto, envolvem alguma forma de sobreposição horizontal e integração vertical. Observando a dinâmica do setor, Elvino considera que os contratos de licenciamento unem à Monsanto de forma quase que direta, independentemente da existência ou não de cláusulas de exclusividade<sup>54</sup>.

Analisando conjuntamente os votos de Elvino e Octaviani, pode-se afirmar que, para ambos, se de fato há uma influência dominante empresarial via um licenciamento de patentes de sementes, por exemplo, deve-se conhecer a fundo o funcionamento do mercado em que a tecnologia em questão se insere. A opção pelo não conhecimento, portanto, retiraria da autoridade antitruste a possibilidade de uma análise desses verdadeiros “contratos de concentração”, permitindo a aprovação de atos que de fato mudam a estrutura do mercado com potencial dano à concorrência e que, posteriormente, dificilmente poderão ser indicados enquanto causa do dano concorrencial.

O caso em análise é um ótimo exemplo dessas colocações. Se inicialmente sequer se cogitava seu conhecimento, a discussão por ele suscitada sobre o mercado de sementes transgênicas levou a um aprofundamento da análise do contrato e desse mercado por todo o conselho. Esse aprofundamento permitiu que cláusulas que antes eram consideradas concorrenciais fossem percebidas enquanto anticompetitivas, ainda que não figurassem no formato jurídico clássico de “exclusividade”.

O conselheiro Pontual, depois de demandar várias informações às empresas envolvidas no caso, traz à tona a existência das tais cláusulas. Se muito se discutiu sobre a possibilidade dos contratos de licenciamento sem cláusulas exclusivas danificarem a concorrência, foi através de seu voto que foi possível notar uma das tais “estruturas jurídicas menos visíveis ao olhar”, conforme suscitado pelo voto de Octaviani.

---

<sup>53</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Elvino de Carvalho, pp. 19.

<sup>54</sup>Idem, pp.20.

Observando a estrutura de cobrança dos *royalties*, conforme mencionado na seção anterior, o conselheiro Pontual nota que esse não seria um simples contrato de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento, mas também teria um caráter de licenciamento comercial<sup>55</sup>. Através de minuciosa análise de suas cláusulas e da dinâmica de funcionamento do mercado, ele consegue observar que o sistema de incentivos estabelecido contratualmente para a remuneração da obtentora “cria uma influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença”, tornando uma desvantagem para a licenciada do uso de qualquer tecnologia de produção de sementes que não aquela objeto da licença.<sup>56</sup>

Além desse mecanismo, outras cláusulas as quais se referem às penalidades impostas às licenciadas por inadimplência dos agricultores ao pagamento dos *royalties* de semente devido à Monsanto, e não aos obtentores, permitiam à licenciada ser remunerada por parâmetros que envolvem os concorrentes da Monsanto. Ou seja, a Monsanto seria remunerada por comportamentos que envolviam a escolha ou não de seus (poucos) concorrentes pelas licenciadas. Desse modo, havia uma ingerência desse grupo econômico sobre as atividades das licenciadas, “o que extrapola muito aquilo que seria esperado de um contrato comutativo”, nas palavras de Pontual<sup>57</sup>.

Ainda que não contenha cláusulas claras de exclusividade, portanto, o contrato analisado se estrutura de tal forma a elevar barreiras à entrada naquele mercado, sem uma justificativa econômica plausível que não a busca por lucros de uma empresa com amplo domínio de mercado.

## 5. Conclusão

Observado o instrumental jurídico apresentado na seção II do presente artigo, é possível concluir que os contratos de licenciamento de patentes, ainda que sem cláusulas explícitas de exclusividade, podem gerar uma *influência dominante* nas empresas licenciadas. Isso significa que podem, portanto, ser considerados enquanto atos de concentração.

---

<sup>55</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.15.

<sup>56</sup>Idem, pp.16.

<sup>57</sup>Idem, pp.19-20.

Tal afirmação, contudo, é repleta de condicionantes. Primordialmente, a possibilidade de realizar tal afirmação se insere, necessariamente, no contexto econômico em que tal patente atua. No caso relacionado ao licenciamento da Intacta RR2 PROT M, sem uma análise do desenvolvimento do mercado de biotecnologia, de seu histórico de concentrações, das estratégias comerciais embasadas no licenciamento de patentes, na dependência econômica das sementes transgênicas e na posição dominante da empresa Monsanto nesse mercado, enfim, sem todos esses elementos pontuados na seção III, dificilmente seria possível notar que as cláusulas restringidas pelo Cade permitiam à empresa Monsanto influenciar o planejamento empresarial de suas licenciadas.

Importante ressaltar que a definição da existência de influência dominante, conforme abordado na seção II, perpassa necessariamente por tais análises, a fim de verificar a existência de dependência econômica oriunda do arranjo contratual. Um contrato estruturado com as mesmas cláusulas, se ofertado por outra empresa, em outro mercado, poderia não criar essa influência dominante sobre as sociedades empresariais interessadas na tecnologia.

A afirmação em abstrato, portanto, de que contratos de licenciamento sem cláusulas de exclusividade geram atos de concentração também não se sustenta. Inegável, contudo, é a possibilidade de tais contratos agirem enquanto “negócios jurídicos indiretos”, ou seja, conferirem direitos muito superiores àqueles necessários a seus titulares para atingirem seus objetivos primários. Foi o que acontecia no caso presente: para além do escopo de desenvolvimento de uma tecnologia, o contrato de licenciamento poderia direcionar o planejamento de pesquisa, investimentos, compras e vendas das empresas licenciadas através dos mecanismos de incentivo de produção e do modelo remuneração de *royalties*.

*A priori*, um contrato de licenciamento de tecnologia, ainda que não exclusivo, não pode ser visto enquanto contrato associativo ou comutativo, portanto. No entanto, observe-se que em setores de alta concentração de poder de mercado tais contratos têm o condão de deflagrar uma maior situação de dependência e de serem, desse modo, “negócios jurídicos indiretos” capazes de instrumentalizar atos de concentração.

A nova legislação concorrencial brasileira, conforme afirmado por Calixto, foca sua análise estrutural nos atos de concentração propriamente ditos. A afirmação de que um contrato de licenciamento, ainda que sem as cláusulas de exclusividade em seu formato clássico, pode ser instrumento para a consecução de um ato de concentração mostrou-se não somente plausível, mas também foi comprovada empiricamente.

A opção pelo conhecimento dos contratos de licenciamento de tecnologia enquanto atos de concentração, portanto, se mostra recomendável.



## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n°. 08012.006706/2012-08*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n°. 08700.003937/2012-01*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n°. 08012.002870/2012-38*, Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013.

BERLE, Adolf Augustus. "Control" in Corporate Law." *Columbia Law Review*, v.58, pp. 1212-1225, 1958.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Gardiner Coit. *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers, 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines (2010)*. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission - *Guidelines on the assessment of horizontal mergers (2004)*. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>>. Acesso em 05 mar. 2014.

## Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes

Isabela Brockelmann Faria<sup>1</sup>

### RESUMO:

As guerras de patentes travadas hoje em dia entre players do mercado de tecnologia da informação evidenciam a importância da padronização de componentes, de forma a permitir o fluxo de dados entre aparelhos diversos, sem que haja incompatibilidade. Assim, quando algum concorrente detém patentes sobre componentes padronizados essenciais – as *standard essential patents* -, é esperado que ele se comprometa a licenciá-la em termos razoáveis, evitando fechamento de mercado. A necessidade de tal licenciamento é compreendida por meio da análise da doutrina das *essential facilities*, e não constitui um esvaziamento indevido dos direitos de propriedade intelectual do detentor da patente. A atualidade de tais discussões na cena tecnológica demonstra a pertinência dessa análise, com fulcro nas teorias supracitadas; e o protagonismo dos players Samsung, Motorola e Apple justifica que se lance um olhar sobre suas disputas.

Palavras-chave: *essential facilities*; *standard essential patents*; tecnologia; licenciamento; propriedade intelectual.

Classificação JEL: K21 - Antitrust Law

### ABSTRACT:

The ongoing patent wars between information technology players show the importance of standard setting, in order to enable data stream without incompatibility between different devices. A concurrent that holds standard essential patents is then supposed to compromise to license it under reasonable terms, in order to avoid market foreclosure. The need of such license is understood under the essential facilities doctrine and does not implies an unduly undermine of IP rights of the patent owner. Since it is a current issue in the technology branch, and considering the leading role played by Samsung, Motorola and Apple, an analysis of their judicial disputes based on these theories is relevant.

Key-words: essential facilities, standard essential patents, technology, licensing, intellectual property.

---

<sup>1</sup>Formada em Direito pela Universidade de São Paulo de Ribeirão Preto. Advogada na área de antitruste e concorrência no escritório Tauil e Chequer Advogados associado ao Mayer Brown LLP.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução 2. *Essential facilities* e propriedade intelectual 3. *Essential facilities*: caracterização e histórico 3.1 Aplicação da teoria no Brasil 3.2 Críticas 4. *Standard essential patents* 5. Aplicação recente: Motorola e Samsung 6. Conclusões 7. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução

A doutrina das *essential facilities* insere-se no tema da recusa de contratar e tem aplicação corrente nas jurisprudências americana, europeia e brasileira, apesar de ser passível de críticas<sup>2</sup> e demandar ponderação do operador. Isso porque, se não preenchidos os critérios correntemente listados como fundamentais à sua caracterização, seu uso pode acabar por desestimular a inventividade, dar margem a comportamentos oportunistas e, em última instância, acarretar um descrédito geral aos sistemas antitruste das diversas jurisdições.

Basicamente, a ideia de *essential facilities* nasceu ligada a infraestruturas físicas, mas logo se despreendeu dessa limitação e passou a ser aplicada também a casos não necessariamente relacionados a grandes obras, mas a *facilities* essenciais do ponto de vista intelectual ou inventivo<sup>3</sup>. Em um claro desenvolvimento de tal ideia e como decorrência da evolução das tecnologias, o conceito passou a ser empregado também no que se refere a patentes de tecnologia da informação e sua intersecção com o direito antitruste, questão que se mostra extremamente atual e problemática.

Assim, para além dos aspectos clássicos, as *essential facilities* têm sido abordadas atualmente sob outro enfoque, relativo a propriedade intelectual: as *standard essential patents*, ou SEPs. Trata-se de patentes sobre aspectos essenciais a produtos padronizados, como o próprio nome diz. Sendo o uso de tais componentes imprescindível, seus detentores geralmente se comprometem a licenciá-lo em termos FRAND – *fair, reasonable and non-discriminatory* -, de modo a possibilitar que outros players ou mesmo prestadores de serviço no mercado downstream possam lidar com seus produtos sem obstáculos. Sem tal licenciamento, haveria claro fechamento de mercado e prejuízo aos consumidores, o que constitui abuso de posição dominante.

---

<sup>2</sup>Veja-se, por exemplo, HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*. 3rd. edition. Iowa: Thomson West, 2005.

<sup>3</sup>Nesse sentido, Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial – as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 113): “Note-se que a origem da noção de *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infraestruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility*. (...)”.

A questão das SEP perpassa dois casos de grande destaque na mídia atualmente, envolvendo as gigantes de tecnologia Samsung e Motorola em suas disputas com a concorrente Apple. O protagonismo das três na cena tecnológica atual e a ampla discussão sobre patentes, inventividade e direito antitruste que os casos levantam demonstram o interesse científico em sua análise sob a ótica das *essential facilities*, e, mais especificamente, das SEP.

Tendo em vista esse pano de fundo, o presente artigo objetiva analisar a evolução da doutrina das *essential facilities* de modo a demonstrar o quanto seu leque de aplicação foi ampliado ao longo dos anos, desembocando, atualmente, em questões intrincadas envolvendo tecnologia de ponta. Tais novas demandas aclaram a dicotomia entre a doutrina das *essential facilities* e os direitos de propriedade intelectual e intensificam o embate entre os dois ramos, ensejando uma análise apurada de suas principais bases. Por fim, será demonstrado que a doutrina das *essential facilities* não deve ser considerada inútil ou ultrapassada, apesar das críticas que lhe são dirigidas e da necessidade de aplicação ponderada.

Com esse escopo, o artigo será estruturado da seguinte forma: i) visão geral sobre a relação entre *essential facilities* e propriedade intelectual, de modo a aclarar seus pontos de tensão e também de concordância; ii) caracterização e histórico das *essential facilities*, além da aplicação da doutrina no Brasil e as principais críticas a ela dirigidas, provendo-se, assim, o esboço histórico necessário para que se empreenda o exame aqui proposto; iii) visão geral sobre as *standard essential patents*, evidenciando suas bases e a razão de sua importância desmedida na atualidade, que justifica a atenção a elas dispensada; e iv) aplicação das teorias abordados aos casos Motorola v. Apple e Samsung v. Apple na jurisdição europeia, corroborando faticamente que tais teses não constituem mera teorização sem consequências práticas. Após, serão apresentadas as conclusões, condensando todo o trabalho.

## **2. *Essential facilities* e propriedade intelectual**

A aplicação da doutrina das *essential facilities* esbarra frontalmente nos direitos de propriedade intelectual daquele que se vê obrigado a licenciá-los. De modo geral, o direito antitruste em si costuma entrar em conflito com a propriedade intelectual; no caso das *essential facilities*, esse embate é particularmente evidente e espinhoso.

De um lado, tem-se direitos de propriedade intelectual juridicamente protegidos, com o escopo de estimular a inventividade e a inovação; de outro, impõe-se ao titular de tais

direitos a obrigação de abrir mão de sua exclusividade, em prol do acesso amplo dos concorrentes a uma estrutura fundamental ao exercício de determinada atividade econômica. É evidente, portanto, a tensão entre as duas abordagens: a princípio, uma simplesmente nega a outra, esvaziando seu significado e objeto de tutela.

Contudo, cada uma das visões tem, naturalmente, sua razão de ser, que se evidenciam em uma análise mais apurada. Os direitos de propriedade intelectual não são absolutos, e passam por constante balanceamento com vistas a evitar prejuízos ao bem-estar coletivo – pelo contrário, buscam fomentá-lo. A doutrina das *essential facilities*, por sua vez, é também extremamente interventiva, devendo ser aplicada com grande cautela. Ou seja: nem a irrestrita proteção da inventividade de um agente, nem a interferência desarrazoada na estrutura de outro podem prosperar; exige-se, em ambos os casos, ponderação.

Há que se levar em consideração, também, que cada um desses ramos, à sua maneira, tem o objetivo último de promover avanços no bem-estar social, por meio do estímulo ao desenvolvimento tecnológico e do combate a comportamentos oportunistas ou predatórios daí decorrentes<sup>4</sup>. Calixto Salomão Filho<sup>5</sup> aponta que a evolução da propriedade intelectual se deu no sentido de priorizar o interesse público na inovação e no avanço tecnológico, havendo, então, uma harmonização de seus princípios com os do direito concorrencial. Hovenkamp<sup>6</sup> afirma: “the antitrust laws and the federal intellectual property laws must be interpreted so as to accommodate one another. Importantly, the United States has both a patent policy and an antitrust policy, and neither should be interpreted in such a way as to disregard the other.”

Ademais, como bem apontam Hooks, Paterson e Pitofsky<sup>7</sup>, não há óbice à aplicação da doutrina das *essential facilities* a bens protegidos por direitos de propriedade intelectual. A evolução natural das tecnologias trouxe à tona tal questão, uma vez que originariamente se falava em *essential facilities* de infraestrutura; no entanto, não restam dúvidas de que a natureza tangível ou não do ativo não importa para a aplicação da doutrina. Cabe ressaltar,

---

<sup>4</sup>“Além disso, o caráter instrumental da propriedade intelectual de cumprir com sua função social (promover o desenvolvimento econômico e tecnológico) e do Direito Antitruste de promover políticas públicas, dentre elas o desenvolvimento econômico, une os institutos. A proteção à propriedade intelectual e o Direito Antitruste tornam-se instrumento de persecução do mesmo objetivo.” Claudia Tosin KUBRUSLY. Análise da recusa de licenciar no âmbito do direito antitruste. Direito concorrencial e regulação econômica. Egon Bockmann Moreira e Paulo Todescan Lessa Mattos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 133

<sup>5</sup>*Op. cit.*, p. 127 e ss. “Vistos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição ‘concorrência’. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial (ideia ou invenção).” *Op. cit.*, p. 143.

<sup>6</sup>*Op. cit.*, p. 241/242

<sup>7</sup>The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law. *Antitrust Law Journal*. Vol. 70, 2002, pp. 443-462. P. 452.

também, que tal orientação não deriva apenas de discussões doutrinárias, mas sim, é esponsada pelo USDOJ e pela FTC<sup>8</sup>.

Considerando o objetivo de promoção do bem-estar que ambos os ramos compartilham, como acima ressaltado, deve-se notar que a aplicação da doutrina das *essential facilities* constitui, na verdade, um modo de sopesar os direitos de propriedade intelectual, evitando que eles se desvirtuem em abuso do titular. Assim, tal intersecção é benéfica; se aplicada com parcimônia, como em todos os outros casos, pode ajudar na consecução dos fins caros a ambos os ramos.

Concretamente, vê-se dos apontamentos de Hooks, Paterson e Pitofsky que, uma vez provados os requisitos essenciais à caracterização de uma *essential facility*, é possível aplicar a doutrina, ainda que o bem em questão se trate de propriedade intelectual<sup>9</sup>:

...a firm could be subject to antitrust liability for refusal to deal in protected intellectual property where the presumption of a valid reason not to license was rebutted by evidence of anticompetitive intent. Such liability for refusal to deal would, of course, include situations where intellectual property could be proven to be an 'essential facility'.

Ou seja: verificado ilícito antitruste, os direitos de propriedade intelectual podem ser afastados<sup>10</sup>.

No Brasil, o artigo 68 da Lei nº 9.279/96 dispõe sobre a possibilidade de suspensão da patente se o titular exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva. Assim, não se discute, aqui, a possibilidade ou não de derrogação da propriedade intelectual pela legislação antitruste, já que há clara autorização legal para tanto<sup>11</sup>.

Ademais, o artigo 36, §3º, inciso XIX da Lei nº 12.529/11 deixa claro que os direitos decorrentes de inventividade não são absolutos, podendo, sim, ensejar responsabilização antitruste caso seu titular os utilize de forma abusiva<sup>12</sup>. O Cade tem, então, uma baliza legal

---

<sup>8</sup>“The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. (...) The Agencies apply the same general antitrust principles to conduct involving intellectual property that they apply to conduct involving any other form of tangible or intangible property.” U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995, p. 2/3.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 455.

<sup>10</sup>Novamente, HOOKS, PATERSON E PITOFSKY são precisos: “U.S. courts are sensitive to concerns that limiting intellectual property protections may dampen incentives for innovation. However, the courts have recognized that permitting antitrust liability in proper circumstances appropriately promotes competition and, ultimately, innovation as well.” *Op. cit.*, p. 453, nota 44.

<sup>11</sup>“Assim, sob certo aspecto, pode-se dizer que a legislação de proteção à propriedade intelectual brasileira positivou a teoria das estruturas essenciais, na medida em que vedou a negativa de acesso abusiva a instalações por ela protegidas, as quais serão, em muitos casos, essenciais para que possa haver concorrência no mercado, já que a propriedade intelectual é, sabidamente, o monopólio legalizado. Nesse aspecto, merece aplausos a legislação nacional...” LIMA, Edilson Vitorelli Diniz, *op. cit.*, p. 90.

<sup>12</sup>DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 284. Afirmam os autores: “O CADE tem adotado a premissa de que o Direito Antitruste tem admitido o

que diminui as margens de discricionariedade em decisões desse tema, e mesmo os incisos VI e XVI do artigo 21 da antiga Lei nº 8.884/94 davam margem a essa interpretação.

### 3. *Essential facilities*: caracterização e histórico<sup>13</sup>

A ideia de *essential facilities* surgiu pela primeira vez no caso *United States v. Terminal Railroad Association*, julgado em 1912, e foi paulatinamente aperfeiçoada nos casos que se seguiram. O *leading case* versava sobre a propriedade de todas as vias de acesso à cidade de St. Louis, no Missouri, por uma única companhia, pertencente ao empresário Jay Gould. As condições topográficas da região impediam que tal infraestrutura fosse duplicada, de forma que concorrentes se viam impedidos de acessar a cidade.

A Suprema Corte aceitou a argumentação de Gould no sentido de que seu sistema de coordenação das vias de acesso tornava o transporte mais eficiente; assim, fazê-lo alienar algumas das vias seria uma medida prejudicial. Por esse motivo, pensou-se na solução comportamental de impor a Gould a obrigação de possibilitar acesso a qualquer empresa à sua estrutura, em condições justas, o que constitui as bases da ideia de *essential facility*: sendo a estrutura essencial e não duplicável, não se pode evitar que ela seja utilizada por todos, inclusive concorrentes – já que havia capacidade física para tanto, e a única justificativa para não se permitir a passagem era negar entrada aos competidores.

Posteriormente, em 1945, foi julgado o caso *Associated Press v. United States*, em que se fixou o entendimento de que não apenas estruturas monopolísticas ensejariam aplicação da doutrina das *essential facilities*, mas também aquelas detentoras de grande poder de mercado – o que constituiu nova evolução na delimitação da doutrina.

Com esses dois casos, temos, então, os seguintes caracteres associados a *essential facilities*: trata-se de estruturas essenciais e não duplicáveis, de forma que, se houver capacidade para atender aos concorrentes, a recusa injustificada de acesso é abusiva. Ademais, a definição da essencialidade da estrutura não está necessariamente atrelada à sua

---

Direito de PI como veículo à inovação e diferenciação, uma vez que seria um dos principais motores do desenvolvimento econômico. Contudo, certos arranjos estruturais e comportamentais podem fazer dos direitos de PI veículos ao abuso de posição dominante e, logo, afetar negativamente o bem-estar social.”

<sup>13</sup>Histórico a partir de Edilson Vitorelli Diniz LIMA (A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 12, nº2, pp. 75-99, 2005) e Letícia Frazão ALEXANDRE (A doutrina das *essential facilities* no direito concorrencial brasileiro. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 12, nº2, pp. 205-241, 2005).

natureza de monopólio; havendo poder de mercado, pode ser caracterizada uma *essential facility*.

Por fim, no caso MCI Communications Corp. v. AT&T, de 1983, foram delimitados os quatro passos que até hoje se utilizam para averiguar a existência ou não de uma *essential facility*. Naturalmente que tal teorização não se restringe apenas a esse caso, constituindo, na verdade, o resultado de anos de análise jurisprudencial sobre o tema, finalmente sistematizados.

Assim, uma *essential facility* é caracterizada nos casos em que (i) uma estrutura essencial é controlada por um player com poder de mercado, (ii) há impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes, (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes, e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano.

Além disso, hoje em dia se considera que o acesso a concorrentes deve ser dar mediante o pagamento de royalties, de forma justa e razoável, o que demanda constante supervisão dos tribunais quando se impõe judicialmente o dever de prover entrada.

A jurisprudência europeia também adotou a doutrina das *essential facilities*, com o leading case Commercial Solvents, de 1973. A empresa, produtora de matéria-prima para a produção de etanobutanol, passou a atuar no mercado downstream, e em seguida restringiu injustificadamente as vendas da matéria-prima a concorrentes. A Comissão e o Tribunal de Justiça consideraram tal recusa de venda como um abuso de posição dominante, já que praticamente não havia outros produtores da matéria-prima, além das enormes barreiras à entrada no mercado. Apesar de não ter sido utilizada expressamente esta denominação, a matéria-prima em questão preenche os requisitos para ser considerada uma *essential facility*, e a decisão corroborou tal tese.

Nos anos seguintes, a doutrina das *essential facilities* voltou a ser aplicada pela Comissão em outros casos, como no da United Brands, de 1978, e no da Magill TV Guide, em 1989; no entanto, muitos casos famosos da jurisprudência europeia tratam de situações em que não se reconheceu a aplicação da doutrina. Assim, no caso Volvo v. Erik Veng, de 1989, a Comissão asseverou que não havia justificativa para obrigar a Volvo a licenciar seu direito de propriedade intelectual sobre determinado desenho de painel de veículos, já que não havia prejuízo a prestadores de serviços de manutenção, nem sobrepreço, e nem subabastecimento do mercado; na verdade, o licenciamento compulsório romperia a exclusividade da Volvo sobre modelo de sua invenção de forma não razoável, causando desestímulo à inventividade.



Outro caso emblemático de não aplicação da doutrina é o Bronner GmbH v. Mediaprint, de 1998, em que a Comissão considerou que a requerente Bronner pretendia agir como *free rider* em relação a investimentos feitos pela Mediaprint, visando a obter acesso facilitado a seus sistema pioneiro de entrega de jornais. Ora, a Bronner não seria eliminada do mercado se não obtivesse acesso a tal sistema, e poderia perfeitamente desenvolver seu próprio modo de entrega, mesmo que não tão eficiente; obrigar a Mediaprint a disponibilizar seu meio inovador a concorrentes causaria, como no caso da Volvo, desestímulo à inventividade.

Da breve análise das jurisprudências americana e europeia, vê-se que a doutrina das *essential facilities* realmente não perdeu lugar com o passar dos anos, tendo sido, ao contrário, progressivamente desenvolvida e aperfeiçoada. Os dois últimos casos citados corroboram tal afirmação, ao evidenciar a recusa da Comissão Europeia em admitir a aplicação da doutrina sem uma análise cuidadosa dos requisitos. Isso demonstra maturidade dos julgadores e contribui para a credibilidade do sistema antitruste, na medida em que coíbe comportamentos oportunistas.

### **3.1. Aplicação da teoria no Brasil**

No Brasil, o Cade também tem aplicado a doutrina das *essential facilities*, sendo o caso pioneiro de 1998. Curiosamente, nesse primeiro caso brasileiro negou-se acesso à Petroquímica Triunfo S.A., pois se considerou que a Companhia Petroquímica do Sul – COPESUL tinha justificativas econômicas razoáveis para excluir a outra de seus contratos: provável comportamento oportunista, já verificado em relação contratual anterior.

Em 2001, foi julgada a disputa entre Globo e Directv. Novamente, negou-se acesso: o Cade considerou que o sinal da Globo não era essencial à prestação de serviços de TV a cabo pela Directv, pois não preenchia sequer um dos habituais quatro critérios para caracterizar uma *essential facility*. A Directv pretendia aumentar sua competitividade ao ofertar o canal Globo dentre a programação fechada, mas não dependia de tal funcionalidade para subsistir no mercado, e tinha outros meios de obter o referido sinal.

No ano seguinte, 2002, o Cade julgou o caso das tarifas telefônicas de longa distância, considerando que a Telesp conferia vantagem competitiva a sua subsidiária Telefonica em relação à concorrente Embratel, prejudicando-a em licitações. Assim como no caso anterior, todos os quatro passos foram analisados; a diferença é que, sendo o resultado positivo, deu-se razão às alegações da Embratel.

De modo geral, pode-se dizer que a doutrina tem sido utilizada com ponderação no Brasil, com extensa análise dos requisitos autorizadores. Uma vez presentes todas as condições, à luz do caso concreto, intervém-se no sentido de evitar a monopolização e possibilitar o acesso dos concorrentes à estrutura essencial. Dessa forma, são preservados tanto o princípio da livre iniciativa quanto o da função social da propriedade, de forma equilibrada e pertinente.

Mesmo que se considere mais apropriada a regulação setorial do que a importação de institutos estrangeiros<sup>14</sup>, há que se considerar que tal solução se restringe a determinados setores estratégicos de infraestrutura, o que nos traz de volta às origens da doutrina; mas, como já ressaltado, é possível, atualmente, aplicá-la a uma extensa gama de atividades, muitas vezes em setores não regulados ou reguláveis. Assim, se observada a razoabilidade e o cuidado na análise, não se vislumbram óbices à aplicação da doutrina das *essential facilities* no direito brasileiro; pelo contrário, ela pode ser considerada especialmente compatível com nossa legislação.<sup>15</sup>

### 3.2. Críticas

Para além dos aspectos históricos a demonstrarem o uso cada vez mais frequente da doutrina das *essential facilities*, há que se analisar as críticas, uma vez que estudiosos de renome a consideram desnecessária e imprecisa<sup>16</sup>. De fato, a doutrina em si constitui uma abordagem específica da recusa de contratar, mas que, não obstante a especialização, mantém baixo nível de concretude e poucas definições consolidadas.

Nesse sentido, Hovenkamp<sup>17</sup> censura a quantidade de questões deixadas em aberto, como a definição de *essential facility*, a extensão do dever de contratar e as justificativas válidas para afastá-lo. Tais problemas seriam superiores aos ganhos advindos da aplicação da doutrina, como se vê em sua crítica taxativa:

The so-called ‘essential facility’ doctrine is one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of bases for Sherman §2 liability. The antitrust world would

<sup>14</sup>Nesse sentido, GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008. 341 p. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo.

<sup>15</sup>LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>16</sup>A exemplo de HOVENKAMP, *op. cit.*, LIPSKY, Abbot; SIDAK, Gregory. Essential facilities. *Stanford Law Review*, v. 51, n° 5, pp. 1187-1249, maio/99, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.205668>, acesso em 09/03/2014, e AREEDA, Philip. Essential Facilities: An Epithet In Need Of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, v. 58, n° 3, DEVELOPMENTS: 1989, pp. 841-853.

<sup>17</sup>*Op. cit.*, p. 309

almost certainly be a better place if it were jettisoned, with a little fine tuning of the general doctrine of refusal to deal to fill any gaps.

No entanto, como anteriormente se aventou, todos esses pontos já foram alvo de discussões e demandam, basicamente, análise do caso concreto – como tantos outros institutos jurídicos, se não a maioria deles.

Também Lipsky e Areeda têm objeções ao uso da doutrina das *essential facilities*. Lipsky<sup>18</sup> considera impossível harmonizá-la com a proteção da propriedade intelectual, e demonstra preocupação com a intervenção judicial na condução do negócio; Areeda<sup>19</sup>, por sua vez, considera que seu uso deveria ser reduzido a situações extremas, e questiona sua definição enquanto teoria, já que ela apenas delimitaria exceções ao direito de propriedade.

Apesar disso, tanto doutrina quanto jurisprudência admitem que a teoria ainda tem razão de ser<sup>20</sup>; ademais, mesmo que, como afirma Hovenkamp, fosse possível julgar os casos a ela relacionados apenas com base na teoria da recusa de contratar<sup>21</sup>, temos que considerar que foi precisamente o refinamento do tema que levou ao desenvolvimento da doutrina das *essential facilities*, de forma que ela congloba em detalhes aspectos antes dispersos, apesar de não ignorados.

Naturalmente que casos podem ser solucionados apenas com base em razoabilidade e análise econômica, carecendo de análises doutrinárias. Todavia, é da relação entre teoria e prática que se derivam e se aperfeiçoam as doutrinas, sendo que sua aplicação posterior não constitui mera tergiversação, mas sim, serve como base para fundamentar decisões e novas argumentações. O exercício teórico leva ao desenvolvimento de novas ideias, em constante intercâmbio com a prática; e a própria doutrina em questão desenvolveu-se nos tribunais, o que nos leva a crer na pertinência de sua análise – seria temerário ignorá-la ou simplesmente reputá-la inútil.

---

<sup>18</sup>*Op. cit.*, p. 33.

<sup>19</sup>*Op. cit.*, p. 841.

<sup>20</sup>De acordo com HOOKS, PATERSON e PITOFSKY (*op. cit.*, p. 443/444), “if U.S. scholarship were the last word on the subject, one would be led to conclude that the essential facilities doctrine should be described narrowly or fully abandoned. U.S. courts, however, when faced with real instances of monopoly dominance, have not been so grudging in application of the doctrine. All agree that access should be accorded cautiously, with several qualifying conditions; none concludes that the right course is to abandon the doctrine altogether.” E mais: “... even courts rejecting application of the doctrine note that their analysis is highly fact-specific, rather than condemning the doctrine itself. Similarly, though commentators may disagree with the application of the doctrine to a particular set of facts, even the doctrine’s most prominent critics recognize that it is appropriate to require a monopolist to deal in certain exceptional circumstances.” P. 450.

<sup>21</sup>Sobre isso, afirma Calixto SALOMÃO FILHO (*op. cit.*, p. 114/115): “A principal das consequências comportamentais da teoria das *essential facilities* é a verdadeira obrigação de fornecimento que se cria para as empresas monopolistas detentoras desses bens essenciais. Trata-se de uma obrigação ativa de fornecer bens essenciais, muito mais extensa, portanto, do que aquela derivada da disciplina atual da recusa de contratar em sede antitruste (cuja casuística mais frequente se constrói em torno de relações contratuais continuadas que são abrupta e injustificadamente interrompidas...)”

Por fim, como se analisará adiante, a doutrina das *essential facilities* pode ser estudada por óticas ainda mais atuais e prementes, haja vista seu desdobramento nas denominadas *standard essential patents*, questão perfeitamente aplicável a casos em discussão hoje em dia.

#### 4. *Standard essential patents*

A definição de padrões por parte de *standard setting organizations* (SSOs) constitui uma resposta à necessidade de setores de tecnologia trabalharem com opções compatíveis, de modo a facilitar o uso e a troca de informações entre produtos das diferentes marcas que operam no mercado. É necessário, portanto, que o player siga tais padrões para atuar competitivamente.

Lianos e Dreyfuss<sup>22</sup> demonstram a importância da padronização de componentes no setor de tecnologia:

Standards provide increased compatibility between different products, increased interoperability, thus enabling the launch of a network. The role of interface standards is particularly significant in communication technologies, such as cell phones, personal digital assistants, laptops.

No entanto, há, também, margem para condutas anticoncorrenciais e lesivas daí decorrentes, como *patent ambush* e *hold up*<sup>23</sup>; e nos casos em que há patentes regulares envolvidas, não escoradas em tais embustes, as SSOs costumam requerer de seus associados *patent holders* que eles as licenciem em termos FRAND, possibilitando, então, que o mercado se utilize dos componentes estabelecidos como padrão<sup>24</sup>.

As *standard essential patents*, portanto, derivam dessa normatização das SSOs no sentido de padronizar componentes tecnológicos. Tais padrões são escolhidos dentre os muitos existentes para uniformizar alguns aspectos do mercado, possibilitando que

---

<sup>22</sup>New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights with Competition Law - A View from Europe and the United States. CLES Working Paper Series. Abr/2013. P. 91.

<sup>23</sup>"In very broad terms, opportunism or hold-up arises when a gap between economic commitments and subsequent commercial negotiations enables one party to capture part of the fruits of another's investment, broadly construed. Hold-up can arise, in particular, when one party makes investments specific to a relationship before all the terms and conditions of the relationship are agreed. Hold-up generally leads to economic inefficiency that contracting parties, and courts interpreting contracts, often try to avoid." (FARREL et al. Standard setting, patents and hold up. Antitrust Law Journal. n° 3 (2007), v. 74, p. 603/670. P. 603/604.).

<sup>24</sup>"Standards bodies generally require members to commit to license patents that they have declared essential for a standard on FRAND terms. This commitment is designed to ensure effective access to a standard for all market players and to prevent 'hold-up' by a single SEP holder, since access to those patents which are standard-essential is a precondition for any company to sell interoperable products in the market. At the same time, it allows SEP holders to be fairly remunerated for their intellectual property." European Commission – Press Release. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1448\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm). Consulta em 09/03/2014.

consumidores de diferentes marcas usufruam da mesma tecnologia e intercambiem mais facilmente informações e dados. De outra forma, sistemas incompatíveis poderiam obstar o grande tráfego de dados que se verifica atualmente.

Daí termos as SEP enquanto *essential facilities*: são componentes essenciais ao uso de determinada tecnologia, porque definidos como padrão para tanto<sup>25</sup>; assim, se um concorrente não obtém acesso por negativa do detentor da patente em licenciá-la, a participação de tal concorrente no mercado resta severamente prejudicada. Justamente por isso é que se considera não razoável negar o licenciamento em termos FRAND, desde que o candidato a licenciante também se comprometa a atuar nesses termos, respeitando o titular da patente.

Assim, apesar da possibilidade de patentes SEP decorrerem de condutas desleais, como o *hold up*, há, de fato, patentes justas e regulares, mas que, ainda assim, podem prejudicar o mercado se não licenciadas para concorrentes e players downstream. Por isso foram instituídos os termos FRAND, possibilitando que tal licenciamento seja estabelecido em bases não predatórias, de forma benéfica tanto para o detentor da patente quanto para os licenciados.

Ademais, vê-se que as SEPs preenchem todos os requisitos cunhados para a caracterização de *essential facilities*: trata-se de uma utilidade padrão, e, portanto, essencial, patenteada por um player que detém poder de mercado, decorrente mesmo da titularidade de tal patente; o fato de o componente ser padronizado para uso global impede que concorrentes trabalhem com outras tecnologias, que, mesmo já existentes, não têm uso corrente – portanto, o uso de componentes alternativos é antieconômico, mesmo que factível; e, uma vez negociado o licenciamento em termos FRAND, o detentor da patente pode perfeitamente licenciá-la, não havendo justificativa plausível para que se negue a fazê-lo.

Pode-se ver, então, que o tema se intersecciona com direito antitruste e propriedade intelectual, levando a questionamentos sobre os limites de cada um. Daí, também, a relação com as guerras de patentes analisadas abaixo.

---

<sup>25</sup>“Ex ante, before an industry standard is chosen, there are various attractive technologies, but ex post, after industry participants choose a standard and take steps to implement it, alternative technologies become less attractive. Thus, a patent covering a standard may confer market power ex post that was much weaker ex ante. In the extreme, a standard could be built around initially arbitrary choices that become essential once the standard is established.” (FARREL, *op. cit.*, p. 607/608).

## 5. Aplicação recente: Motorola e Samsung

As gigantes de TI têm protagonizado uma série de disputas com outras empresas do ramo – sendo a Apple o exemplo mais expressivo – quanto a patentes de smartphones, tablets e seus componentes, em diversas jurisdições.

Em maio do ano passado, noticiou-se amplamente<sup>26</sup> o envio, pela Comissão Europeia, de um *Statement of Objections*<sup>27</sup> à Motorola, em razão das evidências de uso indevido de *standard essential patents* em telefones celulares.

A Motorola tentou se utilizar de *injunctions*<sup>28</sup> na Alemanha para barrar o acesso da Apple a suas SEPs sobre a tecnologia GSM, mesmo tendo se comprometido a licenciá-las em termos FRAND<sup>29</sup>; a Apple, por sua vez, já havia manifestado interesse em ser licenciada também nos termos FRAND<sup>30</sup>. A Comissão entendeu, então, que não havia justificativa razoável para que a Motorola se negasse a licenciar o componente à Apple, de forma que tal recusa constituiria abuso de posição dominante, coibida pelo artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

---

<sup>26</sup> A nota oficial da Comissão foi reproduzida em diversos veículos, dada a importância do tema. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-406\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm). Consulta em 26/02/2014.

<sup>27</sup>“A Statement of Objections is a formal step in Commission investigations. The Commission informs the parties concerned in writing of the objections raised against them and the parties can reply in writing and request an oral hearing to present comments. The Commission takes a final decision only after the parties have exercised their rights of defence. The sending of a Statement of Objections does not prejudice the final outcome of the investigation.” European Commission - MEMO/13/403, de 06/05/2013. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-403\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm). Consulta em 26/02/14.

<sup>28</sup>“An injunction is a court order aiming at preventing the continuation of a patent infringement. Generally, it includes the prohibition to sell the product infringing the patent. Such injunctions can be preliminary – as a precautionary measure typically for the time of the assessment of the case on the merits by the court. Injunctions can also be permanent as a result of the decision on the merits by a court.” European Commission - MEMO/13/403, de 06/05/2013. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-403\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm). Consulta em 26/02/14.

<sup>29</sup>“The Motorola Mobility SEPs in question relate to the European Telecommunications Standardisation Institute's (ETSI) GPRS standard, part of the GSM standard, which is a key industry standard for mobile and wireless communications. When this standard was adopted in Europe, Motorola Mobility gave a commitment that it would license the patents which it had declared essential to the standard on FRAND terms. Nevertheless, Motorola Mobility sought an injunction against Apple in Germany on the basis of a GPRS SEP and, after the injunction was granted, went on to enforce it, even when Apple had declared that it would be willing to be bound by a determination of the FRAND royalties by the German court.” European Commission – IP/13/406, de 06/05/2013. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-406\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-406_en.htm). Consulta em 26/02/2014.

<sup>30</sup>“In the case at hand, the Commission is of the preliminary view that Apple's willingness to enter into a FRAND licence manifested itself in particular by its acceptance to be bound by a German court's determination of a FRAND royalty rate. The Commission's preliminary view is that the acceptance of binding third party determination for the terms of a FRAND licence in the event that bilateral negotiations do not come to a fruitful conclusion is a clear indication that a potential licensee is willing to enter into a FRAND licence. This process allows for adequate remuneration of the SEP-holder so that seeking or enforcing injunctions is no longer justified once a potential licensee has accepted such a process.” European Commission - MEMO/13/403, de 06/05/2013. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-403\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm). Consulta em 26/02/14.

Atualmente, o caso está prestes a ser julgado<sup>31</sup> de acordo com os termos do Artigo 7 da Antitrust Regulation 1/2003 da UE, que dispõe sobre a possibilidade de aplicação de medidas estruturais ou comportamentais para fazer cessar a prática, além de multa.

De forma bastante similar, a Samsung também foi investigada pela Comissão<sup>32</sup> por fazer uso de *injunctions* contra a Apple em diversos países europeus, apesar de ter se comprometido a licenciar em termos FRAND as SEPs relativas à tecnologia 3G. A Apple também já sinalizara que gostaria de ser licenciada, de forma razoável; não havia, portanto, razões justas para que a Samsung se voltasse contra ela.

Diferentemente da Motorola, no entanto, a Samsung optou por firmar um acordo, comprometendo-se a não fazer uso de tais *injunctions* por cinco anos no que se refere a SEPs usadas em tablets e smartphones. A Comissão sinalizou que aceitará esses termos, também em breve<sup>33</sup>.

Ambos os casos constituem exemplos de aplicação da doutrina das *essential facilities*, estando presentes os quatro elementos caracterizadores: (i) trata-se de tecnologias essenciais controladas por players com poder de mercado; (ii) tais tecnologias não são economicamente duplicáveis, porque declaradas padrão – assim, mesmo que haja substitutos próximos, eles não são utilizados em larga escala; (iii) seus detentores recusaram acesso à concorrente; e (iv) havia possibilidade de conceder acesso sem danos, já que a licenciada em potencial se comprometera a agir em termos FRAND.

Apesar de os casos citados se referirem especificamente à União Europeia, as brigas de patentes entre os três players se desenrolam no mundo todo, com acusações mútuas. Isso demonstra a importância da constante vigilância de órgãos antitruste sobre condutas anticompetitivas levadas a cabo por empresas globalizadas e especializadas em alta tecnologia, o que demanda uma análise profunda e técnica sobre as informações em jogo.

## 6. Conclusões

Do exposto, vê-se que a doutrina das *essential facilities* continua atual e pertinente, já que aplicável a quaisquer mercados que atendam a seus requisitos. Apesar da notória falta de

---

<sup>31</sup>Joaquín Almunia declarou à imprensa que ambos os casos – tanto o da Motorola quanto o da Samsung - devem ser finalizados em abril. Disponível em <http://www.reuters.com/article/2014/02/10/eu-samsung-motorola-idUSL5N0LF37620140210>. Consulta em 27/02/214.

<sup>32</sup>Conforme noticiado em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1448\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm). Consulta em 09/03/2014.

<sup>33</sup>Conforme noticiado em <http://www.reuters.com/article/2014/02/10/eu-samsung-motorola-idUSL5N0LF37620140210>. Consulta em 09/03/2014.

unanimidade sobre seu uso, deve-se considerar que, na prática, diversas cortes a reconhecem a julgam em conformidade a seus princípios, o que demonstra a necessidade de nos determos sobre o tema.

Ademais, salta aos olhos o fato de que mesmo os críticos mais ferrenhos da teoria reconhecem a necessidade de intervenção em mercados tendentes à monopolização, em casos graves de abuso de direitos de propriedade intelectual e de posição dominante – questões que têm estado em pauta com grande frequência.

No Brasil, a existência de dispositivos legais que condenam abusos de direitos de propriedade intelectual, tanto na legislação específica quanto na antitruste, demonstra que a acalorada discussão norte-americana sobre a aplicabilidade ou não da doutrina das *essential facilities* à propriedade intelectual não tem interesse prático por aqui. A disciplina legal é coerente com o princípio da função social da propriedade, e se coaduna com os preceitos da teoria analisada; tanto que os órgãos julgadores comumente analisam os requisitos quando se tem um caso que evidentemente trata de *essential facilities*.

Por fim, a vertente das *standard essential patents* levanta uma discussão imprescindível nos dias de hoje, em que a dependência da tecnologia de ponta alcançou um nível nunca antes visto. A necessidade de se estabelecer contato e trocar informações em tempo real coloca as patentes de tecnologia da informação em posição de destaque, já que restrições ao uso de determinados componentes poderiam comprometer seriamente grupos de usuários que os utilizem. Não sendo possível imaginar a vida atual sem o uso de tais tecnologias, a análise cuidadosa dos casos pelos tribunais se faz ainda mais necessária, de forma a evitar fechamento de mercado e, em último caso, comprometimento do bem-estar da sociedade.

O caráter delicado e complexo das SEP – no meio do caminho entre direito concorrencial e propriedade intelectual, como já se afirmou – dá margem a uma variedade de condutas abusivas e tentativas de fraude, e os casos analisados não fogem à regra. Pelo contrário, trazem à tona as questões intrincadas que permeiam o tema, levando a brigas judiciais milionárias, mas corriqueiras. A dimensão econômica desses embates e a importância vital das novas tecnologias para o mundo globalizado justificam análises detalhadas do tema pelas autoridades antitruste, e demandam atenção, pois o rápido desenvolvimento de novos componentes levanta questões antes nem vislumbradas e torna outras irrelevantes.

Procurou-se defender, ao longo desse estudo, a necessidade de se fugir a respostas peremptórias sobre os conflitos de direitos em questão, tanto porque o caso concreto demanda



análises mais ponderadas, quanto porque o que se reputa correto e pertinente hoje pode logo restar obsoleto. Os próprios casos analisados bem demonstram o descabimento da aplicação de uma ideia dicotômica fechada: Apple, Samsung e Motorola são ora condenados, ora respaldados pelos tribunais em suas litigâncias, a depender de aspectos sutis que tornam cada caso único.

Disso se vê que não há solução mágica para os impasses entre direitos de propriedade intelectual e a necessidade de se impor o licenciamento. A função social da propriedade, a livre iniciativa, a geração de eficiências e o bem-estar comunitário são balizas que orientam o trabalho do julgador, ao demonstrar fins a serem perseguidos. Afinal, essa é também a função das tecnologias: gerar eficiência e bem-estar.

## 7. Referências bibliográficas

ALEXANDRE, Letícia Frazão. A doutrina das *essential facilities* no direito concorrencial brasileiro. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 12, n°2, pp. 205-241, 2005.

AREEDA, Philip. Essential Facilities: An Epithet In Need Of Limiting Principles. *Antitrust Law Journal*, v. 58, n° 3, DEVELOPMENTS: 1989, pp. 841-853.

DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARREL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; SULLIVAN, Theresa. Standard setting, patents and hold up. *Antitrust Law Journal*. n° 3, 2007, v. 74. P. 603/670.

GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008. 341 p. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo.

HOOKS, Jonathan; PATERSON, Donna; PITOFISKY, Robert. The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law. *Antitrust Law Journal*. Vol. 70, 2002, pp. 443-462.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. 3rd. edition. Iowa: Thomson West, 2005.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do direito antitruste. Direito concorrencial e regulação econômica. Egon Bockmann Moreira e Paulo Todescan Lessa Mattos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIANOS, Ioannis; DREYFUSS, Rochelle. New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights with Competition Law - A View from Europe and the United States. CLES Working Paper Series. Abr/2013.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 12, n°2, pp. 75-99, 2005.

LIPSKY, Abbot; SIDAK, Gregory. Essential facilities. *Stanford Law Review*, v. 51, n° 5, pp. 1187-1249, maio/99. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.205668>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 1995.

**Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional**

André Luís M. Freire<sup>1</sup>

**RESUMO:**

Desde o início dos anos 2000, existe forte embate a respeito da titularidade da competência para defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, travado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (BCB). O presente artigo descreve o panorama decisório do Cade nos 23 casos julgados no mercado bancário e aponta fatos decorrentes da relação institucional entre atores relevantes inseridos neste conflito. Conclui-se que, por meio de seis mecanismos, o Conselho tem consolidado sua competência para tutela da competição entre instituições financeiras. Nesse cenário, surge como elemento extrajurídico importante o argumento reputacional. No mercado analisado neste estudo, a reputação do Cade, entendida como o efeito social da atividade desempenhada pela autoridade, vem a incrementar a competência do Conselho, até então estabelecida apenas pela argumentação jurídica.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); Banco Central do Brasil (BCB); concorrência; conflito de competências; Sistema Financeiro Nacional; reputação.

**ABSTRACT:**

Since 2000, there is a substantial conflict among Administrative Council of Economic Defense (CADE) and Central Bank of Brazil (BCB) about the antitrust competency in the National Financial System. This paper describes CADE's decisions on 23 cases in the bank market and points out relevant facts about the institutional relations established among the main players of the conflict. It concludes that the Council has been consolidating its competency to defend antitrust conditions in the bank market by six main mechanisms. In this scenario, a reputational argument emerges as an important extralegal element. In the market analyzed in this study, CADE's reputation, understood as the social effect of the authority's performance, increases the Council's competency, so far established by the legal argument.

Key-words: Administrative Council of Economic Defense (CADE); Central Bank of Brazil (BCB); antitrust; competency conflict; National Financial System; reputation.

---

<sup>1</sup>Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve nota de método; 3. O conflito entre Cade e BCB em linhas gerais; 4. Primeiro período (2000-2006); 4.1. Institucional: atrito e consenso com o BCB; 4.2. Casuística: afirmação da competência; 5. Segundo período (2007-2011); 5.1. Institucional: destaque da ProCade e do Judiciário; 5.2. Casuística: construção metodológica e aprofundamento do mérito; 6. Terceiro período (2012-); 6.1. Institucional: explicitação do conflito no STF; 6.2. Casuística: continuando o incremento qualitativo das decisões; 7. Reputação e seis mecanismos de consolidação de competência; 8. Considerações finais; 9. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução<sup>2</sup>

Na última década e meia, figurou entre os temas mais debatidos no campo do direito concorrencial brasileiro o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (BCB) para tutela da concorrência entre agentes do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Dentre os argumentos que já permearam essa discussão, embora pouco recorrente, é pertinente como ponto de partida teórico para este artigo a *pervasive power doctrine*<sup>3</sup>. Esta teoria tem como premissa negar de que as competências regulatórias sejam pré-estabelecidas por mera designação legal. Ao contrário, por essa tese, as competências seriam consolidadas de acordo com as práticas regulatórias desenvolvidas pelas instituições. O Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva já aplicou a teoria do *pervasive power* para sustentar que o BCB não teria competência para a realização do controle concorrencial do mercado bancário, tendo em vista sua abstenção na aplicação de regras antitruste ao setor sob a tutela regulatória da agência<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup>As principais ideias contidas neste artigo foram extraídas do trabalho "*Concorrência no setor bancário: como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem construído sua competência?*", elaborado sob orientação do Prof. Calixto Salomão Filho.

<sup>3</sup>Em linhas gerais, a teoria do *pervasive power* estabelece que a aplicação da norma antitruste poderia ser afastada quando o regulador setorial tivesse poder amplo e profundo para aplicar a normas de defesa da concorrência, de modo a abarcar a tutela da competição no mercado por ele regulado. Para aprofundamento, cf. SALOMÃO FILHO, 2007, p. 240. O voto vencido da Cons. Hebe Romano no caso Finasa também trata da aplicação da *pervasive power doctrine* (AC 08012.006762/2000-09, Cons. Rel. p/ acórdão Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. 21.11.2001, fls. 136-137 dos autos Cade).

<sup>4</sup>Consta em seu voto na operação envolvendo o Banco ABN AMRO e o Mellon Bank: "*Calixto Salomão [...], estudando a efetividade do poder regulamentar, demonstra que o Banco Central não tem, em toda a sua existência, exercido a atribuição de controlar os aspectos concorrenciais da atividade bancária. Assim, com base na teoria do pervasive power, segundo a qual as competências regulatórias são construídas e não definidas, pode-se inferir que o Banco Central, efetivamente, não tem competência, nesse específico sentido, para exercer o controle concorrencial das instituições financeiras.*". AC 08012.005581/2002-19, Cons. Rel. p/

Como pergunta principal de pesquisa, propus investigar como o Cade tem construído sua competência no mercado bancário. Parti da hipótese segundo a qual, ao longo da evolução da prática decisória da autoridade, haveria de ocorrer uma construção crescente da competência do Conselho, seja por suas relações institucionais com outros órgãos da Administração e com o mercado, seja pelo incremento qualitativo na análise de mérito em suas decisões.

Fazendo uso de entrevistas com atores relevantes e de análise de julgados da autarquia (conforme detalhado no item 2), concluo que essa hipótese foi confirmada. A partir dos elementos coletados, percebo que, além de argumentos jurídicos, compõe esse debate uma crescente questão reputacional. A busca pela consolidação de competência perpassa não apenas por uma previsão legal, mas também pela demonstração de qual autoridade, de fato, exerce o controle de condutas e estruturas no mercado bancário com a devida capacidade técnica. Desse modo, procuro elucidar neste artigo como o Cade tem buscado consolidar sua competência para a tutela da concorrência entre instituições bancárias, em especial, por meio de seis mecanismos identificados.

Para além desta parte introdutória, o artigo está dividido em sete outros itens. No item 2, exponho brevemente o método de trabalho empregado. O terceiro item traça um panorama histórico da divergência entre Cade e Banco Central. Os itens 4 a 6 descrevem os achados de pesquisa em uma divisão temporal tripartida (de 2000 a 2006, de 2007 a 2011 e a partir de 2012). O argumento reputacional incorporado pelo Cade e os seis mecanismos que o embasam estão destacados no sétimo item, seguido de algumas considerações finais levantadas no item 8.

## **2. Breve nota de método**

Visando a compreender a atuação histórica do Cade, no sentido da afirmação de sua competência no mercado bancário, adotei duas óticas de observação.

Admitindo que um conflito institucional se assenta sobre a interação dinâmica entre pessoas e entre instituições, julguei pertinente realizar entrevistas com atores relevantes inseridos nesse contexto. A fim de captar os bastidores dessa relação antagônica entre Cade e

---

acórdão Ricardo Villas Bôas Cueva, Requerentes: ABN AMRO Bank N.V. e Mellon Bank N.A., j. 27.10.2004, fl. 619 dos autos CADE.

BCB, foram entrevistados Celso Fernandes Campilongo<sup>5</sup>, Fernando de Magalhães Furlan<sup>6</sup>, Vinícius Marques de Carvalho<sup>7</sup>, Marcos Paulo Veríssimo<sup>8</sup> e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo<sup>9</sup>. Os resultados dessas entrevistas, juntamente com a análise de documentos oficiais, permitiram observar a questão posta sob uma ótica que denominei "institucional".

A par da construção da competência pelo Cade no âmbito institucional, pressupus, também, que essa competência foi sendo consolidada por meio da prática decisional do próprio Conselho. Buscando conjugar os casos que tivessem o mercado relevante adstrito à atividade bancária (critério objetivo)<sup>10</sup> e aqueles envolvendo apenas instituições financeiras na posição de requerentes/representadas (critério subjetivo), encontrei 23 processos relevantes ao universo de pesquisa<sup>11</sup>.

Após a análise dos autos dos casos selecionados, parametrizei o estudo de acordo com as seguintes variáveis: (i) atuação do conselheiro relator na complementação instrutória<sup>12</sup>; (ii) entendimento do Conselho quanto à sua competência; (iii) qualidade argumentativa da análise concorrencial (definiu mercado relevante? Mensurou *market share*? Avaliou possibilidade de exercício de poder de mercado? Ponderou entre os efeitos pró e anticompetitivos da operação/condução?)<sup>13</sup>. As impressões extraídas desse recorte permitiram alcançar conclusões sob a ótica "casuística" da construção da competência, também apresentada em cada um dos três itens analíticos (4 a 6) a seguir expostos.

---

<sup>5</sup>Ex-conselheiro do CADE, relator do caso Finasa, coordenador do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP e advogado especialista em direito concorrencial.

<sup>6</sup>Ex-procurador-geral (presente na sessão de julgamento do caso Finasa) e ex-conselheiro do CADE, relator do caso **Itaú/Unibanco** (2010).

<sup>7</sup>Ex-secretário da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e atual conselheiro presidente do CADE.

<sup>8</sup>Ex-conselheiro do CADE, relator do caso do **crédito consignado** (2012).

<sup>9</sup>Procurador do CADE desde 2006, ex-procurador-chefe e atual conselheiro do CADE.

<sup>10</sup>Em que pese a dificuldade em se delimitar o conceito de "mercado bancário", recorri a três fontes de informação para compreender o que compõe o núcleo da atividade bancária: (i) no direito positivo, o art. 17 da Lei n. 4.595/64 e o art. 1º da Lei n. 7.492/86; (ii) na literatura especializada, FORTUNA (2005), MAYER *et al.* (1993) e YAZBEK (2009); (iii) a própria jurisprudência do CADE. Assim, esses foram os mercados relevantes considerados para a composição do universo de pesquisa: poupança, depósitos (à vista ou a prazo) e crédito em suas diversas modalidades (empréstimos, arrendamento mercantil, crédito direto ao consumidor, empréstimo consignado, financiamentos, cartão de crédito).

<sup>11</sup>No sítio eletrônico do CADE, na rubrica "Jurisprudência", "Consulta por partes", utilizei a ferramenta de busca do Google Chrome (Ctrl + F) e busquei pelos indexadores "banc" e "bank". Assim, encontrei 129 processos em que no pólo processual constava ao menos uma empresa com essas expressões no nome. Após a breve leitura das decisões e pareceres, excluí aquelas cujos mercados relevantes não foram definidos dentro do rol da nota anterior, resultando em 23 casos. A lista dos 22 atos de concentração e do único processo administrativo estudados encontra-se após as referências bibliográficas.

<sup>12</sup>Esse questionamento se justifica pelo fato de os órgãos instrutórios (SDE e SEAE), em regra, terem se declarado incompetentes para a instrução, não tendo apurado dados quanto ao segmento financeiro da atividade das requerentes.

<sup>13</sup>Essas e outras questões foram extraídas da Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001 (Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal), das Portarias do Ministério da Justiça n. 849/2000 e n. 04/2006, e da Portaria da SDE n. 15/2005.

Da observação de ambas as perspectivas ("institucional" e "casuística"), pode notar uma evolução temporal dividida em três períodos relativamente homogêneos quanto ao contexto institucional e quanto ao padrão decisório do Cade. Assim, os itens 4 a 6 descreverão as percepções para os períodos de 2000 a 2006, de 2007 a 2011 e de 2012 em diante, não sem antes apresentar ao leitor, em linhas gerais, a trajetória do conflito ora tratado, desde os anos 2000.

### **3. O conflito entre Cade e BCB em linhas gerais**

A controvérsia entre a autoridade antitruste e a agência reguladora tem seu marco inicial nos primeiros anos da década de 2000. Em abril de 2001, foi publicado o Parecer GM-020 da Advocacia-Geral da União (AGU)<sup>14</sup>, ratificado pelo Presidente da República, atribuindo poder exclusivo ao BCB para investigar e sancionar condutas anticompetitivas, bem como para aprovar os atos de concentração entre as instituições financeiras<sup>15</sup>.

A primeira oportunidade em que o Conselho pôde reagir ao posicionamento da AGU foi no julgamento do caso Finasa<sup>16</sup>. Na ocasião, o plenário do Cade não poderia ter sido tão enfático: no voto condutor da maioria, o Cons. Celso Campilongo afirmou a existência de competências complementares do Conselho e do Banco Central, rebatendo os argumentos trazidos no Parecer GM-020 e rechaçando a possibilidade de vinculação da autarquia antitruste aos termos do parecer, especialmente em razão da autonomia técnica e independência decisória das quais gozam o Cade<sup>17</sup>.

O conflito se intensificou e se transferiu da esfera administrativa para o campo judicial com o advento do ato de concentração envolvendo o Banco de Crédito Nacional ("caso

---

<sup>14</sup>Publicado no Diário Oficial da União em 25 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413&ID\\_SITE=>](http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413&ID_SITE=>)>. Acesso em janeiro de 2013. Por força do art. 40, *caput* e §1º, da Lei Complementar n. 70/93, quando aprovados pelo Presidente da República, os pareceres normativos da AGU passam a vincular a administração pública federal.

<sup>15</sup>Em síntese, o órgão consultivo sustentou que essa competência teria sido atribuída ao Banco Central pela Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/64), em seus arts. 10, inciso X, e 18, §2º. Vez que o referido diploma normativo fora recepcionado pela Constituição Federal na qualidade de lei complementar, no entender da AGU, não poderiam seus dispositivos ser revogados pela Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste vigente à época), por se tratar esta de lei ordinária. Ademais, o referido conflito aparente de normas poderia ser solucionado pelo critério da hierarquia, sendo a primeira lei hierarquicamente superior à segunda.

<sup>16</sup>AC 08012.006762/2000-09, Cons. Rel. p/ acórdão Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. 21.11.2001.

<sup>17</sup>Em suma, prevaleceu no CADE o entendimento segundo o qual (a) inexistiria setor da economia contemplado por isenção antitruste; (b) não haveria hierarquia ou antinomia entre a Lei n. 4.595 e a Lei n. 8.884; e (c) a competência do BCB para evitar crises sistêmicas e proteger a higidez do SFN não excluiria a tutela antitruste exercida pelo CADE, ao contrário, seriam ambas complementares.

*Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional*

BCN")<sup>18</sup>. Embora o Conselho tenha aprovado a operação, impôs às requerentes multa por intempestividade na notificação do ato. Posteriormente, houve judicialização da decisão, de modo que o caso BCN foi discutido em primeira instância<sup>19</sup>, no Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região<sup>20</sup> e no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>21</sup>, tramitando, atualmente, no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>22-23</sup>. A figura a seguir esquematiza esses e outros eventos que compõem o histórico desse conflito de competências.

*Figura 1. Linha do tempo do conflito Cade vs. BCB (2001-2013)*



Fonte: Valor Econômico, 03 de março de 2013.

<sup>18</sup>AC 08012.002381/2001-23, Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco de Crédito Nacional S.A. e Alliance Capital Management Corporation of Delaware, j. 29.05.2002.

<sup>19</sup>MS 2002.34.00.033475-0, 14ª vara federal da seção judiciária do Distrito Federal, DJ 17.07.2003.

<sup>20</sup>AMS 0033410-98.2002.4.01.3400, Rel. p/ acórdão Des. Fagundes de Deus, 5ª Turma, DOU 05.10.2007.

<sup>21</sup>REsp 1.094.218/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJe 12.04.2011.

<sup>22</sup>RE 664.189/DF, sob relatoria do Min. Dias Toffoli.

<sup>23</sup>O histórico do caso BCN será relevante para compreender a dinâmica do conflito entre CADE e BCB em sede judicial, fator que será melhor trabalhado adiante.



#### 4. Primeiro período (2000-2006)

Do ponto de vista institucional, a interação entre Cade e BCB no primeiro período foi caracterizada pela alternância entre atrito e consenso sobre a titularidade da competência para defesa da concorrência no SFN. Os agentes de mercado, a seu turno, resistiram a admitir a competência da autoridade antitruste no mercado bancário.

Já o estudo da prática decisória do Cade demonstra o enfoque dado pelo plenário à afirmação de sua competência, em detrimento da análise do mérito das operações notificadas ao Conselho, vez que foi verificada uma análise superficial quanto à delimitação de mercados relevantes, mensuração de *market share* e ponderação do poder de mercado e dos efeitos da operação.

##### 4.1. Institucional: atrito e consenso com o BCB

Ainda antes da publicação do Parecer GM-020 da AGU, já se observava uma interação entre Cade e Banco Central nos processos atinentes ao SFN. Note-se que já em maio de 1997 as autarquias firmaram Convênio de Cooperação Técnica versando sobre troca de informações no que concerne às operações notificadas<sup>24</sup>. No caso **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001)<sup>25</sup>, a autoridade antitruste oficiou o BCB para que este se manifestasse quanto ao potencial conflito de competência suscitado. O regulador setorial, em resposta, sustentou possuir competência para apreciação dos atos de concentração entre bancos, dispondo-se, no entanto, a fornecer eventuais informações necessárias à tomada de decisão pelo Cade no caso concreto<sup>26</sup>.

Com a publicação do referido Parecer, consolidou-se posição enfática no plenário no sentido da não vinculação ao entendimento da AGU e da conseqüente competência complementar entre Cade e BCB no mercado financeiro. Essa dinâmica pode ser constatada

---

<sup>24</sup>Este convênio foi citado em algumas decisões do Conselho, no entanto, não foi encontrada a íntegra do acordo.

<sup>25</sup>Embora catalogado como ato de concentração, o referido processo foi recebido pelo plenário na qualidade de consulta realizada pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM), a respeito do dever de notificar o CADE quando da ocorrência de reorganização societária no mercado de valores mobiliários.

<sup>26</sup>"A propósito, trago ao conhecimento de V.Sa. que as alterações societárias da modalidade acima em referência, verificadas em instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, encontram-se na esfera de competência deste Banco Central, por força do disposto na Lei nº 4.595/64, recepcionada pela Constituição Federal promulgada em 1988, naquilo que versa sobre matéria prevista no artigo 192 da Carta Magna, como lei complementar. Não obstante, na hipótese de esse Conselho julgar necessário, poderá esta Autarquia prestar informações adicionais a respeito do assunto, nos termos da cláusula terceira do Convênio de Cooperação Técnica firmado em 08.05.97." (fl. 170 dos autos CADE).

da leitura dos votos no caso Finasa, julgado em 2001, e do relato do Cons. Celso Campilongo, que descreveu os bastidores do julgamento em entrevista<sup>27</sup>.

A posição estabelecida pelo Cade não ficou imune às reações da diretoria do Banco Central. Embora o presidente do BCB à época, Armínio Fraga (1999-2003), fosse favorável à complementaridade das competências, os diretores da autarquia setorial se opuseram ao teor da decisão do caso Finasa. Fraga foi uma importante ponte institucional na busca pelo diálogo entre os entes administrativos e, com a sua saída, a solução consensual pareceu se distanciar<sup>28</sup>.

Com o decorrer do tempo, no entanto, a tese de complementaridade de competências foi se consolidando na alta cúpula do governo, e entre as autarquias foi se estabelecendo uma relação mais harmoniosa<sup>29</sup>. Os Ministérios da Justiça e da Fazenda e o Banco Central, em colaboração, redigiram a minuta do projeto de lei complementar que reparte as competências para apreciação de atos de concentração dos agentes do SFN entre Cade e BCB. Ademais, em uma das edições do PinCade<sup>30</sup> do início dos anos 2000, o Banco Central solicitou ao Cade que reservasse dez vagas para seus técnicos, vez que tinha por intuito formar gestores com expertise antitruste para compor a divisão concorrencial do BCB, a ser constituída.

Os agentes de mercado, a seu turno, opuseram-se à consolidação da competência do Cade. Tem-se notícia de que uma instituição financeira recuou ao não representar perante o Conselho a respeito de práticas anticompetitivas de seus concorrentes, pois desse modo estaria configurada a admissão da competência do Cade por agentes do sistema financeiro<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup>Segue trecho da entrevista: "*Quando saiu o parecer da AGU, aprovado pela Presidência da República, o [João Grandino] Rodas, que era presidente do CADE, [...] me perguntou: 'Você tem algum caso de banco lá no teu gabinete?'. Eu falei: 'Eu já olhei, não tenho nenhum. Mas já queria avisar a você e aos demais: eu não tenho nenhum, eu vou estudar esse negócio e o primeiro que aparecer, eu vou pedir vista.'* Bom, alguns dias depois veio a Conselheira Hebe Romano no meu gabinete com o caso Finasa e falou: '*Campilongo, você vai mesmo pedir vista desse negócio? Você não está convencido de que esse parecer vincula a gente?'. 'Não, eu estou convencidíssimo que esse parecer está furado. Quando eu fui conversar com o presidente, eu não conhecia esse parecer, não tinha estudado o caso. Mas a essa altura eu já estou com o caso na ponta da língua, e tenho certeza que ele não nos vincula. Minha convicção já está formada. Então, se você tiver um caso de banco, eu já te aviso que eu vou pedir vista, e se você disser que nós não somos competente, eu vou chumbar.'* [risos]".

<sup>28</sup>É o que relata em entrevista o Cons. Furlan, procurador-geral à época: "*o presidente do Banco Central era o Armínio Fraga, que foi muito receptivo, ao contrário da sua diretoria, que não queria abrir mão de nada de competência, não aceitava essa discussão. O Armínio Fraga até foi bastante aberto a ouvir as nossas opiniões, a opinião do CADE. Infelizmente, logo depois ele acabou saindo e a coisa não andou muito.*".

<sup>29</sup>Essas informações foram extraídas das entrevistas com os Cons. Celso Campilongo e Fernando Furlan.

<sup>30</sup>"*O Programa de Intercâmbio do Cade, o PinCade, é uma oportunidade para estudantes de graduação e pós-graduação de todo o país vivenciarem as atividades cotidianas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, tanto nas áreas técnicas quanto nas processuais. O objetivo do PinCade é difundir e fortalecer a cultura de defesa da concorrência, promover a cooperação científica e estimular discussões e estudos acadêmicos sobre o tema*". Disponível em: <<http://www.cade.gov.br:8081/pincade/>>. Acesso em janeiro de 2014.

<sup>31</sup>Celso Campilongo, com base em sua experiência advocatícia na área do direito da concorrência, noticia: "*[H]ouve uma época em que eu fui procurado por um grande banco que queria que eu apresentasse uma representação contra um outro grande banco, seu concorrente. [...] [A]cabou não dando em nada, eles haviam achado que era mais prudente não fazer isso, porque seria um reconhecimento da competência do CADE.*".

## 4.2. Casuística: afirmação da competência

O primeiro período de análise é composto por oito atos de concentração<sup>32</sup>. Foi constatado que o relator fez uso de seu poder instrutório em poucas ocasiões, requisitando informações genéricas das requerentes quanto à sua atuação nos segmentos bancários. Um dos poucos exemplos é a operação **Mellon/Brascan** (2002). Na ocasião, o Cons. Afonso Arinos oficiou as requerentes ordenando a listagem das agências dos bancos envolvidos e solicitando o *market share* em diversos segmentos da atividade financeira, bem como informações sobre a dinâmica dos serviços de autoatendimento e de *internet banking*<sup>33</sup>.

No que concerne ao entendimento do plenário quanto à competência da autarquia, nesse primeiro período foram delineados os argumentos mais consistentes no sentido da sua consolidação. Em regra, os conselheiros teceram considerações de cunho legal, interpretando o texto constitucional, as Leis n. 4.595/64 e 8.884/94 e o Parecer GM-020. Do mesmo modo, foi recorrente o uso da jurisprudência do próprio Cade para sustentar a competência do Conselho. Essa linha argumentativa foi expressa em cinco dos oito casos<sup>34</sup>.

Por outro lado, a análise concorrencial das operações foi notadamente superficial. A delimitação do mercado relevante, em diversos julgados, foi genérica, quando não, inexistente. Nos autos de **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), por exemplo, o Cons. João Bosco Leopoldino enquadrou a operação entre os "*serviços bancários em geral*" no âmbito "*nacional*"<sup>35</sup>. Apenas nas operações **BNY/Credibanco** (2000) e **Westdeutsche/Boullion** (2002) a delimitação do mercado foi detida a segmentos de mercado<sup>36</sup>.

Em apenas três casos foi mensurada a parcela de mercado detida pelas requerentes<sup>37</sup>. A análise da possibilidade de exercício de poder de mercado e a ponderação dos efeitos da operação, do mesmo modo, foram realizadas por afirmações genéricas e superficiais. O recurso mais empregado pelo Conselho para justificar a aprovação da operação foi a negação

---

<sup>32</sup>**BNY/Credibanco** (2000), **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), **Skandinaviska/FSB** (2001), **Westdeutsche/Boullion** (2002), **Mellon/Brascan** (2002), **American Express/SRL** (2004), **Avion** (2006) e **Société Générale/Pecúnia** (2006).

<sup>33</sup>Ofícios n. 3.180/2001 (fl. 536 dos autos CADE) e n. 3.541/2001 (fl. 546).

<sup>34</sup>**BNY/Credibanco** (2000), **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), **Westdeutsche/Boullion** (2002), **Mellon/Brascan** (2002) e **Société Générale/Pecúnia** (2006).

<sup>35</sup>Também foi abrangente a definição no caso **Mellon/Brascan** (2002): "*serviços financeiros prestados pelas requerentes a clientes brasileiros*".

<sup>36</sup>Respectivamente "*serviços de financiamento de importações e exportações [...] no território nacional*" e "*leasing de aeronaves [no mercado] mundial*".

<sup>37</sup>**Westdeutsche/Boullion** (2002), **American Express/SRL** (2004) e **Avion** (2006).

de riscos à concorrência, ante a pulverização de agentes no mercado e a forte concorrência entre eles<sup>38</sup>.

Da conjugação dos dados apresentados neste item, percebe-se que este primeiro período é caracterizado pela instabilidade nas relações entre os atores relevantes, bem como pela tentativa por parte do Cade de se afirmar como órgão de importância perante os interesses do governo central.

O plenário buscou garantir autonomia decisória ao Cade, de modo a evitar futuras ingerências políticas no espectro de competências do órgão, especialmente em um período de assentamento da atuação das agências reguladoras recém estruturadas. Essa etapa foi representativa, na medida em que o Conselho fez prevalecer a compatibilidade entre regulação setorial e tutela concorrencial.

O fato de a análise concorrencial das operações ter sido superficial pode ser explicado por fatores de diversas ordens. A análise dos processos parece apontar para a baixa complexidade dos casos notificados até 2006, fator que dispensaria uma análise mais aprofundada. Considerando, ainda, a incerteza quanto à competência do Conselho no mercado bancário, cogito que a autoridade antitruste tenha resistido à imposição de restrições às operações, a fim de mitigar o risco de ter seus julgados largamente questionados pelos agentes de mercado no âmbito do Judiciário, como ocorrido em alguns casos.

## **5. Segundo período (2007-2011)**

À distinção do primeiro período, o lapso temporal entre 2007 e 2011 se caracterizou por quatro principais elementos: (i) sob a ótica institucional, o Poder Judiciário e a ProCade tornaram-se atores de destaque na dinâmica do conflito entre Cade e BCB; (ii) houve significativo robustecimento na atuação instrutória do conselheiro relator; (iii) a delimitação de mercado relevante pelo plenário do Conselho foi muito mais detalhada, tendo inclusive trabalhado com questões metodológicas; e (iv) foi observada uma apreciação mais criteriosa do impacto concorrencial da operação, vez que o Cade, em regra, ponderou *market share* das requerentes, probabilidade de poder de mercado e efeitos das operações notificadas.

---

<sup>38</sup>Esse padrão de argumentos foi verificado nos casos **BNY/Credibanco** (2000), **American Express/SRL** (2004) e **Avion** (2006).

## 5.1. Institucional: destaque da PROCade e do judiciário

Pelas informações coletadas nas entrevistas realizadas, existem evidências de que a aproximação entre as autoridades foi crescente na transição do primeiro para o segundo período. O Cons. Fernando Furlan apontou maior contato entre os diretores do Banco Central e os conselheiros do Cade, especialmente durante a presidência da Cons. Elizabeth Farina (2004-2008). Cogitou-se, nessa época, a realização de um manual conjunto sobre análise de operações bancárias, e a equipe do BCB mostrou-se interessada na experiência do Cade no controle de condutas e na realização de acordos substitutivos de sanção.

O litígio oriundo da imposição de multa no caso BCN gradualmente alcançou instâncias mais elevadas do Poder Judiciário e, nesse momento, passou a ser imprescindível a consideração do fator judicial no atrito entre Cade e Banco Central. A decisão do TRF da 1ª Região em favor do Conselho, publicada em 05 de outubro de 2007, representou um marco na assunção da competência pela autoridade antitruste, constituindo mais um argumento em contraposição ao conteúdo do parecer da AGU<sup>39</sup>.

Com a interposição de recurso especial por parte do BCN, o foro para essa discussão foi transferido para o STJ. Nesse contexto, o alinhamento entre o Cade e o Banco Central foi representativo a ponto de terem as autarquias protocolado, em dezembro de 2008, um acordo intra-administrativo nos autos do REsp 1.094.218/DF<sup>40</sup>. No documento, foi consignado que, para a análise dos atos de concentração, haveria complementaridade de competências e, para a apreciação das condutas no SFN, o Cade seria o agente competente com exclusividade.

Tendo o STJ decidido em favor da competência exclusiva do BCB<sup>41</sup>, verificou-se uma alteração na postura da diretoria da agência reguladora, não mais em acordo com a tese da complementaridade, mas em favor da competência exclusiva do Banco Central para condutas e estruturas de mercado. O Cons. Vinícius de Carvalho<sup>42</sup> e o Cons. Gilvandro de Araújo<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup>Ilustra esse novo cenário o fato de o acórdão do TRF ter sido citado em seis acórdãos do Conselho deste segundo período, na qualidade de argumento de autoridade: **BNP/BGN** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010) e **BMG/GE** (2011).

<sup>40</sup>A petição está disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/00000001.pdf>>, acessível pelo site do CADE, na rubrica "Acesso à informação", "Acordos e convênios". Acesso em março de 2013.

<sup>41</sup>Em que pese a aparente prevalência da tese da competência exclusiva do Banco Central, nesse ponto, o acórdão resultou em empate de votos.

<sup>42</sup>Afirmou o conselheiro em entrevista: "*Para mim, o que aconteceu foi que eles fizeram um acordo em torno da redação do projeto de lei, porque tinham receio do que poderia ser a decisão do STJ. Quando viram que a decisão do STJ teria sido favorável ao Bradesco, recuaram.*".

<sup>43</sup>São as palavras de Gilvandro Araújo em entrevista: "*Eles [os diretores do Banco Central] mudaram de opinião. O Banco Central, inclusive, trabalhou, lá atrás, em um projeto de lei de Antonio Carlos Magalhães-pai que tinha um apoio do Banco Central e do CADE de resolução desse imbróglcio com o disciplinamento de competências complementares [...] Só que, em idos de 2010 ou 2011, o Banco Central mudou de ideia.*".

acreditam que esse retrocesso na busca pelo consenso teria advindo justamente da vitória do Bradesco e do BCN no STJ.

Outro ator de destaque neste segundo período foi a ProCade. A Procuradoria se diferenciou entre os órgãos instrutórios e agregou aos autos dos atos de concentração elementos externos, principalmente a respeito da dinâmica judicial do conflito. A cúpula da AGU passou a outorgar maior autonomia aos procuradores do Cade, de modo a permitir que realizassem a defesa, em juízo e na esfera administrativa, da tese da complementaridade de competências adotada pelo Conselho<sup>44</sup>. Em diversas ocasiões, a ProCade alertou o plenário da existência do Parecer GM-020 e da controvérsia travada com o Banco Central<sup>45</sup>. Os procuradores se destacaram, também, por buscar uma interação entre as autoridades, tendo recomendado aos conselheiros relatores a requisição da manifestação do BCB nos atos de concentração submetidos, visando à complementação da instrução. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso **BB/BEP** (2009)<sup>46</sup>.

## **5.2. Casuística: construção metodológica e aprofundamento do mérito**

O segundo período desse estudo é composto por treze atos de concentração<sup>47</sup>. Nesses julgados, restou superado o debate sobre a competência e houve aprofundamento da discussão do mérito das operações, em um movimento marcado por expressivo incremento qualitativo dos argumentos utilizados pelos conselheiros.

Em primeiro lugar, importante apontar que atividade instrutória do conselheiro relator foi substancial. Em complemento às informações apresentadas pelas requerentes na notificação dos atos, o relator buscou colher informações detalhadas sobre as atividades das partes, a segmentação de mercado, sua relação com consumidores, sua estratégia comercial, entre outros fatores. Foram enviados ofícios requerendo informações não apenas às partes,

---

<sup>44</sup> Gilvandro Araújo, procurador no CADE desde 2006, ressalta a posição da AGU quanto à autonomia do CADE para recorrer das decisões judiciais quando contrárias à tese da autarquia: "[A] AGU se preocupa em que esse parecer normativo [GM-020] não gere uma absoluta impossibilidade de o CADE exercer seu direito de recorrer. [...] Seria um respaldo para que, não obstante a existência do parecer normativo, o CADE possa continuar exercendo seu direito legítimo de recorrer."

<sup>45</sup> Segue trecho da entrevista com Gilvandro Araújo: "O que a gente [da procuradoria] costuma sempre fazer é ressaltar a existência do parecer normativo, para que sempre o Conselho possa saber da sua existência e emitir o seu juízo. Isso eu acho que é um dever do procurador."

<sup>46</sup> Consta no parecer: "Recomenda-se ainda o encaminhamento de ofício ao Banco Central para que, havendo interesse, se manifeste sobre a operação, de modo a auxiliar a instrução do presente feito." (fl. 306 dos autos CADE).

<sup>47</sup> São eles: **BNP/BGN** (2007), **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **HSBC/Korea Exchange Bank** (2008), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **BB/BESC** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

mas também às suas concorrentes e ao Banco Central<sup>48</sup>. O processo em que esse detalhamento ficou mais evidente foi na operação **Itaú/Unibanco** (2010)<sup>49-50</sup>.

Em todos os treze casos, o Cade entendeu-se competente para processar e julgar as operações, implícita ou explicitamente. Nesse segundo período, ao contrário do primeiro, o debate sobre a competência não deu lugar a argumentações alongadas e desenvolvidas, tendo sido a preliminar de incompetência resolvida em poucos parágrafos nos votos quando enfrentada explicitamente.

No que concerne à definição de mercado relevante, foi a partir de 2007 que o plenário passou a discutir metodologia de segmentação de mercados<sup>51</sup>. Recorrendo à prática decisória internacional e a modelos econômicos, os conselheiros contrapuseram três métodos: segmentação por produto, consideração de todos os produtos como um único mercado e segmentação por *clusters*<sup>52</sup>. Na delimitação material do mercado relevante, o plenário levou em consideração critérios como substituíbilidade de produtos, regulação setorial, barreiras à entrada, estruturas da oferta e da demanda, bem como buscou parâmetros em decisões de autoridades estrangeiras e na literatura especializada<sup>53</sup>. Também quanto à dimensão geográfica, instaurou-se uma discussão quanto às alternativas de abrangência territorial nacional e municipal<sup>54</sup>.

A mensuração do *market share* das instituições financeiras foi também muito minuciosa no segundo período. O Conselho se fundou em uma combinação de informações prestadas pelas requerentes com outras extraídas de documentos oficiais do BCB nos casos

---

<sup>48</sup>Cenário verificado nos casos **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010) e **BMG/GE** (2011).

<sup>49</sup>O Cons. Furlan solicitou lista de agências das requerentes, todos os documentos enviados quando da notificação da operação ao BCB, esclarecimentos sobre algumas atividades arroladas no anexo I, lista das parcerias comerciais para algumas modalidades de crédito, participação das requerentes nos mercados segmentados, entre outras informações. Cf. ofícios n. 188/2010 (fl. 536 dos autos CADE), n. 361/2010 (fls. 553-554), n. 644/2010 (fls. 586-587), n. 1440/2010 (fl. 771-772) e 1928/2010 (fls. 784-785).

<sup>50</sup>Também foi relevante a atuação dos relatores nos casos **BNP/BGN** (2007), **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>51</sup>Uma exposição aprofundada a respeito de metodologia de definição de mercado relevante foi realizada nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/Nossa Caixa** (2010) e **Itaú/Unibanco** (2010).

<sup>52</sup>Cabe observar que o Cons. Furlan, no caso **Itaú/Unibanco** (2010), acolheu como método uma variante da segmentação por *clusters*, realizando agrupamentos de produtos substitutos por semelhança.

<sup>53</sup>Houve segmentação específica por produtos em dez casos: **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>54</sup>Em regra, o CADE adotou o recorte nacional, considerando especialmente a difusão de agências e de meios eletrônicos para realização de operações e o fato de as estratégias comerciais serem definidas em âmbito nacional. Ainda que tenha preponderado essa abordagem, o CADE adotou posição cautelosa ao analisar subsidiariamente os mercados locais nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/Votorantim** (2010) e **BMG/GE** (2011). Excetuaram a regra os casos **BB/BEP** (2009) e **BB/Nossa Caixa** (2010), nos quais o plenário apreciou o ato à luz do recorte municipal (e regional, no primeiro caso).

**BMG/Schahin** (2011) e **BMG/GE** (2011), sendo que, neste último acórdão, contribuíram para a formação da convicção da autoridade as informações prestadas por concorrentes das empresas notificantes. Além dessas medidas, outros acórdãos evidenciaram também a participação de mercado a partir do número de agências bancárias por município em que foi verificada sobreposição horizontal entre as empresas, como nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010) e **Caixa/Panamericano** (2010).

Por fim, quanto à análise do poder de mercado e dos efeitos pró e anticompetitivos das operações, o plenário, de modo geral, aplicou a presunção de detenção de posição dominante para os agentes que passassem a deter 20% do mercado relevante<sup>55-56</sup>, consoante a regra do §3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94. Nos casos em que o *market share* pós-operação superou esse patamar, os conselheiros deram continuidade à apreciação concorrencial do ato. As eficiências da operação, fase de análise até então negligenciada, foram evidenciadas no ato **BMG/GE** (2011)<sup>57</sup>.

Cumprido destacar que neste segundo período foi firmado o primeiro termo de compromisso de desempenho (TCD) pelo Cade em uma operação adstrita ao mercado bancário. No caso **BB/Nossa Caixa** (2010), o Banco do Brasil aceitou adotar medidas comportamentais, visando à implementação de normas regulatórias do BCB, no intuito de reduzir a assimetria de informações entre os bancos e seus clientes.

Observa-se, da análise do exposto neste quarto item, que entre 2007 e 2011 o foro de discussão a respeito da competência para tutela antitruste no sistema financeiro foi estendido para além da esfera administrativa, alcançando altas instâncias do Poder Judiciário. Imprescindível, a partir de então, olhar não apenas para a jurisprudência do Conselho, mas também para a reação dos tribunais em relação ao conflito entre Cade e BCB.

Neste período, o Banco Central parece ter saído institucionalmente fortalecido, em virtude da decisão do STJ a seu favor. Por outro lado, o Cade compreendeu o potencial impacto positivo, em face dos agentes de mercado e dos demais atores governamentais, de decisões melhor embasadas tecnicamente, o que vem a favorecer a consolidação da tese da complementaridade de competências.

---

<sup>55</sup>No caso **BB/Nossa Caixa** (2010), o Cons. César Mattos elevou esse limite de presunção a 40%, considerando que, embora o crédito ao pequeno consumidor fosse concedido pelas agências (âmbito local), o estoque de capital, as estratégias comerciais e a robustez da instituição financeira seriam aferíveis a nível nacional, onde as empresas de fato concorreriam, tendo à disposição vultosos recursos.

<sup>56</sup>A partir dos dados de *market share*, o CADE empregou o Índice Herfindhal-Hirschman (IHH) nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>57</sup>Cf. trecho do voto do Cons. Ricardo Ruiz, no qual destaca quatro tipos de eficiências, na fl. 820 dos autos CADE.



Em que pese este conflito institucional ter transcorrido por cerca de uma década, à essa época, o Conselho já buscava se "aparelhar" tecnicamente para construir uma reputação que lhe permitisse fazer frente e impor medidas interventivas a eventual operação ou conduta restritiva ao ambiente concorrencial.

## 6. Terceiro período (2012-)

Dois fatores impulsionaram-me a discorrer sobre este terceiro lapso temporal em apartado, composto por apenas dois casos. Primeiramente, houve a aprovação do primeiro ato de concentração sob a égide da Lei n. 12.529/2011, a qual trouxe nova configuração institucional ao SBDC, muito pertinente a esse estudo. Do mesmo modo, foi realizado o julgamento do primeiro processo administrativo contra instituição bancária, inaugurando a prática decisória do Cade em relação às condutas anticompetitivas no SFN.

### 6.1. Institucional: explicitação do conflito no STF

Com a subida dos autos do caso BCN ao STF, o consenso intra-administrativo tornou-se inviável. O BCB ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae* e requereu a extinção do processo, na clara intenção de fazer prevalecer o acórdão do STJ, supostamente a seu favor. Assim, pela primeira vez Cade e Banco Central estiveram formalmente de lados opostos em uma lide e, nesse momento, a oposição entre as autarquias adquiriu contornos explícitos<sup>58</sup>.

Já sob a ótica da relação entre o Cade e o mercado, ainda em 2012 foi levantado pelas instituições financeiras o argumento da incompetência do Conselho, na tentativa de frustrar a apreciação do ato de concentração submetido. Apesar de terem notificado sua operação, Itaú Unibanco e BMG justificaram a submissão do ato de concentração por um mero "*espírito de cooperação*" com o Cade, vez que entendiam ser o órgão incompetente para apreciar seu negócio (**Itaú Unibanco/BMG**, 2012, fl. 02 dos autos).

Por outro lado, no processamento da primeira conduta no SFN, o caso do **crédito consignado** (2012), verificou-se uma relação triangular entre o Cade, o Banco Central e o

---

<sup>58</sup>É o que também entende o Cons. Vinicius de Carvalho: "*O conflito só se formalizou em termos reais entre CADE e BACEN depois que o BACEN pediu autorização ao Supremo para entrar como amicus curiae no processo envolvendo CADE o Bradesco, que está no STF. Foi nesse contencioso judicial que apareceu pela primeira vez o CADE e o BACEN de lados opostos.*". Assim, para o Cons. Vinicius, "*ficou inviável [uma solução interna corporis] porque não tem acordo. O BACEN só topa um acordo em que só ele tenha a competência.*".

mercado, a qual só veio a reforçar a competência do Conselho. Em ofício<sup>59</sup>, a autoridade setorial apontou que sequer possuía respaldo normativo para proceder pela análise de condutas anticompetitivas<sup>60</sup>. Inesperadamente e pela primeira vez de modo expresse, os agentes do BCB apontaram para a inexistência de base legal para que procedessem a investigação da conduta objeto dessa representação. No entender do Procurador-Chefe Gilvandro<sup>61</sup> e do Cons. Vinícius<sup>62</sup>, isso sinalizou o reconhecimento parte do BCB de sua incompetência, fato que teria ratificado a competência do Cade para investigar a conduta em apreço.

## **6.2. Casuística: continuando o incremento qualitativo das decisões**

Os casos que compõem o terceiro período apontam para o incremento qualitativo decisório, em continuidade ao que fora construído pelo Cade nos períodos anteriores.

A atividade instrutória do relator foi desnecessária no caso **Itaú Unibanco/BMG** (2012), vez que a Superintendência-Geral adotou o rito simplificado de julgamento, tendo aprovado a operação por despacho. Já no caso do **crédito consignado** (2012), o relator comunicou ao BCB o conteúdo dos autos para que se manifestasse sobre a conduta investigada e a aguardou a juntada dos documentos protocolados pela representante.

Quanto à arguição da competência do Cade, o despacho instaurador e o acórdão do processo administrativo contra o Banco do Brasil possuem forte fundamentação do Cons. Marcos Paulo Veríssimo, no sentido do cabimento da tutela antitruste do Cade para investigar e punir condutas anticompetitivas no SFN, bem como para firmar acordos com as instituições bancárias<sup>63</sup>. Já o Superintendente-Geral, decidindo a operação **Itaú Unibanco/BMG** (2012), julgou ser desnecessária a reafirmação expressa da competência do Conselho.

---

<sup>59</sup>Nos autos da representação proposta pela FESEMPRE no BCB, a representante pugnou pela adoção de um rito complementar de análise da conduta, juntamente com o CADE. O ofício que lhe fora enviado pelo BCB foi juntado pela FESEMPRE aos autos que tramitaram no CADE.

<sup>60</sup>Consta da comunicação do BCB: "A propósito do assunto, informa a Vossa Senhoria que a ausência de regulamentação da matéria, no âmbito do sistema financeiro nacional, impede que as condutas sejam analisadas com vistas a eventual instauração de processo administrativo punitivo contra a instituição financeira representada" (fl. 970 dos autos CADE).

<sup>61</sup>"O Conselheiro Vinícius disse [nos autos]: "Banco Central, você quer se manifestar?". Aí o Banco Central soltou a seguinte manifestação: "Não, porque eu não tenho competência.". Não tem competência? Então, a gente [do CADE] tem que analisar isso aqui."

<sup>62</sup>"Há um parecer do BACEN nesse caso dizendo que eles não têm competência no setor. [...] E eu mandei [um ofício] para o BACEN se pronunciar sobre isso, avaliando que talvez eles desejassem fazer a instrução e mandar para o CADE para a gente julgar. Mas aí eles deram parecer falando que não, que não tinham condição."

<sup>63</sup>Em resumo, foram esses os argumentos do relator: (a) a Constituição Federal não faz ressalva ao setor financeiro quanto à livre concorrência (art. 170) e não atribuiu à lei complementar o papel de regular a

Em ambos os processos, o Cade realizou acurada delimitação do mercado relevante. No despacho instaurador do caso do **crédito consignado** (2012), o Cons. Marcos Paulo fez uso de dados constantes no Relatório de Economia Bancária e Crédito do BCB de 2009 e das informações fornecidas pelo representante para concluir pela ausência de substituíbilidade entre as demais modalidades creditícias e o crédito consignado, sendo este o mercado relevante da conduta investigada<sup>64</sup>.

Já no ato de concentração, após ter explanado as metodologias de segmentação de mercado relevante já acolhidas na jurisprudência do Cade, o Superintendente Carlos Ragazzo adotou o recorte por *cluster* de produtos. Embora tenha verificado sobreposição horizontal em quase todos os produtos financeiros ofertados pelas requerentes, Ragazzo restringiu o mercado relevante à atividade principal da *joint venture* a ser constituída, qual seja, a oferta de crédito consignado. Na dimensão geográfica, o Superintendente desenvolveu argumentos já trazidos em casos anteriores para concluir pelo recorte nacional.

Foi no despacho da Superintendência no caso **Itaú Unibanco/BMG** (2012) em que se verificou a análise concorrencial mais completa. Note-se que foram realizadas ponderações sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado pelo Índice Herfindhal-Hirschman (IHH) e pela razão de concentração (Cn), adotando parâmetros tanto do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) quanto da Comissão Europeia<sup>65</sup>. Para os mercados em que essa análise numérica gerou desconfiança, a Superintendência encontrou efeitos pró-competitivos, taxativamente apontados, que justificaram a aprovação do ato de concentração. Também houve mensuração do *market share* no despacho instaurador do caso de **crédito consignado** (2012). Diversos elementos levantados pelo Cons. Marcos Paulo confluíram para seu convencimento sobre a representatividade do Banco do Brasil no mercado do consignado.

Por fim, para este último período, importante ressaltar que o caso do **crédito consignado** (2012) deu origem ao primeiro acordo celebrado entre a autoridade e um agente de mercado, no campo das condutas anticompetitivas. Visando a fazer cessar os efeitos dos

---

competência para tutela de condutas no setor bancário (art. 173); (b) não há antinomia entre as Leis n. 4.595 e n. 8.884. A primeira estabelece a regulação prudencial e a segunda, concorrencial; (c) há convivência da Lei n. 4.595 com outros ordenamentos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, como já decidiu o STF; (d) o art. 18, §2º, da Lei n. 4.595 teria sido revogado pelo art. 25, ADCT, tendo este vedado a competência normativa do Poder Executivo não estabelecida na Constituição; (e) a capacidade normativa, se atribuída ao Banco Central, deve obedecer aos limites da legalidade, sendo que, nesse contexto, prevalece a Lei n. 8.884, por ser posterior à Lei n. 4.595; (f) na tutela de condutas, o relator não vislumbrou justificativa de risco sistêmico que afastasse a competência do CADE para fazer cessar os efeitos dos contratos de exclusividade em questão; (g) o BACEN já teria demonstrado nos autos não dispor de quadro normativo suficiente para a tutela de condutas. Se fosse excluída a competência do CADE, haveria licença no setor para as práticas anticompetitivas.

<sup>64</sup>A dimensão geográfica foi implicitamente definida como nacional, tendo em vista os dados considerados pelo relator.

<sup>65</sup>Cf. fls. 134 e seguintes dos autos CADE.

contratos de exclusividade firmados pelo Banco do Brasil para oferta de crédito consignado e a impedir a celebração de novos acordos com esse objeto, o Cade assinou o termo de compromisso de cessação de conduta (TCC) com o representado, estipulando, ainda, a maior contribuição da história do Conselho em condutas unilaterais (próximo a R\$100 milhões).

Considerando o exposto neste item, apesar de se tratar apenas de uma tendência (ante o julgamento de apenas dois casos), noto ser possível afirmar que a partir de 2012 o Cade deu um salto qualitativo da prestação da tutela concorrencial. Tendo a reforma legal de 2011 trazido para dentro do órgão a atividade instrutória desde o início, os atos de concentração parecem ter sido solucionados com maior celeridade e qualidade, em virtude do melhor aparelhamento pessoal e técnico do Conselho.

No campo das condutas, por outro lado, resta a dúvida sobre se o órgão antitruste terá expertise e pessoal suficientes para incrementar o *enforcement* no mercado bancário de ofício, ou se ainda dependerá da representação dos agentes de mercado prejudicados pelas práticas anticompetitivas das instituições financeiras.

De todo modo, é indubitável que a tutela do Cade sobre o SFN, após uma década e meia de incerteza, se faz presente, como já demonstra o TCC firmado com o Banco do Brasil.

## **7. Reputação e seis mecanismos de consolidação de competência.**

Considerando todos os dados levantados no estudo jurisprudencial e na análise da percepção dos atores relevantes para esse conflito, foi possível apreender a importância recente da questão reputacional no contexto de consolidação de competências no campo da regulação econômica.

O Conselho buscou reforçar sua competência não apenas por uma interpretação jurídica. Na transição do segundo para o terceiro período, e neste último em especial, os membros da autoridade antitruste reforçaram que a competência não se estabelece apenas por determinação legal. É preciso que o órgão administrativo exerça sua função com rigor técnico e qualidade, sem que isso implique demora no oferecimento de resposta ao administrado e aos demais agentes de mercado.

No intuito de compreender como a reputação passou a ser um fator substancial nesse contexto, identifiquei seis mecanismos por meio dos quais o Conselho corroborou sua qualidade técnica e articulou a consolidação de sua competência.

(i) **sustentação expressa e bem fundamentada da competência nos processos julgados.** Especialmente no primeiro período (2000-2006), foram decantando na memória institucional do Cade os argumentos mais consistentes, que rebateram a posição da AGU e da diretoria do BCB. No caso do **crédito consignado** (2012), esse debate foi retomado para reafirmar a competência do Conselho no campo das infrações comportamentais à concorrência. Essa fundamentação contribuiu para dar legitimidade às decisões e para assinalar ao mercado e aos demais agentes a posição da autarquia antitruste.

(ii) **realização de diligências instrutórias direcionadas e detalhadas.** A partir de 2007, o conselheiro relator de cada ato de concentração apreciado exerceu importante papel na complementação à instrução. Esse fenômeno abriu campo para que o Conselho, quando reunido para julgamento, tivesse à sua disposição elementos suficientes para empregar uma análise bem embasada. Ademais, no exercício da função instrutória, o envio de ofícios aos concorrentes dos notificantes e ao Banco Central é mais um sinalizador da posição ativa do Cade na tutela da concorrência no setor financeiro.

(iii) **emprego de análise concorrencial com qualidade e celeridade.** Como decorrência do mecanismo anterior, foi possível ao plenário proferir decisões de mérito mais aprofundadas. Nos julgados mais recentes, verificou-se um representativo debate metodológico sobre segmentação de mercados relevantes. Operada a devida delimitação de mercado, foram realizadas ponderações substanciais sobre exercício de poder de mercado e impacto concorrencial das operações sobre o ambiente competitivo do SFN e sobre os consumidores.

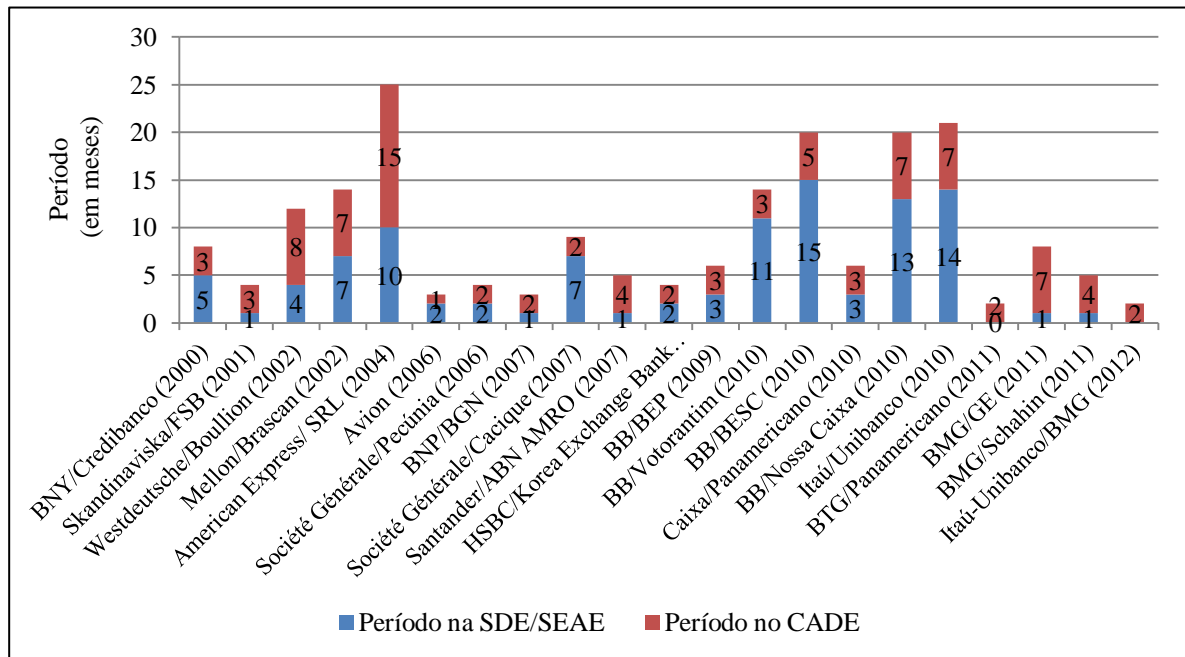
O fator qualitativo não pode estar desvinculado do fator celeridade, pois uma decisão de qualidade não teria o efeito desejado se estivesse em descompasso com a necessidade de rapidez na conclusão das operações societárias. Se essa constatação tinha menor importância na sistemática da Lei n. 8.884/1994, quando as concentrações eram apresentadas *a posteriori*, com a instituição pela Lei n. 12.529/2011 do sistema de notificação prévia, o tempo de análise das operações pelo Cade tornou-se um fator de sobremaneira relevante.

Excetuados alguns casos em que se observa um longo período de tramitação dos autos na SDE e na SEAE<sup>66</sup>, o gráfico abaixo ilustra em retrospectiva que, em regra, o Conselho tem decidido os atos de concentração em tempo inferior a 330 dias, tempo máximo de tramitação previsto na atual legislação antitruste.

---

<sup>66</sup>Especialmente se considerarmos que a atividade instrutória empregada por esses órgãos pouco agregou na formação do convencimento do plenário.

Gráfico 1. Evolução do tempo de análise dos atos de concentração<sup>67</sup>



Fonte: elaboração própria, com dados extraídos do site do Cade.

Este terceiro mecanismo talvez represente a face mais visível do argumento reputacional.

(iv) **atuação da Procuradoria, administrativa e judicialmente.** A ProCade tem exercido papel central como órgão auxiliar na construção de competência pelo Cade. Nos processos analisados pelo Conselho, conferiu respaldo jurídico à atividade instrutória do relator e buscou uma interação entre o Cade e o BCB. Já na esfera judicial, a Procuradoria exerceu seu dever funcional de defesa da autarquia, levando ao Judiciário a tese da complementaridade de competências. Nesse ínterim, obteve vitórias representativas, como a decisão do TRF da 1ª Região no caso BCN. Os pareceres administrativos da ProCade, em regra, visaram a informar o plenário quanto à situação judicial do conflito e, com base nisso, os conselheiros tiveram à sua disposição mais elementos em relação ao contexto jurídico-institucional.

(v) **interação institucional com o Banco Central, na busca pelo consenso.** O Cade demonstrou, em sua trajetória histórica, estar disposto ao diálogo com a diretoria do Banco Central, bem como com a cúpula da AGU. Isso externaliza aos demais atores a vocação do

<sup>67</sup>Foi excluído da representação gráfica o caso **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro (2001)**, por ter sido recepcionado pelo plenário no *status* de Consulta formulada pela CVM. A sua inclusão geraria distorção nas dimensões apresentadas, vez que entre o seu protocolo no CADE e o seu julgamento transcorreram 65 meses (de 10 de outubro de 1995 a 07 de março de 2001).

Cade para a tutela da concorrência no mercado bancário e que a regulação setorial não exclui a atuação do órgão antitruste. Em grande medida, esse fator parece justificar os termos dos projetos de lei que tramitam no Legislativo sobre essa matéria até os dias de hoje.

(iv) **interação positiva com o mercado.** Em regra, nos casos apreciados, o Cade reafirmou sua competência e sinalizou ao mercado o dever de notificação das operações entre instituições bancárias, seja em relação aos segmentos não financeiros (ex. emissão de cartão de crédito), como no que diz respeito aos segmentos financeiros (ex. depósitos, poupança e crédito). Para além da submissão voluntária por parte dos agentes de seus atos de concentração, cumpre ressaltar o efeito propagador dos meios negociais de cumprimento de decisões firmados pelo Cade. O TCC e o TCD estabelecidos com o Banco do Brasil podem vir a ser interpretados como um passo importante na admissão da competência do Cade por parte das instituições financeiras<sup>68</sup>.

## 8. Considerações finais

Existe um efeito social da atividade desempenhada pelo Cade, que impacta de modo positivo sobre o mercado e sobre os demais agentes estatais, por força do incremento qualitativo de sua prática decisória. Como consequência, tem-se um reforço na legitimidade e na competência do órgão antitruste para tutela da concorrência no mercado bancário.

A esse fenômeno, atribuí o nome de "argumento reputacional". A chancela concedida pelo Conselho às operações por ele aprovadas constrói o substrato da sua reputação, na medida em que sua análise é empregada com qualidade e celeridade<sup>69</sup>. Essa noção fica muito clara no relato concedido por Gilvandro Araújo em entrevista:

*"A gente vê cada vez mais os atos de concentração serem submetidos ao Cade. Eu acho que a própria credibilidade da operação tem outra envergadura se ela tem o crivo de uma análise concorrencial. Eu acho que esse é um aspecto muito importante, principalmente quando você tem*

---

<sup>68</sup>O Cons. Marcos Paulo afirmou em entrevista: "*Outra evolução foi que os bancos, apesar desse cenário incerto, têm de uma maneira geral reconhecido a competência do CADE, tanto em AC [atos de concentração] como em conduta. Em AC, tivemos a submissão de vários casos, o próprio Banco do Brasil chegou a fazer um acordo em ato de concentração. Em conduta tivemos esse caso do Banco do Brasil [...], foi o maior recolhimento de contribuição em conduta unilateral [...] e foi no setor de banco.*"

<sup>69</sup>Esse também é o entendimento do Cons. Vinícius de Carvalho: "*O que eu acho é que, de certo modo, a forma como o CADE tem lidado com o tema ao longo dos últimos anos tem mostrado que é um órgão que preserva sua autonomia técnica, funcional e que analisa os casos com rigor, sempre dentro de um padrão razoável.*"

*amarras que não são amarras única e exclusivamente legais, são reputacionais."*

Como se nota, cada vez mais o enfoque dos membros da autoridade é agregar maior grau de legitimidade às suas decisões, por meio do incremento técnico-qualitativo<sup>70</sup>. Assim, a performance do Cade teria como melhor medida a percepção dos agentes de mercado, denominados por Gilvandro Araújo como os "*clientes do Cade*"<sup>71</sup>.

Em suma, neste artigo objetivei reconstruir a trajetória de construção de competências por parte do Cade, seja sob uma ótica interna, por meio de sua própria jurisprudência, seja sob uma ótica externa, travando forças com outros atores. Dessa dinâmica, foi possível traçar seis principais mecanismos pelos quais o Conselho tem se colocado como agente atuante na tutela concorrencial no mercado bancário, mesmo ante o ambiente de incerteza institucional.

De todo modo, creio que a decisão do STF que está por vir nos autos do RE 664.189/DF não irá colocar um ponto final no conflito ora tratado. Assim infiro porque, ainda que paralisados, existem projetos de lei que se propõem a disciplinar a distribuição de competências entre os órgãos e que podem ser aprovados futuramente.

Ademais, retomando a premissa teórica do *pervasive power doctrine*, as competências regulatórias não são definidas estaticamente, senão por meio do seu exercício. E, como visto, o Cade tem lançado mão dos instrumentos que tem à sua disposição para se apresentar ao mercado como agente tecnicamente capaz de exercer sua missão também no mercado financeiro.

---

<sup>70</sup>O Cons. Marcos Paulo destaca essa evolução qualitativa, reconhecida também internacionalmente: "*Se aprendeu muito ao longo desses anos. O staff se desenvolveu, a competência se consolidou, as análises se tornaram mais profundas, no âmbito internacional o CADE recebeu um reconhecimento importante, acabou de estar no ranking da Global Competition Review entre as dez melhores agências antitruste do mundo, em 2013.[...] Hoje, há um consenso de que o CADE faz um trabalho substantivo e de qualidade muito boa. Acho que isso ajuda a construir uma reputação.*"

<sup>71</sup>Na entrevista, o Procurador-Chefe Gilvandro reforça que o melhor termômetro da qualidade das decisões são os administrados submetidos às suas decisões: "*Quer dizer, você vê que o CADE também tem se aprimorado ano a mais ano em análise do sistema financeiro. Existe essa preocupação de que a análise tem que ser sempre técnica. [...] Eu costumo dizer que quem melhor avalia o CADE não é o CADE, são os clientes do CADE. Então, a gente vai consultar o sistema financeiro. [...] A análise do CADE é boa? É técnica? É rápida? Esse que eu acho que é o melhor julgamento que a gente tem que fazer.*" O Cons. Marcos Paulo ressalta que esse reconhecimento é resultado de décadas de trabalho e incremento qualitativo na atuação do Conselho: "*De uma maneira geral, as empresas do setor privado prestam mais atenção no CADE hoje do que prestavam há dez anos, e isso é fruto de trinta anos de trabalho. Porque há dez anos trabalhando intensamente, foi construindo uma percepção de que o tema concorrência é um tema importante em vários mercados, no financeiro também.*"



## 9. Referências bibliográficas

FORTUNA, Eduardo (2005). *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 16ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora.

MAYER, Thomas; DUESENBERY James S.; ALIBER, Robert Z. (1993). *Moeda, bancos e a economia*. tradução da 4ª edição americana. Rio de Janeiro: Editora Campus.

SALOMÃO FILHO, Calixto (2007). *Direito concorrencial - as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

VALOR ECONÔMICO (2013). *BC pede ao STF fim da ação do Cade sobre fusão bancária*. Finanças, C9, 03 de março de 2013.

YAZBEK, Otávio (2009). *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2ª Ed. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier.

## Casos estudados

Ato de Concentração 08012.000765/2000-41, Cons. Rel. Diogo Thompson Almeida Andrade, Requerentes: BNY International Financing Corporation, Banco Credibanco S/A e outras, j. 04.10.2000

Ato de Concentração 87/1996, Cons. Rel. João Leopoldino da Fonseca, Requerentes: Americas Finance Company Limited e Banco Francês e Brasileiro S/A, j. 07.03.2001

Ato de Concentração 08012.003923/2001-85, Cons. Rel. Diogo Thompson Almeida Andrade, Requerentes: Skandinaviska Enskilda Banken AB e Föreningssparbanken AB, j. 24.10.2001

Ato de Concentração 08012.000239/2001-41, Cons. Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Requerentes: Westdeutsche Landesbank Girozentrale / Deutsche Bank Aktiengesellschaft, j. 09.01.2002

Ato de Concentração 08012.006482/2000-92, Cons. Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Requerentes: Mellon International Investment Corporation e Banco Brascan S/A, j. 30.01.2002

Ato de Concentração 08012.003785/2002-15, Cons. Rel. Clevelando Prates Teixeira, Requerentes: American Express Bank Ltd. e SRL Empreendimentos Ltda., j. 02.06.2004

Ato de Concentração 08012.001843/2006-08, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: DVB Bank AG, Airbus Financial Services e outros, j. 06.07.2006

Ato de Concentração 08012.002454/2006-91, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: Société Générale, Banco Pecúnia S.A. e Tecnicrédito SGPS, j. 16.08.2006

Ato de Concentração 08012.010609/2007-44, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: BNP Paribas S/A e BGN Participações S/A, j. 07.11.2007

Ato de Concentração 08012.002025/2007-03, Cons. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Requerentes: Banco Société Générale Brasil S.A. e Banco Cacique S.A., j. 12.12.2007

Ato de Concentração 08012.010081/2007-11, Cons. Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, Requerentes: Banco Santander Central Hispano S/A, Royal Bank of Scotland Group Plc. e outros, j. 12.12.2007

Ato de Concentração 08012.012010/2007-45, Cons. Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, Requerentes: HSBC Asia Pacific Holdings (UK) Limited e Korea Exchange Bank, j. 16.01.2008

*Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional*

Ato de Concentração 08012.011505/2008-38, Cons. Rel. Paulo Furquim de Azevedo, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco do Estado do Piauí S.A., j. 17.06.2009

Ato de Concentração 08012.000810/2009-85, Cons. Rel. Olavo Zago Chinaglia, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco Votorantim S.A., j. 07.04.2010

Ato de Concentração 08012.009986/2008-11, Cons. Rel. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Banco do Brasil S.A., Banco do Estado de Santa Catarina S.A. e BESC S.A. Crédito Imobiliário, j. 09.06.2010

Ato de Concentração 08012.010345/2009-91, Cons. Rel. Ricardo Machado Ruiz, Requerentes: Caixa Participações S.A. e Banco PanAmericano S.A., j. 09.06.2010

Ato de Concentração 08012.011736/2008-41, Cons. Rel. César Costa Alves de Mattos, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco Nossa Caixa S.A., j. 04.08.2010

Ato de Concentração 08012.011303/2008-96, Cons. Rel. Fernando de Magalhães Furlan, Requerentes: Banco Itaú S.A. e Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S.A., j. 18.08.2010

Ato de Concentração 08012.002350/2011-44, Cons. Rel. Olavo Zago Chinaglia, Requerentes: BTG Pactual S/A e Banco PanAmericano S.A., j. 05.04.2011

Ato de Concentração 08012.011135/2010-53, Cons. Rel. Ricardo Machado Ruiz, Requerentes: Banco BMG S.A., Banco GE Capital S.A. e General Electric do Brasil Participações Ltda., j. 15.06.2011

Ato de Concentração 08012.004534/2011-49, Cons. Rel. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Banco BMG S.A. e Banco Schahin, j. 28.09.2011

Processo Administrativo 08700.003070/2010-14, Cons. Rel. Marcos Paulo Veríssimo, Representado: Banco do Brasil S.A., j. 10.10.2012.

Ato de Concentração 08700.006962/2012-39, Despacho do Superintendente-Geral Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Banco BMG S.A., j. 16.10.2012

## **Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação**

Ângelo Menezes Silvino<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O presente artigo pretende investigar o atual panorama do Direito Internacional Concorrencial (DIC), ramo do Direito Internacional Econômico, que nas últimas duas décadas vem recebendo maior importância nas principais deliberações de organismos internacionais tais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Rede Internacional de Concorrência (RIC). Analisa-se, dessa forma, através de cortes cronológicos, as características das fases pelas quais o DIC se desenvolveu, bem como seu impacto nas estruturas dos organismos internacionais, buscando traçar o caminho que há de ser trilhado em uma possível nova fase do DIC. Como metodologia utilizou-se, principalmente, o método de abordagem histórico e comparativo, além da técnica de documentação indireta através do levantamento de pesquisas bibliográficas (livros e periódicos) e da análise documental em uma série de tratados internacionais, acordos e demais normas internacionais.

Palavras-chave: Direito Internacional Concorrencial. Políticas Alfandegárias. Cooperação. Defesa da Concorrência.

### **ABSTRACT:**

The present research intends to investigate the current situation of the International Competition Law (ICL), part of the International Economic Law, which over the past two decades has been receiving more importance in the main deliberations of international bodies such as World Trade Organization (WTO), Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the International Competition Network (ICN). It's analyzed, thus, via chronological sections, the stages which by the ICL evolved, as well as its impact on the structures of international organizations, in order to identify the road that leads to a new phase of the ICL. As methodology it was used the historical and comparative method, and, also, the technique of indirect documentation by surveying bibliographical research (in books and papers) and documentary analysis of various international treaties, agreements and other international rules.

Keywords: International Competition Law. Customs Policies. Cooperation. Competition Policy.

JEL Codes: *F10; F13; F59; F68; K19; K21; K33.*

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito (Bacharelado) pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), *Master Business Administrator* em Gestão Estratégica de Negócios pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN), Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) - Mestrado em Direito Constitucional, com área de concentração em Constituição e Garantias de Direitos - vinculado à linha de pesquisa em Constituição, Regulação e Desenvolvimento. Professor e Consultor em Gestão Estratégica de Escritórios e Departamentos Jurídicos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Primeira Fase do Direito Internacional Concorrencial: A Fase Alfandegária e Desenvolvimentista. 2.1. O Surgimento do GATT. 2.2. A OECE e o início da OCDE. 2.3. Notas Conclusivas do Capítulo. 3. A Segunda Fase do Direito Internacional Concorrencial: A estruturação de um efetivo mercado internacional e a aplicação do Direito Comercial e Concorrencial ao mesmo. 3.1. A Organização Mundial do Comércio (OMC). 3.2. A Nova OCDE. 3.3. Apenas uma breve conclusão sobre a Segunda Fase. 4. Um Novo Começo para o Direito Internacional Concorrencial (DIC): uma análise do contexto que deu origem a *International Competition Network* (ICN). 5. A Terceira Fase do Direito Internacional Concorrencial: complementariedade, cooperação, *best practices*, *guidelines* e o importante papel assumido pela OCDE, OMC e ICN. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

*“Nothing wilts faster than laurels that have been rested upon.”*

(Percy B. Shelley)

## **1. Introdução**

Conforme coloca unanimemente a doutrina especializada no tema, é com o fim da Segunda Guerra Mundial que o Direito Internacional ganha um papel extrema relevância nas principais discussões sobre as estruturas dos Estados contemporâneos e seus sistemas jurídicos.

Tal época é então demarcada pela internacionalização de uma vasta sorte de disciplinas jurídicas: direitos humanos; direitos civis, políticos e sociais; direito econômico; dentre outros.

Vive-se, também nessa época, em um contexto de uma política internacional de liberalização mercadológica, que fomenta o surgimento de um Direito Internacional Econômico, parte importante do Direito Internacional, que cuida, basicamente, das relações macroeconômicas no sentido de permitir o livre acesso e circulação de mercadorias e capitais internacionais nos mercados nacionais.

É a partir do Direito Internacional Econômico e das pressões exercidas sobre a Ordem Econômica Internacional em decorrência, principalmente, do fenômeno da globalização, que surge o Direito Internacional Concorrencial, principal elemento a ser estudado na presente pesquisa.

A disciplina jurídica da concorrência em uma perspectiva internacionalista é, hoje, um dos campos mais férteis para surgimento de novas teorias econômicas e jurídicas em razão da

preeminência assumida pelo mercado global – estruturado sob uma lógica neoliberal, ao longo das últimas décadas.

Desta feita, assim como o século XX ficou marcado pelo estabelecimento de balizas para fomento da fluidez concorrencial nos mercados internos de cada Estado, sem dúvida alguma, ao século XXI, está guardada a missão de garantir igual liberdade de fluxo de capitais, bens e serviços (em uma perspectiva internacional), facilitando não somente as atividades de produção, mas solidificando a economia mundial e permitindo que as benesses desse mercado global sejam compartilhadas com toda a humanidade.

Cumpre ressaltar que a presente pesquisa é apenas um ensaio para a construção de um (futuro) novo conceito de Direito Internacional Concorrencial, mais abrangente e que parte do pressuposto que hodiernamente há um relevante mercado global em fase final de formação. Por esse motivo, no presente trabalho foram desconsideradas as teorizações já existentes acerca do tratamento dessa temática dentro dos blocos regionais (especialmente no caso da União Europeia e do MERCOSUL).

## **2. A primeira fase do direito internacional concorrencial: a fase alfandegária e desenvolvimentista**

Não se pode falar em Direito Internacional Concorrencial sem que antes se estabeleçam algumas premissas (ainda que extremamente breves) acerca do Direito Concorrencial em si.

Desta forma, pode-se traçar uma breve evolução histórica do direito concorrencial nos ordenamentos internos das nações passando-se, necessariamente, pela promulgação de uma série de diplomas: o *Sherman Act* (1890), *Clayton e Federal Trade Commission Act* (ambos de 1914)<sup>2</sup>, nos Estados Unidos da América; *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), *Kartellverordnung*, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeshkänkungen* (GWB), respectivamente em 1907, 1923 e 1957, na Alemanha<sup>3</sup>; além das diversas teorizações das Escolas de Harvard (*SCPP Paradigm*<sup>4</sup>), Chicago<sup>5</sup> e Freiburg<sup>6</sup>, ainda na primeira metade do século XX – continuadas nas décadas seguintes.

---

<sup>2</sup>GRIMES, Warren. SULLIVAN, Lawrence A. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2. Ed. New York: Thomson West, 2006. p. 4-6

<sup>3</sup>MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 9-11

<sup>4</sup>VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 4. Ed. London: The MIT Press, 2005. p. 62-63.

[...] a lei antitruste possui uma relação de simbiose com a democracia. Cidadãos possuem um direito de liberdade de ação; o governo tem o dever de evitar que o poder privado (das empresas) ameace a liberdade das pessoas. Deve haver, então, um equilíbrio para prevenir que o poder conferido as instituições com o propósito de promover a liberdade, termine tornando-se uma ameaça às demais liberdades que devem ser tuteladas. (FOX, 2002, p. 76, tradução nossa).

Em uma perspectiva voltada mais para a evolução do direito antitruste no contexto da Europa – e, posteriormente, no próprio contexto da União Europeia – vale destacar o seguinte ensinamento:

L'origine du droit de la libre concurrence lui confère deux caractéristiques essentielles. En premier lieu, ce droit est consubstantiel à la construction européenne. Sa dynamique est la quête d'une prospérité qui ne soit pas confisquée par la puissance économique. Celle-ci est appelée à être maîtrisée en raison des effets pervers connus dans le passé. En second lieu, du fait de son origine outre-Atlantique, le droit européen de la libre concurrence s'est construit dans une dialectique d'emprunts et de confrontations vis-à-vis du droit antitrust américain. La confrontation s'est trouvée exacerbée par un double phénomène : l'internationalisation de la science économique et l'intensification de la globalisation économique à partir des années quatre-vingt. (PRIETO, 2010, p. 2).

Assim, pode-se dizer que o Direito Concorrencial surge com a principal função de servir como ferramenta eficaz na tentativa de se coibir e corrigir possíveis falhas mercadológicas – sejam elas falhas estruturais, sejam elas falhas ocasionadas em razão da adoção de condutas anticompetitivas pelos agentes do mercado (*players*).

## **2.1. O surgimento do Gatt**

Na esfera internacional o Direito Concorrencial começa a ganhar relevo após o fim da 2ª Guerra Mundial, precisamente quando o fenômeno da globalização torna-se uma realidade e são então iniciadas as discussões acerca das políticas tarifárias adotadas pelos países da época.

Apenas para situar o leitor, vale explicar. Com o término da Segunda Guerra Mundial vislumbra-se um mundo demarcado por países inseridos em duas conjunturas distintas: a) antigas potências devastadas (Alemanha, França, União Soviética, etc.); e b) um pequeno grupo de países que saíram incólumes desses confrontos (Estados Unidos, Brasil, Canadá, dentre outros). Ao primeiro grupo cabia um processo de reestruturação econômica, política,

---

<sup>5</sup>Cf. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox – A policy at war itself*. New York: The Free Press, 1993. p. 107-133.

<sup>6</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25-28

industrial e social; os situados no outro grupo, por sua vez, vislumbravam nesse contexto pós-guerra uma oportunidade de alavancarem-se no mercado internacional.

Após a assinatura do *Breton Woods Agreement* em 1944 (de onde fora originado, posteriormente, o *International Bank for Reconstruction and Development* e o Fundo Monetário Internacional), iniciam-se as discussões acerca de mecanismos internacionais capazes de regulamentar e fiscalizar as políticas tarifárias praticadas no âmbito do comércio internacional.

Assim, aponta José Cretella Netto (2003, p. 16), em 1947, em razão de uma recomendação já feita pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (realizado em Londres em 1946), diversos países se reúnem na Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Emprego, realizada em Havana (Cuba), para deliberar acerca da criação de um organismo internacional que cuidasse das relações comerciais no âmbito internacional.

Surge, então, a Carta de Havana<sup>7</sup>, que reconhece um organismo internacional, então denominado de Organização Internacional do Comércio (OIC), com competência para dispor acerca de um amplo conjunto de temáticas: emprego e atividade econômica, desenvolvimento econômico e reconstrução das nações afetadas pela Guerra, políticas comerciais (tarifas internacionais, taxação interna, barreiras alfandegárias e subsídios), atividades comerciais restritivas, dentre outros.

Contudo, ato contínuo a produção do referido texto, percebe-se, no plano internacional, a completa insatisfação dos Estados Unidos da América, posteriormente materializada na negativa de ratificar a predita Carta (o que colocava em cheque a entrada em vigor do documento em sua integralidade). Segundo estudos realizados pelo Núcleo de Estudos sobre Relações e Organizações Internacionais (NEROI) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS):

As divergências entre dois grupos de países quanto à natureza do sistema de comércio, contudo, inviabilizaram a criação da OIC. Uma primeira abordagem, que interessava sobretudo aos Estados Unidos, defendia a eliminação de taxas de importação e o fim de sistemas preferenciais de comércio em um curto espaço de tempo. Por outro lado, os países europeus, recém atingidos pela guerra, não podiam fazer frente à concorrência norte-americana, e, em segundo lugar, desejavam manter seus sistemas preferenciais de comércio com suas colônias. (DEIRO, D. G. MALMANN, M. I., 1998, p. 2)

---

<sup>7</sup>UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Employment – Havana, Cuba, 1947 – *Final Act and Related Documents*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Como solução para a celeuma instaurada, decidiu-se, então, apenas converter algumas disposições da Carta de Havana no que se referia, especialmente, a regulação das políticas comerciais/tarifárias (Capítulo IV), daí surgindo a própria nomenclatura do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio<sup>8</sup>.

Nesse desiderato, a cláusula operativa do *General Agreement on Tariffs and Trade* (1947) é translúcida ao colocar como um dos objetivos comuns das nações signatárias:

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods [...]. (GATT, 1947, p. 9).

Optou-se, assim, por um acordo em detrimento ao estabelecimento de uma organização internacional, em razão das pressões políticas exercidas pelos Estados Unidos da América, que não desejavam, naquele momento específico, que se tornasse possível a imposição de barreiras a sua soberania econômica – o que, na visão de Alberto do Amaral Júnior (2008, p. 17), fatalmente ocorreria com a criação de um organismo internacional, ainda que através da expedição de normas com natureza de *soft law*<sup>9</sup>.

Dessa forma, em 1º de Janeiro de 1948, o *General Agreement on Tariffs and Trade* entra em vigor, sendo seu “ato constitutivo” comumente denominado de GATT 1947 – nome do “organismo” e o ano de redação do acordo (30/10/1947).

Com o decurso do tempo, porém, em razão da mudança do contexto político e econômico internacional, o então Acordo passou a se converter, gradativamente, em algo muito próximo àquilo que poderia ser denominado de “organismo internacional”<sup>10</sup>, responsável, principalmente, pela realização e condução de diversas rodadas de discussões sobre o Comércio Internacional.

A medida que mais países aderiam ao GATT e que o crescimento e expansão dos mercados internos e internacionais tornava-se uma realidade, surge uma demanda pela regulamentação de outras matérias (inicialmente previstas na Carta de Havana, ainda em 1947), bem como a fixação de uma natureza jurídica precisa ao GATT – não só para que o

<sup>8</sup>GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Text of the General Agreement*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>9</sup> Cf. MAZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 132.

<sup>10</sup>Parte da doutrina (REZEK, 2008, p. 250), considera que o GATT não deve ser encarado como uma Organização Internacional, posto que o mesmo não é dotado de personalidade jurídica internacional (não possui vontade própria distinta dos Estados-membros e nem era capaz de concluir acordos internacionais), já que os acordos assumidos em razão das rodadas de negociação realizadas, não representavam a vontade própria do GATT, mas das partes contratantes.



alcance de suas normas fosse mais efetiva, mas também para que o mesmo pudesse solucionar conflitos envolvendo questões referentes ao comércio internacional.

## **2.2. A OECE e início da OCDE**

Antes de passarmos para a evolução do GATT e do próprio Direito Internacional Concorrencial (alcançando-se, assim, uma segunda fase), é preciso mencionar a gênese de outro organismo que desempenha um papel relevante ainda nesse primeiro momento.

Em 1947, retornando um pouco ao contexto do pós-guerra já mencionado quando do estudo das origens do GATT, George Catlett Marshall, em discurso proferido na Universidade de Harvard, lança aquele que, anos mais tarde, fora denominado de Plano Marshall (*Marshall Plan*).

[...] the truth of the matter is that Europe's requirements for the next three or four years of foreign food and other essential products - principally from America - are so much greater than her present ability to pay that she must have substantial additional help or face economic, social, and political deterioration of a very grave character.

The remedy lies in breaking the vicious circle and restoring the confidence of the European people in the economic future of their own countries and of Europe as a whole. The manufacturer and the farmer throughout wide areas must be able and willing to exchange their products for currencies the continuing value of which is not open to question.

[...]

It is logical that the United States should do whatever it is able to do to assist in the return of normal economic health in the world, without which there can be no political stability and no assured peace. Our policy is directed not against any country or doctrine but against hunger, poverty, desperation and chaos. Its purpose should be the revival of a working economy in the world so as to permit the emergence of political and social conditions in which free institutions can exist. Such assistance, I am convinced, must not be on a piecemeal basis as various crises develop. Any assistance that this Government may render in the future should provide a cure rather than a mere palliative. Any government that is willing to assist in the task of recovery will find full co-operation I am sure, on the part of the United States Government. Any government which maneuvers to block the recovery of other countries cannot expect help from us. Furthermore, governments, political parties, or groups which seek to perpetuate human misery in order to profit therefrom politically or otherwise will encounter the opposition of the United States. (OCDE, 2014, p. 1-2).

Em 16 de Abril de 1948, pautada nas bases e agenda estabelecida pelo Plano Marshall, nasce, então, a Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OECE), cujo objetivo principal era fomentar a cooperação dos países europeus na reconstrução dos seus mercados (e suas indústrias) e da própria sociedade europeia.

A OECE permanece ativa até o ano de 1961, quando, constatando-se os bons resultados alcançados com a criação de uma rede de cooperação internacional, busca-se uma

expansão do organismo para que passasse a abarcar não somente países europeus, como também Estados localizados em outros continentes.

Assim, em 1961, entra em ação a *Organisation for Economic Co-operation and Development* (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), abarcando todos os 18 (dezoito) países fundadores da OECE, além dos Estados Unidos da América e Canadá (novos integrantes). Seus objetivos encontram-se discriminados logo no artigo 1º do seu ato constitutivo (*Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*<sup>11</sup>), redigido no final de 1960 (entrando em vigor já no ano seguinte, após a ratificação dos signatários):

The aims of the Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter called the "Organisation") shall be to promote policies designed:

- (a) to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- (b) to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- (c) to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations. (OCDE, 1960, p. 1).

Dessa forma, orientados pela inserção dos ideais desenvolvimentistas, nessa primeira fase a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não assume um papel relevante no que pertine a tutela e aprimoramento do Direito Internacional Concorrencial, agindo primordialmente como um organismo onde Estados apenas realizavam intercâmbios de informação acerca de políticas efetivas de reestruturação e desenvolvimento dos mercados e da sociedade.

### **2.3. Notas conclusivas do capítulo**

Com o início do processo de globalização, a expansão dos mercados globais e a reconstrução de diversas nações devastadas pela 2ª Guerra Mundial, a inserção da tutela da concorrência na esfera internacional começa a ser inserida, ainda que embrionariamente, nas discussões dos organismos internacionais.

---

<sup>11</sup>ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

A Primeira Fase do Direito Internacional Concorrencial é marcada pelo surgimento dos primeiros organismos internacionais responsáveis pela regulamentação e tutela de normas relativas aos mercados internacionais.

Entretanto, como pôde se perceber ao estudar a gênese do GATT e da OCDE, a maneira como se encarava o direito antitruste internacional ainda era deveras incipiente, sendo praticamente nulo no âmbito da OCDE e restringindo-se apenas a questões alfandegárias (e, por isso, muito mais voltadas ao Direito Comercial e Econômico) no GATT.

Pode-se afirmar, portanto, que ao longo dessa Primeira Fase (do Direito Internacional Concorrencial), havia, tão somente, recomendações que estruturavam um Direito Internacional Comercial – e que surtiam efeitos, no âmbito do Direito Internacional Concorrencial, apenas de maneira reflexa.

Contudo, o fenômeno da globalização, a industrialização dos países ditos “emergentes” e o alavancamento de novas economias no mercado internacional, contribuíram para que a comunidade internacional atentasse à necessidade de inclusão de novas pautas referentes ao Direito Internacional Concorrencial na agenda de discussão dos organismos internacionais.

É a partir, então, da constatação dessa necessidade e dos novos debates entre os agentes internacionais, que se inaugura uma nova fase no Direito Internacional Concorrencial, abordada com propriedade no capítulo seguinte.

### **3. A segunda fase do direito internacional concorrencial: o surgimento de um efetivo mercado internacional e a aplicação do direito comercial e concorrencial ao mesmo**

Sem embargo dos avanços alcançados no que tange as tratativas do comércio no âmbito internacional, vislumbrava-se, especialmente no caso do GATT, que sua natureza jurídica e alguns dos institutos que o norteavam, tornavam-no um órgão defasado em relação as demandas solicitadas por uma nova comunidade internacional que se estruturava com o avanço da abertura dos mercados e a livre circulação de capitais.

Já no início da década de 80 começaram debates, em fóruns internacionais especializados no tema, acerca da necessidade de criação de um novo organismo internacional, capaz de suprir essas novas demandas surgidas nas décadas de 70 e 80, e que não eram passíveis de uma tutela efetiva no âmbito do GATT.

### **3.1. A organização mundial do comércio (OMC).**

Os anos 80 e 90 do século passado foram marcados, no âmbito da economia internacional, pela proeminência assumida pelo comércio internacional não só de bens, mas também de serviços.

Nesse desiderato, afirma Vera Thornstensen (1998, p. 2) que como desdobramento direto da assunção do papel de protagonista pelo comércio internacional, vislumbra-se o surgimento de uma nova conjuntura da economia global onde o fim das fronteiras dos mercados internos em relação ao mercado internacional torna-se iminente – de tal forma que as relações dos agentes internacionais possam ser fiscalizadas e efetivamente controladas (arbitradas) em nível internacional.

De igual forma, os Estados Unidos, antes preocupado em assegurar um comércio livre de óbices ao exercício da sua soberania econômica, começa a se preocupar, também, com as novas economias que ganhavam importância na esfera internacional e passavam a competir em paridade com as suas *commodities* e demais serviços.

Assim, em 1986, começa, no âmbito do GATT, a Rodada do Uruguai, de onde, anos mais tarde, após 08 (oito) anos de debates para traçar os contornos do organismo internacional e do alcance de suas normas, nasceria a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A Organização Mundial do Comércio conservou os princípios, a estrutura jurídica e os acordos mais importantes do GATT, atualizados ou reformulados. No entanto, a ampliação do escopo de atribuições da futura OMC estava presente já na Rodada Uruguai, que deu status de Tribunal à Organização, com poderes para determinar sanções ou medidas de retaliação aos países membros. Também as políticas de comércio exterior dos membros ficam submetidas ao crivo periódico da OMC, através de um Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais. (DEIRO; MALLMANN, 1998, p. 2).

O fim da Rodada do Uruguai marca, segundo Juliana Vasconcelos Maia Lemos (2011, p. 6-7), a consolidação de vários apontamentos no plano internacional: a) cria-se a Organização Mundial do Comércio (OMC); b) estabelece-se o Acordo Geral sobre Comércio e Serviços (GATS) e a Garantia dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), colocando-os sob a égide da OMC; e c) reduz-se em 37% as tarifas internacionais.

Em 15 de Abril de 1994 é, enfim, assinado o ato constitutivo da Organização Mundial do Comércio<sup>12-13</sup>. Sua atuação divide-se em três grandes grupos temáticos (que possuem uma série de comitês específicos): a) bens; b) serviços; e c) propriedade intelectual.

---

<sup>12</sup>WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement Establishing the World Trade Organization*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

Ao contrário do seu antecessor GATT, a OMC é uma organização dotada de personalidade internacional, de modo que, enquanto o primeiro era apenas uma carta de intenções, a segunda é um corpo institucionalizado. Muitas das deficiências apresentadas pelo sistema do GATT foram sanadas:

- a) fim do ‘GATT à la carte’: na OMC todos os membros têm de participar de todos os acordos (com exceção dos Acordos Plurilaterais) – *single undertaking approach*;
- b) normas deixaram de ser programáticas, ocasionando a diminuição do ‘fator político’, a nova instituição passou a ser regulada por normas mais precisas (*rule oriented*);
- c) sistema de solução de conflitos mais rígido e sistematizado;
- d) o sistema de produção de normas e tomada de decisões foi aperfeiçoado com possibilidade de adoção de resoluções através de votações. (FIORATI; GAMBARO, 2003, p. 12)

Conforme aponta Alberto do Amaral Júnior (2004, p. 173), impende ressaltar que a Organização Mundial do Comércio baliza-se por todos os princípios fixados previamente pelos Estados nas rodadas anteriores realizadas pelo GATT, orientando suas atividades pela *regra de não discriminação entre as nações* (por vezes chamado de princípio do tratamento geral da nação mais favorecida), pela *transparência* e pela *regra de não discriminação entre produtos* (também conhecido como princípio do tratamento nacional), os quais constituíam os pilares de atuação do GATT.

Além disso, são dois os principais avanços que podem ser destacados em razão da criação da OMC (em relação ao Direito Internacional Concorrencial): a) a criação de um Sistema de Solução de Controvérsias<sup>14</sup>; e b) a possibilidade de imposição de sanções no caso de adoção de medidas anticoncorreciais no mercado internacional.

Esses dois aspectos são, em certo grau, interdependentes: o Sistema de Solução de Controvérsias é acionado, basicamente, em situações onde um país adota uma determinada política de mercado (ou outra medida) que afeta outro Estado-membro e encontra-se em desacordo com os preceitos estabelecidos em rodadas anteriores. As disputas interpostas perante o Sistema de Solução de Controvérsias devem ser processadas com base nos princípios da equidade, efetividade, celeridade e aceitação mútua.

Restando comprovada a perpetração de uma conduta causadora de efeitos concorreciais negativos no mercado internacional e, em não havendo supressão da referida conduta por parte do Estado-membro, abre-se a possibilidade da imposição de determinadas sanções pelos demais Estados-membros da OMC ao infrator.

---

<sup>13</sup>WORLD TRADE ORGANIZATION. *Final Act embodying the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/03-fa.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/03-fa.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>14</sup>Cf. LAFER, Celso. O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p. 477-488.

Ademais, observou-se, ainda no final da década de 90, a criação, dentro da OMC, de um Grupo de Trabalho cuja função principal era desenvolver estudos acerca da interação entre comércio e políticas de defesa da concorrência:

A percepção da OMC acerca da possibilidade de comprometimento dos esforços para a liberalização do comércio, face à edificação de barreiras privadas por meio de práticas anticoncorrenciais, levou a Organização a abordar o tema em sua Primeira Conferência Ministerial, ocorrida em Singapura no ano de 1996. A declaração final dessa Conferência abordou, assim, o tema da concorrência, determinando o estabelecimento de um grupo de trabalho para estudar as questões levantadas pelos Estados-Membros sobre a interação entre comércio e política de concorrência, de modo a identificar as áreas que poderiam vir a merecer tratamento futuro dentro da estrutura da OMC. A Declaração deixou claro, ainda, que quaisquer negociações futuras acerca desse tema somente teriam lugar se e após a obtenção de um consenso por parte dos Estados-Membros a respeito. (SILVA, 2007, p. 481).

Inaugura-se, assim, uma nova fase do Direito Internacional Concorrencial, na medida em que o alcance das normas de cunho econômico e concorrencial no plano internacional perde o caráter de mera recomendação e adquire exigibilidade (*jus cogens*<sup>15</sup>), com a possibilidade de imposição de sanções em caso de descumprimento.

Dentro dessa nova fase, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também sofre importantes mudanças, relatadas no subtópico seguinte.

### **3.2. A nova OCDE**

Dentro desse contexto de expansão do fenômeno de globalização que impulsionou mudanças no âmbito do GATT e a criação da OMC percebe-se, também, no âmbito da OCDE, mudanças estruturais e materiais.

A década de 90 representa para a OCDE uma amplificação da sua área de atuação (com a criação de uma série de comitês especializados em seu interior), além de um aumento considerável do número de assentos dos Estados-membros que a compõem.

Muito disso também se explica com base na história. No início da década de 90 assiste-se a profundas mudanças no âmbito da geopolítica mundial. Com o fim da Guerra Fria, é possível identificar uma série de países no Leste Europeu que tinham uma conjuntura (econômica, política e social) muito próxima daquela vista em grandes nações europeias após o fim da Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>15</sup>Cf. MAZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 135.

Nesse desiderato, em estudo monográfico produzido pelo Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, Denis Fontes de Souza Pinto (2000) traça com objetividade o papel desempenhado pela OCDE nos primeiros anos da década de 90, vejamos:

Com o fim do socialismo real na Europa Oriental, a Organização criou uma série de instrumentos de ‘assistência técnica’ aos países daquela região, (originalmente Polônia, Hungria, República Tcheca e Eslováquia) com vistas a ajudar a moldar seu novo modelo econômico, que se consubstanciou no Programa Parceiros para Transição. Dos quatro países originariamente membros do Programa, três já se tornaram membros plenos. A Eslováquia é observadora na quase totalidade dos comitês da Organização. Lituânia, Bulgária e Romênia são os demais participantes. (PINTO, 2000, p. 75-76).

Dessa forma é possível afirmar que nos primeiros anos da década de 90 a OCDE atualizou e aplicou certas políticas<sup>16</sup> que haviam logrado êxito na reconstrução das nações europeias ao longo do período transcorrido após a Segunda Guerra Mundial, auxiliando na reconstrução dos países do Leste Europeu e, posteriormente, integrando-os no seu corpo de Estados-membros.

Em decorrência disso, surge, no plano internacional, uma série de críticas à postura eurocêntrica da OCDE que, ato contínuo, visando apaziguar os ânimos da comunidade internacional, passa a aceitar diversos outros países como Estados-membros – caso do México, que desde o início da década de 90 já postulava seu assento perante a OCDE e o conseguiu dentro desse contexto.

Há, a partir desse ponto, uma certa descentralização das atividades e decisões de maior relevância no âmbito da OCDE, na medida em que, com o alargamento do número de Estados-membros e observadores, passa-se a conferir primazia aos debates conduzidos perante os comitês especializados e os apontamentos retirados aos finais dessas discussões.

A razão de menção de toda essa reforma sofrida no âmbito da OCDE ao longo da década de 90, especialmente no que pertine a entrada de novos países e ao fortalecimento setorial dos comitês especializados, justifica-se, uma vez que, (é) a partir dessa reforma estrutural que OCDE e OMC passam a trabalhar conjuntamente e inauguram aquilo que é o objeto principal da presente pesquisa: a terceira fase do Direito Internacional Concorrencial –

---

<sup>16</sup>Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The OECD's work with non-members in Europe, The Caucasus and Central Asia*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/globalrelations/regionalapproaches/38310498.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

que será visto com maior propriedade após a introdução de um outro organismo de igual relevância, o *International Competition Network*, conforme segue o próximo capítulo.

### **3.3. Apenas uma breve conclusão sobre a segunda fase**

Apenas para que o leitor possa identificar com maior facilidade as diferenças que podem ser apontadas entre a Primeira e a Segunda Fase do Direito Internacional Concorrencial, apontar-se-á a principal delas.

Com a Segunda Fase do Direito Internacional Concorrencial assiste-se a posituação das primeiras normas com natureza de *jus cogens* no âmbito do Direito Internacional Econômico (Comercial e Concorrencial), de tal forma que o seu descumprimento passa a acarretar, necessariamente, em sanções ao infrator.

Dessa forma, países que, antes, abusavam da sua soberania econômica perante os demais, agora passam a adequar-se aos pilares de uma (nova) Ordem Econômica Internacional que começava a ser estruturada.

Entretanto, em que pese os grandes avanços sentidos, a Segunda Fase é também demarcada pelos mesmos sintomas já identificados na fase anterior: as normas oriundas dos organismos internacionais ainda voltavam-se muito mais para questões puramente comerciais, do que propriamente concorrenciais.

A bem da verdade, é importante destacar que nessa época, de fato, surgem regramentos, ainda que embrionários, voltados a tutela das *condutas*, não havendo, porém, maiores preocupações com questões envolvendo as *estruturas* desse mercado internacional.

Ademais, o que se observava, na prática, era ainda o ideário de aplicação de normas internas (comerciais e concorrenciais) em defesa do mercado nacional contra os *players* internacionais, afastando, assim, todo e qualquer esforço no sentido de se construir, verdadeiramente, um Direito Internacional Concorrencial – capaz de não somente tratar das condutas, mas também das estruturas do mercado internacional que encontrava-se em fase de formação.

Nesse sentido, a *International Competition Network* (ICN) surge como verdadeiro remédio, colocando diversos Estados (e suas respectivas agências de defesa da concorrência), frente a frente, não somente para discutir, mas, principalmente, para se implementar no mercado internacional, um Direito Internacional Concorrencial que possa ser oponível a todos os *players*.



#### 4. Um novo começo para o direito internacional concorrencial: uma análise do contexto que deu origem a *international competition network* (ICN)

Antes de avançar para a Terceira Fase do Direito Internacional Concorrencial é importante analisar a *International Competition Network* (ICN), traçando um breve histórico sobre o contexto do seu surgimento, sua atual estrutura e, especialmente, a *interface* existente entre o referido órgão e o DIC.

Formalmente a *International Competition Network* é originada de uma recomendação feita pelo *International Competition Policy Advisory Committee* (ICPAC) – órgão vinculado ao *Department of Justice* norte-americano – em seu relatório final, datado de fevereiro de 2000:

Indeed, the Advisory Committee recommends that the United States explore the scope for collaborations among interested governments and international organizations to create a new venue where government officials, as well as private firms, nongovernmental organizations (NGOs), and others can exchange ideas and work toward common solutions of competition law and policy problems. The Advisory Committee calls this the ‘Global Competition Initiative.’

1. A Global Competition Initiative should be inclusive and foster dialogue directed toward greater convergence of competition law and analysis, common understandings, and common culture. Such a gathering also could serve as an information center, offer technical expertise to transition economies, and perhaps offer mediation and other dispute resolution capabilities. Areas for constructive dialogue might include further discussions among competition agencies to:

- a) Multilateralize and deepen positive comity;
- b) Agree upon the consensus disciplines identified in Chapter 2 regarding best practices for merger control laws and develop consensus principles akin to the recent OECD recommendation on hard-core cartels; consider and develop disciplines to define actions of governments; for example in areas with negative spillover potential such as export cartels, which require broader international cooperation and consultation;
- c) Consider and review the scope of governmental exemptions and immunities that insulate markets from competition around the world (as discussed in Chapter 5);
- d) Consider approaches to multinational merger control that aim to rationalize systems for antitrust merger notification and review (as discussed in Chapter 3);
- e) Consider frontier subjects that are quintessentially global such as e-commerce, which will create new challenges for policymakers around the world;
- f) Undertake collaborative analysis of issues such as global cartels (discussed in Chapter 4) and market blocking private and government restraints (discussed in Chapter 5); and
- g) Possibly undertake some dispute mediation and even technical assistance services.

2. A Global Competition Initiative does not require a new international bureaucracy or substantial funding. The Group of Seven (G-7) summit is an attractive model, in that it demonstrates that countries can create mechanisms to exchange views and attempt to develop consensus on economic issues without an investment in a secretariat or permanent staff. This proposed initiative would benefit from support from international organizations such as the WTO, OECD, the World Bank, and UNCTAD. (DEPARTMENT OF JUSTICE, 2000, p. 29).

No plano prático, entretanto, pode-se afirmar que a *International Competition Network* nasce, na verdade, de uma celeuma criada entre Estados Unidos da América e União Europeia. Explica-se. No início do novo milênio, instaurou-se, na esfera internacional, uma discussão pouco profícua sobre qual seria a melhor temática que deveria nortear os fóruns internacionais de defesa da concorrência e, especialmente, qual seria o organismo ideal para conduzi-los. De um lado, os Estados Unidos pleiteavam atenção ao combate de cartéis no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), porquanto, doutra banda, era colocado pela União Europeia que os debates deveriam orbitar em torno das restrições verticais e abuso de poder dominante, devendo tais fóruns ser conduzidos ante a Organização Mundial de Comércio (OMC).

“A ICN aparece como alternativa a este impasse, como uma proposta de convergência global de regras e práticas em matéria de defesa da concorrência, através de uma estrutura plurilateral que não poderia ser criada no âmbito de nenhuma organização existente.” (OLIVEIRA; SILVEIRA, 2013, p. 6).

Tomando como base o Relatório Final lançado pelo *International Competition Policy Advisory Committee*, entre os dias 02 e 04 de fevereiro de 2001, representantes de 40 (quarenta) nações se reuniram no *Global Competition Forum*, organizado pela *International Bar Association* (IBA), e ali fixaram algumas premissas que hoje alicerçam a ICN, bem como reforçaram a necessidade (além da criação do mencionado fórum global) de se conferir um maior valor (viés) prático aos organismos internacionais de defesa da concorrência já existentes (tais como a OCDE, UNCTAD, OMC e demais):

The Ditchley Park discussions were positive and forward-looking. There was support for the idea of establishing a new global competition forum, although discussions were at an early and exploratory stage. A number of participants expressed the view that now was an important moment in time to consider competition law and policy issues associated with economic globalization. [...] First, participants agreed on the need to *add practical value* to the work of existing institutions. [...] Secondly, participants agreed that a unique attribute of the competition forum will be its readiness to draw together diverse combinations of competition professionals from around the world, prepared to consider competition problems that transcend national boundaries in frank and nonbinding discussions. [...] Third, until discussions have matured, the exact universe of topics that the forum should address should not be decided. [...] Fourth [...] this new initiative must attract broad participation from countries with new and developing competition regimes and seek their active involvement. [...] Finally, participants agreed that further work on all of the issues identified above (membership, work projects, participants, possible structure, and so forth) was needed before the GCI could be launched. (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2001, p. 6-8).

Com base em todo esse contexto, em 25 de Outubro de 2001, através da reunião das autoridades antitruste de várias nações (e a própria autoridade da União Europeia), é criada a ICN, uma *Global Competition Initiative* com o escopo precípua de cuidar das questões relativas a aplicação (execução) do Direito Concorrencial com questões reflexas no âmbito internacional – bem como, ainda que timidamente, criar as bases de um novo Direito Internacional Concorrencial.

Pode-se dizer, portanto, que a *International Competition Network* surgiu para trazer uma roupagem àquilo que se denomina de *International Enforcement Cooperation*, antes geralmente relacionado apenas a uma cooperação entre duas jurisdições quando da instauração de alguma lide problemática envolvendo questões concorrenciais.

A ICN surge em um mundo e, principalmente, em mercados demarcados pelo fenômeno da globalização, onde as questões concorrenciais muitas vezes não são mais bilaterais e, sim, *plurilaterais*, envolvendo as mais diversas nações – e não apenas um pequeno e restrito grupo de países ditos desenvolvidos.

Em assim sendo, esse organismo internacional *sui generis* objetiva, atualmente, pelo menos três *main goals*: a) evitar inconsistências na adoção de remédios utilizados na resolução das celeumas concorrenciais; b) facilitar o cumprimento integral das normas atinentes ao direito concorrencial por parte das empresas (reduzindo, inclusive, os custos necessários para tanto); e c) fomentar a criação de diretrizes universais orientadoras das políticas públicas de defesa da concorrência.

O último ponto mencionado, se concretizado em observância aos anseios de todas as nações participantes da ICN, pode ser o ponto de partida para alcançar, em consequência, os outros dois principais objetivos, conforme será melhor delineado no capítulo seguinte.

## **5. A terceira fase do direito internacional concorrencial: complementariedade, cooperação, *best practices*, *guidelines* e o importante papel assumido pela OCDE, OMC e ICN**

A Terceira Fase do Direito Internacional Concorrencial é marcada por um traço muito distintivo das anteriores: destaca-se, como nunca antes, a importância de *complementariedade* e *cooperação* entre os diversos organismos internacionais na construção e efetivação de um novo Direito Internacional Concorrencial, atento, principalmente, as peculiaridades que são

intrínsecas ao contexto em que se encontra inserida a (nova) Ordem Econômica Internacional<sup>17-18</sup>.

Essa Terceira Fase do DIC tem início no final da década de 90, início dos anos 2000, quando (conforme mencionado ao final do capítulo 3) são enfim estreitados os laços existentes entre a OCDE e a OMC, criando-se um canal de comunicação e interação entre esses dois importantes organismos internacionais.

Com a maior compartimentalização da OCDE, através da criação de uma série de novos comitês, e a assunção de uma certa primazia desses comitês em relação ao órgão deliberativo geral, passam a ser abordados, no âmbito do mencionado organismo, uma gama quase infindável de temáticas importantes para a comunidade internacional. Mas não só isso. Adota-se, também, uma abordagem trans/multidisciplinar dessas temáticas – ou, utilizando a terminologia mais adequada, uma análise *transdepartmental* das questões levadas ou levantadas pela OCDE.

No âmbito da defesa da concorrência, norteadas pelos ideais que ganhavam cada vez mais relevância na comunidade internacional após a realização do *Global Competition Forum* em 2001, a OCDE firma importantes laços com autoridades antitruste de diversos países (tal como o fez com o CADE, em 1998, quando o então presidente da época, Gesner de Oliveira, participou como observador do Comitê de Política da Concorrência), o que facilitava o seu acesso a dados relevantes sobre as práticas adotadas por esses Estados no que tange a defesa da concorrência interna e externa.

Em seu Comitê de Política da Concorrência a OCDE passa a compilar informações estratégicas acerca dos sistemas concorrenciais dos diversos Estados-membros que a compõem (e dos observadores, se assim desejarem) – são armazenadas informações, por exemplo, acerca de como são definidos os mercados relevantes em cada um desses países, ou como se estrutura o conceito de eficiência, dentre outras questões afetas ao Direito Concorrencial.

Com base nessas informações a OCDE começa a trabalhar na produção e expedição de normas com natureza de *soft law* para orientar as políticas concorrenciais dos países. Assiste-se, assim, na primeira década do novo milênio (2000), à fixação, na comunidade

---

<sup>17</sup>Cf. VINUESA, Raul Emilio. El Nuevo Orden Económico Internacional. *Revista de Direito Comercial, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 55, p. 114-115, jul./set. 1984.

<sup>18</sup>Cf. BATISTA, Luiz Olavo. A Nova Ordem Econômica Internacional – uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. In: BATISTA, L. O. MAZZUOLI, V. O. (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Internacional – Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 130-131.

internacional, de uma série de *Best Practices* (melhores práticas)<sup>19</sup> e *Guidelines* (guias)<sup>20</sup> cujo objetivo precípua é assegurar a higidez e transparência dos sistemas de defesa da concorrência de diversas nações.

Desta feita, em razão de toda essa gama de avanços acumulados pela OCDE ao longo dessa sua nova fase, percebe-se que o referido organismo passa a funcionar, também, como um verdadeiro quadro de negociação entre diversas nações do globo.

É nesse ponto que se destaca a relação de *cooperação* e *complementariedade* entre OCDE e OMC. Na medida em que a OMC já contava com o seu Sistema de Solução de Controvérsias, os procedimentos realizados pela OCDE adquirem um grau de complementariedade às atividades da OMC em duas vertentes diferentes: a) complementariedade enquanto fórum de pré-negociações em relação a questões que futuramente poderiam ser levadas ao Sistema de Solução de Controvérsias; e b) cooperação no intercâmbio de dados relevantes sobre as práticas adotadas por seus Estados-membros no âmbito da defesa da concorrência aplicável ao comércio internacional.

Nas questões relativas ao funcionamento da OCDE enquanto fórum de pré-negociação, é oportuno destacar o procedimento adotado pela OCDE, o qual se encontra dividido da seguinte forma:

[...] constituiria, assim, processo de pré-negociação, baseado no esquema já clássico dos trabalhos dos comitês, composto basicamente de três fases: delimitação da questão; análise e debate do problema, baseados em documentos elaborados pelo Secretariado; configuração dos meios de resposta e, em última instância, obtenção de eventual consenso, de um mínimo denominador comum, que não se resumiria, necessariamente, em acordo formal e que serviria de referência para futuras negociações em foro mais amplo. (PINTO, 2000, p. 91)

No campo da cooperação, porém, a atividade entre os dois organismos ainda era bastante incipiente, tratando-se muito mais de um canal de comunicação quase unilateral do que propriamente daquilo que podia ser caracterizado como uma efetiva cooperação.

Os casos apreciados pela OMC tendem a ser cada vez mais complexos, envolvendo a análise de mais de um acordo. É comum surgirem questões procedimentais de difícil resolução e, em inúmeros casos, é indispensável solicitar o parecer técnico de especialistas. (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 180)

---

<sup>19</sup>Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Recommendations & Best Practices – Recommendation of the Council on Merger Review (2005)*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

<sup>20</sup>O Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

Nessa perspectiva, a OCDE termina suprindo, em parte, essa deficiência da OMC, fornecendo as informações que dispõe e são comumente solicitadas pela OMC, servindo, dessa forma, quase como um órgão consultivo – e por isso mesmo, não se podendo falar, conforme já afirmado anteriormente, em uma relação estritamente de cooperação.

Contudo, é notável que nos últimos anos o aspecto da cooperação (enquanto um traço importante da Terceira Fase do DIC), vem ganhando mais força em relação às recentes interações registradas entre a OCDE e ICN.

Há de se registrar que nos últimos dois anos, especificamente desde Abril de 2012, quando a ICN lançou o “Projeto da Segunda Década”<sup>21</sup>, liderado pelo *Department of Justice* (DOJ) norte-americano e pela *Turkish Competition Policy*, percebeu-se a criação de uma verdadeira rede de cooperação entre o Comitê de Política da Concorrência da OCDE e a ICN.

Desde então, deu-se início a aplicação conjunta (ou seja, pelos dois organismos) de uma série de questionários em mais de 120 (cento e vinte) agências antitruste de todo o mundo (34 Estados-membros e 15 observadores da OCDE, além de outras 71 agências de defesa da concorrência que fazem parte da ICN).

Desse trabalho, fora produzido, ao final de 2013, o *International Enforcement Co-operation*<sup>22</sup>, uma espécie de livro (manual) com dados sensíveis acerca dos sistemas de defesa da concorrência de diversas nações, que servirão não apenas para embasar as discussões conduzidas nos fóruns realizados pela ICN e nas negociações procedidas perante OCDE e OMC, mas também para orientar (como verdadeiros subsídios materiais) futuras *Best Practices* e/ou *Guidelines* fixadas por quaisquer um desses três organismos.

## **6. Conclusões**

Com a presente pesquisa foi possível identificar, ao menos, três fases bem delineadas por onde se desenvolveu o Direito Internacional Concorrencial e os organismos que dele fazem parte.

É notável que ao longo das primeiras duas fases, há um longo interstício temporal demarcado por uma preocupação excessiva com questões que se voltam com maior

---

<sup>21</sup>Cf. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *The ICN's vision for its Second Decade*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>22</sup>Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition Committee – International Enforcement Co-operation*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

intensidade para a regulação dos sistemas concorrenciais internos dos países e os impactos gerados por esses sistemas no comércio exterior, inobservando-se, de certa maneira, aquilo que poderia ser considerado como a edificação de um Direito Internacional Concorrencial.

Somente com a consolidação da OMC na comunidade internacional, a ampliação da abrangência da OCDE e o surgimento de um fórum global de discussões acerca do Direito Internacional Concorrencial é que, efetivamente, começa a vislumbrar-se meios aptos a implementar normas eminentemente concorrenciais (e não comerciais com reflexos concorrenciais) em um mercado muito mais amplo, estruturado em uma (nova) Ordem Econômica Internacional.

Em um mundo demarcado pela internacionalização dos mercados, não se pode mais falar, apenas, em recomendações (ou normas recomendativas) sobre o *modus operandi* adotado pelos sistemas concorrenciais dos países em relação a um mercado externo do qual ele se procura, na maioria das vezes, se defender.

Os influxos gerados pelo fenômeno da globalização e o completo rompimento das fronteiras dos mercados nacionais evidenciam a flagrante necessidade de se normatizar a inserção desses mercados no contexto de outro muito mais amplo: o mercado internacional.

Para isso, a mera regulamentação alfandegária ou a coibição do *dumping* (e demais *condutas* anticoncorrenciais) não figura como solução total das problemáticas oriundas desse novo contexto. É preciso ir muito além.

É com base nessa linha de raciocínio que surge um novo Direito Internacional Concorrencial, pautado na cooperação e na complementariedade. Os canais de comunicação criados entre OMC, OCDE e ICN materializam a força motriz dessa terceira e recente fase alcançada pelo DIC.

Os avanços alcançados são sentidos na medida em que novos sistemas de defesa da concorrência surgem em consonância e pautados nas melhores práticas fixadas por cada um dos mencionados organismos.

Nesse desiderato, pode-se destacar dois exemplos emblemáticos de sistemas de defesa da concorrência que, em razão das melhores práticas fixadas na comunidade internacional, hoje, encontram-se em consonância com os preceitos basilares da terceira fase do Direito Internacional Concorrencial: a Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), reformado após a promulgação da Lei 12.529/11 e a sistema francês, também reformado após a promulgação da *Loi de modernisation de l'économie* (776/2008) que transformou o *Conseil de la concurrence* em *Autorité de la concurrence*.

Percebe-se, portanto, um movimento de adaptação dos sistemas de defesa da concorrência a uma nova realidade, fruto da internacionalização dos mercados. Mas, mais uma vez, é preciso ir adiante.

Através desse breve ensaio, foi possível solucionar a problemática proposta, uma vez que fora devidamente identificado o rumo que o Direito Internacional Concorrencial deve seguir nos próximos anos, dentro do contexto proposto para sua Terceira Fase – qual seja, o rumo da cooperação entre as diversas agências e organismos internacionais.

Entretanto, fica aqui o questionamento, que há de ser melhor problematizado e trabalhado em futuras pesquisas: superada a adaptação dos sistemas e devidamente consolidada a cooperação entre OMC, INC e OCDE, para onde seguirá o Direito Internacional Concorrencial?

Talvez (e esse é o ponto crucial das pesquisas que seguirão) possa-se falar em uma quarta fase para o Direito Internacional Concorrencial. Uma quarta fase que começa a ser delineada através da universalização de um modelo uno e eficiente de defesa da concorrência. Afinal, se há, verdadeiramente, um mercado internacional, este pode ser tutelado, de maneira mais coerente, com base em um Sistema de Defesa da Concorrência Internacional.



## 7. Referências bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Organização Mundial do Comércio – Estrutura Institucional e Solução de Controvérsias. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 24, p. 127-136, jul./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTA, Luiz Olavo. A Nova Ordem Econômica Internacional – uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. In: BATISTA, L. O. MAZZUOLI, V. O. (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Internacional – Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 103-133.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox – A policy at war itself*. New York: The Free Press, 1993.

CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEIRO, Daniel Girardi. MALLMANN, Maria Izabel. *O GATT e a Organização Mundial do Comércio no cenário econômico internacional desde Bretton-Woods*. 1998. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/ffch/neroi/artigodaniel.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice – *ICPAC Final Report*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/execsummary.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

FIORATI, Jete Jane. GAMBARO, Carlos Maria. O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC – Organização Mundial do Comércio. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 44, n. 7, p. 7-39, jul./set. 2003.

FOX, Eleanor M. An Antitrust Fable – A tale of predation. *Revue des droits de la concurrence*, Paris, n. 3, p. 1-2, set. 2008.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Text of the General Agreement*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

GRIMES, Warren. SULLIVAN, Lawrence A. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2. Ed. New York: Thomson West, 2006.

INGLATERRA. International Bar Association – *The Initiative for a Global Competition Forum*. p. 6-8. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionforum.org/regions/Ditchley%20Final%20Report.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Framework for Merger Review Cooperation*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc803.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *The ICN's vision for its Second Decade*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

LEMOS, Juliana Vasconcelos Maia. Os fundamentos do Sistema Multilateral de Comércio e as perspectivas apresentadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC). *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, v. 15, n. 21, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/329/326>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 4-15, mai. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition Committee – International Enforcement Co-operation*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/InternEnforcementCooperation2013.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Recommendations & Best Practices – Recommendation of the Council on Merger Review (2005)*. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf> >. Acesso em: 07 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *The “Marshall Plan” speech at Harvard University, 5 June 1947*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/general/themarshallplanspeechatharvarduniversity5june1947.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *The OECD’s work with non-members in Europe, The Caucasus and Central Asia*. Disponível em: < <http://www.oecd.org/globalrelations/regionalapproaches/38310498.pdf> >. Acesso em: 07 mar. 2014.

PINTO, Denis Fontes de Souza. *OCDE – Uma Visão Brasileira*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2000.

PRIETO, Catharine. Politique de concurrence : le traitement du pouvoir de marché. *JurisClasseur Europe Traité*, Paris, fascículo 1390, p. 2, jan. 2010.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, vol. 41, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73291998000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100004)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Employment – *Havana Final Act and Related Documents*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/havana\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

VINUESA, Raul Emilio. El Nuevo Orden Económico Internacional. *Revista de Direito Comercial, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 55, p. 114-121, jul./set. 1984.

VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 4. Ed. London: The MIT Press, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement Establishing the World Trade Organization*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Final Act embodying the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/03-fa.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/03-fa.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

## **A posição das cooperativas no cenário concorrencial**

Mônica Tiemy Fujimoto<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

A questão relacionada com as atividades cooperativas em cenário concorrencial desafia nossa reflexão porque o tema, no mínimo, é controverso. Por um lado, a pressuposta fragilidade dos cooperados quando vistos como agentes individuais levaria a crer - em primeira análise - que estariam cabalmente afastados da incidência da lei antitruste. Por outro lado, não se pode ignorar o potencial competitivo que esses cooperados, quando organizados em uma cooperativa, conseguem atingir. Esse fator, por si só, potencializa seu enquadramento no direito concorrencial. Outro aspecto que pode causar preocupações é a vulnerabilidade, por falta de competitividade desses agentes, em determinados setores, mesmo quando organizados em cooperativas.

Palavras chave: Cooperativas; concorrência, economia solidária, ato cooperativo, regra da razão, cooperativas médicas, cooperativas agrícolas.

### **ABSTRACT:**

The position of cooperatives in the competitive scenario may seem to be a controversial topic. On the one hand, the weakness of the cooperative members when viewed as individual agents, in a first analysis, end up ruling out the possibility of incidence of antitrust law. On the other hand, it is precisely the competitive potential of these members, when organized into a cooperative, that worries the competition law. Another factor that may cause concern is the lack of competitiveness in certain sectors of some agents, even when organized in cooperatives.

Keywords: Cooperative, competition, economic solidarity, cooperative act, rule of reason, medical cooperatives, agricultural cooperatives

---

<sup>1</sup>Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) onde preside a empresa júnior Sanfran Jr.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Disposições gerais sobre as cooperativas; 3. Função do direito da concorrência; 4. Encontro entre o direito da concorrência e o exercício das cooperativas; 5. Cooperativas médicas; 6. Concorrência no setor agrícola e as cooperativas; 7. Considerações finais. 8. Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

Sob a perspectiva das cooperativas, a análise da regulação antitruste brasileira remete a um ponto de encontro por vezes nebuloso em razão do contexto concorrencial e do debate ideológico que a temática normalmente provoca. De um lado, os parâmetros e formas de regulação do mercado. De outro, temos uma associação sem fins lucrativos que, por definição, não poderia pretender dominar esse mercado. A reflexão decorre do fato de que ambos – estudo da regulação e desse “mercado” potencialmente regulado – situam-se em pólos antagônicos, contudo, com raízes historicamente coincidentes: ascensão do modo capitalista de produção.

As cooperativas buscam, por meio da associação dos cooperados, o desenvolvimento destes e a sua inserção nos mercados, de modo a conseguir uma posição competitiva. O direito concorrencial busca, dentro de suas competências, o bem estar econômico, para que seja possível a prática da livre iniciativa e da livre concorrência.

Metodologicamente, a apresentação do tema será feita mediante abordagem introdutória dos aspectos gerais das cooperativas, passando pela parte histórica, com enfoque nos seus princípios, características, particularidades e doutrinas que versam sobre o tema. A seguir, discute-se, em termos gerais, a função do direito concorrencial, situando-a na história, ponto de partida do estudo das cooperativas. Nesses capítulos iniciais busca-se compreender a sua função social e princípios, relativamente aos temas pesquisados. E, em um terceiro momento, será discutido a união dos dois temas.

O ponto de encontro entre as sociedades cooperativas e o direito concorrencial será apresentado nesse trabalho por meio da análise de dois tipos de cooperativas: de serviços médicos e de produção agrícola. No primeiro caso, a cooperativa é situada nas controvérsias nas quais se coloca como responsável por condutas anticoncorrenciais e no segundo caso é demonstrado como essa mesma atividade, modo geral, pode fomentar a concorrência.

Espera-se que, com a produção desse trabalho, seja possível compreender, ainda que de forma superficial e embrionária que as cooperativas podem atuar no mercado de forma expressiva, apesar do seu escopo não lucrativo.

## 2. Disposições gerais sobre as cooperativas

Para começar a discorrer sobre a posição das cooperativas no cenário concorrencial, primeiramente, é importante fazer alguns esclarecimentos sobre a natureza desse tipo de sociedade.

O conceito de cooperativismo surgiu<sup>2</sup> em meio à revolução industrial e a ascensão da concepção do liberalismo econômico, quando a livre concorrência e defesa da propriedade privada estavam em alta. A exploração dos trabalhadores e a preocupação com os efeitos sociais gerados pela concorrência acirrada do modo de produção capitalista, deu origem, como contraposição ao movimento liberal, ao socialismo utópico e dentro deste, discussões acerca do cooperativismo.

Tido como precursor do cooperativismo, Robert Owen teve suas ideias incorporadas no estatuto da primeira sociedade cooperativa a “*Sociedade dos Justos Pioneiros de Rochdale*”, cujo artigo 1º, segundo Lambert<sup>3</sup>, defendia a tomada das forças de produção, educação e governo, com o estabelecimento de uma colônia que fosse autossuficiente e que pudesse prestar ajuda para que outras colônias também pudessem se estabelecer.

Desta forma, é possível compreender que o cerne do princípio cooperativista é o desenvolvimento igualitário dos membros da cooperativa de forma que cada um receba proporcionalmente ao seu trabalho. Princípios estes, que inspiram os teóricos da economia solidária, modalidade que defende o cooperativismo como forma alternativa para a desigualdade gerada pelo capitalismo.

No Brasil, tem-se que um dos maiores expoentes da atualidade é o teórico Paul Singer, para quem o cooperativismo seria uma solução alternativa ao modo de produção capitalista no qual sempre existe um perdedor e um ganhador, para o autor<sup>4</sup>:

“Para que tivéssemos uma sociedade em que predominasse a igualdade entre todos os seus membros, seria preciso que a economia fosse solidária em vez de competitiva. Isso significa que os participantes na atividade econômica deveriam cooperar entre si em vez de competir. O que esta de acordo com a divisão do trabalho entre empresas e dentro das empresas. Cada um desempenha uma atividade especializada da qual resulta um produto que só tem utilidade quando complementado pelos produtos de outras atividades”

---

<sup>2</sup>NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

<sup>3</sup>LAMBERT, P. *La doutrina cooperativa*. Buenos Aires: Intercoop, 1975. 357 p.

<sup>4</sup>SINGER, Paul. *Introdução a economia solidária*. Fundação Percebe Abramo: São Paulo - 2002

Estudiosos da atividade cooperativa preconizam que, acima de tudo, o objetivo da entidade deve ser o bem estar de seus cooperados, sendo guiado pelos seguintes princípios gerais<sup>5</sup>:

1. Democracia
2. Adesão livre e voluntária
3. Neutralidade política e religiosa da empresa
4. Fomento à educação cooperativista
5. Retorno pro rata das sobras das operações

A princípio, incluía-se nesse rol de princípios a expectativa de se modificar a ordem econômica, guiada por aspirações socialistas de repartição da propriedade privada como uma forma de abolir o livre mercado e passar para os cidadãos os instrumentos de produção, quebrando assim, a hierarquia gerada entre patrão e trabalhador. Dessa forma, o espírito de competição seria substituído pela cooperação entre os trabalhadores por meio de associações organizadas pelo Estado.

No Brasil, a prática do cooperativismo é de certa forma “regulada” e o ideário Rochdaliano encontra-se presente em trechos da legislação, com o intuito<sup>6</sup> de fomentar e proteger o vínculo jurídico entre seus membros, pois, as relações entre eles prepondera sobre motivações de cunho capitalistas. Essa regulação aparece por meio de leis específicas<sup>7</sup> e também possui previsão no texto constitucional. Sua importância é expressa por Heleno Taveira Torres da seguinte forma:

“A função precípua do Estado é a realização do bem - estar do cidadão em setores tidos como prioritários e fundamentais, incumbindo-lhe para alcançar esse fim, intervir nas relações intersubjetivas, como instrumento de garantia de uma convivência social harmoniosa, nos termos do quanto autoriza a própria constituição. E o cooperativismo foi eleito como um dos setores de intervenção estatal sobre a ordem econômica para garantir tais valores, num sentido de estímulo evidente, consagrando-se como típico direito social dos seus integrantes, os cooperativados. Sua nota de direito fundamental é incontestável”

O reconhecimento do que o ideário cooperativista ajustou-se ao modelo de produção capitalista é pressuposto básico no exame do cenário legal em que tais entidades estão inseridas. Atualmente são regidas por um capítulo do Código Civil destinada a regular o tipo societário “Da sociedade cooperativa”. Antes que a matéria fosse regulada pelo Código Civil de 2002 Waldirio Bulgarelli traçou importantes considerações sobre as sociedades

---

<sup>5</sup>NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

<sup>6</sup>TÓRRES, Heleno Taveira. “*Regime constitucional das cooperativas de trabalho*”. RDT 112/123

<sup>7</sup>Lei 12.690/2012 e Lei n.º 5.764/1971

cooperativas enumerando as características da forma jurídica das cooperativas da seguinte forma:

1. Poder ou não ter capital social;
2. Seu capital ser sempre variável;
3. Poder adotar qualquer tipo de responsabilidade para os seus associados;
4. Ser regida, subsidiariamente pela legislação das sociedades em geral, e não especificamente pela de um tipo determinado;
5. Ter alguns tipos que se aproximam mais do regime associativo do que do societário;
6. Estar dividida e subdividida em categorias e tipos os mais diversos;
7. Ser regida por regras oriundas das sociedades de pessoas e das sociedades de capitais, assentando-se numa estrutura muito semelhante à das sociedades anônimas.

Completando essas características, o autor discorre em outra obra o funcionamento dos princípios norteadores<sup>8</sup>:

“Recorde-se a *gestão democrática*, em que o associado vale por si mesmo, independentemente do capital aportado; a *adesão livre*, pela qual ninguém pode ser compelido a nela ingressar, mas também, que nela permanece de portas abertas para todos quantos queiram se associar; o princípio da *dupla qualidade* que põe às claras o papel desempenhado pela sociedade cooperativa como empresa de serviços destinada exclusivamente a atender às necessidades de seus associados; o do *retorno*, pelo qual a cooperativa distribui equitativamente qualquer sobra apurada em suas operações, sem qualquer distinção em razão do capital, mas, em função exclusivamente do montante operacional de cada associado; e conseqüentemente, a ausência de fins lucrativos, na incessante busca do *justo preço*, o que revoluciona os conceitos capitalistas existentes, dando um sentido humano à economia que tanto o regime capitalista como o socialista não lhe souberam dar”.

Em suma, a principal diferença entre as cooperativas e as empresas capitalistas, segundo Bulgarelli<sup>9</sup>, é que as cooperativas são organizadas para atender aos seus associados, por meio do fornecimento de bens e serviços, e as sociedades empresariais tem como foco as operações de mercado e a distribuição do lucro gerado por estas entre os sócios.

Postas as diferenças entre as cooperativas e as atividades que possuem fins lucrativos, podemos compreender também a razão de ser dos incentivos estatais atribuídos àquelas. Como estas possuem natureza jurídica própria<sup>10</sup>, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas

---

<sup>8</sup>BULGARELLI, Waldirio. “*As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.

<sup>9</sup>BULGARELLI, Waldirio. “*As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.

<sup>10</sup>RIZZARDO, Arnaldo. “*Tributos e contribuições das cooperativas*”. RT 851/2006 – set/2006

diversas características relacionadas na própria lei, a matéria relativa a tributos merece um tratamento especial. Renato Lopes Becho<sup>11</sup> elucida:

“Pelo princípio da igualdade, bem como pelo incentivo dado ao cooperativismo pela Constituição Federal de 1988, entendemos que não pode haver uma tributação igualitária sobre esse resultado positivo com o lucro das sociedades comerciais. De fato, tributar igualmente o resultado eventual da cooperativa é tributar igualmente os desiguais. Esse resultado não é perseguido como objetivo, mas decorre de circunstâncias de mercado ou operacionais, ou como forma de ampliar os conhecedores do sistema. Esse resultado, ressalte-se, nem vai compor em nenhuma hipótese, o patrimônio dos associados. Por isso, falta à cooperativa a capacidade contributiva típica do imposto sobre a renda, como visto”.

O tratamento estatal deixa clara a diferença entre as sociedades, mesmo que deixadas de lado as diferenças ideológicas que as inspiraram.

### **3. Função do direito da concorrência**

O estudo embrionário da atividade das cooperativas na perspectiva da análise concorrencial pareceu pertinente porque, em princípio, não estão elas sujeitas ao direito antitruste, por causa dos princípios de solidariedade e pelo escopo não lucrativo que permeia suas atividades. Historicamente, situamos nossa reflexão inicial no mesmo ponto de onde partimos no estudo das cooperativas: a revolução industrial.

A partir do momento em que a relação maestro aprendiz foi substituída pela relação patrão empregado, aumentam-se os investimentos, os riscos e a necessidade de retorno. Existe também a necessidade de uma maior liberdade de atuação deste empresário, ele não pode mais ficar preso às amarras das corporações de ofício. A estabilidade que se oferecia por meio da proteção dos interesses dos produtores e comerciantes, teve que dar lugar para a concorrência, pois esse novo modo de produção precisava conquistar mercados para sobreviver<sup>12</sup>.

Nessa época o liberalismo de Adam Smith concretizou a necessidade de libertação do agente econômico sob os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Pregava-se que o livre mercado remetia à liberdade de se conquistar os consumidores, por meio do comércio e da indústria, em um ambiente de livre concorrência. Esse contexto de livre concorrência

---

<sup>11</sup>BECHO, Renato Lopes. “*Tributação das cooperativas*”. Apud. RIZZARDO, Arnoldo.

“*Tributos e contribuições das cooperativas*”. Revista dos Tribunais. 851/2006 – Set/ 2006

<sup>12</sup>FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do antitruste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013



trouxe distúrbios sociais causados pelas concentrações e monopólios, além disso, as concentrações de poder econômico sujeitavam o operariado a condições de trabalho deploráveis<sup>13</sup>, contexto que surgiu o movimento cooperativista.

A regulação da concorrência não acabou com o espírito do liberalismo econômico, e sim, tão somente buscou eliminar as distorções conjunturais decorrentes do mercado e do modo de produção, protegendo assim, o próprio mercado e a atividade dos agentes econômicos.

O Estado exerce um papel insubstituível e de extrema relevância na aplicação normativa, buscando, por meio destas, o bem estar da população. No exercício da atividade empresarial os interesses dos capitalistas, trabalhadores e da comunidade onde ela ocorre devem ser levados em consideração<sup>14</sup>. Calixto Salomão Filho defende que a função do Estado vai além de garantir o funcionamento do livre mercado, ele introduz uma forma de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial. Nesse cenário ele possui a função de fiscalizar, regular e assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos e atua por meio do Direito Concorrencial. Calixto Salomão elucida que dois requisitos devem ser seguidos: a liberdade de escolha e a máxima precisão possível das informações transmitidas, e acrescenta:

“Ora, para atender a esses dois requisitos mínimos, o conteúdo central (mas não exclusivo do direito concorrencial deve ser a regulamentação do poder econômico no mercado. É intuitivo que a existência de agentes com poder sobre o mercado, quando levada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes”.

No Brasil, a lei que regula a concorrência atualmente é a Lei 12.529/2011. As práticas antitruste são classificadas por irregularidades em 3 principais formas: abuso de posição dominante, acordos (horizontais ou verticais) e concentrações. Como o sistema é híbrido, pode-se caracterizar o objeto como ilícito pelo objeto ou efeito<sup>15</sup>, basta que o ato determine a incidência do art 36.

O Direito da Concorrência não restringe seu objetivo à regulação dos mercados. Além de buscar uma harmonia na concorrência, visa estimular a concorrência que de fato exista. Há um viés social no controle das práticas abusivas. Busca-se a tutela do consumidor e dos outros concorrentes, o que é regulado é a concorrência, e não o mercado. A possibilidade de escolha

---

<sup>13</sup>FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do antitruste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013

<sup>14</sup>COMPARATO, Fábio Konder. “*Estado, empresa e função social*”. RT 732/1996 – out/1996.

<sup>15</sup>FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do Anti-truste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013

por parte do consumidor ou mesmo do agente econômico é dotado de um valor social que deve ser protegido pelo direito. Dessa forma, o direito é tomado de um papel garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas.

Quando se afirma que o que se visa é uma concorrência que de fato exista, é buscado o bem estar do consumidor e do concorrente. A vulnerabilidade do consumidor no mercado ressalta a necessidade de uma intervenção do Estado para o equilíbrio de sua fragilidade frente o desequilíbrio de informações entre a esfera empresarial e aquele para o qual os produtos são direcionados. É de interesse do consumidor que exista concorrência entre os fornecedores pois, esta acaba por dispor uma maior variedade de produtos para os consumidores por preços mais baixos do que quando ocorre o monopólio<sup>16</sup>.

Ao proteger a concorrência pode-se depreender que o direito concorrencial tem a função de regular o mercado de modo que este tenha espaço para entrada e atuação de novos agentes. A concentração de poder inviabiliza a livre atuação de concorrentes de menor poder de mercado.

#### **4. Encontro entre o direito da concorrência e o exercício das cooperativas**

A primeira vista pode parecer estranho a atuação do direito concorrencial na regulação da atividade das cooperativas, uma vez que as cooperativas surgiram justamente com o objetivo de apresentar uma alternativa à empresa capitalista, grande responsável pela necessidade de se criar um mecanismo de controle sobre as relações econômicas<sup>17</sup>. Aparentemente, seriam elas as vítimas do cenário concorrencial predatório. Existem dois tipos de cooperativas: aquelas que são fiéis aos princípios da solidariedade e da autogestão, e as conhecidas como “cooperfraudes” ou “pseudocooperativas”. Ambas posicionam-se dentro do cenário concorrencial, porém, cada uma em um polo.

As primeiras buscam dentro de uma realidade capitalista uma alternativa organizacional, de modo que ao unir forças de trabalho em uma associação, por meio da ajuda mútua e do trabalho cooperado, essas cooperativas conseguem adquirir força competitiva para que seus integrantes possam prover o necessário para o seu sustento. Nesse contexto, os

---

<sup>16</sup>FILHO, Calixto Salomão. *“Direito concorrencial – As estruturas”*. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo - 2002

<sup>17</sup>LIMA, Jacob Carlos. *“O trabalho auto gestor em cooperativas de produção: o paradigma revisado”*. RBCS. Vol. 19. n. 56 – Outubro/2006

integrantes atuando de forma individual não poderiam entrar no mercado. Como por exemplo, cooperativas de catadores de lixo, que, por meio da coleta seletiva, conseguiu criar um cenário mais favorável<sup>18</sup> para o desenvolvimento e inclusão dessa atividade, por meio do trabalho autogestionado<sup>19</sup>.

As segundas atuam dentro da lógica de mercado e não seguem os princípios cooperativistas e acabam, por meio dessa situação, adquirindo vantagens frente aos concorrentes por acabarem driblando leis trabalhistas, pagamento de impostos, por meio de leis de incentivo. Além disso, essas “cooperfraudes” podem até mesmo ter uma forte concentração de poder de mercado, a partir do momento em que possuem porcentagens altas de mercado relevante e, utilizando de sua estrutura de associação, e acabam por aplicar medidas abusivas de preços.

Agora, retornando ao ponto da definição de associação cooperativa, parece-nos de suma importância salientar a natureza ímpar desse tipo de sociedade. Sua estrutura, apesar da semelhança com outras empresas de cunho comercial, possui tratamento diferencial, previsto na constituição.

Parte-se do pressuposto que a atuação em cooperativa é decorrência da ideia de ajuda mútua para o melhor desempenho social, de modo que, ao executar uma tarefa, atingir um objetivo, negociar e deter melhores condições de desenvolvimento econômico busca-se o crescimento coletivo, e não do indivíduo somente. Dessa forma, o princípio constitucional de apoio é um incentivo à associação revestida do espírito de solidariedade<sup>20</sup>.

“O legislador impressionado com os objetivos não capitalísticos da cooperativa, pareceu entender que esta fosse por si só e independente da forma organizacional adotada, fator de promoção de interesse público. Como consequência, definiu-se forma organizacional de maneira pouco rígida desacompanhado de uma proteção efetiva do cooperado em suas relações internas”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Apesar de ainda não ter atingido um nível ideal

<sup>19</sup> “As relações estabelecem relações sociais, favorecem a contribuição dos atores participantes e abrem espaço para que a gestão esteja enraizada na sociedade na busca de mecanismos para o fortalecimento e empoderamento desses atores na perspectiva da justiça social” - BESEN, Gina Rizpa. “Coleta seletiva com inclusão de catadores: construção participativa de indicadores e de índices de sustentabilidade”. Tese de doutorado. São Paulo - 2011

<sup>20</sup> LIMA, Helder Gonçalves. “Atos cooperativos e sua Tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito”. In “Problemas atuais do direito cooperativo”. Dialética, São Paulo -2012.

<sup>21</sup> FILHO, Calixto Salomão. “Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência”. RT 693/1993-jul/1993.

Na perspectiva da análise econômica, esse incentivo à ajuda mútua como forma de se adquirir força concorrencial é explicado com base na teoria dos jogos<sup>22</sup>. Sustenta-se que, observando as probabilidades, a opção pela atuação em cooperativas é mais favorável para o grupo, do que quando este atua em sociedades que não são de ajuda mútua. Quando utilizado um elemento de cooperação – princípio ético – o resultado final seria mais benéfico para a sociedade em geral e para o indivíduo isoladamente considerado<sup>23</sup>.

Assim, por intermédio da teoria dos jogos poderia chegar-se à conclusão de que a associação voluntária é um ato benéfico para o agente. Contudo, essa associação, quando não regida pelos princípios cooperativos, pode ser nociva se estes detêm grande poder de mercado, e é nesse ponto que reside o grande perigo das chamadas “cooperfraudes” .

Cooperativas que se aproveitam dos benefícios e incentivos a esse tipo de organização, mas que não são regidas pelos preceitos éticos de atuação podem atuar de maneira extremamente prejudicial para a sociedade. Ao unir agentes, é possível que se elimine também a concorrência em um setor inteiro. Por um lado a cooperativa é uma forma de inserção em um mercado competitivo e com pouco espaço para agentes individuais atuarem, por outro lado, quando essas cooperativas tomam grandes proporções, o resultado imediato é que o consumidor estará sujeito às imposições de preço e a concorrência é prejudicada, pois, não consegue se inserir no mercado.

Dois pontos que também devem ser analisados, segundo Calixto, é a relação entre preço e custo de produção. Preços muito superiores ao custo de produção são danosos para o consumidor e a prática do dumping é uma forma de eliminar os concorrentes. Essa análise não se restringe à concentração horizontal. Nesse plano, a concentração vertical é uma facilitadora do dumping. Dessa forma, a lei de concorrência estabeleceu um patamar de concentração de mercado de 20% para auxiliar a análise, de modo que as operações devem ser levadas ao Cade para que ocorra a análise da reserva de mercado.

A relação entre as cooperativas e o direito da concorrência se dá diretamente, pelas situações acima expostas. Quando uma cooperativa tem poder de mercado o suficiente para prejudicar este e a partir do momento que ela não possui poder de mercado para entrar neste.

---

<sup>22</sup>“A cooperação voluntária pode ser entendida por meio da teoria dos jogos fazendo-se uso da situação de equilíbrio descrita como o dilema do prisioneiro. A argumentação é de que exista uma situação semelhante na cooperação, isto é, um 'dilema do cooperante', no qual os mercados concentrados e o tamanho das firmas obriguem os produtores a uma situação de interdependência mútua, mas em um equilíbrio que pode ser rompido” - NETO, Sigismundo Bialoskorski. “Aspectos econômicos das cooperativas”. In \_\_\_\_\_ A natureza institucional das organizações cooperativas. Fl 53/54 Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

<sup>23</sup>FILHO, Calixto Salomão. “Direito concorrencial – As condutas”. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo - 2002

O primeiro constitui um abuso de poder e o segundo a falta dele e em ambos os casos o Cade pode ter um papel fundamental ao regular a concorrência.

## **5. Cooperativas médicas**

As cooperativas de prestação de serviços médicos são caracterizadas como cooperativas de prestação de serviços. Essas cooperativas tem como ponto crucial a relação com terceiros. Estes viabilizam o interesse comum, propiciado por ela, ao buscar e conquistar clientes. Ives Gandra da Silva Martins elucida<sup>24</sup>:

“Nesse caso, como o polo ativo é ocupado por um cooperado, o intermediário é a cooperativa, e no polo passivo encontra-se o terceiro atraído pela ação da entidade, o ato decorrente dessa relação tem natureza cooperativa e não mercantil”.

Atualmente, também estão sendo julgadas cooperativas de anestesistas, as quais possuem significativa parcela de mercado em cidades pequenas, de modo que se verifica um grande aumento nos preços cobrados pelo serviço em relação às cidades que não possuem cooperativas. Assim, a atividade desta assemelha-se muito à desempenhada por cartéis.

Um caso de cooperativas médicas julgado pelo Cade e com grande repercussão foi o caso das UNIMEDs<sup>25</sup>, no qual se instaurou um Processo Administrativo porque as cooperativas foram denunciadas por estarem impondo exclusividade aos cooperados, de modo que prejudicavam a concorrência e os próprios associados. O relatório da SDE constava que:

I – As Unimed's representadas estavam exigindo exclusividade na prestação de serviços médicos dos cooperados, impedindo-os de atender os usuários dos demais planos de saúde.

II – De acordo com os estatutos sociais, os médicos cooperados que se filiarem a outro plano de saúde correm sérios risco de serem excluídos do quadro da cooperativa, sob o argumento de estarem exercendo atividade prejudicial à cooperativa e contrária aos seus objetivos.

III – Destarte, essa vedação estatutária estabelecida pelas Unimed's impõe de forma abusiva, a eliminação da concorrência neste setor da economia, impedindo que empresas permaneçam e/ou ingressem naquele mercado.

---

<sup>24</sup>MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sociedades cooperativas de prestação de serviços médicos”. *Revista dos Tribunais* 53/2003 – mar-jun/2003.

<sup>25</sup>Processo Administrativo n. 08012.005071/2002-71

Dessa forma, constava no próprio estatuto social das cooperativas a obrigatoriedade do vínculo exclusivo do cooperado com o plano de saúde. Como essas cooperativas estão inseridas no mesmo contexto que as empresas mercantilistas, elas buscaram a cláusula como forma de adquirir força competitiva, de modo que o médico continuava livre para sair da cooperativa se fosse de seu interesse. As cooperativas alegaram que a cláusula era coerente com o princípio cooperativo, pois visava o desenvolvimento desta e, a partir do momento que um cooperado pudesse prestar serviços para outros planos de saúde, ele estaria colaborando com a concorrência e prejudicando a própria cooperativa.

Nesse caso, os próprios cooperados são prejudicados, como foi o caso do médico Fabio Cláudio Lacerenza, terceiro interessado do Processo Administrativo n. 08012.005071/2002-71, instado a sair da cooperativa, por ter prestado serviço para um plano de saúde concorrente. Os prejuízos decorrentes das saídas se dão porque a Unimed é o grupo mais forte dos mercados analisados no presente caso, de modo que a atuação profissional fora dela é extremamente difícil por causa do monopólio constatado em relação as atividades da Unimed.

Em análise realizada pela SDE foi possível constar que as Unimeds denunciadas possuíam forte poder de mercado. Prejudicavam a livre concorrência e a livre iniciativa na medida em que impediam que seus cooperados prestassem serviços para concorrentes, como consta a tabela a seguir:

**Processo Administrativo n° 08012.005071/2002-41 e  
Processo Administrativo n° 08012.000353/2004-14**

<b>Representadas</b>	<b>N° de médicos Cooperados</b>	<b>N° de médicos credenciados no CRM/SP</b>	<b>Percentual que a representada detém (em %)</b>
Araras	154	381	40
Mococa	52	87	60
Jundiaí	398	1639	24
Leste Paulista	235	381	62
Capivari	49	76	64
Amparo	118	183	64
Bragança Paulista	192	661	29
São José do Rio Pardo	36	143	25
Regional da Baixada Mogiana	210	499	42

Fonte: SDE

Em voto, o conselheiro Afonso Arinos expõe a falta de eficiência econômica quando o ato em questão é realizado na fora do que se constatou no PA 08000.004961/95-76. Defendeu que a imposição de exclusividade de filiação dos médicos em relação aos planos de saúde engessa o funcionamento do mercado, por causa da exigência de exclusividade do atendimento médico. Os custos de transação acabariam por coibir a saída do médico, pois este encontraria dificuldades para refiliar-se a outros planos de saúde. Para a empresa, a prática é tida como benéfica para a empresa pois, coíbe a entrada de concorrentes no mercado. Como a demanda por serviços de saúde não se concentra em uma única área, o paciente quando vai procurar o plano de saúde com a maior quantidade de médicos, de modo que quando um plano congrega médicos de varias especialidades, este costuma ser o procurado. Nas palavras do conselheiro:

“Por isso, em mercados geográficos de pequenas dimensões, a prática de exclusividade de filiação pode se tornar uma barreira à entrada importante no mercado de planos, já que poderia não haver escala suficiente para a sobrevivência econômica de dois planos, cada um obrigado a contratar o tempo integral de cada profissional especializado em tratamentos com baixa demanda estatística. As possíveis razões para ganho de eficiência das práticas de exclusividade estão relacionadas com o desestímulo à livre apropriação da reputação ou de outros recursos próprios de uma empresa pela outra através da dupla filiação do profissional empregado. Não há, contudo, nenhum indício nos autos de que a reputação de um plano tenha sido explorada por outro ou que possa ser transmitida a outro, através da filiação de um mesmo médico a ambos. Também não há notícias de que uma empresa tenha sido prejudicada em favor da outra em outras medidas, além da reputação, em razão da dupla filiação profissional.”



Concluiu-se naquele caso, que as Unimed's, em sua condição de cooperativa, incorreram nas infrações tipificadas nos artigos 20, I, II, IV, c c/ o art. 21, IV, V, VI, ambas da Lei n. 8.884/94<sup>26</sup>. Incidindo nesse caso, a segunda hipótese elucidada no capítulo 4 do presente artigo, em que as cooperativas abusam de sua posição dominante, de modo que não mais são uma forma de inserção no mercado e sim utilizam a sociedade cooperativa e suas características para obter vantagens no mercado. Neste caso, não incide o inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal que prega a não interferência estatal em seu funcionamento, de modo que se demandou a exclusão da cláusula de não concorrência do contrato social das cooperativas em questão.

Pode-se expor como práticas anticompetitivas, nos casos das cooperativas médicas, a unimilitância e o tabelamento. De modo que, no primeiro caso, o instrumento utilizado para o aferimento da unimilitância são as cláusulas de exclusividade, como abordado anteriormente no caso das UNIMEDs, sendo explicadas pelo ex-conselheiro Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer da seguinte forma:

“Nas hipóteses em que a exclusividade é imposta por cooperativas com poder de mercado, elas limitam a possibilidade de concorrência, criando dificuldades para outros planos concorrentes entrarem e permanecerem no mercado relevante. Com efeito, as operadoras concorrentes necessitam de médicos conveniados de bom padrão, para estimular os consumidores a contratarem-na. Quanto maior o número de médicos de qualidade que as representadas mantiverem cativos graças a tal cláusula de exclusividade, maior será a dificuldade de as concorrentes entrarem no mercado relevante e competirem em igualdade de condições com as representadas.”<sup>27</sup>

Em relação ao tabelamento, a prática lesiva é usual nas cooperativas de anestesia, por meio de cláusula que estabelece valor de honorários médicos. O parecer da ProCade do Processo Administrativo nº 08012-007042 acerca da conduta da COOPENEST- BA<sup>28</sup> cita o ex-conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior, no voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.004372/2000-70:

“A imposição do uso de tabelas de preços constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa, uma vez que busca uniformizar os preços dos procedimentos médicos de modo a eliminar as negociações individuais,

---

<sup>26</sup>Legislação vigente na época. Atualmente a lei correspondente é a 12.529/2011.

<sup>27</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Ordem Econômica e Cooperativas Médicas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 646-657.

<sup>28</sup>Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia



desconsiderando, dessa forma, as peculiaridades de cada contrato de prestação de serviços médicos”.

A violação de direitos fundamentais ocasionadas pelo abuso de poder realizado pelas cooperativas sobrepõe à necessidade delas se inserirem no contexto das empresas mercantis, por meio de uma tutela estatal. Nos casos apontados, as cooperativas conseguiram alcançar um nível de influência no setor em que atuam de tamanha magnitude que acabaram causando danos para a ordem econômica.

## **6. Concorrência no setor agrícola e as cooperativas**

A função deste capítulo é mostrar a importância do desenvolvimento da atividade cooperativa para a melhora no cenário concorrencial no setor agrícola, em contraposição ao exemplo das cooperativas médicas, que a atividade cooperativa impedia a entrada de agentes no mercado. A concorrência no setor agrícola é, constantemente, matéria de análise pelo Cade, quando se trata de operações relacionadas ao agronegócio. Contudo, o que será questionado é a importância da formação de cooperativas dentro da realidade competitiva do mercado agrícola brasileiro em matéria de entrada no mercado, e não da constituição de um risco anticompetitivo. Os pequenos e médios agricultores se inserem nesse cenário por meio de cooperativas para ganhar força competitiva em detrimento do agronegócio.

A estrutura agrária brasileira advém da realidade colonial a qual, inicialmente, era organizada em sesmarias. A partir desse momento, o latifúndio foi se moldando, tendo como marco a consolidação da propriedade privada a Lei de Terras. Desde então, a população busca alternativas para o domínio das grandes propriedades. Politicamente, esforços começaram a ser direcionados para o problema com o governo de Jango e sua tentativa de realizar reformas de base. Apenas em 64, no governo ditatorial, foi instituído o “Estatuto da Terra”, por causa da necessidade de distribuição de terras no Brasil. Contudo, pode-se dizer que até hoje não se aplicou a tão esperada reforma agrária<sup>29</sup>, como explicado a seguir:

“Na década de 1970, o chamado “Milagre Econômico” produziu avanços que alteraram profundamente o panorama da sociedade brasileira, mudando o perfil de diversos setores produtivos, através da injeção de capital financeiro e tecnológico, e influenciando substancialmente nos processos de desconstrução e reconstrução social e cultural. Em linhas gerais, tais mudanças na realidade brasileira, motivadas por essas

---

<sup>29</sup>FILHO, José Luiz Alcantara; FONTES, Rosa Maria Olivera. A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil. *Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada* – Vol. 4 Nº 7 Jul-Dez 2009

políticas modernizantes, produziram, entre outros aspectos, uma alteração no perfil da sociedade brasileira, conferindo-lhe um caráter, cada vez mais, urbano e voltado para as demandas do setor industrial. Na agricultura, as políticas iniciadas pelos governos populistas e continuadas no Regime Militar, afetaram as pequenas e médias propriedades rurais, uma vez que a agricultura comercial modernizada e dependente, concebida a partir de políticas que forjaram o modelo agro-exportador brasileiro, promoveu um processo de concentração de capital e da propriedade no meio rural, provocando a descapitalização e a exclusão social do pequeno agricultor familiar.”<sup>30</sup>

A questão da má distribuição de terras e a predominância dos latifúndios é relevante para a análise da posição das cooperativas no cenário concorrencial porque o fato demonstra a necessidade de pequenos agricultores se unirem para disputar espaço no mercado com as grandes propriedades. A lei das cooperativas foi implementada pouco tempo depois do estatuto de reforma agrária de 64, em 71. Os dois movimentos tiveram sua previsão na Constituição Cidadã de 1988, de modo que se pode perceber uma preocupação com a questão agrária por meio das tentativas de inserir novos agentes no contexto agropecuário.

Para análise da estrutura agrária atual, alguns dados são relevantes. O Censo Agropecuário de 2006 mostrou que a agricultura familiar ocupava 84,4% do total de estabelecimentos agropecuários do Brasil, 74,4% da quantidade do pessoal ocupado e em relação à quantidade de terras, 24% da área total. Nessa mesma linha, analisa-se que a quantidade de cooperativas é maior em áreas com uma melhor distribuição de terras e que, nessas áreas, a produtividade pode atingir resultados relevantes representando atualmente 43% do faturamento do setor<sup>31</sup>.

Sem dúvidas, o desenvolvimento das cooperativas de agricultura dos pequenos produtores pode gerar bem estar econômico na região em que ela é implementada porque inegavelmente ela fomenta o crescimento da comunidade, fato que demonstra que podem ser afastadas as causas estruturais da marginalização.<sup>32</sup> Além disso, defende-se também que o fato das cooperativas não buscarem lucro e conseqüentemente levarem a redução de preços gerais, pode ser uma forma de conter abusos do poder econômico, sendo, pois, benéfica para o fomento da atividade e para os consumidores.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup>CREMONESE, Camila; SCHALLENBERGER, Ernelo. Cooperativismo e agricultura familiar na formação do espaço agrícola do Oeste do Paraná. *Revista Tempo da Ciência* (12) 23 : 49-63, 1º semestre 2005

<sup>31</sup>MOREIRA, Vilmar Rodrigues; SILVA, Christian Luiz da; MORAES, Edmilson Alves de; PROTIL, Roberto Max. O Cooperativismo e a Gestão dos Riscos de Mercado: análise da fronteira de eficiência do agronegócio paranaense. *RESR*, Piracicaba-SP, Vol. 50, Nº 1, p. 051-068, Jan/Mar 2012 – Imprensa em Abril de 2012.

<sup>32</sup>SINGER, Paul. *De dependência em dependência: consentida, tolerada e desejada*. Estudos Avançados, 1998.

<sup>33</sup>FORGIONI, Paula A. Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado - *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José alexandre Tavares Gerreiro*. Editora Quartir Latin do Brasil. São Paulo - 2013

É importante ressaltar que raras são as cooperativas que conseguem efetivamente estabelecer-se como tal. Também, parece notório o fato de que é grande o número de agentes que individualmente não conseguem nem entrar no mercado. O MST (Movimento dos Trabalhadores Sem terra) atualmente congrega uma média de 92 mil famílias. Esse dado parece demonstrar que a concentração no mercado agrícola impede a entrada de novos agentes, de modo que não existe apenas uma reserva de mercado, mas também uma reserva no espaço físico necessário para a produção.

Pode-se dizer que o predomínio de grandes propriedades, com o agravante de serem tão grandes quanto pouco produtivas, afigura-se em fator indicador de concentração digno de análise. Ademais, no contexto brasileiro, não poderia negar que os latifúndios representam – ao menos potencialmente – um entrave para a entrada de novos agentes e que dificultam, senão impedem, a atuação dos polos de agricultura familiar. E, ainda assim, é possível observar um crescimento da atividade cooperativa em polos regionais, apesar da concorrência de grandes produtores, como, por exemplo, a cooperativa familiar produtora de iogurte Coopag<sup>34</sup>, que mostra crescimento mensal da produção de iogurte.

No caso da agricultura familiar, a organização de agentes em cooperativas tem sido forma eficiente de atuação no mercado, pois, estas agem como uma forma de prover bem estar econômico por meio da criação de polos de crescimento microrregionais e locais, onde atuam. Assim, utiliza-se o exemplo das cooperativas agrícolas para ilustrar a importância destas no cenário concorrencial, para que se perceba os dois lados da matéria concorrencial no caso das cooperativas.

## **7. Considerações finais**

A conclusão preliminar deste trabalho é que, apesar da natureza não lucrativa que está presente no cerne da atividade das cooperativas, estas, possuem fundamental importância em matéria de concorrência. O Cade, em sua função de órgão responsável pela regulação econômica, possui ferramentas de implemento do bem estar social quando as cooperativas acabam abusando de sua função de fortalecimento dos agentes econômicos. Objetivo este que norteia as decisões atuais da autarquia, todas tendentes a indicar que se trata de instância consciente do poder-dever que se lhe atribui o Ordenamento. Os desafios batem à porta.

---

<sup>34</sup>Disponível em: <http://www.cooperativismo.org.br/cooperativismo/noticias/noticia.asp?id=25518>

Quando apresentada a problemática das cooperativas e sua inserção na lógica capitalista, vemos que o papel do Cade passa a ser fundamental para que a atuação dessas entidades seja de fato relevante, dentro do contexto mercadológico, e, quiçá não abusiva.

A importância da análise dupla da atuação das cooperativas no cenário concorrencial é de essencial. Esta pode se apresentar como mecanismo de inclusão de agentes no mercado e também, e em oposição, no extremo, em abuso de sua posição dominante, como causa da própria exclusão.

Ao cabo desta pesquisa, creio que, ao menos foram oferecidos indicativos de que o Cade poderia – e/ou deveria - atuar no exame concorrencial das atividades cooperativas, sem perder de vista o papel que tais entidades poderiam exercer, enquanto sociedades sem fins lucrativos, se efetivamente inseridas no atual cenário capitalista. Ao final, em que pese a natureza dúbia das cooperativas, não se poderia isentá-las da análise do direito antitruste, porque na esteira desse exame o Cade poderia - a nosso ver - corrigir distorções concorrenciais que dificultam maior inserção dessas entidades no mercado.

## 8. Referências bibliográficas

- NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte – 2006
- LAMBERT, P. *La doutrina cooperativa*. Buenos Aires: Intercoop, 1975. 357 p.
- SINGER, Paul. *Introdução a economia solidária*. Fundação Percecu Abramo: São Paulo – 2002
- TÔRRES, Heleno Taveira. “Regime constitucional das cooperativas de trabalho”. RDT 112/123
- BULGARELLI, Waldirio. “Sociedades comerciais”. Editora Atlas; 9ª edição. São Paulo – 2000
- BULGARELLI, Waldirio. “As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.
- FORGIONI, Paula A. *Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado - Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José alexandre Tavares Gerreiro*. Editora Quartir Latin do Brasil. São Paulo – 2013
- RIZZARDO, Arnaldo. “Tributos e contribuições das cooperativas”. RT 851/2006 – set/2006
- BECHO, Renato Lopes. “Tributação das cooperativas”. ob. Cit. 3.ed
- FORGIONI, Paula A.. “Os fundamentos do antitruste”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo – 2013
- COMPARATO, Fábio Konder. “Estado, empresa e função social”. RT 732/1996 – out/1996.
- FILHO, Calixto Salomão. “Direito concorrencial – As estruturas”. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo – 2002
- LIMA, Jacob Carlos. “O trabalho auto gestor em cooperativas de produção: o paradigma revisado”. RBCS. Vol. 19. n. 56 – Outubro/2006
- LIMA, Helder Gonçalves. “Ato cooperativo e sua Tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito”. In “Problemas atuais do direito cooperativo”. Dialética, São Paulo -2012.
- FILHO, Calixto Salomão. “Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência”. *Revista dos Tribunais* 693/1993-jul/1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sociedades cooperativas de prestação de serviços médicos”. *Revista dos Tribunais* 53/2003 – mar-jun/2003.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Defesa da Ordem Econômica e Cooperativas Médicas.” In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 646-657.
- FILHO, José Luiz Alcantara; FONTES, Rosa Maria Olivera. A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil. *Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada* – Vol. 4 Nº 7 Jul-Dez 2009
- CREMONESE, Camila; SCHALLENBERGER, Erneldo. Cooperativismo e agricultura familiar na formação do espaço agrícola do Oeste do Paraná. *Revista Tempo da Ciência* (12) 23 : 49-63, 1º semestre 2005
- MOREIRA, Vilmar Rodrigues; SILVA, Christian Luiz da; MORAES, Edmilson Alves de; PROTIL, Roberto Max. O Cooperativismo e a Gestão dos Riscos de Mercado: análise da fronteira de eficiência do agronegócio paranaense. *RESR*, Piracicaba-SP, Vol. 50, Nº 1, p. 051-068, Jan/Mar 2012 – Impressa em Abril de 2012.
- SINGER, Paul. *De dependência em dependência: consentida, tolerada e desejada*. Estudos Avançados, 1998.

## **A colaboração processual nos casos de cartel em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.**

Paula Kovalski Fernandes<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, autarquia responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, tem fortalecido, nos últimos anos, os mecanismos de combate às práticas colusivas, consubstanciadas nos cartéis. No entanto, as inovações que tornam mais rígidos os procedimentos cujo escopo é coibir os acordos entre concorrentes podem vir a macular certos direitos dos representados. Este artigo pretende analisar a relação entre a colaboração processual ativa no âmbito administrativo e o princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir provas contra si mesmo, no que se refere à infração de cartel e seus desdobramentos criminais.

Palavras-chave: Antitruste - Colaboração processual - Cartel - Constituição - Princípio *nemo tenetur se detegere*.

### **ABSTRACT:**

The Brazilian Antitrust authority (Conselho de Defesa Econômica - CADE), an independent governmental agency responsible for the prevention and repression of violations to the economical order, has throughout the years been strengthening its mechanisms for fighting collusive conducts, such as cartels. However, certain innovations that turn procedures to restrain agreements between competitors more rigorous, may fail to respect some of the rights granted to the defendants. The objective of this article is to examine the relationship between active legal collaboration at the administrative level and the principle of *nemo tenetur se detegere*, that is, the right to not be forced to provide evidence against yourself, with particular reference to cartels as object of criminal prosecution.

Keywords: Antitrust - Legal collaboration - Cartel - Constitution - Principle of *nemo tenetur se detegere*.

JEL: K21- Antitrust Law

---

<sup>1</sup>Graduanda do oitavo período em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Participou da IX Edição do Programa de Intercâmbio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e da Subchefia para Assuntos Legislativos da Casa Civil. Participou da XXXIV Edição do Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Foi estagiária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Ministério Público de Santa Catarina. Foi assistente jurídica do grupo de antitruste do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados associado a Baker and McKenzie.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Histórico do princípio *nemo tenetur se detegere* 3. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a Constituição brasileira 4. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a colaboração processual 5. A colaboração processual em face do princípio *nemo tenetur se detegere* 5.1. Alteração da pena pelo crime de formação de cartel 5.2. Compromisso de Cessação e as obrigações de confissão e de colaboração 5.3. A instrução processual no Cade 6. A colaboração processual no processo administrativo 7. A evolução dos Cartéis e dos meios de repressão 8. Conclusões; 9 Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, disciplinado pela Lei nº 12.529 de 2011, prevê diversas situações onde se exige a colaboração processual dos representados no processo administrativo. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, por meio de resoluções, editou nos últimos anos disposições controversas em relação à contribuição imposta às partes passivas dos processos, inquéritos e averiguações.

Determinadas previsões, por seu conteúdo material, podem vir a colocar os representados em situações de insegurança, sem que haja certeza sobre a viabilidade do exercício de seus direitos de defesa. O princípio *nemo tenetur se detegere*, que veda a autoincriminação, é uma garantia constitucional, cujo exercício se dá principalmente no processo penal. Sua incidência no âmbito administrativo, no entanto, não pode ser ignorada.

As recentes mudanças na legislação antitruste ainda mantiveram como único crime contra a ordem econômica aquele relacionado à acordos entre concorrentes, cuja prática se dá por meio do cartel. Por ser a única infração com desdobramentos penais, a exigência de colaboração processual ativa do representado pode significar a supressão do exercício do seu direito constitucional de se manter em silêncio. A mitigação dessa garantia, nesses casos, tem especial gravidade, haja vista o caráter criminal da conduta colusiva.

Pretende-se discutir neste artigo até que ponto é possível dizer que o direito decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, por não ser absoluto, não se aplicaria às investigações de cartel, em face do caráter *sui generis* desta infração. Para tanto, é feita uma análise histórica do princípio em questão, demonstrando quais os seus fundamentos e suas origens, de modo que seja possível configurar sua importância dentro do ordenamento jurídico. Demonstra-se também como ele está inserido na legislação brasileira.

Em seguida, são expostas algumas previsões legais contidas na legislação antitruste que versam sobre formas de colaboração processual que exigem a participação direta dos investigados e representados nos procedimentos administrativos do Cade. A Lei nº 12.529/2011 e a Resolução Cade 5/2013 trouxeram algumas inovações no âmbito da colaboração processual que, pelo curto lapso temporal transcorrido desde sua entrada em vigor, ainda não possibilitaram aos administrados terem certeza e segurança sobre a maneira como a autoridade antitruste irá aplicá-las.

Após, discutem-se possíveis problemas decorrentes da coexistência entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e as recentes alterações em determinadas formas de colaboração processual nas investigações e processos administrativos envolvendo a prática de cartel. São apontadas circunstâncias onde não se observa a convergência entre esta garantia fundamental e a imposição da participação dos representados no processo, ocasionando, por um lado, o desrespeito a um princípio constitucional e, por outro, a possibilidade de enfraquecimento das ferramentas de repressão às infrações contra a ordem econômica.

Por fim, este artigo reflete sobre maneiras como a autoridade antitruste seria capaz de harmonizar a sua função de repressão com a manutenção e preservação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, para que os benefícios coletivos auferidos pela sociedade na preservação da ordem econômica e da livre concorrência não sejam obtidos através da desconsideração dos direitos dos particulares.

## **2. Histórico do princípio *nemo tenetur se deteger***

A consolidação dos direitos humanos enquanto agenda política internacional resultou da crescente necessidade de proteção do indivíduo perante o próprio Estado. Nesse contexto, o princípio *nemo tenetur se detegere* consagrou-se como uma das garantias individuais que impedem os governantes de agirem de forma abusiva contra seus governados. Esta máxima latina, que significa literalmente que ninguém é obrigado a se descobrir, possui raízes incertas, sendo tida como regra geral de direito.

Historicamente, no período que se seguiu após as revoluções burguesas, o processo penal observou a transição entre o modelo inquisitório e o modelo acusatório, de modo que a vedação da autoincriminação passou a figurar como uma das principais formas de proteção do indivíduo.



No modelo inquisitório, o acusado era visto como meio para a obtenção de provas. A confissão era considerada a prova máxima e, por essa razão, o acusado tinha obrigação de cooperar. A tortura e a extorsão eram os instrumentos utilizados para extrair a confirmação de uma culpabilidade pré-concebida. Logo, permanecer em silêncio não era uma opção.

Com as revoluções iluministas, foram – ao menos idealmente – eliminadas do processo penal a tortura como meio de obtenção de provas e a imposição ao acusado do juramento de somente dizer a verdade. Nos sistemas anglo-americanos, o direito conhecido como *privilege against self-incrimination* paulatinamente tomou força, especialmente com a adoção da defesa técnica, momento no qual o direito de silêncio durante o interrogatório foi reconhecido e viabilizado.

Nos Estados Unidos, o *privilege against self-incrimination* constou de vários diplomas ao longo dos anos e já em 1770 era tido como direito constitucional. Hoje, está expresso através da V Emenda Constitucional, que preceitua: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha feito referência somente ao princípio da presunção de inocência e à não utilização da tortura, outros diplomas, como o Pacto de San José da Costa Rica, prevêm a vedação a autoincriminação como uma das garantias mínimas a serem observadas em relação aos acusados de um delito.<sup>2</sup>

### **3. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a constituição brasileira.**

O princípio *nemo tenetur se detegere* insere-se dentro das garantias fundamentais do homem e a sua introdução em variados diplomas resultou fundamentalmente do processo político de formação do Estado Moderno, no qual afirmou-se o direito de resistência à opressão. A desconstrução da ideia de que o poder está concentrado nas mãos do governante resultou na ideia de que a soberania está nas mãos de cada cidadão.<sup>3</sup> Nesse diapasão, o desenvolvimento das teorias dos direitos fundamentais serviu para dar o caráter formal necessário às normas de proteção individuais.

---

<sup>2</sup>QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>3</sup>BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 7ª ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

Dentre as garantias fundamentais do acusado está o princípio que veda a autoincriminação. O princípio *nemo tenetur se detegere* vai além do direito ao silêncio, configurando-se como verdadeira liberdade individual frente ao Estado. É forma de proteção contra arbitrariedades e abusos cometidos no curso da persecução penal.

Embora o Brasil não tenha adotado literalmente este direito no texto de sua Carta Magna, o princípio que veda a autoincriminação está no rol das garantias fundamentais do nosso ordenamento. Segundo Maria Elizabeth Queijo, considerando que o princípio *nemo tenetur se detegere* foi expressamente previsto em diplomas internacionais ratificados pelo Brasil – como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – em razão da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, tal direito foi incorporado à relação dos direitos fundamentais contidos neste artigo. Foi, deste modo, reconhecido expressamente no direito brasileiro por meio das incorporações dos tratados internacionais ao direito interno.

Ainda segundo a autora, o referido princípio já poderia ser extraído das cláusulas que prevêm o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa, com especial destaque ao direito ao silêncio (não obstante este não se confunda ao princípio *nemo tenetur se detegere*).

No âmbito do processo penal, o direito ao contraditório garante o exercício de defesa. Uma de suas mais importantes facetas é o equilíbrio entre as partes. As técnicas empregadas por inquisidores, denunciadas por Cesare Beccaria em *Dos Delitos e Das Penas*, claramente subvertiam esta lógica, ao colocar um acusado em uma posição de submissão. Contemporaneamente, a efetivação das garantias do devido processo legal ainda não são plenamente observadas, ao passo que as desigualdades sociais permitem que certos cidadãos não possuam acesso a defesa técnica.

#### **4. O sistema brasileiro de defesa da concorrência e a colaboração processual**

Nas últimas décadas, a política de proteção concorrencial no Brasil observou o fortalecimento de seus mecanismos, de modo que se observam consistentes avanços no controle e punição dos ilícitos antitruste. Com o advento da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, os métodos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica se fortaleceram por meio de mudanças

drásticas que alteraram significativamente a organização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

O Cade, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, é um dos principais responsáveis por estimular a cultura da concorrência no Brasil e vem obtendo resultados que chamam a atenção no âmbito internacional. Com a crescente conscientização da sociedade para os problemas causados pelas infrações contra a ordem econômica, a mídia tem dado cada vez mais atenção aos casos de maior impacto julgados por este Tribunal Administrativo, especialmente aos casos de cartel.

O combate aos ilícitos concorrenciais tem ganhado força e é expressivo o empenho das autoridades em exercer de fato a proteção imediata dos consumidores e, mediata, da livre concorrência. Buscando maior eficiência e celeridade, diversas alterações legais e normativas vem sendo implementadas. Nesse sentido, a nova legislação antitruste trouxe mudanças muito importantes: alterou o artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, passando a atribuir aos crimes cometidos contra a ordem econômica a pena de reclusão de dois a cinco anos cumulada com multa, ao contrário da redação anterior que previa o mesmo tempo de reclusão, porém multa alternativa.

A alteração supramencionada, embora a olhos leigos possa parecer insignificante, elimina uma possibilidade de benefício processual-penal: a suspensão condicional do processo, também chamado de *sursis processual*<sup>4</sup>. Tal opção garantia ao acusado por formação de cartel que o processo fosse suspenso por dois a quatro anos, no qual aquele ficaria submetido à período de prova e pagamento de multa<sup>5</sup>. A existência dessa alternativa impossibilitou que as condenações por cartel submetessem qualquer indivíduo a penas restritivas de liberdade.

No entanto, com o advento da nova legislação antitruste, que entrou em vigor na metade de 2012, o crime de cartel deixou de ser de menor potencial ofensivo<sup>6</sup> e, portanto, não está mais sujeito à Lei nº 9.099/1995. Logo, os crimes elencados no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 não estão mais submetidos à legislação dos Juizados Especiais, na qual constam os benefícios da suspensão condicional do processo. A consequência dessa mudança é que, agora, uma condenação no âmbito criminal pode levar o acusado a cumprir pena restritiva de liberdade, o que antes não acontecia.

---

<sup>4</sup>LIMA, J.L.O.; DALL'ACQUA, R. Confissão em infração concorrenciais é inconstitucional. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrenciais-inconstitucional>>.

<sup>5</sup>Vide Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

<sup>6</sup>BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.

Outra inovação recente, desta vez por meio da Resolução Cade 5/2013<sup>7</sup>, alterou a seção referente ao Compromisso de Cessação<sup>8</sup>. As mudanças mais relevantes ocorreram no que se refere, em primeiro lugar, à necessidade imposta ao compromissário de que reconheça sua participação na conduta em determinados casos, quais sejam: investigações de acordo, combinação, manipulação e ajuste entre concorrentes<sup>9</sup>. A segunda mudança impactante contida na Resolução Cade 5/2013 diz respeito à obrigatoriedade de que o compromissário colabore com a instrução processual<sup>10</sup>.

Disso decorre que a exigência de confissão e colaboração processual do acusado se aplica para todas as condutas anticoncorrenciais tipificadas penalmente. Porém, diversamente do que ocorre nos acordos de leniência, para o compromissário não está prevista a extinção da punibilidade penal ou redução da punição. A antiga regulamentação, no que tange às pessoas físicas, excluía a exigência de confissão, embora impusesse o reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão. Atualmente, no entanto, não há regulamentação específica para as pessoas físicas, o que permite que o Cade faça tal exigência à administradores de empresas envolvidos em investigações de cartel<sup>11</sup>.

A colaboração na instrução do processo de que trata a mencionada resolução não está estabelecida de forma taxativa, ficando sujeita à discricionariedade da Administração. No que se refere ao acordo de leniência, a Lei nº 12.529/2011 prevê que o leniente deve identificar os demais envolvidos na infração e comprová-la através de informações e documentos. Requer, também, que a primeira empresa a se qualificar cesse seu envolvimento na conduta noticiada, confesse sua participação no ilícito e coopere com as investigações e o processo. Tal cooperação se dá por meio do comparecimento em todos os atos processuais. Por fim, o acordo de leniência só é celebrado se a Superintendência-Geral do Cade não dispuser ainda de provas suficientes que garantam a condenação dos envolvidos.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Resolução nº 5, de 06 de março de 2013. Aprova a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessação. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205\\_2013.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2014.

<sup>8</sup>ZARZUR, C. S.; GARRIDO, M. P.; SILVA, L. B. Admissão de culpa em TCC não configura reincidência. *Conjur.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>>.

<sup>9</sup>Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário.

<sup>10</sup>Art. 186. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual.

<sup>11</sup>BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.

Em sentido diverso, a nova legislação antitruste, em seu capítulo dedicado ao Compromisso de Cessação, menciona que o termo de compromisso deve conter “a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis”, além da fixação de multa para o descumprimento dessas obrigações e o valor da contribuição para o Fundo de Direitos Difusos. Ou seja, a autoridade antitruste reveste-se de enorme poder pois possui margem discricionária bastante ampliada, o que pode gerar insegurança para os compromissários.

Outra modificação bastante significativa foi a criação da Superintendência-Geral - SG, agora integrando a autarquia e incorporando funções exercidas anteriormente pela Secretaria de Defesa Econômica- SDE (vinculada ao Ministério da Justiça) e também pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae (vinculada a Ministério da Fazenda). As principais atribuições da SG são a análise, aprovação ou impugnação de atos de concentração e a realização de inquérito administrativo e instrução de processo administrativo para a imposição de sanções contra a ordem econômica.

Compete à SG, no interesse da instrução dos tipos processuais referidos em lei, a realização de diversos tipos de diligências. Dentre elas, a requisição de informações e documentos a qualquer pessoa, órgão ou entidade, bem como a requisição de vista e cópias de inquéritos e ações judiciais. Ocorre que a Lei nº 12.529/2011 manteve, com redação quase idêntica, previsão de imposição de multa diária (no valor de R\$ 5.000,00, podendo ser aumentada em até vinte vezes) para aquele que recusar, omitir ou retardar injustificadamente as informações ou documentos requeridos pelo Cade ou pela Seae<sup>12</sup>.

Tais mudanças certamente visam o *enforcement* da política de defesa da concorrência no Brasil. É inegável que as autoridades competentes devem empreender os esforços necessários para promover as necessárias modernizações nos mecanismos de proteção da ordem econômica, cujos princípios estão elencados no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, com especial destaque ao princípio da livre concorrência, inserido no inciso IV.

Nesse sentido, convém ressaltar que todas as alterações mencionadas visam o recrudescimento da repressão às práticas anticoncorrencias, especialmente àquelas que envolvem colusão entre concorrentes. Tal postura é de fato legítima, posto que intenciona a manutenção dos benefícios do livre mercado. Mister salientar que a política antitruste possui diversos objetivos, dentre eles a consecução de uma economia eficiente, a manutenção do

---

<sup>12</sup>Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

processo competitivo, a prescrição de padrões de conduta para a justa competição e a prevenção da concentração de poder de mercado<sup>13</sup>.

O Brasil está se tornando paulatinamente uma referência no que tange à proteção da ordem econômica e alterações na legislação antitruste que intencionem o alcance de resultados mais efetivos, eliminando a impunidade, são louváveis. Porém é necessário evitar que a ânsia de produzir melhorias coletivas não acabe por ignorar garantias individuais.

## **5. A colaboração processual em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.**

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, foram realizadas sensíveis transformações no que diz respeito às formas de colaboração processual exigidas dos representados. Resta verificar se este contexto de maior rigidez no trato com possíveis infratores à ordem econômica não pode ser capaz de ocasionar situações onde os direitos e garantias do acusado deixam de ser aplicados, sob uma pretensa satisfação da pretensão punitiva.

As mudanças legais aqui discutidas abrangem basicamente a esfera do crime de cartel e suas interfaces administrativa e criminal. A alteração na pena para os ilícitos colusivos, as obrigações impostas para a celebração do Compromisso de Cessação e as prerrogativas instrutórias da inédita Superintendência-Geral possuem, todas, consequências no âmbito da colaboração processual.

Nesse contexto, o princípio *nemo tenetur se detegere* restaria desassistido ou, para as situações expostas, é previsto algum tipo de exceção? Sobre a questão, à luz do princípio da proporcionalidade, convém citar a lição de Maria Elizabeth Queijo:

“O *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição brasileira, assim como em textos constitucionais estrangeiros. Mas a inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o *nemo tenetur se detegere* seja um direito absoluto”<sup>14</sup>.

Portanto, é necessário verificar se possíveis violações ao direito de vedação da autoincriminação não estariam sendo provocadas pela colisão desse princípio com outros direitos fundamentais, igualmente resguardados pela Carta Magna. A fim de realizar esta

---

<sup>13</sup>HANDLER, M.; PITOFKY, R.; GOLDSCHMID, H. J.; WOOD, D. P. *Trade Regulation*. 4th ed. New York, The Foundation Press, 1997.

<sup>14</sup>QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

análise, é preciso inicialmente verificar em que ponto as alterações provocadas pela nova legislação antitruste afrontam o princípio em questão.

### **5.1. Alteração da pena pelo crime de formação de cartel**

A mudança na penalidade para o crime previsto no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 resultou na eliminação de um benefício processual, constante da legislação que disciplina os Juizados Especiais, que prevê a suspensão condicional do processo. Esta nova realidade submete a persecução criminal dos presidentes, diretores, funcionários ou administradores de empresas envolvidas na prática de cartel, pelo Juízo Comum. Desse modo, a possibilidade de condenação à penas privativas de liberdade sofre substancial aumento, além do próprio inconveniente de ser réu em um processo penal.

Não se está com isso, de forma alguma, querendo mitigar a responsabilidade daqueles que cometem tal crime. A realidade é que o cartel de fato é a infração com o maior potencial lesivo no âmbito da ordem econômica, sendo capaz de provocar imensos danos à sociedade, como o aumento de preços e a redução a oferta. Além disso, os autores dessa prática são, em geral, pessoas com alto grau de instrução e que ocupam cargos de chefia em empresas de grande porte. Sabem, desse modo, que estão cometendo um ilícito. O desconhecimento da ilegalidade dessa prática nos dias atuais, à vista do incremento da cultura concorrencial, é praticamente impossível, além de inescusável.

Cabe, contudo, ressaltar que o fato de que este delito deixou de ser um crime de menor potencial, ficando sujeito ao procedimento ordinário, impinge que as autoridades redobrem a atenção no sentido de evitar qualquer desrespeito aos direitos fundamentais do acusado, haja vista este estar sujeito à gravosas consequências.

Assim, faz-se necessário que a instrução do processo criminal seja feita respeitando o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo e de não participar ativamente na colaboração processual, cabendo às autoridades competentes a construção do conjunto probatório necessário.

### **5.2. Compromisso de cessação e as obrigações de confissão e de colaboração:**

As novas regras para a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática estabeleceram controversas obrigações para aqueles que pleiteiam este benefício, especialmente no que se refere às posteriores repercussões penais que a sua colaboração pode

vir a ter. Este é, talvez, o ponto de maior sensibilidade no contexto da vedação à autoincriminação.

A começar pela obrigatoriedade de confissão, sem que haja o afastamento da punibilidade criminal (como ocorre nos acordos de leniência). Claramente se está diante de uma inconstitucionalidade, pois essa situação praticamente inviabiliza o exercício do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência na esfera penal, afastando a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse diapasão, é relevante discutir a natureza do Compromisso de Cessação. A possibilidade de celebração deste compromisso entre o Cade e empresas e indivíduos acusados de práticas anticoncorrenciais existe desde 1986<sup>15</sup>. O Tribunal Regional Federal da 1º Região entende, majoritariamente, que antes da vigência da Lei nº 10.149/2000 a celebração de Termo de Compromisso era direito subjetivo da parte e só podia ser negada pelo Cade caso não fossem cumpridos determinados requisitos (cláusulas mínimas previstas no § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884/1994)<sup>16</sup>.

Mesmo que a redação do artigo 85 de Lei nº 12.529/2011 tenha sido bastante clara no sentido de que o Compromisso de Cessação fica sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração e esteja vinculado ao alcance dos interesses protegidos por lei, não se pode alegar que a possibilidade de firmar referido compromisso, pelo simples fato de ser somente um opção da parte, cujo direito é o de pleitear o benefício mas não o de vê-lo atendido, possa submeter os representados à situações que ofendam os seus direitos fundamentais.

Se fosse esse o caso, a própria essência do instituto estaria corrompida. As finalidades precípuas do sistema preventivo e repressivo às infrações contra a ordem econômica são a proteção ao consumidor, a desconcentração de poder econômico<sup>17</sup> e a alocação eficiente de recursos<sup>18</sup>. Não é, pois, isoladamente, objetivo da política antitruste punir os infratores, especialmente na esfera criminal. A punição penal deve servir como *ultima ratio*, sendo, portanto, absolutamente plausível que a celebração do TCC inclua, assim como os acordos de

---

<sup>15</sup>Art 15. Se, durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos, a parte a eles submetida assumir o compromisso de cessar a prática sob investigação, o CADE suspenderá a sindicância ou o processo, sem que tal compromisso implique na confissão de ocorrência de abuso do poder econômico, inexistindo conseqüentemente penalidade a ser aplicada

<sup>16</sup>Vide Apelação em mandado de segurança nº 2002.34.00.007525-4, Apelação/Reexame Necessário nº 2002.01.00.027976-7/DF, Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.026790-6, Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.059730-8/DF, Apelação Cível nº 2002.34.00.039067-2/DF.

<sup>17</sup>WISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 6<sup>th</sup> ed. New York, Oxford University Press, 2008.

<sup>18</sup>VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3th ed. London, The MIT Press, 2000.



leniência, previsão de extinção da punibilidade para pessoas físicas, posto que é possível a consecução dos mesmos objetivos de modos menos gravosos.

Novamente, não se está, com isso, pretendendo garantir a impunidade perante infração tão grave quanto a formação de cartel. Porém, igualmente inadmissível é conceber um procedimento que inviabilize a preservação das garantias individuais, particularmente por impossibilitar o exercício do princípio *nemo tenetur se detegere*.

### **5.3. A instrução processual no Cade**

A nova legislação antitruste agregou ao órgão de defesa da concorrência uma estrutura responsável por realizar, dentre outras atribuições, a instrução dos processos administrativos com vistas à imposição de sanções contra ilícitos que ferem a ordem econômica. A SG, de acordo com a Lei nº 12.529/2011, possui competência para realizar praticamente qualquer tipo de diligência que pretender, sendo necessário autorização judicial somente nos casos de busca e apreensão.

É bem verdade que, se para esse poder quase ilimitado de atuação no sentido de instruir o processo com o maior número de provas possíveis, não houvessem, na mesma medida, meios de coibir o seu descumprimento, não se estaria tratando de um poder, mas de uma atribuição formal sem qualquer eficácia. Por certo, é preciso que a autoridade antitruste possa revestir-se de poder sancionatório, sem o qual seus atos estariam esvaziados.

No entanto, as disposições legais que autorizam a SG a requisitar, a quem quer que seja, informações, documentos e esclarecimentos, de qualquer tipo<sup>19</sup>, sob pena de multa no caso de retardamento injustificado ou recusa<sup>20</sup>, pode vir a macular as garantias do acusado constantes do princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente diante das repercussões penais geradas por essas provas.

Ou uso das provas obtidas no curso do processo penal, no processo administrativo - a chamada prova emprestada - é admitida, desde que não esteja eivada de nulidade na origem. Tal possibilidade possui diversas vantagens, em especial a economia processual e a economia de recursos, posto que a mesma diligência não precisará ser realizada duas vezes.

---

<sup>19</sup>Vide art. 13., inciso VI, alíneas “a” a “f”, da Lei nº 12.529/2011.

<sup>20</sup>Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator.

No Superior Tribunal de Justiça, é pacífico o entendimento sobre a admissibilidade do uso de prova emprestada, devidamente autorizada judicialmente, do processo penal no processo administrativo<sup>21</sup>. O MS 32.197-RJ, da lavra do Ministro Moura Ribeiro, autoriza a utilização em processo administrativo instaurado pela antiga SDE, de provas emprestadas de inquérito policial, inclusive escutas telefônicas, obtidas por meio da operação "Roupa Suja" da Polícia Federal.

O próprio Cade entende que é admissível o uso de tais provas como base para a condenação de cartéis. Exemplo disso é o voto do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, no processo administrativo nº 08012.009888/2003-70, que condenou dezesseis representados (oito empresas e oito pessoas físicas) por formação de cartel no mercado de gases industriais e hospitalares, entendendo pela legalidade do empréstimo de prova produzida no âmbito penal, pelos seguintes argumentos:

“Nosso ordenamento constitucional privilegia o direito à intimidade e ao sigilo de comunicações telefônicas. Por este motivo, restringe a possibilidade de violação estatal do sigilo àqueles casos em que haja suspeita de dano considerável à sociedade. Ou seja, apenas a casos de condutas tipificadas como crime. Uma vez reconhecido esse dano e ocorrida a intervenção estatal, é plenamente possível a extensão da utilização da prova. Ao condicionar a realização de interceptações a casos de investigação criminal, a lei não está pretendendo restringir o uso da informação obtida; o que se pretende é apenas assegurar que um mecanismo incisivo de inquérito seja empregado somente a casos graves. Não há nenhum óbice ao uso da prova em outras esferas após o reconhecimento da gravidade do caso e a realização da diligência.”

Pelos precedentes citados, inquestionável a possibilidade de utilização pelo Cade de provas emprestadas, obtidas em investigações, inquéritos ou processos no âmbito criminal, desde que essas não tenham incorrido em qualquer tipo de nulidade, tendo respeitado os princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da vedação da autoincriminação.

As provas obtidas no processo administrativo por meio da colaboração direta do acusado, não podem, no entanto, jamais serem transferidas, sob pena de afronta ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Não haveria, a princípio, problema quanto a utilização para a instauração de Ação Civil Pública, por exemplo, de provas obtidas através de busca e apreensão autorizada judicialmente no processo administrativo, até mesmo porque é impossível realizar tal procedimento duas vezes e obter as mesmas provas. Uma vez realizada, os documentos necessários à instrução do processo são apreendidos, inviabilizando uma nova busca e apreensão.

---

<sup>21</sup>Vide Mandado de Segurança nº 17.472/DF, Mandado de Segurança nº 19703 / DF, Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 32197 / RJ.

Mas, no que se refere às provas obtidas por meio da colaboração ativa do representado (tais como a confissão, a entrega de documentos e outros meio de provas pertinentes e a prestação de informações no curso do processo administrativo), e que, teoricamente, poderiam ser usadas para incriminá-lo no processo penal, estas não poderiam ser transferidas, como já mencionado. É inconcebível a violação do direito de não autoincriminação do acusado. E restaria impossibilitado o exercício do contraditório, pois como contraditar uma prova produzida por si próprio?

Nesse sentido, importa ressaltar que o Cade vem firmando diversos acordos de cooperação com outros órgãos, visando a intensificação das ações de combate aos crimes contra a ordem econômica. A SDE e o Ministério Público Federal, por exemplo, especificamente no que se refere às práticas de cartel, firmaram acordo visando ao intercâmbio e à cooperação técnica relacionados à defesa do consumidor<sup>22</sup>.

O Cade, por sua vez, no intuito de dar maior celeridade e efetividade na prevenção e repressão de cartéis em licitações, firmou o Acordo de Cooperação nº 02/2014, com a Controladoria Geral da União, que prevê que: “O Cade encaminhará à CGU as informações e indícios obtidos nos procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos administrativos que tenham por objeto a apuração de infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, observadas as competências do órgão”<sup>23</sup>.

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, possui acordo firmado com o Ministério Público Federal, com o objetivo de acentuar a repressão às práticas anticompetitivas, com as seguinte previsão: “A Seae enviará ao Ministério Público as informações e provas que forem obtidas, no âmbito da investigação administrativa, nos procedimentos administrativos referentes a condutas anticompetitivas”<sup>24</sup>.

A possibilidade, portanto, de as autoridades antitruste encaminharem as provas obtidas no curso do procedimento administrativo, sem que esses acordos tenham previsto que não se incluem aquelas provas obtidas por meio da colaboração processual ativa do representado, é motivo de insegurança para os administrados, pois como garantir que será respeitados o seu direito advindo do princípio *nemo tenetur se detegere*?

Embora o Cade em si ainda não tenha firmado acordo com o Ministério Público Federal, tudo leva a crer que a cooperação técnica entre as entidades será eventualmente

---

<sup>22</sup>Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B34431BE8-99AE-426E-B569E0785B5AB1B8%7D&params=itemID=%7B4F5AE714-C24F-4717-8996742E1EC1BE94%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>.

<sup>23</sup>Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Acordo%20CADE%20e%20%20CGU.pdf>>.

<sup>24</sup>Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br/legislacao/acordos>>.

formalizada, tendo em vista que a Superintendência-Geral do Cade já está estruturada e consolidada. No mesmo sentido, é plausível que os Ministérios Públicos dos Estados venham a trocar informações com o Cade e vice-versa, com o intuito de reforçar a repressão aos cartéis.

## 6. A colaboração processual no processo administrativo

Pelo exposto, a colaboração processual, em algumas situações, pode levar à abnegação do princípio *nemo tenetur de detegere* no âmbito no processo criminal instaurado contra administradores de empresas acusadas de participação na formação de cartel. A imposição da colaboração ativa no processo administrativo, seja das pessoas jurídicas ou físicas, não pode ocasionar dano àqueles que porventura venham a ser parte passiva em ação penal, não devendo tais provas serem objeto de transferência.

Entende-se por colaboração processual ativa aquela que envolve a participação direta do representado, por exemplo, documentos enviados pela parte e informações prestadas após requisição do Cade, bem como a própria confissão. Já a colaboração passiva é a não criação de obstáculos ou barreiras à investigação e a lealdade e a boa-fé processual.

A Lei n° 9.784/1999, que regula o processo administrativo, prevê, em seu artigo 3º, que são direitos dos administrados: direito de ser respeitado, direito à informação, direito à alegações e comprovações e o direito a representação. Já no que se refere aos deveres dos administrados, dispõe: dever de veracidade, dever de lealdade, proibição de temeridade e o dever de informação e colaboração<sup>25</sup>.

Quanto ao dever de informação e colaboração, leciona o professor José dos Santos Carvalho Filho:

“Quanto ao dever de informação, é de notar-se que o indivíduo pode deixar de fornecê-la nas hipóteses constitucionalmente asseguradas de sigilo por força de ofício ou profissão (art. 5º, SIV, CF). Da mesma forma, não haverá ofensa ao dever de informação a recusa do acusado em comunicar fatos que provem contra si mesmo. Daí seu direito de não responder a perguntas, garantia também asseguradas aos acusados no processo penal (art. 186, Cód. Proc. Penal), com base na garantia constitucional de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). A garantia se consubstancia no brocardo “*nemo tenetur se detegere*” (“ninguém é obrigado a acusar-se”), nem de sujeitar-se a meios que visem esse fim. Não pode, todavia, chegar ao extremo de fazer auto-acusação falsa, conduta que se qualifica como delito, previsto no art. 341, do Cód. Penal.”

<sup>25</sup>CARVALHO FILHO, J. S. *Processo Administrativo Federal*: comentários a lei 9.784. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

Por essa razão, se o representado entender que a sua colaboração pode vir a representar mácula ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo, pode manter-se em silêncio, o que é assegurado pelo direito constitucional acima referido e pelo princípio *nemo tenetur se detegere*.

## **7. A evolução dos cartéis e dos meios de repressão**

O crime de cartel configura a maior violação contra a ordem econômica. Por essa razão, a repressão a essa conduta vem sendo intensificada, obtendo, inclusive grande atenção da mídia, que repercute grandes casos de condutas colusivas em diversos mercados. A repressão a essa infração traz grandes benefícios à sociedade, mas, como já mencionado, é preciso que se garanta o respeito aos direitos fundamentais durante o processo administrativo.

O maior problema para as autoridades antitruste no que se refere à atuação repressiva contra o cartel é, justamente, a produção de provas. Algumas décadas atrás, quando a cultura concorrencial ainda não estava bem desenvolvida, os cartéis se desenvolviam com grande liberdade e facilidade. Há casos em que os acordos eram registrados em cartório, em contratos, em atas de reuniões ou em outros documentos públicos. Os participantes do cartel chegavam a declarar em entrevistas para jornais detalhes das avenças entre os concorrentes, sem se preocupar com qualquer consequência.

Em suma, a facilidade de se produzir provas era muito grande, pois os cartéis se desenvolviam sem muito cuidado ou diligência por parte dos concorrentes, que reuniam-se e realizavam combinações sem qualquer preocupação de que isso viesse a se tornar público. Muitas vezes, estes empresários nem mesmo sabiam que o que estavam fazendo era ilegal.

No presente, a situação é muito diferente. Os cartéis se desenvolvem por meio de esquemas de alta complexidade, em que os acordos são firmados de maneiras bastante discretas. Qualquer empresa e seus administradores têm ciência de que o combate e a repressão aos cartéis evoluiu muito, de modo que agora, para organizar um cartel, é necessário fazer uso de ferramentas que permitam dissimular ao máximo a existência do conluio.

O desenvolvimento de métodos refinados de combinação entre concorrentes dificulta a repressão a essas infrações. Há setores em que sindicatos e associações são utilizados para disfarçar os acordos, servindo como justificativa para eventuais encontros entre concorrentes. Por essa razão, o Ministério da Justiça editou uma cartilha com informações sobre cartéis em

sindicatos e associações, além de diversas outras publicações do mesmo gênero que pretendem difundir a cultura concorrencial<sup>26</sup>.

A possibilidade de condenação de empresas por formação de cartel, no processo administrativo do Cade, com base somente em provas indiretas, é um meio de evitar a impunidade, nos casos em que não há documentos ou outras provas capazes de embasar uma condenação. Ou seja, se não há outra explicação racional para um aumento coordenado de preços, por exemplo, que não a colusão, e as própria empresas não conseguem fornecer qualquer justificativa ou explicação verossímil, é possível que o Cade condene tais empresas, com base na doutrina do paralelismo *plus*<sup>27</sup>.

A condenação com base em provas indiretas, porém, só se justifica quando não houver qualquer outro tipo de prova. Por essa razão, e também diante da sofisticação dos cartéis, é que mecanismos como o programa de leniência vem sendo fortalecidos. Através deles, facilita-se a construção de um conjunto probatório suficientemente sólido. As diligências de busca e apreensão também são uma forma bastante eficiente de reunir documentos que possam comprovar os acordos.

Da mesma forma que os cartéis se sofisticaram, também é evidente que as autoridades antitruste tiveram uma grande evolução nos últimos anos e que continuarão dando saltos de qualidade cada vez maiores. Um sistema bem consolidado e bem estruturado é capaz de se orientar de forma a sempre resguardar os direitos dos representados, mesmo que seja duro no combate às infrações contra a ordem econômica.

## 8. Conclusões

Diante deste contexto, é possível uma conclusão no seguinte sentido: a autoridade deve sempre buscar obter as provas necessárias à repressão e condenação dos cartéis sem que para isso seja necessário a colaboração processual ativa dos representados. A requisição de documentos e informações dos representados deve ser somente utilizada quando estritamente necessária e não deve ser objeto de transferência processual em nenhuma hipótese, sob pena de colocar as pessoas físicas constantes do pólo passivo do processo administrativo em situação temerária, em face da persecução penal.

---

<sup>26</sup>Disponível: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B51A08827-4F0E-4A4E-8D62-A1FAEFA848CB%7D>>.

<sup>27</sup>Vide Processo Administrativo CADE n° 08012.000677/99-70.

A sanção para a recusa no fornecimento de informações deve ser mínima e só deve ser aplicada contra pessoas jurídicas. Não se entende que tal recusa não deva ser passível de aplicação de multa para as empresas, pois caso não houvesse uma punição, o poder do Cade seria inócuo. Somente deveria ser passível de uma sanção mais rigorosa a prestação de informações falsas ou enganosas, posto que inescusável a má-fé do representado nesses casos.

Para as pessoas físicas que sejam parte passiva em processo administrativo do Cade ou em momento anterior a instauração do processo, durante a fase instrutória, deve ser respeitado o direito decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, posto que é uma garantia constitucional e deve ser preservada. As repercussões penais a que estão sujeitos estes administradores de empresas envolvidas em cartéis são significativas e, portanto, a colaboração processual destes, no âmbito administrativo, não pode ser objeto de imposição ou obrigação, posto que estes tem a prerrogativa de se manterem em silêncio, caso assim o desejem.

Trata-se, somente, da preservação dos direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, o que não interfere na repressão e punição a que estão sujeitos. Estas sanções, no entanto, não podem ser fruto de sua própria participação, mas sim advirem de provas colhidas por outros meios legítimos e que respeitam os princípios constitucionais pertinentes.

## 9. Referências bibliográficas

- QUEIJO, M. E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. 7ª ed, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- LIMA, J.L.O.; DALL'ACQUA, R. *Confissão em infração concorrencial é inconstitucional*. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrencial-inconstitucional>>.
- BOTTINI, P.; SOUZA, R. I.; DELLOSSO, A. F. A.; *Nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 20, jan. - jun. / 2013.
- ZARZUR, C. S.; GARRIDO, M. P.; SILVA, L. B. *Admissão de culpa em TCC não configura reincidência*. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>>.
- HANDLER, M.; PITOFSKY, R.; GOLDSCHMID, H. J.; WOOD, D. P. *Trade Regulation*. 4th ed. New York, The Foundation Press, 1997.
- WISH, R.; BAILEY, D. **Competition Law**. 6th ed. New York, Oxford University Press, 2008.
- VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3th ed. London, The MIT Press, 2000.
- CARVALHO FILHO, J. S. *Processo Administrativo Federal: comentários a lei 9.784*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- PRAXEDES, R. R. *Valoração de prova na condenação de cartéis*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 19, jul. – dez. / 2012.
- GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Investigações de cartel no Brasil: parâmetros constitucionais e considerações sobre aplicação da teoria dos efeitos*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 17, jan. - jun. / 2010.
- ROSA, J. D. C. F.; DANIEL, J. M.; PEREIRA JÚNIOR, A. A. *A prova emprestada nos processos administrativos para investigação da prática de cartel*. Revista do Ibrac, São Paulo, v. 17, jan. - jun. / 2010.
- TALAMINI, E. *Prova emprestada no processo civil e penal*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 140, out. – dez. / 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/426>>.