

DIRIGISMO RÚPTIL: BREVES REFLEXÕES ACERCA DO *REFUSAL TO DEAL*

Pedro Henrique Colares ¹

RESUMO

O presente trabalho analisa a conduta anticoncorrencial denominada na literatura como recusa de contratar. Tal prática, a princípio mera liberalidade dos agentes econômicos, ganha contorno preocupante quando exercida de maneira abusiva, conquanto seja carente de pressupostos objetivos para uma segura constatação, com vistas a evitar ingerências indevidas em práticas comerciais lícitas. Busca a primeira parte do artigo delinear um quadro teórico no viés econômico, para a compreensão dos aspectos microeconômicos envolvidos. Em seguida, examina-se o viés jurídico da questão, com o intuito de identificar os princípios informadores no regime de contratação entre particulares, os elementos de configuração do ilícito e o trato da conduta tanto pelas agências de concorrência do exterior quanto pelo CADE. Conclui-se pela necessidade de uniformização do trato da matéria, com vistas a assegurar segurança jurídica aos agentes econômicos, bem como maior difusão de informações sobre o controle desta conduta.

Palavras-chave: Recusa de contratar. Livre-iniciativa. Infração à ordem econômica. Direito concorrencial.

ABSTRACT

This paper analyzes the anticompetitive behavior denominated in the literature as refusal to deal. This practice, at first mere liberality of economic agents, has a worrying effect when exercised in a abusive way, although it is lacking of objective assumptions for a certain enforcement, to avoid undue interference in licit commercial practices. The first part of the article seeks to outline a theoretical framework in the economic bias, in order to understand the microeconomic aspects involved. Next, it examines the legal bias of the issue, in order to identify the reporting principles in the contract legal regime between companies, the unlawful conduct elements of configuration and the conduct treatment by foreign competition agencies and by CADE. It is concluded that there is a need to standardize the conduct treatment to ensure legal certainty for the economic agents, as well as greater dissemination of information about the control of this conduct.

Keywords: Refusal to deal. Free initiative. Economic infraction. Competition law.

Classificação JEL: K21; K42.

¹ Participante da 38ª edição do Programa de Intercâmbio do Cade (Pincade). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Esboço teórico; 2.1. Viés econômico; 2.2. Viés jurídico; 2.2.1. A configuração da recusa de contratar; 2.2.1.1 Indispensabilidade do insumo almejado e impacto na concorrência; 2.2.1.2 Justificativas objetivas; 2.2.2 O *enforcement* contra abusos (e seus abusos); 3. Avaliação do ilícito pelo CADE; 4. Considerações finais; 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

Qual tem sido o desempenho das agências antitruste no controle de condutas? Ao lado do monitoramento das concentrações empresariais, frente de atuação mais desenvolvida e corriqueira das autoridades da concorrência, a análise de condutas tem sido comparativamente mais tímida, com exceção das colusões, tema há muito presente no Direito da Concorrência e na própria gênese da legislação antitruste.

As condutas excludentes, por outro lado, reclamam não só por metodologias de análises individualizadas, mas também por remédios adequados, pontuais, tópicos: fala-se de um dirigismo rúptil, eficiente na correção das falhas de mercado ao mesmo tempo que metucioso na intromissão no domínio privado da empresa, com a intenção de não a desestimular nem violar princípios caros ao bom funcionamento dos agentes econômicos.

Dentre as variadas condutas excludentes positivadas como ilícitos, destaca-se a intrigante recusa de contratar, conhecida na literatura internacional como *refusal to deal*².

Tal atitude, prevista no ordenamento pátrio na Lei nº 12.529/2011, sendo flexivelmente enquadrável em seu art. 36, § 3º, incisos V, XI e XII³, se apresentou (e ainda se apresenta), tanto

² Terminologias alternativas adotadas pela literatura, tais como recusa negociar, recusa de venda ou recusa de fornecer (*refusal to supply*) serão tidas como sinônimos no decorrer do trabalho.

³ 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:

[...]

§ 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:

[...]

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

[...]

XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

em jurisdições estrangeiras como no ordenamento jurídico pátrio, como norma aparentemente paradoxal: se por um lado regimes de livre mercado consagram como pressupostos a livre contratação e a autodeterminação das partes contratantes – não se impondo a nenhum *player* a obrigação de auxiliar um concorrente –, por um outro o trânsito de ativos entre agentes econômicos reclamou por uma funcionalização da autonomia privada, diante de destacadas falhas de mercado. Fala-se, nesse prisma, do *dever de contratar*, quando configurado o referido ilícito contra a ordem econômica, muito embora autoridades da concorrência ao redor do globo destoem em uma série de pontos ao redor da matéria, mormente seus requisitos configuradores e meios de responsabilização, onde qualquer valoração em excesso pela agência ou tribunal competente tem o potencial de importar em séria interferência na organização comercial da empresa respectiva, enquanto o *underenforcement* pode vir a agravar latentes abusos de poder dominante.

Diante do exposto, o presente trabalho se propõe inicialmente a buscar analisar os pressupostos – tanto jurídicos quanto econômicos – imprescindíveis para análise da recusa de contratar, diante da necessidade de serem estabelecidos critérios mais estáveis e objetivos para a caracterização do aludido ilícito, observando-se, em seguida, que trato tem a obrigatoriedade de contratar recebido das principais autoridades da concorrência mundo afora, com a realização de devidas considerações sobre a temática.

2. ESBOÇO TEÓRICO

Assim como normas de quaisquer ramos do Direito, também detêm as normas de direito econômico uma estrutura disjuntiva: fato, a respectiva consequência jurídica e a sanção prevista e aplicável na hipótese de inobservância ao comando legal são elementos comuns entre as normas das mais diversas searas. Diferem-se as normas de direito econômico, todavia, na existência de um duplo distintivo na composição de seus preceitos emanados, posto todos serem dotados de intrínseca economicidade ou caráter macroeconômico (FALCÃO, 2013, p. 145), exprimindo concomitantemente as diretrizes de política econômica adotadas pela ordem constitucional e, sobretudo, o grau de abertura às intervenções do Estado na atividade econômica. Nesse prisma, embora muito próximas das normativas das ciências econômicas,

XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

ramo científico eminentemente explicativo, com essas não se confundem (SOUZA, 2017, p. 140-141).

Sendo insuficiente uma análise puramente legal acerca da conduta em estudo – ignorando o todo racional da teoria econômica – ou unicamente econômica – em detrimento da natureza prescritiva do Direito –, seccionar-se-á a investigação sobre a recusa de contratar em duas vertentes: a primeira decompondo a fundamentação histórico-jurídica que alçou a conduta de não negociar ao rol exemplificativo de infrações contra a ordem econômica; a segunda, tomando como base preceitos microeconômicos, com vistas a engendrar em que hipóteses a obrigatoriedade de contratar seria economicamente necessária para manutenção de uma concorrência salutar, bem como as eventuais justificativas legítimas para que uma recusa não seja enquadrada como ilícito antitruste.

2.1 VIÉS ECONÔMICO

Conhecido fator de produção, a matéria-prima é pressuposto fundamental para a elaboração de produtos, ainda que necessária em maior ou menor grau, diante da eleição pela firma dos fatores primordiais para a produção. A teoria da empresa e sua respectiva análise das decisões empresariais tem como intuito minimizar os custos (médio e marginal) envolvidos na operação, tomando todos os referidos fatores como variáveis, sendo melhor visualizável quando se analisando a produção a longo prazo (PYNDICK; RUBINFELD, 2009, p.274).

Tal pressuposto teórico em muito expõe a necessidade das empresas – notadamente as que possuem distintos objetos sociais – de compactuarem entre si a alienação de insumos considerados imprescindíveis para suas respectivas linhas de produção, em especial diante da impossibilidade de obtenção de um dado insumo, seja por inexistência no plano geográfico de recursos *in natura*, seja pela incapacidade de replicação do insumo por ausência de estrutura orgânica em seu corpo empresarial, de forma que a produção *interna corporis* da matéria-prima é menos vantajosa economicamente do que sua aquisição com terceiros, que envolve custos de transação menores (FORGIONI, 2016a, p. 141), trazendo benefícios tanto para os custos de produção quanto para o preço final repassado ao consumidor. Assim, buscará a empresa, dessa forma, fornecedores do insumo cobiçado, sempre em consonância com os melhores termos e condições de contratação para sua organização empresarial.

Conquanto, embora se pressuponha o ganho mútuo fundado na busca de interesse por ambos os *players* contratantes, não se vislumbra na prática comercial atitudes filantrópicas, altruístas, que levem em consideração a boa condução e o bom funcionamento logístico nos negócios das contratantes. “Atos de liberalidade”, como preceitua Paula Forgioni, “são estranhos ao tráfico mercantil” (2016a, p. 159). Incontestavelmente, o egoísmo é atributo presente na prática empresarial, cada qual atribuindo notável prioridade às suas pretensões antes das de terceiros. Averiguando as atitudes tomadas pelos agentes econômicos, a ordem jurídica acaba por tolerar ou reprimir o agir egoístico uma vez que constata se os efeitos são, respectivamente, positivos (como o incremento da concorrência) ou negativos (como eventuais abusos de poderio econômico, tal como a recusa de contratar, a prática de preços predatórios ou de açambarcamento de matéria-prima). A autonomia privada, embora princípio informador de uma economia de livre mercado, dá azo a condutas economicamente reprováveis, passíveis de serem refreadas pelo ordenamento jurídico. Não se exige, por meio de acentuado dirigismo no comportamento empresarial, atitudes benévolas pelo *player* com poder econômico, mas sim que suas manifestações de vontade, por meio de negócios jurídicos, estejam funcionalizadas e voltadas para o acréscimo de bem-estar da ordem econômica.

2.2 VIÉS JURÍDICO

Inegável que é da própria essência do direito civil e do direito de empresa a concessão de liberdade negocial aos seus sujeitos, materializada na ideia de autonomia privada. O poder para edição de normas que regerão os atos entre contratantes, por meio de negócios jurídicos, é elemento essencial para o desenvolvimento do tráfego econômico e da realização fática de direitos dotados, comumente, de considerável economicidade. Contudo, a intensidade de interferência estatal é matéria que possuiu uma série de desdobramentos e tratamentos pelo ordenamento jurídico com o decorrer do tempo.

A concepção oitocentista a respeito da liberdade de contratar, submersa nos ideais do liberalismo econômico e corporificada em codificações europeias de renome, adveio com a remodelação das estruturas de poder existentes até então, com o traslado do poder político de déspotas para as mãos da pessoa jurídica do Estado e a retenção do poder econômico em absoluto para o particular (SOUZA, 2017, p. 249). A posição do Estado liberal frente a economia de mercado era, nesse prisma, de clara abstenção.

Circunstâncias fáticas, todavia, reclamaram por mitigações à absoluta autodeterminação das partes contratuais e, por conseguinte, ao exercício do poder econômico. Constatou-se que este, quando utilizado de maneira abusiva, concretiza uma série de manipulações de mercado e obstaculariza a iniciativa de agentes econômicos de menor porte, que cedem diante do poderio econômico. A título de exemplo, no que concerne à oferta e a procura, como ensina Washington Peluso Albino de Souza, muda-se o comportamento natural desta e são formuladas condições artificiais “impostas no mercado pelo detentor do maior poder econômico sobre o contendor economicamente mais fraco, dominando-o e impondo-lhe as suas condições, ainda que dentro daqueles limites” (2017, p. 252-253).

Dessa forma, o poder econômico, manejado dentre outras formas por meio da autonomia privada, deixa de ter tratamento como um direito eminentemente subjetivo e passa a sustentar nos textos constitucionais pátrios uma natureza de situação subjetiva de tolerância, sendo um fenômeno impassível de proteção e, salvo nas hipóteses de seu abuso, de condenação (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 18). No âmbito infraconstitucional, contudo, a ideologia liberal ainda se fazia sentir, sobretudo pela vigência da codificação civil de 1916 no decorrer de todo o restante do século XX, com a superação de tais convicções tão somente com a promulgação da constituição vigente, seguida da vigência de um novo código civil.

Ambos os textos normativos mencionados não só contribuíram como também positivaram de maneira expressa a funcionalização da autonomia privada. Institutos jurídicos de direito privado há muito considerados absolutos e fins em si mesmo – como o contrato, a propriedade e a empresa – devem obediência à uma operacionalização com vistas à construção de uma sociedade⁴ efetivamente justa, embora usualmente advenha a dificuldade em se definir o equilíbrio de tais valores, isso é, de estabelecer qual o grau de conformidade entre a funcionalização e domínio privado, embora pacificado que tenham como finalidade mediata a realização do interesse coletivo (FRAZÃO, 2006, p. 120-121). Trata-se de posicionar de maneira central o potencial transformador da função social nos institutos referidos institutos, os quais, nas linhas de Rosa Maria de Andrade Nery (2008, p. 250):

⁴ Entenda-se aqui “sociedade” como sujeitos de direito integrantes das dinâmicas de mercado, tais como consumidores, trabalhadores e sociedades empresárias dos mais diversos portes econômicos.

[...] ficam como que togados pela prevalência do lado social da moralidade contratual, que obriga o intérprete a vislumbrar em todos os contratos um interesse social para proteger, para assegurar o desenvolvimento sincero das atividades individuais e logo a composição mais forte e orgânica do todo social.

Conjuntamente com a função social surge também a tutela da boa-fé objetiva em todo o percurso contratual, exigindo dos participantes da relação contratual comportamento em consonância com os anseios éticos, imputando deveres de lealdade, cooperação e coerência para com os sujeitos contratuais, bem como dever de alcançar o reequilíbrio de cláusulas contratuais fora dos ditames da proporcionalidade (FRAZÃO, 2017, p. 457).

Evidentemente, os ideais da função social e da boa-fé objetiva são aplicáveis indistintamente a pessoas naturais e jurídicas⁵ – notadamente nos contratos interempresariais. No tocante a estas últimas, mais além do que a tutela dos referidos valores funcionalizadores, há também clara preocupação com o funcionamento salutar da livre concorrência, garantia institucional de proteção obrigatória pelo Estado (um poder-dever instituído pela cláusula constitucional de repressão ao abuso do poder econômico) por meio de ações afirmativas antitruste (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 415). Nesse diapasão, muito embora a funcionalização da autonomia privada aparente paradoxal violação à livre iniciativa e à livre concorrência, nem sempre estas podem ser alçadas como salvos-condutos com vistas a legitimar uma recusa de contratar diagnosticada como abusiva. As dificuldades da temática advêm, dessa forma, da tentativa de equilíbrio de tais valores, isso é, de estabelecer qual o grau de conformidade entre a funcionalização e domínio privado do contrato e da empresa, embora seja pacífico que uma das finalidades da função social é a realização do interesse coletivo (FRAZÃO, 2006, p. 120-121).

Contudo, o que poderia qualificar uma recusa de negociar como conduta abusiva nos termos da legislação antitruste? E até que ponto poderia uma determinada sociedade empresária ser obrigada a contratar com uma concorrente do mesmo mercado?

2.2.1 A configuração da recusa de contratar

⁵ A função social protagonizada pelos agentes econômicos em muito se manifesta, de maneira exemplificada, na doutrina das facilidades essenciais, como se demonstrará.

Em condições ideais de mercado, sociedades empresárias possuiriam garantia de plena autonomia privada para optarem por quais negócios irão obter eficiência econômica. A experiência antitruste em diferentes jurisdições mostrou, contudo, que em circunstância específica elementar a autonomia privada assegurada pela livre iniciativa é nociva para a concorrência entre agentes econômicos. Tal circunstância consiste, sobretudo, quando o *player* que se recusa a comercializar detém poder no mercado (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 536), sendo fornecedor de um insumo ou uma infraestrutura considerada essencial para o agente econômico que sofreu a recusa, provocando conseqüentemente a retirada deste do mercado ou onerando os custos para sua permanência (FRAZÃO, 2017, p. 458). Destarte, não busca a legislação antitruste reprimir a recusa de contratar praticada com lastro na organização operacional da empresa – considerada atitude empresarial comum albergada pelo princípio da livre iniciativa –, mas a recusa *abusiva*, anticompetitiva em seu intuito e nos efeitos produzidos.

Entretanto, posição dominante no mercado, como bem salienta Calixto Salomão Filho não pode ser tomado como o único critério para a identificação do ilícito antitruste, dado que a conduta pode estar envolta de circunstâncias das mais diversas possíveis (mercado, infraestrutura, continuidade da relação negocial). Nas palavras do referido jurista, reportar-se tão unicamente à noção de poder no mercado “conduz a uma explicação unitária de um fenômeno por natureza plurívoco” (2013, p. 536).

A recusa de negociar, nesse diapasão, pode assumir uma série de contornos a serem considerados pela autoridade repressiva, originando uma série de espécies de recusa. Pode ser caracterizada recusa de contratar, a título de exemplo, em rompimento súbito de relações negociais pré-existentes ou mesmo em uma relação contratual na iminência de ser constituída (esta última reclamando uma maior cautela da autoridade antitruste quando em seu poder de polícia, dada a escassez de provas), bem como o bem não fornecido⁶ consistir em um determinado produto, informação, acesso à infraestrutura⁷ ou mesmo licença de direitos autorais – espécie da prática em estudo chamada de “recusa de licenciar” e tema de grande

⁶ Em estudo sobre a temática, a Organização de Cooperação pelo Desenvolvimento Econômico (OCDE), considerando o impacto material aferível com o *refusal to supply*, afirma ser possível a configuração do ilícito com o fornecimento do insumo em uma quantia menor que a requisitada, bem como fornecendo-o de maneira irregular ou com longos atrasos aos adquirentes. (OECD, 2007, p. 28-29)

⁷ A jurisdição europeia possui precedentes concernentes à recusa de acesso a infraestruturas. Por meio da aplicação do artigo 102 do Tratado de Roma, a Comissão já deu procedência para o acesso a infraestruturas essenciais como portos (como no notório caso *Sealink/B&I – Holyhead*, de 1993), aeroportos, dutos de gás, fiação e cabamentos de telecomunicações, sistemas de pagamento, sistema de reserva de voos aéreos e entre outros (WHISH, BAILEY, 2012, p. 703-705).

sensibilidade, dada a exclusividade sobre a criação ser da essência da proteção autoral (NUNES, 2011, p. 190).

A prática pode, ainda, estar revestida de pretextos infundados, com a empresa recusante oferecendo justificativas implausíveis para o não fornecimento ou estipulando condições onerosas e altos preços – configurando uma recusa de contratar implícita (*constructive refusal to deal*), em contraposição a uma simples recusa, evidentemente mais simples de ser detectada, ou impondo condutas consideradas anticompetitivas a determinados concorrentes contratantes, como cláusula de exclusividade e manutenção de preço de revenda, praticando uma recusa de contratar condicional (*conditional refusal to deal*) (OECD, 2007, p. 28).

No que concerne ao desenho de mercado – âmbito da ocorrência de tal prática –, Richard Whish e David Bailey (2012, p. 698) apontam que a maior parte dos casos se verificam em mercados de intensa integração vertical⁸, com uma empresa dominante fornecendo insumos determinantes (*upstream market*) para a produção econômica de empresas de um mercado distinto (*downstream market*), refutando a estas o fornecimento do produto requisitado. Os referidos professores do londrino Kings College, todavia, alertam para a possibilidade de detecção de *refusals to supply abuses* também em restrições horizontais, citando hipóteses em que, v.g, um *player* detentor de poder dominante encerra de maneira abrupta o fornecimento a um distribuidor que transaciona produtos de competidores⁹ ou se nega a fornecer insumos a um comprador que almeja entrar no *upstream market* (2012, p. 708). As conjecturas a serem levantadas, nesse sentido, são inúmeras, inviabilizando uma mera tipificação objetiva de hipóteses para a configuração do ilícito antitruste em estudo, o que não elimina, todavia, a utilidade de serem investigados pressupostos objetivos de análise da conduta.

Partindo desta inferência, Whish e Bailey apontam a existência de quatro *standards* a serem constatados para a configuração de um abuso de recusa de contratar, quais sejam: a) a existência de poder de mercado pelo recusante em um *upstream market*; b) o produto almejado para aquisição ser considerado indispensável para agentes econômicos com pretensão em

⁸ Estruturação de controle empresarial em que um determinado grupo econômico exerce dominância em diferentes mercados verticalmente interligados, cada um correspondendo a uma etapa de produção do produto final. A recusa de contratar operada por uma firma dominante em mercados integrados verticalmente tende a ocorrer exatamente com vistas a eliminar a concorrência para sua empresa atuante no *downstream market*.

⁹ Ilustra-se a referida hipótese com o caso *United Brands Company v. Commission* (1978), no qual, embora tenha se reconhecido o intuito de “punir” a distribuidora Olesen por participar de publicidade promovida por empresas concorrentes, a Corte de Justiça Europeia constatou estar configurada ocorrência de abuso de *refusal to supply* pela aludida fornecedora de bananas, ainda que sem o intuito de excluir qualquer competidor do mercado.

competir em um *downstream market* relacionado com o aludido *upstream market*; c) a recusa praticada ter como resultado uma efetiva¹⁰ eliminação de concorrência no respectivo *downstream market*; d) a inexistência de uma justificativa objetiva para a recusa (2012, p. 699).

Já a OCDE estipula imprescindível a coexistência de seis elementos para a constatação de uma recusa de contratar abusiva, tais como: a) poder dominante pela empresa recusante (observando as especificidades da legislação antitruste de cada jurisdição quanto à medida deste poder); b) indisposição da empresa recusante em comercializar em condições consideradas “apropriadas”; c) o *refusal to deal* deve ser capaz de provocar um impacto material da concorrência, não sendo suficiente para sua configuração a eliminação de somente um competidor de um determinado mercado; d) inexistência de uma justificativa comercial objetiva para a recusa de contratação; e) viabilidade técnica e econômica no fornecimento do produto/serviço pela empresa recusante, em termos a não oferecer riscos à segurança ou ao meio ambiente, bem como à organização empresarial do próprio *player* fornecedor; f) possibilidade de elaboração de um remédio antitruste capaz de garantir o fornecimento do insumo/serviço em questão, em termos e condições considerados apropriados (OECD, 2007, p. 14-15). Note-se que não se faz necessário para a referida organização internacional a essencialidade do produto/serviço almejado pela empresa recusada.

De todos os requisitos supramencionados, alguns merecem específica análise.

2.2.1.1 Indispensabilidade do insumo almejado e impacto na concorrência

Embora não mencionado no estudo da OCDE, toma-se como pressuposto neste trabalho o caráter indispensável do produto/serviço para a caracterização do ilícito antitruste, contudo em um viés *institucional*.

Não se ignora o impacto econômico de produtos considerados determinantes para a linha de produção de uma determinada indústria e que têm sua alienação recusada por um fornecedor detentor de posição dominante. Não obstante a dificuldade de se estipular um grau

¹⁰ A intensidade do impacto anticompetitivo é aspecto controvertido, que vem sendo tratado na jurisprudência europeia. Firmou-se anteriormente, no caso da *Commerce Solvents* (1974), que seria necessário o *refusal to supply* eliminar toda a concorrência do *downstream market* para a sua configuração e enfrentamento. A Comissão, posteriormente, editando o seu guia de estudos sobre o artigo 102 do TFEU, tomou como base o caso *Microsoft v. Commission* (2007) para retificar seu posicionamento, expondo ser suficiente uma restrição efetiva da concorrência (WHISH; BAILEY, 2012, p. 707).

de “indispensabilidade” de um dado produto para um mercado hipotético, há muito se tem discutido sobre as características necessárias para se imputar a um dado insumo o caráter de substancialidade, tendo a jurisprudência norte-americana desde os idos da década de 1910, com o caso *United States v. Terminal Railroad Ass’n*, desenvolvido a chamada *essential facilities doctrine*. Mais madura e melhor sistematizada no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T* (1983), foi verificado pela Corte de Apelação do 17^a Circuito a ocorrência de quatro requisitos para constatar a essencialidade de um insumo: a) o controle da facilidade essencial por um agente econômico monopolista; b) inabilidade do concorrente para a duplicação do referido insumo; c) a ocorrência da recusa de contratar; e d) a viabilidade em fornecer o insumo em questão (PITOFSKY; PATTERSON; HOOKS, 2011, p. 448).

A opção por uma aplicação voltada para a garantia institucional da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 415) da referida teoria, todavia, advém das críticas surgidas na literatura internacional sobre a temática. A partir do caso *MCI*, estipulou-se desnecessária a prova de impacto na concorrência para a responsabilização de empresa praticante do ilícito, fato que gerou controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais¹¹, em especial pela desvinculação do entendimento à essência do § 2º do *Sherman Act* e dos demais princípios do antitruste (HOVENKAMPF apud OECD, 2007, p. 35). Abrir-se-iam brechas para a configuração desmedida de recusas de contratar, posto que a constatação do ilícito contra um determinado competidor, inconformado com uma recusa, já ensejaria por si só a aplicação dos rigores da lei, desconfigurando o objeto de tutela do direito antitruste, de notável natureza metaindividual. E em nada se choca a imprescindibilidade do embate na concorrência com a função social do contrato, valor este afeto a contratos de impacto difuso, que surtam efeitos sobre interesses eminentemente institucionais (GONÇALVES, 2008, p. 109). Neste mesmo sentido, Whish e Bailey alegam ser essa a essência da legislação europeia, ao afirmar que “*the primary purpose of Article 102 [do Tratado de Roma] is to prevent distortions of competition and not to protect the position of particular competitors*” (WHISH; BAILEY, 2011, p. 697). Ícone da doutrina nacional, Ana Frazão assim opina (2017, p. 464):

¹¹ A aplicação da doutrina das facilidades essenciais tem se dado de maneira cada vez mais restrita na jurisprudência norte-americana, diferentemente da atuação europeia. A mudança capitaneada pela Suprema Corte, tem como expoente o caso *Verizon Communications Inc. v. Law Officers of Curtis v. Trinko, LLP* (2004), no qual o ânimo de monopolizar não foi constatado no caso concreto. O próprio juiz Antonin Scalia, relator do caso, expõe em seu voto o histórico não acolhimento da *essential facilities doctrine* pela referida corte, malgrado a acolhida da teoria pelas cortes de apelação.

Note-se, contudo, que a recusa de contratar deve ser capaz de produzir, ao menos potencialmente, um dano sobre a livre concorrência. Com efeito, não basta para a configuração do ilícito anticoncorrencial que a recusa de contratar cause prejuízos a um concorrente. Nessa hipótese, embora seja possível se cogitar um ilícito privado, em razão, sobretudo, da nova sistemática contratual, que levou ao redimensionamento da liberdade de contratar, não se pode falar na existência de uma infração antitruste, que, como visto anteriormente, exige o risco da eliminação da concorrência.

Dessa forma, a indispensabilidade de um insumo ou de uma infraestrutura em questão deveria tomar em consideração não o impacto gerado para a entrada de um competidor (que, notadamente, sofreu uma recusa) em específico em seu mercado respectivo, mas o índice de dificuldade criado com a recusa para o ingresso de qualquer empresa em potencial propensa a ali atuar.

2.2.1.2 Justificativas objetivas

A literatura antitruste é rica em exemplos de justificativas plausíveis e alegáveis à autoridade antitruste. A maior parte destas condiz com condutas assecuratórias dos negócios da empresa, comuns da prática comercial, tais como a recusa a um contratante considerado com histórico de mal pagador, descumpridor de termos e condições pactuados ou mesmo impossibilidade de contratação tendo em vista o fornecimento da empresa contratada estar em sua capacidade máxima (WHISH; BAILEY, 2011, p. 707-708).

Outras hipóteses de justificativas, retiradas de entendimentos jurisprudenciais, reportam a preceitos de ordem pública. O CADE, a título de exemplo, já acatou justificativa objetiva concernente à segurança, diante do não preenchimento dos requisitos legais necessários pela compradora para a aquisição de cloro¹², criando provável situação de perigo quando manejando e transportando o produto.

No âmbito do Reino Unido, o *Office of Communications* (OFCOM), autoridade responsável pela regulação e defesa da concorrência no mercado de telecomunicações, decidiu

¹² CADE, Processo Administrativo nº 08012.002921/2007-64, rel. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, Data de Julgamento: 20-09-2017.

não ser configurável uma recusa de contratar quando a empresa recusada está visando o objeto almejado para fins ilícitos¹³.

Já em jurisdição norte-americana, no conhecido caso *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* (2004), a Suprema Corte não observou a prática de *refusal to deal* pela telefônica Verizon, visto que a contratação de acesso à sua infraestrutura com os rivais do *player* noticiante se deu de maneira involuntária, por meio da regulação imposta pelo *Telecommunications Act* do ano de 1996. Contudo, neste caso em específico, muito embora a Verizon tenha alegado imunidade antitruste por consequência à regulação (argumento não acatado) e a demora para viabilizar o acesso (FORGIONI, 2016b, p. 335), a Suprema Corte adotou como parâmetro de ilicitude a não discriminação de rivais, presente no art. 2º do *Sherman Act* (ELHAUGE apud GONÇALVES, 2008, p. 214).

2.2.2 O enforcement contra abusos (e seus abusos)

A repressão contra o *refusal to deal*, todavia, é tida com extrema cautela pelas autoridades antitruste, preocupação esta sintetizada em parecer emitido pelo procurador-geral atuante na Corte de Justiça, Francis Geoffrey Jacobs, no caso *Bronner v. Mediaprint* (1998), no qual enfatizou que são direitos dos *players* escolherem seus parceiros comerciais e disporem como os convêm de seus respectivos bens, garantias à autonomia da vontade e à propriedade estas reconhecidas pelas leis dos estado-membros da União Europeia, com eventuais incursões sobre tais direitos necessitando de meticolosas justificativas (JACOBS, 1998, p. 18).

Configurado o ilícito da recusa de contratar, a dúvida maior tida pelas autoridades antitruste reside no remédio antitruste a ser adotado, o qual, pela natureza do infração à ordem econômica, pressupõe solução em congruência com o problema exposto, normalmente incorporada em uma obrigação de fazer voltada para o fornecimento/acesso do produto/infraestrutura/serviço recusado, dispondo inclusive sobre a quantidade, o preço e os termos e condições do negócio. Como bem retrata Posner, “*the antitrust court becomes charged*

¹³ Caso *Disconnection of Floe Telecom Ltd's Services by Vodafone Ltd* (2003), no qual a fornecedora de *gateway* Vodafone suspendeu os serviços prestados à Floe Telecom, mantendo o sinal GSM de *gateway* aos demais contratantes. Segundo a fornecedora, a empresa recusada estaria fazendo uso dos *gatways* públicos em rede GSM para fins comerciais fora dos parâmetros regulatórios, constituindo ilícito penal na jurisdição do Reino Unido. (UNITED KINGDOM. Office of Communications. **Re-investigation of a complaint from Floe Telecom Limited against Vodafone Limited**. London: Ofcom, 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/3426ILz>>. Acesso em: 04 mar. 2018. p. 40).

with the supervision of an ongoing commercial relationship, a function that courts are not equipped to perform effectively” (2001, p. 242).

Tal medida é adotada com mais serenidade quando averiguada a existência de relações negociais anteriores, tendo em vista a possibilidade de se adotarem as aludidas disposições contratuais pactuadas como parâmetros. A problemática maior, conquanto, situa-se em casos onde inexistem qualquer histórico de negociações entre os agentes econômicos envolvidos (FRAZÃO, 2017, p. 466), inviabilizando às autoridades a fixação de critérios objetivos e equânimes com a prática comercial.

São, porém, inegáveis os efeitos gerados pela ingerência na logística empresarial de um agente econômico com uma recusa de contratar constatada, os quais se projetam nos dois polos da relação de recusa. No plano do recusante, a consequência imediata, mais perceptível nas dinâmicas de mercado, consiste no desestímulo gerado à empresa recusante, que se vê obrigada a fornecer insumos a contragosto (ainda que sob termos e condições justos), desencorajando a realocação de investimentos e o consequente desenvolvimento do respectivo mercado (MOTTA, 2004, p. 88). Já no âmbito do agente que sofre a recusa, o reconhecimento do ilícito estudado e seu consequente acesso a um ativo almejado – em especial a infraestruturas e direitos de propriedade intelectual – tende a estimular a formação de *free riders*, diante da evidente burla a investimentos necessários para o alcance daqueles (WHISH; BAILEY, 2011, p. 708). Em ambos os casos, patente é o prejuízo causado à inovação do setor econômico atingido, desassistido de suficiente incentivo, a troco do também nocivo dirigismo acentuado na organização empresarial dos *players* condenados pelo ilícito, implicando, ainda, em uma monta de receios instalados nas agências antitruste quanto à eficácia de suas atuações.

Analisa-se a questão em distintos pontos de vida. Embora a obrigatoriedade de contratar aparente ser remédio adequado para produzir efeitos positivos a curto prazo, o consequente desinvestimento tende a produzir suas consequências somente a longo prazo, demandando das agências de defesa da concorrência um trato prospectivo com a matéria. Nesse viés, o fórum de discussão EAGCP (*Economic Advisory Group of Competition Policy*), em cartilha de estudos sobre o artigo 82 do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia (*EC Treaty*) realiza uma série de considerações a respeito dos potenciais efeitos pró-competitivos e ganhos em eficiência com a manutenção do *refusal to deal* com o decorrer do tempo. Segundo o referido grupo de estudo coordenado pelo economista Patrick Rey (2005, p. 44), embora uma recusa de contratar seja insalubre para o bem-estar do consumidor a curto prazo, podem ser

aferidos benefícios sociais a longo prazo (diante do fomento de investimentos e de incentivos a inovações), sugerindo assim uma tolerância temporária à empresa com posição dominante que pratica a recusa de contratar de maneira abusiva, ainda que a inércia da autoridade concorrencial gere ineficiência estática (salvo nas hipóteses de já existir um histórico de restrições pela firma, de a restrição ocorrer em economias de escala ou de escopo e diante de externalidades de rede).

Ainda, o aludido estudo defende a possibilidade de ingerência tão somente na hipótese de não prejudicar a eficiência. Não só o *enforcement* será custoso e difícil para a autoridade da concorrência, como alerta para os riscos potenciais de uma intervenção excessiva: a ingerência deve ser tópica, evitando em especial um envolvimento ativo sobre os termos e condições a serem celebrados, sob pena de potencializar ineficiências substanciais no mercado em análise. Adverte, por fim, que o manejo de remédios estruturais deve ser tido como *ultima ratio*, tal como restrições de linhas de negócios (EAGCP, 2005, p. 46).

Controvertida, conquanto, é a aplicação desta “tolerância” nas legislações antitruste: tomando a lei de defesa concorrência do Brasil como modelo, tem-se em seu art. 36, § 1º uma excludente de ilicitude fundada na defesa da eficiência e de seus consequentes ganhos gerais, desde que fomentados efeitos pró-competitivos (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 449), o que não ocorreria, ao menos a princípio.

Na seara da propriedade intelectual, solução normalmente dada contra abusos de recusa de contratar é a imposição de licença compulsória determinando a disposição de um determinado bem intelectual para terceiros, por meio de, evidentemente, uma compensação justa pela disposição involuntária de tais ativos (*fair royalty rate*). Utilizado em casos considerados excepcionais – como no conhecido caso *Magill*, da jurisdição europeia –, a aludida alternativa é mais comumente utilizada em ocorrências envolvendo patentes, diante da cautela a ser tomada com direitos autorais, posto que é possível eventualmente implicar “na imposição de obrigatoriedade sobre o exercício de direito da personalidade” (NUNES, 2011, p. 196).

Não há, entretanto, consenso quanto a um *script* de atuação a ser empregado pelas agências antitruste, embora haja conformidade na literatura no tocante aos deveres de cautela e moderação a serem adotadas.

3 AVALIAÇÃO DO ILÍCITO PELO CADE

O trato do CADE com o *refusal to deal* já galgou por diferentes vias de raciocínio com o decorrer do tempo de atuação da referida autarquia. Patrícia Brolio Gonçalves, em análise aos julgados proferidos, aponta existir uma linha divisória a demarcar as distintas linhas de pensamento adotadas.

Segundo a autora, até o final da década de 1990, detinha o CADE um posicionamento conservador quanto ao controle da conduta em análise, em consonância com pressupostos neoclássicos ligados ao fundado receio de ingerências indevidas e abusivas à autonomia privada, resultando na maior parte dos casos em julgamentos superficiais e arquivamentos sem fundamentações justificáveis (GONÇALVES, 2008, p. 262). Cita-se no estudo, a título de exemplo, o voto da conselheira Lúcia Helena Salgado quando da análise da concentração das empresas Companhia Petroquímica do Sul (COPEL), OPP Petroquímica S/A, OPP Polietilenos S/A e a Ipiranga Petroquímica S/A, oportunidade na qual foi ressaltado o reconhecimento da autonomia privada pela doutrina e jurisprudência como princípio informador do Direito da Concorrência, inexistindo neste ramo jurídico um dever de transacionar, antítese da livre escolha de contratantes¹⁴.

Com o passar dos anos e a conseqüente consolidação e estruturação do SBDC, foram julgados casos com análises mais aprofundadas e abordando tópicos relevantes para o exame de recusas de contratar. Discutiu-se a existência de uma *essential facility*, por exemplo, no caso *DirecTV v. Globo*¹⁵, onde era alegado que a requerida havia se recusado a fornecer seu sinal para a requerente (disponibilizando, contudo, a outros concorrentes da referida provedora, em especial à Sky, competidora da qual o grupo econômico Organizações Globo possuía participação), ocasionando desvantagem concorrencial (GONÇALVES, 2008, p. 265). O relator do caso, Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, considerou a programação da emissora Globo uma *essential facility*, votando pela obrigatoriedade da Globo de contratar com a DirecTV nos mesmos termos e condições pactuados com a provedora Sky. Todavia, o caso foi arquivado, por maioria do Tribunal Administrativo, que não entendeu existir no

¹⁴ CADE, Ato de Concentração nº 54/95, rel. Conselheiro Antonio Carlos Fonseca da Silva, Data de Julgamento: 06-05-1998.

¹⁵ CADE, Processo Administrativo nº 535000-000359/99, rel. Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, Data de Julgamento: 07-03-2001.

contexto uma facilidade essencial, mas mera vantagem concorrencial, natural da competição no domínio econômico (GONÇALVES, 2008, p. 266).

Há, por fim, intrigante precedente relativo à configuração de recusa de contratar. Julgado no ano de 2015, com a relatoria da Conselheira Ana Frazão, consistia em caso relativo a sucessivos aumentos no preço de escória básica comercializada pela fornecedora Camargo Córrea – detentora de posição dominante – à Cimentos Liz¹⁶, que resultou em uma conseqüente interrupção do fornecimento. A escória básica é matéria prima para a produção de cimento, produto fornecido neste mercado por ambas as empresas (FRAZÃO, 2017, p. 468).

Segundo aduz a relatora do caso, após as devidas análises, constatou-se que todos os aumentos aplicados (com exceção do primeiro, que consistiu em atualização pelo índice do IGPM) foram abusivos – ora por violação ao dever de boa-fé objetiva, ora pela prática de valor discriminatório. Tomando em consideração a interrupção abrupta do fornecimento (ocorrida pelos sucessivos aumentos de preço), a existência prévia de relação comercial de aproximadamente seis anos, a ocorrência de açambarcamento de escória pela Camargo Córrea (pelo alto volume do insumo fornecido pela Usiminas, da qual decorria contrato de exclusividade, comprovando a disponibilidade do insumo para comercialização) e a existência de danos econômicos à representante, deu-se como configurada a recusa de contratar. Não houve, entretanto, e em respeito à vedação ao *bis in idem*, punição de fato à representada, diante de condenação prévia no *enforcement* contra o conhecido “cartel do cimento”¹⁷ (FRAZÃO, 2017, p.470).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer acerca da metodologia de análise e de combate a condutas excludentes não implica em um exame centrado tão unicamente no acréscimo ou decréscimo de eficiência. O contexto jurídico, por meio tanto das regras de aferição de ilícitos antitruste como dos princípios informadores do domínio econômico pátrio, é fundamental para investigações pautadas na livre concorrência e comprometidas com o desenvolvimento e com a inovação.

¹⁶ CADE, Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22, rel^a. Conselheira Ana Frazão, Data de Julgamento: 24-06-2015.

¹⁷ CADE, Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, rel. Márcio de Oliveira Junior, Data de Julgamento: 28-05-2014

O dirigismo exercido pelas autoridades da concorrência às empresas relutantes em abusarem da recusa de fornecerem um produto, serviço ou licença deve, diante das peculiaridades do ilícito e dos remédios disponibilizados, estar de acordo com as garantias mínimas de intangibilidade sobre o núcleo da organização empresarial, posto os efeitos negativos que podem vir a decorrer da obrigatoriedade de contratar: desinvestimentos e retrocesso econômico e tecnológico, malefícios contrários à essência (ou ao menos à intenção) do *enforcement* empreendido pelas agências antitruste.

Não é de se desconsiderar, porém, uma atuação preventiva no controle de condutas, ainda que concernente a uma frente antitruste de histórico caráter repressivo. A elaboração de guias pelas autoridades da concorrência – dentre estes, o CADE –, a título exemplificativo, contribui para a difusão entre os agentes econômicos de informações sobre a conduta ilícita, seus elementos configuradores, as justificativas objetivas passíveis de alegação, seus malefícios gerais (para a livre concorrência e para o bem-estar do consumidor) e as pesadas sanções – pecuniárias e de obrigações de fazer – passíveis de aplicação pelo respectivo *antitrust watchdog*.

Faz-se necessário, todavia, uma maior harmonização entre as autoridades antitruste quanto a tais pressupostos de caracterização do ilícito e, constatada a sua ocorrência, quais os remédios a serem ministrados, com o intuito de se assegurar maior segurança jurídica.

A adoção de teorias como a *essential facility* pelas principais jurisdições, por exemplo, fomentou distintas compreensões acerca do que se vem a considerar um insumo essencial, na medida em que foram formados posicionamentos mais abertos (como o europeu) e mais contidos (como a atual posição norte-americana) quanto as condições necessárias de configuração.

Por fim, precauções minuciosas devem ser tomadas quando no manejo de remédios, em especial quanto ao nível de intromissão na política de comercialização do agente econômico recusante, adaptando por óbvio a medida escolhida à espécie de ativo recusado (se matéria-prima, infraestrutura, licença de propriedade intelectual), posto ser imprescindível, no controle de condutas, um dirigismo rúptil: pautado na funcionalização da empresa, mas também garantidor das liberdades fundamentais.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

EAGCP. **An economic approach to article 82**. Brussel: EAGCP, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2018.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico: teoria fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. 341 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

JACOBS, Francis Geoffrey. **Opinion of advocate-general Jacobs: Case C-7/97**. 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43901&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=385569>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito autoral e direito antitruste**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OECD. **Policy roundtables: refusals to deal**. Paris: OECD, 2007.

PITOFISKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan. The essential facilitates doctrine under U.S. antitrust law. **Antitrust Law Journal**, Georgetown, v. 70, n. 1, p.443-462, Apr. 2010.

POSNER, Richard Allen. **Antitrust law**. 2. ed. Chicago: The University Of Chicago Press, 2001.

PYNDICK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomía**. 7. ed. Madrid: Pearson Educación, 2009.

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

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

UNITED KINGDOM. Office of Communications. **Re-investigation of a complaint from Floe Telecom Limited against Vodafone Limited**. London: Ofcom, 2005. Disponível em: <https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0033/78954/floe2.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2018.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012.