

01

2013 - Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



ISSN 18065287

 **CADE**  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

## Sumário

<b>Apresentação</b> .....	2
---------------------------	---

### **I - Atualidades**

A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade (Paulo Burnier da Silveira e Giovanna Bakaj Rezende Oliveira).....	4
---	---

### **II - Doutrina**

#### **Doutrina Jurídica**

<i>Pools</i> de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência (André Luís Menegatti).....	16
---	----

Venda casada: é necessária a dúplice repressão? (Daniela Copetti Cravo).....	52
--	----

Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses (Deborah Batista Caixeta).....	71
--	----

Análise do mercado relevante dos cartões de pagamento (Samuel Fernando Hübler dos Santos).....	105
--	-----

Inovações na cooperação jurídica internacional para o Cade (Tatiana de Campos Aranovich).....	124
---	-----

Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional (Ariel Ezrachi e Jir' i' Kindl, traduzido por Virgínia de Melo Dantas).....	149
--	-----

#### **Doutrina Econômica**

A demanda do aço brasileiro e a perda de bem-estar ocasionada pelo exercício do poder de mercado no período de 2006 a 2008 (Janderson Damaceno dos Reis, Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes, Mirian Rumenos Piedade Bacchi).....	170
---	-----

Desafios da intervenção antitruste em indústrias de rede (Leandro Saito).....	197
---	-----

## Apresentação

A edição pelo Cade de uma publicação periódica sobre política de defesa da concorrência teve início em 1975, com o lançamento da Revista de Direito Econômico. Em 2004, o veículo passou a se chamar Revista de Direito da Concorrência. Em 2013, com nova linha editorial, na sequência da reforma trazida pela Lei 12.529/2011, recebeu o nome de **Revista de Defesa da Concorrência**. Desde a primeira versão até hoje, mais de 50 edições foram publicadas. Dado este breve histórico de publicações, temos o especial prazer de poder apresentar a primeira edição desta nova fase da Revista.

Essa edição contém uma parte relativa a atualidades e uma parte com maior ênfase na doutrina.

A seção “Atualidades” traz um artigo que aborda a Rede Internacional da Concorrência, a *International Competition Network (ICN)*, com foco na segunda década de existência. O Brasil teve a oportunidade de sediar a 11ª Conferência Anual da ICN em 2012, quando as 126 autoridades da concorrência membros puderam consolidar o desejo de maior cooperação na defesa da concorrência. Esta seção descreve os novos desafios das autoridades considerando a complexidade crescente da promoção da convergência de regras concorrenciais diante de um cenário globalizado de diversidade.

A seção referente à “Doutrina” é dividida em duas categorias: uma relativa à doutrina jurídica e outra à doutrina econômica.

No âmbito jurídico, veremos a preocupação doutrinária com a interseção entre o direito da concorrência e os outros ramos do direito, como o direito do consumidor ou o da propriedade intelectual. A ideia de defesa da concorrência não se limita unicamente ao direito concorrencial, mas alastra-se nos outros âmbitos de direito. Poderemos, portanto, estudar a relação conflituosa ou harmonizada entre estes campos do direito diante de uma problemática concorrencial. Outros artigos concentram-se tecnicamente sobre outros campos do direito da concorrência como a venda casada, os cartéis ou a determinação do mercado relevante. Para conjugar a doutrina com a atualidade, temos um artigo tratando da cooperação internacional do Cade à luz das recentes inovações normativas no Brasil. A cooperação internacional entre as autoridades da concorrência é um assunto que caracterizará o futuro da concorrência.

Apresentamos também a tradução de um artigo sobre a criminalização dos cartéis de dois ilustres professores convidados, respectivamente, de Oxford e da Universidade Charles de Praga.

A doutrina econômica escolhida nessa edição trata da concentração do mercado de aço no Brasil. Os autores usam uma metodologia da ciência econômica para calcular a concentração e a perda de bem-estar para o setor de aço. A lógica econômica é também usada em outro artigo para, dessa vez, examinar os desafios da intervenção estatal nas indústrias de rede: é a relação entre a concorrência, a economia e a tecnologia que o autor utiliza para demonstrar a insuficiência da metodologia atual ao analisar este setor.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Vinicius Marques de Carvalho  
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo  
**Editores-chefes da Revista de Defesa da Concorrência**

## A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade

Paulo Burnier da Silveira<sup>1</sup>  
Giovanna Bakaj Rezende Oliveira<sup>2</sup>

### RESUMO:

A Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network – ICN*) foi criada em 2001 e entra na sua segunda década de vida. Inicialmente fundada por 14 autoridades da concorrência, a organização internacional conta hoje com 126 autoridades da concorrência e enfrenta desafios diferentes – ou, pelo menos, adicionais – daqueles identificados quando da sua concepção. Em particular, destaca-se o desafio da diversidade de seus atuais membros, compostos por autoridades de concorrência em fases muito distintas de história, desenvolvimento e capacidade de atuação na esfera da defesa da concorrência. Este artigo discorre sobre esta nova fase da ICN, abordando tanto os seus novos desafios como também o papel de relevo desempenhado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Palavras-chaves: rede internacional da concorrência, internacionalização de direitos, convergência de regras e práticas, *soft law*.

### ABSTRACT:

The International Competition Network (ICN) was created in 2001 and enters its second decade. Initially composed by 14 competition authorities, it is nowadays composed of 126 members and it faces different – or at least additional – challenges compared to those of its early years. In particular, the diversity of its members is an important challenge since the membership is composed of authorities in various moments of history, development and enforcement of competition policies. This article analyzes ICN's new phase, addressing both its new challenges as well as Brazil's active role within the organization.

Key words: international competition network, internationalization of laws, convergence of rules and practices, *soft law*.

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito Internacional pelas Universidades de Paris-2 e de São Paulo. Professor na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: [pburnier@gmail.com](mailto:pburnier@gmail.com).

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: [giovanna.bakaj@gmail.com](mailto:giovanna.bakaj@gmail.com).

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Origens da ICN. 3. Estrutura da ICN. 4. Conferência Anual da ICN no Rio de Janeiro. 5. Nova Política de Acordos do CADE. 6. Perspectivas futuras. 7. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

A *International Competition Network (ICN)* foi criada em 2001 e entrará na sua fase *teen* em 2014, quando completará 13 anos de vida. Inicialmente fundada por 14 autoridades da concorrência<sup>3</sup>, a organização internacional conta hoje com 126 autoridades da concorrência, representativas de 111 jurisdições, e enfrenta desafios diferentes – ou, pelo menos, adicionais – daqueles identificados quando da sua concepção. Em particular, destaca-se o desafio da diversidade de seus atuais membros, compostos por autoridades de concorrência em fases muito distintas de história, desenvolvimento e capacidade de atuação na esfera da defesa da concorrência. Este artigo discorre sobre esta nova fase da ICN, abordando tanto os seus novos desafios como também o papel de relevo desempenhado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), corado pela organização da 11ª Conferência Anual da ICN na cidade do Rio de Janeiro em abril de 2012.

## **2. Origens da ICN**

A ICN nasce no início do séc. XXI em conjuntura de intensa internacionalização econômica e jurídica. Em realidade, o fenômeno da internacionalização do Direito é um fenômeno decorrente, em grande parte, da globalização econômica e social. A intensa interação entre países, devido ao fluxo permanente de informações, de pessoas e de atividades comerciais, exige um esforço de cooperação internacional com o objetivo de compartilhar dados, trocar experiências e convergir práticas na medida do possível.

Inicialmente, um grupo de estudiosos da concorrência foi organizado pelo Comissário de Defesa da Concorrência da Comissão Européia com o objetivo de expor recomendações para a construção gradual de uma nova estrutura plurilateral para a administração da defesa da concorrência tendo como base a Organização Mundial do Comércio (OMC). No âmbito da

---

<sup>3</sup>Autoridades da concorrência representantes das seguintes jurisdições: Austrália, Canadá, União Européia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coreia, México, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos e Zâmbia. Isto no momento de sua criação, em 2001.

OMC estabeleceu-se, também, um grupo de estudos da interação entre política comercial e política da concorrência. Esses grupos, contudo, não tiveram sucesso e essas discussões acabaram sendo deixadas de lado na OMC<sup>4</sup>.

A Professora Eleanor Fox explicou que a posição inicial da Comissão Europeia consistia na priorização de estudos relacionados a restrições verticais e abuso de posição dominante, além da preferência pelo estabelecimento do fórum antitruste no âmbito da OMC. Em contraste, os Estados Unidos da América (EUA) visavam a concentração em cartéis e estabelecimento de um fórum sobre concorrência no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>5</sup>.

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 outra organização existente. Foi, contudo, desenvolvida por um pequeno número de pessoas que ocupavam cargos de destaque e possuíam visão de uma futura administração do antitruste internacional. Por uma lado, e em contraste à OMC, permite o desenvolvimento da chamada *soft law* de modo que os membros – autoridades da concorrência – podem adaptar as indicações de *best practices* a seus contextos. Por outro lado, a ICN permite também a dedicação exclusiva a temas relacionados à defesa da concorrência, já que suas atividades se resumem a questões concorrenciais *full time*, deixando a parte interação entre políticas públicas a outros fóruns internacionais como a OCDE e a própria OMC.

### 3. Estrutura da ICN

Trata-se de uma rede internacional virtual entre as autoridades de concorrência do mundo, que funciona como uma plataforma de discussões e convergências de regras e práticas em matéria de defesa da concorrência. A direção da organização é atribuída a uma Coordenação-Geral (“*Steering Group*”) formado por 15 a 21 membros, sendo liderada por um *head of agency* – atualmente, este posto é exercido pelo Sr. Eduardo Perez Motta, presidente

---

<sup>4</sup>JANOW, Merit E.. « Observations on two multilateral venues: the International Competition Network (ICN) and the WTO ». *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. Barry E. Hawk (dir.). Nova Iorque : Juris Publishing, 2002. pp. 49-50.

<sup>5</sup>JENNY, Frédéric. « The International Competition Network and the OECD Competition Committee: Differences, Similarities and Complementarities ». *The International Competition Network at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations*. Paul Lugard (dir.). Cambridge: Intersentia, 2011. pp. 93-104.

da *Comisión Federal de Competencia*, o “CADE mexicano”. O Steering Group é atualmente constituído pelas autoridades abaixo indicadas:

---

#### **ELECTED STEERING GROUP MEMBERS**

1. Australian Competition and Consumer Commission
2. Barbados Fair Trading Commission
3. Brazilian Administrative Council for Economic Defense
4. Competition Bureau Canada
5. European Commission DG Competition
6. French Autorité de la concurrence
7. German Bundeskartellamt
8. Japan Fair Trade Commission
9. Italian Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
10. Korea Fair Trade Commission
11. Mexico Federal Competition Commission
12. Netherlands Competition Authority
13. Russian Federal Antimonopoly Service
14. Turkish Competition Authority
15. South African Competition Commission
16. United Kingdom Office of Fair Trading
17. United States Department of Justice
18. United States Federal Trade Commission

---

*Fonte: Secretariado da ICN*

---

#### **EX-OFFICIO MEMBERS**

19. Brazilian Secretariat of Economic Monitoring
20. Morocco Conseil de la Concurrence
21. Polish Office of Competition and Consumer Protection

---

*Fonte: Secretariado da ICN*

Enquanto o primeiro grupo (*elected steering group members*) é eleito para tal função, o segundo grupo (*ex-officio members*) integra o *Steering Group* a título *ex-officio* por sediarem a Conferência Anual da ICN, sendo incluídos neste grupo o último, atual e futuro *hosts*. No caso do Brasil, o CADE integra o *Steering Group* na qualidade de membro eleito,



enquanto a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda integra até abril de 2013 na qualidade *ex-officio* de *former host*, quando cederá seu posto à Autoridade polonesa como último *host* do principal evento da ICN. Esclarece-se que a extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça também integrava este grupo, juntamente com a SEAE.

O *Steering Group* tem como função principal dirigir e coordenar os trabalhos da organização. Isto inclui a composição dos grupos de trabalho que desenvolvem os projetos aprovados nas Conferências Anuais, bem como a definição das agendas prioritárias e aprovação dos documentos elaborados pelos grupos de trabalho (*Working Groups*). Devido à inexistência de um secretariado permanente, as despesas de organização e de secretariado são financiados pelas próprias autoridades da concorrência participantes e envolvidas neste processo.

Além do *Steering Group*, existem cinco *Working Groups*. Um para discussão de assuntos relacionados à advocacia da concorrência, outro para questões de efetividade de agências de concorrência, um terceiro para melhor compreensão dos cartéis, um quarto para estudo das fusões e aquisições e, por fim, o grupo de trabalho de condutas unilaterais. Ou seja, três grupos de trabalho destinados ao chamado *competition enforcement* e dois outros destinados à advocacia da concorrência e efetividade de gestão. Por sua vez, cada grupo de trabalho tem um ou vários projetos específicos a serem desenvolvidos e é composto por autoridades e especialistas convidados na qualidade de *Non-Governmental Advisors* (NGAs). Pode haver a subdivisão dos mencionados grupos em subgrupos, de acordo com a definição de subtemas dentro do tópico mais amplo. Ao fim das discussões, há a elaboração de relatórios que consolidam as conclusões e indicam em geral *best practices* sobre o assunto tratado.

As Conferências Anuais são de extrema importância às atividades da ICN, pois é quando são apresentados os resultados dos Grupos de Trabalho, além de ser o momento em que as autoridades da concorrência analisam e fazem recomendações sobre novos projetos e informam sobre os andamentos das discussões em curso. Na ocasião, são também apresentadas as recomendações aprovadas por consenso, sendo estas simples diretrizes aos membros, inexistindo propriamente uma vinculação. Trata-se de um instrumento clássico de *soft law*. As autoridades da concorrência permanecem livres em relação à aplicação das diretrizes, bem como ao prazo e cronograma de aplicação<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> LUGARD, Paul. *The ICN at Ten*. Cambridge: Intersentia, 2011, p. 10.

Abaixo segue um quadro com o histórico das Conferências Anuais da ICN:

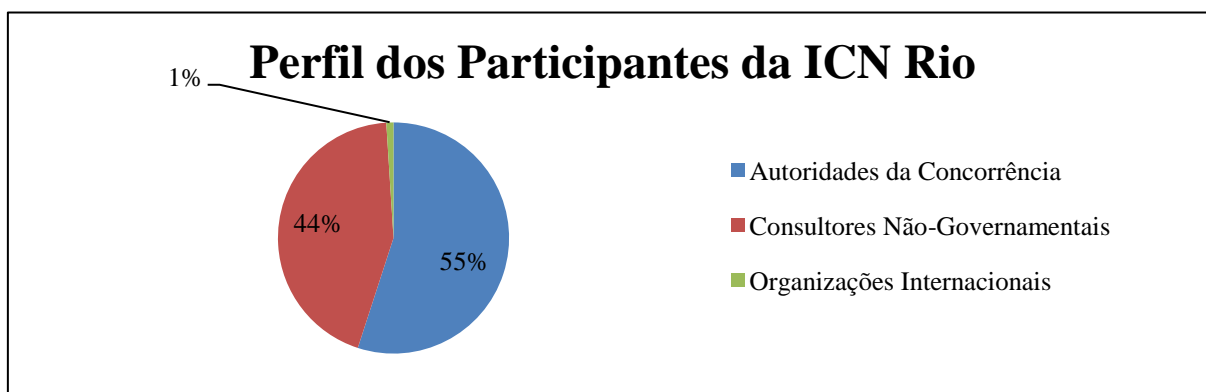
Ano	Cidade	País
2002	Nápoles	Itália
2003	Mérida	México
2004	Seoul	Coréia
2005	Bonn	Alemanha
2006	Cidade do Cabo	África do Sul
2007	Moscou	Rússia
2008	Kioto	Japão
2009	Zurique	Suíça
2010	Istambul	Turquia
2011	Haia	Holanda
2012	Rio de Janeiro	Brasil

*Fonte: Secretariado da ICN*

Em 2012, o Brasil foi o *host* da Conferência Anual em um momento de significativas transformações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a aprovação da Lei 12.529, em 30 de novembro de 2011. Em 2013, a Conferência Anual será em Varsóvia, na Polônia. Em seguida, em 2014, o evento será em Marrocos, respeitando assim um princípio de diversidade geográfica, caro e sempre presente nas atividades da ICN.

#### **4. Balanço da 11ª Conferência Anual na Cidade do Rio de Janeiro**

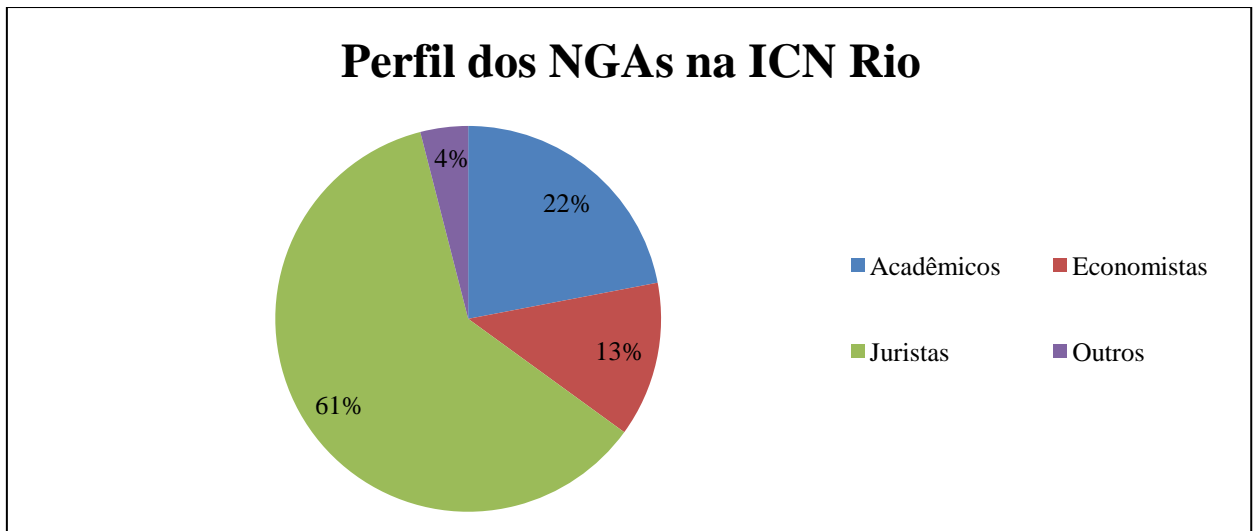
A 11ª Conferência Anual da ICN ocorreu na Cidade do Rio de Janeiro de 17 a 20 de abril no Hotel Royal Tulip (antigo Intercontinental) em São Conrado. O número de inscrições foi de 532, sendo que 489 dos inscritos compareceram ao evento. Os participantes são divididos em três principais categorias: representantes de autoridades da concorrência e de governo; (ii) representantes não-governamentais; e (iii) representantes de organizações internacionais. No evento brasileiro, esta proporção ficou da seguinte maneira:



*Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

Verifica-se uma fatia maior de Consultores Não-Governamentais (“NGAs”) quando comparados a edições anteriores da Conferência Anual da ICN. No ano anterior, na Cidade de Haia na Holanda, a proporção havia sido na ordem de 60% de representantes de autoridades da concorrência (e governo). Dentre os possíveis motivos desta mudança, identifica-se o cenário de austeridade dos governos no mundo, sobretudo os governos europeus. A título ilustrativo, cita-se o da delegação alemã, a qual enviou apenas dois representantes do *Bundeskartellamt*: o presidente e a responsável pela área internacional da instituição.

Dentre os chamados NGAs, ou seja, os participantes que não eram representantes de qualquer autoridade da concorrência, governo ou organização internacional, o perfil registrado foi o seguinte:



*Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

No que concerne ao perfil dos NGAs na Conferência Anual do Rio de Janeiro não se verifica mudança substancial em relação à proporção no evento anterior na Holanda. Apesar disto, há uma tendência – ou, pelo menos, incentivo da parte da ICN – de transformação deste perfil de modo a permitir uma maior diversidade no perfil dos NGAs, em especial uma maior participação de representantes da Academia (em geral, professores universitários da área concorrencial). Isto para fomentar uma maior diversidade e riqueza nos debates durante o evento e nas atividades desdobradas durante o ano.

Quanto à parte material do evento no Rio de Janeiro, isto é, as discussões propriamente ditas, destaca-se inicialmente o painel de abertura, no dia 18 de abril, formado pelo então presidente em exercício do CADE à época, o Sr. Olavo Chinaglia, bem como o Sr. Joaquín Almunia, vice-presidente da Comissão Européia e Comissário Europeu para a Concorrência, o Sr. Shan Ramburuth, Comissário da Comissão da Concorrência sul-africana

e, por fim, o Sr. John Fingleton, na qualidade de Presidente do *Steering Group* da ICN. Em seus discursos apresentaram, em geral, perspectivas da ICN, mas enfatizaram a necessidade cada vez maior de interação entre as autoridades para solucionar as questões concorrenciais de viés transnacionais.

Além da sessão plenária de abertura ocorreram sessões plenárias com temas que diziam respeito aos trabalhos do *Cartel Working Group*, *Advocacy Working Group*, *Mergers Working Group*, *Agency Effectiveness Working Group* e do *Steering Group Substantive Projects*. As sessões plenárias eram precedidas e sucedidas por *break-out sessions*, tais como a de introdução à ICN e a de plataformas regionais, além daquelas relacionadas aos trabalhos dos *Working Groups*.

O evento alcançou um nível recorde de satisfação: a pesquisa de opinião realizada após o evento apontou que 90,32% dos participantes ficaram satisfeitos ou muito satisfeitos com a Conferência Anual como um todo, o que comprova o alto nível das discussões desenvolvidas e a atmosfera positiva de organização, logística, atendimento, etc. Ao mesmo tempo, verifica-se que o evento foi também recorde de baixo custo comparativamente aos eventos anteriores, ficando substancialmente abaixo das Conferências Anuais realizadas em Haia e, sobretudo, em Istambul.

## **5. Nova Política de Acordos do CADE**

Além de fortalecimento internacional dos membros do SBDC no exterior e perante a comunidade internacional de defesa da concorrência, uma ilustração de ganho real e material para o Brasil de ter sediado a Conferência Anual da ICN toca a nova política de acordos do CADE. Isto porque o tema de acordos (*settlements*) foi escolhido como parte do chamado *special project* da Conferência Anual. Trata-se de tema a ser escolhido exclusivamente pela(s) autoridade(s) host(s), em geral por representar um assunto estratégico em sua política de defesa da concorrência, aproveitando assim toda a expertise internacional para promover debates sobre este assunto específico. Com o Brasil não foi diferente e as discussões travadas em abril de 2012 durante o evento no Rio de Janeiro serviram para amadurecer ideias e propostas no sentido da reformulação da política brasileira de acordos em matéria de defesa da concorrência.

Assim sendo, pode-se discutir durante o evento as diferentes facetas de uma política de acordos. Primeiramente, no âmbito de condutas unilaterais em painel composto por Sr. Olavo Chinaglia, Presidente em exercício do CADE à época, pelo Sr. Carlos Emmanuel Joppert

Ragazzo, Conselheiro do CADE à época e atual Superintendente-Geral do novo CADE, e pela Conselheira do Federal Trade Commission (FTC), Sra. Edith Ramirez. Em seguida, o Conselheiro Ricardo Ruiz participou das discussões sobre acordos em matéria de fusões e aquisições. Por fim, o Secretário de Direito Econômico à época, Vinícius Carvalho, atual Presidente do novo CADE, na companhia de Eric Van Ginderachter, Diretor da Divisão de Cartéis da Comissão Europeia, lideraram as discussões sobre acordos no âmbito de cartéis.

Priorizando os acordos em matéria de cartéis e aproveitando as ricas discussões da ICN, o CADE disponibilizou, no final de 2012, para consulta pública uma proposta de nova política de acordos em investigações de condutas anticompetitivas. Os mencionados acordos são firmados utilizando-se os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), por meio dos quais o CADE exige que a parte cesse a conduta sob investigação, além de ser possível a arrecadação de valores que serão destinados ao Fundo de Direitos Difusos (FDD). As novas regras para o programa de negociação dos TCCs foram aprovadas pelo CADE em março de 2013.

No âmbito dos cartéis, a assinatura do acordo dependerá da colaboração da parte nas investigações. Em um processo que se encontra na fase de instrução, por exemplo, caso a parte colabore poderá haver redução na contribuição para o Fundo de Direitos Difusos. E, para que seja possível firmar o acordo, a parte deverá, obrigatoriamente, confessar a participação no cartel. Essa é uma forma para que o CADE obtenha provas para conseguir a condenação do cartel e informações sobre outros indivíduos/empresas participantes do conluio.

Os descontos na contribuição para o FDD se darão conforme patamares previamente estabelecidos e variáveis de acordo com o grau de colaboração e a ordem de adesão ao acordo. O primeiro teria um desconto de 30% a 50% da multa aplicável, o segundo de 25% a 40% e, do terceiro em diante, de até 25%. Depois do encerramento das investigações da conduta, a redução poderia ser de até 15%.

Esse novo modelo de negociação foi inspirado no modelo americano e no modelo europeu. A nova política de acordos faz parte de um incremento da política de combate a cartéis e tem o objetivo de incentivar a assinatura de acordos visando um aumento na condenação de cartéis no país. Tais acordos são essenciais para a constituição de um material probatório mais firme.

## **6. Perspectivas futuras**

A tendência de maior internacionalização do direito da concorrência parece inevitável. Nas duas últimas décadas, o número de fusões internacionais aumentou substancialmente. As companhias passaram a prestar serviços e vender produtos fora das fronteiras dos países em que se localizam as suas sedes, usualmente atuando como uma única empresa, com um controle centralizado, apesar de uma estratégia de negócio globalizada. Na mesma linha, um fenômeno parecido de internacionalização de práticas econômicas se verifica quando analisado sob a ótica de controle de condutas – cartéis e condutas unilaterais. Apesar da globalização das questões econômicas, instrumentos legais para controlar fusões e práticas anticompetitivas ainda tem abrangência restrita às esferas nacionais ou regionais.

A ICN surge em 2001 neste cenário de globalização do direito da concorrência e busca suprir a ausência de uniformidade dos instrumentos legais, permitindo que as autoridades da concorrência dialoguem com maior frequência para desenvolver uma verdadeira rede que tenha capacidade para melhor coordenar o controle de fusões transnacionais, combater cartéis internacionais, bem como práticas anticompetitivas em geral.

Passada a primeira década de vida, a ICN continua na busca destes mesmos objetivos gerais. No entanto, desafiada por uma realidade de substancial diversidade no perfil dos seus membros, o que não se verificava nos seus anos iniciais de vida. Lembre-se que se passou de 14 membros a 126 membros em praticamente uma década de vida. É um sinal de grande sucesso, considerando que a adesão é voluntária da parte das autoridades de concorrência. Mas característica também de importante mudança institucional haja vista que as necessidades de uma autoridade como o FTC americano não são as mesmas de uma autoridade recém-criada como a *Superintendencia de control del poder de mercado* equatoriana.

Constata-se hoje que os membros da ICN têm diferentes níveis de maturidade, contando com autoridades antigas e pequenas (Israel, por exemplo), antigas e grandes (ambas dos EUA, por exemplo), jovens e pequenas (Equador, por exemplo), jovens e grandes (Paquistão, por exemplo). Além disto, os países se encontram em distintos momentos de desenvolvimento econômico e social. Seria apropriado a um país pequeno e subdesenvolvido – oriundo, por exemplo, da região Caribenha – investir recursos financeiros e humanos na implementação de uma política de defesa da concorrência? Optando pela criação de uma autoridade de concorrência, qual seria o melhor arranjo institucional: independência ou subordinação ao Poder Executivo? E o mandato do Presidente e dos membros de eventual Tribunal especializado: 2 anos, 5 anos, 10 anos, vitalício? Apesar de não existir uma resposta

única a estas perguntas, essas questões parecem ser essenciais na indicação de caminhos e de soluções.

De acordo com a própria ICN, a missão de organização na próxima década consiste em encorajar a disseminação de quatro principais objetivos. Inicialmente, promover a disseminação da experiência da concorrência e *best practices*. Em segundo lugar, formular propostas para convergência de procedimentos por meio de uma estrutura e agenda voltada a resultados. Em terceiro lugar, apoiar advocacia pela concorrência. E, por fim, facilitar a cooperação internacional.

Convergência se torna uma palavra chave: convergência de práticas, procedimentos, regras e abordagens. Mas como convergir em cenário de diversidade? Cabe a cada membro identificar em quais pontos a convergência é desejável, possível ou, até mesmo, necessária. Cabe também a cada membro analisar a possibilidade de ajustar as recomendações e melhores práticas sugeridas pela ICN. Por seu turno, cabe à ICN advogar em favor das suas atividades e materiais produzidos. Ou seja, provar a sua utilidade aos seus membros e auxiliá-los na sua implementação quando desta forma optarem.

Isto representa um grande desafio para o atual momento da ICN, que entra na sua adolescência com um novo rosto, muito mais plural do que quando ainda engatinhava entre autoridades de concorrência bem posicionadas e desenvolvidas. Ou seja, trata-se do desafio de promover a convergência de regras e práticas em respeito às diversidades. Isto não nos parece contraditório, tampouco implicar necessariamente em restrição da diversidade. Trata-se apenas de um novo desafio, dentre alguns superados e outros que certamente surgirão. Em realidade, parece-nos razoável, para não dizer desejável, que as leis de defesa da concorrência integrem um bojo maior de políticas públicas de um país, servindo assim de instrumento para a implementação de estratégias mais amplas que dizem respeito ao desenvolvimento, emprego e crescimento econômico de uma nação.

## **7. Referência Bibliográfica**

FINGLETON, John. The International Competition Network: Chair's update. *Competition & Antitrust Review – 2011*. Colchester: Euromoney Yearbooks, 2011.

FOX, Eleanor. Linked-In: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network. *The International Competition Network at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations*. Paul Lugard (dir.). Cambridge: Intersentia, 2011.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ICN: The ICN'S vision for its second decade [Internet]. 2011. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf>>. Acesso em: 23 jan.2013.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ICN: Current Working Groups [Internet]. International Competition Network. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current.aspx>>. Acesso em: 25 jan. 2013

JANOW, Merit E.. Observations on two multilateral venues: the International Competition Network (ICN) and the WTO. *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*. Barry E. Hawk (dir.). Nova Iorque: Juris Publishing, 2002.

JENNY, Frédéric. The International Competition Network and the OECD Competition Committee: Differences, Similarities and Complementarities. *The International Competition Network at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations*. Paul Lugard (dir.). Cambridge: Intersentia, 2011.

KALBFLEISCH, Pieter. From Ditchley Park to The Hague – A Journey Worthwhile. *The International Competition Network at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations*. Paul Lugard (dir.). Cambridge: Intersentia, 2011.

LUGARD, Paul. The ICN at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations: an Introduction. Paul Lugard (dir.). Cambridge: Intersentia, 2011.

MOTTA, Eduardo Pérez. My roadmap as ICN Chair. ICN [Internet]. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc792.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.



## **Pools de patentes: entre uma possível solução à tragédia dos anticomuns e ameaças à concorrência**

André Luis Menegatti<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo aprofundar o debate acerca do papel que pode ser desempenhado pelos *pools* de patentes no contexto da chamada “tragédia dos anticomuns”, que caracteriza o atual mercado de propriedade intelectual. Após a identificação dos principais aspectos dos anticomuns e dos problemas daí decorrentes, busca-se avaliar as virtudes dos *pools* como possível solução, bem como analisar as ameaças que tais arranjos podem representar em termos concorrenciais – visto que a prática de *patent pooling* pode ter conseqüências, ou mesmo intenções, anticompetitivas. O tema é delicado ponto de imbricação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial, motivo pelo qual também serão exploradas as relações entre esses sistemas. A finalidade é identificar os impactos que eventuais desequilíbrios nessa interface podem causar à viabilidade dos *pools* de patentes como uma solução à “tragédia”.

Palavras-chave: *pool* de patentes, antitruste, concorrência, propriedade intelectual, anticomuns

Código de classificação JEL: K21, L41 , O31, O34

### **ABSTRACT**

This study aims to further deepen and clarify the debate regarding the role of patent pools in the context of the so-called “tragedy of the anticommons”, that characterizes the current intellectual property market. After the identification of the main aspects of the anticommons, an evaluation of the possible virtues of patent pools will be sought. Besides, considering that the consequences - or even the intentions – of patent pooling may be anticompetitive, the article also explores the threats such arrangements may pose in terms of Competition Law. The theme is a delicate intersection of Intellectual Property Law and Competition Law, which demands a general analysis of the relations between the two systems. The main goal is to identify the impacts that eventual imbalances in this interface may cause to the viability of the patent pools as a solution to the “tragedy”.

Key words: patent pool, antitrust, competition, intellectual property, anticommons

---

<sup>1</sup>Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Email: [andre.menegatti@hotmail.com](mailto:andre.menegatti@hotmail.com)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Características da informação e os fundamentos do Sistema de Propriedade Intelectual 3. A “Tragédia dos Anticomuns” 3.1. Tendência expansionista do sistema de propriedade intelectual e *patent flooding* 3.2. Relações tecnológicas entre patentes 3.3. *Patent thicket*: custos de transação, marginalização múltipla, *holdup* e insegurança no desempenho de atividades relacionadas à propriedade intelectual 4. *Pools* de patentes: a possível solução 4.1. *Conceito e traços principais* 4.2. *Redução dos custos de transação* 4.3. *Solução do problema da marginalização múltipla* 4.4. *Integração de tecnologias complementares* 4.5. *Solução de situações de bloqueio entre patentes* 4.6. *Redução dos gastos com litígios e atenuação do holdup* 5. *Pools* de patentes: um novo problema? 5.1. *Pools de patentes substitutas e supressão da competição* 5.2. *Proteção de patentes inválidas* 5.3. *Tying* 5.4. *Barreiras à entrada* 5.5. *Pools como estruturas que facilitam comportamentos colusivos* 6. A interface entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial 6.1. *A corrente majoritária: complementariedade e o “fim comum”* 6.2. *A posição de Dina Kallay: ênfase nos aspectos dinâmicos da concorrência* 6.3. *A crítica de Ariel Katz: poder de mercado como consequência da concessão de direitos de propriedade intelectual* 7. Conclusão 8. Referências bibliográficas

## **1. Introdução**

Muitos autores têm alertado sobre as disfuncionalidades que caracterizam o atual sistema de propriedade intelectual. Em mercados nos quais criação e inovação desempenham papel importante, os agentes econômicos vêm enfrentando muitos obstáculos gerados pelo próprio Direito da Propriedade Intelectual, cujo objetivo seria justamente o de promover incentivos à atividade criativa.

Fala-se, por exemplo, de uma proliferação desordenada de patentes, bem como de uma “diminuição dos espaços de liberdade”<sup>2</sup>, tanto no mercado quanto fora dele. Como resultado, tem-se a elevação de custos de transação, o aumento dos riscos da atividade inventiva e o desestímulo à produção de novos bens intelectuais – elementos que compõem a chamada *tragédia dos anticomuns*.

---

<sup>2</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 79, 2003, p. 349

Nesse contexto, um determinado modelo de arranjo de direitos de propriedade intelectual é apontado como possível solução: os *pools* (ou consórcios)<sup>3</sup> de patentes, acordos por meio do qual dois ou mais detentores cedem ou licenciam suas patentes a uma única entidade, que então as explorará, diretamente ou licenciando-as “em pacote”.

Todavia, a tentativa de contornar a tragédia dos anticomuns por meio de *pools* pode trazer consigo ameaças à concorrência, uma vez que estes podem facilitar práticas colusivas e de venda-casada, levantar barreiras à entrada e proteger patentes inválidas. Por esse motivo, o Direito Concorrencial volta seus olhos à questão e passa a ser necessária a compreensão de como este se relaciona com o Direito da Propriedade Intelectual, uma vez que eventuais desequilíbrios nessa interface podem comprometer a viabilidade dos consórcios de patentes como uma solução ao problema dos anticomuns.

O presente trabalho é organizado da seguinte forma. No capítulo 2 procura-se explicar os fundamentos econômicos do Direito de Propriedade Intelectual. Na sequência, o capítulo 3 se aprofunda na temática da tragédia dos anticomuns, buscando descrever seus diversos aspectos. No capítulo 4 são apresentadas as possíveis virtudes dos consórcios de patentes; que são contrapostas, no capítulo 5, às ameaças anticompetitivas trazidas por esses acordos. Por fim, o capítulo 6 tem o objetivo de apresentar alguns dos pontos de vista defendidos pela literatura acerca da interface Direito Concorrencial-Direito da Propriedade Intelectual. As conclusões são apresentadas no capítulo 7.

---

<sup>3</sup>Neste trabalho, utilizam-se como sinônimos as expressões “*pool* de patentes” e “consórcio de patentes”, conforme a terminologia adotada por Fabrício Polido, Mônica S. G. Rosina e Priscilla M. D. G. César. Ver POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica S. G.; CÉSAR, Priscilla M. D. G. “Propriedade intelectual: potencialidades e fragilidades do ambiente jurídico-institucional brasileiro para a inovação” in TRUBEK, David M.; SCHAPIRO Mario G. (orgs.) *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, p. 135-190, 2012.

## **2. Características da informação e os fundamentos do Sistema de Propriedade Intelectual<sup>4</sup>**

A *informação*, em virtude de sua intangibilidade, possui propriedades que a diferenciam da propriedade física. Em termos econômicos, fala-se que ela é exemplo de “bem público”, dadas suas características de *não-exclusividade* e *não-rivalidade*.

É um bem não-exclusivo porque não é simples impedir que alguém a utilize<sup>5</sup> - ao contrário do que ocorre, por exemplo, com um terreno, em que se pode construir uma cerca que bloqueia o acesso por outras pessoas. Se um empresário opta pelo segredo para proteger uma tecnologia que desenvolveu, sempre correrá o risco de que ela seja descoberta – por meio de espionagem industrial, engenharia reversa, ou mesmo de pesquisas independentes – e difundida entre seus concorrentes. A situação é ainda mais complicada quando se quer vender uma informação: a partir do momento em que ela se torna conhecida fora de um pequeno grupo, não se pode mais controlá-la<sup>6</sup>.

Decorre disso a dificuldade ou impossibilidade de se cobrar pelo uso de bens não-exclusivos. Como indivíduos específicos não podem ser facilmente privados do acesso ou dos benefícios gerados por bens não-exclusivos, há grandes incentivos a que produtores e consumidores não paguem por eles, na expectativa de que outros o façam. Esse é o problema dos *free-riders*, que buscam obter os benefícios de um bem sem contribuir com seus custos de produção<sup>7</sup>.

Além disso, a informação é um bem não-rival em razão de o seu uso por uma pessoa não impossibilitar sua utilização por terceiros. Quando alguém senta sobre uma cadeira, impede que outros façam o mesmo. Por outro lado, não deixa de ter acesso a uma informação

---

<sup>4</sup>No presente trabalho, são exploradas apenas as justificativas econômicas do Direito de Propriedade Intelectual. Todavia, não se ignora a existência de outros fundamentos filosóficos, como a teoria personalista de Hegel e a teoria lockeana, que destaca o valor do trabalho humano. Simone Lahorgue Nunes defende, inclusive, que a função econômica não teria sido determinante para o surgimento da proteção dos bens intelectuais e que, se o atual modelo de direitos de propriedade intelectual soluciona falhas de mercado, isso se deveria apenas ao acaso (NUNES, Simone Lahorgue. *Direito Autoral e Direito Antitruste*. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 7). Para maior aprofundamento, ver FISHER, William W. Theories of intellectual property. in MUNZER, Stephen (org.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University, 2001.

<sup>5</sup>Exemplos de bem não-exclusivos comumente apresentados nos livros de Microeconomia são a segurança (ou defesa) nacional e faróis marítimos. Ver, por exemplo, PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução por Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010, p. 602.

<sup>6</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 4

<sup>7</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 13.

quem a compartilha com outra pessoa<sup>8</sup>. Quem ensina um teorema matemático, por exemplo, não vê diminuída sua capacidade de tirar proveito desse conhecimento para que outras pessoas possam utilizá-lo<sup>9</sup>. Em outras palavras, afirmar que informação é um bem não-rival implica dizer que ela é um “bem cujo custo marginal de produção é zero para um consumidor adicional”<sup>10</sup>. De fato, uma vez escrito um livro ou um artigo científico, seu autor não gastará nem mais um minuto para que a obra se torne disponível a um segundo - ou ao milionésimo - leitor. Papel e impressão têm algum custo, mas o texto só precisa ser escrito uma vez<sup>11</sup>, pois a existência de custos associados à transmissão da informação em nada altera sua natureza de bem público<sup>12</sup>. De qualquer forma, tais custos tendem a ser muito baixos – e, com o advento da internet, praticamente inexistente em alguns casos.

Em razão da não-rivalidade e da não-exclusividade, na ausência de algum tipo de proteção legal torna-se impossível cobrar pela informação mais do que seu preço de distribuição: concorrentes, que não arcaram com os custos de produção (*free-riders*, portanto), sempre aceitariam explorá-la por um preço menor. No limite, a competição igualaria o preço ao custo marginal, que é nulo. Potenciais inventores e criadores, então, sem perspectivas de recuperar os custos de produção de determinada informação, deixariam de produzi-la<sup>13-14</sup>. É justamente essa *falha de mercado* que o sistema de direitos de propriedade intelectual procura resolver: por meio de uma “intromissão”, “atribui-se ao bem público uma exclusividade, transformando-o em bem privado sob o ponto de vista econômico”<sup>15</sup>. Por meio desse mecanismo legal, no âmbito de patentes, cumpridas algumas condições (requisitos de patenteabilidade, limitações de procedimento, escopo e duração), inventores passam a deter o direito de excluir terceiros do uso e da exploração de bens que incorporam a informação

---

<sup>8</sup>STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, Durham, v. 57, 2008, p. 1700.

<sup>9</sup>STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good. In: KAUL, Inge ; GRUNBERG, Isabelle ; STERN Marc A. (org.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*. New York: Oxford University, 1999, p. 308.

<sup>10</sup>PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, p. 602.

<sup>11</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University, 2006, p. 36.

<sup>12</sup>STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good, p. 309.

<sup>13</sup>Ao decidir quanto investe em P&D, uma empresa leva em consideração apenas os benefícios que obterá para si, e não aqueles gerados a outros ou à coletividade. Dessa forma, se ela não puder se apropriar dos retornos da produção de determinada informação, seus incentivos a produzi-la serão limitados. STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a Global Public Good, p. 311.

<sup>14</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 4

<sup>15</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual – Introdução à Propriedade Intelectual como Informação*. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 11

protegida<sup>16</sup>. Dessa forma, os detentores de patentes podem gerar uma *escassez artificial* de seus bens intelectuais, podendo assim explorar suas invenções por preço superior ao custo marginal, o que lhes permite recuperar os investimentos feitos<sup>17</sup>.

Parece evidente que essa proteção, em tese, promove incentivos à inovação. Esse é um aspecto importante, uma vez que inovação guarda relações com o desenvolvimento econômico: novas e mais eficientes tecnologias aumentam a produtividade – ou seja, passam a ser necessários menos *inputs* para a produção de um mesmo número de *outputs* -, permitindo uma expansão da produção total e do crescimento da economia<sup>18</sup>.

A ideia, portanto, é a de se favorecer o desenvolvimento econômico e o surgimento de novas tecnologias por meio de um Direito de Propriedade Intelectual que gere um constante fluxo de novas ideias. Nesse sentido, Cláudio Barbosa<sup>19</sup> fala da *função social* dos direitos de propriedade intelectual, consistente na “manutenção de um fluxo de criação e circulação de informação, criando-se um valor econômico e social.” Em se tratando de patentes, mais especificamente, tal fluxo é estimulado por meio da possibilidade de o detentor recuperar os (elevados) custos iniciais de P&D ao longo do período de proteção, o que cria as condições necessárias para que capital seja arriscado no desenvolvimento de novos produtos. Nas palavras de Barbara Rosenberg:

Ao se conceder àquele que inova, o direito exclusivo e temporário de explorar uma patente, autoriza-se a extração de lucros supracompetitivos, lucros estes que permitem recompensar os investimentos efetuados em P&D e, conseqüentemente, induzir o investimento em pesquisa<sup>20</sup>.

Além disso, um dos requisitos para a obtenção de uma patente é o fornecimento, no chamado “relatório descritivo”, de detalhes acerca da invenção, com o objetivo de que a inovação seja incorporada ao conhecimento técnico comum<sup>21</sup>.

Todavia, ao conferir ao detentor o poder de cobrar preços superiores ao custo marginal, o sistema de patentes – e o sistema de direitos de propriedade intelectual, de modo geral – promove uma *ineficiência estática*. O sistema jurídico não tem o condão de alterar as

---

<sup>16</sup>Esse direito é previsto no art. 42 da Lei nº 9.279/96, segundo o qual “a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.”

<sup>17</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, 2007, p. 841

<sup>18</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 13

<sup>19</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, 2008, p.3

<sup>20</sup>ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 271.

<sup>21</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 14

características intrínsecas daquilo sobre que incide<sup>22</sup> e, como visto, a informação, por ser um bem não-rival, não corre risco de “sobre-utilização” (*overusing*) ou “sobre-distribuição” (*over-distributing*): todos podem se aproveitar dela sem que seu valor seja diminuído<sup>23</sup>. Lembrando-se, ainda, do custo marginal de produção nulo dos bens não-rivais, conclui-se que, do ponto de vista do bem-estar de uma sociedade em um dado momento, seria mais eficiente que aquele que detém uma informação a compartilhasse gratuitamente - ou, no máximo, pelo custo desse compartilhamento<sup>24</sup>. Em outras palavras, eficiência *no uso* da informação significa ela estar livremente disponível<sup>25</sup>. Mas, pelas razões já expostas, isso teria como consequência desincentivos à atividade de produção de informação e, no longo prazo, menos pessoas se dedicariam a atividades de pesquisa e inovação. Em outros termos, o resultado seria *ineficiência dinâmica*.

Dessa forma, o sistema de direitos de propriedade intelectual é baseado em um *trade-off*: sacrifica-se alguma eficiência estática para se alcançar eficiência dinâmica<sup>26</sup>. Propriedade intelectual cria uma distorção que não é apenas tolerada, mas incentivada porque se espera que tal distorção promova inovação<sup>27</sup>.

Todavia, além de ser um bem público (bem não-exclusivo e não-rival, portanto), a informação possui uma segunda característica que torna mais delicada a questão. Com efeito, quando se atenta para o fato de que *todo conhecimento se baseia em conhecimento preexistente*, vislumbram-se os problemas que podem surgir da imposição de limites artificiais ao uso da informação. Segundo Yochai Benkler<sup>28</sup>, os economistas chamam essa característica de “efeito ‘sobre ombros de gigantes’” (“*on the shoulders of giants’ effect*”), aludindo a uma frase atribuída a Isaac Newton<sup>29</sup>. A dificuldade que daí advém é bem explicada por Joseph Stiglitz:

Conhecimento é o mais importante insumo para a produção de conhecimento. A propriedade intelectual restringe esse insumo; de fato, ela opera por meio da limitação do acesso ao conhecimento. Uma maneira de se pensar sobre isso é em termos de um processo de produção convencional. Se há um aumento no preço de um insumo, isso reduz a oferta do produto. Nesse caso, o insumo é conhecimento; patentes aumentam o preço desse insumo, o que, por sua vez, reduz a produção<sup>30</sup>.

<sup>22</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 12

<sup>23</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007, p. 2

<sup>24</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 37

<sup>25</sup>STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700

<sup>26</sup>Esse trade-off, como será visto no capítulo 6, é justamente um dos pontos de atrito entre o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

<sup>27</sup>STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700.

<sup>28</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 37

<sup>29</sup>Teria dito o cientista: “Se eu vi mais longe, foi por estar de pé sobre ombros de gigantes”

<sup>30</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*Knowledge is the most important input into the production of knowledge. Intellectual property restricts this input; indeed, it works by limiting access to knowledge. One way*

Levando-se em conta, portanto, que os usuários da informação não são apenas consumidores, mas também atuais produtores e futuros inovadores, uma proteção mais forte aumenta os custos de produção de mais informação. Uma maior proteção pode elevar mais esses custos do que incrementar a capacidade de apropriação do novo inovador em relação ao valor de sua contribuição<sup>31-32</sup>.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Cláudio Barbosa alerta para o fato de que:

Quando a proteção é excessiva, perde-se a função de incentivo, estanca-se a criação e a circulação da informação, e, conseqüentemente, constata-se que a proteção gera externalidades negativas, acarretando um custo social<sup>33</sup>.

Portanto, um sistema de propriedade intelectual ótimo deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a concessão de direitos que recompensem suficientemente os inventores e os obstáculos que esses mesmos direitos colocam diante de cada potencial inovador<sup>34</sup>. Vê-se aqui uma segunda dimensão do já mencionado *trade-off* entre eficiência estática e eficiência dinâmica, ou, em outros termos, *entre acesso e incentivo*<sup>35</sup>. No que tange a patentes, a questão envolve complexos questionamentos acerca do escopo ideal e do período de proteção, das matérias patenteáveis, da interpretação dos requisitos de “atividade inventiva” e “novidade”, etc. Em função de tais dificuldades, identificar tal ponto ótimo não é tarefa que se tenha conseguido realizar com sucesso até hoje. Conseqüentemente, tem-se um sistema de direitos de propriedade intelectual que dificulta a produção de novos conhecimentos em muitos setores.

---

*of thinking about this is in terms of any standard production process. If you increase the price of an input, it reduces the supply of the output. In this case, the input is knowledge; patents increase the price of this input, which in turn reduces the output.”* STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1700.

<sup>31</sup>BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*, p. 38-39

<sup>32</sup>Como será visto mais adiante, isso guarda relações com a chamada “tragédia dos anticomuns”.

<sup>33</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 53

<sup>34</sup>HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 251. O mesmo Herbert Hovenkamp, em outra obra, expõe a mesma ideia em termos diferentes: “*An optimal IP policy creates just enough incentive to cause creative people to innovate at the optimal level, but not so much so as to restrain excessively others who want to build on their work*” (*Innovation and the Domain of Competition Policy*. 2008, p. 5).

<sup>35</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004, p. 4-7. Disponível em:

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=642622](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=642622)>. Acesso em: 17 fev. 2013.



### 3. A “Tragédia dos Anticomuns”

Na verdade, vão muito além as dificuldades e disfunções que caracterizam o atual sistema de propriedade intelectual – com destaque, no presente trabalho, para o sistema de patentes. Ademais, principalmente em razão do efeito “sobre ombros de gigantes”, ineficiências no manejo da informação podem ter conseqüências de grandes proporções – o que justifica o estudo e a busca por possíveis soluções.

Algumas dessas falhas trouxeram para âmbito da propriedade intelectual a noção de “tragédia dos anticomuns”, desenvolvida por Michael Heller em estudo sobre a regulação da propriedade privada no regime pós-socialista na antiga URSS<sup>36</sup>. Para criar sua teoria, Heller se baseou na conhecida “tragédia dos comuns”<sup>37</sup> em que se tem sobre-utilização de um recurso escasso em decorrência de o seu uso ser comum - todos detêm privilégio de uso e ninguém possui o direito de *excluir* os demais. A conseqüência é esgotamento ou depredação, motivo pelo qual se fala em “tragédia”. Uma das soluções apontadas para esse problema é a propriedade privada. Não obstante, a privatização excessiva pode criar entraves. É o que se verifica na “tragédia dos anticomuns”, na qual há a subutilização de um recurso, em razão de a propriedade se encontrar fragmentada a ponto de várias pessoas possuírem o direito de excluir as demais, sem que alguém detenha efetivo direito de gozo<sup>38</sup>. Para que se possa utilizar determinado recurso, passa a ser necessário obter a autorização de todas as pessoas que possuem direitos a ele relacionados. Mas, em razão de os custos de transação não serem inexistentes ou desconsideráveis, “uma vez que o problema dos anticomuns emerge, colecionar direitos para fazer propriedade utilizável é, muitas vezes, algo brutal e lento”<sup>39</sup>.

O sistema de propriedade intelectual, como já explicado acima, baseia-se em certa ineficiência estática e em algum grau de sub-utilização de informação. Contudo, o que se tem na “tragédia dos anticomuns” é uma ineficiência de outra natureza, mais grave e intensa. No

---

<sup>36</sup>HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, Cambridge v. 111, n. 3, p. 621-688, 1998.

<sup>37</sup>A expressão foi criada por Garrett Hardin, que a utilizou para explicar problemas como poluição, extinção de espécies e, principalmente, superpopulação. Em seu artigo pioneiro, Hardin, após descrever os perigos da sobre-utilização de recursos e negar validade absoluta à “mão invisível” de Adam Smith, alerta: “*Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.*” Atualmente a ideia é bastante importante em alguns temas na Economia e no Direito, além de ser uma das justificativas para a propriedade privada. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, New York, v. 162, n. 3859, dez. 1968, p. 1244.

<sup>38</sup>HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, New York, v. 280, n. 5364, mai. 1998, p. 698.

<sup>39</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*once anticommons emerges, collecting rights to make usable property is often brutal and slow.*” HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, p. 698

primeiro trabalho que aplicou a teoria dos anticomuns ao mercado de propriedade intelectual, Rebecca Eisenberg e Michael Heller, analisando o setor biomédico, afirmam:

O problema que identificamos é distinto da subutilização inerente a qualquer sistema de patentes que funcione bem. Ao conferir monopólios sobre descobertas, patentes necessariamente aumentam preços e restringem o uso – um custo que a sociedade paga para motivar invenção e sua revelação. A tragédia dos anticomuns se refere a obstáculos mais complexos que surgem quando um usuário precisa ter acesso a vários insumos patenteados para criar um único produto utilizável. Cada patente em um nível superior da cadeia produtiva permite que seu detentor instale uma cabine de pedágio na estrada que leva ao desenvolvimento do produto, aumentando os custos e diminuindo, na outra ponta da cadeia, o ritmo da inovação biomédica<sup>40</sup>.

A “tragédia dos anticomuns” ajuda a entender porque o avanço tecnológico e a crescente utilização de direitos de propriedade intelectual podem ter como consequência, de forma aparentemente paradoxal, o retardamento da inovação<sup>41</sup>. O problema se relaciona à chamada *knowledge-based economy*, em que a valorização da informação - e da propriedade intelectual -, aliada à complexificação das tecnologias, põe em cheque alguns os fundamentos do sistema de patentes tradicional. De acordo com Cláudio Barbosa:

[...] as modificações tecnológicas que presenciamos não nos autorizam a admitir que institutos jurídicos moldados no século XIX possam perfeitamente regulamentar toda a situação lançada pela constante evolução tecnológica<sup>42</sup>.

As causas e conseqüências da “tragédia dos anticomuns” no mercado de propriedade intelectual são de diversas ordens. As próximas seções buscam explicar, de forma sintética, os pontos que guardam maiores relações com os arranjos de consórcios de patentes. Primeiramente, no item 3.1, tratar-se-á do fenômeno chamado *patent flooding* e das tendências expansionistas do direito de propriedade intelectual. Na sequência, será apresentado no item 3.2 o papel das diferentes relações tecnológicas entre patentes. Por fim, em 3.3 serão indicados, problemas específicos advindos da “tragédia dos anticomuns” – os quais, como se discute no próximo capítulo, poderiam ser solucionados por *pools* de patentes.

---

<sup>40</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*The problem we identify is distinct from the routine underuse inherent in any well functioning patent system. By conferring monopolies in discoveries, patents necessarily increase prices and restrict use – a cost society pays to motivate invention and disclosure. The tragedy of the anticommons refers to the more complex obstacles that arise when a user needs access to multiple patented inputs to create a single useful product. Each upstream patent allows its owner to set up another tollbooth on the road to product development, adding to the cost and slowing the pace of downstream biomedical innovation.*” HELLER, Michael A.; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, p. 699

<sup>41</sup>RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: Uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2012, p. 20.

<sup>42</sup>BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 60.

### 3.1. Tendência expansionista do sistema de propriedade intelectual e *patent flooding*

Recentemente, a literatura tem chamado a atenção para uma explosão no número de patentes, sem que se verifique, contudo, proporcional aumento na taxa de inovação<sup>43</sup>. Fala-se em uma inundação – *flooding* - de direitos de propriedade intelectual, que teria, como resultado, a “diminuição dos *espaços de liberdade* de atuação das pessoas no mercado econômico e fora dele”<sup>44</sup>.

Uma das causas do aumento do número de patentes reside na atual tendência de “alargamento do conjunto de realidades que podem ser protegidas por direitos de propriedade intelectual”<sup>45</sup>. Por um lado, o TRIPS<sup>46</sup> obrigou seus signatários a um rol mínimo de matérias patenteáveis – incluindo produtos farmacêuticos, que não eram protegidos em muitos países, inclusive no Brasil. Por outro, brotam modelos híbridos e proteções *sui generis*, como aquelas relativas a cultivares e a circuitos integrados. Além disso, em alguns ordenamentos, passam a ser aceitas patentes em matérias nas quais os tradicionais requisitos de patenteabilidade dificilmente podem ser cumpridos satisfatoriamente<sup>47</sup>.

Ao lado dessa tendência expansionista, a análise dos requisitos para a concessão de patentes – novidade, atividade inventiva (*non-obviousness*) e aplicação industrial (*utility*) – tem se mostrado uma tarefa extremamente difícil em se tratando de novas e complexas tecnologias. Como consequência, inúmeras patentes inválidas são concedidas<sup>48</sup>, privatizando conhecimento que deveria ser de uso comum.

---

<sup>43</sup>BOLDRIN, Michele et al. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*, Washington, v. 1, 2011, p. 15-19.

<sup>44</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público, p. 349.

<sup>45</sup>REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público, p. 344.

<sup>46</sup>O Acordo TRIPS (do inglês, *Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*) é um tratado assinado em 1994, no contexto do encerramento da Rodada do Uruguai do GATT e da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). O TRIPS promoveu a adoção, por parte de todos os seus signatários, de um nível mínimo de proteção à propriedade intelectual, impondo – inclusive, e principalmente, a países em desenvolvimento – um “piso” muito próximo ao regime já adotado pelos países desenvolvidos. Além disso, o Acordo transferiu a discussão e regulamentação internacional da propriedade intelectual da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) para a OMC, viabilizando maior pressão aos países que não o cumprissem, por meio da possibilidade de sanções internacionais efetivas. Como resultado, houve a expansão da proteção à propriedade intelectual em nível internacional, conforme os interesses das nações desenvolvidas, “grandes detentores do conhecimento global”. Ver BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade Intelectual*, p. 36 e ROSINA, Mônica Steffen Guise. *A regulamentação internacional das patentes e sua contribuição para o processo de desenvolvimento do Brasil: análise da produção de novos medicamentos no setor farmacêutico*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19-21.

<sup>47</sup>A polêmica proteção aos *business methods*, nos EUA, ilustra bem essa realidade. Nesse sentido, GLEICK, James. *Patently Absurd*. *New York Times Magazine*, New York, p. 44-49, 12 mar. 2000.

<sup>48</sup>SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004, p. 15.

Por fim, dada a importância dos direitos de propriedade intelectual na economia contemporânea, verifica-se uma crescente “propensão a patentear” (“*propensity to patent*”)<sup>49</sup>. Um dos motivos é a prática de patenteamento defensivo, por meio da qual um agente econômico busca uma patente com o único objetivo de evitar que outros consigam um “direito de exclusivo” que o impeça de utilizar livremente eventual invenção futura<sup>50</sup>. Nesse caso, a obtenção da patente é totalmente desligada da lógica do Direito da Propriedade Intelectual descrita no capítulo 2.

James Boyle utilizou a expressão “*enclosing the commons*” para se referir à privatização de algo que estava (e talvez devesse permanecer) no domínio público<sup>51</sup>. É exatamente o que se verifica no fenômeno de *patent flooding*, cuja correnteza cada vez mais arrasta o mercado de propriedade intelectual aos anticomuns.

### **3.2. Relações tecnológicas entre patentes**

O sistema tradicional de direitos de propriedade intelectual foi construído sobre um paradigma de invenção no qual cada nova patente correspondia a uma nova máquina ou dispositivo. No entanto, essa premissa é posta em cheque por novas e complexas tecnologias<sup>52</sup>. Atualmente, é comum que um único bem ou processo envolva dezenas, centenas ou até mesmo milhares de patentes<sup>53</sup>, como é o caso da indústria de semicondutores. Surge, então, a questão das “patentes complementares” (*complementary patents*), que, cobrindo diferentes componentes de uma invenção “maior”, são inúteis ou tem pouco valor individualmente.<sup>54</sup> Tais patentes referem-se, portanto, a tecnologias que se complementam, no sentido de que o uso de uma aumenta o valor do uso da outra<sup>55</sup>.

Todavia, quando várias patentes incidem sobre um determinado produto ou processo, ocorre o fenômeno chamado de *royalty stacking*: para que a invenção seja explorada, passa a

---

<sup>49</sup>SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004, p. 15.

<sup>50</sup>LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Belknap, 2003, p. 320

<sup>51</sup>*Apud* STIGLITZ, Joseph E. *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, p. 1708.

<sup>52</sup>LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, 2007, p. 2.

<sup>53</sup>Como escreve Michael Heller: “*Today, the leading edge of wealth creation requires assembly. From drugs to telecom, software to semiconductors, anything high tech demands the assembly of innumerable patents*” (HELLER, Michael. *Gridlock Economy*. New York: Basic Books, 2008, p. xiv).

<sup>54</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004, p. 31.

<sup>55</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. New York: Aspen, 2011, capítulo 34, p. 7

ser necessária a obtenção de licenças dos diversos detentores das patentes relacionadas e o total de *royalties* a serem pagos dependerá dos valores acertados em cada licenciamento<sup>56</sup>. Ocorre que estes últimos tendem a ser ineficientemente elevados – principalmente em razão de problemas como o *holdup* e a marginalização múltipla, explicados no item 3.3.

Outra possível relação tecnológica entre as diferentes patentes que incidem sobre uma mesma invenção é a de *bloqueio*, que se dá quando existe um produto ou conjunto de produtos que infringe pelo menos uma reivindicação de diferentes patentes de diversos detentores. O caso mais comum de “patentes bloqueantes” (*blocking patents*) é aquele que envolve uma invenção básica criada por uma empresa e um melhoramento desenvolvido por outra: nenhum dos agentes econômicos poderá explorar a invenção superior – o melhoramento – se não obtiver a autorização do outro, o que pode levar a um impasse<sup>57</sup>. Segundo Steven Carlson, a existência de patentes bloqueantes é consequência natural de um *processo difuso de inovações incrementais*<sup>58-59</sup>. Isso porque o sistema de patentes assume que o inventor inicial de um produto é o mais apto a desenvolvê-lo e trazê-lo ao mercado de maneira eficiente. No entanto, essa premissa é outra que se mostra inadequada<sup>60</sup>. Por conseguinte, com o intuito de se permitir inovação (que ocorre também de forma difusa), concedem-se patentes bloqueantes – não obstante sua tendência a criar impasses legais<sup>61</sup>.

Tendo em mente as dificuldades advindas das patentes complementares e bloqueantes, Michael Carrier traz, respectivamente, as noções de “gargalos intra-geracionais” e “gargalos inter-geracionais”. Nas palavras daquele autor:

Gargalos podem assumir duas formas. A primeira ocorre em indústrias caracterizadas por inovação cumulativa, em que cada produto é construído com base no seu predecessor. Nessas indústrias, o primeiro inventor pode criar um gargalo ao se recusar a licenciar seu produto, que é bloco necessário à construção de inovações subsequentes. Esse artigo se refere a tal situação como gargalo entre gerações, ou “gargalo inter-geracional.” O segundo tipo de gargalo ocorre quando um produto contém múltiplos componentes patenteados. Aqui, a recusa de um dos detentores a licenciar seu componente impedirá a prática da invenção. Esse bloqueio será chamado de gargalo dentro de uma geração, ou “gargalo intra-geracional”<sup>62</sup>.

<sup>56</sup>LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, p. 1992-2048, 2007.

<sup>57</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 6-7

<sup>58</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 16, 1999, p. 362

<sup>59</sup>Inovações incrementais, ao contrário das inovações radicais, envolvem pequenas mudanças em produtos já existentes. Ver CARRIER, Michael A. *Innovation for the 21st Century – Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*. 2009. *Kindle E-Book*, loc316.

<sup>60</sup>REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 16, n. 2, 2007, p. 156.

<sup>61</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 363

<sup>62</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “*Bottlenecks can take one of two forms. The first occurs in industries marked by cumulative innovation, where each product builds on its predecessor. In these industries,*

Tanto no caso de patentes complementares quanto no caso de patentes bloqueantes, os agentes com a intenção de explorar determinada tecnologia precisam celebrar contratos de licenciamento com (todos) os detentores de (todas as) patentes necessárias. Nessa situação, portanto, os direitos de propriedade se encontram tão fragmentados entre múltiplos detentores que nenhum deles possui um pacote comercialmente significativo – e instala-se facilmente a tragédia dos anticomuns<sup>63</sup>.

### **3.3. *Patent thicket*: custos de transação, marginalização múltipla, *holdup* e insegurança no desempenho de atividades relacionadas à propriedade intelectual**

Aliado ao fenômeno de *patent flooding*, o problema advindo da dispersão de patentes interdependentes (complementares ou bloqueantes) resulta na formação de um “emaranhado” de patentes (*patent thicket*): “uma densa rede de direitos de propriedade intelectual sobrepostos, que uma companhia deve cortar, abrindo caminho para que possa efetivamente comercializar nova tecnologia”<sup>64</sup>. A questão é particularmente preocupante em algumas indústrias como as de semicondutores, biotecnologia, *software* e Internet.

Disso decorrem diversos problemas. Primeiramente, elevados custos de transação podem inviabilizar a atividade de potenciais inovadores e de empresas que pretendem utilizar determinada tecnologia<sup>65</sup>: será necessário identificar todas as patentes relevantes, localizar seus detentores, celebrar múltiplos contratos de licenciamento e enfrentar poderes de barganha eventualmente elevados. Por outro lado, os detentores de patentes incorrerão em consideráveis gastos para monitorar o cumprimento das disposições do licenciamento e levar a juízo eventuais desvios<sup>66</sup>.

---

*the earlier inventor can create a bottleneck by refusing to license its product, which is the necessary building block for subsequent innovation. This article refers to such setting as bottleneck between generations, or “intergenerational bottleneck.” The second type of bottleneck occurs when one product contains multiple patented components. Here, a refusal by one of the patent holders to license its component part will prevent the invention from being practiced. This holdup will be referred to as bottleneck within a generation, or “intragenerational bottleneck.”* CARRIER, Michael A. Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 56, 2003, p. 134.

<sup>63</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 8

<sup>64</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “a dense web of overlapping intellectual property rights that a company must hack its way through in order to actually commercialize new technology.” SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*. 2001, p. 1-2.

<sup>65</sup>Nesse sentido, Michael Heller: “Rather than waste time and money trying to assemble fragmented ownership rights that might profit them and benefit us all, many of the world’s most powerful businesses simply abandon corporate assets. They redirect investment toward less challenging areas, and innovation quietly slips away.” HELLER, Michael A. *The Gridlock Economy*, p. 2.

<sup>66</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 2.

A “marginalização múltipla” (ou “*complements problem*”) é um segundo fenômeno que, por ter maiores chances de ocorrência sob o “emaranhado de patentes” e sob a necessidade de *royalty stacking*, ameaça ainda mais o funcionamento eficiente do atual sistema de patentes. Cournot, que em 1838 descreveu o problema pela primeira vez, analisou a dificuldade enfrentada por um produtor de latão que tinha que comprar seus principais insumos – cobre e zinco – de dois monopolistas diferentes. O economista francês então demonstrou que o preço final do latão seria menor se um único monopolista fornecesse os dois insumos a uma indústria de latão competitiva. E mais: nesse caso o lucro total dos produtores seria maior do que na existência de dois “monopólios complementares”. Direitos balcanizados em relação ao cobre e ao zinco trariam, portanto, prejuízos tanto aos consumidores quanto aos produtores<sup>67</sup>. Essa conclusão aparentemente paradoxal se deve a externalidades negativas que envolvem a atuação dos dois monopolistas: o fornecedor de cobre, ao fixar seu preço, não levaria em consideração a consequente redução na quantidade de zinco comprada da outra empresa, e vice-versa. As lições de Cournot, aplicadas ao mercado de patentes<sup>68</sup>, indicam que, em uma situação de múltiplas patentes complementares (ou bloqueantes), os *royalties* exigidos por cada detentor e os *royalties* totais serão muito elevados em comparação com o que seria economicamente ótimo. Como consequência, os custos de se utilizar a tecnologia patenteada (ou de se comercializar o produto patenteado) serão excessivamente altos, limitando a difusão da tecnologia (ou o uso do produto). Concomitantemente, os detentores de patentes receberão menos *royalties* do que obteriam se coordenassem o licenciamento<sup>69</sup>.

Em terceiro lugar, considerando a incerteza típica dos direitos conferidos por patentes<sup>70</sup> e o perigo representado por patentes adormecidas (das quais não se tem conhecimento) ou submarinas (que “emergem” subitamente), o “emaranhado de patentes” culmina em grave insegurança no desenvolvimento de criações<sup>71</sup>. Como consequência, recursos que poderiam ser utilizados em P&D passam a ser destinados a (extremamente

---

<sup>67</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 4-5.

<sup>68</sup>Tal aplicação é absolutamente lícita em função da extrema diferenciação de produtos que caracteriza o mercado de propriedade intelectual. Como aponta Hovenkamp, “[...] *IP rights often are unique in the sense that for a particular user only one (or a small number) will do what that user needs to get done*” HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 252.

<sup>69</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 3.

<sup>70</sup>Tanto que alguns estudiosos sustentam que as patentes conferem, na verdade, “*probabilistic rights*”, visto que seu titular tem um direito de apenas *tentar* excluir os demais. Essa incerteza se deve à indefinição quanto à validade e quanto ao escopo da patente. São grandes as chances de uma patente questionada em juízo ser considerada inválida e, independentemente disso, a dificuldade de se interpretar suas reivindicações, bem como a aplicação da chamada “doutrina dos equivalentes” tornam incerta a delimitação de seu escopo. LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. *Probabilistic Patents*, 2004.

<sup>71</sup>RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual*, p. 21.

custosos) litígios que buscam clarear os limites da atuação dos diversos detentores de direitos de propriedade intelectual<sup>72</sup>. Em razão dos riscos, algumas empresas podem simplesmente optar por não entrar no mercado.

Um quarto aspecto que merece análise é o perigo de *hold-up*, que torna ainda mais arriscada a atuação em setores em que a propriedade intelectual desempenha papel importante. O *hold-up*, no âmbito das patentes, é o problema que surge quando uma empresa é surpreendida por uma patente de cuja existência não tinha conhecimento, após ter produzido em larga escala um produto que a infringe. Nessa situação, o detentor da patente poderá exigir o pagamento de *royalties*, podendo recorrer aos tribunais para exigir o fechamento da fábrica ou a retirada dos produtos do mercado. Mesmo que a empresa que foi pega de surpresa possa “redesenhar” sua invenção e contornar a patente, nesse caso: (i) serão necessários mais esforços e gastos, que podem prejudicar sua produção; (ii) ela poderá, eventualmente, ser responsabilizada pelos produtos vendidos antes de adaptar sua invenção e; (iii) aumentam as chances de ocorrer problemas de compatibilidade entre as diferentes versões do produto<sup>73</sup>. Diante disso, o detentor da patente poderá exigir *royalties* mais elevados do que seria capaz se a negociação tivesse ocorrido antes do desenvolvimento ou da produção da tecnologia ou bem que infringe a patente - o que, em última análise, refletirá no preço final do produto<sup>74</sup>. Deve-se notar que esses *royalties* mais polpudos não guardam relações com o valor representado pela invenção do detentor da patente e não seguem a racionalidade do sistema de propriedade intelectual apresentada no capítulo 2. Na verdade, eles apenas refletem os custos impostos à empresa infringente. Segundo Carl Shapiro, o problema do *hold-up* é muito real hoje em dia e em algumas indústrias o risco de “se pisar numa mina terrestre” é imenso, o que demanda atenção por parte das autoridades do Direito da Propriedade Intelectual e do Direito Concorrencial<sup>75-76</sup>.

---

<sup>72</sup>REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation, p. 68.

<sup>73</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 7.

<sup>74</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 8.

<sup>75</sup>SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket*, p. 7-8.

<sup>76</sup>Embora ainda não receba muita atenção da comunidade acadêmica, também merece ser mencionada uma questão que tem ocupado papel de destaque em discussões relativas a propriedade intelectual no mundo dos negócios: os chamados “*patent trolls*.” Apesar existir certa indefinição no alcance da expressão, ela geralmente é utilizada em referência a entidades que constroem e mantêm um portfólio de patentes sem explorar as respectivas invenções, com o objetivo único de obter lucros por meio da oposição de seus direitos de propriedade intelectual contra outras empresas – geralmente contra muitas, simultaneamente. Por esse motivo, às vezes é utilizada como sinônimo de “*patent troll*” a sigla “NPE”, correspondente à expressão em língua inglesa “*non-practicing entity*”.

Assim como as criaturas do folclore escandinavo escondiam-se sob pontes que não tinham construído para surpreender passantes, ameaçando-os e exigindo o pagamento de pedágio, um *patent troll* adquire e acumula patentes para atacar e extorquir as empresas que, julgando estar em domínio público determinada tecnologia,



A partir do exposto nas duas últimas seções se conclui que, diante do *patent flooding* e do “emaranhado de patentes”, os efeitos do sistema de propriedade intelectual, em alguns casos, colidem frontalmente com seus próprios objetivos. O resultado é sub-aproveitamento do conhecimento, custos de transação elevados, gastos ineficientes, desestímulo à atividade inventiva e estagnação tecnológica, com efeitos negativos na economia. Por conseguinte, a expressão “*tragédia dos anticomuns*” não é despropositada, motivo pelo qual são bem-vindos arranjos capazes de neutralizar seus efeitos.

#### 4. *Pools* de patentes: a possível solução

Conforme aponta a literatura, uma das possíveis soluções (ou, pelo menos, um dos possíveis meios de se contornar) os problemas gerados pelos anticomuns consiste na formação de *pools* de patentes, também chamados de consórcios de patentes. Estes, como se verá, apresentam alguns efeitos reconhecidamente pró-competitivos quando envolvem patentes complementares ou bloqueantes.

---

efetivamente a exploram. Em vez de um porrete, os *patent trolls* se armam com patentes que nunca haviam sido executadas em juízo e que geralmente possuem reivindicações vagas e amplas, escopo indefinido e validade duvidosa. Aproveitam-se, portanto, das disfunções geradas pelos fenômenos de *patent flooding*, expansão das matérias patenteáveis e complexificação tecnológica para conseguir acordos vantajosos com as empresas acusadas de infringir suas patentes. Estas, vendo-se ameaçadas por litígios longos, custosos e de desfecho incerto, tendem a ceder aos termos impostos pelo *troll*. Como consequência da prática de *patent trolling*, agravam-se os perigos das patentes adormecidas e do *hold-up*, aumentando ainda mais a incerteza e os riscos de se investir em inovação. Ver BESSEN, James ; FORD, Jennifer ; MEURER Michael J. *The Private and Social Costs of Patent Trolls: Do Nonpracticing Entities Benefit Society by Facilitating Markets For Technology? Regulation*, Boston, v. 34, n. 4, inverno 2011-2012; MAGLIOCCA, Gerard N. *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*. 2007; SANDBURG, Brenda. *You May Not Have a Choice: Trolling For Dollars*. 2001.

Um exemplo importante dos perigos da prática de *patent trolling* é dado pela controvérsia que se deu, nos EUA, entre as empresas *NTP* e *Research in Motion (RIM)*, responsável pelos *smatphones BlackBerry*. A primeira delas não possui nenhum empregado e não fabrica nenhum produto, mas promoveu ação contra a *RIM*, alegando violação de cinco de suas patentes, referentes a uma tecnologia de integração e sistemas de e-mail com redes sem-fio. Ninguém sustentou que a *RIM* houvesse copiado tais patentes: parecia evidente que ela havia desenvolvido a tecnologia por si e, além disso, tinha lhe dado aplicação comercial, ao contrário da *NTP*. No entanto, de acordo com o sistema de patentes dos EUA (e também com o do Brasil), bastava que a *NTP* tivesse obtido a patente anteriormente para que a *RIM* pudesse ser responsabilizada. O processo se arrastou por quatro anos, ameaçando inativar o serviço de e-mail de três milhões de usuários. Finalmente, em 2006, a *RIM* aceitou pagar US\$612,5 milhões para por fim à disputa. Cf. KELLEY, Rob. *BlackBerry maker, NTP ink \$612 million settlement: Research in Motion averts shutdown of wireless e-mail service, announces fourth-quarter warning. CNNMoney.com*, 3 mar. 2006. Ver também PARLOFF, Roger. *BlackBerry held hostage: RIM's patent trials (ant tribulations) show how 'patent trolls' can shut companies down: analysis. CNNMoney.com*, 29 nov. 2005.

#### **4.1. Conceito e traços principais**

Da mesma forma que o licenciamento cruzado (*cross-licensing*), *pools* de patentes consistem em trocas mútuas de direitos de propriedade intelectual. No entanto, licenciamentos cruzados são acordos bilaterais, ao passo que *pools* abrangem arranjos mais complexos: geralmente possuem múltiplas partes e possibilitam que as patentes agrupadas sejam licenciadas a não membros, mediante pagamento de *royalties* pré-determinados<sup>77</sup>.

Assim, *consórcio de patentes é um acordo por meio do qual dois ou mais detentores cedem ou licenciam suas patentes a uma única entidade* (que pode ser um dos detentores originais ou uma sociedade criada especificamente para esse fim), *a qual então as explorará diretamente* (utilizando as patentes em algum processo industrial ou em algum produto), *ou as licenciará “em pacote”*. As disposições contratuais, restrições impostas aos membros e as estruturas organizacionais dos *pools* variam bastante, podendo ser simples contratos plurilaterais ou constituir complexa agregação de dezenas de membros e centenas de patentes (“*mega-pools*”)<sup>78</sup>.

Não obstante essa enorme variabilidade, duas características são comuns a todos os *pools*. Primeiramente, sempre se estabelece um mecanismo regularizado de transação que substitui a necessidade de se negociar individualmente com cada detentor os termos de um licenciamento<sup>79</sup>. Em outras palavras, o *pool* de patentes busca criar um “*one-stop shop*”, em que se pode obter, de uma só vez e mediante um só contrato, todas as patentes (ou, pelo menos, várias delas) necessárias à utilização de determinada tecnologia. A segunda característica é a elaboração, pelos membros, de um sistema de partilha dos *royalties* pagos por terceiros – partilha esta que geralmente se dá segundo os resultados de algum método de avaliação acerca do valor da contribuição dada por cada uma das patentes agregadas<sup>80-81</sup>. Mark Janis, atentando a esses dois traços, comuns a todos os *pools*, propõe interessante terminologia:

---

<sup>77</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 4-5

<sup>78</sup>MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999, p. 18-27.

<sup>79</sup>GILBERT, Richard. Ties That Bind: Policies to Promote (Good) Patent Pools. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, 2010, p. 4.

<sup>80</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004, p. 30

<sup>81</sup>Robert Merges também identifica as mesmas características: “[*Patent pools*] reveal what brings individual right holders together to resolve transactional bottlenecks. Soon after coming together, one of the first things they do is to settle two issues of valuation: the rates licensees will pay for access to the entire pool; and rules for dividing the spoils among the pool’s members” (*Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999, p. 12-13).

Como um primeiro passo rumo à simplificação da análise concorrencial dos *pools* de patentes, pode ser útil definir *patent pooling* como um conceito que abarca duas classes de transações relacionadas a patentes: **acordos de agregação** e **acordos de disseminação**<sup>82</sup>.

#### 4.2. Redução dos custos de transação

A partir da descrição feita nos parágrafos anteriores infere-se uma das principais vantagens dos consórcios de patentes, consistente na diminuição dos custos de transação. Essa redução opera tanto externa quanto internamente ao *pool*. Os usuários da tecnologia são beneficiados pelo o fim da necessidade de se localizar todos os detentores e de com eles celebrar contratos individuais, bem como pelos termos relativamente uniformes oferecidos pelo *pool*. Por outro lado, as normas organizacionais internas sobre divisão de *royalties* reduzem os custos entre os próprios membros<sup>83</sup>.

#### 4.3. Solução do problema da marginalização múltipla

Quando há muitas (e dispersas) patentes complementares, a criação de um *pool* de patentes também pode pôr fim à marginalização múltipla. Ao contrário do que ocorre com o problema original proposto por Cournot, em que a fusão entre os fornecedores de cobre e zinco poderia ser uma saída viável, a concentração de todos os detentores das patentes relevantes em relação a certa tecnologia geralmente não é uma alternativa possível<sup>84</sup>. A formação de um *pool*, no entanto, é uma opção mais realista e tem efeitos similares, dado que as externalidades negativas serão igualmente internalizadas<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “As a first step towards simplifying the antitrust analysis of patent pools, it may help to define patent pooling as an umbrella concept that encompasses two classes of patent transactions: aggregation agreements and dissemination agreements.” JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005, p. 3.

<sup>83</sup>MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions*, p. 14.

<sup>84</sup>De fato, seria pura fantasia imaginar uma fusão entre Canon, France Telecom, Samsung, Fujitsu, General Electric, Bosch, Sony e a Universidade de Colúmbia como solução ao problema da marginalização múltipla no caso da implementação do padrão MPEG-2, por exemplo. LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007, p. 4.

<sup>85</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*, p. 4.

#### **4.4. Integração de tecnologias complementares**

Em decorrência da solução do problema da marginalização múltipla, bem como da redução dos custos de transação envolvendo *royalty stacking* de patentes complementares, *pools* podem ser extremamente úteis na integração de tecnologias complementares<sup>86</sup>, possibilitando seu rápido desenvolvimento<sup>87</sup>. Isso é muito bem exemplificado pelos recentes (e exitosos) *pools* relacionados aos padrões MPEG-2<sup>88</sup> e DVD<sup>89</sup>.

#### **4.5. Solução de situações de bloqueio entre patentes**

Outro possível efeito positivo da criação de um *pool* é a solução de impasses gerados por patentes que guardam entre si relação de bloqueio<sup>90</sup>. Nesse sentido, um consórcio de patentes pode ser uma forma de se viabilizar a exploração de produtos ou processos sobre os quais incidem patentes bloqueantes. Como apontam Hovenkamp et al., as cortes americanas

---

<sup>86</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 28-35

<sup>87</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 32.

<sup>88</sup>A tecnologia MPEG-2 refere-se a um formato para compressão e transmissão de sinais digitalizados. A Universidade de Colúmbia e mais oito empresas (Fujitsu, General Instrument, Lucent, Matsushita, Mitsubishi, Philips e Scientific-Atlanta) agruparam 27 patentes relacionadas à tecnologia, criando uma nova sociedade – MPEG LA – para atuar como administradora dos licenciamentos. O arranjo foi aprovado pelo *Department of Justice* dos EUA em 1997, o qual considerou importantes para a decisão os efeitos pró-competitivos da integração de invenções complementares, bem como a adoção de certas salvaguardas estruturais. Em relação a esse último ponto, merece destaque a previsão de que o *pool* é aberto, mas a inclusão ou retirada de uma patente deve se dar segundo o critério de sua “essencialidade” à tecnologia MPEG-2, o que é aferido por um perito independente. Já no ano de 2002, o *pool* contava com 525 patentes, de 22 detentores diferentes. Modelo semelhante foi adotado nos *pools* da tecnologia DVD. Ver COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 58-61; HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 31-33 e LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004, p. 97-98.

<sup>89</sup>Atualmente, existem dois *pools* que reúnem as patentes necessárias à exploração da tecnologia de DVD. Formado em 1998, o primeiro deles foi estruturado por meio de acordos bilaterais da Sony e da Pioneer com a Phillips, a qual licencia suas próprias patentes em conjunto com aquelas das outras duas companhias. O segundo foi constituído em 1999 e congrega as patentes das empresas Toshiba, Time Warner, Matsushita, Hitachi, JVC e Mitsubishi, atuando a primeira como licenciante comum do grupo. Em relação à tecnologia DVD, portanto, não se tem um verdadeiro “*one-stop shop*”, mas um “*two-stop shop*”. Todavia, conforme o entendimento do *Department of Justice* dos EUA, o arranjo ainda assim reduz significativamente os custos de transação, pois os agentes econômicos interessados na tecnologia precisam negociar apenas com os dois *pools*, e não mais com nove empresas, separadamente. Ver COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 61-63. O *pool* 3C já foi analisado pelo SBDC, na Averiguação Preliminar N° 08012.001315/2007-21, iniciada após representação das empresas CCE e Gradiente. Estas alegaram, entre outras coisas, que as participantes do *pool* teriam praticando venda-casada ao incluírem no arranjo conhecimentos e direitos não-relacionados à tecnologia DVD, o que caracterizaria abuso de posição dominante e de direitos de propriedade intelectual. Entretanto, em maio de 2009, entendendo inexistirem indícios de infração à ordem econômica, o Cade determinou o arquivamento da Averiguação Preliminar.

<sup>90</sup>Ou “*clearing blocking positions*”, na expressão consagrada nas diretrizes estadunidenses para o licenciamento de propriedade intelectual (“*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*”), de 1995.

defendem acordos de *pool* levados a juízo com base nessa possibilidade desde, pelo menos, o famoso caso *Standard Oil*<sup>91</sup>.

#### 4.6. Redução dos gastos com litígios e atenuação do holdup

Por fim, *pools* podem reduzir gastos com litígios e atenuar o problema do *holdup*. Se forem “empacotadas” todas ou, pelo menos, boa parte das patentes necessárias à utilização de determinada tecnologia, aqueles que a exploram ou utilizam correrão menos riscos de infringir alguma patente no desempenho de suas atividades. Além disso, um *pool* pode ser formado com a intenção de se por fim a um litígio atual ou iminente, o que evita os altos gastos com o processo e reduz a incerteza quanto ao desfecho do conflito<sup>92-93</sup>. Nesse caso, sustenta-se ainda que haveria diminuição da incerteza quanto ao escopo das patentes<sup>94</sup>. Steven Carlson, após por em relevo as dificuldades relativas à interpretação de reivindicações de patentes, explica: “Pondo fim a um litígio por meio da criação de um *pool* ou de um licenciamento cruzado, detentores de patentes podem evitar a **adivinhação** relacionada ao escopo de seus direitos de propriedade intelectual”<sup>95</sup>.

Entretanto, consórcios de patentes podem trazer não apenas soluções às disfunções do sistema de propriedade intelectual, mas também ameaças à dinâmica concorrencial, motivo pelo qual a questão passa a ser de interesse do Direito da Concorrência.

### 5. Pools de patentes: um novo problema?

Apesar de todo o potencial dos consórcios de patentes no tocante à mitigação da tragédia dos anticomuns, sua formação pode ter efeitos anti-competitivos. Mais do que isso, *pools* podem ser – ao invés de um instrumento para o rompimento do “emaranhado” de patentes – um meio de se orquestrar colusão e estratégias anticompetitivas<sup>96</sup>, conforme explicado nos próximos parágrafos.

<sup>91</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 25.

<sup>92</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 380

<sup>93</sup>O juiz pode, por exemplo, declarar a invalidade de uma ou de ambas as patentes.

<sup>94</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 32.

<sup>95</sup>Tradução livre do autor. No original, em inglês: “By resolving patent disputes through a patent pool or cross-licensing arrangement, patentees can avoid the guesswork related to the scope of their intellectual property rights.” CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 381.

<sup>96</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 33

### **5.1. Pools de patentes substitutas e supressão da competição**

Como visto, *pools* podem ter efeitos benéficos quando congregam patentes complementares ou bloqueantes. No entanto, a situação é completamente distinta quando as patentes reunidas são substitutas (*competing patents* ou *substitute patents*) – ou seja, quando as patentes se referem a produtos ou processos que são vistos como concorrentes (substitutos) no mercado. O agrupamento de patentes substitutas, como se bloqueantes ou complementares fossem, pode eliminar a competição entre seus detentores. O *pool* pode, então, servir como um mecanismo de fixação de preços, aumentando o valor cobrado pelos produtos ou serviços que utilizam suas patentes<sup>97</sup>. É por essa razão que tem ganhado espaço a noção de “*essencialidade*” das patentes envolvidas, principalmente após os *pools* dos padrões MPEG-2 e DVD. Assim, se o *pool* inclui apenas as patentes essenciais – complementares e bloqueantes – à exploração de determinada tecnologia, sua formação deve ser permitida. No entanto, enquadrar as patentes nessas categorias não é uma tarefa fácil<sup>98</sup> e esses “rótulos”, apesar de serem úteis em alguns casos, podem também ser simplificadores e levar a erros<sup>99</sup>.

### **5.2. Proteção de patentes inválidas**

Um segundo perigo é o *pool* proteger patentes inválidas. As chances de isso ocorrer são particularmente altas quando o *pool* é criado como solução a um litígio e a outra parte é um dos únicos agentes econômicos suficientemente interessados em questionar a patente em juízo. O problema é grave porque, uma vez que uma patente é integrada ao *pool*, os membros deste passam a ter menos incentivos em buscar a declaração de invalidade do direito de propriedade intelectual. O mesmo ocorre com terceiros que celebram contratos de licenciamento com o *pool*, pois correrão o risco de ver prejudicadas suas relações com a

---

<sup>97</sup>O caso do *pool* formado pelas empresas *Summit Technology, Inc. e VisX, Inc.*, julgado nos EUA, ilustra bem esse problema. As duas empresas, possuindo patentes de tecnologias concorrentes de *laser* para cirurgias de correção de vista, cederam-nas a uma nova sociedade – *Pillar Point Partners* –, criada especificamente para esse fim. As partes acordaram em pagar, ao *pool*, um valor de 250 dólares cada vez que um cirurgião realizasse um procedimento utilizando alguma das tecnologias. A *Federal Trade Commission* entendeu que o acordo constituía um mecanismo de fixação de preços. Além disso, sustentou que na ausência do *pool* as empresas teriam competido, tanto no mercado de equipamentos cirúrgicos quanto no mercado de licenciamento das patentes. Ver HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 20-22

<sup>98</sup>Mark Janis destaca o fato de ainda não existirem critérios definidos para se classificar patentes como bloqueantes. O bloqueio deve ser literal (depreendido dos termos das reivindicações) ou comercial (no sentido de que não há outra alternativa economicamente viável)? Além disso, patentes que hoje são essenciais podem, em razão da evolução tecnológica, deixar de sê-lo no futuro. JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005, p. 12-34.

<sup>99</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 6.

organização. Além disso, pode ser mais custoso e difícil litigar contra um grande *pool*, estruturado e cioso de seus lucros<sup>100</sup>. Como consequência, aumentam as chances de se pagar por informação que deveria estar em domínio público<sup>101</sup>, aumentando indevidamente a ineficiência estática própria do sistema de patentes.

### 5.3. Tying

Ademais, o próprio “empacotamento” das patentes, com oferecimento de um licenciamento único pode dar margens a práticas de *tying*: o *pool* (ou seus membros), detentor de poder de mercado, impõe àqueles que desejam utilizar algumas de suas patentes a obrigação de pagarem pelo licenciamento de outras<sup>102-103</sup>. Quanto a isso, merecem especial atenção contratos de agrupamento de patentes que incluem cláusulas proibindo os membros de licenciarem seus direitos de propriedade intelectual de forma independente. Na verdade, pode ocorrer *tying* mesmo não havendo vedação a licenciamentos individuais, desde os preços efetivamente exigidos sejam desproporcionais, tornando a opção inviável. O problema se torna ainda mais grave quando somado ao das patentes inválidas: o *pool* pode não apenas protegê-las de litígios como pode também ser uma arma para se exigir o pagamento dos respectivos (e indevidos) *royalties*.

### 5.4. Barreiras à entrada

Soma-se ao exposto o fato de *pools* potencialmente constituírem barreiras à entrada – mesmo em caso de patentes complementares. Imagine-se, por exemplo, a situação de um não-membro que desenvolve uma nova tecnologia, aperfeiçoando uma tecnologia prévia cujas patentes são controladas por um *pool*. Esse inovador possivelmente não será capaz de explorar sua invenção sem um mínimo de cooperação dos membros do consórcio de patentes e, assim, provavelmente enfrentará dificuldades ao tentar convencer estes a se reestruturarem para a adoção da nova tecnologia<sup>104</sup>. Como apontado por Calixto Salomão Filho:

---

<sup>100</sup>CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 386-87

<sup>101</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 34.

<sup>102</sup>HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 34, p. 20-22.

<sup>103</sup>Isso não ocorreria em um *pool* que abrigasse apenas “patentes essenciais”: não seria possível se falar em coação, uma vez que ninguém teria interesse em apenas parte do pacote. CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma, p. 386-387. No entanto, como já explicado, a análise das relações tecnológicas entre as patentes oferece complicações.

<sup>104</sup>SCOTCHMER, Suzanne. *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT, 2004, p. 178.

Os acordos entre detentores de patentes de certa indústria, na medida em que reúnem todo o progresso tecnológico e, sobretudo, reúnem os detentores do maior potencial de progresso tecnológico do mercado, representam importantíssima barreira à entrada de novas empresas. Assim, setores em que as patentes têm importância estratégica (como o setor químico e farmacêutico, por exemplo) requerem particular atenção dos órgãos de controle concorrencial<sup>105</sup>.

Em casos como esse, levantam-se barreiras à entrada e, com elas, sérias preocupações. Como explica Paula Forgioni, na presença de barreiras à entrada, o agente econômico (no caso, o membros do *pool*) pode se valer de sua posição dominante, aumentando seus lucros excessivamente sem que tal posição seja ameaçada<sup>106</sup>.

### **5.5. Pools como estruturas que facilitam comportamentos colusivos**

Finalmente, consórcios de patentes podem facilitar a colusão. Como eles estabelecem certos canais de comunicação entre os detentores de patentes, há a facilitação de troca de informações referentes a futuros preços e quantidades, ainda que de maneira informal. De acordo com Massimo Motta, esse tipo de comunicação auxilia as empresas a se coordenarem para a manutenção de um equilíbrio que lhes seja mais vantajoso<sup>107</sup>. Além disso, cláusulas do contrato de criação do *pool* e/ou dos contratos de licenciamento podem estabelecer mecanismos de fixação de preço e de restrição de produção que contribuem para que se alcance e mantenha esse equilíbrio.

Como se pode ver, consórcios de patentes constituem importante ponto de interseção entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial. De um lado, os detentores de patentes, em sua liberdade negocial, podem constituir *pools* como forma de organizar a exploração de seus direitos de propriedade intelectual e de contornar as dificuldades que caracterizam certos mercados, com isso objetivando licitamente tirar maior proveito *daquilo que a própria lei lhes confere*. De outro, esses mesmos direitos legalmente garantidos podem ser utilizados para supressão da dinâmica concorrencial e a obtenção de retornos distintos, que vão além daqueles previstos pelo sistema de propriedade intelectual. Diante disso, surge a necessidade de se compreender melhor a relação entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual.

---

<sup>105</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 7, jul./set. 2004, p. 43.

<sup>106</sup>FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 276

<sup>107</sup>MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. New York: Cambridge University, 2004, p. 153-154.



## 6. A interface entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial

Apesar de não ser novidade em outras jurisdições, a interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência ainda não mereceu atenção proporcional a sua real importância por parte da literatura nacional. Conforme aponta Barbara Rosenberg, essa “aparente falta de interesse” pode ter como razões o fato de a aplicação moderna de ambos os ramos do Direito ser relativamente recente no Brasil, bem como a própria situação de desenvolvimento econômico do País<sup>108</sup>. De todo modo, à medida que o Brasil se insere na chamada “nova economia”, a questão tende a assumir papel de crescente destaque.

As relações entre o concorrência e propriedade intelectual chamam a atenção em razão de um aparente *paradoxo*.

O Direito Concorrencial vê com maus olhos poder de mercado e monopólios, pois resultam não só em maiores preços, como também em diminuição da oferta, o que tem por efeito o chamado “peso morto” ou “*deadweight loss*”. Além disso, monopólios reduzem as opções de escolha do consumidor<sup>109</sup>, tendem a ser menos eficientes e, protegidos da pressão concorrencial, têm menos incentivos a inovar<sup>110</sup>.

Apesar de atualmente também demonstrar, em alguma medida, preocupações com a eficiência dinâmica<sup>111</sup>, o Direito Concorrencial dá *maior destaque à eficiência estática*, focando no curto prazo, promovendo práticas que tendem a reduzir os preços ao custo, eliminando lucros excessivos da economia e estimulando a entrada de competidores<sup>112</sup>. O Antitruste, portanto, busca defender a competição de mercado, com o objetivo de evitar os problemas descritos no parágrafo anterior e assim aumentar o bem-estar social<sup>113</sup>.

Por outro lado, como visto no capítulo 2 desta obra, o Direito da Propriedade Intelectual confere “direitos de exclusivo” (ou “monopólios temporários”) permitindo assim

<sup>108</sup>ROSENBEG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p.169-170

<sup>109</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 6. Sobre a possibilidade de escolha como um valor concorrencial, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25-29.

<sup>110</sup>MOTTA, Massimo. *Competition Policy*, p. 39-58.

<sup>111</sup>O Direito Concorrencial atualmente tem alguma abertura a preocupações referentes ao bem-estar social no longo prazo e reconhece que o poder de mercado não é maléfico *per se*, podendo a expectativa de sua obtenção funcionar como incentivo à inovação. Ver MOTTA, Massimo. *Competition Policy*, p. 55-58 e COTTER, Thomas F. *The Precompetitive Interest in Intellectual Property Law*. 2005, p. 7.

<sup>112</sup>HOVENKAMP, Herbert. *The Intellectual Property-Antitrust Interface*. 2008, p. 1979. Ver também LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, p. 85

<sup>113</sup>Na verdade, existe grande discussão sobre os objetivos do Direito Concorrencial. O que se apresentou aqui foi uma simplificação, suficiente para os propósitos deste trabalho. Para maior aprofundamento, ver FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 159-192.

que seus titulares criem uma escassez artificial da informação protegida e consigam cobrar preços supra-competitivos. O objetivo é contornar as falhas de mercado que caracterizam a informação e proporcionar incentivos à atividade criativa, dando-se maior peso à eficiência dinâmica.

Fica então evidente o suposto paradoxo: o Direito Concorrencial defende a *competição*, ao passo que o Direito da Propriedade Intelectual é baseado na ideia de *exclusão*<sup>114</sup>. De uma maneira simplista: o primeiro combate monopólios; o segundo além de protegê-los, confere títulos legais para seu exercício.

Na verdade, essa colisão de objetivos reflete o *trade-off* entre acesso e incentivo apresentado no capítulo 2. A história da relação entre proteção a bens intelectuais e normas concorrenciais pode então ser vista como uma tentativa de calibrar e recalibrar esse *trade-off* e assim encontrar o ponto ideal entre os valores internos de cada um dos sistemas<sup>115</sup>.

Desse conflito que se dá no plano abstrato, surgem algumas dificuldades práticas. De um lado, a prevalência pouco criteriosa do Direito da Propriedade Intelectual sobre o Direito da Concorrência pode imunizar condutas e concentrações anticompetitivas ao escrutínio antitruste. Já na situação inversa, uma aplicação firme - mas irrefletida - do Direito Concorrencial pode minar os incentivos que a propriedade intelectual busca proporcionar.

A questão foi objeto de análise por diversos autores e várias tentativas de harmonização foram propostas. Alguns desses entendimentos serão expostos na sequência.

### **6.1. A corrente majoritária: complementariedade e o “fim comum”**

Atualmente, a tese mais difundida<sup>116</sup> é aquela segundo a qual, em última análise, o Direito da Concorrência e o Direito da Propriedade Intelectual seriam esforços complementares para a promoção de um mercado eficiente e, no longo prazo, de competição dinâmica por meio de inovação. Sob essa perspectiva, ambos compartilhariam o mesmo fim: maximizar a riqueza por meio da produção daquilo que os consumidores desejam, ao menor

---

<sup>114</sup>COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, 2004, p. 25.

<sup>115</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 842.

<sup>116</sup>Ver, por exemplo, LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*; HOVENKAMP et al. *IP and Antitrust*, capítulo 1, p. 1-17; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p.82-87; HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise*, p. 255; ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico, p. 270; ROSENBERG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, p.170-178.

preço<sup>117</sup>, o que seria obtido por meio do equilíbrio perfeito entre concorrência e proteção à inovação<sup>118</sup>.

Na literatura nacional, esse é o entendimento de Barbara Rosenberg, segundo a qual, apesar da tensão entre os sistemas, suas finalidades são complementares no tocante ao estímulo à inovação, empreendimento e concorrência. Por esse motivo, “[...] o direito patentário e o concorrencial perseguem a promoção do bem-estar social, ainda que por meios diversos”<sup>119</sup>. Segundo a autora citada, em razão da existência desse “denominador comum”, não haveria conflito normativo no plano da legislação ordinária – entre a Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) e a Lei de Defesa da Concorrência (à época, Lei n. 8.884/94; atualmente, Lei n. 12.529/11) -, nem no plano constitucional – entre o art. 173, §4º e o art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Nas palavras de Barbara Rosenberg:

Analisando a questão subjacente às normas de direito positivo, é possível afirmar, sem deixar espaço para questionamentos, que a proteção à propriedade industrial somente se justifica, pelo próprio texto constitucional, pelo incentivo “ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país”, expressão que deve ser entendida como *incentivo à inovação*, escopo esse que coincide com aquele da Lei de Defesa da Concorrência.

Mesmo que não expressamente contida no texto constitucional, pode-se afirmar que a adoção de um regime de livre-iniciativa e de livre concorrência também tem como um dos seus fundamentos de legitimidade a promoção do incentivo à inovação, por meio dos processos inerentes aos mecanismos de concorrência. No mesmo sentido, a repressão ao “abuso do poder econômico” visa a preservar o processo competitivo e, assim, possibilitar a manutenção dos benefícios gerados pelo processo competitivo entre as empresas, entre os quais a própria inovação<sup>120</sup>.

Como fica bastante claro em artigo de Mark Lemley<sup>121</sup> e na obra de François Lévêque e Yann Ménière<sup>122</sup>, essa conclusão - de que entre as normas concorrenciais e o sistema de propriedade intelectual não haveria conflito, mas complementariedade - é baseada em duas premissas.

---

<sup>117</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 12.

<sup>118</sup>Segundo Herbert Hovenkamp, apenas não seria assim quando os sistemas agem de forma míope, com o Direito Concorrencial buscando sempre mais competição e o Direito da Propriedade Intelectual sempre querendo conferir maior proteção ao “direito de excluir”. Portanto, segundo o autor, o conflito seria ilusório, em sua maior parte. A única exceção seriam acordos horizontais de licenciamento de patentes. Nesses casos, o conflito seria real porque sérios resultados anticompetitivos são possíveis e, simultaneamente, há importantes direitos de propriedade intelectual que devem ser levados em consideração. Merece destaque, no presente trabalho, o fato de *pools* de patentes poderem ser reconduzidos a essa categoria. HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*, p. 255-259.

<sup>119</sup>ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico, p. 270.

<sup>120</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.175.

<sup>121</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*.

<sup>122</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*.

A primeira delas consiste no fato de o Direito Concorrencial não punir o monopólio em si, mas apenas vedar condutas anticompetitivas que visem à obtenção ou manutenção do poder de mercado<sup>123</sup>, Já a segunda é a assunção de que direitos de propriedade intelectual não conferem necessariamente poder de mercado. Isso porque, de acordo com aqueles autores, haveria uma diferença entre, de um lado, o poder de mercado objeto das preocupações concorrenciais e, de outro, a capacidade do detentor de uma patente de cobrar preços supracompetitivos. Esta capacidade existiria em razão da diferenciação de produtos, que seria facilitada pela propriedade intelectual. Todavia, segundo Lévêque e Ménière, mesmo com essa diferenciação haveria certo grau de substituição entre os bens protegidos, de forma que o mercado, sob o ponto de vista da análise antitruste, geralmente seria maior do que o mercado para um único processo, obra ou invenção<sup>124</sup>. A insulina humana, por exemplo, pode ser produzida por meio de enzimas que eliminam um aminoácido da insulina suína ou por bactérias geneticamente modificadas; todavia, nenhuma das patentes sobre esses processos conferiu poder de mercado a seus detentores – *Novo* e *Gentech*<sup>125</sup>.

Seria regra, por conseguinte, a competição *entre* produtos ou processos patenteados, de forma que a aplicação do chamado “teste do monopolista hipotético” demonstraria que um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preço de um produto ou processo levaria a um aumento no consumo dos demais<sup>126</sup>.

Entretanto, mesmo os autores que buscam solucionar o conflito dessa forma chamam atenção para o fato de que, apesar da complementariedade, na prática - isto é, no plano da aplicação do direito - podem existir atritos entre concorrência e propriedade intelectual<sup>127</sup>. Nestes casos, as autoridades deverão “identificar, no contexto da análise dos efeitos competitivos da prática, a *tênue linha* que divide a *legítima proteção* da invenção industrial do *uso abusivo* dessa proteção”<sup>128</sup>, reconhecendo que patentes limitam, de certa forma, o alcance

---

<sup>123</sup>LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 11; LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 83.

<sup>124</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 10.

<sup>125</sup>LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *The Economics of Patents and Copyright*, p. 9.

Mark Lemley ilustra com romances policiais: praticamente todos são protegidos por direitos autorais, mas não pareceria razoável alegar que um autor específico detém monopólio em um mercado relevante. LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 11.

Barbara Rosenberg também dá exemplo hipotético semelhante, no setor farmacêutico. ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.184-185.

<sup>126</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.185.

<sup>127</sup>Nas palavras de Barbara Rosenberg, “a tradução da complementariedade normativa em práxis de aplicação do direito é que se mostra complexa, e não a própria complementariedade.” ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.178.

<sup>128</sup>ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual, p.178. Grifo nosso.

das normas concorrenciais, ao mesmo tempo que o Direito da Concorrência restringe aquilo que um detentor de direitos de propriedade intelectual pode fazer, principalmente no que diz respeito a tentativas de *expandir* o escopo desses direitos<sup>129</sup>. Em outras palavras, não basta reconhecer a complementariedade e um “fim comum”: ainda existe um equilíbrio a ser atingido e diferentes opiniões sobre sua real localização podem gerar conflitos e incerteza.

Apesar dessa “insuficiência”, o entendimento majoritário tem o mérito de pôr em relevo a inexistência de uma relação de exclusão entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual. Com efeito, ao contrário do que já foi amplamente aceito pelos tribunais estadunidenses nas primeiras décadas após a promulgação do *Sherman Act*<sup>130</sup>, direitos de propriedade intelectual têm orientação publicística e não constituem esfera impenetrável pelo Direito da Concorrência. Nesse sentido, é bastante elucidativa a lição de Calixto Salomão Filho, para quem o moderno direito industrial – marcas e patentes –, por ser construído sobre “princípios concorrenciais institucionais”, é campo no qual estes têm particular incidência, de forma que o Direito da Propriedade Intelectual, ao invés de representar exceção à aplicação do Antitruste, é caso especial de sua aplicação<sup>131</sup>.

## 6.2. A posição de Dina Kallay: ênfase nos aspectos dinâmicos da concorrência

A partir da referida insuficiência do reconhecimento de complementariedade e de um “fim comum”, Dina Kallay elabora sua crítica e defende outro ponto de vista sobre o suposto paradoxo entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Segundo ela, o “fim comum” proposto seria excessivamente amplo e impreciso<sup>132</sup>. Na verdade, no plano abstrato inexistiria conflito, não em razão da complementariedade, mas simplesmente porque Direito Concorrencial e Direito de Propriedade Intelectual buscam resolver *problemas em territórios diferentes*. Enquanto este visa solucionar a questão da informação como bem público; aquele se concentra nas falhas de competição, condutas anticompetitivas, colusão e poder de mercado<sup>133</sup>. Contudo, Kallay também admite que, na prática, os sistemas muitas vezes colidem entre si, em razão de o Direito Concorrencial seguir muito estritamente a Escola de Chicago, menosprezando aspectos dinâmicos da competição, como

<sup>129</sup> LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*, p. 13-14.

<sup>130</sup> Ver KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 843-845.

<sup>131</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público*, p. 33-44.

<sup>132</sup> KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 10-11.

<sup>133</sup> KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 15.

empreendedorismo e inovação<sup>134-135</sup>. A principal contribuição de Kallay, portanto, é destacar a necessidade de maior valorização da concorrência dinâmica na análise antitruste e de uma melhor compreensão da competição *pela* inovação.

### ***6.3. A crítica de Ariel Katz: poder de mercado como consequência da concessão de direitos de propriedade intelectual***

Por fim, merece menção uma terceira perspectiva sobre a interface Direito da Concorrência-Direito da Propriedade Intelectual, que ataca uma das premissas sobre a qual se baseiam os proponentes da tese da complementariedade e do fim comum. De acordo com esse terceiro entendimento, proposto por Ariel Katz, não seria correta a afirmação de que propriedade intelectual não gera poder de mercado. Isso porque o objetivo da proteção aos bens intelectuais é justamente permitir que os detentores de direitos cobrem preços *substancialmente superiores ao custo marginal* da informação, o que coincide com a definição de “poder de mercado” da teoria antitruste<sup>136</sup>.

De acordo com Katz, seria inconsistente com os princípios do sistema de propriedade intelectual o argumento defendido por Lemley, Lévêque e Ménière, segundo o qual a existência de substitutos impossibilitaria grandes diferenças entre preço e custo marginal. De fato, entendendo-se que o Direito de Propriedade Intelectual é necessário (e efetivo) para que não haja imitação e os preços sejam mantidos em níveis *supra-competitivos*, seria contraditório assumir que estes não serão muito elevados porque existem muitos substitutos próximos<sup>137</sup>.

Na verdade, o que se verifica na prática é uma grande diferença entre os custos de reprodução de invenções e criações e os preços praticados, o que se dá em razão de tais custos serem muito baixos, aproximando-se de zero<sup>138</sup>. Além disso, em razão dos riscos relacionados

---

<sup>134</sup>KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property*, p. 17-27.

<sup>135</sup>Sobre as diferenças entre concorrência perfeita, concorrência monopolística e concorrência schumpeteriana e as razões de muitos mercados em que propriedade intelectual desempenha papel importante serem caracterizados por este último modelo, ver KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 852-855. Em sentido contrário, BOLDRIN et al., *Competition and Innovation*, p. 9-15.

<sup>136</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 852-855.

<sup>137</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 856.

<sup>138</sup>Esse resultado pode ser alcançado por meio do *Lerner Index*, índice utilizado na quantificação do poder de mercado. Em sua formulação mais simples, tem-se que  $L = (P-MC)/P$ , em que  $P$  é o nível ótimo de oferta de uma empresa maximizadora de lucro e  $MC$  o custo marginal nesse nível.  $L$  pode atingir valores que variam de zero (em concorrência perfeita, quando  $P = MC$ ) a um – quando  $P$  se aproxima do infinito ou quando o custo marginal se aproxima de zero. Como este último caso caracteriza muitas situações envolvendo propriedade intelectual,  $L$  será sempre um valor que se aproxima do mais alto possível, independentemente do preço cobrado (desde que superior a zero). Assim, em razão do baixo custo marginal, qualquer preço positivo será

à atividade inventiva, cobrar preços idênticos ao custo marginal não seria uma estratégia viável. Para que uma empresa decida inovar e entrar em determinado mercado, deve nutrir expectativas de, no futuro, poder cobrar preços que excedam *muitas vezes* o custo marginal do produto, pois apenas assim poderá amortizar o investimento feito<sup>139</sup>.

A partir disso, Ariel Katz conclui que o Direito da Concorrência não colide com o Direito da Propriedade Intelectual *apesar* de direitos de propriedade intelectual geralmente conferirem poder de mercado, e não *porque* eles *não* o fazem. O conflito não existiria porque o Direito Concorrencial não deve ter como maior preocupação a existência de poder de mercado em si, devendo sim focar na mudança de poder de mercado que determinada prática ocasiona e nos respectivos impactos no bem-estar social<sup>140</sup>.

Nesse ponto, ao menos em certa medida, não parece que a conclusão de Katz seja tão distinta daquela a que chegam os proponentes da primeira corrente aqui apresentada. Como visto, estes sugerem que o Direito da Concorrência deve prestar especial atenção aos casos em que o detentor busca *expandir* o escopo de seus direitos de propriedade intelectual – o que parece estar no mínimo relacionado a mudanças no poder de mercado pré-existente.

## 7. Conclusão

Como se buscou demonstrar neste trabalho, *pools* de patentes são arranjos que podem trazer graves ameaças à concorrência, ao mesmo tempo em que envolvem importantes direitos de propriedade intelectual, conferidos pela lei a seus titulares. Por esse motivo, merecem tratamento cuidadoso. Considerando ainda as dificuldades trazidas pela “tragédia dos anticomuns”, percebe-se o quão perigosa pode ser uma relação desequilibrada entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual no que tange à regulação dos *pools* de patentes.

Se a balança pender para um lado, o que se tem é a utilização de *pools* para proteger patentes inválidas, cartelizar indústria e imunizar arranjos anticompetitivos ao escrutínio do Antitruste.

Já se a balança se inclinar em outra direção, em nome da competição se sacrificam todas as virtuosidades dos arranjos de *patent pooling* e o resultado é um sistema de patentes

---

substancialmente superior ao preço competitivo (entendido este como igual ao custo marginal). KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 857.

<sup>139</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 857-860.

<sup>140</sup>KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p. 842 e p. 880-887.

disfuncional, com queda na produção e no aproveitamento de informação, impactos negativos no ambiente de negócios e estagnação tecnológica<sup>141</sup>.

A harmonização entre Direito Concorrencial e Direito da Propriedade Intelectual na disciplina dos *pools* de patentes, portanto, é de extrema importância. É essencial tanto ao progresso econômico e à atividade empresarial, quanto ao desenvolvimento e à difusão de tecnologias, bens e processos capazes de aumentar a qualidade de vida da população.

Em se tratando de *pools* de patentes, a doutrina e a jurisprudência já puseram em destaque os principais pontos de tensão, que devem ser analisados com maior cautela. Ademais, apesar de ainda serem necessários maiores estudos sobre a interface entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual – principalmente para uma melhor análise antitruste da dimensão dinâmica da concorrência -, parece haver algum consenso de que o primeiro, deparando-se com a proteção conferida pelo segundo, deve se concentrar na alteração de poder de mercado e em tentativas de expansão do escopo dos direitos de propriedade intelectual.

## 8. Referências bibliográficas

BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual – Introdução à Propriedade Intelectual como Informação. São Paulo: Elsevier, 2008

BENKLER, Yochai. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. New Haven: Yale University, 2006. Disponível em: <[http://www.benkler.org/Benkler\\_Wealth\\_Of\\_Networks.pdf](http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2013

BESSEN, James ; FORD, Jennifer ; MEURER Michael J. The Private and Social Costs of Patent Trolls: Do Nonpracticing Entities Benefit Society by Facilitating Markets For Technology? *Regulation*, Boston, v. 34, n. 4, p. 26-35, inverno 2011-2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982139](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982139)>. Acesso em: 17 fev 2013

BOLDRIN, Michele et al. Competition and Innovation. *Cato Papers on Public Policy*, Washington, v. 1, p. 2-49, 2011. Disponível em: <<http://www.dklevine.com/papers/cato-ppp-boldrin.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013

CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 16, p. 359-399, 1999

---

<sup>141</sup> Foi o que ocorreu nos Estados Unidos na década de 70, com a chamada “*Nine No-no’s Policy*”, que considerava muitas práticas de licenciamento ilícitas *per se*, não levando em conta eventuais efeitos pró-competitivos. A “*Nine No-no’s Policy*” se fundava em dois entendimentos que vigoravam na época, segundo os quais: (i) direitos de propriedade intelectual confeririam automaticamente poder de mercado; (ii) restrições impostas por detentores de patentes em licenciamentos *seriam sempre anticompetitivas*. Essa orientação passou a ser questionada com a introdução da análise econômica e foi abandonada já na década de 1980. COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons*, p. 37-38. KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense*, p.845-846.



CARRIER, Michael A. Innovation for the 21st Century – *Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*. 2009. Kindle E-Book.

\_\_\_\_\_. Resolving the Patent-Antitrust Paradox Through Tripartite Innovation. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 56, p. 101-165, 2003

COLANGELO, Giuseppe. Avoiding the Tragedy of the Anticommons: *Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust*, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=523122](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=523122)>. Acesso em: 16 fev. 2013

COTTER, Thomas F. The Precompetitive Interest in Intellectual Property Law. 2005. 96 p. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=870307](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870307)>. Acesso em: 19 fev. 2013

FISHER, William W. Theories of intellectual property. in MUNZER, Stephen (org.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University, 2001. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

GILBERT, Richard. Ties That Bind: Policies to Promote (Good) Patent Pools. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, 2010. Disponível em: <[http://works.bepress.com/richard\\_gilbert/23/](http://works.bepress.com/richard_gilbert/23/)>. Acesso em: 18 fev. 2013

GLEICK, James. Patently Absurd. *New York Times Magazine*, New York, p. 44-49, 12 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2000/03/12/magazine/patently-absurd.html?pagewanted=all&src=pm>>. Acesso em: 16 fev. 2013

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, New York, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1724745?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21100857422071>>. Acesso em: 16 fev. 2013

HELLER, Michael A. The Gridlock Economy. New York: Basic Books, 2008

\_\_\_\_\_. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, Cambridge v. 111, n. 3, p. 621-688, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1342203?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21100857422071>>. Acesso em: 18 fev. 2013

HELLER, Michael A. ; EISENBERG, Rebecca S. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, New York, v. 280, n. 5364, p. 698-701, mai. 1998. Disponível em: <[http://www.law.upenn.edu/blogs/polk/property/2011f\\_materials/class07\\_supplement.pdf](http://www.law.upenn.edu/blogs/polk/property/2011f_materials/class07_supplement.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2013

HOVENKAMP, Herbert. Innovation and the Domain of Competition Policy. 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1091488](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091488)>. Acesso em: 18 fev. 2013

HOVENKAMP et al. IP and Antitrust: *An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. New York: Aspen, 2011

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University, 2005

- \_\_\_\_\_. The Intellectual Property-Antitrust Interface. 2008. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1287628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287628)>. Acesso em: 19 fev. 2013
- JANIS, Mark D. *Aggregation and Dissemination Issues in Patent Pools*. 2005. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=715045>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- KALLAY, Dina. *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*. Northampton: Edward Elgar, 2004
- KATZ, Ariel. *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=702462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702462)>. Acesso em: 16 fev. 2013
- KELLEY, Rob. BlackBerry maker, NTP ink \$612 million settlement: Research in Motion averts shutdown of wireless e-mail service, announces fourth-quarter warning. *CNNMoney.com*, 3 mar. 2006. Disponível em:  
<[http://money.cnn.com/2006/03/03/technology/rimm\\_ntp/](http://money.cnn.com/2006/03/03/technology/rimm_ntp/)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Belknap, 2003
- LEMLEY, Mark A. *A New Balance Between IP and Antitrust*. 2007. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=980045>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- LEMLEY, Mark; SHAPIRO, Carl. Patent Holdup and Royalty Stacking. *Texas Law Review*, Austin, v. 85, p. 1992-2048, 2007
- \_\_\_\_\_. Probabilistic Patents, 2004. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=567883](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=567883)>. Acesso em: 27 fev. 2013
- LÉVÊQUE, François; MÉNIÈRE, Yann. *Technology Standards, patents and antitrust*. 2007. Disponível em:  
<<http://ssrn.com/abstract=1133834>>. Acesso em: 16 fev. 2013
- \_\_\_\_\_. *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley Electronic Press, jul. 2004. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=642622](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=642622)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MAGLIOCCA, Gerard N. *Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation*. 2007. Disponível em:  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=921252](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921252)>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MERGES, Robert. *Institutions for Intellectual Property Transactions – The Case of Patent Pools*. 1999. Disponível em:  
<<https://2048.berkeley.edu/files/pools.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. New York: Cambridge University, 2004 (impressão 2009)
- NUNES, Simone Lahorgue. *Direito Autoral e Direito Antitruste*. São Paulo: Elsevier, 2012
- PARLOFF, Roger. BlackBerry held hostage: RIM's patent trials (ant tribulations) show how 'patent trolls' can shut companies down: analysis. *CNNMoney.com*, 29 nov. 2005. Disponível em:

<[http://money.cnn.com/2005/11/28/technology/blackberry\\_fortune\\_121205/index.htm](http://money.cnn.com/2005/11/28/technology/blackberry_fortune_121205/index.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2013

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução por Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010

POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica S. G.; CÉSAR, Priscilla M. D. G. “Propriedade intelectual: potencialidades e fragilidades do ambiente jurídico-institucional brasileiro para a inovação” in TRUBEK, David M.; SCHAPIRO Mario G. *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os BRICS*. São Paulo: Saraiva, p. 135-190, 2012

REICHMANN, Jerome H. Richard Lillich Memorial Lecture: Nurturing a Transnational System of Innovation. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 16, n. 2, p. 143-166, 2007

REMÉDIO MARQUES, João Paulo. Propriedade Intelectual e Interesse Público. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 79, p. 293-354, 2003

RIBAS, Guilherme F. C. *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: Uma abordagem sob a ótica das vendas casadas*. São Paulo: Singular, 2012

ROSENBERG, Barbara. “Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual”. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). *Desafios Atuais do Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2008, pp.169-189

ROSENBERG, Barbara. Interface entre o regime de patentes e o Direito Concorrencial no setor farmacêutico. In: CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005 (impressão 2006)

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007  
\_\_\_\_\_. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 7, p. 29-44, jul./set. 2004

SANDBURG, Brenda. *You May Not Have a Choice: Trolling For Dollars*. 2001. Disponível em: <<http://www.phonetel.com/pdfs/LWTrolls.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013

SCOTCHMER, Suzanne. *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT, 2004

SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*. 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=273550](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=273550)>. Acesso em: 16 fev. 2013

SHAPIRO, Carl; FARREL, Joseph. *Intellectual Property, Competition, and Information Technology*. 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=527782](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=527782)>. Acesso em: 16 fev. 2013

ROSINA, Mônica Steffen Guise. *A regulamentação internacional das patentes e sua contribuição para o processo de desenvolvimento do Brasil: análise da produção de novos medicamentos no setor farmacêutico*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15052012-091832/pt-br.php>>. Acesso em: 17 jun. 2012

STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, Durham, v. 57, p. 1693-1724, 2008

\_\_\_\_\_. Knowledge as a Global Public Good. In: KAUL, Inge ; GRUNBERG, Isabelle ; STERN Marc A. (org.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*. New York: Oxford University, p. 308-325, 1999.

## Venda casada: é necessária a dúplice repressão?

Daniela Copetti Cravo<sup>1</sup>

### RESUMO

O maior exemplo de conduta que realça a interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante, que tem como uma das suas principais manifestações a venda casada (*tying* ou *vente liée*). Além de representar danos à livre concorrência e, por conseguinte, estar tipificada como uma infração à ordem econômica na Lei de Concorrência, a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, o mesmo fato – tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Diante desse contexto, o presente estudo visa a responder às seguintes indagações: o modelo adotado seria o que gera mais benefícios ao consumidor? Caso se conclua pela necessidade da dúplice repressão, como a política da concorrência e a do consumidor deverão ser coordenadas e harmonizadas, a fim de que resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos?

Palavras-chave: Venda Casada, Dúplice Repressão, Coordenação e Harmonização das Tutelas

### ABSTRACT

The greatest example of conduct which emphasizes the interface between Consumer and Competition Protection is the abuse of dominant position, which has as one of its main expressions the tying practice. Besides representing damage to competition and therefore be typified as a violation of the economic order in the Competition Act, the tying practice is an internal problem in the consumption process, reason why is considered as an abusive practice in the Consumer Protection Code. This conundrum is considered and is dealt with by both the consumer sphere and the competition sphere. Given this context, this study aims to answer the following questions: does the prevailing framework generate greater benefits to the consumer? If a dual repression appears as necessary, we have to examine how competition and consumer policy should be coordinated and harmonized to ensure that more effective results, with regard to the consumer welfare, can be achieved?

KEYWORDS: Tying, Dual Repression, Policies Coordination and Harmonization

---

<sup>1</sup>Advogada, graduada pela PUCRS em 2010. Mestranda em Direito do Consumidor e da Concorrência pela UFRGS, ingresso em 2012. Email: [danielacopeticravo@hotmail.com](mailto:danielacopeticravo@hotmail.com)

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Lógicas Distintas, mas Propósito Único: A Relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor 3. Dúplice Repressão à Venda Casada: Problemática 4. Propostas de Coordenação e Harmonização da Dúplice Repressão 5. Considerações Finais 6. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

A teleologia da norma concorrencial é assegurar o bem-estar do consumidor, conquanto o interesse desse venha a ser tutelado de uma forma indireta pelas autoridades antitruste, que cuidam das falhas externas do mercado. Compartilhando dessa mesma teleologia, as normas protetivas do consumidor vieram, na década de 90, complementar essa proteção, direcionando ao consumidor, como lhe era merecido, uma atenção direta e específica.

Dentro do rol de condutas que são passíveis de repressão por parte do CADE, por gerarem prejuízos à livre concorrência, podemos notar que certas práticas não se relacionam com a proteção do consumidor - apenas - de uma forma indireta: pelo contrário, aquelas estão a esta intimamente relacionadas.

Em decorrência de tais peculiaridades, a doutrina aponta a repressão a essas condutas como o centro nervoso do Direito Concorrencial, em matéria de proteção do consumidor. O maior exemplo dessa densa interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

A venda casada está manifestamente presente no dia-a-dia do consumidor e causa-lhe extremo prejuízo, seja através da diminuição da sua opção de escolha e da exploração de suas deficiências motivacionais<sup>2</sup> e informacionais, seja pelo pagamento de um preço superior ao devido. Esse ilícito pode ser encontrado nas operações mais simples, como até mesmo nas

---

<sup>2</sup>Fala-se em exploração das deficiências motivacionais pelo fornecedor que pratica a venda casada já que o consumidor é seduzido à compra de produtos (ou serviços) que acredita ser diferenciada da venda isolada, como se fosse mais benéfico, ou lhe garantisse uma maior utilidade. No entanto, essa venda conjunta não passa de algo *fake*, que explora a sua vulnerabilidade motivacional. Interessante observar que os agentes econômicos são bastante criativos nessas práticas, sendo que muitas vezes só há a percepção de ocorrência da venda casada no final de uma relação contratual, justamente quando o consumidor deseja romper o vínculo.

mais complexas, realizadas no mercado financeiro.

De uma maneira bastante simplificada, pode-se definir a prática de venda casada como aquela que retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem que deseja sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço. Buscando apoio no Direito comparado, nomeadamente na União Europeia e nos Estados Unidos, identificamos que o gênero venda casada possui duas espécies, as quais, apesar da classificação, projetam os mesmos efeitos ao mercado.

A primeira situação refere-se aos *tying agreements* (*ties-in* ou *vente liée* em francês) que ocorrem quando o fornecedor realiza uma venda de um produto (*tying product* ou *clef*), condicionado a compra de um outro produto distinto, que é o *tied product* (*lié*), do fornecedor ou de algum terceiro por esse designado. Apenas o *tied product* (*lié*) pode ser comprado separadamente.

Já a segunda diz respeito ao *bundling* (em francês, *vente jumelée*), que é a situação onde um pacote de dois ou mais produtos são oferecidos, de forma que não é facultada ao comprador a venda isolada dos componentes desse pacote. Nos Estados Unidos, que nos serve de paradigma tendo em vista a consolidação da sua tutela antitruste, essa é uma das infrações mais praticadas, que se desenvolve principalmente de forma velada<sup>3-4</sup>.

Além de ser tipificada como infração à ordem econômica pela Lei de Concorrência por representar danos à livre concorrência - já que oportuniza o domínio do mercado através da inserção de barreiras à entrada e, por conseguinte, o fechamento do mercado - a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Assim, o mesmo fato - tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Diante desse contexto, o presente estudo visa a responder às seguintes indagações: o modelo adotado seria o que gera mais benefícios ao consumidor? Caso se conclua pela necessidade da dúplice repressão, como a política da concorrência e a do consumidor deverão ser coordenadas e harmonizadas, a fim de que

---

<sup>3</sup>Um exemplo dessa estratégia velada diz respeito às empresas de informática que fazem um pacote com diferentes componentes e ofertam ao mercado como se fosse um programa de computador integrado, de maneira a impossibilitar, fisicamente, a venda individual desses componentes. Essa integração física é conhecida como venda casada tecnológica (*technological tying*), termo também utilizado para descrever a situação em que uma empresa projeta seus produtos de maneira a dificultar ou tornar incompatível a utilização de produtos produzidos por outros concorrentes.

<sup>4</sup>Interessante notar que na maioria dos casos sobre venda casada relatados na doutrina norte-americana, esses se referem ao setor tecnológico, inovação, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a venda casada está frequentemente associada aos atos praticados no mercado financeiro. Não podemos esquecer também das vendas casadas praticadas no setor de telecomunicação, as quais, igualmente, deram muita “dor de cabeça” aos consumidores, através dos combos com banda larga ,TV por assinatura, linha fixa e celular.

resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos?

Para tanto, divide-se o presente estudo em três partes. A primeira abordará a relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor, que, apesar de possuírem uma abordagem distinta, compartilham o mesmo objetivo. A segunda visa a introduzir os problemas e as dúvidas acerca do modelo de dúplice repressão à venda casada. A terceira, por fim, busca a apontar um redirecionamento à repressão da venda casada, que torne as tutelas mais eficazes e efetivas.

## **2. Lógicas distintas, mas propósito único: a relação entre o direito da concorrência e o do consumidor**

Os últimos anos, em termos de modificações legislativas, foram muito importantes para a Defesa da Concorrência. Junto à análise de modificações aos procedimentos técnicos substanciais e formais das autoridades antitruste brasileiras, muito se discutiu acerca do seu modelo institucional, e muitas propostas foram levantadas.

Uma dessas, inclusive, previa a criação de uma agência única, a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que visava a reunir em uma mesma instituição o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Superada a fase de estudos e pesquisas acerca de um modelo institucional ideal à defesa da concorrência, concluiu-se pelo fortalecimento do CADE, que, com a edição da Lei 12.529/11, absorveu as competências do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e passou a contemplar uma Superintendência-Geral com uma Procuradoria Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo. Ao Direito do Consumidor, por sua vez, coube a criação em 2012 da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).

Assim, diferentemente do que ocorre na Austrália<sup>5</sup>, por exemplo, o elo entre a Defesa do Consumidor e da Concorrência não se encontra positivado em uma Lei única, nem recai em modelo institucional unificado. Mas, onde estaria, pois, o liame que exige uma coordenação e harmonização dessas tutelas?

---

<sup>5</sup>Na Austrália, além de uma agência única, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), as provisões relacionadas à proteção do consumidor, às condutas anticompetitivas e às operações societárias estão combinadas em uma Lei singular: o *Trade Practices Act 1974*. (SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.)



Conforme bem estabelece Calixto Salomão<sup>6</sup>, toda teorização econômica do Direito Concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Respaldam esse entendimento Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes<sup>7</sup>, que assim frisam: “*all theorists recognize that avoiding or reducing the deadweight loss caused by monopoly is a proper goal of antitrust policy*”<sup>8-9</sup>.

Ao que tudo indica, para qualquer escola antitruste a busca e a preservação do bem-estar do consumidor é o fim último a ser tutelado, seja para os estruturalistas, para os neoclássicos, seja para os Ordoliberalis. A grande divergência entre as teorias decorre das possíveis conceituações ao termo “bem-estar” do consumidor.

O cerne da discussão reside principalmente no paradigma criado pela Escola neoclássica, que, ao romper a tradição estruturalista, introduz a concepção da eficiência econômica<sup>10</sup>. As concentrações não são mais vistas como algo prejudicial à estrutura de mercado, passando os seus benefícios à sociedade e aos consumidores a serem destacados e sopesados.

Ocorre que, à Escola de Chicago, uma grande contraposição é lançada, tanto pelos Ordoliberalis, quanto pelos Pós-Chicago. Esses defendem que a eficiência econômica não é suficiente para garantir que os ganhos sejam distribuídos aos consumidores e não, simplesmente, retidos pelos agentes econômicos. Além disso, nem sempre os consumidores buscam apenas preços mais baixos, razão pela qual, critérios como inovação, variedade e qualidade deveriam ser, também, levados em consideração.

Nessa senda, vivencia-se a recentralização do Direito da Concorrência, que seria a possibilidade de uma escolha efetiva pelo consumidor<sup>11</sup>. Veja que esse fim último a ser

---

<sup>6</sup>SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

<sup>7</sup>SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000, p. 12.

<sup>8</sup>Tradução livre autora: “ todos teóricos reconhecem que evitar ou reduzir o peso morto causado pelo monopólio é o objetivo adequado da política antitruste”.

<sup>9</sup>Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld nos ensinam que o peso morto pode ser entendido como a perda de bem-estar dos consumidores ou produtores decorrente da ineficiência do mercado. Utiliza-se tal expressão para representar que o bem-estar perdido não é aproveitado por nenhum outro grupo. (PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1999.)

<sup>10</sup>Não há como deixar de reconhecer a contribuição trazida pela Escola de Chicago ao desenvolvimento da análise do Direito Antitruste. Pode-se afirmar, com base em Thomas A. Piraino (PIRAINO, Thomas A. *Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.), que “by the early 1990s, the Chicago School had completed a revolution in antitrust analysis”(tradução livre autora: “pelo início dos anos 90, a Escola de Chicago já tinha completado uma revolução na análise antitruste”).

<sup>11</sup>Robert H. Lande defende sua tese sobre escolha do consumidor demonstrando que os Estado Unidos está engajado em um longo processo de mudança entre o paradigma da eficiência e da abordagem pela teoria dos preços, adotado pela Escola de Chicago, para uma nova análise, com foco na escolha. Como exemplo dessa nova fase antitruste, Robert H. Lande traz à baila o caso Microsoft, o qual ilustrou a importância da escolha, que é dependente principalmente da inovação e de novos produtos, sendo pouco importante para a resolução do caso os preços praticados pela Microsoft em relação ao seu sistema operacional ou navegador da web. (LANDE,

buscado não será atingido somente com a tutela da concorrência, mas sim em consonância com o Direito do Consumidor, conforme aduzem Neil Averitt e Robert H. Lande<sup>12</sup>.

Visa-se, desta forma, a uma harmonização entre estes dois ramos (consumidor e concorrência), conforme igualmente vem defendendo Heloisa Carpena<sup>13</sup>, já que são componentes de uma única unidade, qual seja, a escolha do consumidor. Isto não quer dizer, no entanto, que ambas defesas serão reduzidas em uma só, pelo contrário, cada uma terá um papel distinto, de acordo com a sua lógica.

Lecionam Neil Averitt e Robert H. Lande<sup>14</sup> que o poder de escolha só existirá quando configuradas duas condições fundamentais: “1) deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e 2) os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções”. Através da definição dessas duas condições podemos delimitar a tarefa de cada disciplina.

Ao Direito da Concorrência caberá assegurar a competição do mercado, preocupando-se, portanto, com as falhas externas desse. Por intermédio dessa defesa, o Direito da Concorrência irá assegurar a primeira condição fundamental para o poder de escolha do consumidor, que é uma gama razoável de opções. Isso não quer dizer que apenas o maior número de opções, por si só, deva ser buscado, mas sim que “visa-se a um equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor”, destaca Ana Paula Martinez<sup>15</sup>.

O Direito do Consumidor, segundo Neil Averitt e Robert H. Lande<sup>16</sup>, deverá, por sua vez, garantir “que os consumidores possam efetivamente escolher dentre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações como fraude ou retenção de informação material”. Trata-se, destarte, de uma proteção contra as falhas internas do mercado, preocupando-se com o lado da demanda (*demand-side*).

Robert H. Lande<sup>17</sup> busca, ainda, defender que o bem-estar do consumidor é muito melhor tutelado pelo modelo de escolha do que pela teoria dos preços ou da eficiência

---

Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.)

<sup>12</sup>LANDE, Robert H; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

<sup>13</sup>CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

<sup>14</sup>LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 27, jan./mar. 2003.

<sup>15</sup>MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 73, 2004.

<sup>16</sup>LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 27, jan./mar. 2003.

<sup>17</sup>LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

econômica. Para justificar tal afirmação, Robert H. Lande<sup>18</sup> arrola, como exemplo, mercados onde, mesmo sendo os preços regulados pelo Estado, a competição se torna fundamental para elevar o nível de qualidade e incentivar inovações.

Para exemplos como esses, a análise neoclássica da teoria dos preços não conseguiria mensurar os danos causados pela concentração empresarial, o que geraria danos ao bem-estar do consumidor, já que uma fusão ou outra operação societária seria aprovada, tendo em vista a eficiência.

Perceba-se, portanto, que em decorrência de sua natureza e finalidade diversa, cada ramo irá proteger o consumidor de maneira distinta. No tocante ao Direito da Concorrência, imperioso esclarecer que o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais, não o transforma em destinatário jurídico direto das mesmas, como bem coloca Calixto Salomão<sup>19</sup>. Muito pelo contrário, em alguns casos, se o consumidor fosse o destinatário direto da norma, a tutela estaria fadada à ineficácia.

Como regra, então, a tutela do consumidor, através do Direito da Concorrência, será realizada de forma indireta, através da proteção de outros interesses, como o interesse da instituição concorrência<sup>20</sup> ou os interesses dos concorrentes. Um exemplo disso é o preço predatório.

Se apenas o interesse do consumidor de forma imediata fosse levado em consideração, tal ilícito seria considerado bom, em um primeiro momento, para os consumidores, muito embora visasse à dominação de mercado e eliminação dos concorrentes, num segundo momento. Ana Paula Martinez<sup>21</sup> esclarece essa questão:

Se o interesse do consumidor fosse tutelado imediatamente, essa prática seria lícita. Porém, o interesse maior dos consumidores é a existência de um mercado competitivo, situação que não restaria no caso de prática de preços predatórios durante período suficiente para a eliminação dos concorrentes.

À guisa de exceção, resta aos consumidores a titularidade direta no que toca aos ilícitos decorrentes de abuso de posição dominante, razão pela qual, o abuso é considerado a pedra angular do Direito Concorrencial. Conforme elucida Calixto Salomão Filho<sup>22</sup>, o agente

---

<sup>18</sup>LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

<sup>19</sup>SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

<sup>20</sup>A expressão “instituição concorrência” é utilizada por Calixto Salomão (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 66) e pode ser definida como a necessidade da manutenção da concorrência, que interessa a consumidores e a concorrentes, “não se confundindo com o interesse individual ou com a soma dos interesses individuais de cada um desses grupos”.

<sup>21</sup>MARTINEZ, Ana Paula. *A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência*. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 75, 2004.

<sup>22</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

que os praticam está diretamente relacionado ao consumidor, residindo nesse ponto, na verdade, “o centro nervoso do direito concorrencial em matéria de proteção do consumidor”.

Ana Paula Martinez<sup>23</sup> complementa apontando que o abuso de posição dominante seria o único grupo de ilícitos em que “os consumidores serão sempre tutelados de forma direta pelas normas concorrenciais”. Nesse caso, é inquestionável a existência de uma relação direta entre o agente que pratica o ilícito e o consumidor<sup>24</sup>.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

Além de ser tipificada como infração à ordem econômica pela Lei de Concorrência por representar danos à livre concorrência - já que oportuniza o domínio do mercado através da inserção de barreiras à entrada e, por conseguinte, o fechamento do mercado - a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Assim, o mesmo fato - tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Essa é a questão que passamos a analisar no tópico seguinte, acompanhada de suas eventuais problemáticas.

### **3. Dúplice repressão à venda casada: problemática**

A Lei n.º 12.529/11 veio a tipificar a venda casada como uma infração à ordem econômica no seu artigo 36, §3º, inciso XVIII, que dispõe: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”<sup>25</sup>. Para a configuração da infração anticoncorrencial não basta apenas a sua prática, sendo necessário que a mesma tenha o condão de produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar ou falsar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante.

---

<sup>23</sup>MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 76, 2004.

<sup>24</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

<sup>25</sup>Note-se que a definição da prática continua a mesma da lei anterior (Lei 8.884/94).

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer<sup>26</sup> e Heloisa Carpena<sup>27</sup> defendem que a produção dos efeitos acima expostos somente existirá se o agente que praticou a conduta for detentor de poder econômico, isto é, os atos praticados por empresas sem posição dominante nunca irão configurar práticas anticoncorrenciais, já que a possibilidade de afetarem a livre concorrência e o mercado é inexistente. Paula Forgioni<sup>28</sup>, no entanto, bem esclarece que indispensável para a caracterização do ilícito é apenas a verificação do objeto ou do efeito anticoncorrencial, citando como exemplo a prática de cartel, em que as empresas se associam para buscar a posição dominante, e de preços predatórios.

Independente da controvérsia anteriormente relatada, certo é que, para a configuração da venda casada, faz-se necessário a existência de poder de mercado e o seu consequente abuso. Isto porque, com apoio em Paula Forgioni<sup>29</sup>, na venda casada, o adquirente deve ser coagido à aquisição conjunta dos produtos ou serviços, situação que somente existirá quando o agente coator tiver poder de mercado. Paula Forgioni<sup>30</sup> exemplifica:

Por exemplo, um açougue de determinada cidade que vincule a venda da carne bovina à carne suína. Ora, o consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja. Situação bem diversa daquela em que o açougue é o único estabelecimento desse tipo na região e temos elevadas barreiras no caminho de novos entrantes.

Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes<sup>31</sup> apontam os efeitos decorrentes da venda casada, que são os seguintes: (a) a prática pode significar o ganho de participação no mercado do produto vinculado, que é resumido pela teoria da alavancagem, (b) o fechamento do mercado do produto vinculado ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes, (c) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente e (d) o contorno de eventual fiscalização dos preços em mercados regulados.

Nos Estados Unidos, segundo o *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*<sup>32</sup>, a venda casada não é tida como

---

<sup>26</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 140.

<sup>27</sup>CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>28</sup>FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>29</sup>FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>30</sup>FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

<sup>31</sup>SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

<sup>32</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de

um ilícito *per se*, tendo em vista que será considerada legal quando a mesma for pró-competitiva, possibilitando que as empresas reduzam seus custos, gerando benefícios aos consumidores. Na União Europeia, consoante o relatado no *DG Competition Discussion Paper*<sup>33</sup>, a prática é condenada pelo artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, desde que preenchidos os seguintes elementos: (a) o agente deve possuir poder de mercado em relação ao *tying product (clef)*; (b) os produtos/serviços da venda casada devem ser de mercados distintos; (c) deve haver coerção; (d) a venda casada deve ser adotada para o fechamento do mercado; (e) a venda casada não é justificada objetivamente ou pelas suas eficiências.

Veja que no Brasil a prática de venda casada também será analisada sob a ótica da regra da razão, onde a conduta poderá vir a ser justificada, tendo em vista as eficiências geradas à sociedade e aos consumidores. Muitas vezes as empresas alegam como defesa que a venda casada era necessária para a manutenção da qualidade, nos casos de serviços de instalação ou de assistência técnica.

Essa questão foi analisada pelo Cade no caso da Xerox, processo administrativo n.º 23/91, julgado em 23 de março de 1993<sup>34</sup>. A Xerox foi acusada de dominar mercado e de eliminar e prejudicar a livre concorrência através da prática de venda casada. Como tese de defesa, entre outros argumentos levantados, a Xerox afirmou que os atos que ela teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação, e da qualidade de seus produtos e serviços.

Paula Forgioni<sup>35</sup>, ao comentar tal julgado, coloca que a tese de defesa de manutenção da qualidade não é válida quando a mesma pode ser garantida de outras formas. Cita a autora, como exemplo, o estabelecimento de requisitos mínimos a serem cumpridos por empresas terceiras independentes.

E foi, nesse sentido, a observação feita pelo Conselheiro do Cade José Matias Pereira em seu voto, destacando que a Xerox impedia seus clientes de utilizar peças dos concorrentes, através de cláusulas contratuais, o que constituía um ato arbitrário, sem qualquer comprovação técnica. Restou exposto, ainda, no voto, que se a Xerox estivesse mesmo preocupada com a manutenção da qualidade, essa poderia simplesmente impugnar aquelas

---

2012.

<sup>33</sup>UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

<sup>34</sup>Não foram encontrados precedentes mais recentes. As investigações mais atuais foram arquivadas por ausência de indícios da prática.

<sup>35</sup>FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 380.

peças de terceiros que fossem comprovadamente danosas aos seus produtos, razão pela qual a mesma acabou sendo condenada.

Ainda, impera destacar que a venda casada não prejudica o consumidor, apenas indiretamente, quando essa produz efeitos anticompetitivos, mas também o afeta diretamente, quando diminui o seu poder de escolha. É por tal razão que a venda casada vem a ser capitulada no Código de Consumidor como uma prática abusiva.

As práticas abusivas, no Código do Consumidor, estão elencadas no seu artigo 39. Segundo Cláudia Lima Marques<sup>36</sup>, até a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94 a lista do artigo 39 era exaustiva, tendo em vista que seu inciso x, “que indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação de que este inciso tornava a norma ‘imprecisa’ e era inconstitucional, tendo em vista a ‘natureza penal’ do dispositivo”. A Lei n.º 8.884/94, por seu turno, introduziu no seu caput a expressão dentre outras práticas abusivas, o que acabou refletindo no CDC, retornando a lista a ser exemplificativa.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa<sup>37</sup> lecionam que as práticas abusivas constituem um conceito fluído e flexível, estando, tampouco, limitadas ao CDC. Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código.

A venda casada é elencada no CDC, no inciso I, primeira parte, do artigo 39, como uma prática abusiva. Essa proibição visa a impedir que o fornecedor, conforme Cláudia Lima Marques<sup>38</sup>, prevaleça-se de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor. Além disso, a venda casada pode ser considerada como uma prática pré-contratual.

Importante destacar que a venda casada não se confunde com oferta combinada, que seria permitida. Na oferta combinada o consumidor tem a opção de comprar os itens separadamente, contanto que ele pague o preço normal do produto ou serviço individual.

Paulo Eduardo Lila<sup>39</sup> esclarece que, nesse caso, como não há nenhum ato restritivo, a venda casada não será ilegal. Assim, só há que se falar em prática abusiva quando o preço dos

---

<sup>36</sup>MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 814.

<sup>37</sup>BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>38</sup>MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 815.

<sup>39</sup>LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

produtos vendidos individualmente for exorbitantemente mais alto que o preço da venda conjunta ou quando nenhum produto ou serviço é disponibilizado ao consumidor para a compra isolada. Nessa hipótese, como bem destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer<sup>40</sup>, “o prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática impinge-se a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe, assim, uma notória perda econômica”.

Dessa forma, tendo em vista o discorrido acima, a venda casada vem a ser reprimida por dois campos do Direito. Ocorre que, apesar de ser importante que essa dupla tutela se desenvolva de uma maneira harmônica, na prática percebe-se que falta o diálogo necessário entre defesa do consumidor e da concorrência.

Desse contexto, emergem algumas questões, que acabam pondo em xeque a eficácia dessa tutela ubíqua e apartada. Há, destarte, a necessidade de um estudo mais profundo dessa prática, mas não apenas sob a ótica da concorrência ou do consumidor, e, sim, sob ambas.

Tal problemática não fica adstrita ao sistema brasileiro. Até mesmo a doutrina e jurisprudência norte-americana, que constituem um solo fértil para o estudo da venda casada, apresentam certa limitação, principalmente no que toca a essa essência dupla da prática, isto é, de gerar efeitos na esfera do consumidor e da concorrência.

Hebert Hovenkamp<sup>41</sup> comenta que a lei que aborda a venda casada nos Estados Unidos não define de maneira apropriada a configuração do ilícito, aduzindo que essa deveria ocorrer através da identificação da redução da oferta ou do aumento de preços aos consumidores. Robert H. Bork<sup>42</sup>, da mesma forma que Hebert Hovenkamp<sup>43</sup>, considera que a teoria legal da venda casada é inadequada.

Outra questão que pode ser levantada nesse contexto é aquela relatada por Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes<sup>44</sup>, no que diz respeito à exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor, quando da prática da venda casada. Em decorrência disso, os autores indagam se a questão não deveria ser endereçada na legislação consumerista, e não na antitruste.

Tal indagação é decorrente, nomeadamente, do emblemático caso Kodak, aqui já mencionado. Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes (2000)<sup>45</sup> apontam que é prejudicial

---

<sup>40</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 139.

<sup>41</sup>HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

<sup>42</sup>BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993, p. 375.

<sup>43</sup>HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

<sup>44</sup>SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

<sup>45</sup>SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West



analisar, em um litígio antitruste, questões pertinentes ao consumidor, como a exploração de suas falhas informacionais e motivacionais, ainda mais se as essas forem objeto de uma outra demanda, nesse caso consumerista, em outro fórum e num momento posterior.

No Brasil, apesar da questão da venda casada não ter, ainda, recebido a atenção devida, divergências surgem, essencialmente no que toca a sua dupla capitulação e aos requisitos para sua configuração. Roberto Pfeiffer<sup>46</sup> defende que a venda casada pode ser apurada de forma paralela pelos órgãos de proteção ao consumidor e pelas autoridades de defesa da concorrência, não havendo que se falar em *bis in idem*, uma vez que efeitos distintos são derivados da mesma conduta.

Calixto Salomão<sup>47</sup>, por sua vez, aponta que a inserção da venda casada no Código do Consumidor é equivocada, podendo, ainda, ocasionar sérias consequências estruturais para o sistema concorrencial, o que irá, em última análise, prejudicar o consumidor.

Paulo Eduardo Lilla<sup>48</sup> complementa o entendimento acima, observando que se não houver poder de mercado, o consumidor não será forçado à compra casada, motivo pelo qual não haveria que se falar em ilícito. Veja que dessa constatação emergem dois problemas: (a) sendo necessário o poder de mercado, a questão não deveria ser tratada apenas pelo Direito da Concorrência? e (b) a caracterização da venda casada como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, conforme anota Arthur Badin<sup>49</sup>, não criaria um conflito de normas, que pode “levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor”, como o caso de práticas que visem ao desenvolvimento tecnológico, apesar de serem restritivas à concorrência?

Diante desse contexto, surge a necessidade de analisar a prática da venda casada sob a ótica consumerista e concorrencial, a fim de verificar como sua repressão poderia ser mais bem redirecionada, sempre levando em consideração que o bem-estar do consumidor é o fim último a ser buscado pelas duas tutelas, ainda que de forma diversa.

---

Group, 2000. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

<sup>46</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos.. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

<sup>47</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

<sup>48</sup>LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

<sup>49</sup>BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

#### 4. Propostas de coordenação e harmonização da dúplice repressão

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer<sup>50</sup> alerta que a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico, uma vez que rendem benefícios múltiplos. No entanto, percebe-se que, no Brasil, a relação entre esses dois ramos, conforme Bruno Miragem<sup>51</sup>, mostra-se bastante inexperiente.

Nesse sentido, corrobora Arthur Badin<sup>52</sup>:

Não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microsistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam.

Com base em uma concepção pragmática como solução do aparente dissenso, aduzimos que o Direito do Consumidor poderá servir de complemento ao Direito da Concorrência, em busca de uma tutela mais efetiva. Já sobre a possibilidade de o Direito da concorrência complementar o Direito do Consumidor, colacionamos as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira<sup>53</sup>: “até que ponto a política brasileira de defesa do consumidor está disposta a ceder aos argumentos antitruste, tanto quanto pleiteia considerações consumeristas na política antitruste? É mesmo desejável um alinhamento entre as duas políticas?”

Concretizando as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira<sup>54</sup>, podemos dizer que o alinhamento é sim desejável, e ocorrerá tanto em relação às influências do Direito do Consumidor ao da Concorrência, quanto ao reverso.

Dessa forma, a primeira colocação que devemos afastar, daquelas apresentadas na primeira parte desse estudo, é a trazida por Calixto Salomão<sup>55</sup>, de que a inserção da venda casada no Código do Consumidor seria equivocada. Veja-se que na hipótese de exclusão da capitulação da venda casada prevista no CDC, o consumidor lesado pela prática poderia

---

<sup>50</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>51</sup>PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>52</sup>BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

<sup>53</sup>OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 178.

<sup>54</sup>OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 176.

<sup>55</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

acabar sem qualquer proteção.

Muito embora se pudesse afirmar que o interesse do consumidor, nesse caso, seria tutelado pela Lei Antitruste, essa tutela não é feita de uma maneira individual e direta ao consumidor, não sendo concedido a esse, de uma maneira específica, a cessação da prática, nem a reparação pelos danos sofridos. José Reinaldo de Lima Lopes<sup>56</sup>, bem elucida tal questão explicitando que o “CADE recusa-se e com razão, a transformar-se num órgão julgante ou arbitral de conflitos individuais de consumidores e fornecedores”, complementando que o “individualmente considerado não é objeto do CADE, mas a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante”.

Perceba-se que mesmo que a prática envolvesse questões de natureza concorrencial, e portanto, legitimasse a intervenção do CADE, os interesses dos consumidores só seriam satisfeitos de uma maneira geral, ampla, seja com a repressão da prática, seja com a aplicação de uma multa que é revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), cujos recursos são destinados à reparação de interesses difusos<sup>57</sup>.

A reparação do dano individual do consumidor, assim, não poderia ser feita perante o CADE, já que o mesmo não é um fórum competente para tanto. Poderia, eventualmente, tendo em vista a falta de amparo no CDC, o consumidor recorrer ao direito de ação previsto no artigo 47 da Lei Antitruste, ingressando no judiciário com o denominado pela doutrina norte-americana de *private enforcement*.

Ocorre que apesar de possível, verificamos que na prática ações fundadas nessa faculdade trazida pela Lei Antitruste são praticamente incipientes. Não há tradição no Brasil, diferente da realidade americana e europeia, em ajuizamento de *private enforcements*, até mesmo porque a mesma desafia uma instrução processual bastante complexa, a qual muitas vezes sequer o judiciário está apto a lidar.

Ademais, o principal motivo pelo qual não podemos aderir ao posicionamento de Calixto Salomão<sup>58</sup> diz respeito às situações em que a prática da venda casada não gera qualquer efeito ao livre mercado. Nessa hipótese, o CADE não teria interesse e legitimidade para agir, de forma que, se a capitulação da venda casada fosse extirpada do CDC, o consumidor ficaria totalmente desamparado.

---

<sup>56</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

<sup>57</sup>Apenas a título de complementação, o referido fundo é vinculado ao Ministério da Justiça e administrado por dez Conselheiros, sendo que desses, três são da sociedade civil, dois de órgãos de Estado e cinco indicados por Ministérios.

<sup>58</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

Uma vez afastada a possibilidade de supressão da capitulação da venda casada do CDC, pergunta-se, *a contrario sensu*, se, tendo em vista que a venda casada propicia a exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor pelo agente que pratica a venda casada, a mesma não deveria ser endereçada apenas sob a ótica da legislação consumerista, conforme levantado pela doutrina norte-americana?<sup>59</sup>

Acredita-se que não, uma vez que a prática da venda casada pode vir, sim, a prejudicar a livre concorrência, como nos casos em que a mesma gere o efeito de fechamento do mercado, criando barreiras de entrada a novos agentes. Se a repressão fosse realizada apenas no âmbito do consumidor, questões como essas ficariam de fora, sem falar que condutas prejudiciais ao longo termo ao consumidor seriam aprovadas, já que disfarçadas em algum benefício imediato como descontos<sup>60</sup>.

Assim, percebe-se que uma repressão bifurcada, mas não incomunicável, e em diferentes proporções, isto é, uma em visão macro e a outra micro, se faz necessária. Embora movidas por uma *ratio* comum, cada esfera encarará os interesses do consumidor de uma forma, sendo que para o CADE, segundo José Reinaldo de Lima Lopes<sup>61</sup>, os mesmos são tidos como um subproduto de um mercado competitivo e eficiente.

Ainda, para que a repressão se torne mais eficaz e gere mais benefícios aos consumidores, Arthur Badin<sup>62</sup> aduz que seria interessante aproveitarmos do desenvolvimento da doutrina antitruste sobre venda casada para inferir uma melhor exegese do artigo 39, inciso I, do CDC.

A teleologia da norma estampada no inciso I do artigo 39 do CDC é sem dúvida a proteção à livre escolha do consumidor, não podendo esse ser obrigado a contratar e adquirir algo que não lhe seja conveniente ou que lhe seja mais custoso. Segundo Arthur Badin<sup>63</sup>, “como se vê, a teleologia da norma é evitar a coerção sobre o consumidor, preservando sua soberania de escolha”.

Dessa forma, para que se possa haver a prática da venda casada sob o enfoque do

---

<sup>59</sup>SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

<sup>60</sup>Muito embora uma conduta possa ser benéfica ao consumidor num primeiro momento, como a imposição de descontos ao consumidor pela venda casada, a mesma poderá ser prejudicial ao consumidor ao longo prazo, tendo em vista que o agente busca fechar o mercado, aumentando as barreiras do mesmo, de maneira que poderá, num segundo momento, implementar condutas e preços monopolistas, extremamente prejudiciais ao consumidor, os quais são os grandes causadores das falhas internas, que buscam a ser reprimidas pelo Direito do Consumidor.

<sup>61</sup>LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

<sup>62</sup>BADIN, Arthur. *Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor*. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

<sup>63</sup>BADIN, Arthur. *Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor*. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

CDC, a coerção ao consumidor deve ser considerada. Essa coerção somente ocorrerá quando o agente for detentor de poder de mercado, pois, caso contrário, não se pode considerar que o consumidor foi coagido a uma compra casada, uma vez que, como aduz Arthur Badin<sup>64</sup>, o mesmo poderia servir-se livremente de outros produtos ofertados no mercado.

Deveras, somente quando presente poder mercado, o qual é definido pela doutrina antitruste, é que a prática de venda casada irá restringir o poder de escolha do consumidor. Arthur Badin<sup>65</sup>, por isso, postula que o reconhecimento da venda casa como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, independentemente de uma análise da estrutura do mercado, além de criar um verdadeiro conflito entre as duas normas, pode levar ao absurdo de sancionar práticas ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor, o que, sob a ótica pragmática, constituiria um contrassenso.

Não obstante, ainda com base nos estudos de Arthur Badin<sup>66</sup>, considerando que a venda casada pode ser um importante instrumento de mitigação de custos – e, assim, de fornecimento à mais consumidores a menores preços – a condenação da prática sem considerar eventuais eficiências geradas levaria ao absurdo de prejudicar o interesse difuso de todos os potenciais consumidores, em favor de um consumidor marginal. Por essas razões, parece-nos que os requisitos para caracterização da prática de venda casada, face ao CDC, são os mesmos referidos para caracterização do ilícito antitruste, à exceção do requisito do objetivo ou potencialidade de gerar os efeitos do artigo 36 da Lei 12.529/11.

Assim, podemos concluir acerca da necessidade dessa dupla capitulação da venda casada. No entanto, a mesma deverá se dar de uma forma coordenada, de maneira que o Direito do Consumidor observe o estudo desenvolvido pela doutrina antitruste, a fim de que a tutela ao consumidor seja cada vez mais efetiva.

## 5 Considerações Finais

Conclui-se, em primeiro lugar, que a dúplice repressão à venda casada – não só não constitui um *bis in idem* – como é necessária. Não há que se falar em repressão apenas pela esfera da concorrência ou pela do consumidor, uma vez que, como bem salientado ao longo

---

<sup>64</sup>BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

<sup>65</sup>BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

<sup>66</sup>BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

do presente estudo, em ambas as hipóteses restaria o consumidor desprotegido, sem mecanismos de defesa.

Poderá ocorrer, pois, a incidência simultânea da Lei de Concorrência e do Código do Consumidor a uma prática de venda casada. Nesse caso, cada norma irá atuar em um nível diferente de proteção ao consumidor: a primeira de forma macro e a segunda, micro.

No entanto, para que essa dúplice tutela se torne eficaz, é necessária a coordenação entre essas duas normas, a fim de que se preserve a coerência do sistema. A repressão consumerista deverá importar alguns conceitos já desenvolvidos pela técnica antitruste.

A condenação *per se* deve ser deixada de lado. Assim, a análise do caso concreto deverá verificar a existência de coerção ao consumidor, sendo o poder de mercado condição *sine qua non* para tanto. Evita-se, destarte, que condutas mais benéficas ao consumidor sejam equivocadamente reprimidas por aquele que é o seu maior protetor: o Direito do Consumidor.

Já o Direito da Concorrência, no que toca ao controle de condutas, deve dialogar mais com o Direito do Consumidor. Quando da análise de eficiências, que muitas vezes justificam a realização da prática levando em conta a Regra da Razão, a autoridade antitruste não pode ignorar o conceito restrito de consumidor, como assim foi bem definido pela Teoria Finalista.

No que toca ao interesse do consumidor, que deve ser sopesado nas eficiências, esse deve estar em equilíbrio com o seu interesse atual e futuro. Não se pode esquecer que as necessidades do consumidor não se resumem a preços mais baixos, mas a uma maior inovação, variedade e qualidade no mercado.

## **6 Referências Bibliográficas**

BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2008.

HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

\_\_\_\_\_; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 67-99, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasião dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 169 -181.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1999.

PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

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

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em:<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

## **Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses**

Deborah Batista Caixeta<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Na concepção de um sistema de indenização de danos à concorrência, busca-se tanto a dissuasão quanto a compensação, como forma de assegurar uma proteção efetiva a todos envolvidos em uma relação econômica, principalmente o polo mais frágil desta, os consumidores. Não obstante, a otimização da política de combate a infrações à ordem econômica passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Nessa esteira, o trabalho examina, num primeiro momento, a interface do Direito da Concorrência com outros ramos do Direito para situar o consumidor como objeto de proteção direta e efetiva do Direito Concorrencial. Em seguida, apresenta-se a possibilidade de execução privada da lei antitruste e o perfil das ações de reparação de danos concorrenciais no direito alienígena. Por fim, analisa-se a atuação do Ministério Público na execução da lei antitruste no Brasil, a fim de identificar alguns aspectos que interferem na coordenação entre domínio público e privado na execução da lei.

Palavras-chave: Antitruste – Dano – Responsabilidade civil concorrenciais – Reparação – Interesse público – Ministério Público.

### **ABSTRACT**

A well-designed system for antitrust damages actions seeks as much deterrence as compensation in order to ensure effective protection to all those involved in an economic relationship, especially the weakest side: the consumers. Nevertheless, effective antitrust policy goes through a precise diagnosis of the development stage of its deterrent and compensatory aspects. Therefore, in the light of constitutional principles, the paper presents, first, an interface between competition law and other important areas of law to set the consumer as an object of direct and effective protection by Antitrust Law. Then, it presents the possibility of private enforcement of antitrust law as well as the profile of antitrust damages actions in foreign competition law system. Finally, it analyzes the performance of Brazilian Public Prosecutors in order to identify some aspects that negatively influence the coordination between public and private enforcement of antitrust law in the State.

Keywords: Antitrust – Damage – Civil Liability and Competition – Reparation – Public Interest – Public Prosecutor

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Assistente Técnica do Tribunal Administrativo do CADE. Email: [deborah.caixeta@gmail.com](mailto:deborah.caixeta@gmail.com)



**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O consumidor como objeto de proteção do Direito Concorrencial brasileiro: 2.1. A interpretação do Direito Concorrencial conforme os preceitos constitucionais; 2.2. A tutela direta e efetiva do consumidor pelo Direito Concorrencial 3. O domínio privado do Direito Concorrencial: a responsabilidade civil por danos à ordem econômica 4. A execução privada do Direito Concorrencial sob a perspectiva do direito alienígena: 4.1. Estados Unidos; 4.2. União Europeia 5. O Ministério Público e a aplicação privada do Direito Concorrencial na defesa dos interesses dos consumidores em juízo 6. Conclusão 7. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

O Direito Concorrencial brasileiro revelou-se substancialmente em 1946 quando a Constituição Federal previa expressamente em seu art. 148<sup>2</sup> que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

A crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares passou a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas. Fala-se em publicização do direito privado, em que as relações privadas, antes deixadas ao arbítrio dos particulares, obtêm nova relevância jurídica e consequente controle estatal.

Nesta linha, a liberdade de iniciativa e atuação empresarial, inserida em um contexto constitucional, há de ser exercida não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social, como forma de assegurar a todos uma existência digna.

É neste contexto que, não obstante as razões econômicas que levaram ao surgimento dos diplomas antitrustes nacionais e internacionais, os discursos da política concorrencial<sup>3</sup> assumem contornos e princípios que oscilam conforme o tempo e o interesse público.

---

<sup>2</sup>BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm). Acesso em: 24 maio 2012.

<sup>3</sup>KHEMANI, R. Shyman: “Competition policy” in this context is defined in the broad sense as consisting of two parts – one which is commonly referred to as “antitrust” or “competition Law” and the other, which comprises micro-industrial policies such as tariff and non-tariff policies, foreign direct investment, unnecessary government intervention in the market place and economic regulation designed to prevent anti-competitive business practices by firms. [...] Competition itself can be broadly defined as “the rivalry between sellers for the patronage of buyers both in price and non-price terms”. (OCDE. *The Instruments of Competition Policy and their relevance for economic development*. 1996, p. 15. Disponível em:

Especial enfoque é dado neste trabalho ao consumidor enquanto objeto da lei antitruste no país, que merecem especial proteção, em razão da sua vulnerabilidade em relação à atuação dos agentes econômicos no mercado.

Especificamente em relação ao mercado, a inserção do consumidor num contexto econômico-social globalizado exigiu do legislador e dos juristas medidas de proteção do que se convencionou chamar *sociedade de massa*<sup>4</sup>, “na qual se verifica coexistirem inúmeras relações sociais, econômicas e políticas marcadas pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes”<sup>5</sup>. Neste sentido, há uma especial preocupação em melhor sistematizar e disciplinar os meios processuais para a tutela judicial destes direitos.

O Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>, por exemplo, proclama, entre outros objetivos, a criação de meios eficientes de repressão de todo abuso praticado no mercado de consumo, bem como a efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos do inciso VI, artigo 6º do Código.

Este propósito se torna ainda mais específico com relação à atuação dos agentes econômicos no mercado quando o próprio diploma antitruste brasileiro, Lei nº 12.529/2011<sup>7</sup>, preocupou-se em endereçar melhor a proteção dos interesses dos consumidores, possibilitando não apenas a execução pública das normas de concorrência, mas também a execução civil por meio da reparação dos danos decorrentes das infrações à ordem econômica, seja por meio da ação individual ou da coletiva.

O direito a indenização é uma ferramenta necessária para garantir o efeito útil das regras de concorrência. Hoje, no entanto, há pouca evidência de que os consumidores brasileiros estão exercendo plenamente seu direito à reparação dos danos sofridos por descumprimento dos preceitos concorrenciais. Isso decorre diretamente do fato de que (i) a política concorrencial ainda se encontra arraigada na teoria clássica do Direito Concorrencial,

---

<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2697296.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2012).

<sup>4</sup>BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

<sup>5</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

<sup>6</sup>BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm).. Acesso em: 15 maio 2012.

<sup>7</sup>BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 15 maio 2012.

a qual considera a concorrência em si como objeto único de proteção direta deste ramo do Direito e (ii) a execução privada do Direito Concorrencial exercida pelo Ministério Público na tutela dos direitos coletivos dos consumidores exerce funções próprias do domínio público da norma, o que afasta do objetivo precípua da responsabilidade civil, qual seja, a reparação efetiva do dano.

Ante o caráter interdisciplinar da temática sob análise, o trabalho, buscará averiguar uma melhor aplicação das leis, na sua ordem e na interpretação destas conforme a Constituição. O método do diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial do sujeito consumidor, e possibilita uma visão unitária e coerente do Direito Concorrencial, conforme a Constituição, como o propósito de buscar uma mudança institucional do Direito Antitruste para situar o consumidor, e não apenas a concorrência em si, como objeto de proteção efetiva deste ramo do Direito.

Nessa esteira, discorrer-se-á, inicialmente, sobre o marco teórico em que as questões levantadas estão inseridas, procurando estabelecer um elo de conexão entre as diversas fontes de direito abarcadas pela matéria. Assim, apresentar-se-á (i) a interface entre o Direito Econômico e o Direito Concorrencial, princípios e objetivos perseguidos por cada um; e (ii) a interface entre Direito Concorrencial e Direito do Consumidor, políticas de proteção do bem-estar do consumidor. Em seguida, verificar-se-á a possibilidade de execução privada do Direito Concorrencial e a possibilidade de utilizar este Direito para haver a reparação dos danos decorrentes da infração a ordem econômica.

Posteriormente, averiguar-se-á o tratamento dado ao domínio privado do Direito Concorrencial tanto nos Estados Unidos, como na União Europeia, a fim de estabelecer um quadro comparativo sobre a finalidade que as ações de reparação de danos assumem no direito alienígena. Aqui, pretende-se levar à conclusão de que um sistema eficiente de combate às infrações à ordem econômica, desenhado para maximizar o bem-estar social, deve ser alinhado ao ponto em que o domínio público e o domínio privado exercem de forma eficiente as funções que melhor lhes cabem.

Por fim, será feita análise da atuação do Ministério Público e os objetivos até então perseguidos na defesa dos interesses dos consumidores em juízo, com relação a infrações a ordem econômica, a fim de identificar alguns aspectos que interferem na coordenação entre domínio público e privado do Direito Concorrencial brasileiro.

## **2. O consumidor como objeto de proteção direta e efetiva do direito concorrencial brasileiro**

O Direito Concorrencial ou Direito Antitruste (expressão importada do direito concorrencial norte-americano) situa-se na intersecção entre Direito e Economia e contém em sua denominação elementos de ordem pública e privada, o que oferece um desafio doutrinário do ponto de vista de sua destinação.

Originariamente, o Direito Concorrencial foi desenhado, dentre outras, pelas teorias clássicas de Adam Smith e Richard Posner, segundo as quais, sob uma perspectiva econômica, o Direito Concorrencial é um meio de proteger a concorrência em si e fazer com que o mercado trabalhe e alcance eficiência econômica, ou seja, uma melhor alocação dos recursos escassos<sup>8</sup>.

Todavia, a atuação do Estado na busca em contornar as disfuncionalidades do mercado para restabelecer um ambiente de competição entre os agentes econômicos, acaba por resultar na politização do Direito Antitruste, o que confere ao processo concorrencial contornos de ordem constitucional.

Pelos diversos reflexos que a concorrência possui sobre determinado mercado – ora agindo sobre interesses dos consumidores, ora sobre interesses de empresas concorrentes, ora sobre interesse do próprio Estado – o instituto exerce inúmeras funções e persegue inúmeros objetivos.

Dentre a miríade de objetivos máximos que já foram atribuídos às normas de concorrência, Valentine Korah<sup>9</sup> apontou: (i) promover eficiência econômica; (ii) promover a integração de mercado; (iii) proteger competidores; (iv) proteger pequenas e médias empresas; (v) proteger a liberdade política; (vi) promover uma competição viável; (vii) promover políticas culturais, ambientais e sociais; (viii) atender aos objetivos de leis nacionais; e (ix) resolver conflitos de objetivos.

A articulação desses objetivos em muito se relacionada com os objetivos políticos perseguidos pelo Estado, o que acaba por atribuir um caráter instrumental ao Direito Concorrencial, “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação

---

<sup>8</sup>Segundo Posner “economic theory provides a solid basis for the belief that monopoly pricing, which results when firms create an artificial scarcity of their product and thereby drive price above its level under competition, is presumptively inefficient in the sense most commonly used by economists in discussing issue of monopoly and competition. Since efficiency is an important social value, this conclusion establishes a prima facie case for having an antitrust policy” (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Second Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, p. 2).

<sup>9</sup>KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition. Oxford: Hart Publishing, 2000.

de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”<sup>10</sup>.

Neste sentido assevera Fábio Nusdeo que “a tutela da concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar necessária coerência. É por esse motivo que se tem observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos”<sup>11</sup>.

A partir desta concepção, pretende-se aqui propor uma mudança institucional, “não por um experimentalismo político vazio de valores e de discussão política, mas, sim, um bem-estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais”<sup>12</sup>, para situar o consumidor, e não apenas a concorrência em si, como objeto de proteção efetiva do direito antitruste brasileiro. Em outros termos, pretende-se demonstrar que a possibilidade de flexibilização na busca de valores democraticamente estabelecidos – respeitando sempre o conteúdo mínimo de garantia de igualdade nas condições de concorrência entre os agentes econômicos – confere ao Direito Concorrencial brasileiro segurança jurídica<sup>13</sup> e, ao mesmo tempo, a possibilidade de aperfeiçoamento conforme os ditames constitucionais.

## **2.1. A interpretação do Direito Concorrencial conforme os preceitos constitucionais**

A conjuntura política-econômica do século XIX foi caracterizada pelo “*laissez-faire*”, símbolo dos ideais liberais de Adam Smith, segundo o qual a “mão-invisível” do mercado orientava as decisões dos agentes econômicos na economia. A ideia representava um eufemismo para a ausência do Estado no domínio econômico, onde as livres forças do mercado se encarregariam de promover o bem-estar social.

Em razão dessa opção política, os fatos econômicos foram reservados ao domínio do direito privado comum, o que retirou o aspecto jurídico dos problemas relacionados a regulação da ordem econômica.

---

<sup>10</sup>FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

<sup>11</sup>Fábio Nusdeo, *apud* FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

<sup>12</sup>SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

<sup>13</sup>Entende-se aqui por segurança jurídica o reconhecimento de que o Direito Concorrencial como instituto normativo que pode perseguir diversos fins deve possuir um conteúdo mínimo necessário a ser preservado, não se admitindo a sua eventual desaplicação conforme os sabores conjunturais econômicos e políticos.

O final do século XIX e início do século XX foram marcados pela gradual ruptura do Estado Liberal que se ultimou em 1929 com a quebra da Bolsa de Nova Iorque. Desde o episódio, passou-se a admitir a incapacidade das forças do mercado em prover respostas e soluções coletivas para a crise econômica da época. A partir de então, mostrou-se necessário, portanto, a existência de uma parceria entre Estado e sociedade, entre Estado e mercado.

O Estado passou a intervir na atuação dos agentes econômicos, tradicionalmente caracterizada pelo individualismo e pela competição, para representar os interesses coletivos. Tais interesses não se referem somente às massas e às populações carentes, mas também aos interesses das classes produtivas, uma vez que nenhum agente conseguiria por si resolver a situação de crise, o que tornou necessária a intervenção do Estado no sentido de prover um resultado social mais efetivo.

Neste contexto, as Constituições dos países capitalistas do século XX inauguraram uma projeção ampliada das funções do Estado sobre o domínio econômico para garantia de uma ordem comum.

A expressão ordem remete à ideia de organização orientada para a atividade humana, ação conjugada que visa um fim comum consciente. Segundo a racionalidade weberiana, “a garantia estatal do direito não é imprescindível para nenhum fenômeno econômico fundamental, em se considerando o ‘fato’ do lado puramente conceitual. Mas ordem econômica de estilo moderno não pode ser levada a cabo sem uma ordem jurídica de características muito peculiares, tais como as que praticamente tornam possível a ordem estatal”<sup>14</sup>.

Neste sentido, aproximando a definição de ordem jurídica de Clóvis Bevilacqua<sup>15</sup> ao conceito de ordem econômica, tem-se esta como uma regulamentação dos interesses humanos, segundo a ideia predominante no momento; uma sistematização das energias sociais na justa proporção de interesses colidentes.

Como se verá, a ordem econômica protegida constitucionalmente não possui um conceito pré-definido. Trata-se de uma definição construída a partir de uma ideologia constitucional adotada como base da política econômica, ou seja, a “ordem econômica”. Estes conceitos são ditames jurídicos estabelecidos para a *praxis* econômica a ser seguida em obediência a um discurso constitucional mais amplo. Embora não se aplique de forma

---

<sup>14</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 344.

<sup>15</sup>BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p.9-13.

generalizada, as Constituições modernamente elaboradas seguem “a trilha de reunir as normas de ação econômica mais consentâneas com as linhas mestras do regime político adotado”<sup>16</sup>.

Analisando a evolução legislativa brasileira, a primeira vez que a liberdade econômica alcançou níveis constitucionais foi na Carta Magna de 1934. Esta liberdade, no entanto, estava intrinsecamente ligada à ideia de que ao Estado é facultado intervir sobre a economia no resguardo de interesses maiores que aqueles dos agentes econômicos individualmente considerados – regulamentação que se fez presente para minimizar os efeitos da grande crise norte-americana de 1929.

Sobre os escopos políticos-sociais da Constituição de 1934, que assumiram dimensão concreta e não apenas abstrata, leciona João Bosco Leopoldino da Fonseca: “os objetivos a serem alcançados – existência digna, padrão de vida, condições de trabalho – são eminentemente concretos. O constituinte parte do pressuposto de que os homens somente serão livres, terão segurança, serão iguais, se, concretamente, tiverem condições de existência digna, um padrão de vida apropriado ao ser humano e condições de trabalho que o respeitem”<sup>17</sup>.

A partir da Segunda Guerra Mundial, a Inglaterra consolidou um conjunto de políticas assistencialistas associados aos direitos de cidadania – saúde, educação, moradia, emprego, etc – compreendidas como *Welfare State*. O Estado do Bem-Estar significou resposta à pressão exercida pelas massas urbanas industrializadas no sentido de uma equitativa distribuição de riqueza e dos benefícios gerados pelo progresso econômico.

Politicamente, o período representou o ápice da crise do capitalismo liberal e o intervencionismo estatal reinaugurado pelo Estado do Bem-Estar Social representou um mecanismo macroeconômico de planejamento desenhado de acordo com os ditames da política keynesiana<sup>18</sup>: “assegurar a possibilidade de conciliar o processo de acumulação do capitalismo, com uma moderada redistribuição de riqueza, através de benefícios sociais

---

<sup>16</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 312.

<sup>17</sup>João Bosco Leopoldino Fonseca *apud* GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2004, p. 51.

<sup>18</sup>Keynes, numa tentativa de solucionar o desemprego causado pela Grande Depressão de 1929, desenvolveu uma teoria segundo a qual o Estado deveria coordenar as diretrizes da economia, atuando incisivamente sobre as opções de oferta e demanda do mercado. O economista referia-se a necessidade da existência de um *Estado-providência*, atuando para proporcionar justiça social e equidade social, principalmente como uma forma de alcançar eficácia econômica. Segundo ele, o desemprego, além de socialmente, era, da mesma forma, economicamente indesejável, na medida em que, havendo um desaquecimento do consumo (por falta de condições monetárias), haveria, conseqüentemente, redução da produção (demanda gera oferta), e, por fim, estagnação econômica e social geral. Daí o termo política Keynesiana empregado no sentido de uma atuação estatal que busca conciliar progresso social e eficácia econômica. (NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 585-604).

crescentes, que assegura legitimidade ao sistema democrático e a economia de mercado, ao mesmo tempo em que assegura o processo de acumulação, custeando a reprodução social da classe trabalhadora, e liberando os excedentes salariais desses trabalhadores para o consumo de bens e serviços ofertados pelo mercado”<sup>19</sup>.

Observa-se a necessidade de integração entre consumidor/produtor, ambos inseridos numa sociedade produção de massa. Neste contexto, a Constituição de 1946 adotou dentre outros princípios econômicos, o direito à livre concorrência, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso de poder econômico.

Em meados de 1970, novas acomodações sucedem-se no sistema econômico com o avanço do capitalismo monopolista e da globalização, que vão desequilibrar a ordem criada anteriormente, sinalizando a falência do Estado de Bem-Estar Social. O Estado intervencionista e provedor direto já não é apto a atender as demandas sociais, o que resultou na ideia de Estado mínimo, mais regulador do que interventor.

A nova ordem econômica subdivide-se em dois estágios<sup>20</sup>: primeiro, ocorreram privatizações e descentralizações e, posteriormente, a construção de uma capacidade administrativa institucional para gerenciar os diversos setores socioeconômicos. O Estado, embora não se substituísse ao mercado, passava a intervir minimamente nas suas disputas, por meio de normas e/ou institutos que, mesmo assegurando direito à propriedade e à liberdade de empresa como direitos fundamentais econômicos, não permitia abusos no seu exercício.

No tocante à Constituição Econômica de 1988, “estabeleceu regulação, de preferência à regulamentação requerida pelas Cartas anteriores com a retração do de ação do poder econômico público ante o fortalecimento do poder econômico privado”<sup>21</sup>.

Pode-se dizer que o Direito Concorrencial é parte integrante de um sistema constitucional global, mais especificamente do que Washington Peluso Albino de Souza chama de Constituição Econômica, a qual funciona, tal como os direitos fundamentais, “como limite e sentido necessário da liberdade de decisão política e de conformação legislativa, definindo as respectivas fronteiras, que não podem ser ultrapassadas, e determinando o respectivo sentido, que não pode ser invertido ou desviado”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup>MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005, p. 201.

<sup>20</sup>SOUZA, Celina. *A nova gestão pública em Gestão Pública: desafios e perspectivas*. In: Fundação Luís Eduardo Magalhães. *A gestão pública: desafios e perspectivas*. Salvador: FLEM, 2001, p. 56.

<sup>21</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 431.

<sup>22</sup>SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 12.



O Direito Concorrencial não constitui, portanto, uma realidade autônoma, o que leva à sua interpretação sempre dentro do contexto da Constituição, pelo fato do seu valor ser essencialmente heurístico e operativo.

O papel que o Direito Concorrencial tem assumido hodiernamente em muito se relaciona com a assunção do papel regulador pelo Estado. Este decide retirar-se da intervenção econômica direta (exercida pela prestação de uma vasta gama de serviços) para organizar as relações sociais e econômicas, não se restringindo a um mero exercício passivo do poder de polícia sobre o mercado<sup>23</sup>.

Setores da economia, sejam eles regulados ou não, submetem-se a uma disciplina antitruste incisiva que não se limita a sancionar atos ilícitos, mas passa a impor comportamentos, típico da atividade regulatória buscando implementar os objetivos perseguidos pela política socioeconômica. Fale-se, assim, em liberalismo constitucional, em que a ação do Estado procura garantir as liberdades individuais, mas, ao mesmo tempo, interfere pontualmente para a consecução dos fins estabelecidos constitucionalmente.

O Estado regulador assume posição ativa, por isso se falar em direito concorrencial instrumental na medida em que o instituto procura atuar sobre os comportamentos no mercado com o intuito de alcançar outros objetivos perseguidos pelas políticas econômicas, como se observou da história de aplicação da legislação concorrencial no Brasil. A partir desta postura ativa pode-se considerar o Direito Concorrencial como instrumento de implementação de política públicas econômicas.

As atividades de institucionalização do antitruste, no entanto, não mais correspondem ao antigo interesse de eficiência econômica, mas sim de um consenso sobre interesses políticos envolvidos no controle do ambiente econômico. Por um lado, há um elemento de confiança na proposição de que manter a competição promove substancialmente o uso eficiente de recursos. Por outro lado, a opção por um nível mínimo de competição a ser subscrito por políticas públicas, mesmo apoiadas em substanciais argumentos econômicos, repousa basicamente em julgamentos políticos. Deste modo, conclui John Kenneth Galbraith,

---

<sup>23</sup>Tradicionalmente, a aplicação pura e simples do Direito Antitruste se diferencia da regulação de mercado basicamente pela forma de intervenção. Segundo Calixto Salomão Filho “a atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando a formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativista costuma chamar de atos de controle e fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência” (FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37). Neste sentido, mesmo sendo distinta a operacionalização das duas tutelas, as duas se interrelacionam entre si.

“livre concorrência, assim chamada, há muito é considerada mais um conceito político do que econômico”<sup>24</sup>.

A disciplina da concorrência se insere, assim, em um contexto de dupla instrumentalidade – por um lado, “organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas”<sup>25</sup>.

Tendo por base este princípio, o artigo prossegue com o objetivo de verificar em que medida o Direito Concorrencial pode ser utilizado como instrumento de implementação de políticas destinadas a proteção direta e efetiva do consumidor, sujeito igualmente protegido pelas normas econômico-constitucionais.

## **2.2. A tutela direta e efetiva do consumidor pelo Direito Concorrencial**

Os direitos relacionados à proteção do consumidor são típicos das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação protetiva.

Não se pode negar que a disposição desses direitos na Constituição Federal de 1988 é fruto do processo de institucionalização do direito social e econômico, sobretudo sob a perspectiva internacional. Conforme identificado por Cláudia Lima Marques, “a ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são experts, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder”<sup>26</sup>.

Nota-se, então, que em 1988, a Constituição Federal do Brasil reconheceu o consumidor como novo sujeito de direitos. Sujeito este que assume um papel social e

---

<sup>24</sup>“Free competition, so called, has for long been a political rather than an economic concept” mencionado por Richard Hofstadter, em *What happened to the Antitrust movement* em GOLDSCHMID, Harvey J.; HANDLER, Milton; PITOFKY, Robert and WOOD, Diane P.. *Trade Regulation: cases and materials*. Forth edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1997, p. 12.

<sup>25</sup>GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>26</sup>BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

econômico e possui direitos e interesses legítimos – individuais ou de um grupo identificável ou não. Portanto, faz-se necessário assegurar a sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental individual previsto no inciso XXXII, do artigo 5º, quanto como princípio da ordem econômica nacional no artigo 170, inciso V da Constituição de 1988<sup>27</sup>.

A dupla proteção conferida pela Constituição enseja não somente uma abstenção do Estado quanto aos direitos políticos e às liberdades individuais, mas também uma atuação afirmativa do Estado em favor dos consumidores, como uma consequência da inserção dos direitos econômicos e sociais no rol de direitos fundamentais – direitos de segunda dimensão.

Daí o registro de Eros Roberto Grau de que, “a par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura na leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável”<sup>28</sup>.

Sob o aspecto infraconstitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – como instrumento específico de proteção do consumidor, que resguarda, dentre outros, o direito à liberdade de escolha e à prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos.

É correta a posição adotada por Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, com apoio no magistério de Sérgio Cavalieri Filho, que concebe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como uma “estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorre uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social”<sup>29</sup>.

Em que pese o direito concorrencial não abarcar as relações de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o bem-estar do consumidor é, de alguma maneira, sempre perseguido pela praxe concorrencial, seja como uma missão, uma política pública, uma possível consequência do processo de concorrência ou mesmo como um objetivo expressamente previsto pela legislação concorrencial<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup>BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

<sup>28</sup>GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 272-273.

<sup>29</sup>RÊGO, Werson e RÊGO, Oswaldo. O Código de Defesa do Consumidor e Direito Econômico. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, p. 9. Disponível em: [http://www.smithedantas.com.br/texto/cdc\\_dir\\_econ.pdf](http://www.smithedantas.com.br/texto/cdc_dir_econ.pdf). Acesso em: 12 de junho de 2012.

<sup>30</sup>Segundo pesquisa elaborada pela Autoridade da Concorrência da Holanda, em muitos países, as leis concorrenciais procuram proteger o processo de livre competição para assegurar a alocação eficiente de recursos

O termo “bem-estar do consumidor” possui usos variados e significados diferentes na vasta literatura jurídica e econômica. Em termos econômicos, o bem-estar do consumidor é definido a partir dos benefícios que podem advir do processo competitivo entre as empresas: redução de preço, melhor qualidade, maior variedade de produtos e serviços e inovações.

Embora não haja uma definição explícita do que venha a ser o “bem-estar do consumidor”, a prática concorrencial brasileira é governada por princípios de ordem constitucional, nos quais a definição está indiretamente incorporada. O bem-estar do consumidor é alcançado quando atendidos os princípios que regem a ordem econômica, como já mencionados, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a proteção do consumidor e a restrição ao abuso de poder econômico, tal como disposto no artigo 1º da Lei 12.529/2011<sup>31</sup>.

A despeito de haver proteção expressa do consumidor pela legislação concorrencial brasileira como princípio a ser perseguido, ainda que fosse omissa neste sentido, a força normativa da Constituição vincula os Poderes do Estado e os intérpretes das leis ordinárias como uma espécie de guia de atuação positiva e funcional. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia e o limite de um ordenamento jurídico constituído sob seus sistemas de valores, o qual inclui a defesa do consumidor como um princípio geral para os diversos ramos do direito<sup>32</sup>.

De fato, não há dúvidas de que o bem-estar do consumidor é sempre, em alguma medida, perseguido pela legislação antitruste, seja como um valor constitucional caracterizador da ordem econômica, ou como parâmetro de aferição dos comportamentos prejudiciais a concorrência. Não obstante, o que se pretende averiguar é se o Direito Concorrencial pode ser usado como medida de proteção direta e efetiva do sujeito consumidor.

---

escassos. Algumas autoridades afirmam que a maximização da eficiência econômica provocará em última instância benefícios aos consumidores, incluindo redução de preços e custos, aprimoramento e inovação em qualidade, variedade e prestação de serviços. Verdade é que na maioria das Autoridades questionadas, o bem-estar do consumidor é considerado como um objetivo subjacente da execução das leis antitrustes em suas jurisdições. (NMA. *Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda*. 10th ICN Annual Conference. 2011, p. 9-12. Disponível em: <http://www.atp.nl/nma/image.php?id=146&type=pdf>. Acesso em: 07 de março de 2012).

<sup>31</sup> Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

<sup>32</sup> BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

Algumas jurisdições distinguem “proteção do consumidor” de “bem-estar do consumidor”. A autoridade da concorrência da Coreia<sup>33</sup>, por exemplo, afirma que o bem-estar do consumidor é alcançado quando melhores produtos são fornecidos por menores preços por meio do aumento da competição entre os agentes; enquanto a proteção do consumidor busca prevenir danos aos consumidores resultantes de atividades ilícitas das empresas. Em outros termos, a defesa do consumidor pode ser vista como uma atividade normalmente realizada sob o poder de fiscalização do consumidor, enquanto o bem-estar do consumidor é uma medida ou um objetivo a ser alcançado.

Alguns doutrinadores sustentam que no Direito Concorrencial, contrariamente ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, “a tutela do consumidor é apenas mediata, ao passo que a livre iniciativa e a livre concorrência são bens imediatamente tutelados” e que, nas decisões antitrustes, a proteção ao interesse do consumidor, quando existente, é não raro utilizada como mero elemento argumentativo<sup>34</sup>.

Por outro lado, outros doutrinadores defendem que a origem e os fundamentos do Direito Concorrencial, como analisado no item anterior – inserido no contexto do que se conhece por constituição econômica –, é bastante para se concluir que este ramo do direito infraconstitucional possui, dentre seus escopos, o de tutelar diretamente o consumidor.

Carlos Jacques Vieira Gomes, ao citar Luís Cabral de Moncada, demonstra que a lei de defesa da concorrência pode atuar na defesa imediata do consumidor, na medida em que o dirigismo econômico é, antes que um fator de regulação de mercado, uma forma de se aplicar os princípios fundamentais da sociedade democrática. Nas palavras do citado autor, “não é só por razões econômicas que se defende a concorrência. É também por razões de ordem política, pretendendo-se impedir e combater concentrações excessivas de poder econômico privado ou público, no pressuposto de que o resultado respectivo, ou seja, o dirigismo econômico é susceptível de por em causa a transparência do funcionamento do mercado e o controle pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades dos bens e serviços, bem como, a autenticidade das necessidades, numa palavra, a soberania do consumidor”<sup>35</sup>.

A distinção entre proteção do consumidor e bem-estar do consumidor em muito se aproxima da competência atribuída à lei concorrencial, se deve estar restrita à proteção do

---

<sup>33</sup>BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

<sup>34</sup>FORGINONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 261.

<sup>35</sup>GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 209.

processo competitivo entre os agentes, ou se destinada a atuar afirmativamente na defesa dos interesses do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, prevê a participação de diversos órgãos públicos e entidades privadas, bem como o incremento de vários institutos como instrumentos para a realização de políticas destinadas a proteção do consumidor.

O referido Código pretende integrar os esforços dos mais diversos segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil. Assim institui o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC nas diversas unidades da Federação, e estabeleceu que a sociedade civil participará conjuntamente na implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

Quando da edição do CDC, integravam o SNDC a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor<sup>36</sup>.

Por oportuno, cabe observar que existia uma sobreposição de competências sobre a Secretaria de Direito Econômico – órgão que, até 2011, com a promulgação da Lei 12.529/2011, integrava o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica – SBDC –, até então responsável tanto pela aplicação das leis concorrenciais como da lei específica de defesa do consumidor.

Desta forma, para além da repressão ao abuso de poder econômico, há um intuito de proteção efetiva do consumidor enquanto sujeito vulnerável nas relações de mercado por parte do SBDC. Essa tutela deve ser direcionada a efetivação de todos os direitos a eles garantidos, dentre eles a reparação individual dos danos sofridos em razão de infrações à ordem econômica.

Tanto é assim que a Lei nº. 12.529/2011 previu expressamente em seu artigo 47 a possibilidade de reparação de danos decorrentes de infrações a ordem econômica<sup>37</sup>. Entretanto, a despeito de haver previsão legal sobre a possibilidade de obter uma indenização pelos danos sofridos, não existe atualmente, no sistema jurídico brasileiro, uma base processual, doutrinária ou jurisprudencial que possibilite o exercício deste direito.

<sup>36</sup>Atualmente, conforme o [art. 2º do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997](#), o sistema é integrado pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

<sup>37</sup>O art. 47 da Lei n. 12.529/2011 assim dispõe: os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no [art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

### **3. O domínio privado do Direito Concorrencial: a responsabilidade civil por danos à ordem econômica**

O Direito Concorrencial é um instrumento estatal de regulação de mercado e, como limitador da atividade dos agentes econômicos, aproxima-se, em diversas situações, dos institutos do direito privado.

Numa visão econômica simplista, o mercado é entendido como o local em que os agentes econômicos (produtores, fornecedores e consumidores) estabelecem as suas relações comerciais. Esse conceito, no entanto, é ampliado quando considerada a influência mútua que direito e economia exercem sobre si.

Neste contexto, o mercado deve ser entendido como um conjunto de normas que conferem organicidade e unicidade a Ordem Econômica. Tal como definido por German Coloma, o mercado, em sua acepção geral, é uma criação jurídica que consiste em uma série de normas que são essencialmente as que definem os direitos de propriedade, direitos e obrigações contratuais, e as normas de responsabilidade civil extracontratual para abarcar relações não contempladas nos contratos<sup>38</sup>.

Deve-se ter em mente que o substrato do direito privado é composto por dois tipos de normas, que desaguam sobre a disciplina da atuação das empresas: “(i) aquelas originadas dos agentes privados em sua prática e que viabilizam a fluência das relações no mercado e (ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos empresários que, partindo da lógica empresarial, devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses que não aqueles dos empresários”<sup>39</sup>.

Desta forma, sob uma perspectiva de desenvolvimento histórico-constitucional, a disciplina da atividade econômica assume estes dois aspectos: “de um lado, temos as normas esculpidas pelos comerciantes, conforme suas necessidades; de outro, as normas que procuram (sem abortar a lógica do funcionamento do mercado) proteger interesses além daqueles dos mercadores, dos comerciantes, das empresas, subjugando o determinismo econômico”<sup>40</sup>.

Para os fins perseguidos por este artigo, deve-se dar especial atenção a aplicação do instituto da responsabilidade civil ao direito concorrencial.

---

<sup>38</sup>Coloma, *apud* SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 55.

<sup>39</sup>FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 508-509.

<sup>40</sup>FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 511.

Sabe-se que na ordem jurídica, onde houver um dever de conduta, sua violação acarreta ao infrator a obrigação de responder por sua reparação, ou pelas suas consequências definidas nas diferentes áreas do Direito. Nas palavras de Ana Frazão, trata-se de “um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente”, ou seja, a partir de um “padrão de conduta socialmente exigível do agente”, é possível aferir o grau de reprovabilidade de sua conduta e, por conseguinte, a sua responsabilidade civil por ter lesionado o patrimônio alheio, em seus aspectos econômicos e morais<sup>41</sup>.

Outro relevante aspecto é que a responsabilidade civil surge principalmente a depender dos interesses qualificados que foram violados<sup>42</sup>. Daí a concepção da possibilidade de execução da lei concorrencial no sentido de que, identificado o ato ilícito – e, conseqüentemente, o auto grau de reprovabilidade da sua conduta – e o fato de que a lei se presta a resguardar valores constitucionalmente protegidos, é possível haver a responsabilização dos infratores pelos danos impostos pela sua conduta.

Contudo, o manejo da legislação concorrencial, de ordem pública, na esfera privada ainda encontra certa resistência no meio, onde persiste o entendimento de que leis públicas devem ser administradas exclusivamente por oficiais públicos, particularmente no Brasil, onde o governo parece ser o único ator com recursos e credibilidade necessários para a efetiva aplicação de políticas. Atores privados, em muitos casos, podem não ter o interesse, o recurso e a expertise para fazerem valer as normas públicas<sup>43</sup>.

Em verdade, o entusiasmo na possibilidade de execução privada das leis públicas diminuiu com o crescimento do senso de que a litigância privada, dentre todas as outras possíveis, se tornou um entrave na atividade de produção. Teme-se que ações privadas descoordenadas para deter comportamentos sociais não desejáveis resultaria em prejuízos para comportamentos sociais benéficos.

Teorias do Estado Liberal contribuíram para uma visão desfavorável sobre a execução privada das normas de direito público. O Estado Natural, anterior ao próprio desenvolvimento do Estado, repousava exclusivamente na execução pelos particulares das normas que regulavam o comportamento social. O Estado assumiu para si o monopólio sobre a execução

---

<sup>41</sup>FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade* : um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

<sup>42</sup>FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade* : um exame a partir do direito comparado. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

<sup>43</sup>E aqui, pode-se fazer uma aproximação entre as dificuldades de manejar a responsabilidade civil com relação ao direito concorrencial em razão dos obstáculos que o particular enfrenta quando se deve provar a própria conduta ilícita para obter a reparação do dano sofrido.



das leis como uma forma de induzir as pessoas a direcionar os esforços gastos com autoproteção às atividades mais produtivas – um mecanismo de realocação dos recursos humanos na atividade econômica e não nas atividades próprias de Estado. “A execução pública das leis não era simplesmente mais eficiente, mas também a mais genuína expressão de políticas públicas”<sup>44</sup>.

O Estado Moderno logo criou seus próprios argumentos para a exclusividade na aplicação das leis e isso se explica pela própria racionalidade burocrática weberiana. “Os burocratas, servidores do Estado, sujeitos ao controle do Estado, estariam mais bem preparados para aplicar políticas de execução mais racionais do que os atores privados, os quais, não sujeitos ao controle burocrático, poderiam estar sujeitos a motivos irracionais, como o desejo de vingança”<sup>45</sup>.

A reintrodução da aplicação privada das leis esteve ampara em uma releitura da teoria naturalista do Estado. Doutrinadores, embasados na teoria retributiva, argumentaram que “a execução privada é justificada se os litigantes vindicam direitos naturais preexistentes, mas não é justificada se baseadas em legislação que buscam maximizar o bem-estar geral”<sup>46</sup>. Teorias mais modernas, no entanto, são concernentes com ambos os direitos individuais e o bem-estar social.

Noções mais amplas sobre os direitos dos cidadãos aumentaram a gama de leis sujeitas a execução privada. A aplicação privada pode particularmente ser vista como uma atividade participativa em que os indivíduos e grupos sociais disputam cada vez mais entendimentos pluralísticos sobre o interesse público. Concomitantemente, o crescente sentimento pluralista sobre os fins públicos cria um ceticismo sobre a capacidade de políticas legislativas serem os únicos fóruns de mediação de interesses conflitantes.

A racionalidade na aplicação de leis antitruste para a compensação de danos recebeu tímida dedicação nos debates acadêmicos sobre a execução das leis antitrustes. Algumas teorias contrárias ao uso das ações reparatórias neste campo foram desenvolvidas em razão das dificuldades materiais, e principalmente, processuais que a matéria enfrenta, como a identificação e o cálculo do dano.

Esse argumento, entretanto, parece não sustentar as objeções contra essas ações, porquanto, em muitas ações por danos em decorrência de quebra contratual, a incidência final

---

<sup>44</sup>ROACH, Kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3, p. 461-508. Disponível em: <http://www.ssrn.com/>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

<sup>45</sup>MAGALHÃES, José Antônio Fernandes. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005.

<sup>46</sup>Pichar e Brudner, *apud* ROACH, kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3, p. 461-508. Disponível em: <http://www.ssrn.com/>. Acesso em: 14 de junho de 2012.

de uma perda não compensada é igualmente difícil de ser determinada, e isto não foi considerado uma objeção persuasiva para a adjudicação de indenizações por danos decorrentes deste fato<sup>47</sup>.

Isso significa que a indenização a ser aplicada em outros ramos do direito não deve necessariamente repousar sobre a noção de justiça distributiva, mas pode assumir uma postura de justiça corretiva, segundo a qual, se uma parte viola a autonomia de outra, uma obrigação legal é reconhecida para fazer aquela corrigir as consequências da irregularidade praticada, buscando restaurar a integridade da vítima e arcar com o dano a ela causado<sup>48</sup>.

Nesta linha, e considerando a ampliação do escopo de proteção constitucional aos direitos sociais e difusos, houve transformações significantes no Direito Privado, ensejando a sua socialização e modernização, p. ex., a admissão da responsabilidade objetiva na relação entre grupo e indivíduo para o ressarcimento do dano em razão do risco da atividade para toda a sociedade, como um mecanismo corretivo e não apenas reparatório. O mesmo se aplica ao desenvolvimento de “novas técnicas processuais em virtude da necessidade de atender determinados imperativos sociais ou corrigir certas situações fáticas”<sup>49</sup>, como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Popular.

A reclamação por indenizações, embora seja um instrumento de satisfação pessoal, resulta em efeitos socialmente benéficos, como a dissuasão de novas infrações, ao aumentar a probabilidade de o agente infrator arcar com a responsabilidade e os custos pela violação da lei, efeito este amplamente reconhecido, especialmente, no âmbito antitruste.

Os Estados Unidos, por exemplo, tem reconhecido, desde a promulgação da Lei Clayton, em 1914, que as ações privadas de reparação de danos têm sido uma arma importante na luta contra o comportamento anticoncorrencial. Tribunais norte-americanos há muito tempo reconheceram que a aplicação vigorosa das leis antitruste por meio de ações privadas por danos complementa a execução pública da lei, dissuadindo significativamente os agentes de infringirem as normas antitruste.

O art. 47 da Lei 12.529 de 2011, por sua vez, igualmente pode ser interpretado segundo essa linha corretiva do direito, que, não obstante busque a reparação dos danos

---

<sup>47</sup>Nesta seara ainda perceptível os esforços de predição futurístico quando do cálculo dos lucros cessantes que, juntamente com os prejuízos, compõem os danos. Mesmo raciocínio se aplica quando do cálculo de indenizações por perda de uma chance.

<sup>48</sup>COOTER, Robert e ULEN, Thomas (trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa). *Direito & Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 381.

<sup>49</sup>MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 260.

sofridos, pode ser visto como um mecanismo de dissuasão de prática anticompetitivas e, concomitantemente, instrumento para tornar a defesa do consumidor mais efetiva.

Nesta linha, ao contrário do que o senso comum sugere, o domínio da Lei Antitruste não é reservado apenas às autoridades administrativas concorrenciais e ao domínio público em geral, inclusive com técnica de que o Estado lança mão para consecução de políticas públicas. Este ramo do direito consiste, igualmente, de instrumento de manejo na esfera privada, inclusive, por meio de ações civis de reparação de danos<sup>50</sup>.

A racionalidade perseguida pelo domínio privado é variável conforme a cultura concorrencial de um país e pode ser tanto compensatória quanto dissuasória. A compensação consiste em restaurar o *status quo ante* da parte lesada, enquanto o objetivo dissuasório procura “identificar um ponto ótimo de violações que devem ser eliminadas e que impeça lucros indevidos por meio da conduta ilícita, impondo custos a possíveis infratores”<sup>51</sup>. O domínio público, por sua vez, é substancialmente sancionador, que visa aplicar multas e, conseqüentemente, dissuadir práticas futuras.

Isso demonstra que ambos os domínios público e privado do direito concorrencial estão intimamente relacionados, principalmente quando buscam desestimular a prática anticompetitiva e impor ao infrator o ônus de arcar com os custos da sua conduta ilícita.

Não obstante, a otimização da política de combate a infrações à ordem econômica passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Isso significa que mecanismos de coordenação entre as duas esferas devem ser estabelecidos, de forma a evitar ineficiências do sistema que decorrem de possível sobreposição de funções entre o domínio público e privado do Direito Concorrencial. Em outros termos, ineficiência que podem ser provocadas quando um domínio se furta de suas funções próprias para buscar objetivos que são alcançados no outro de forma mais eficaz.

O artigo, assim prossegue para averiguar qual é o tratamento dado ao domínio privado do direito concorrencial nos Estados Unidos, bem como na União Europeia, a fim de

---

<sup>50</sup>No presente artigo, adota-se a Teoria das normas de coordenação e subordinação de Yellinek, segundo a qual uma norma é de Domínio Público quando rege relações de sujeitos que estão em plano de desigualdade, ou seja, um manda e o outro obedece. Enquanto o Domínio Privado se extrai das relações horizontais, em que as partes relacionadas possuem equidade de tratamento. Por isso, fala-se em Domínio Privado mesmo quando o Ministério Público, por meio de Ação Civil Pública, requer a reparação de danos morais coletivos na tutela de interesses difusos e coletivos. Neste hipótese, mesmo autanto na defesa de interesses sociais, o Ministério Público assume o papel de parte privada na ação, aplicando-lhe todas a disposições e limitações processuais do Código Civil, principalmente com relação ao ônus da prova do dano.

<sup>51</sup>HOVENKAMP, H. . *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. Third Edition. Iowa: Thomson West, 2005, p. 657.

estabelecer um quadro comparativo sobre a finalidade que as ações de reparação de danos assumem no direito alienígena.

#### 4. A execução privada do direito concorrencial sob a perspectiva do direito alienígena

##### 4.1. Estados Unidos

O Estados Unidos é reconhecido por sua consolidada e tradicional experiência no domínio privado do Direito Concorrencial. Desde a década de 60, as ações privadas representam a principal forma de execução da política concorrencial no país, superando, em números consideráveis, os casos levados a Corte pelo *Federal Trade Commission* e pela *Antitrust Division of the Department of Justice* – autoridades administrativas concorrenciais. Dados de 2004 demonstram que as ações privadas representam aproximadamente 95%<sup>52</sup> das ações concorrenciais levadas a Suprema Corte.

O país, com relação à função compensatória das ações privadas, adota o sistema do *treble damages* (dano triplo). Trata-se de um mecanismo que possibilita multiplicar por três o valor a ser indenizado às vítimas por suas perdas reais. Contrariamente do que se qualifica como *punitive damages*, danos aplicados como uma forma de sancionar o infrator por violar os preceitos normativos de forma a impedir que a infração se repita<sup>53</sup>.

Os danos punitivos possuem natureza “quase-penal” e justificam-se para preencher lacunas entre o direito civil e criminal<sup>54</sup>. A racionalidade deste tipo de dano é justamente permitir a sociedade, por meio de ações privadas, a punir condutas ofensivas que muitas vezes são desconsideradas na esfera pública.

---

<sup>52</sup>Dados de 2004 disponíveis em estudo realizado pela OCDE em 2007. OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 260. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

<sup>53</sup>OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 231. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

<sup>54</sup>AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Punitive damages and business tort: a practitioner's handbook*. Chicago: ABA Publishing, 1998. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=XsOs7UYwzMcC&pg=PA18&lpg=PA18&dq=treble+damages+v.+punitive+damages+US&source=bl&ots=7Alt7AHT-x&sig=2gz12-6wGg9PKJbq7rNGKgO5dFg&hl=pt-BR&sa=X&ei=K018UKfjD5Lc8wT8t4CwBw&ved=0CHsQ6AEwCO#v=onepage&q=treble%20damages%20v.%20punitive%20damages%20US&f=false>. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

Os danos punitivos geralmente são aplicados a situações em que não é possível alcançar os requisitos para a reparação civil, seja porque é difícil estabelecer o nexo de causalidade ou porque muitas vezes o dano é oculto. Aplicam-se ainda a situações em que os danos causados são, em sua maioria, intangíveis, como dor, sofrimento ou ofensa a dignidade humana, ou seja, injúrias não compensáveis.

A natureza dos *treble damages* ainda é muito discutida na doutrina e jurisprudência norte-americana. Por um lado, é considerado um mecanismo para se alcançar a compensação total do dano concorrencial, uma vez que fornece uma aproximação ao dano realmente causado pela infração anticompetitiva – aqui consideradas todas as dificuldade em acessar e quantificar o exato dano sofrido. Por outro lado, ele assume caráter punitivo. Como explica Hovenkamp, a princípio, a racionalidade do sistema era a punição do infrator. Com o tempo, este argumento moral cedeu espaço ao argumento geral sobre a função dissuasória de que, como nem todas as infrações concorrenciais podem ser detectadas, uma regra que conceda apenas danos simples tornaria as violações concorrenciais rentáveis<sup>55</sup>.

Não obstante a controvérsia sobre a questão, nota-se que nos Estados Unidos não é possível a condenação a título de *punitive damages* por violações ao Direito Concorrencial, admitida somente a condenação em *treble damages*.<sup>56</sup> Neste termos, o parágrafo 4 do Clayton Act, diploma que compõe a legislação antitruste norte-americana, dispõe: “qualquer pessoa que seja prejudicada em seus negócios ou em sua propriedade por razões quaisquer que sejam proibidas pelas leis antitrustes devem processar para haver a recuperação do dano por ele sofrido multiplicado por três (...)”<sup>57</sup>.

Isso significa que, em se tratando de violação antitruste, a condenação na esfera privada será sempre amparada na comprovação de um dano real e efetivo, ainda que ele seja de difícil mensuração. Em outros termos, não é possível a indenização por danos intangíveis, visto que, nos termos do enunciado do parágrafo 4 do Clayton Act, são recuperáveis apenas os

---

<sup>55</sup>HOVENKAMP, H. . *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. Third Edition. Iowa: Thomson West, 2005, p. 666.

<sup>56</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Spence v. Southeastern Alaska Pilots' Ass'n*, 789 F. Supp. 1014, 1029 (D. Alaska 1992). Disponível em: <http://statecasefiles.justia.com/documents/maine/superior-court/CUMcv-00-203.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2012.

<sup>57</sup>Clayton Act § 4: any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment ... (grifo nosso). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Clayton Antitrust Act** de 15 de outubro de 1914. Reforça o regime das leis antitruste dos Estados Unidos da América procurando prevenir práticas anticompetitivas em sua incipiência. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/15>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

danos causados aos negócios e a propriedade do requerente, danos estes, auferíveis materialmente.

Por fim, ainda que se assuma o caráter punitivo dos *treble damages*, ele mostra-se minimamente justificável no cenário concorrencial norte-americano. Como verificado inicialmente, em razão da sua tradição e da magnitude que as ações privadas representam na execução das leis concorrenciais, o domínio privado apresenta-se, hoje, como o mecanismo mais eficiente na execução da política concorrencial do país, legitimando as funções compensatória e punitiva que pode assumir.

## 4.2. União Europeia

Na União Europeia, assim como no sistema norte-americano, admite-se, concomitantemente, a execução pública e privada das leis concorrenciais. No entanto, contrariamente ao cenário estabelecido nos Estados Unidos, o domínio privado possui tímida expressão na execução da lei antitruste.

Alguns Estados-Membros, como a Itália e Alemanha, perseguem além da mera função compensatória do domínio privado, um objetivo distinto de dissuadir o infrator por meio de danos punitivos (não no sentido dos *punitive damages* norte-americano).

Ocorre que, o elemento punitivo do dano é verificado pela simples compensação dos danos reais sofridos, mas que, por diversas razões, são difíceis de serem exatamente calculados. Ou seja, o mero exercício de estimação e aproximação dos danos, de fato, sofridos pelas vítimas, já se constitui em um mecanismo punitivo da ação privada.

A Alemanha, por exemplo, manifesta contrariamente ao uso de multiplicadores de dano (como o *treble damages* norte-americano), visto que a natureza do dano é inconsistente com a função compensatória e restitutória das ações privadas, considerando-os, inclusive, contrários ao seu odre *public*<sup>58</sup>. Referido país reconhece que a função dos *treble damages* é punir mais do que compensar e julga ser mais adequado que este efeito sancionatório deva ser alcançado através de multas aplicadas pelas autoridades públicas.

---

<sup>58</sup>OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 16. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

Assim, verifica-se que o sistema europeu de execução privada da lei concorrencial é essencialmente reparatório<sup>59</sup> e complementar a execução pública da lei. Isso se explica por três razões<sup>60</sup> relacionadas aos objetivos perseguidos pela política antitruste:

(i) Com relação à formação de uma cultura concorrencial, no sentido de esclarecer e desenvolver conceitos e proibições concorrenciais, o domínio público geralmente apresenta-se superior ao domínio privado, essencialmente porque dispõe de um corpo técnico especializado, capaz de distinguir com mais precisão circunstâncias em que se pode verificar a conduta ilícita;

(ii) Apesar da prevenção e punição de infrações à ordem econômica, o domínio público, mais uma vez, mostra-se em vantagem. A prevenção, dentre diversos meios, ocorre pela análise da estrutura do mercado, mediante notificação de atos de concentração, o que é de competência das autoridades concorrenciais. A dissuasão da prática, por sua vez, se faz pela imposição de multas sancionatórias quando uma infração é cometida. Neste ponto, as autoridades concorrencias dispõem de expertise para melhor detectar uma conduta ilícita, não aplicando punições desarrazoadas;

(iii) Por fim, a função corretiva da política antitruste pode ser alcançada de duas formas, uma retirando do infrator todos os benefícios obtidos com a conduta ilícita, e outra, por meio da reparação dos danos causados àqueles que inocentemente sofreram com as consequências da infração. A primeira forma resulta automaticamente na aplicação de multa pela autoridade concorrencial, devendo esta exceder aos ganhos esperados com a conduta. Como as multas sancionatórias são destinadas aos cofres públicos, as vítimas não são compensadas pelos danos sofridos. Nesta hipótese, o domínio privado é superior ao domínio público, uma vez que consiste na única forma de reparar as injúrias que de fato foram causadas.

Desta forma, ainda que alguns sistemas legais europeus reconheçam o dano punitivo como uma forma de alcançar objetivos de políticas públicas, como a Inglaterra, por exemplo, a maioria dos membros da União Europeia considera-o inapropriado, na medida em que os objetivos por ele perseguidos já são atendidos por qualquer multa administrativa aplicada pelas autoridades concorrenciais sobre o mesmo fato. Os danos punitivos somados às multas administrativas infringiriam, assim, preceitos fundamentais como o *non bis in idem*.<sup>61</sup> Ou seja, enquanto danos punitivos podem melhor alcançar efeitos dissuasórios, eles levantam diversas

---

<sup>59</sup>Os únicos países da União Europeia que admitem *punitive damages* são Inglaterra, Irlanda e Chipre. (EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007, p. 145. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf). Acesso em: 27 de junho de 2012).

<sup>60</sup>WILS, Wouter P.J. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*. World Competition, Vol. 32, No. 1, March 2009, p. 5-18. Disponível em: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com). Acesso em: 20 de setembro de 2012.

<sup>61</sup>Comentários do *Business and Industry Advisory Committee* em estudo produzido pela OCDE em 2007. (OECD. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008, p. 231. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2012).

questões constitucionais em alguns países europeus, como a Alemanha e a Itália<sup>62</sup>, por exemplo.

Conclui-se que, na concepção europeia, o domínio privado é complementar ao domínio público na execução das leis concorrenciais, devendo atuar precipuamente naquelas áreas em que o domínio público não é competente para agir.

## 5. O ministério público e a aplicação privada do direito concorrencial na defesa dos interesses dos consumidores em juízo

O Brasil apresenta situação ainda mais crítica do que aquela delineada pelo direito alienígena. Enquanto outros países evoluíram no sentido de ao menos suscitar as questões complexas atinentes à responsabilidade civil concorrencial, no Brasil há poucos trabalhos desenvolvidos sobre a temática.

Em pesquisa elaborada por Gisela Ferreira Mation, verificou-se a existência de 396 decisões, na jurisprudência brasileira, de ações civis propostas com pedido de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais ou de cessação destas condutas<sup>63</sup>. As decisões referentes a ações que tinham como pedido somente a cessação da conduta somaram 208 (52,23%) e as que pediam somente o ressarcimento somaram 26 (6,57%). Em 14 das decisões analisadas houve pedido de ressarcimento somente por danos morais<sup>64</sup>.

Outro estudo revelou que, até o momento, “nenhuma ação foi julgada procedente no sentido de condenar os agentes a reparar individualmente os danos causados por uma conduta

---

<sup>62</sup>EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007, p. 460. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf). Acesso em: 27 de junho de 2012

<sup>63</sup>A pesquisa apresenta algumas distorções, porque algumas das ações tabuladas não correspondem exatamente a infrações concorrenciais, por exemplo, por tratarem erroneamente de concorrência desleal com referência à Lei 8.884. A pesquisa completa pode ser encontrada em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca\\_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT\\_5ICwBg&usg=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUNw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF\\_FqPB0ZQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT_5ICwBg&usg=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUNw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF_FqPB0ZQ).

<sup>64</sup>O estudo revelou ainda que do total das decisões, 100 correspondem ao setor de combustível. Destes, a conduta de cartel é alegada em 40 dos casos e o Ministério Público é quem alega a conduta em 55 das ações e, destas 55, 29 tiveram deferido o pedido cessação de conduta anticoncorrencial.



anticonpetitiva”, havendo, até o momento, “apenas condenações por violação a direitos difusos e coletivos”<sup>65</sup>.

Esse resultado é reflexo direto dos objetivos perseguidos pelas Ações Cíveis Públicas até então propostas pelo Ministério Público com relação às infrações à ordem econômica<sup>66</sup>.

Nestas ações, os danos morais coletivos assumiram significativa relevância em sede de responsabilidade civil concorrencial, muitas vezes, em detrimento da reparação dos danos pessoalmente arcados pelos consumidores finais.

A imposição de danos morais coletivos assume, nesta linha, a roupagem de sanção jurídica preventiva e repressiva de condutas tendentes a afetar a ordem econômica. Trata-se aqui de um “direito penal pós-moderno cuja função é de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexiste certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência”<sup>67</sup>.

Pode-se ainda dizer, como apontado por Ana Frazão, se tratar de uma tendência em considerar “a responsabilidade civil sob o enfoque do balanceamento de interesses conflitantes, da cessação do ilícito, da proteção dos valores constitucionais e da busca por justiça e equidade”, o que implica, inclusive, na “importância da função punitiva da responsabilidade civil para o fim de que a compensação seja proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta” do agente<sup>68</sup>.

A função punitiva da responsabilidade civil encontra, igualmente, amparo na dimensão social assumida em razão dos interesses violados, que podem ultrapassar a esfera individual da vítima. Nesta linha, afirma Ana Frazão que “não há ranço acentuadamente patrimonialista que impeça a responsabilidade civil de cumprir a função de tutelar os mais diversos interesses, inclusive os públicos”<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup>GÂNDARA, Lívia. *Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano 19, vol. 21, p. 331-351, jan.-jun. 2012.

<sup>66</sup>TJMG, ACP 7099345-90.2009.8.13.0024; TJRS, ACP 0020711-03.2003.8.21.0053; TJRS, ACP 0041581-79.2005.8.21.0027; TJRS, ACP 0051731-75.2003.8.21.0032; TJSP, ACP 0000233-25.2011.4.03.6100; TJRS, ACP 0027311-62.2006.8.21.0044; TJSP, ACP 0029912-22.2001.4.03.6100; TRF4, ACP 2008.71.07.001547-0 TRF4, ACP 2001.70.01.008206-8; TRF4, ACP 2002.72.07.000694-3; TRF3, ACP 2002.61.17.000769-6; TRF4, 2003.72.05.006266-5; TJSP, ACP 2011.0000140467; TRF5 - AC 00123337119994058300. Os portais acessados foram: STJ [<http://www.stj.jus.br/SCON/>]; STF [<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>]; Justiça Federal [<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>]; TJSP [<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>]; TJRS [<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>]. Os termos de busca foram: *cartel; infração ordem econômica; ação civil pública; CADE; concorrência; 8.884; antitruste*.

<sup>67</sup>BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006, p. 78-108

<sup>68</sup>FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade : um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

<sup>69</sup>FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade : um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

Nesse sentido, defende Leonardo Bessa que “a correta compreensão *dano moral coletivo* não se deve vincular, como já se destacou, a todos elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação *por dano moral coletivo* só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais<sup>70</sup>.

Dá se justificar os reiterados pedidos por dano moral coletivo diante da larga e disseminada idéia de que o cartel, a longo prazo, resulta sempre em efeitos líquidos negativos à sociedade, muitos não auferíveis monetariamente, a exemplo, a redução de inovações tecnológicas, restrições da oferta e, conseqüentemente, das opções de escolha do consumidor, eliminação de micro e pequenas empresas do mercado, prejudicando o bem-estar social, aumentando o desconforto ante uma situação estática de mercado e limitando o próprio crescimento socioeconômico do país.

O que se observa, contudo, é que as Ações Civis Públicas até então promovidas pelo Ministério Público, buscam primordialmente indenizações por dano moral coletivo, ao passo que a reparação dos danos individuais homogêneos, quando não mencionada, é posta em caráter secundário na ação.

Embora a função reparatória da responsabilidade civil seja primordial, o perfil das Ações Civis Públicas decorrentes de infração a ordem econômica assumiram caráter eminentemente punitivo, afastando-se de qualquer pretensão reparatória. Ressalta-se, por oportuno, que não se pretende aqui questionar a juridicidade de tal tratamento. Tão pouco se pretende induzir à ideia de que o Ministério Público, enquanto responsável tão somente pela guarda de interesses sociais, deva privilegiar os interesses pessoais dos consumidores.

O que se pretende é ressaltar uma clara sobreposição de funções, entre o domínio público – encabeçado pela autoridade concorrencial – e o domínio privado – personificado no Ministério Público –, na execução da lei concorrencial sob seu aspecto punitivo, enquanto o aspecto de justiça corretiva é desprezado.

O cenário brasileiro parece ser semelhante àquele traçado pela União Europeia, em que a função punitiva deveria ser reservada ao domínio público, principalmente porque ele se apresenta melhor preparado para tanto, em razão de sua expertise e corpo técnico especializado.

---

<sup>70</sup>BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006, p. 78-108.

Tanto é assim que a maioria dos casos levados ao judiciário corresponde a denúncias de formação de cartel de postos de combustíveis<sup>71</sup> sustentadas no simples fato de que houve um aumento paralelo dos preços entre os agentes de determinado mercado. Neste aspecto, cabe ressaltar, como pacificado na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que o simples paralelismo de preço não é suficiente para configurar o ilícito concorrencial, necessário, portanto, outros requisitos para tanto, como a prova do conluio entre os agentes.

Outro exemplo é a confusão constante entre práticas concorrenciais lícitas e ilícitas, que implica em falhas na execução da lei antitruste por aqueles que não sejam a autoridade concorrencial competente. A exemplo, cita-se o Termo de Ajustamento de Conduta imposto pelo Ministério Público do Ceará no caso conhecido como “Pague Menos”<sup>72</sup>. Neste caso, o Ministério Público impediu a rede de farmácias Pague Menos de praticar descontos na venda de seus medicamentos – conduta claramente benéfica ao consumidor –, sob o fundamento de que tais descontos seriam preços predatórios com intuito de eliminar as demais farmácias do mercado.

Resta evidente, portanto, a necessidade de aperfeiçoamento do domínio privado do Direito Concorrencial, para então, utilizá-lo como um meio de obter a punição de condutas anticoncorrenciais. Assim, não parece que a canalização de esforços dos domínios público e privado na persecução de um único fim seja a melhor saída para tornar a proteção e persecução dos interesses do consumidor mais eficiente e efetiva.

## **6. Conclusão**

A crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares, a partir da Segunda Grande Guerra, passou a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

---

<sup>71</sup>Vide nota 67.

<sup>72</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar. Suposta prática de preços predatórios, conforme previsto nos artigos 20, inciso IV, c/c o artigo 21, inciso XVIII. Mercado relevante de setor varejista, notadamente, farmácias e drogarias atuantes na região metropolitana de Fortaleza-CE ou “Grande Fortaleza”. Falta de dados suficientes para comprovar a conduta ilícita. Voto pela manutenção do arquivamento do processo. AP nº 08012.000219/2005-02. Representante: Ministério Público do Ceará. Representadas: Drogarias São Paulo e Empreendimentos Pague Menos. Conselheiro-Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Brasília, 16 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000241271894.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000241271894.pdf).

O Direito Concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas que visam não apenas à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam em determinado espaço, mas também garantir um equilíbrio no ambiente econômico-social de forma geral, buscando a maximização do bem-estar do consumidor – erigido a *status* constitucional com a Constituição de 1988.

Ocorre que, atualmente, há pouca evidência de que os consumidores brasileiros estão exercendo plenamente seu direito à reparação dos danos sofridos por descumprimento dos preceitos concorrenciais. Isso decorre diretamente do fato de que (i) a política concorrencial ainda se encontra arraigada na teoria clássica do Direito Concorrencial, a qual considera a concorrência em si como objeto único de proteção direta deste ramo do Direito e (ii) a execução privada do Direito Concorrencial exercida pelo Ministério Público na tutela dos direitos coletivos dos consumidores exerce funções próprias do domínio público da norma, o que afasta do objetivo precípua da responsabilidade civil, qual seja, a reparação efetiva do dano.

Quanto ao primeiro ponto, observou-se que, apesar de se tratar de uma norma de caráter público, a execução da Lei Antitruste não se restringe a este domínio. A ampliação do escopo de proteção constitucional aos direitos sociais e difusos impôs transformações significativas ao Direito Privado, ensejando a sua socialização e modernização, principalmente com relação à responsabilidade civil.

Isso demonstra que o domínio público e privado do direito concorrencial estão intimamente relacionados principalmente quando buscam desestimular a prática anticompetitiva e impor ao infrator o ônus de arcar com os custos da sua conduta ilícita.

Disso decorre a possibilidade de execução da lei concorrencial no sentido de que, identificado o ato ilícito por ela proibido – e, conseqüentemente, o alto grau de reprovabilidade da conduta – e o fato de que a lei se presta a resguardar valores constitucionalmente protegidos, é possível haver a responsabilização dos infratores pelos danos por eles causados.

Assim, o domínio da Lei Antitruste não é reservado às autoridades administrativas concorrenciais (domínio público), mas também consistem em instrumento de manejo na esfera privada, inclusive por meio de ações civis de reparação de danos.

Já com relação ao segundo aspecto, verificou-se que a otimização da política antitruste passa por um diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento de cada uma dessas duas frentes de atuação. Portanto, mecanismos de coordenação entre as duas esferas devem ser

estabelecidos, de forma a evitar sobreposição de funções e, conseqüentemente, ineficiências na persecução dos fins almejados em ambas as esferas.

Ao analisar a função que o domínio privado exerce nos Estados Unidos, verificou-se que, em razão de uma tradição e da magnitude que as ações privadas representam na execução das leis concorrenciais, o domínio privado assumiu tanto a função compensatória como também a função punitiva das infrações, e apresenta-se, hoje, como o mecanismo mais eficiente na execução da política concorrencial do país.

Na União Europeia, contrariamente, o domínio privado ainda se mostra em estágio de evolução. Na maioria dos países membros, o domínio privado concorrencial exerce exclusivamente a função compensatória, reservando ao domínio público a prerrogativa de punir e dissuadir as práticas anticoncorrenciais. Esse posicionamento se justifica, inclusive, pela formação constitucional destes países, em que alguns princípios, como o *non bis in idem*, impedem que ambos os domínios atuem de forma sancionadora.

O Brasil, por sua vez, caminha a passos tímidos com relação ao domínio privado do direito concorrencial. Os trabalhos desenvolvidos são escassos e o número de ações privadas no país é insignificante, sendo, em sua maioria, Ações Civis Públicas propostas pelo Ministério Público.

Analisando o perfil destas ações, verificou-se que o instrumento tem sido utilizado pelo Ministério Público simplesmente como uma ferramenta de reparação dos danos morais coletivos, possuindo, assim, caráter substancialmente sancionador, quando esta finalidade também é perseguida pelo domínio público.

Isso leva a convicção de que, enquanto o domínio privado do direito concorrencial se apresenta como melhor complemento para o domínio público de aplicação da norma, ele está, até o momento, totalmente subutilizado, principalmente com relação à reparação dos danos causados por infrações concorrenciais.

Desta forma, em que pesem os pontos de aproximação, os domínios público e privado devem ser tidos, como instrumentos complementares, e não substitutos, para tornar a execução antitruste mais efetiva, principalmente no cenário brasileiro, onde a cultura concorrencial foi melhor – se não, unicamente – desenvolvida no âmbito da autoridade concorrencial.

Por um lado, o domínio público ainda se mostra superior ao privado no estabelecimento de uma cultura concorrencial e na persecução e prevenção de condutas consideradas prejudiciais a ordem econômica. Por outro lado, o domínio privado consiste na única via possível para se alcançar a justa compensação das vítimas que de fato sofreram as

consequências da conduta ilícita. Isso implica que, se ambos os domínios canalizarem seus esforços na persecução de um mesmo fim – sancionar a conduta anticoncorrencial – a função corretiva do Direito Concorrencial, por meio da compensação das vítimas, continuará subdesenvolvida e impraticável no país.

## 7. Referências Bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e sua consequência*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ANDERSON, Patrick L., BOLEMA, Theodore R. and CECKIL, Ilhan K.. *Damages in antitrust cases*. AEG Working Paper. February, 2007.
- ANTUNES, José A. Engracia. *A Unidade da Tutela Jurídica da Concorrência*. UCP, Porto, 1984.
- AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 4ª Ed. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- BENJAMIN, Antônio H; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Dano moral coletivo*. Revista de Direito do Consumidor 59. RT, São Paulo, jul-set. 2006.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.
- BORK, Robert H.. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.
- CENGIZ, Firat. *Antitrust damages actions: lessons from american indirect purchasers' litigation*. Cambridge Journal. ICLQ vol. 59, p. 39-63, jan. 2010.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas (trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa). *Direito & Economia*. 5ª Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FRAZÃO, Ana. *Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 4, p. 17-43, out./dez. 2011.

GÂNDARA, Livia. *Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano 19, vol. 21, p. 331-351, jan.-jun. 2012.

GICO, Ivo Teixeira. *Cartel . Teoria Unificada da Colusão*. 1ª Ed. São Paulo: Legal e Regulatória, 2007.

GOLDSCHMID, Harvey J.; HANDLER, Milton; PITOFISKY, Robert and WOOD, Diane P.. *Trade Regulation: cases and materials*. Forth edition. New York: The Foundation Press, Inc., 1997.

GOMES , Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of competition and its practice*. Third edition. Iowa: Thomson West, 2005.

HÜSCHEL RATH, Kai and VEITH, Tobias. *The Impact of Cartelization on Pricing Dynamics: evidence from the German Cement Industry*. Mannheim: ZEW - Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, 2011. Disponível em: <<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp11067.pdf>>. Acesso em 13 de ago de 2012.

KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. Seventh Edition. Oxford: Hart Publishing, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr , 2001.

MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência Política*. Brasília: Vestcon, 2005.

MATION, Gisela Ferreira. *As ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticorrecionais no Brasil*. III Premio SEAE. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca\\_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT\\_5ICwBg&usq=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF\\_FqPB0ZQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCUQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seae.fazenda.gov.br%2Fconheca_seae%2Fpremio-seae%2Fiii-premio-seae%2Festudantes%2Fmonografia.pdf&ei=7C93UIO3Ko749gT_5ICwBg&usq=AFQjCNF-k5lw6XjJfzxZgZ2tROuxrFUw&sig2=ag4Qqk6DEliHUF_FqPB0ZQ)>. Acesso em: 04 de mai de 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.

NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*. São Paulo, LTr, 2004.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POLVERINO, Fabio. *A Class Action model for antitrust damages litigation in the European Union*. 2006. Paper. University of Chicago Law School. Chicago, 2006.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Second Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001.

RÊGO, Werson e RÊGO, Oswaldo. O Código de Defesa do Consumidor e Direito Econômico. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico. Disponível em: <[http://www.smithefantas.com.br/texto/cdc\\_dir\\_econ.pdf](http://www.smithefantas.com.br/texto/cdc_dir_econ.pdf)>. Acesso em: 12 de jun de 2012.

ROACH, Kent and TREBILCOCK, Michael J.. *Private enforcement of competition law*. Osgoode hall law journal. 1996. Vol. 34, n. 3. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/>>. Acesso em: 14 de jun de 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques (trad. Edson Bini). *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Edipro, 2011.

RUA, M. Graças & AGUIAR, Alessandra T.. *A Política Industrial no Brasil 1985-1992: Políticos, Burocratas e Interesses Organizados no Processo de Policy-Making*. In Planejamento e Políticas Públicas, No. 12, jul-dez 1995.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*. In: POSSAS, Mário L. (Org.) *Ensaio sobre economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SOUZA, Celina. *A nova gestão pública em Gestão Pública: desafios e perspectivas*. In: Fundação Luís Eduardo Magalhães. *A gestão pública: desafios e perspectivas*. Salvador: FLEM, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAUFICK, Roberto D. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. São Paulo: Editora Forense, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Economia Micro e Macro*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WILS, Wouter P.J. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages*. World Competition, Vol. 32, No. 1, March 2009. Disponível em: <[www.ssrn.com/](http://www.ssrn.com/)>. Acesso em: 20 de set de 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Legislações, jurisprudência e documentos oficiais consultados

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. *Report and Recommendations*. April, 2007, p. 268. Disponível em: <[http://www.amc.gov/report\\_recommendation/toc.htm](http://www.amc.gov/report_recommendation/toc.htm)> . Acesso em 15 de ago de 2012.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (Estados Unidos da América). *Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response to the Request for Public Comment of the Commission of the European Communities On Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules*. Apresentado em Abril de 2006. Disponível em:



<[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_green\\_paper\\_comments/aba.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/aba.pdf)>. Acesso em: 06 de abr de 2012.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages and business tort: a practitioner's handbook*. Chicago: ABA Publishing, 1998. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=XsOs7UYwzMcC&pg=PA18&lpg=PA18&dq=treble+damages+v.+punitive+damages+US&source=bl&ots=7Alt7AHT-x&sig=2gz12-6wGg9PKJbq7rNGKgO5dFg&hl=pt-BR&sa=X&ei=K018UKfjD5Lc8wT8t4CwBw&ved=0CHsQ6AEwCQ#v=onepage&q=treble%20damages%20v.%20punitive%20damages%20US&f=false>>. Acesso em: 04 de ago de 2012.

EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (União Europeia). *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Green Paper: damages actions for breach of the EC antitrust rules*. OJ C 324, Bruxelas, p. 1-6. 30 dez. 2006. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:324:0001:0006:EN:PDF>>. Acesso em: 22 de abr de 2012.

EUROPEAN COMMISSION. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*. Brussels, Rome and Rotterdam, dec./2007. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf)>. Acesso em: 27 de jun de 2012.

NMA. *Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda*. 10th ICN Annual Conference. 2011. Disponível em: <<http://www.atp.nl/nma/image.php?id=146&type=pdf>>. Acesso em: 07 de mar de 2012.

OECD. *Why is competition important for growth and poverty reduction?* Department for International Development . Global Forum on Investment. Londo, March 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/>>. Acesso em: 17 de ago 2012.

\_\_\_\_\_. *The Instruments of Competition Policy and their relevance for economic development*. 1996. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/2697296.pdf>>. Acesso em: 17 de mai de 2012.

\_\_\_\_\_. *Private Remedies 2007*. DAF/COMP(2006)34. Jan. 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/39892177.pdf>>. Acesso em: 20 de abr de 2012.

## **Análise do mercado relevante dos cartões de pagamento**

Samuel Fernando Hübler dos Santos<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Aborda-se, primeiramente, o instrumental teórico de compreensão do funcionamento do mercado de cartões de pagamento, um mercado de dois lados. E o de análise do mercado relevante, de forma geral e em suas três dimensões. Para então através de método analítico-indutivo, analisar o complexo mercado relevante dos cartões de pagamento e buscar um enfoque de análise adequado para a política concorrencial.

Palavras-chave: mercado relevante; mercado de duas pontas; cartões de pagamento; política antitruste.

JEL: G28; K21; L40.

### **ABSTRACT**

The study focuses, at first, on the theoretical tools for the understanding of the payment card market's functioning, a two-sided market. And it focuses on the analysis of the relevant market, in a wide manner and in its three dimensions. Hence through the analytic induction method, it undertakes the analysis of the puzzling relevant market of payment cards and looks for an appropriated focus for the antitrust policy analysis.

Keywords: relevant market; two-sided market; payment cards; antitrust policy.

---

<sup>1</sup>Acadêmico do 5.º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

1. Introdução. 2. Meios de pagamento. 3. Teoria geral na definição de mercado relevante. 3.1. Dimensão do produto. 3.2. Dimensão geográfica. 3.3. Dimensão temporal. 4. A política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

A definição do mercado relevante é condição *sine qua non* da análise antitruste que, dentro de um contexto, delimita um âmbito para o escrutínio e perquirição de atos relativos à política da concorrência. É conceito aliado aos de poder e participação de mercado, a partir dos quais conclusões basilares são inferidas sobre o mercado. O conceito de mercado relevante difere daquele usualmente utilizado por uma empresa para referir-se à área de venda de seus produtos ou ao setor de atividade ao qual pertence<sup>2</sup>, por não pretender plasmar um quadro da situação, e sim por servir de instrumento em processo maior de avaliação de um quadro no qual há competição entre empresas.

Primeiramente explicaremos a estrutura básica de funcionamento dos cartões de pagamento, a relação portador, emissor, proprietário do esquema, credenciador e estabelecimento. Após isso, trataremos da definição de mercados relevantes olhando de forma rápida para os enfoques utilizados nos Estados Unidos, Europa e Brasil; olharemos separadamente para as três dimensões do mercado relevante: do produto, geográfica e temporal, tentando melhor ilustrá-las com casos reais; vez que essas noções gerais de definição de mercado relevante serão imprescindíveis para proceder à uma abordagem adequada da temática.

Assim, com o instrumental teórico necessário, analisaremos a política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento.

## 2. Cartões de pagamento

Os cartões de pagamento possuem uma estrutura de funcionamento que é chamada *mercado de dois lados* (M2L). Esse tipo de mercado possui duas principais peculiaridades:

---

<sup>2</sup> COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).

a) Dois grupos distintos de participantes<sup>3</sup>

Cada grupo está em um lado do mercado e o interesse de cada um na rede está diretamente relacionado com o número de participantes do outro lado, por isso são necessários incentivos, geralmente diferenciados, para fomentar a entrada de participantes em cada lado do mercado<sup>4</sup>. Assim é comum a assimetria de preços e o lado com menor elasticidade ao preço contribui para a geração da maior parte das receitas.

b) Externalidades positivas de rede

O valor da rede ou do serviço cresce com o aumento do número de participantes da rede. Dessa externalidade resulta outra, que é a consequente economia de escala proporcionada pelo aumento da demanda<sup>5</sup>. E como há interdependência entre os dois lados de um M2L, o valor total da rede para um dos lados aumenta de acordo com o número de participantes do outro lado.

Mais especificamente, dentro das indústrias que estão organizadas como M2L os cartões de pagamento possuem estrutura e componentes peculiares. Geralmente o mercado de cartões de pagamento está estruturado em uma plataforma de três ou quatro partes<sup>6</sup>. Na primeira, o emissor e o credenciador são a mesma entidade, enquanto que, na segunda, são entidades diferentes. Para compreender melhor a estrutura de um M2L e permitir uma análise com mais detalhes, será explicado o esquema de uma plataforma de quatro partes. Os participantes de destaque no mercado de pagamentos são, de acordo com os conceitos expostos no Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos (Bacen, SDE, SEA)<sup>7</sup> e no trabalho “*Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry*”<sup>8</sup>:

Emissor – geralmente um banco, é a entidade da plataforma que fornece o cartão ao portador. Relaciona-se diretamente com ele quanto “à *habilitação, identificação e*

---

<sup>3</sup> Há a possibilidade de mercados com mais de dois lados.

<sup>4</sup> EVANS, David S., *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. 2002, p. 2 (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

<sup>5</sup> PRIEST, George L., *Rethinking Antitrust Law in an Age of Network Industries* (2007). Yale Law & Economics Research Paper No. 352, p. 04. (42 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso em 10/12/2012.

<sup>6</sup> Para uma breve descrição do mercado de dois lados na indústria de cartões de pagamento ver Ato de concentração 08012.000332/2011-28, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, 07/12/2011, p. 17 -18. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/t214201314172566.pdf>. Acesso em 21/04/2013.

<sup>7</sup> BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23 – 24. (297 p.).

<sup>8</sup> AKERS, Douglas, GOLTER, Jay, LAMM, Brian, and SOLT, Martha. *Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry*. 2005, p. 5 – 7. Disponível em <http://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>. Acesso em 21/04/2013.

autorização, à liberação de limite de crédito ou saldo em conta corrente, à fixação de encargos financeiros, à cobrança de fatura e à definição de programas de benefícios”<sup>9</sup>;

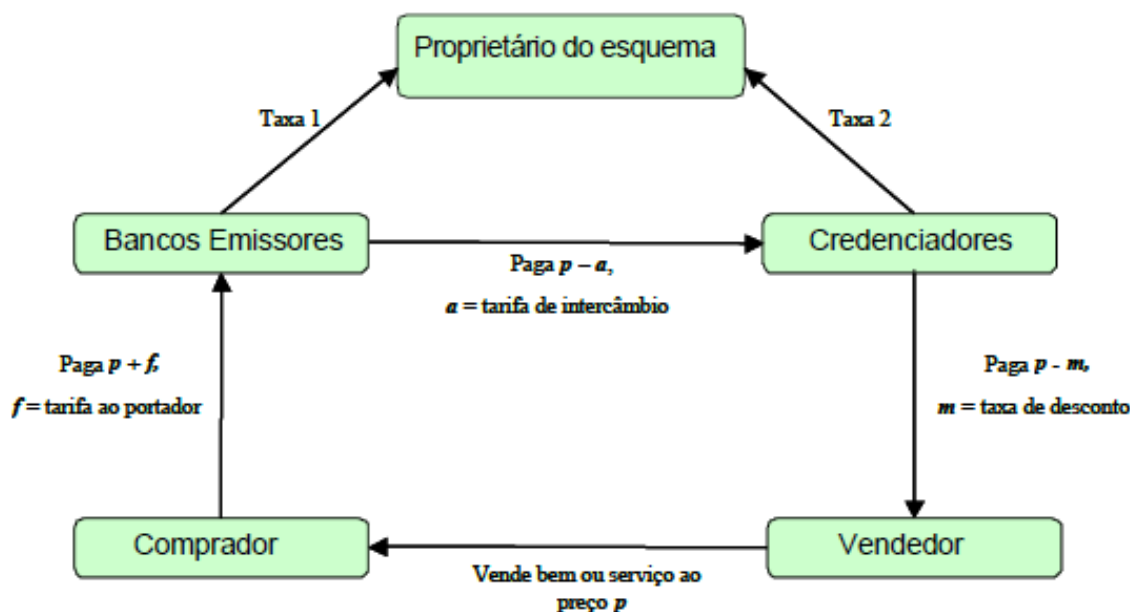
Credenciador – liga o estabelecimento ao esquema do cartão de pagamento atuando no tráfego de informações de preço, liberação de pagamento e realiza o pagamento ao estabelecimento;

Proprietário do esquema (bandeira) – é a empresa que detém a marca (v.g. Visa, MasterCard, American Express). Tem as funções de promover a marca, estabelecer a estrutura das taxas de intercâmbio, alocar a renda entre os participantes da transação, impor regras para a oferta de cartões, compensar e liquidar transações e estabelecer regras e padrões para a rede;

Portador (comprador) – titular do cartão de pagamento, realiza a compra de bens ou serviços;

Estabelecimento (vendedor) – comerciante ou prestador de serviço que realiza a venda de produtos ou serviços e aceita o pagamento através do esquema de cartões de pagamento.

Abaixo um esquema do mercado de cartões de pagamento com quatro partes:



Fonte: Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos<sup>10</sup>.

Quando o portador do cartão paga um determinado produto ou serviço, aquele que vendeu o produto ou serviço recebe do credenciador o preço do produto (“p”) menos a taxa de desconto (“m”), (p-m), sendo a taxa de desconto a remuneração do credenciador. O emissor

<sup>9</sup> Vide nota 06. Conceito exposto em BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23 – 24. (297 p.).

<sup>10</sup> BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23. (297 p.).

paga ao credenciador o valor  $(p-a)$ , no qual “a” é a tarifa de intercâmbio, que o credenciador paga para o emissor. O emissor recebe do portador  $(p+f)$ , “f” é a tarifa ao portador. Há ainda a taxa paga para o proprietário do esquema a cada transação, é usual que tanto o emissor como o credenciador paguem.

Descrita a estrutura de funcionamento do setor de cartões de pagamento, em seguida serão expostos conceitos e técnicas de definição do mercado relevante. A fim de identificar as ferramentas que melhor se adéquam à política concorrencial brasileira para proceder à definição do mercado relevante dos cartões de pagamento.

### 3. Teoria geral na definição de mercado relevante

A análise e definição de um mercado relevante em específico, tal como se propõe no presente estudo, não pode olvidar-se das teorias e técnicas que servirão de base ao trabalho.

Com isso em vista, abordar-se-á a teoria geral de mercado relevante, com análise comparada entre as políticas de definição de mercado das autoridades concorrenciais norte-americana, europeia e brasileira. Ainda, na busca da melhor compreensão do assunto, serão realizados estudos de caso ao analisar as dimensões do produto, geográfica e temporal.

O conceito de mercado relevante tem função instrumental, daí pode-se dizer que é um meio para um fim e não um fim e si mesmo. O fim perseguido está atrelado ao pensamento da política antitruste e por isso vemos critérios fundamentais diferentes para o mercado relevante nos Estados Unidos e na União Européia, os quais têm concepções concorrências díspares. As peculiaridades da análise do mercado relevante no Brasil serão abordadas com vagar mais adiante.

As *Horizontal Merger Guideline*<sup>11</sup> dos Estados Unidos valem-se principalmente do método do monopolista hipotético, ou *SSNIP test*, na definição do mercado relevante. De acordo com o teste, o mercado é definido como o menor grupo de produtos produzidos ou vendidos na menor área geográfica na qual um monopolista hipotético do mercado pudesse, em caso de preços não regulados, impor um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços (*Small, but Significant, Non-transitory, Increase in Price – SSNIP*) de forma lucrativa – usualmente considera-se uma elevação de 5 a 10% – mantido tudo o mais constante.

---

<sup>11</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES 4 (1992) available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>.

Porém, esse método parte da análise de que um mercado é sempre algo que vale a pena monopolizar; foca-se nos consumidores e produtores marginais e não analisa os efeitos para todos eles, apenas para aqueles que agiriam com mudança ou início de produção de forma a tornar o aumento de preço não rentável; exige que se desconsidere a substituição pelo lado da demanda e da oferta; e pode levar à famosa falácia do celofane<sup>12 13</sup>. Para ser literalmente aplicado, o teste requereria uma quantidade de dados que raramente está a disposição em casos concorrenciais<sup>14</sup>.

Já a delimitação do mercado relevante na União Europeia tem função de política pública e foca-se nas relações concorrenciais. Diz-se isso pois, considera a definição de mercado relevante uma ferramenta para identificar e definir os limites de competição entre empresas, bem como tem por objetivo principal a identificação sistemática das pressões competitivas enfrentadas por estas. Para, após delimitado o mercado nas dimensões geográficas e do produto, analisar os efetivos competidores do mercado e evitar que eles ajam independentemente de pressão competitiva significativa<sup>15</sup>.

Assim, considera o mercado relevante como bens ou serviços de uma área específica que durante um determinado período de tempo exercem significativa pressão competitiva um sobre o outro. Fica claro, então, o enfoque nas relações concorrenciais bem mais do que no

---

<sup>12</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Thomson/West, 2005, p. 104 – 105. (841 p.).

<sup>13</sup> “Judges have often misused the concept of cross-elasticity of demand because they have not understood its limitations. Markets can than be defined too broadly. In the *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (351 U.S. 377, 76 S.Ct 994/1956) the defendant was alleged to have monopolized the market for cellophane. du Pont produced about 75% of the cellophane sold in the United States. du Pont argued that the relevant market was not cellophane, but ‘flexible packing materials,’ which included not only cellophane but also aluminum foil, glassine, pliofilm, greaseproof paper and waxed paper...” a questão é que havia consideráveis diferenças de preços entre os substitutos e diferentes utilização dos mesmos em relação ao valor do produto acondicionado, o que mostrou existir alta elasticidade preço cruzada entre celofane e outros produtos de acondicionamento, entretanto, “The supreme Court concluded that the relevant market must include products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced. That was the entire market for flexible packing material.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Thomson/West, 2005. ( 841) p. 104 – 105.

<sup>14</sup> “The SSNIP test can perhaps best be regarded as a conceptual foundation for market definition. Product characteristics, prices and intended use may serve as practical proxy in defining the product market, and the divergence in prices, local preferences and the conditions of competition may similarly serve as a proxy in defining the geographic market.” Bellamy & Child - *European Community law of competition*. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008 (1679 pags) p.250

<sup>15</sup> COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03). Disponível em

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)

“Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission. The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behavior and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.”

poder de mercado. A definição europeia de mercado relevante, ao estar sempre acompanhada de escolhas e planos políticos, tem a vantagem de não ser sempre fixa a ponto de criar delimitações de mercado rígidas e errôneas em nome da utilização incondicionada de um método técnico, mas, por outro lado, está sujeita a delimitar mercados muito diferentes entre períodos de tempo em razão de uma variação na política concorrencial e cria insegurança para as empresas.

O Brasil alinha-se à concepção norte americana de definição do mercado relevante através do teste do “monopolista hipotético”, como menciona o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 quando fala de definição (parágrafo 29) e procedimento (parágrafo 30)<sup>16</sup>. Utiliza-se, também, mais de um recorte na delimitação, como mencionado por Lucia Helena Salgado<sup>17</sup>, ao falar sobre o ato de concentração (AC) de aquisição do Laboratório Sidney Ross da Sterling pela Smithkline Beechman<sup>18</sup>, com uma abordagem a partir das classes terapêuticas e outra do mercado ético e o de venda livre, pois o padrão de concorrência afeta o exercício do poder de mercado. Mencionados os enfoques adotados na definição de mercado relevante nos três principais locais de interesse para essa análise, é preciso ter uma noção do processo de delimitação do mercado relevante.

Embora cientes de que esta lista não é exaustiva e de que cada caso tem suas peculiaridades, sugerem Bellamy e Child<sup>19</sup> considerar os seguintes pontos na definição do mercado relevante: 1. Características objetivas do produto; 2. Substitutibilidade ou permutabilidade dos produtos; 3. Condições de competição; 4. Estrutura de oferta e demanda; 5. Atitudes (e preferências) dos consumidores e usuários.

Tratam também da questão da substitutibilidade influenciada pela pressão concorrencial que é de três tipos, a) substituição pelo lado da demanda (*demand-side*) por produtos substitutos com a mesma estrutura de custos e que atendam aos mesmos gostos dos consumidores. Para que um número considerável de consumidores em reação ao preço de um

---

<sup>16</sup> “Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.” Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, página 9 [www.seae.fazenda.gov.br/central.../guias/portconjseae-sde.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central.../guias/portconjseae-sde.pdf)

<sup>17</sup> SALGADO LUCIA, HELENA. - “O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE”, in Revista de Direito Econômico nº 26, Brasília: Setembro/Dezembro de 1997.

<sup>18</sup> AC 22/94.

<sup>19</sup> BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008, p. 247. (1679 p.).



produto A redirecionem seu consumo para um produto B em reação a um aumento relevante de preço - critério hierarquicamente superior aos dois seguintes; b) pelo lado da oferta (*supply-side*) com o aumento de produção dos agentes que já atuam no mercado com reação direta e imediata e c) a possível entrada de novos produtores (*potencial competition*), que, apesar de não influenciar a análise de mercado relevante, tem importância para a avaliação global da competição.

É imprescindível analisar três dimensões na definição de mercado, a do produto, a geográfica e a temporal. Há riscos nessa definição, o risco material de erro, e o risco de ser muito restrita (e incluir sob as restrições antitruste fornecedores que não apresentam práticas que ameaçam os consumidores) ou muito ampla (definindo um baixo padrão de obrigações legais de concorrência e aumentando a possibilidade de dano ao consumidor). Elas não devem ser pensadas como formas de se criar uma cerca que definirá exatamente qual é *o mercado* em questão, pois como diz David S. Evans<sup>20</sup> há que se falar no *mercado antitruste relevante*, pois *o mercado* varia dependendo do ponto de referência a partir do qual é considerado e a pressão concorrencial e substitutibilidade<sup>21</sup> podem variar de caso para caso, assim, é normal que haja uma definição de mercado diferente para produtos que são similares.

### 3.1. Dimensão do produto<sup>22</sup>

O mercado relevante do produto ou serviço inclui os produtos ou serviços (“produto”) que são substitutos entre si ou que são intercambiáveis quanto às características objetivas do produto – na satisfação das necessidades dos consumidores – e também no tocante às questões competitivas e/ou estruturas de oferta e demanda no mercado em questão.

#### *Substituição pelo lado da demanda*

Determinada pela *disposição* dos consumidores de redirecionar seu consumo quando o produto em questão começa a apresentar desvantagens (aumento de preço, perda de qualidade

---

<sup>20</sup> EVANS, David S., *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. 2002, p. 07 (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

<sup>21</sup> “In fact, the purpose of market definition is to identify substitutes that are relevant for evaluating the competitive constraints on the party at issue. The collection of these demand (and possibly supply)-side substitutes is called *the* market for the case at hand.” Evans, David S., *Lightening Up Market Definition* (May 1, 2010). RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Einer Elhauge, ed., New York: Edward Elgar, 2010, p.7. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599270>

<sup>22</sup> Em nenhuma dimensão será analisada a substitutibilidade e pressão competitiva em relação a competidores estrangeiros pela característica do mercado de meios de pagamento de apresentar consideráveis barreiras para substituição ou entrada imediata ou rápida de produtos ou fornecedores estrangeiros.

e inovação, redução de benefícios correlatos ao consumo do bem, etc). As características de um produto não bastam para a definição de mercado relevante, é preciso analisar os custos de mudança, preferências de marca, preferências de outros consumidores, satisfação de necessidades individuais ou de grupos, benefícios amarrados ao consumo do bem, dentre outras variáveis, e dessa forma produtos com características similares, sem embargo, ficar em mercados separados.

Papel fundamental tem a avaliação da elasticidade-cruzada da demanda e deve ser considerada quando os preços praticados pelos agentes econômicos são competitivos. Quando ela for muito alta, os produtos em análise devem ser incluídos no mesmo mercado.

#### *Substituição pelo lado da oferta*

Geralmente possui papel secundário em relação à substituição pelo lado da demanda. Representa a entrada no mercado relevante de um produtor ou ofertante que redireciona sua oferta ou começa a fornecer o produto em um curto período de tempo e sem incorrer em significantes custos adicionais ou riscos. Para distinguir entre substituição pelo lado da demanda e competição potencial – a qual não interfere na definição do mercado relevante – é preciso saber se a pressão competitiva é imediata ou não. São custos relevantes para esse tipo de substituição, a mudança de equipamentos, treino de equipe, custos de publicidade e distribuição, e também os custos de oportunidade. Vale lembrar que para cada tipo de mercado, conexos, de marca, e tecnológicos, existem critérios diferentes de análise, o mercado de meios de pagamento também possui sua especificidade que será vista em item *infra*.

#### *Caso*

Na operação na qual o Grupo Coca-Cola (Coca-Cola), por intermédio da Recofarma Indústria do Amazonas Ltda. (Recofarma) detida pela Coca-Cola, adquiriu a totalidade do capital social da Leão Junior S.A. (Leão)<sup>23</sup>, houve posições divergentes e controvérsias na delimitação do mercado relevante na dimensão do produto. As próprias requerentes se contradisseram nas definições que fizeram e grande parte da discussão da questão ficou em torno do mercado relevante. Por um lado, verificou-se a Coca-Cola ofertando no Brasil refrigerantes, águas, energéticos, sucos e chás prontos para beber (estes através da *joint*

---

<sup>23</sup> Ato de concentração n° 08012.001383/2007-91.

*venture* entre Coca-Cola e Nestlé – BPW); e adotando como principal estratégia de mercado a diferenciação de produtos, tanto horizontal (diversidade de produtos) como vertical (construção de uma marca forte). Enquanto, por outro lado, a Leão atuava nas áreas de chás prontos para beber e na linha seca de chás<sup>24</sup>; também investindo na diferenciação de sua marca<sup>25</sup>.

Identificou-se pequena concentração horizontal no mercado nacional de chás prontos para beber<sup>26</sup>. No levantamento de dados para análise das opções de substituição dos produtos, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) solicitou informações das requerentes, das concorrentes (Ilex, Jandaia, Pepsi, Viton 44, Wow) e da empresa Nielsen de consultoria especializada. Sem a pretensão de expor todos os detalhes do caso, mas apenas para ilustrar, a SEAE decidiu manter no mesmo mercado do produto do lado da oferta os produtos chá mate, chá preto e guaraná não gaseificado, quanto à possibilidade de começar a produzir ou redirecionar a produção por concluir que não há obstáculos relevantes na realocação de máquinas e estrutura para a produção desses produtos. Entretanto, entraram outros critérios na delimitação desse mercado, como a grande diferenciação de marca e canais de distribuição que alteraram a definição do mercado relevante do produto. Na substitutibilidade de guaracopos, o fator relevante foi o preço das embalagens, considerado como o determinante do preço final do produto.

Citados esse critérios, o que se evidencia é que para análise do mercado relevante são necessárias informações de múltiplas fontes e mesclar diversos critérios que, apenas se confrontados, levam a um quadro do mercado relevante.

### **3.2. Dimensão geográfica**

O mercado relevante geográfico é a área na qual as a) empresas estão envolvidas na oferta e demanda de produtos, b) atuando sob condições de competição suficientemente

---

<sup>24</sup> Possui outras áreas de atuação como “(i) exploração de atividade agrícola e pastoril; (ii) extração mineral; (iii) exploração de florestamento e reflorestamento; (iv) lavra e comercialização de minérios e (v) produção e comercialização de produtos aromáticos do mate, bases e emulsões para bebidas não-alcoólicas” (cf. consta do relatório do nº 08012.001383/2007-91, de lavra do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000436451027.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000436451027.pdf), acesso em 21/04/2013), entretanto apenas aquelas duas áreas possuem relevância para análise do ato de concentração.

<sup>25</sup> Cf. voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Jagazzo. Disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000583091180.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000583091180.pdf), acesso em 21/04/2013.

<sup>26</sup> Considerou-se também um mercado regional de chás prontos para beber na Grande Rio de Janeiro devido às preferências peculiares dos consumidores da região e costume histórico maior de consumo do chá no local.

homogêneas e na qual c) as condições de competição são consideravelmente diferentes das áreas vizinhas.

#### *Substituição pelo lado da demanda<sup>27</sup>*

Determinada pela *possibilidade* e *viabilidade* dos consumidores redirecionarem seu consumo quando o produto em questão começa a apresentar desvantagens (aumento de preço, perda de qualidade e inovação, redução de benefícios correlatos ao consumo do bem, etc). Os custos e tempo de transporte e logística envolvidos nele são fatores que por vezes inviabilizam um maior mercado geográfico; o preço pode determinar a amplitude do mercado, visto que quanto maior o preço, geralmente maior o mercado, visto que os consumidores teriam a disposição de viajar mais longe para encontrar um fornecedor mais barato. Preferências nacionais e culturais, padrões de compra, fluxos de comércio.

#### *Substituição pelo lado da oferta*

Representa a entrada no mercado relevante de um produtor ou ofertante que redireciona sua oferta ou começa a fornecer o produto em um curto período de tempo e sem incorrem em significantes custos adicionais ou riscos. Esses produtores podem estar próximos do produtor em questão e dentro da área de consumo do produtor, bem como podem estar produzindo longe do produtor em questão e fora da área de consumo do produto. São alguns dos fatores que interferem na delimitação do mercado geográfico relevante pelo lado da oferta o tempo e custo de transporte, fluxos de comércio, regulação de mercado e barreiras à entrada<sup>28</sup>.

#### *Caso*

Um caso que envolveu um minucioso trabalho de definição do mercado relevante foi o ato de concentração entre Nestlé Brasil Ltda (Nestlé) e Chocolates Garoto S.A.<sup>29</sup> (Garoto) que implicou numa concentração horizontal, no qual a primeira passou a deter a totalidade do capital social da segunda. O caso foi submetido à análise do CADE que, por sua vez,

---

<sup>27</sup> São citados critérios gerais de análise, não restritos ao mercado em questão deste trabalho.

<sup>28</sup> POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Sixth Edition. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 305. (747 p.).

<sup>29</sup> Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.

determinou que Nestlé vendesse a Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante.<sup>30</sup>

O parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)<sup>31</sup>, “*identificou existência de concentração decorrente da operação de concentração na oferta dos seguintes produtos: cobertura de chocolate, chocolates sob todas as formas (tabletes, candy bars, snacks, bombons, caixa de bombons, ovos de páscoa e formatos variados), cacau em pó, chocolate em pó, balas e confeitos*”<sup>32</sup>. Quanto ao produto chocolate e em termos geográficos, a SEAE definiu o mercado como sendo nacional, não aceitando os argumentos das Requerentes de que o mesmo seria o Mercosul, pelos seguintes fatores: perecibilidade do produto, gosto do consumidor, alto custo associado ao seu transporte pela necessidade de transportar o produto em containeres refrigerados e quase inexistência de importação direta, ou seja, basicamente toda a importação de chocolate no Brasil é feita por intermédio de representantes comerciais.

Foram identificados dois tipos de fabricantes de chocolates: nacionais e regionais, entretanto constatou-se que os fabricantes regionais de chocolates não possuem capacidade produtiva para ofertar em escala nacional, bem como não possuem capacidade financeira para competir nesse âmbito e aumentar a oferta e rede de distribuição. Disso verifica-se que os fabricantes regionais de chocolate não competem com os fabricantes de âmbito nacional pelos significativos custos de expansão da capacidade de oferta, e ao excluí-los, evita-se uma diluição do poder de mercado das requerentes. Por fim, definiu-se o mercado geográfico de chocolates como sendo nacional.

### 3.3. Dimensão temporal<sup>33</sup>

A dimensão temporal relaciona-se com o período no qual o mercado opera. Por exemplo, estações do ano que alteram a estrutura de produção, consumo, preços e comércio de certos alimentos – consumo de pinhão no inverno, preços mais altos de hortifrutigranjeiros no inverno; diferenciação de preços dos serviços ao longo do dia – taxis em bandeira 2 à noite, passagens de avião mais caras nos horários de pico.

<sup>30</sup> A Nestlé ajuizou perante o Poder Judiciário da decisão do CADE e, no momento presente, a ação encontra-se pendente de sentença judicial perante a 4ª Vara Federal de Brasília.

<sup>31</sup> Disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000243891532.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891532.pdf). Acessado em 21/04/2013.

<sup>32</sup> Conforme consta do item 1.6. do parecer da SDE ao se referir ao parecer da SEA no AC nº 08012.001697/2002-89, disponível em [http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000054561224.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561224.pdf). Acessado em 21/04/2013.

<sup>33</sup> Na dimensão temporal não será feita, para efeitos práticos, análise da perspectiva da demanda e da oferta separadamente.

Vale citar um caso ocorrido na União Europeia em que um dos elementos na determinação do mercado relevante foi a periodicidade dos eventos. Foi caso de regulação de jogos de futebol na Europa, controlados pela *Union des Associations Européennes de Football* (UEFA)<sup>34</sup> em que foram discutidas regras restritivas de radiodifusão. A investigação da Comissão revelou a existência de provável mercado separado para a aquisição de direitos de radiodifusão de acontecimentos desportivos realizados com regularidade durante todo o ano, principalmente a primeira e a segunda divisões nacionais nos jogos do campeonato, na Liga dos Campeões UEFA e na Taça UEFA e outros eventos do mundo do futebol que não se realizam durante todo o ano, nem todo ano, como a Copa do Mundo.

#### **4. A política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento**

Com amparo nos conceitos e técnicas de definição do mercado relevante expostos acima é possível realizar a abordagem do peculiar mercado dos cartões de pagamento à luz da política concorrencial brasileira.

A despeito do desejo das empresas que atuam no mercado (*lato sensu*) de cartões de pagamento em uma definição de mercado relevante o mais ampla possível, como será visto mais adiante, o mercado relevante é, na verdade, muito estrito. O desejo de uma definição ampla vem do efeito de que em um grande mercado o *market share* seria diluído. Consequentemente menor seria a probabilidade de uma conduta ser relacionada ao exercício de poder de mercado ou de um ato de concentração ser impedido ou sofrer graves restrições por implicar em um alto *market share*. Efeitos dessa delimitação foram vistos no caso Visa/Visanet<sup>35</sup>:

*“A conclusão acerca da existência de poder de mercado em favor de VISA e VISANET deu-se após ser descartada a hipótese de que outros meios de pagamento, como dinheiro e cheque, integrassem o mesmo mercado relevante do negócio de cartões de pagamento.”*

Na hora de se aplicar o teste do monopolista hipotético em um M2L, como o em questão, surge a indagação de que preço ou taxa deve ser tomado como referência para o pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preço. Quase na totalidade dos M2L

---

<sup>34</sup> Decisão da comissão, de 19 de Abril de 2001, sobre o processo n.º 37.576 — Regulamento de Transmissões da UEFA. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0478:PT:HTML>

<sup>35</sup> Recurso voluntário n.º 08700.003097/2009-73 e recurso voluntário n.º 08700.003085/2009-49.

há um preço abaixo do custo marginal, ou até mesmo negativo, em uma das pontas e na outra um preço mais elevado para compensar o valor cobrado da outra ponta, isso em decorrência da diferença da elasticidade preço em cada lado e da necessidade de incentivos diferenciados em cada lado para atingir um nível ótimo de participantes.

Emch e Thompson<sup>36</sup> consideram não ser apropriado aplicar o teste *SSNIP* diretamente a uma única e específica taxa da rede, pois um monopolista hipotético para maximizar seus lucros aplicaria a taxa com a intenção de maximizar a demanda em ambos os lados da rede. Como também, vem a reforçar o argumento, o fato de que a taxa de intercâmbio é balanceada de um lado do mercado para outro, quando está alta em um dos lados, necessariamente estará baixa no outro. Efeito lógico disso é que o teste *SSNIP* não deve considerar apenas a taxa de desconto ou a tarifa ao portador, mas ambas, pois há interdependência entre os lados da rede. Entretanto, expõe Tosza<sup>37</sup>, uma decisão da Comissão Europeia sobre um caso MasterCard deu relevância para as características do produto e padrões de mudanças do passado ao invés de confiar apenas no teste *SSNIP*<sup>38</sup>.

Deve-se considerar mais fatores na substitutibilidade dos produtos além de preço de utilização e finalidade, que seria realizar pagamento. Os cartões de pagamento apresentam maior praticidade e segurança em relação ao pagamento em dinheiro e cheque tanto para os portadores como para os estabelecimentos. Para os portadores, os cartões apresentam preço geralmente abaixo do custo marginal ou até mesmo negativo, enquanto nos cheques existe cobrança de utilização em um pacote de serviços ou por folha (a partir da 11ª), nos saques de dinheiro geralmente há alguma espécie de tarifa além do risco de roubo ou furto, boletos tem custos de emissão que podem ser cobrados do consumidor, existem vários outros meios de pagamento que também são mais onerosos para o consumidor que os cartões, mas a intenção aqui é apenas exemplificar. Para os estabelecimentos, proporcionam maior segurança por não resultarem em acúmulo de dinheiro em espécie ou títulos de pagamento no local, mais ágil e preciso controle do fluxo de caixa, de recebimento e pelo fato de os cartões oferecerem comodidade para os consumidores, os estabelecimentos que os aceitam têm vantagem sobre os demais. Com a facilidade de pagamento, os consumidores tendem a gastar mais no estabelecimento do vendedor<sup>39</sup>. Os estabelecimentos arcam, além da taxa de desconto, com

---

<sup>36</sup> EMECH, Eric and Thompson, T. Scott. Market Definition and Market Power in Payment Card Network. (September, 2005), p. 06 (28 p.).

<sup>37</sup> TOSZA, Katarzyna. Payment Card Systems as an Example of two-sided Markets - a Challenge for Antitrust Authorities. 2009, p. 136. Disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/23822>. Acesso em 10/12/2012

<sup>38</sup> Commission decision of 19.12.2007, par. 287.

<sup>39</sup> “Submission by Visa Inc. Regarding the Payment System Board of the Reserve Bank of Australia’s Assessment in the Preliminary Conclusions of The 2007/08 Review traz que “A behavioral study by economists

aluguel de equipamento e com o custo de oportunidade do dinheiro no tempo, 30 dias para compras com cartões de crédito e 02 nas de débito. Resulta que apesar da mesma finalidade uma variação de preços nas medidas do teste do monopolista hipotético não estimularia a substituição dos cartões por outros meios de pagamento, o que os coloca em mercados relevantes distintos.

Em uma análise<sup>40</sup>, entre os tipos de cartões considerados no estudo<sup>41</sup>, de crédito e de débito, percebe-se que devido às suas características eles estão em mercados relevantes diversos. Essa observação leva em conta que os cartões de crédito oferecem parcelamento de débitos, linhas de crédito e programas de fidelidade com recompensas pela utilização contínua, a emissão do cartão bem como de seu limite de crédito estão sujeitas à aprovação por parte do emissor. Enquanto que os cartões de débito não oferecem nenhuma dessas vantagens, apenas o pagamento eletrônico e taxas geralmente menores, e são fornecidos a qualquer correntista. Ainda mais, mesmo com as diferenças de custo do dinheiro no tempo e taxas, os estabelecimentos aceitam os dois tipos de cartões. Desse modo, outros meio de pagamento, crédito e débito encontram-se em mercados relevantes separados.

A dimensão geográfica é considerada como nacional para ambas as modalidades em exame de cartões. Defini-la não suscita grandes controvérsias, pois existem significativas barreiras para a internacionalização do serviço. Isso pelas seguintes razões:

a) Para o portador, muitas vezes existem restrições contratuais que exijam que o portador resida no território em que a empresa está sediada, e também estar nessa mesma área representa comodidade ao consumidor. Apesar de ser diferencial a possibilidade de compras no exterior, a compra no território nacional é a regra e a rede de aceitação dentro do país tem primordial importância.

b) Para o estabelecimento, há dificuldades de infra estrutura. Igualmente para os consumidores, as compras por nacionais dentro do território do país constitui a regra, então a base de cartões tem enorme valor.

c) Outras barreiras. Limitação territorial para emissores e credenciadores impostas pelas bandeiras, estratégias de negócios diferenciadas para cada país e concorrentes estrangeiros que queiram vir atuar no Brasil encontrarão significativas barreiras.

---

at the Sloan School of Business at the Massachusetts Institute of Technology found that customer willingness to pay may increase by as much as 100% when consumers use credit cards instead of cash.”

<sup>40</sup> Essas e outras informações subsequentes provém do já mencionado relatório BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010.

<sup>41</sup> Não estão sendo considerados os cartões *private label*, de saque e os prépagos.



Na dimensão do produto é preciso realizar análise separada para os dois tipos e cartões. Quanto ao cartão de débito os emissores geralmente não tarifam o portador pela sua utilização e não se pode tarifá-la sua emissão<sup>42</sup>. Os bancos comumente ao fornecer o cartão dão a opção de se escolher entre umas das duas bandeiras, estando o cartão relacionado a uma cesta de produtos utilizada pelo correntista<sup>43 44</sup>, e ao contrário do que diz o supramencionado relatório, o mercado relevante deve ser analisado no lado da emissão considerando-se a cesta de produtos com a qual o cartão é fornecido. A quebra de monopólio no credenciamento dos estabelecimentos leva a uma competição entre credenciadores e a questão do mercado relevante segue a mesma argumentação do mercado relevante de bandeiras nos cartões de crédito.

Nos cartões de crédito consideraremos separadamente o lado dos credenciadores e o lado dos emissores. No mercado de credenciamento, o relatório conjunto BACEN, SDE e SEAE<sup>45</sup>, analisou o credenciamento do produto de crédito pelas duas bandeiras com maior participação de mercado, Visa e MasterCard. O credenciamento do produto de crédito de cada bandeira foi considerado o substituto mais próximo da outra, porém não se verificou substitutibilidade efetiva entre esses produtos. De acordo com o relatório, 95% dos estabelecimentos que participaram da pesquisa utilizada em sua elaboração aceitam mais de uma bandeira e na maioria dos casos as duas aceitas são Visa e MasterCard. Pela dupla aceitação inferiu-se que essas bandeiras não são substitutas, mas complementares, e o credenciamento de cada uma delas seria um mercado relevante.

Essa visão apresenta falhas, pois se analisou separadamente o lado do credenciador e do emissor. Deve-se assumir que os estabelecimentos agem racionalmente e que em M2L existe a questão do “ovo e da galinha”<sup>46</sup>. Com isso em mente, seria lógico que os estabelecimentos optassem por reduzir seus custos no pagamento de taxas ao credenciador.

---

<sup>42</sup> Resolução nº 3.518 do Conselho Monetário Nacional proibiu a cobrança de tarifas pelo fornecimento desses cartões.

<sup>43</sup> Voto proferido no ato de concentração 08012.000810/2009-85. Banco do Brasil S.A. e Banco Votorantim S.A. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. “Quanto à dimensão produto, tem-se hoje que os bancos tendem a atuar de forma cada vez mais abrangente e diversificada, oferecendo aos seus clientes um amplo portfólio de produtos e serviços, que incluem recebimento de depósitos, concessão de crédito, gestão de recursos de terceiros, operação de planos de previdência privada, prestação de serviços de exportação, emissão de cartões de pagamento, vendas e corretagem de seguros, dentre vários outros que poderiam ser citados.” p. 3-4.

<sup>44</sup> Propõem-se que o mercado relevante seria o das cestas de produtos oferecidas pelos bancos, sem considerar a bandeira.

<sup>45</sup> BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 81 – 83.

<sup>46</sup> EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002, p. 88. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

Com a quebra do monopólio de credenciadores sobre bandeiras<sup>47</sup> existe concorrência entre as entidades que credenciam. Já a concorrência entre as bandeiras nessa ponta do mercado é mais hipotética do que real, e a análise do mercado relevante para fins de política antitruste deve voltar-se para o lado dos emissores e a relação destes com o consumidor. Porque a não ser que um percentual crítico de consumidores optasse por uma única bandeira, não seria economicamente viável para os estabelecimentos fazerem essa escolha (questão do “ovo e da galinha”). No plano prático, apesar de ter a mesma finalidade, estrutura e, muitas vezes, os mesmo usuários as bandeiras não são substitutas (uma ou outra), nem complementares (uma e outra), mas produtos distintos da perspectiva dessa ponta do mercado (é preferível possuir as duas mas não há a necessidade ou a relação direta de complementaridade que implique em uma e outra)<sup>48</sup>.

No mercado de emissão, o mesmo relatório, na busca dos possíveis substitutos que pertenceriam ao mesmo mercado que o produto oferta de cartão de crédito por uma dessas duas bandeiras observou que “os resultados apontaram para a troca do banco emissor dentro do mesmo esquema e não para a troca de bandeira”<sup>49</sup>. Concluindo, por fim, que existem mercados relevantes diferentes para os emissores de cada uma dessas bandeiras<sup>50</sup>.

Os bancos, comumente, oferecem tarifas iguais ao ofertarem as bandeiras Visa e MasterCard. São as proprietárias do esquema que definem as taxas de intercâmbio e que negociam preços na relação emissor-proprietário. Os emissores, por sua vez, definem a tarifa ao portador. Quando ocorre relação de substitutibilidade, como menciona o relatório e com o qual concordamos, ela nesse lado do mercado não ocorre entre as bandeiras, mas entre emissores. Destarte, mesmo que um emissor ofereça cartões das duas bandeiras, há dois mercados relevantes diferentes, o da função de emissão de cartões Visa e o da função de emissão de cartões MasterCard. Para efeitos de análise da política antitruste, são esses dois mercados relevantes (emissores Visa e emissores MasterCard) que devem receber a maior atenção. Já que no M2L há *feedback* do efeitos de um ato em um lado, no outro, e que o lado do portador é o que tem a maior elasticidade-preço da demanda é essa ponta que mais influencia o mercado.

---

<sup>47</sup> Ver: recurso voluntário nº 08700.003097/2009-73 e recurso voluntário nº 08700.003085/2009-49. Caso Visa/Visanet.

<sup>48</sup> Adota-se posicionamento contrário ao Relatório Sobre a Indústria de Cartões de Pagamento quanto ao argumento da complementaridade.

<sup>49</sup> BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 81.

<sup>50</sup> Não serão considerados os cartões que operam em plataformas de três partes, pela sua baixa participação no mercado.

## 5. Conclusões

Como é lembrado por Bellamy e Child<sup>51</sup>, a definição de um mercado relevante pode mudar ao longo do tempo, por modificações nas condutas ou estruturas do setor. Por isso a cada caso que surge é necessário avaliar novamente o mercado relevante. A questão reside muito mais na proposição de enfoques de análise diferentes.

Ao analisar um mercado de dois lados é imprescindível considerar a interdependência entre os dois lados. Os efeitos de um ato em um dos lados só são realmente compreendidos quando se tem em conta também os efeitos no outro lado e o *feedback* entre ambos<sup>52</sup>.

O presente trabalho considera os cartões de pagamento em mercado relevante diverso dos demais meios de pagamento. Insere os cartões de débito na cesta de produtos ofertada pelos bancos aos correntistas e propõe que seu mercado relevante do lado do portador seja compreendido em conjunto com os demais produtos da cesta. Quanto aos cartões de crédito do lado dos credenciadores e estabelecimentos (e o mesmo é válido para esse lado dos cartões de débito), entende que os credenciadores estão no mesmo mercado relevante e que as bandeiras por eles oferecidas, sem monopólio, estão em mercados diversos. Isso porque não seria racional os estabelecimento considerarem as bandeiras como substitutas e adotarem apenas uma, o que resultaria certamente em prejuízo. No lado dos emissores vê dois mercados relevantes distintos entre os emissores de cada bandeira, Visa e MasterCard.

Ainda, defende que o enfoque a ser dado pela política concorrencial ao analisar o mercado relevante de meios de pagamento deve ocorrer no lado emissor-portador, por ser o lado mais sensível à variações de tarifas e é o portador é a ponta que poderia desencadear efeitos que modificassem significativamente os dois lados. Por último vale lembrar a lição de Paula A. Forgioni<sup>53</sup> de que a definição de mercado relevante é instrumental e atende a objetivos da política econômica.

---

<sup>51</sup> BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008, p. 253. (1679 p.).

<sup>52</sup> EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002, p. 64. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

<sup>53</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2ed, 2.tir. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

## **6. Referências Bibliográficas**

AKERS, Douglas, GOLTER, Jay, LAMM, Brian, and SOLT, Martha. Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry. 2005. Disponível em <http://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>. Acesso em 21/04/2013;

BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010. (297 p.);

BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008 (1679 p.);

COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C372/03). Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT). Acesso em 21/04/2013;

ECONOMIDES, Nicholas and White, Lawrence J., One-Way Networks, Two-Way Networks, Compatibility, and Public Policy (December 1994). EC-93-14. (26 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=6519>. Acesso em 21/04/2013;

EMECH, Eric and Thompson, T. Scott. Market Definition and Market Power in Payment Card Network. (September, 2005). (28 p.);

EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou [doi:10.2139/ssrn.332022](https://doi.org/10.2139/ssrn.332022). Acesso em 21/04/2013;

\_\_\_\_\_. Lighetening Up Market Definition (May 1, 2010). RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Einer Elhauge, ed., New York: Edward Elgar, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1599270>. Acesso em 21/04/2013;

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2ed, 2.tir. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Third Edition. Thomson/West, 2005. (841 p.);

POSNER, Richard. A. Economic Analysis of Lar. Sixth Edition. New York: Aspen Publishers, 2003. (747 p.);

PRIEST, George L., Rethinking Antitrust Law in an Age of Network Industries (2007). Yale Law & Economics Research Paper No. 352. (42 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso em 21/04/2013;

SALGADO LUCIA, HELENA. - "O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE", in Revista de Direito Econômico nº 26, Brasília: Setembro/Dezembro de 1997;

TOSZA, Katarzyna. Payment Card Systems as an Example of two-sided Markets - a Challenge for Antitrust Authorities. 2009. Disponível em <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/23822>. Acesso em 21/04/2013;

WHITE, Lawrence J., Market Definition and Market Power in Payment Card Networks: Some Comments and Considerations (January 1, 2006). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=887506> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.887506>. Acesso em 21/04/2013.

## Inovações na cooperação jurídica internacional para o Cade

Tatiana de Campos Aranovich<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo analisa modificações importantes implementadas no Brasil sobre cooperação jurídica internacional entre autoridades antitruste. Recentemente editados, os dispositivos do Decreto nº 7.738/12 e da Resolução Cade nº 1/12 representam um alinhamento do Cade às recomendações dos fóruns internacionais de defesa da concorrência, bem como às experiências mais modernas de cooperação agência-agência de outros órgãos administrativos no Brasil. Após se examinarem noções gerais de cooperação jurídica internacional, estuda-se o novo marco normativo do Cade. Nesse sentido, dá-se enfoque a três temas: o papel de autoridade central para assistência mútua internacional em matéria de defesa da concorrência; as bases legais para o trâmite e execução dos pedidos; e as medidas executáveis e o respeito ao princípio da *lex diligentiae*.

Palavras-chave: Direito Antitruste; Cooperação Jurídica Internacional; Assistência Mútua Internacional em Defesa da Concorrência.

JEL: K21, K33

### ABSTRACT

This article aims at analyzing the relevant changes implemented in Brazil regarding International Legal Cooperation between antitrust authorities. Recently enacted, the rules of the Decree N° 7.738/12 and the Resolution Cade N° 1/12 represent an alignment of Cade with the recommendations of international fora on antitrust matters, as well as the most updated experiences on agency-to-agency cooperation by the other administrative agencies in Brazil. After examining general notions on International Legal Cooperation, the new Cade framework will be studied. As such, three topics will be focused: the Central Authority role on Mutual Legal Assistance in Antitrust Matters; the legal basis for the procedure and execution of the requests; and measures to be executed and the compliance with the *lex diligentiae* principle.

Key words: Antitrust Law; International Legal Cooperation; Mutual Legal Assistance in Antitrust Matters.

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Internacional, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Coordenadora-Geral de Legislação e Normas de Regulação e Supervisão da Educação Superior

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Cade e a nova Cooperação Jurídica Internacional 2.1. O Cade como Autoridade Central 2.2 Base Legal 3. As possibilidades de cumprimento de medidas e o requisito da *Lex diligentiae* 3.1. Troca de informações submetidas a sigilo 3.2. Notificação em jurisdição diversa 3.2.1. Pedidos para a notificação no Brasil 3.2.2. Notificação postal direta 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução

Os mecanismos de cooperação jurídica internacional tem se tornado uma necessidade cada vez mais presente no cotidiano das autoridades de defesa da concorrência do Brasil. Como se sabe, o contexto atual é marcado por fluxos de comércio, de serviços, financeiros, de comunicação e de pessoas frenéticos, sendo os temas internacionais cada vez mais cotidianos. Assim, se já em meados século passado, a cooperação internacional<sup>2</sup> era vista como imperativo da vida humana<sup>3</sup>, hoje torna-se um verdadeiro imperativo da efetivação da justiça<sup>4</sup>.

Haja vista a regra geral de que a autoridade estrangeira não pode praticar atos de jurisdição em território nacional<sup>5</sup>, busca-se assim pela via da cooperação jurídica internacional preservarem-se os princípios da soberania e jurisdição nacionais<sup>6</sup>. Essa cooperação constitui assim uma solução que evita o exercício da jurisdição extraterritorial entendido como uma afronta às regras de soberania e aos princípios de não ingerência e de

---

<sup>2</sup>O termo “Cooperação internacional”, em sentido amplo, abrangerá tanto a cooperação chamada de “técnica” como a de “jurídica internacional”. Esclarece-se que a cooperação técnica internacional alude essencialmente ao desenvolvimento de ações de capacitação (*capacity-building*), como treinamentos, intercâmbio de pessoal e demais *inputs* técnicos. Não se relaciona ao fornecimento de informações ligadas a casos concretos de investigação de infração ou ao contencioso administrativo. Logo, a cooperação técnica não se confunde com a cooperação jurídica internacional: suas esferas de assistência são distintas. Para uma discussão sobre a conceituação e as modalidades de cooperação técnica internacional, veja: SOARES, Guido. A Cooperação Técnica Internacional. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação Técnica Internacional - Estratégia e Gestão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, p. 168-173. Já a cooperação jurídica internacional, em sentido analítico, é representada por uma solicitação encaminhada ao Estado requerido pela autoridade do Estado requerente toda vez que, para o êxito de investigação, persecução ou julgamento, faça-se necessária a execução de medida sobre elemento que se encontra fora das fronteiras nacionais. Seu fim é assegurar a produção de efeitos à demanda oriunda do Estado requerente, por meio da colaboração do Estado requerido. Esta é composta de diversos mecanismos, dentre estes a extradição, a transferência de apenados, a homologação de sentença estrangeira, a carta rogatória e o auxílio direto.

<sup>3</sup>VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*. t. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 172.

<sup>4</sup>MCCLEAN, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2002, p. 13.

<sup>5</sup>TIBURCIO, Carmen. Uma breve análise sobre a jurisprudência dos Tribunais superiores em matéria de Direito Internacional no ano de 2006. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, a. 2, n. 5, jan./mar. 2007, p. 79.

<sup>6</sup>TIBURCIO, Carmen. A dispensa da rogatória no atendimento de solicitações provenientes do exterior. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais v. 30, n. 126, ago. 2005, p. 118.

autodeterminação dos povos – e, no extremo, representa uma condição para a própria permanência da existência do Estado como organização suprema de manutenção da ordem.

Ao falar-se de cooperação jurídica internacional, lembra-se aqui que é importante notar sua evolução. Primeiramente, destaca-se a ampliação da gama de autoridades competentes para solicitá-la e cumpri-la, razão pela qual se defende como mais apropriada a referência à cooperação “*jurídica*” internacional, ao invés da cooperação “*judicial*”. Ferramenta antes restrita ao Poder Judiciário, é irrefutável que a cooperação hoje envolve também autoridades do Poder Executivo<sup>7</sup>. Ademais, ressalta-se a evolução da cooperação para modalidades cada vez mais diretas<sup>8</sup> e, portanto, mais ágeis de cooperação. Nesse sentido, citam-se o mecanismo da assistência direta<sup>9</sup> e os mecanismos de assistência mútua internacional em matéria administrativa.

O foco deste artigo será o novo arcabouço para a cooperação em matéria de defesa da concorrência implementado. Analisar-se-á o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade como um ator de protagonismo na cooperação jurídica internacional em face dessas inovações, dando-se destaque para os seguintes temas: o papel de autoridade central para assistência mútua internacional em matéria de defesa da concorrência; as bases legais para o trâmite e execução dos pedidos; bem como as medidas executáveis e o respeito à *lex diligentiae*.

Cabe esclarecer que, ao longo do artigo, por diversas ocasiões se fará referência à cooperação jurídica internacional em outros ramos do direito, em especial no direito penal. As alusões não são em vão. Primeiramente, busca-se suprir lacuna doutrinária e jurisprudencial, eis que a cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência é tema novo no Brasil, ressentindo-se de referências específicas à matéria. Em segundo lugar, entende-se que, à luz do princípio da proporcionalidade, se procedimentos e atos são permitidos dentro do campo de outros ramos do direito, dotados de formalismos maiores ou no mínimo equivalentes, o mesmo entendimento deve ser estendido, *mutatis mutandis*, para a esfera da

---

<sup>7</sup>Órgãos como os Ministérios Públicos, as Polícias e de persecução administrativa consagram-se como atores protagonistas também da cooperação jurídica internacional. Também sobre este sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 2.645*. Voto do Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicado no DJe em 16 de dezembro de 2009, p. 14; SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 71, n. 16, mar./abr. 2008, p. 299; e LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 51.

<sup>8</sup>ARAÚJO, Nadia de. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2010, p. 12-13.

<sup>9</sup>O mecanismo da assistência direta permite a obtenção de um ato que não é o reconhecimento ou a validação de decisão estrangeira, sim a produção de um ato inteiramente nacional. (LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 124).

defesa da concorrência, regido em sua maioria pelo formalismo moderado do processo administrativo. No campo do processo administrativo (foco privilegiado deste artigo), lembre-se que a eficácia da decisão condenatória importará em sanções sobremaneira mais brandas que no processo penal (aplicação de multas pecuniárias e obrigações de fazer e não fazer, e não privativas de liberdade).

## **2. O Cade e a nova Cooperação Jurídica Internacional**

O Decreto nº 7.738/12 (que aprova a Estrutura Regimental do Cade e altera o Decreto nº 6.061/07 - Regimento Interno do Ministério da Justiça) e a Resolução Cade nº 1/12 (que institui o Regimento Interno do Cade – RICADE, e regulamenta o Decreto nº 7.738/12) estabelecem marco normativo inovador para a cooperação internacional desenvolvida pelas autoridades do Cade. Veja-se:

### Decreto nº 7.738/12:

Art. 22. Ao Presidente do Tribunal compete:

(...)

XII - firmar, após autorização do Ministro de Estado da Justiça, tratados, acordos ou convênios de cooperação internacional com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, objetivando a cooperação mútua e o intercâmbio de informações em matéria de defesa da concorrência;

XIII - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência, *sem prejuízo* das atribuições regimentais do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, e demais atribuições previstas em outros tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte;

XIV - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, em matéria de defesa da concorrência, na forma estabelecida nos tratados, acordos ou convênios referidos no inciso XII do caput, e, na ausência destes, com base em reciprocidade;

(g.n.)

### Regimento Interno do Cade

Art. 11. Compete ao Presidente do Tribunal:

(...)

XIX - executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nas atividades relacionadas à proteção da livre concorrência, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, e, na ausência destes, com base na reciprocidade;

(...)

§1º O disposto no inc. XIX pode-se aplicar às informações submetidas a sigilo, na forma da lei, desde que seja garantido o tratamento equivalente a tais informações pelo respectivo órgão ou entidade no exterior, bem como o uso conforme as demais condições estabelecidas pelo Presidente do Tribunal.

§2º As informações submetidas a sigilo somente poderão ser tornadas públicas ou fornecidas a terceiros pelo respectivo órgão ou entidade no exterior quando houver



autorização expressa do Cade nesse sentido.

§3º O Cade poderá se recusar a cooperar com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nos termos estabelecidos no inc. XIX deste artigo, sempre que houver interesse público a ser resguardado.

(g.n.)

Art. 149. A notificação inicial do representado conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida pela decisão e da representação, se for o caso, e será feita por uma das seguintes formas:

(...)

III - por mecanismos de cooperação internacional.

(g.n.)

Lembra-se que, até antes da entrada em vigor de tais normativas, as autoridades lançavam mão majoritariamente dos pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI<sup>10</sup> da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e/ou pelas vias diplomáticas. A experiência demonstrava algumas dificuldades, em especial diante dos relativos graus de burocracia e formalismos excessivos, o que tendia a reduzir a celeridade e a eficácia do cumprimento de medidas e destoar do formalismo moderado do processo administrativo.

Apesar de inovador, advoga-se que o novo marco regulatório representa nada mais do que o alinhamento do Cade com as recomendações dos fóruns internacionais, expressos em seus documentos oficiais e projetos. Nesse sentido, deve-se conferir destaque às diversas recomendações relativas ao tema cooperação internacional em matéria de concorrência editadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE<sup>11</sup>; aos documentos oficiais produzidos pela Rede de Concorrência Internacional (*International Competition Network*, conhecida como “ICN”<sup>12</sup>; sem esquecer do projeto conjunto

---

<sup>10</sup>O órgão é a autoridade central brasileira para um número significativo de acordos de cooperação jurídica internacional em matéria civil e matéria penal, conforme previsão específica contida em referidos acordos e previsão genérica contida no Decreto nº 6.061/07 (Regimento Interno do Ministério da Justiça).

<sup>11</sup>Veja, nesse sentido: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Revised recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*. Paris: OCDE, maio 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/21570317.pdf>>

Acesso em: 30 nov. 2012. *Idem. Recommendation Of The Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*. Paris: OCDE, maio 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2350130.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2012. *Idem. Hard Core Cartels: Third Report On The Implementation Of The 1998 Recommendation* Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2752129.pdf>> Acesso em: 30 nov.

2012. *Idem. Hard Core Cartels: Third Report On The Implementation Of The 1998 Recommendation*. Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/35863307.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012. *Idem. Best Practices For The Formal Exchange Of Information Between Competition Authorities In Hard Core Cartel Investigations*. Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/35590548.pdf>>

Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>12</sup>INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Co-operation between competition agencies in Cartel Investigations: Report to the ICN Annual Conference*. Moscou: ICN, maio 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012. *Idem.*

estabelecido pela OCDE e pela ICN<sup>13</sup>.

Mais importante, compreende-se que o marco alinha as autoridades de defesa da concorrência brasileiras a tendências e práticas mais modernas no campo da cooperação agência-agência no Brasil e no mundo. Há de se conferir destaque nesse sentido às bens sucedidas experiência de cooperação: (i) entre as autoridades da Receita Federal do Brasil – RFB e suas autoridades tributárias homólogas no exterior<sup>14</sup>; e (ii) entre as autoridades da Comissão de Valores Mobiliários – CVM e suas autoridades reguladoras de valores mobiliários e os mercados futuros homólogas estrangeiras<sup>15</sup>. Os dois exemplos bem ilustram essa moderna cooperação, caracterizada pela sua veiculação direta entre os órgãos administrativos interessados<sup>16</sup>, bem como pela existência de legislação doméstica que a

---

*Waiver for Merger Investigations*. Boon: ICN, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc330.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012. *Idem*. *ICN Roundtable on Enforcement Cooperation in Washington, DC, March 29, 2011*. Washington: ICN, 2011. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/news-and-events/coopr.asp>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>13</sup>O projeto conjunto do Comitê de Concorrência da OCDE e do *Steering Group International Enforcement Cooperation Project* da ICN, de longa duração e sobre cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, foi criado em 2012. Veja em: ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *DAF/COMP (2012)1*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc794.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>14</sup>Os instrumentos (tratados e memorandos) assinados pelas autoridades brasileiras sobre cooperação internacional e bitributação espelham-se, de modo geral, em modelos recomendados por fóruns internacionais, como a Convenção-Modelo Tarifária para Renda e Capital (*Model Tax Convention on Income and on Capital*) e o Acordo-Modelo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos (*Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters Model*, também conhecido como *Tax Information Exchange Agreement*, ou por sua sigla “TIEA”). Para uma relação completa dos tratados e memorandos de entendimento assinados pela Receita Federal do Brasil, veja o sítio eletrônico da RFB, em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/AcordosInternacionais/>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>15</sup>Os memorandos de entendimento bilaterais e o Memorando Multilateral de Entendimento da Organização Internacional das Comissões de Valores (*International Organization of Securities Commission*, conhecida como “IOSCO”) adotados pela CVM regulamentam a norma doméstica existente, de forma acomodar as diferenças entre os distintos sistemas jurídicos envolvidos. Sobre o tema, declara a IOSCO: “MOUs are statements of intent which do not impose legally binding obligations on signatories. As such, they have no power to overcome domestic laws and regulations, nor do they affect other channels of cooperation, such as mutual assistance in criminal matters. The strength of MOUs, however, is that they facilitate the exchange of information by accommodating the differences between regulators and by responding to changing legal environments.” *In: INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions. Resolution on Principles for Memoranda of Understanding*. Madri: IOSCO, 1991. *Mimeo*. p. 2. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD17.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

Para uma relação completa dos memorandos de entendimento assinados para a cooperação em matéria de regulação de valores mobiliários e mercados futuros, veja o sítio eletrônico da CVM, em: <<http://www.cvm.gov.br/port/relinter/acordosinternacionais.asp>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

<sup>16</sup>Invoca-se aqui Manfrini, que salienta a comunicação direta entre as autoridades envolvidas, sem a existência de um intermediário como característica da assistência administrativa internacional (*entraide administrative internationale*). Escreve o autor: “L’entraide administrative internationale, qu’elle se fonde sur une pratique purement discrétionnaire ou au contraire sur une base conventionnelle, se caractérise, à la différence de ce qui est classiquement prévu dans le domaine de l’entraide judiciaire internationale, par le fait qu’elle met en contact direct les autorités administratives concernées. En règle générale, la voie diplomatique n’est pas utilisée comme canal de transmission d’informations et d’entraide dans le domaine administratif. (...) Ce contact direct répond à une approche pragmatique des administration publiques et assure une plus grande rapidité dans l’exécution des

disciplina<sup>17</sup> (e que será a base legal dos pedidos de assistência). Como se vê da leitura dos dispositivos do Decreto nº 7.738/12 e do RICADE, as semelhanças entre os dispositivos relativos à cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e os dispositivos que regem a cooperação entre autoridades tributárias<sup>18</sup> e os que regulamentam a cooperação entre autoridades de regulação de valores mobiliários e mercados futuros<sup>19</sup> são notáveis, o que denota esse alinhamento.

Diante do imperativo de aprimorar os mecanismos de cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, tanto na cooperação “ativa” (requerida por autoridades brasileiras) como na “passiva” (requerida por autoridades no exterior), o Legislador pátrio promoveu assim mudanças normativas e disciplinou, em legislação interna, o mecanismo da assistência mútua em matéria de defesa da concorrência. Nesse cenário, três pontos reputados como os de mais destaque na nova cooperação entre órgãos de defesa da concorrência serão a seguir examinados.

---

actes d'entraide. Pour le surplus, s'agissant de domaines spécialisés ou techniques, elle permet un meilleur dialogue entre autorités." (MANFRINI, Pierre Louis. *Entraide Administrative Internationale*. In: JUNOD, Charles-André; HIRSCH, Alain (Eds.). *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscal*. Genebra: Georg, 1986, p. 145.)

<sup>17</sup>Para o caso da cooperação entre as autoridades tributárias, veja os arts. 96, 98 e 199 do Código Tributário Nacional - CTN. Em linhas gerais, tais dispositivos preveem: (i) a equivalência dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária com a “legislação tributária” (ar. 96 do CTN); (ii) a possibilidade desses tratados e convenções internacionais em matéria tributária revogarem ou modificarem a legislação interna anterior (*lex posterior derogat priori*) (art. 98 do CTN); e (iii) a possibilidade da troca de informações com Estados estrangeiros, desde que no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos e na forma prevista em tratados, acordos ou convênios (art. 99, parágrafo único, do CTN).

Já para o caso da cooperação entre as autoridades de regulação de valores mobiliários e mercados futuros, veja o art. 10 da Lei nº 6.385/76, que, em apertada síntese, prevê: (i) a possibilidade de celebração de convênios pela CVM com órgãos similares de outros países ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações visando apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior (art. 10, *caput*, da Lei nº 6.385/76); (ii) a possibilidade de recusa de cumprimento ao pedido de assistência mútua na existência de interesse público (art. 10, § 1º, da Lei nº 6.385/76); e (iii) a possibilidade de troca de informações submetidas a sigilo com órgão estrangeiros homólogos (art. 10, § 2º, da Lei nº 6.385/76).

<sup>18</sup>Para tanto, veja a transcrição dos dispositivos do Código Tributário Nacional:

“Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Art. 199. (...) Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”

<sup>19</sup>No mesmo sentido, veja a transcrição dos dispositivos da Lei nº 6.385/76:

“Art. 10. A Comissão de Valores Mobiliários poderá celebrar convênios com órgãos similares de outros países, ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações para apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior.

§ 1º A Comissão de Valores Mobiliários poderá se recusar a prestar a assistência referida no caput deste artigo quando houver interesse público a ser resguardado.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às informações que, por disposição legal, estejam submetidas a sigilo.”

## 2.1. O Cade como Autoridade Central

O Decreto nº 7.738/12 inova ao estabelecer a competência do Cade para exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência.

Sobre a relevância da inovação, cabe esclarecer, no âmbito da cooperação jurídica internacional, que a autoridade central<sup>20</sup> se constitui como uma das três possíveis *vias* da cooperação, juntamente com as duas tradicionais vias diplomática e consular<sup>21</sup>. Será o trâmite por uma via institucionalizada que assegurará à cooperação a autenticidade, a veracidade e a legalidade de documentos e atos.

Assim, a institucionalização de autoridade central junto ao Cade passa a conferir formalidade ao ato de cooperação jurídica internacional. O trâmite dos pedidos de assistência mútua em matéria de defesa da concorrência por essa via assegura legalização<sup>22</sup> ao processo de cooperação, incluindo a autenticidade e a veracidade de documentos. Não por outro motivo, passa a tornar-se dispensável a tradução juramentada da documentação pertinente<sup>23</sup> -

---

<sup>20</sup>O modelo de autoridade central foi concebido na Convenção de 15 de Novembro de 1965 Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial (*Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*), firmada na Conferência de Haia. Criou-se, na ocasião, um órgão técnico-administrativo nacional, não-jurisdicional, cuja missão é zelar pelo fiel cumprimento do tratado e coordenar seus trabalhos. Ademais, a designação da entidade responsável em cada Estado por zelar pelo compromisso internacional firmado facilita a comunicação entre autoridades nacionais relacionadas e assegura fluidez aos eventuais trâmites necessários. A partir dessa pioneira Convenção, a previsão da Autoridade Central difundiu-se para as demais Convenções de Haia; bem como foi adotada em outras relevantes Convenções, tais como a Convenção de Londres de 1968, a Convenção de Brasília de 1972 sobre informações de Direito Estrangeiro, além das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado - CIDIPs desde 1975 no Panamá até os dias atuais. A respeito, leia: SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation. In: *Recueil des Cours*. Haia/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 284, 2001, p. 404; MCCLEAN, J. D. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. London: Oxford University Press, 2002, p. 28 ; e JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Recueil des Cours*. Haia/ Boston/ Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, 1995, p. 258.

<sup>21</sup>Vale referir Cozzi, para quem as autoridades centrais ve se consagrando paulatinamente como substitutos, parciais ou totais, das tradicionais vias diplomáticas da cooperação. COZZI, Carlos Alvarez. *Autoridad Central: Nueva via de cooperación jurídica internacional*. Montevideo: Asociados, 1992, p. 10 *et seq.*

<sup>22</sup>Veja BERGMAN, Tellechea. La cooperación jurisdiccional internacional entre los Estados partes del Mercosur. In: *Revista Derecho del Mercosur*. Buenos Aires: La Ley SAEeI, n. 1, fev. 1998, p. 66.

<sup>23</sup>Acerca da doutrina sobre o tema, alude-se a: ARAUJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto e ALMEIDA, Ricardo R. Cooperação Interjurisdiccional no Mercosul. Cartas Rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e laudos arbitrais e informação do direito estrangeiro. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 498; e SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 71, n. 16, mar./abr. 2008, p. 307-308.

Sobre a jurisprudência, veja, *v.g.*, no Supremo Tribunal Federal - STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 10.367*. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Publicado no DJ em 01 de agosto de 2002. No

e sendo suficiente apenas a sua tradução técnica simples.

Avaliados aspectos relativos à formalidade, cabe analisar igualmente as competências atribuídas à autoridade central. Como bem delinea Arras<sup>24</sup>, são duas as funções que podem ser assumidas pelas autoridades centrais, conforme competências previstas em lei: (i) a execução *direta*, em que a própria autoridade central terá a competência para executar as medidas solicitadas pela autoridade estrangeira; e (ii) a *execução indireta*, em que a autoridade central ficará a cargo somente do recebimento das solicitações de cooperação, transmitindo-as a órgão diverso para a execução.

No caso do Cade, entende-se que suas autoridades ficarão a cargo da execução *direta* dos pedidos de assistência mútua sempre que possuírem competência legal para a execução da medida solicitada, de forma a conferir cumprimento aos requisitos legais necessários à validade do ato. No entanto, as mesmas autoridades ficarão a cargo apenas da *execução indireta* dos pedidos nas hipóteses em que não possuírem tal competência, o que compromete a produção de ato válido.

Por fim, ainda acerca da *execução indireta*, vale ressaltar que o Decreto nº 7.738/12 é legislação recente (*lex posterior derogat priori*) e que disciplina matéria específica (*lex specialis derogat legi generali*<sup>25</sup>), possuindo suas normas eficácia revogatória somente frente a dispositivos legais com os quais possam aparentemente conflitar. Nesse sentido, é que o art. 22, inc. XIII, do Decreto prevê a atribuição do Cade para exercer a função de autoridade central no trâmite de pedidos de cooperação jurídica internacional *sem prejuízo* das competências demais órgãos públicos, como o Departamento de Recuperação de Ativos e

---

STJ, confira: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 5.317*. Rel. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJe em 06 de junho de 2012; *Idem. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 5.490*. Rel. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJe em 06 de junho de 2012; *Idem. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 5.881*. Rel. Min. Ari Pargendler. Publicado no DJe em 06 de junho de 2012; *Idem. Carta Rogatória nº 1.197*. Rel. Min. Barros Monteiro. Publicado no DJ em 28 de agosto de 2006; e *Idem. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 1.000*. Rel. Min. Barros Monteiro. Publicado no DJ em 01 de agosto de 2006.

<sup>24</sup> ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Orgs.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 74.

<sup>25</sup> Vale lembrar que o princípio da *lex specialis derogat legi generali* aplica-se à resolução de um potencial conflito de leis de um modo geral; com a exceção de virtuais conflitos envolvendo os tratados e convenções de proteção aos direitos humanos, dada a prevalência dos direitos humanos preservada pelo § 3º ao art. 5º da Constituição Federal. A respeito, veja MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, a. XXXII, n. 98, jun./2005, p. 303-331; CANÇADO, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 408; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 188; PIOVENSAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, n. 147, jul./set. 2000, p. 186.

Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), e demais atribuições previstas em outros tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, como as funções de autoridade central (v.g., da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SeDH/PR<sup>26</sup> e da Procuradoria Geral da República – PG<sup>27</sup>). Por isso, a nova normativa não afasta a possibilidade, por exemplo, de que o Cade permaneça utilizando, em paralelo, os pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo DRCI. Nesse mesmo sentido, no caso de pedidos oriundos de autoridade responsável por persecução criminal feitos com base em tratado de cooperação jurídica internacional em matéria penal (os conhecidos *Mutual Legal Assistance Treaty*, “MLAT”), entende-se que tais pedidos devam ser encaminhados para o DRCI ou à PGR, a depender de qual órgão seja designado como autoridade central no respectivo tratado. As vias não se excluem mutuamente, assim, sim se complementam.

## 2.2. Base legal

A cooperação jurídica internacional em sentido amplo possui como base legal três possibilidades: a lei doméstica, o tratado internacional<sup>28</sup> ou a reciprocidade. Nesse sentido, o novo marco normativo do Cade prevê a competência do órgão para executar e obter a cooperação mútua e o intercâmbio de informações com base em cada uma dessas possibilidades. Logo, é possível que a assistência mútua entre autoridades de defesa da concorrência se dê com fundamento em uma ou mais das bases legais (i.e.: a lei doméstica produzida unilateralmente, o compromisso internacional firmado bilateralmente ou multilateralmente e a promessa de reciprocidade), com adiante se verá.

Em primeiro lugar, o art. 22, inc. XIV, do Decreto nº 7.738/12, e o art. 11, inc. XIX,

---

<sup>26</sup> A SeDH/PR é a autoridade central designada na Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (promulgada pelo Decreto nº 3.412/00), na Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção internacional (promulgada pelo Decreto nº 3.087/99 e Decreto nº 7.256/10) e na Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores (promulgada pelo Decreto nº 1.212/94 e Decreto nº 7.256/10).

<sup>27</sup> A PGR é prevista como autoridade central na Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (promulgada pelo Decreto nº 56.826/65), no Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa (promulgado pelo Decreto nº 1.320/94) e no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá (promulgado pelo Decreto nº 6.747/09).

<sup>28</sup> Para efeitos da análise jurídica aqui pretendida, o termo “ tratado” é adotado em sua acepção *lata*, como qualquer instrumento (tratado, acordo, convenção, etc) que possua a qualidade de acordo *formal*, firmado entre pessoas jurídicas de direito internacional público e acabado, com vistas a produzir efeitos jurídicos.

Neste sentido, cita-se Rezek, para quem: “Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. (...) O tratado é um acordo *formal*: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. (...) O conceito proposto se refere a um acordo *concluído*.” (g.n.) (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14- 17.)

do Regimento Interno do Cade consubstanciam, *per se*, a lei doméstica sobre cooperação internacional entre os órgãos de defesa da concorrência que dá fundamento ao cumprimento do pedido. O Legislador nesses diplomas determinou em que medida e sob quais condições se poderá dar tal colaboração internacional. No caso, cabe observar que o Direito Interno, ao prever que “*cooperação mútua e o intercâmbio de informações com órgãos de defesa da concorrência de outros países, ou com entidades internacionais, nas atividades relacionadas à proteção da livre concorrência*”, permite a cooperação estabelecida entre o Cade, de um lado, e órgão de defesa da concorrência estrangeiro ou entidade internacional (v.g., a Comissão Europeia), de outro.

Em segundo lugar, o art. 22, inc. XIV, do Decreto nº 7.738/12, e o art. 11, inc. XIX, do RICADE, preveem a possibilidade de a cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência se dar na forma de “*tratados, acordos ou convênios*”. Assim, entende-se que a previsão faz com que o tratado ou o memorando de entendimento (como forma de acordo ou convênio), assinado com um ou mais órgãos homólogos ao Cade, possa ser a base legal para os pedidos ativos ou passivos.

Em terceiro lugar, o art. 22, inc. XIV, do Decreto nº 7.738/12, e o art. 11, inc. XIX, do RICADE estipulam acerca da possibilidade da cooperação internacional entre os órgãos de defesa da concorrência se dar com fundamento na promessa de reciprocidade para casos análogos. Assim, em inexistindo qualquer um tratado, acordo ou convênio, a autoridade de defesa dá concorrência poderá receber e executar a solicitação de assistência mútua com lastro em garantia de reciprocidade, a depender da análise do caso concreto.

Sobre o cumprimento de pedidos com base em Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding*, ou, conforme sua sigla corrente, “MOU”), cabe recordar que a adoção de MOU pode apontar para uma preferência pela flexibilidade<sup>29</sup>, muitas vezes

---

<sup>29</sup>“Como já dito, a natureza jurídica ou não de um instrumento não é dada pelo seu nome. Um memorando de entendimento pode constituir um tratado, bem como equivaler a um gentlemen’s agreement no sentido de instrumento concertado não obrigatório.

De fato há quem o conceitue de modo geral como sendo um acordo internacional que não apresenta uma modalidade precisa de entrada em vigor. Não há, portanto, definição a priori sobre tratar-se ou não de instrumento obrigatório.

É possível encontrar o argumento segundo o qual não se pode negar caráter jurídico aos memorandos de entendimento. Seriam estes informais, é verdade, mas certamente legais.

(...) Quanto a determinar o valor jurídico, esta é uma tarefa que não se pode realizar relativamente à categoria genérica dos memorandos de entendimento. Assim, poder-se-á concluir que em alguns casos se tem um acordo legal, mas simplificado, similar aos executive agreements, e, em outros, acordos concertados desprovidos de caráter vinculante, em tudo semelhantes aos gentlemen’s agreements. Como já se disse, a resposta estará definida pela intenção das partes, que será necessário buscar.

Assim como gentlemen’s agreements, os memorandos de entendimento, qualquer que seja a natureza do instrumento particular, podem estar conectados a um tratado em boa forma. Podem servir a interpretá-lo, complementar suas disposições, ou estabelecer mecanismos de implementação. Essa ligação possível não

desejável no plano da cooperação internacional<sup>30</sup>. Com referência ao caráter da cooperação prestada com base em MOU, há de se registrar que esta constituirá, em verdade, uma assistência mútua cumprida com base em *lei interna*. Isto porque, na ausência de tratados internacionais, a cooperação é regida pelo *Direito Interno* do Estado requisitado<sup>31</sup>.

A respeito, é importante lembrar não subsistirem diferenças ontológicas no pedido de cooperação internacional cumprido com substrato seja em norma de origem no Direito Internacional, seja em norma de origem no Direito Interno. A vantagem da solicitação de assistência mútua recebida com base no Direito Internacional parece residir mais no compromisso estabelecido entre as autoridades requerente e requerida para a efetiva recepção da solicitação de assistência mútua, bem como na possibilidade de estabelecimento, no instrumento bilateral ou multilateral, de regras que balizarão e darão o tom a tal cooperação. Produzidas unilateralmente, como expressão da soberania legislativa de um Estado, as normas de Direito Interno confeririam certo grau maior de discricionariedade na sua aplicação<sup>32</sup>.

Ainda sobre as solicitações de assistência mútua formulados com respaldo em MOUs, comunga-se aqui com o entendimento de que o pedido deverá ser cumprido somente quando acompanhado de promessa de reciprocidade de tratamento para casos semelhantes pela autoridade requerente. Vale lembrar que a garantia de reciprocidade é uma importante base legal para a execução de pedidos de assistência, de forma que pode fundamentar inclusive a extradição<sup>33</sup> - ou seja, o mecanismo de cooperação que produzirá os efeitos mais gravoso (lesão à liberdade humana). Acredita-se que o cuidado em exigir a promessa de tratamento análogo deva resguardar os interesses das autoridades antitruste brasileiras, incluindo a expectativa legítima de reciprocidade compensatória<sup>34</sup>, além de se alinhar à praxe

---

implica caráter jurídico do instrumento.”(NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo Sobre Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 122-123).

<sup>30</sup>Como já referido neste trabalho, este parece ter sido o modelo adotado pelos órgãos reguladores de valores mobiliários e mercados futuros, por meio do mecanismo da IOSCO, que tem como sua contraparte no Brasil a CVM.

<sup>31</sup>“Dans les rapports entre Etats, la coopération internationale est régie au premier chef para les traités, à défaut, par le droit interne de l’Etat requis. La procédure interne de chaque Etat est régie par son propre droit.” (ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 10 ed. Berna: Staempfli Editions, 2004, p. 5-6.) Nesse sentido também, veja: STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003, p. 26.

<sup>32</sup>Importante referir que a validade da cooperação direta entre órgãos homólogos já foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, tratava-se de recebimento de documentos de autoridades estrangeiras, em decorrência de um Memorando de Entendimento, firmado entre o Ministério Público do Brasil e o Ministério Público da Rússia, para compartilhamento de prova em matéria penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.041*. Voto do Rel. Min. Celso de Mello. Publicado no DJ em 15 de fevereiro de 2011). Mais uma vez, consigna-se entendimento de que, se tal procedimento e ato são entendidos como válidos no âmbito do direito penal, não subsistem motivos para não estender mesma compreensão para a esfera da defesa da concorrência, regido em sua maioria pelo formalismo moderado do processo administrativo.

<sup>33</sup>Vide art. 76 da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

<sup>34</sup>“La coopération, genre prochain, dont les hypostases ont considérablement proliféré au monde contemporain,



internacional<sup>35</sup>, fomentando sinergias positivas<sup>36</sup>.

### 3. As possibilidades de cumprimento de medidas e o requisito da *lex diligentiae*

A nova normativa sobre a cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência no Brasil possibilita – de forma expressa ou tácita – o cumprimento de ampla gama de medidas executáveis. Antes de se adentrar na análise das medidas tidas como mais expressivas, considera-se importante realizar uma digressão acerca do tema no que se refere à cooperação jurídica internacional em outros ramos do direito.

A fim de assegurar o respeito à soberania do Estado requerido<sup>37</sup>, os pedidos de assistência oriundas do estrangeiro deverão adotar a forma e, conseqüentemente, seguir o trâmite e o rito previsto no Estado requerido para a sua execução. É nesse sentido que também dispõe o art. 7º, parágrafo único, da Resolução nº 9/05 do Superior Tribunal de Justiça – STJ<sup>38</sup>, que prevê que o *objeto* do pedido de cooperação jurídica internacional (independentemente da *denominação* que tenha) é que determinará a forma e o trâmite de seu cumprimento, devendo ser analisada a sua substância, e não a seu rótulo<sup>39</sup>. A regra refere-se ao princípio da observância da regra do Estado requerido, ou, como preferem alguns, *lex diligentiae*<sup>40</sup>, a qual está em vários diplomas afetos ao tema de cooperação jurídica

---

comprend toute modalité d’agir conjointement en vue d’un but commun, y compris l’assistance accordée par l’un des partenaires au profit d’un autre, dans l’expectative légitime d’une réplique compensatoire de nature analogue. C’est en général ce dernier sens qui convient à l’entraide judiciaire internationale." (CAPATINA, Octavian. L’entraide Judiciaire Internationale en Matière Civile et Commerciale. In: *Recueil des Cours*. Haia/Boston/ Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 179, 1983, p. 319.)

<sup>35</sup>BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2011, p. 140.

<sup>36</sup>“Teremos acesso à cooperação de outros Estados na mesma medida que a prestarmos.” (MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 93.)

<sup>37</sup>ARAUJO, Nadia de. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2010, p. 93-94.

<sup>38</sup>Resolução n. 9 do STJ: “Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”.

<sup>39</sup>Sobre o tema, veja: DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. In: *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, a. XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40.

<sup>40</sup>As terminologias empregadas para designar objeto semelhante são variadas. Por isso, esclarece-se que o que aqui se denomina como *lex diligentiae* (regra de aplicação da lei do Estado requerido na execução da medida solicitada), outros autores identificam, de forma semelhante, utilizando diferentes nomenclaturas. Jatahy, por exemplo, ao comentar a execução de cartas rogatórias, fala que há de se observar a lei do Estado rogado e

internacional<sup>41</sup>. Válido mencionar, nesse sentido, julgado basilar sobre o tema, da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki<sup>42</sup>:

Portanto, as providências de cooperação solicitadas por autoridades estrangeiras serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno, tudo sujeito ao controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado, que poderá utilizar, para isso, os instrumentos processuais, inclusive os recursais, previsto no ordenamento comum.

(...) As diligências passíveis de solicitação mútua entre os Estados Partes, em regime de cooperação internacional (...), consistem, em grande número, de providências que, no âmbito do direito interno, não têm natureza necessariamente jurisdicional, ou seja, podem ser produzidas sem prévia autorização do Poder Judiciário. Todavia, nos casos em que o direito interno exige tal autorização, o Estado Parte requerido fica comprometido e autorizado a requerer essa medida junto aos órgãos jurisdicionais nacionais, atuação que representa uma importante modalidade de cooperação jurídica. Pode-se dizer que, nessas circunstâncias, o Estado requerido atua em regime semelhante ao da substituição processual: requer em nome próprio para atender solicitação de outro Estado. (g.n.)

Logo, solicitada uma diligência por autoridade estrangeira, tal *diligência*, tal como mero impulso processual, de produção de prova e eventuais medidas assecuratórias, será cumprida conforme a lei do Estado onde o ato tenha que ser praticado. Definições tais como as referentes a competências e legitimidade ativa das autoridades para determinado fim são afetas, em rigor, à soberania de cada Estado. Portanto, estas devem ser delimitadas no Estado requerente (de origem), e não no Estado requerido<sup>43</sup>.

A assistência mútua em matéria de defesa da concorrência então deverá seguir mesma lógica, de forma a conferir máxima observância ao princípio da *lex diligência*. A medida

---

identifica a necessidade de tal observância na regra de *lex fori*. (JATAHY, Vera Maria Barreira. *Do Conflito de Jurisdições – A Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 213). Outros autores preferem nomenclaturas alternativas, como *locus regit actum* ou *lex fori executiones*. (CAPATINA, Octavian. *L'entraide Judiciaire Internationale en Matière Civile et Commerciale*. In: *Recueil des Cours*. Haia/Boston/ Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t.179, 1984). Adota-se o termo *lex diligentiae*, cunhado em artigo seminal de Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, tendo em vista que é mais preciso, ao indicar a necessidade de se aplicar a lei do Estado requerido quando da realização de uma diligência no exterior em virtude da cooperação internacional. Veja DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?* In: *Texas International Law Journal*. Austin, Texas: University of Texas at Austin School of Law, v. 33, n. 3, 1998, p. 425-461.

<sup>41</sup>Leia DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?* In: *Texas International Law Journal*. Austin, Texas: University of Texas at Austin School of Law, v. 33, n. 3, 1998, p. 435-440.

<sup>42</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 2.645*. Voto do Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Publicado no DJe em 16 de dezembro de 2009, p. 14.

<sup>43</sup>“Porém, é preciso observar se a autoridade do Estado rogante é competente para determinar a medida cuja eficácia pretende seja estendida ao território nacional. Trata-se, neste caso, do critério da competência na origem. É possível que determinada medida que, no Brasil, somente seria processada por autoridade do Poder Judiciário seja, na origem, atribuição de outra autoridade, como um membro do Ministério Público.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento na Carta Rogatória nº 998*. Voto Min. Gilson Dipp. Voto Rel. Min. Edson Vidigal. Publicado no DJ em 30 de abril de 2007)

solicitada deve ser cumprida como se inteiramente nacional fosse, observando-se os requisitos legais e garantias constitucionais<sup>44</sup> do ordenamento do Estado requerido. Se o pedido de assistência mútua dirigido ao Cade (cooperação passiva), por exemplo, tem por objeto a realização de busca e apreensão, defende-se aqui que a autorização ou intervenção em sede judicial deverá ser obtida, de forma a assegurar ao interessado as garantias constitucionais cabíveis, como em procedimento inteiramente nacional. Além de conferir maior segurança jurídica<sup>45</sup>, entende-se que a observância à *lex diligência* assegurará a ampla legítima defesa e o contraditório aos interessados, facultando-os inclusive a lançar mão da integralidade dos recursos e remédios constitucionais oferecidos pelo ordenamento brasileiro.

O cumprimento do pedido de assistência mútua em matéria de defesa da concorrência dependerá também de uma análise caso a caso. Nessa análise, deve-se primeiro levar em conta a natureza da medida requerida e a fase em que está o processo na *lex fori*, o que definirá se o ato poderá ser executado por órgão do Cade (Superintendência-Geral, Tribunal, PROCADE, etc), ou por outra autoridade no Brasil, como os Ministérios Públicos e Polícias. Ainda na análise caso a caso, há de ser considerada a eventual possibilidade de conferir cumprimento ao pedido conforme procedimento especial solicitado pela autoridade estrangeira requerente<sup>46</sup>, sempre que a autoridade requerida compreenda ser o ônus de sua execução suportável, bem como o procedimento solicitado não violador de sua ordem interna.

O cumprimento do pedido de assistência dependerá, por fim, da análise da autoridade brasileiro quanto ao interesse público envolvido. O §3º do art. 11 do RICADE, ao disciplinar sobre as causas de recusa ao cumprimento de pedido de cooperação internacional, faculta à autoridade antitruste grau de discricionariedade na aceitação de pedidos, sempre que puder

---

<sup>44</sup>“Mas também é preciso levar em consideração, além da competência na origem, outras disposições do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente as garantias constitucionais. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a quebra de sigilo bancário e o seqüestro de bens situados no território nacional somente podem ser obtidos por meio de ordem judicial, ainda que proveniente de juiz ou tribunal estrangeiro. Não se exige que a decisão seja nacional, mas sim judicial.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento na Carta Rogatória nº 998*. Voto Min. Gilson Dipp. Rel. Min. Edson Vidigal. Publicado no DJ em 30 de abril de 2007).

<sup>45</sup>SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 71, n. 16, mar./abr. 2008, p. 316.

<sup>46</sup>Tal possibilidade é prevista em diversos tratados, acordos e convênios de cooperação internacional assinados pelo Brasil, como, por exemplo, o art. 5.(3) do MLAT assinado entre Brasil e Estados Unidos (BRASIL. Decreto nº. 3.810, de 02 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2012.) e o art. 2(1) do MLAT assinado com o Canadá (BRASIL. Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009. Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6747.htm)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2012).

detectar potencial gravame ao interesse público ou ao interesse nacional essencial. Portanto, entende-se que esse norte deverá sempre guiar o trabalho do Cade, que poderá negar o cumprimento ao pedido sempre que detectar interesse público relevante que poderá ser violado com a execução de solicitação de assistência mútua.

Feitas essas considerações, cabe analisar então duas hipóteses de medidas executáveis segundo a nova normativa do Cade reputadas como mais emblemáticas.

### **3.1. Troca de informações submetidas a sigilo**

Seguindo o exemplo da cooperação desenvolvida entre os órgãos tributários e a entre os reguladores de valores mobiliários e os mercados futuros<sup>47</sup>, o RICADE prevê expressamente a possibilidade de troca de informações sigilosas. A norma é de capital relevância, diante da circunstância de o Cade e demais órgãos antitruste lidarem com diversas matérias sujeitas a sigilo, em especial dados comercialmente sensíveis e informações providas em virtude da assinatura de acordo de leniência ou outros *settlements*.

Conforme a previsão, as informações submetidas a sigilo somente poderão ser intercambiadas caso garantido o tratamento equivalente a tais informações pelo órgão ou entidade no exterior, bem como o uso conforme as demais condições estabelecidas pelo Cade. Tal restrição, assim, somente poderá ser operada mediante uma autorização *expressa* da autoridade brasileira e em casos excepcionais (§ 1º do art. 11 do RICADE). Ainda cabe perceber que a expressa autorização do Cade far-se-á *imprescindível* tanto nos casos de concessão de acesso público pela autoridade estrangeira requerente a tais informações, como em casos de compartilhamento de informações por parte da autoridade estrangeira requerente (§ 2º do art. 11 do RICADE).

Defende-se aqui que seja atitude prudente das autoridades de defesa da concorrência nacional adotar como *praxis* a assinatura de um protocolo específico para balizar a troca de informações. Reputa-se que a celebração de protocolos dessa natureza quando da realização de troca de informações sigilosas oportunizam a estipulação de cláusulas específicas, de forma a vincular as autoridades à garantia de tratamento equivalente e ao respeito de regras e padrões específicas de tratamento para referidas informações.

Com referência ao compartilhamento de informações por parte da autoridade

---

<sup>47</sup> Veja, por exemplo, os arts. 6(56) e 7 do Memorando Multilateral de Entendimento da Organização Internacional das Comissões de Valores.

estrangeira requerente, entende-se também que as diretrizes gerais do *princípio da especialidade*, tradicionalmente relacionado à cooperação jurídica internacional em matéria penal<sup>48</sup>, são uteis ao processo administrativo da defesa da concorrência, em especial o sancionador. Tal princípio refere-se a compromisso, a ser estabelecido de forma expressa<sup>49</sup>, de que as informações obtidas pela cooperação não serão utilizadas pelo Estado requerente para fins diversos dos referidos no pedido, resguardando-se os interesses individuais envolvidos<sup>50</sup>.

Compreende-se que as autoridades antitruste devam adotar zelo semelhante. Para tanto, as autoridades de defesa da concorrência deverão, sempre que prestarem informações sigilosas, consignar expressamente a sua restrição de uso. Isto é, estipular que tais dados somente poderão ser usados para os fins expressos no pedido, não podendo alcançar fins e procedimentos diversos dos estipulados no pedido.

Caso adotado o procedimento, vale referir que a autoridade estrangeira requerente deverá formalizar novo pedido para levantar a restrição imposta, i.e.: um pedido de compartilhamento. Nesse pedido novo, a autoridade requerente deverá incluir descrição completa sobre o procedimento diverso e justificativa da necessidade da utilização das informações. Será com base nessa descrição que a autoridade requerida poderá avaliar a possibilidade jurídica e a oportunidade e a relevância do compartilhamento. Por fim, vale lembrar que, uma vez imposta a restrição, qualquer uso de informações não será autêntico nem legítimo sem a autorização expressa das autoridades brasileiras.

## **3.2. Notificação em jurisdição diversa**

### **3.2.1. Pedidos para a notificação no Brasil**

Entre a ampla gama de medidas executáveis à luz do novo arcabouço sobre cooperação jurídica internacional, uma importante possibilidade é a de cumprimento de

---

<sup>48</sup>cc. "As had become common in such treaties [Mutual Legal Assistance Treaties in Criminal Matters], the use of the information or evidence provided to the requesting state in pursuance of the request is limited to the purposes stated in the request, unless the requested state gives its consent". (MCCLEAN, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2002, p. 215.)

<sup>49</sup>Acerca de jurisprudência sobre o tema no âmbito do direito penal, veja BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Declaratórios na Ação Penal nº 470*. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Publicado no DJe em 30 de abril de 2009.p. 21.

<sup>50</sup>MANFRINI, Pierre Louis. *Entraide Administrative Internationale*. In: JUNOD, Charles-André; HIRSCH, Alain (Eds.). *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscal*. Genebra: Georg, 1986, p. 151 e 160.

solicitação de notificação. Conferir-se-á foco aqui à possibilidade de cumprimento, pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras, de um pedido passivo do estrangeiro, dada a sensibilidade da matéria.

Sobre o tema, recorre-se novamente a necessária e breve digressão sobre a cooperação em outros ramos do direito. Lembra-se que a jurisprudência brasileira tradicionalmente<sup>51</sup> tem adotado o posicionamento de que um dos requisitos para a homologação de sentença estrangeira no Brasil é a citação “válida”, ou seja, a por via da carta rogatória. Não obstante este entendimento firme da jurisprudência brasileira, impende reconhecer que inexistente orientação no mesmo sentido para os demais mecanismos de cooperação jurídica internacional. Não existe, tampouco, lei expressa que determine que a citação para matérias não preparatórias de homologação de sentença estrangeira seja feita por fórmula específica, nem entende a jurisprudência brasileira que a citação deva sempre ser executada por carta rogatória. À luz da interpretação sistemática, entende-se, logo, que a citação por mecanismos de cooperação internacional que não tenha como fim a obtenção de ulterior homologação de sentença estrangeira não prescinde da forma da carta rogatória.

Se pode eventualmente pairar certa incerteza quanto ao modo mais adequado para cumprimento de pedidos passivos para citação (embora, como acima referido, não comungamos dessa vertente), afirma-se que dúvida não deve residir no tocante à execução de pedidos passivos para a notificação cumpridos pelo Cade. A notificação<sup>52</sup> é um procedimento típico do processo administrativo e, neste ponto, difere da citação, instrumento próprio do processo judicial e regido de maior formalismo.

Ainda que plenamente possível a notificação a ser cumprida pelo Cade a favor das autoridades estrangeiras, deve-se ressaltar que tal competência não afasta a de outros órgãos para promover atos de impulso processual em decorrência de pedidos de cooperação jurídica internacional. Conforme já referido, o Decreto nº 7.738/12 e o RICADE não devem ser interpretados de forma a não prejudicar, de forma alguma, disposições referentes a competência de demais órgãos no tema de cooperação jurídica internacional.

---

<sup>51</sup>No entanto, há posições em sentido oposto, como a da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no SE 4.321, em que sentença oriunda da França foi homologada conquanto o réu fora citado mediante via postal, remetida de forma direta a ele pela autoridade judiciária francesa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 4.321. Voto do Rel. Min. Moreira Alves. Publicado no DJ em 07 de agosto de 1992, p. 82.)

<sup>52</sup>Prevista no art. 70 da Lei nº 12.529/11, a notificação provê ciência da instauração do processo administrativo e íntima do prazo para apresentação da defesa aos representados.

### 3.2.2. Notificação postal direta

Outra inovação trazida pela nova normativa do Cade é a possibilidade de notificação postal direta. Prescreve o art. 149 do RICADE:

Regimento Interno do Cade

Art. 149. A notificação inicial do representado conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo, da nota técnica acolhida pela decisão e da representação, se for o caso, e será feita por uma das seguintes formas:

I - por correio, com aviso de recebimento em nome próprio;

(...).

§2º No caso da notificação de representados que residam em países que aceitam a notificação postal direta, a notificação internacional poderá ser realizada por correio com aviso de recebimento em nome próprio.

(g.n.)

A respeito do tema, cabe se discutir a hipótese latente do exercício da jurisdição extraterritorialmente. Como é cediço, caso uma jurisdição tenha que alcançar elementos em outro território e, para tanto, conferir força a alguma medida executória no exterior, necessita estar autorizada ou, ao menos, não proibida pelo Estado estrangeiro para tanto. Se o requisito não é preenchido, o exercício da jurisdição extraterritorial poderá gerar conflitos, como mais propriamente nas hipóteses em que os poderes conferidos pelo Direito Doméstico de um Estado A para a prática do ato executório conflitam com a previsão do Direito Doméstico de um Estado B, onde o ato do Estado A há de ser executado.

No entanto, entende-se que o exercício de jurisdição extraterritorial na norma de notificação postal direta se relaciona não às competências legislativas ou normativas, tampouco às competências judiciais do poder público. Sim relaciona-se à competência executiva ou administrativa do Estado. Nesse sentido, a jurisdição aqui afeta diz respeito ao poder de executar e coagir do Estado, detentor do monopólio do uso legítimo da força cogente. Ao existir a autorização ou ausência de proibição da jurisdição estrangeira para a execução da notificação postal direta, descabe, então, falar-se da geração de constrangimentos frente a Estado estrangeiro ou conflitos de soberania.

Registram-se, em muitos países, legislação doméstica e/ou jurisprudência que compreende como válidos – expressa ou tacitamente – os atos de notificação postal direta produzidos por Estado estrangeiro. A Convenção de 15 de Novembro de 1965 Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Atos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial (*Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and*

*Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*)<sup>53</sup> talvez seja o exemplo mais claro disso, ao prever, em seu art. 10, “a”, a citação e a notificação pela via postal direta feita pelo ente estrangeiro<sup>54</sup>. Conquanto o Brasil não tenha ratificado tal Convenção, a alusão a esse dispositivo é importante, na medida em que demonstra uma prática internacional corrente.

Julga-se que é com base nessa prática internacional e na existência de jurisdições que autorizam ou não negam a notificação postal direta, que o RICADE em seu art. 149, §2º, passou a prever que a notificação poderá se dar pela via postal no exterior. Dessa forma, o Regimento Interno do Cade também regulamenta a notificação por correio prevista no art. 70 da Lei nº 12.529/11, bem como a potestade extraterritorial facultada às autoridades de defesa da concorrência no art. 2º da Lei nº 12.529/11. Para tanto, conforme prevê o dispositivo do RICADE, o representado deverá ter local de residência conhecido e, pela respectiva jurisdição estrangeira, a notificação pela notificação postal direta deverá ser – expressa ou tacitamente – aceita.

Para que a notificação seja válida, esta deverá conter os elementos exigidos pela legislação brasileira, os quais sejam: ser acompanhada de cópia do despacho do Superintendente-Geral que determinou a instauração do processo administrativo, bem como da nota técnica utilizada como motivação para a determinação. Ademais, as traduções de respectivos documentos para o Idioma do Estado destinatário deverão ser anexadas. Por derradeiro, defende-se igualmente que essa notificação postal deverá ser executada por meio do Serviço Internacional de Correio Expresso (*International Express Mail Service*, conhecido por sua sigla “EMS”), mecanismo pertencente à União Postal Universal – UPU, e com a contratação do serviço de correio *registrado* do EMS, que equivale ao Aviso de Recebimento - AR em nome próprio<sup>55</sup>. Essa cautela, como se compreende, é que deverá assegurar a

---

<sup>53</sup>cc A Convenção de Haia sobre Citação no Exterior e Entrega de Documentos Judiciais em Matéria Civil e Comercial, de 1965, objetiva três aspirações básicas: em primeiro lugar, busca simplificar as formas para notificação, citações e entrega de documentos oficiais no exterior, de modo a garantir ao réu pleno conhecimento do processo e seus termos e, ao autor, a integridade jurídica do procedimento judicial. Em segundo lugar, a Convenção de Haia preocupa-se em assegurar ao réu, ou ao receptor da notificação ou documento oficial, o tempo suficiente para preparar sua defesa ou apresentar resposta ao pedido que lhe venha do exterior. Finalmente, objetiva a Convenção estabelecer um meio incontestado de provar-se que a citação foi efetivamente cumprida.” In: HUCK, Hermes Marcelo; SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. A Citação por Carta Rogatória. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: LTr. 1994, p. 151.

<sup>54</sup>cc Artigo 10º. Se o Estado destinatário nada declarar, a presente Convenção não obsta:

a) À faculdade de remeter directamente, por via postal, actos judiciais às pessoas que se encontrem no estrangeiro; (...).” (g.n.) (10ª SESSÃO DA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenção Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Actos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, de 15 de novembro de 1965. Disponível em: <[http://www.hcch.net/upload/text14\\_pt.pdf](http://www.hcch.net/upload/text14_pt.pdf)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2012).

<sup>55</sup>Art. 70, § 2º, da Lei nº 12.529/11.



autenticidade e a veracidade do aviso de recebimento e demais formalidades cabíveis.

#### 4. Conclusão

Com a edição do Decreto nº 7.738/12 e da Resolução nº 1/12 (RICADE), é notável o ingresso das autoridades de defesa da concorrência no Brasil em nova era da cooperação jurídica internacional. Como visto, a inovação normativa alinha o Cade não só às recomendações dos fóruns internacionais de defesa da concorrência, bem como às experiências mais modernas de cooperação agência-agência de outros órgãos administrativos no Brasil, em especial a RFB e a CVM. Aponta-se, por todo o exposto, que o respaldo da cooperação em lei interna que prevê as condições e a profundidade das medidas executáveis faz da cooperação desenvolvida, enfim, *formal e jurídica*, conquanto administrativa.

Como vimos, as principais modificações trazidas pelo novo arcabouço normativo estão nas previsões: do Cade autoridade central para assistência mútua internacional em matéria de defesa da concorrência; das três bases legais para o trâmite e execução dos pedidos; e de ampla gama de medidas executáveis.

Sobre o Cade como autoridade central para o trâmite de pedidos ativos e passivos de assistência mútua em matéria de defesa da concorrência, há de se destacar que essa previsão não dispensa as competências de outros órgãos públicos no Brasil que atuem como autoridade central (inclusive em benefício do próprio Cade, como vimos). Igualmente, há de se ressaltar que a dispensa do trâmite por órgãos intermediários e a maior celeridade e fluidez do procedimento não implicam uma frouxidão quanto ao grau de formalismos exigido: a observância de requisitos tais como o ateste da autenticidade, veracidade e legalidade de documentos e das medidas produzidas é mandatória.

Acerca das bases legais dos pedidos, com base no arcabouço normativo, entende-se que as autoridades de defesa da concorrência poderão cumprir e ter cumprido pedidos com bases legais diversas. Ao contar com uma lei doméstica específica de cooperação jurídica internacional, entende-se também que os Memorandos de Entendimento e as promessas de reciprocidade entre os órgãos homólogos ganham nova tônica.

Com relação às medidas executáveis, como se apontou neste artigo, a gama de possibilidades é vasta de acordo com a nova normativa sobre cooperação jurídica internacional em matéria de defesa da concorrência adotada. No entanto, para que o cumprimento de medidas seja possível, faz-se indispensável a estrita observância ao princípio

da *lex diligentiae*. Segundo esse princípio, o cumprimento dos pedidos deve seguir a forma e o trâmite previsto para a sua execução no Estado *requerido*, conforme previsão em sua legislação e prática domésticas. Compreende-se que será o respeito ao princípio da *lex diligentiae* que assegurará não só a validade do ato executado pela autoridade estrangeira, como também uma adequada operacionalização do novo sistema de cooperação jurídica internacional. É sobre essa ótica, também, que foram analisadas a possibilidade de cumprimento dos pedidos para a troca de informações submetidas a sigilo e dos para a notificação, incluindo-se as peculiaridades dos pedidos para a notificação no Brasil e a notificação postal direta.

Enfim, julga-se que o novo arcabouço é conquista substancial a propiciar o fortalecimento da eficiência e eficácia do poder dissuasório das ações dos órgãos antitruste, em especial no combate aos cartéis internacionais, em cenário de tendência crescente da transnacionalidade do direito concorrencial e de presença de elementos de estraneidade em seus processos administrativos.

## **5. Referências Bibliográficas**

a) Livro

ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Orgs.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 74.

ARAUJO, Nadia de. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça. Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. SALLES, Carlos Alberto e ALMEIDA, Ricardo R. Cooperação Interjurisdicional no Mercosul. Cartas Rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e laudos arbitrais e informação do direito estrangeiro. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 498.

BRUN, Jean-Pierre; GRAY, Larissa; SCOTT, Clive; STEPHENSON, Kevin M. *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2011, p. 140.

CANÇADO, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

COZZI, Carlos Alvarez. *Autoridad Central: Nueva via de cooperación jurídica internacional*. Montevideo: Asociados, 1992.

HUCK, Hermes Marcelo; SILVA FILHO, Antonio Carlos Monteiro da. A Citação por Carta Rogatória. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: LTr. 1994, p. 151.

JATAHY, Vera Maria Barreira. *Do Conflito de Jurisdições – A Competência Internacional da Justiça Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org). *Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 93.

MANFRINI, Pierre Louis. Entraide Administrative Internationale. In: JUNOD, Charles-André; HIRSCH, Alain (Eds.). *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscal*. Genebra: Georg, 1986, p. 145-160.

MCCLEAN, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 188; PIOVENSAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo Sobre Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Guido. A Cooperação Técnica Internacional. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação Técnica Internacional - Estratégia e Gestão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, p. 168-173.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STESSENS. *Apud* MORO, Sérgio Fernando. Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais. In: BALTAZAR JR., José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Orgs.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 51.

STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

TÔRRES, Heleno. *Plurirributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*. t. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 10 ed. Berna: Staempfli Editions, 2004.

b) Periódicos

BERGMAN, Tellechea. La cooperación jurisdiccional internacional entre los Estados partes del Mercosur. *In: Revista Derecho del Mercosur*. Buenos Aires: La Ley SAEeI, n. 1, fev. 1998, p. 66.

CAPATINA, Octavian. L'entraide Judiciaire Internationale en Matière Civile et Commerciale. *In: Recueil des Cours*. Haia/ Boston/ Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 179, 1983, p. 319.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. *In: Revista CEJ*. Brasília: CEJ, a. XI, n. 38, jul./set. 2007, p. 40.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *In: Recueil des Cours*. Haia/ Boston/ Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 251, 1995, p. 258.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, n. 147, jul./set. 2000, p. 186.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, a. XXXII, n. 98, jun./2005, p. 303-331.

NORONHA, Francisco Daniel Holanda. Contribuições Sociais incidentes sobre o comércio exterior. *In: Revista CEJ*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, a. XII, n. 40, jan./mar. 2008, p. 64.

SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation. *In: Recueil des Cours*. Haia/ Boston / Londres: Martinus Nijhoff Publishers, t. 284, 2001, p. 404.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 71, n. 16, mar./abr. 2008, p. 299-316.

TIBURCIO, Carmen. A dispensa da rogatória no atendimento de solicitações provenientes do exterior. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 126, ago. 2005, p. 118.

TIBURCIO, Carmen. Uma breve análise sobre a jurisprudência dos Tribunais superiores em matéria de Direito Internacional no ano de 2006. *In: Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, a. 2, n. 5, jan./mar. 2007, p. 79.

c) Informações retiradas da Internet

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS. *Co-operation between competition agencies in Cartel Investigations: Report to the ICN Annual Conference*. Moscou: ICN, maio 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *ICN Roundtable on Enforcement Cooperation in Washington, DC, March 29, 2011*. Washington: ICN, 2011. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/news-and-events/cooprt.aspx>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions. *Resolution on Principles for Memoranda of Understanding*. Madri: IOSCO, 1991. *Mimeo*. p. 2. Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD17.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2011.

\_\_\_\_\_. *Waiver for Merger Investigations*. Boon: ICN, 2005. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc330.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Best Practices For The Formal Exchange Of Information Between Competition Authorities In Hard Core Cartel Investigations*. Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/35590548.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Centre for Tax Policy and Administration. *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital - an overview of available products*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/document/37/0,3746,en\\_2649\\_33747\\_1913957\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/37/0,3746,en_2649_33747_1913957_1_1_1_1,00.html)>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *DAF/COMP (2012)1*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc794.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information. *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf>>. Acesso em: Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Hard Core Cartels: Third Report On The Implementation Of The 1998 Recommendation* Paris: OCDE, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2752129.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Recommendation Of The Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*. Paris: OCDE, maio 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/2350130.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Revised recommendation of the Council Concerning Co- operation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*. Paris: OCDE, maio 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/21570317.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012

d) Siglas

Cade - Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência  
CIDIPs - Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado  
DRCI - Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional  
ICN - Rede de Concorrência Internacional (*International Competition Network*)  
MLAT - tratado de cooperação jurídica internacional em matéria penal (*Mutual Legal Assistance Treaties*)  
IOSCO - Organização Internacional das Comissões de Valores (*International Organization of Securities Commission*)  
MOU - Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding*)  
OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico  
PGR - Procuradoria Geral da República  
PROCADE - Procuradoria-Especializada do Cade  
RICADE - Regimento Interno do Cade  
SeDH/PR Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
STF – Supremo Tribunal Federal  
TIEA - *Tax Information Exchange Agreement*

## Cartel seria crime? A longa jornada da aplicação unilateral da lei ao consenso internacional<sup>1</sup>

Ariel Ezrachi<sup>2</sup>  
Jir' I' Kindl<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Ambiente heterogêneo entre os regimes nacionais 3. O alcance extraterritorial das sanções penais nacionais 4. Diálogo e Cooperação Internacional 4.1. Cooperação bilateral 4.2. Cooperação Internacional 5. Os limites da cooperação — a procura do consenso 6. Conclusão

### 1. Introdução

A globalização da atividade econômica e empresarial cria novos desafios para aplicação da legislação antitruste. Como cada vez mais problemas concorrenciais transcendem as fronteiras nacionais, as autoridades de concorrência são levadas a cooperar mais na aplicação da lei da concorrência. Os esforços para promover a cooperação e harmonização do direito da concorrência têm tomado diversas formas, englobando desde amplos acordos de sociedade entre entes internacionais aos mais simples acordos bilaterais. Alguns têm disposições vinculativas, outros por estruturas voluntárias e de *soft law*.

O sucesso desses esforços tem variado ao longo dos anos, enfrentando mudanças políticas, econômicas e comerciais<sup>4</sup>. Eles também foram afetados pela inconstância de aspectos nacionais, industriais e econômicos. Embora os processos de globalização tenham mais homogeneidade em assuntos relacionados ao comércio, aprofundando a interdependência estrutural da economia mundial, não conduzem necessariamente a uma redução na soberania nacional e, no que concerne o direito da concorrência, a execução da lei respeitando a soberania ainda impera<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>Artigo originalmente produzido em inglês, a presente tradução realizada por Virgínia de Melo Dantas foi autorizada pelos autores.

<sup>2</sup>Diretor, Centro universitário de Oxford para política e direito concorrencial; Palestrante em Direito concorrencial da Universidade de Oxford; Professor convidado da faculdade Pembroke, Universidade de Oxford.

<sup>3</sup>Associado Sênior do escritório Weil, Gotshal & Manges (Praga); Professor de Direito da Concorrência, Faculdade de Direito da Universidade Charles, de Praga.

<sup>4</sup>Por exemplo, as mudanças de impacto para a economia mundial e da política tiveram esforços tais como a Conferência de Genebra, a Carta de Havana e a OMC. Para uma análise esclarecedora destas e de outras iniciativas, consulte DJ Gerber, *Concorrência Global: Direito, Mercados e Globalização* (Oxford, Oxford University Press, 2010), especialmente cap 2 e 101-107.

<sup>5</sup> Ver, eg Gerber, *ibid*, 53, 56, 74.

Como efeito, a complexidade da arena internacional e a natureza de orientação doméstica da aplicação da legislação de concorrência reduziram as tentativas de avanço de uma legislação a nível global do direito da concorrência<sup>6</sup>. Em vez disso, a assimilação e a cooperação através do diálogo e da promoção de quadros voluntários tomaram a dianteira<sup>7</sup>. Estas estruturas trouxeram consenso mais amplo sobre a política, economia e direito, e deram uma contribuição valiosa para a fusões e aquisições transfronteiriças, para a execução das leis de concorrência e para muito mais<sup>8</sup>.

O sucesso desses esforços internacionais e regionais também tem sido notável na área de combate ao cartel. A Cooperação internacional e o diálogo levaram a um maior consenso sobre os efeitos nocivos da atividade de cartéis e as formas de enfrentá-los no mercado interno e internacional. Diálogos internacionais também apoiaram a proliferação e assimilação dos programas de clemência. Eles têm contribuído para maior coordenação das investigações e aplicação de medidas contrárias em tempo real, caso a caso<sup>9</sup>.

Curiosamente, o consenso quanto aos efeitos nocivos dos cartéis e da necessidade de enfrentá-los internacionalmente ainda não se estende à questão da criminalização. Sobre este ponto, o cenário internacional apresenta uma série de políticas (inconsistentes). Este artigo explora essas inconsistências e considera o papel, o uso e os efeitos da criminalização do cartel em todo o mundo, além de questionar a contribuição da extraterritorialidade unilateral e da cooperação internacional. Acerca do último, reflete na capacidade de diálogo internacional para promover o consenso, considerando a necessidade de sanções penais sobre a conduta chamada '*hard core*' cartel<sup>10</sup>, e a possibilidade de transferir a criminalização de cartel de uma

---

<sup>6</sup>Ver, eg Gerber, *ibid*, ch 3 and 101–11.

<sup>7</sup>Sobre os quadros voluntários ver, por exemplo DD Sokol, "O Futuro da Defesa da Concorrência Internacional e a melhora na capacidade das Agências Antitruste" (2009) 103, *Universidade Internacional de Northwestern, Revisão de Direito* 1081; Um Ezrachi, "O papel das redes voluntárias de cooperação internacional sobre o controle das corporações" (2004) 36 *George Washington International Law Review* 433; RW Damtoft e R Flanagan, "O desenvolvimento de redes internacionais Antitruste" (2009) 43 *Advogado Internacional* 137; eM Fox, 'Ligados: Defesa da Concorrência e as virtudes de uma rede virtual "(2009 ) 43 *Advogado Internacional* 151.

<sup>8</sup>B Sweeney, "Direito da Concorrência Internacional e Política: Uma Obra em Progresso" (2009) 10 *Melbourne Journal de Direito Internacional* 1; Um Pilola, "Avaliação Teorias da Governança Global: Um Estudo de Caso do Regulamento de Defesa da Concorrência Internacional" (2003) 39 *Stanford Journal de Direito Internacional* 207; em Fox, 'A Defesa da Concorrência Internacional e Doha "(2003) 43 *Virginia Journal of International Law* 911; DD Sokol, "monopolistas sem Fronteiras: o desafio institucional de Antitruste Internacional em uma Era Global de Ouro" (2007) 4 *Berkeley Direito Empresarial Journal* 37.

<sup>9</sup>SD Hammond, Vice-Procurador-Geral Adjunto de Execução Penal, DOJ EUA, Divisão Antitruste, "A Evolução de Execução Penal Antitruste nas duas últimas décadas", Trabalho apresentado no 24o Instituto Anual Nacional de Crime de Colarinho Branco (25 de Fevereiro de 2010) 15.

<sup>10</sup>A Recomendação da OCDE de 1998 define "*hard core*" cartel como: "um acordo anticoncorrencial, prática anticoncorrencial concertada, ou arranjo anticoncorrencial por concorrentes para fixar preços, fazer propostas concertadas (concorrer em conluio), estabelecer restrições ou quotas de produção, ou partes ou dividir mercados

jurisdição para outra. Ao fazer isso, destaca-se a natureza interna da criminalização, sua dependência às normas sociais nacionais e da forma como esses fatores podem dificultar o movimento em direção à criminalização internacional<sup>11</sup>.

O artigo tem início na Parte I, descrevendo a paisagem heterogênea da execução penal de legislação nacional contra o cartel ao redor do mundo. As abordagens nacionais restam em um amplo espectro, desde a execução penal, através da retórica proativa de uma aplicação frouxa, à manutenção de um regime exclusivamente civil/ administrativo. Em um contexto internacional, essas assimetrias afetam a eficácia da aplicação da lei contra o cartel, assim como a efetivação de medidas unilaterais e de cooperação internacional.

Nesse sentido, na Parte II, a discussão se volta para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência e de sanções penais. Considera-se a forma como jurisdições têm se engajado na luta contra os cartéis internacionais de modo unilateral e do impacto que isso teve sobre indivíduos e cartéis. Exploram-se as características positivas e negativas de extraterritorialidade e a viabilidade e limitações de uma abordagem unilateral em um ambiente internacional.

Em sequência, na parte III, a discussão centra-se no papel da cooperação internacional e no diálogo para avançar no consenso sobre a análise de cartéis. Chama-se a atenção para os desafios práticos e conceituais de transferir um modelo de execução penal de uma jurisdição para outra.

A Parte IV considera estas deficiências, a nível nacional e internacional, e salienta o papel do consenso social na promoção de um regime eficaz contra a prática criminosa do cartel. Elucida-se como a pressão internacional a favor da criminalização não leva em conta as realidades nacionais, os riscos que podem gerar conflitos entre jurisdições de diferentes políticas e culturas e a criminalização sem combate. A falta de consenso e suas consequências podem comprometer em vez de promover o combate eficiente em favor da concorrência.

---

por alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio ": OCDE, a Recomendação do Conselho relativa a medidas eficazes contra cartéis (C (98) 35/FINAL, 25 de março de 1998) [2a].

<sup>11</sup>Para uma discussão geral sobre a importância das normas de aplicação da legislação antitruste criminal, ver WE Kovacic, "Normas de Execução Criminal em Política de Concorrência: Descobertas da experiência dos EUA", cap 3 deste volume.



## **2. Ambiente heterogêneo entre os regimes nacionais**

Os recentes desenvolvimentos em matéria de cartéis são caracterizados por um aumento na cooperação internacional<sup>12</sup> e pela introdução de políticas mais duras e mais específicas em relação às atividades antitrustes<sup>13</sup>. Estes desenvolvimentos, no entanto, só tiveram efeito limitado em relação à existência, disposição e execução de regimes de cartéis criminais por todo o mundo.

Embora haja sinais de uma tendência em favor da criminalização de cartel, essa tendência está desenvolvendo-se de forma assimétrica por todo o globo<sup>14</sup>. Este padrão inconsistente é interessante, se não surpreendente, dado o consenso entre os executores e os governos sobre os efeitos nocivos dos cartéis. Atividades de cartel foram consideradas "inequivocamente ruins"<sup>15</sup>, interferindo em mercados competitivos e no comércio internacional e prejudicando tanto os países desenvolvidos como os países em desenvolvimento<sup>16</sup>. Há quem considere cartéis como "uma forma leve de crime organizado"<sup>17</sup>. No entanto, enquanto a visão geral é de que atividade cartel atua como "câncer em uma economia de mercado aberta, moderna," cujos efeitos são inteiramente negativos<sup>18</sup>, a divergência surge em relação ao remédio mais apropriado e eficaz contra esta "doença".

De um lado estão os EUA, por sua conta e risco, a favor do compromisso puro e da defesa do combate ao cartel criminoso. Como Baker observa: "Bem mais de 99 por cento de

---

<sup>12</sup>T Calvani, 'Conflict, Cooperation, and Convergence in International Competition' (2005) 72 *Antitrust Law Journal* 1127.

<sup>13</sup>C Harding, 'Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels' (2006) 14 *Critical Criminology* 181.

<sup>14</sup>C Beaton-Wells, 'Australia's Criminalisation of Cartels: Will It Be Contagious?', in *More Common Ground for Competition Law?*, Academic Society for Competition Law Series (Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming); JP Terhechte, 'International Competition Enforcement Law between Cooperation and Convergence—Mapping a New Field for Global Administrative Law' (2009) The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper CCLP (L) 26; AB Lipsky Jr, 'Managing Antitrust Compliance Through the Continuing Surge in Global Enforcement' (2009) 75 *Antitrust Law Journal* 965, 967 where the author refers to 'the three global antitrust tidal waves', the third of which is described as 'a more recent proliferation of new and more powerful enforcement modes ... and the use of criminal remedies for serious antitrust violations'.

<sup>15</sup>OECD, *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead* (2003) 15.

<sup>16</sup>OECD, *Hard Core Cartels*, *ibid.* See also the 1998 OECD Recommendation, which considers hardcore cartels to be 'the most egregious violations of competition law [which] injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others': OECD, Recommendation of the Council, above n 7.

<sup>17</sup>G Spagnolo, 'Leniency and Whistleblowers in Antitrust' in Paolo Buccirossi (ed) *Handbook of Antitrust Economics* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2008) 259 (emphasis in original).

<sup>18</sup>M Monti, 'Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?', Speech at 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm (11–12 September 2000).

todo o tempo de prisão cumprido por infratores antitruste em todo o mundo foi servido em prisões norte-americanas em consequência ao Sherman Act, Seção 1, violações"<sup>19</sup>.

Ocupando o centro do espectro estão as jurisdições que preveem alguma forma de tratamento penal contra cartéis<sup>20</sup>. Estas jurisdições diferem em sua capacidade e incentivo para examinar o processo penal. Entre eles estão jurisdições em que está prevista uma execução penal, mas em que o uso real da contraprestação é mínimo, como no caso da Estônia, Eslováquia e Rússia, por exemplo<sup>21</sup>. Depois, há jurisdições que possuem processos penais, mas que, pelo menos tradicionalmente, têm resistência à imposição de sentenças significativas (como no Canadá, Irlanda e Japão, por exemplo)<sup>22</sup>. Em outros países, as limitadas taxas de sucesso podem afetar o incentivo futuro e a capacidade para processar membros de cartéis<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup>DI Baker, "O uso de remédios do Direito Penal para impedir e punir cartéis e licitações fraudulentas" (2001), 69 *George Washington Law Review*, 693 - 710. Um ponto semelhante é apresentado em T Calvani e Calvani TH, "Penas privativas de liberdade para cartel: uma sanção adequada na Austrália?" (2009), 17. *Jornal da Concorrência e do Direito do Consumidor*, 119, 125: "Só os Estados Unidos impõem significativas penas privativas de liberdade com regularidade".

<sup>20</sup>Para nosso conhecimento, pelo menos 23 outras jurisdições preveem alguma forma de tratamento penal de cartéis. These include: Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, República Tcheca, Estônia, França, Alemanha (somente para manipulação de propostas: ver F-von Wagner Papp, "E se todos os licitantes foram para a prisão e ninguém reparou? Penal aplicação da Lei Antitruste na Alemanha ", cap 7 deste volume), Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Coreia, Noruega, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça e Reino Unido. Esta lista é parcialmente retirada do Grupo Jurídico Global, *O Guia Comparativo Internacional que: Cartéis e leniência 2010* (Grupo Jurídico Global, 2010), que abrange 44 jurisdições.

<sup>21</sup>Por exemplo, no caso da República Tcheca ou da Eslováquia a não execução criminal contra os indivíduos de cartel tem ocorrido até agora. Calvani e Calvani, acima n 16, 124 também apontam que a Estônia e a Rússia nunca impuseram uma pena de prisão contra cartelistas. MS Gal observa que "apesar do amplo alcance do direito [ou seja, a Lei Isreali Penal], casos criminais raramente são considerados em Israel: MS Gal," aplicação extraterritorial de Defesa da Concorrência, o caso de uma pequena economia (Israel) '(2009) *Lei NYU e Economia Working Papers* n ° 168, 8.

<sup>22</sup>Calvani e Calvani mencionam que mesmo nos casos em sentenças de prisão que foram impostas em alguns países (Canadá, Japão e Coreia do Sul), elas tomaram a forma de penas suspensivas, serviços comunitários ou prisão domiciliar: acima de 16 n, 124. Harding menciona França, Irlanda, Japão, Coreia e Noruega, como outros exemplos de aplicação limitada, apesar do fato de que eles são a favor da criminalização dos cartéis: acima de n 10, 192-93. Calvani e Calvani também apontam para a França, Alemanha e Espanha como exemplos de jurisdições que geralmente não criminalizam a prática de cartel, apesar da possibilidade legal geral para o fazer: acima de 16 n, 125. Cf. F-von Wagner Papp, "E se todos os Riggers licitação foi para a prisão e ninguém reparou? Aplicação da Lei Penal Antitruste na Alemanha ", cap 7 deste volume, em relação à abordagem vigorosa para processar manipulação de propostas na Alemanha.

<sup>23</sup>Mais notável a este respeito é o colapso da acusação UK OFT no julgamento contra a British Airways por fixação de preços. Para uma descrição detalhada ver J Josué, "DOA: Pode o Delito Cartel Reino Unido ser reanimado?", cap 6 deste volume. Por outro lado, um exemplo de sucesso de combate aos cartéis no contexto do Reino Unido é o caso do Cartel Marine Hose que é referido como "marco de cooperação" ou "um modelo de coordenação internacional e os resultados monumentais que pode alcançar ", ver SD Hammond, Vice-Procurador-Geral Adjunto de execução Penal, DOJ EUA, Divisão Antitruste, "Desenvolvimentos recentes, tendências e Marcos no Programa da Divisão Antitruste do execução Penal ", documento apresentado na Seção ABA da Lei Antitruste, Anual 56 Reunião de Primavera (26 de Março de 2008) 18-20. Veja também *R v Whittle* [2008] EWCA Crim 2560, [2009] UKCLR 247. Para uma breve descrição do caso e algumas de suas implicações sobre a condenação em casos de cartel no Reino Unido ver Brealey M e N Verde (eds) *Brick Tribunal Contencioso da Concorrência: UK Prática e Procedimentos* (Oxford, Oxford University Press, 2010) 633 -35.

Devido à natureza intrinsecamente nacional do Direito Penal, essas jurisdições não só apresentam diferenças em suas políticas de repressão, como também apresentam variabilidade significativa no projeto de seu esquema legislativo. As diferenças são particularmente visíveis no que diz respeito à definição do delito, a gama de práticas abrangidas, a gama de sanções e a aplicabilidade contra atores corporativos e individuais<sup>24</sup>. Tais diferenças de regras substantivas são complementadas pelas abordagens processuais ou institucionais da execução penal, por exemplo, os órgãos envolvidos, os direitos de defesa, sistemas de negociação e provas<sup>25</sup>. A natureza heterogênea que caracteriza o objetivo é aparente.

No outro extremo, estão as jurisdições que não consideram atividades anticompetitivas de cartel como crimes<sup>26</sup>. Estes pontos de vista refletem dúvidas quanto à relação entre o Direito da Concorrência e o Direito Penal, a gravidade dos acordos de cartel e sua equivalência com as ofensas mais reconhecíveis (a analogia mais comum é o roubo), ou o mérito ao impor punições individuais<sup>27</sup>. Tais visões podem ser resultado da realidade política nacional e refletem o papel que o direito da concorrência desempenha em algumas sociedades ou os poderes da agência nacional de proteção à concorrência. Além disso, em algumas jurisdições, os princípios profundamente enraizados que regem o processo penal (como o princípio da legalidade) podem representar obstáculos ao uso efetivo de técnicas de concorrência eficazes para a aplicação da lei (tais como os programas de clemência ou barganha) que de outra forma podem estar disponíveis no contexto de um processo administrativo<sup>28</sup>. Nesse ponto, é perceptível o regime de concorrência na UE, que permanece inteiramente administrativo. Como tal, ele se esforça para alcançar a dissuasão através da

---

<sup>24</sup>Harding, acima n 10, 189-92.

<sup>25</sup>Beaton-Wells, acima n 11, 40-42; WE Kovacic, "Política de Concorrência e Cartéis: o design dos Remédios" em KJ Cseres, Schinkel MP e Vogelaar FOW (eds) *Criminalização da Aplicação da Lei da Concorrência* (Cheltenham, Edward Elgar, 2006) 41, 42-44; DI e Baker, 'Uma Divisão Duradoura Antitruste no outro lado do Atlântico sobre a possibilidade de Encarceramento conspiradores e Quando Contenha monopolistas abusivas' (2005) *uma Competição Europeia Jornal* 145, 156-58.

<sup>26</sup>Como mencionado no 17, apenas cerca de metade das jurisdições abrangidas pelo guia comparativo Jurídico Internacional para: Cartéis e leniência 2010 prevê a criminalização dos cartéis (ou seja, para a possibilidade de impor penas privativas de liberdade aos indivíduos).

<sup>27</sup>Na experiência austríaca interessante ver P Lewisch, "Aplicação da Lei Antitruste: O Caminho da punição individual Penal Semi-sanções penais na Áustria" em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima 22, 290, 301-303.

<sup>28</sup>Veja, por exemplo, C Vollmer, 'Experiência com sanções penais para as infracções ao direito da concorrência na Alemanha' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 257 menciona que é o caso na Alemanha, onde o uso da política de clemência em relação a infracções penais é muito disputado, inclusive com base em requisitos constitucionais de igualdade e de julgamento justo: no 259. O mesmo pode ser verdade também com relação a outras jurisdições. Trata-se, por exemplo, o caso na República Checa. AP Reindl ", como forte é o caso de imposição de sanções penais em casos de cartel? 'Em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 110, 118-19, mencionado preocupações similares em relação às suecas ou britânicas sistemas jurídicos e' quase certamente 'também em relação a outras jurisdições europeias.

imposição de multas cada vez maiores contra as empresas envolvidas em atividades cartelistas<sup>29</sup>.

Curiosamente, ao longo do espectro, há movimentos nacionais em direção tanto à criminalização quanto à descriminalização. Várias jurisdições que, no passado, eram inovadoras na aplicação da lei penal contra os cartéis *hard core*, mudaram em favor de um regime administrativo, muitas vezes, no contexto de um movimento para 'modernizar' a regulação da concorrência. Wils, por exemplo, menciona Áustria, França, Luxemburgo e Holanda para ilustrar "a tendência de descriminalizar a aplicação da legislação antitruste". A descriminalização foi completa na Holanda e em Luxemburgo, que agora operam regimes puramente administrativos. Na França, as sanções penais ainda são previstas, apesar de o foco da aplicação da legislação antitruste permanecer em multas administrativas contra empresas. Na Áustria, *bid rigging* ainda segue sujeito à persecução criminal<sup>30</sup>.

Enquanto esta disparidade sobre a abordagem da criminalização é um subproduto natural da multiplicidade de regimes nacionais<sup>31</sup> há um custo. Ela afeta a qualidade e a consistência do impedimento, cria incerteza quanto à exposição a sanções penais e, potencialmente, mina o sucesso dos programas de leniência. No que segue, há considerações sobre como os esforços unilaterais e internacionais procuram resolver estas limitações.

### 3. O alcance extraterritorial das sanções penais nacionais

A aplicação extraterritorial das leis tem sido reconhecida na área do Direito da Concorrência<sup>32</sup>, o que permite que Estados protejam seu mercado interno de atividades anti-concorrenciais que, embora ocorram em outros lugares, afetem adversamente a jurisdição de

---

<sup>29</sup>Veja, por exemplo, por comentários antigo Comissário Europeu para a Política de Concorrência, N Kroes, «Reduzir Cartéis-A tarefa sem fim», fala em anti-cartel Execução: Sessão do Painel Penal e Administrativo Política (8 de Outubro de 2009); ou N Kroes, "Reforçar a luta contra os cartéis e Desenvolvimento de Ações Privadas danos antitruste: duas ferramentas para uma Europa mais competitiva", documento apresentado na Comissão / IBA Conferência Conjunta sobre a Política de Concorrência CE (8 de Março de 2007).

<sup>30</sup>Ver WPJ Wils, 'Is Criminalisation of EU Competition Law the Answer?' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n° 23, 74-75.

<sup>31</sup>Ver OCDE, Cartéis: Terceiro Relatório sobre a aplicação da Recomendação de 1998 (2005) 27, que destaca que, em última análise cada país deve adotar a sua própria mistura de "direito" de sanções em uma tentativa de alcançar a dissuasão ideal.

<sup>32</sup>Para uma discussão sobre a aplicação extraterritorial em geral, e da aplicação extraterritorial de legislação antitruste dos EUA e direito comunitário da concorrência, em particular ver, por exemplo, MM Dabbah, a internalização de Política de Defesa da Concorrência (Cambridge, Cambridge University Press, 2003) 159-205; ou Elhauge E e D Geradin, Direito da Concorrência global e Economia (Oxford, Hart Publishing, 2007) 1015-1057; redes voluntárias Ezrachi, 'Limitações ao alcance extraterritorial do Regulamento das concentrações Europeu 'A Ezrachi (2001) 4 Revista de Direito Europeu da Concorrência 137', acima n 4; Gerber, acima n 1, 3 pc.

origem. No contexto da luta contra os cartéis, a aplicação extraterritorial das sanções penais pode compensar algumas das inconsistências discutidas no Título I acima e ajudar a nivelar a forma de aplicação da legislação em todo o mundo.

Em primeiro lugar, o esforço de estender a jurisdição pode levar a externalidades positivas ao agregar o efeito dissuasivo. A sobreposição de regimes de concorrência pode ser valiosa se as violações não forem impugnadas pela jurisdição de origem, devido à falta de normas de concorrência ou pela falta de poder de aplicação das leis<sup>33</sup>. Tal ato também pode auxiliar na superação de disposições nacionais que isentam os cartéis de exportação ao sujeitar esses acordos ilegais aos regimes de concorrência estrangeira<sup>34</sup>. Em alguns casos, a extraterritorialidade das sanções penais pode complementar os procedimentos administrativos em outras jurisdições. Ao se aceitar que a dissuasão em casos de cartel é primordial e que a super dissuasão não traz problemas<sup>35</sup>, a aplicação de leis extraterritoriais (e às vezes, em paralelo) proporciona melhoria valiosa no combate aos cartéis.

Outro subproduto positivo de uma jurisdição mais extensa é a exportação de "valores da concorrência". Além de afetar a dissuasão, a extraterritorialidade também traz uma contribuição conceitual para a percepção pública dos cartéis. Jurisdições que não favorecem a criminalização são "alimentados à força", por meio da aplicação extraterritorial do direito da concorrência às empresas nacionais que operam no mercado global. Enquanto alguns veem isso como positivo, outros discordam.

Apesar de benéfico por aumentar o efeito dissuasivo<sup>36</sup>, por vezes, a extraterritorialidade pode gerar externalidades negativas. No contexto das sanções penais, o

---

<sup>33</sup>É desnecessário dizer que os cartéis puramente nacionais não estão expostos a um tal regime extraterritorial.

<sup>34</sup>A aplicação da concorrência é predominantemente baseado na "doutrina efeitos" (em os EUA, ver, por exemplo *Hartford Fogo Insurance Co v Califórnia*, EUA 509 764 (1993)) e da doutrina de implementação (na UE, ver, por exemplo, *C-89/95 a Ahlstrom Oy contra Comissão das Comunidades Europeias* [1988] ECR 5193). Ver também Terhechte, acima n 11, 28, 41. Sobre o desenvolvimento do alcance extraterritorial do direito da concorrência ver Gerber, acima n 1, 60-78.

<sup>35</sup>Veja, por exemplo, EM Fox, "Cartéis: Uma História de Estados Unidos, e um Programa de Pesquisa para o Mundo" em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 239, 242; MMK Block e JG Sidak, "The Cost of dissuasão antitruste: Por que não Pendure uma Fixer Preço Now and Then "(1980) 68 *Georgetown Law Journal* 1131, 1136-1139; BH Kobayashi, "Agência, antitruste e Anistia: ? uma Análise Econômica da execução Penal das leis antitruste contra Sociedades por Ações (2001) 69 *George Washington Law Review* 715, 733-35.

<sup>36</sup>É preciso reconhecer as principais dúvidas levantadas por alguns, quanto ao valor acrescentado de criminalização em casos de cartel. Existe uma falta de evidência empírica sistemática sobre o efeito da criminalização e o benefício marginal provocada pela dissuasão aumentada. Veja, por exemplo, Reindl, acima n 25, 114-25; P Massey, "Criminalização e clemência seguinte: a combinação favoravelmente afetar a estabilidade do Cartel? "Em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 176, 184; OCDE, terceiro Relatório, acima n 28, 27; ME Stucke, "Moralidade e Antitruste" (2006) *Columbia Business Law Review* 443, especialmente 470-80. Veja também "A dissuasão comparativa entre execução privada e Execução Penal das leis antitruste dos EUA 'RH Lande e JP Davis, (5 de Março de 2010) abstratos [www.ssrn.com/](http://www.ssrn.com/) = 1565693, onde os autores afirmam que há evidências de que o litígio antitruste dissuade comportamento anticoncorrencial mais de DOJ execução penal. Veja também ME Stucke, "Eu sou um fixador preço? Sanções Penais Cartel e Compliance; Uma Análise

risco mais notório é o de que enérgicas sanções penais de uma jurisdição podem prejudicar os procedimentos de leniência administrativas ou penais de outra, o que pode ocorrer quando uma leniência de "não ação" é inadequada ou pouco clara em uma das jurisdições. Além disso, a multiplicidade de regimes de concorrência pode levar a um problema de ação coletiva, a sub-regulação e a conflitos<sup>37</sup>. Também pode surgir a complexidade se os regimes de execução paralela levarem a uma dupla punição<sup>38</sup>. O princípio do *ne bis in idem* contra a dupla incriminação pode representar uma barreira à extradição em tais circunstâncias, se o indivíduo a ser extraditado já tenha sido condenado ou absolvido pelo mesmo crime no país requerido<sup>39</sup>. Além da questão da extradição, pode-se questionar se a punição (ou absolvição) em uma jurisdição deve representar uma barreira à acusação em outra, de forma semelhante ao contexto interno<sup>40</sup>. A complexidade da questão é evidente ao considerar-se a possibilidade de escolha de jurisdição<sup>41</sup>.

A visão útil para os possíveis efeitos do unilateralismo em um ambiente internacional é a criminalização da atividade do cartel segundo a lei antitruste dos EUA e sua aplicação extraterritorial.

A criminalização do cartel foi bem recebida por autoridades norte-americanas como instrumento decisivo que garante a aplicação da lei. Por exemplo, tem-se argumentado que "a dissuasão mais eficaz para a atividade de *hard core*, tais como fixação de preços, manipulação

---

Comportamental de Economia cartéis 'C Parker, 12 pc neste volume': O fosso entre a retórica ea realidade ", cap 11 neste volume.

<sup>37</sup>Elhauge and Geradin, acima n 29, 1014.

<sup>38</sup>As questões associadas ao 'horizontal transnacional ne bis in idem' são bem descritos na JL De La Cuesta, "Jurisdição Nacional e Internacional concomitante Penal eo Princípio" ne bis in idem ", Relatório Geral" (2002) 73 Revista Internacional de Direito Penal 707. Ver também a resolução da Seção IV do Internacional XVII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Beijing, 12-19 Setembro de 2004), Jurisdição Nacional e Internacional concomitante Penal eo Princípio "ne bis in idem " (2004) 75 Revista Internacional de Direito Penal 801.

<sup>39</sup>Para o tratamento da dupla incriminação em processos de extradição do Reino Unido ver também M O'Kane, "Cartéis internacionais, concorrente processos criminais e Extradicação: Prática, Direito e Política", cap 18 deste volume.

<sup>40</sup>A Resolução do XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, acima n 35, reconhece o princípio ne bis in idem a ser uma "demanda da justiça, da segurança jurídica, da proporcionalidade, bem como da autoridade das decisões judiciais» e um "direito humano no campo da cooperação internacional em matéria penal" e propõe princípios-chave para evitar transgressões de que o princípio de dimensão internacional. 41Este risco é também reconhecido na Resolução do XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, acima n 35, por exemplo, pontos II.1, 6 e 7. É interessante ver o efeito da aplicação da lei contra cartel dentro da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [2010] JO C83/389, depois tornou-se obrigatório. Este artigo prevê que: "Ninguém será sujeito a ser julgado ou punido penalmente por um delito pelo qual ele ou ela já foi finalmente absolvido ou condenado dentro do [Europeia] União, em conformidade com a lei". Assim condenação, ou absolvição de um Estado-Membro (por exemplo, Grécia) por um acordo a nível da UE (ou seja, violação da proibição de TFUE art 101) pode representar um bar na acusação em outro Estado-Membro (por exemplo, Reino Unido). A este respeito, será interessante acompanhar, por exemplo, processo de referência recente preliminar iniciada pelo Tribunal Regional de Brno (República Checa), no processo C-17/10 Toshiba Corporation v úrad pró ochranu hospodárské souteže (pendente) que lida com *ne bis in idem* na UE.

de propostas e contratos de alocação, são duras penas de prisão"<sup>42</sup>. Nesse sentido, afirmou-se que o uso 'de processos penais e de sanções contra os indivíduos têm sido os aspectos mais bem sucedidos e importantes da aplicação da legislação antitruste dos EUA'<sup>43</sup>. Em linha com estas declarações, as estatísticas de sentença do Departamento de Justiça estadunidense – DOJ - refletem uma tendência firme de maiores multas corporativas e mais sentenças que envolvem convicções à prisão<sup>44</sup>. Há também mais foco na responsabilidade individual e no aumento da frequência de persecução criminal<sup>45</sup>.

A aplicação extraterritorial da lei antitruste nos EUA reflete essas tendências. Desde 1999, a Divisão Antitruste processou com sucesso mais de 40 estrangeiros por violações às leis antitruste dos EUA<sup>46</sup>. Essa jurisdição mais abrangente atingiu indivíduos na França, Alemanha, Japão, Coreia, Suécia, Taiwan, Reino Unido e em outros lugares. A eficácia da execução penal extraterritorial nos EUA foi ampliada pelo uso dos avisos da INTERPOL<sup>47</sup>. Há relatos de que o efeito desses avisos sobre a liberdade de membros do cartel, ligados a outras medidas de investigação (como a colocação dos temas de investigação na mira dos oficiais de fronteira dos EUA), tem convencido cartelistas a se entregarem às autoridades estadunidenses<sup>48</sup>.

Em um contexto internacional, o regime penal dos EUA ilustra os possíveis benefícios que podem ser obtidos por meio da aplicação extraterritorial das leis. Sua aplicação a atividades que cruzam fronteiras complementa outros regimes administrativos e impulsiona a dissuasão<sup>49</sup>. Em alguns casos, esteia regimes de concorrência avançados que têm as sanções penais, mas raramente as aplica. O caso de extradição do Ian Norris no Reino Unido serve

---

42BA Barnett, Senior Counsel to the Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, US DOJ, Antitrust Division, 'Criminalization of Cartel Conduct—The Changing Landscape', Speech at Joint Federal Court of Australia/Law Council of Australia (Business Law Section) Workshop (3 April 2009) 1.

43D Baker, um ex-Procurador-Geral Adjunto responsável pela Divisão Antitruste, EUA DOJ. Veja Baker, "O uso de remédios do Direito Penal", acima n 16, 713.

<sup>44</sup>Baker, *ibid.* Veja também Hammond, "Desenvolvimentos Recentes", acima de 20 n.

<sup>45</sup>Por exemplo, os valores para 2009 indicam que 80% dos acusados foram condenados à prisão, para um total de 25.396 dias. Veja BA Barnett, acima n 39, ou Hammond, 'Evolução de Execução Penal Antitruste ', acima n 6.

<sup>46</sup>BA Barnett acima n 39.

<sup>47</sup>EUA DOJ, Relatório de Status: Uma visão geral dos recentes desenvolvimentos no programa da Divisão Antitruste do Execução Penal (2004) 3; 'Atividade Cartel Criminalização: Lições da Experiência dos EUA "W Kolasky (2004) 12 Concorrência e Direito do Consumidor Jornal 207, 210; BA Barnett, *supra* n 39, 2.

<sup>48</sup>A Barnett, "Execução global Antitruste", Trabalho apresentado no Georgetown Law Enforcement Simpósio Global de Defesa da Concorrência (26 de Setembro de 2007) 4; Note, no entanto casos em que os indivíduos se recusaram a submeter à jurisdição dos EUA. Veja 'Kane,' M cartéis internacionais, concorrente processos criminais e Extradicação: Direito, Prática e Política ", cap 18 deste volume.

<sup>49</sup>Connor dados revisados quanto 516 dos cartéis duros processados entre 1.990-2.008 e cada um cartel participantes envolvidos com sede em 'duas ou mais nações': JM Connor, "Cartéis e Antitruste Interpretado: Privado cartéis internacionais 1990-2008" (9 de janeiro de 2009 ) AAI Working Paper n ° 09-06. Da mesma forma ammond menciona que "a actividade internacional cartel típico consiste de uma empresa dos EUA e três ou quatro de seus concorrentes que são líderes de mercado na Europa, Ásia e em todo o mundo": "Desenvolvimentos Recentes", acima n 20 de 17.

como um exemplo de tal benefício, como também destaca algumas de suas limitações. Neste caso, a falta de criminalidade em ambas as jurisdições prevê uma rota de fuga na medida em que a extradição tem por base a natureza criminosa do acordo de cartel em questão<sup>50</sup>. De modo mais genérico, a aplicação extraterritorial das sanções criminais dos EUA, para ambos empresas e indivíduos, foi a força motriz e ajudou a moldar as políticas de outros organismos e a promover os valores da concorrência mundialmente<sup>51</sup>.

A política dos EUA tem afetado diretamente as operações de cartéis que cruzam fronteiras. Relata-se que, devido às duras sanções penais e as penas privativas de liberdade, os cartéis internacionais tem escolhido não estender a sua atividade para o mercado dos EUA, em uma tentativa de evitar a detecção e as sanções estadunidenses<sup>52</sup>. Enquanto tais atos ilustram a força do regime de execução e seu impacto sobre a concepção de atividade de cartel ilegal, ele também destaca as limitações da extraterritorialidade. Os membros do cartel podem reagir à aplicação unilateral dos EUA, evitando este regime agressivo, mas, na medida do possível, eles ainda vão atuar fora de sua jurisdição. Esta adaptação inteligente por membros do cartel mina a capacidade de outros regimes em beneficiar-se do regime duro dos EUA e demonstra os limites da abordagem unilateral de execução dos cartéis globais.

Estes limites decorrem de sobreposição imperfeita entre fronteiras dos estados e os efeitos anticoncorrenciais que a aplicação da legislação da concorrência inicia. Posteriormente, a aplicação de orientações domésticas sobre a extraterritorialidade raramente representa a totalidade dos efeitos anticoncorrenciais e resultará em dissuasão inferior<sup>53</sup>. Cada vez mais, regimes nacionais diferenciam-se na sua motivação para regular certas atividades, uma vez que os efeitos de bem-estar social diferenciam-se de uma jurisdição para outra a depender das práticas anticoncorrenciais<sup>54</sup>. Enquanto a atividade cartel pode ser prejudicial no

---

<sup>50</sup>Norris v Estados Unidos da América [2008] UKHL 16, [2008] 920 AC.

<sup>51</sup>Harding, acima n 10, 194-97; Um Riley, "Editorial-Desenvolvimento de Direito Penal Cartel: Lidando com os problemas do crescimento" (2007) 4 Revista de Direito da Concorrência 1.

<sup>52</sup>SD Hammond, "Dificuldades de um Programa de Leniência Eficaz", Trabalho apresentado no ICN Workshop sobre programas de leniência (22-23 novembro 2004) 8-9, SD Hammond, "Sanções ideal, Dissuasão ideal", documento apresentado na Conferência Anual da ICN (6 Junho de 2005) 9.

<sup>53</sup>Sobre este ponto ver, por exemplo, JM Connor, 'extraterritorialidade da Lei Sherman e Dissuasão da Privadas cartéis internacionais' (Julho de 2004) Documento de 04-08, Departamento de Economia Agrícola, Universidade de Purdue, onde o autor mostra (com base em fatos em matéria de gestão e acompanhamento do cartel vitaminas global) que "mesmo sob ideais resultados do Ministério Público, na ausência de extraterritorialidade completo, o alcance global dos cartéis modernos assegura que os pagamentos monetários de culpados cartelists internacionais não pode ter sucesso em disgorging todos os lucros cartel ilegal": at 18; Fox, acima n 5. No ponto em que um 'precisa de uma multa global para impedir dano global', ver também Stucke, "Eu sou um fixador Preço?", Acima de 33 n.

<sup>54</sup>MS Gal, 'antitruste em uma Economia Globalizada: Os Desafios de Execução únicos enfrentados pelo pequeno e pelo desenvolvimento de Jurisdições' (2009) 4-6 orks.bepress.com/michal\_gal/3.



exterior, pode também, por vezes, ter efeitos positivos ou neutros internamente<sup>55</sup>. Isso é válido principalmente para cartéis que exportam, nesses casos presume-se que há transferência do bem-estar dos clientes de uma jurisdição para os produtores de outra<sup>56</sup>. Alguns podem ver isso como "uma alocação racional de autoridade à jurisdição que tem os melhores incentivos para punir conduta anticompetitiva"<sup>57</sup>. Por outro lado, os estados pequenos e em desenvolvimento podem ser menos equipados ou mais limitados na aplicação da lei contra os cartéis internacionais que envolvem empresas internacionais<sup>58</sup>. No último caso, essas empresas beneficiam-se da proteção do poderoso regime extraterritorial, desde que os seus interesses estejam alinhados<sup>59</sup>.

Embora de forma geral seja benéfico, o papel da extraterritorialidade num ambiente internacional é limitado. Além disso, lembre-se de que, fora dos regimes dos EUA, muitos regimes têm uma aplicação inconsistente e esparsa de sanções penais. Isso enfraquece ainda mais o potencial papel desempenhado pela aplicação da extraterritorialidade das sanções penais contra as atividades de cartel. A matriz complexa de regimes criminosos unilaterais, cada uma sendo diferente na cobertura, na leniência, no procedimento, e na frequência de aplicação, destaca a fraqueza da abordagem unilateral e da necessidade de cooperação internacional<sup>60</sup>.

#### **4. Diálogo e Cooperação Internacional**

A cooperação internacional no domínio da aplicação de lei contra cartel pode concentrar-se em coordenação de ações extraterritoriais, facilitação da coleta de provas e da extradição<sup>61</sup>, e do alinhamento de regimes unilaterais, de forma a minimizar as externalidades

---

<sup>55</sup>Ibid.

<sup>56</sup>Ibid, 36.

<sup>57</sup>Elhauge Geradin e, acima de n 29, 1012.

<sup>58</sup>Gal, acima n 51, 21-26, 31. Ver também Gerber, acima n 1, 76-77.

<sup>59</sup>Gal, acima n 51, 12-20, 24, 28-29, 34. Veja também o testemunho de EM Fox antes da Modernization Commission Antitruste, audiência sobre questões internacionais (15 de Fevereiro de 2006) 12-13. Considerações domésticas podem fazer a confiança em jurisdições estrangeiras como a aplicação da política intragável. Ver geralmente J Fingleton, 'Agências de concorrência e dos mercados globais: Desafios Para o Futuro' (5 de Junho de 2009) [www.ofc.gov.uk/shared\\_ofc/speeches/2009/spe0909paper.pdf](http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/2009/spe0909paper.pdf).

<sup>60</sup>Por exemplo, nem todas as jurisdições que proporcionam criminalização têm regimes de clemência individuais além da clemência aplicados a empresas. Sobre este ponto ver geralmente MJ Frese, 'A Interplay negativa entre nacionais penas privativas de liberdade e tolerância' em Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima de 22 n, 196, 208-209. Veja também Gerber, acima n 1, 89-95, 116-17, 290-92, sobre vários problemas associados com a abordagem unilateral ou o que ele chama de "jurisdictionalism unilateral".

<sup>61</sup>Elhauge Geradin e, acima de n 29, 1012-1013.

negativas e a aumentar o poder de dissuasão<sup>62</sup>. Além disso, a cooperação pode promover a assimilação dos vários regimes unilaterais através da convergência de leis e políticas.

Por meio de acordos bilaterais, regionais e internacionais, a cooperação na área de direito da concorrência fornece uma ampla gama de plataformas vinculativas e voluntárias. O papel desempenhado por cada um desses quadros para avançar a cooperação tem sido analisado em detalhe em outro lugar e está fora do escopo deste capítulo<sup>63</sup>. A discussão que segue considera o papel da cooperação internacional e do diálogo para o desenvolvimento de uma aplicação mais consistente de um regime penal mundial.

#### **4.1. Cooperação bilateral**

As ferramentas de cooperação bilateral abrangem um amplo espectro de arranjos que variam de acordos específicos de concorrência, incluindo acordos de cooperação formais entre governos<sup>64</sup> ou acordos menos formais entre agências, ou por meio de acordos<sup>65</sup> relacionados com o comércio ou por parcerias econômicas<sup>66</sup>, até por acordos não específicos de concorrência como acordos de assistência mútua em matéria penal ou extradição<sup>67</sup>. Uma variedade semelhante de acordos de cooperação parece estar associada aos esforços internacionais para combater a criminalidade transfronteiriça em geral e também em outras

---

<sup>62</sup>Veja, por exemplo, a Seção de Direito Antitruste da ABA, leis de concorrência fora dos Estados Unidos (2001) 112 e seguintes; Terhechte, acima n 11; Lipsky, n 11, 971-80; EM Guzman, "The Case for Antitruste Internacional 'na AR Epstein e MS Greve (eds), Leis de Concorrência em Conflito: Jurisdição Antitruste na Economia Global (Washington, American Enterprise Institute Press, 2004) 99, 114-20; Um Ezrachi ", das concentrações e Transfronteiriço Transações-uma visão pragmática sobre a Cooperação , Convergência e que há entre 'em P Marsden (ed) Manual de Trans-Atlantic Antitruste (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007) 622-41.

<sup>63</sup>Note, por exemplo, a Rede Europeia da Concorrência, ECN programa de clemência Modelo: Relatório de Avaliação do Estado de Convergência (2009), que discute os desenvolvimentos com respeito à interação entre regimes de leniência na UE.

<sup>64</sup>P Lowe, ex-diretor Geral da Concorrência da CE, menciona os acordos firmados pela CE com os EUA (1991), Canadá (1999) e no Japão (2003) como exemplos de tais acordos intergovernamentais. Veja P Lowe, "Cooperação Internacional entre as autoridades da concorrência: Conquistas e Desafios", Discurso no 4 ° Fórum competição Seoul International (5 de Setembro de 2006) 2. Veja também Paulis E, "Cooperação Internacional contra cartéis", documento apresentado na conferência sobre cartéis ACCC Cracking (24 Novembro 2004) 6. A partir da perspectiva dos EUA, ver, por exemplo, ABA, acima n 610, 113-16. Na competição específicos acordos de cooperação ver também ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre a cooperação entre as autoridades da concorrência em investigações de cartel (Maio de 2007) 17-19.

<sup>65</sup>Lowe, refere-se, por exemplo, ao Memorando de Entendimento com a Coreia (2004) como um exemplo disto: *ibid.*, 2. Para assistência informal pelo DOJ e FTC EUA para estrangeiros autoridades antitruste ver ABA, acima n 610, 117.

<sup>66</sup>Veja Lowe, acima n 61, 2-3; Paulis, acima n 61, 6.

<sup>67</sup>Veja, por exemplo, P Gully-Hart, "cooperação entre autoridades centrais e autoridades policiais: A nova face da Assistência Jurídica Internacional em Matéria Penal" (2005) 76 *Revista Internacional de Direito Penal* 27; WC Gilmore (ed), *Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal e Assuntos Regulatórios de negócios* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995) xIX.

áreas, como na evasão fiscal, distribuição de informações privilegiadas, lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas<sup>68</sup>.

Cooperação bilateral sobre concorrência é sem dúvida a forma mais eficaz de cooperação. Na verdade, “a maior parte da cooperação na aplicação da legislação antitruste internacional é bilateral, quer baseada formalmente em acordos bilaterais, ou informalmente em caso a caso”<sup>69</sup>. Na área de combate ao cartel, a cooperação bilateral tem facilitado, significativamente, a descoberta, a investigação e a repressão dos cartéis internacionais<sup>70</sup>. A coordenação de buscas surpresa, a troca de informações e a partilha de técnicas de investigação são apenas algumas das áreas que se beneficiaram da cooperação na luta contra os cartéis.

Embora a cooperação bilateral forneça uma ferramenta importante para o desenvolvimento de uma eficiente colaboração transfronteiriça, ela está limitada em sua capacidade de avançar a um consenso amplo<sup>71</sup>. A cooperação próxima pode, por vezes, facilitar a aproximação entre duas jurisdições, contudo não pode promover a harmonização internacional efetiva. Nesse sentido, o diálogo bilateral fornece um veículo inferior para o debate político internacional.

## **4.2. Cooperação Internacional**

Estruturas internacionais não vinculativas contribuem muito para a aproximação e a harmonização entre as agências de concorrência. A superioridade de tais quadros sobre acordos internacionais mais vinculativos foi discutida em detalhes em outros trabalhos<sup>72</sup>. O benefício mais impressionante das estruturas voluntárias é o aspecto inclusivo. Iniciativas não vinculativas permitem que jurisdições façam parte do desenvolvimento de diretrizes, sem

---

<sup>68</sup>Sobre a importância da assistência mútua em matéria penal tratados de execução competência criminosa ver, por exemplo, ABA, acima n 0, 116-17. Veja também ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61, 15-17. Sobre extradição ver, por exemplo M O'Kane, "Cartéis internacionais, concorrente processos criminais e extradição: Prática, Direito e Política", cap 18 deste volume. Outras formas de cooperação internacional em matéria penal pode envolver transferência de processos penais ou transferência de pessoas condenadas a cumprir pena no exterior, mas estes parecem ser de importância limitada na aplicação da competência contra os cartéis até agora. Dada a falta de aplicação da concorrência criminosa a nível da UE, não é surpreendente que nem Lowe, acima n 61, nem Paulis, acima n 61, acordo com os tratados sobre assistência mútua em matéria penal.

<sup>69</sup>ABA, acima n 0, 112. Para uma visão geral do número de nota de acordos bilaterais, por exemplo, a DG Concorrência da CE lista de concorrência específicas relações bilaterais entre a UE e países terceiros no seu site: [ec.europa.eu / competição / internacional / bilateral / index.html](http://ec.europa.eu/competição/internacional/bilateral/index.html). Da mesma forma, uma lista de acordo de cooperação antitruste firmado entre os EUA podem ser encontrados no site do Departamento de Justiça dos EUA: [www.justice.gov / atr / public / internationalint\\_arrangements.htm](http://www.justice.gov/atr/public/internationalint_arrangements.htm).

<sup>70</sup>Terceiro relatório da OCDE, Terceira, acima n 28, 30-32.

<sup>71</sup>Lowe, acima, n° 61, 3.

<sup>72</sup>Ezrachi, "Redes voluntárias", acima n 4; Ezrachi, "Controle das concentrações", acima de 60 n.

comprometer a sua soberania. Como tal, as iniciativas voluntárias contornam as dificuldades tipicamente associadas a estruturas de ligação, permitindo que diferentes jurisdições ponderem em conjunto sobre a legislação e o processo de execução em torno dos cartéis nacionais e internacionais.

Três fóruns predominam no cenário multilateral, avançando em orientações não vinculativas e em novas estruturas para o Direito da concorrência. Estes são a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a OCDE e a ICN<sup>73</sup>. Os trabalhos desses fóruns têm sido direcionados para temas diversos relacionados à concorrência, incluindo o desenvolvimento de formas de aplicação da lei da concorrência e de coordenação entre as agências de concorrência na luta contra cartéis<sup>74</sup>.

Por exemplo, a OCDE publicou numerosas diretrizes e recomendações a fim de facilitar o compartilhamento de informações e a coordenação do trabalho de monitoramento<sup>75</sup>. Tais trabalhos são complementados pelas atividades atuais com a finalidade de promover a cooperação em matéria de aplicação da legislação contra cartel e no monitoramento contínuo de programas antitruste<sup>76</sup>. Adicionalmente, reuniões sob os auspícios do Comitê de Concorrência da OCDE e do Fórum global da concorrência desempenham um papel importante, uma vez que proporcionam um fórum para discutir questões relacionadas à luta internacional contra os cartéis<sup>77</sup>.

A UNCTAD, por exemplo, publicou uma legislação modelo para concorrência<sup>78</sup> que é o conjunto de princípios sobre a concorrência das Nações Unidas<sup>79</sup>. A Conferência tem

---

<sup>73</sup>Terhechte, acima n 11, 66; Gerber, acima n 1, 112-16.

<sup>74</sup>Além dessas iniciativas internacionais, fóruns regionais têm sido bem sucedidas na promoção de assimilação. Deixando de lado a UE, que tem o que é amplamente considerado como o mais bem sucedido regime de lei regional competição, destacam-se acordos como COMESA, CARICOM, MERCOSUL ou da UEMOA que aumentam a concorrência de execução em relação ao partido countries. See MS Gal 'acordos competição regional Direito: um passo importante para a aplicação Antitruste "(Novembro de 2009) NYU Centro de Direito, Economia e Organização, Relatórios de Pesquisa, Working Paper n ° 09-47. Ver também ABA, acima n 610, 123-29; Gerber, acima n 1, 109-11.

<sup>75</sup>Especialmente OCDE, a Recomendação Revista do Conselho relativo à cooperação entre os países membros no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afectam Comércio Internacional (C (95) 130/FINAL, 27 de Julho de 1995); OCDE, a Recomendação do Conselho, acima n 7; OCDE, Melhores Práticas para o intercâmbio formal de informações entre as autoridades de concorrência em Investigações de Cartel Hard Core (Outubro de 2005).

<sup>76</sup>Veja, por exemplo, várias mesas-redondas da OCDE Melhores Práticas de política, por exemplo, recentemente como experiência relação com assentamentos em casos de cartel, todos disponíveis em [www.oecd.org / competition / mesas redondas](http://www.oecd.org/competition/mesas-redondas) ou relatórios regulares da OCDE sobre a implementação da Recomendação de 1998 do Conselho, acima n 7. Sobre as atividades da OCDE, ver, por exemplo, Reindl, acima n 25, 111-13 ou Gerber, acima n 1, 112-13.

<sup>77</sup>Veja Paulis, acima n 61, 2. Por exemplo, o mais recente foi o 9 ° Fórum Global da Concorrência, que teve lugar em 18-19 de Fevereiro de 2010, em Paris. Um dos seus temas principais foi convivência e corrupção em compras públicas, incluindo experiências na luta contra a fraudes as licitações.

<sup>78</sup>UNCTAD, a Lei Modelo sobre a Concorrência: substantivos e possíveis elementos para uma lei da concorrência, comentários e abordagens alternativas as Legislações existentes (Nova York e Genebra, Nações Unidas, 2007).

anualmente a reunião do Grupo Intergovernamental de peritos em direito e política de concorrência. Suas atividades se relacionam de forma significativa com o direito da concorrência e as peculiaridades da política associada com jurisdições em desenvolvimento, incluindo assistência técnica aos países em desenvolvimento, com elaboração e aplicação de suas primeiras leis de concorrência e discussões sobre cooperação entre as agências (quando as agências menos experientes de países em desenvolvimento estão envolvidas) em investigações contra cartéis<sup>80</sup>.

A ICN tem prestado uma relevante contribuição na área de cooperação em matéria de aplicação da legislação concorrencial por meio do desenvolvimento de instrumentos de *soft law* (diretrizes, manuais e relatórios) sobre formas de abordar instituições, troca de informações, renúncias, penalidades e cooperação regional<sup>81</sup>. Tem também contribuído para a compreensão dos obstáculos à cooperação<sup>82</sup>. O principal ponto positivo deste órgão é que ele envolve diretamente executores da defesa da concorrência de praticamente todas as autoridades de concorrência no mundo<sup>83</sup>. No que concerne a aplicação da legislação antitruste, é particularmente notável o manual sobre legislação antitruste da ICN, composto de capítulos que tratam de questões de aplicação diversos, tais como buscas, apreensões e inspeções, elaboração e implementação de programas de leniência e coleta de evidências digitais, dentre outros tópicos<sup>84</sup>. A ICN também tem contribuído para o desenvolvimento de relações transfronteiriças entre as agências de concorrência e a coordenação de investigações de cartéis e leniência em tempo real<sup>85</sup>. Embora estes esforços internacionais harmonizam um fórum útil para avançar na convergência da aplicação e da política, é interessante considerar o seu papel na promoção do consenso quanto a criminalização de cartéis.

Não é surpresa que os EUA, que tem estado na vanguarda da luta contra os cartéis criminosos, forneçam a base para o debate da criminalização em nível internacional e levaram ou "orquestraram" a campanha para que cartéis fossem considerados e tratados como um

---

<sup>79</sup>UNCTAD, Conjunto de Princípios e Regras sobre concorrência das Nações Unidas: o conjunto de princípios equitativos acordados multilateralmente e regras para o controle de práticas comerciais restritivas (Genebra, das Nações Unidas, 2000).

<sup>80</sup>Gal, acima 51, 32; Terhechte, acima n 11, 67; Paulis, acima n 61, 2; Gerber, acima n 1, 113-15.

<sup>81</sup>Veja, por exemplo, Gal, acima 51, 33; Terhechte, acima n 11, 66; Paulis, n acima de 61 anos, 2. Veja também ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61; ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre Assentamentos Cartel (Abril de 2008); ICN, cartéis relatório do Grupo, para a conferência anual sobre "Definição Conduta Cartel Hard Core, instituições eficazes, sanções eficazes", blocos de construção para Regime Anti-Cartel eficaz (6-8 Junho de 2005) vol 1.

<sup>82</sup>Veja, por exemplo, ICN, a cooperação entre as autoridades da concorrência, acima n 61, 23-24.

<sup>83</sup>Para uma descrição mais detalhada da função e das discussões dentro ICN ver, por exemplo, Gal, n acima 51 33 e seguintes; Gerber, acima n 1, 115-16.

<sup>84</sup>Disponível em [www.internationalcompetitionnetwork.org/trabalho-grupos/corrente/cartel/manual.aspx](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/trabalho-grupos/corrente/cartel/manual.aspx).

<sup>85</sup>Consulte Para Barnett, acima n 45, 2-5.

crime<sup>86</sup>. Desde a acusação de alto perfil do Cartel de Lisina<sup>87</sup>, passando pelo Cartel das vitaminas<sup>88</sup>, a propaganda dos EUA em favor da criminalização vem ganhando força e afetando percepções domésticas (nos EUA) e internacionais sobre cartéis<sup>89</sup>. O debate internacional ecoou essas normas internas dos EUA. Por exemplo, a recomendação da OCDE de 1998 sobre os cartéis *hard core* exige “sanções eficazes, em um nível e de natureza adequados para impedir que empresas e pessoas físicas participem de cartéis [hard core]”<sup>90</sup>, foi patrocinada pelos EUA<sup>91</sup>. Destaca-se também as atividades recentes na ICN, onde o Grupo de Trabalho sobre Cartel voltou sua atenção de forma significativa para os problemas associados com a criminalização dos cartéis. Por exemplo, os temas de discussão propostos no âmbito do seu Plano de Trabalho 2009-2010 incluem, entre outras coisas: "Considerações na elaboração de legislação sobre criminalização de cartel... leniência para os indivíduos ... construção de relacionamentos com os promotores criminais para garantir um compromisso com a aplicação eficaz da legislação... Explicando a importância de sanções penais como um impedimento para o judiciário, no âmbito de processos criminais antitruste"<sup>92</sup>.

Em que extensão estes esforços levaram a proliferação de aplicação legislação penal contra cartel ainda é desconhecida, assim como a eficácia desses futuros regimes. Será que eles se reunirão aos EUA como regimes proativos ou ocuparão a outra extremidade com sanções penais não aplicadas? Esta questão expõe o limite do diálogo internacional e muda o foco para o papel do consenso em um país.

## 5. Os limites da cooperação — a procura do consenso

A criminalização está acima da esfera do direito da concorrência. Alimenta-se da percepção social interna de ambas a atividade de cartel e da conduta criminoso. A percepção (moral) da "ilicitude" da conduta em questão é de suma importância para o que a reforma

---

<sup>86</sup>Harding, acima n 10, 194 et seq; Beaton-Wells, supra n 11, 2.

<sup>87</sup>As circunstâncias do Cartel Lisina e sua investigação são bem descritos em K Eichenwald, O Desinformante. A True Story (Nova York, Livros Portobello, 2000) ou JB Lieber, Rats in the Grain: Os truques sujos e provações da Archer Daniels Midland (Nova Iorque, quatro paredes oito janelas, 2000).

<sup>88</sup>Para um exame detalhado do Cartel de Vitaminas ver JM Connor, 'Os Grandes Conspirações globais vitaminas, 1985-1999' (Abril de 2008) [www.ssrn.com/abstract=1120936](http://www.ssrn.com/abstract=1120936)

<sup>89</sup>Harding, acima n 10, 194-97.

<sup>90</sup>OCDE, a Recomendação do Conselho, acima n 7, Seção IA, ponto 1 (um).

<sup>91</sup>Harding, acima n 10, 196.

<sup>92</sup>Cartel Plano de Trabalho Grupo de Trabalho 2009-2010 ", apresentado na Conferência Anual da ICN 8 (03-05 junho 2009)

tenha um avanço relevante<sup>93</sup>. Isso é assim desde que sanções penais mais efetivas são reservadas às condutas verdadeiramente e inequivocamente censuráveis<sup>94</sup>.

A Ilícitude de determinada conduta não pode ser equiparada a sua nocividade, mesmo que haja, obviamente, certas interconexões<sup>95</sup>. Assim, o fato de os cartéis *hard core* serem tratados como extremamente prejudiciais não é por si só suficiente para a sua criminalização<sup>96</sup>. Da mesma forma, o fato de as sentenças de prisão contribuírem para o efeito dissuasivo em um sistema de aplicação da legislação antitruste contra os cartéis, por si só não justifica a imposição de sentenças penais<sup>97</sup>.

É certo que, "através da determinação e da punição de determinada conduta como 'criminosa', o sistema legal envia uma mensagem de que tal conduta é digna de censura"<sup>98</sup>. No entanto, ausentes outras crenças morais nacionais correspondentes, a rotulagem rendeira poucos, se algum benefício. Como observado por Green:

O conflito e a ambiguidade moral serão o resultado da existência de uma lacuna entre o que a lei e um segmento significativo da sociedade considera moralmente questionável<sup>99</sup>.

Por conseguinte, o sucesso do diálogo internacional não pode ser medido pelo número de jurisdições que utilizam a criminalização para cartéis *hard core*. Em vez disso, deve ser medido pela a eficácia de tais regimes. Essa efetividade só pode ser alcançada por meio da aceitação social de cartéis como crimes.

Nesse contexto, a diferença entre os EUA e a UE a respeito do tratamento de cartéis como crimes é impressionante. Nos EUA é socialmente aceitável que os cartéis sejam

---

<sup>93</sup>Isto não é surpresa se levarmos em conta as conexões intrínsecas entre moralidade e direito penal. A este respeito ver, por exemplo JC café Jr: 'Será que "ilegal" Mean "Criminal": Reflexões sobre a Distinção Tort / Crime Disappearing em Direito norte-americano?' (1991) 71 Boston University Law Review 193, 233-38; Stucke 'moralidade ', acima n 33, 531-34; ou mais geralmente um Duff, " Teorias do Direito Penal ", na EN Zalta (ed) The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edição Outono de 2008) (2008) lato.stanford.edu / archives / fall2008/entries/criminal-law /; HLA Hart, Castigo e Responsabilidade (Oxford, Clarendon Press, 1968), por exemplo ch 1.

<sup>94</sup>SP Green, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime* (Oxford, Oxford University Press, 2006) 1.

<sup>95</sup>Ibid, 39-47.

<sup>96</sup>Veja a discussão em R Williams, "Cartéis na Paisagem Direito Penal", cap 13 neste volume.

<sup>97</sup>Duff, acima n 90, seção 5. Veja também Stucke, "moralidade" acima n 33, 538-39. Em qualquer caso, lembre-se que o argumento de dissuasão aumentado tem sido questionado por alguns: ver acima n 33.

<sup>98</sup>Green, acima n 91, 46 (citações omitidas).

<sup>99</sup>Green, supra n 91, 46 (citações omitidas). Um ponto semelhante é feita, a partir de uma perspectiva sociológica, em DJ Galligan, *Direito na Sociedade Moderna* (Oxford, Oxford University Press, 2007) 228: "Um dos pressupostos em que idéias sobre direito penal se baseiam, essencialmente, é a relação harmoniosa entre sociais relações e normas, por um lado, e as definições legais de crime, por outro lado. Nesta hipótese, a lei penal tem suas origens nas relações sociais, e é então tomado e apoiado por lei estadual e suas agências. Direito assume tanto a definição do crime e sua aplicação, mas o faz de uma maneira destinada a manter estreitas ligações com as relações sociais a partir do qual se origina. Sem congruência estreita entre os dois, a legitimidade do direito penal e da capacidade do Estado de executar seria severamente limitada. "

processados criminalmente e que os infratores sejam presos<sup>100</sup>. Por outro lado, na UE, apesar da recente discussão sobre a criminalização, não há consenso social e político semelhante<sup>101</sup>. Surpreendentemente, isso também ocorre nos Estados-Membros que preveem sanções penais. Por exemplo, foi relatado que apenas 10 por cento dos britânicos entrevistados eram favoráveis à prisão dos indivíduos responsáveis pela operação de cartéis<sup>102</sup>. Apenas sete por cento dos entrevistados achavam que fixação de preços fosse comparável ao roubo, enquanto a maioria significativa (65 por cento) simplesmente não sabia a que outra prática criminosa podia ser comparada<sup>103</sup>. Em outros grandes países da UE, esses números podem ser ainda menores.

Pode-se questionar o que favorece os EUA em relação à criminalização que não há em outras jurisdições. Indiscutivelmente, o tratamento persistente e público dado pelas autoridades norte-americanas às violações como cartel como crimes extremamente graves ajudou a desenvolver uma 'norma interna' que considera certas violações contra a economia dignas de condenação<sup>104</sup>. Tal norma convence e afeta círculos eleitorais, como legisladores, tribunais, servidores de negócios e a sociedade mais amplamente no sentido de que "malfeitores merecem condenação e punição forte"<sup>105</sup>. Uma acusação criminal bem sucedida por um longo período de tempo, embasada em apoio político comprometido<sup>106</sup> e na cobertura favorável da mídia ajudou a consolidar a aptidão dos EUA<sup>107</sup>.

As condições que caracterizam o aumento da criminalização cartel nos EUA são únicas e não são facilmente reproduzidos<sup>108</sup>. Ademais, mesmo se alguém for bem sucedido em promover as condições sociais necessárias à aceitação da criminalização, dificuldades jurídicas e práticas associadas ao projeto de um regime penal ainda permanecem. Essas são principalmente afetadas pela realidade legal, social e política internamente. Cada jurisdição tem de lidar com decisões complexas, da definição do crime de cartel, passando por questões institucionais, a questão da aplicação de leniência, a discricionariedade da agência, até uma condenação

---

<sup>100</sup>Stucke, "moralidade" acima n 33, 500-503; Baker, "o uso de remédios Direito Penal" acima n 16, 714.

<sup>101</sup>KJ Cseres, MP Schinkel, FOW Vogelaar, 'Direito e Economia de Execução Penal Antitruste: Uma Introdução' no Cseres, Schinkel e Vogelaar (eds), acima n 22, 1, 5.

<sup>102</sup>Um Stephan, "Levantamento de Atitudes Públicas de fixação de preços e Execução Cartel na Grã-Bretanha" (2008) 5 Concorrência Law Review 123, 133.

<sup>103</sup>Ibid, 136-37.

<sup>104</sup>Kovacic, acima n 22, 50. A internalização de natureza penal de cartéis duros, é reconhecida também pelo café, acima n 90, 237.

<sup>105</sup>Kovacic, acima n 22, 50.

<sup>106</sup>A importância do apoio político para a criminalização dos cartéis é sublinhado por exemplo, Beaton-Wells, acima n 11, 42.

<sup>107</sup>Kovacic, acima n 22, 50-53, Baker, "O uso de remédios Direito Penal", acima n 16, 694-96, 705-13, Hammond, "Desenvolvimentos Recentes", acima n 20, Barnett BA, acima de 39 n.

<sup>108</sup>Veja DI Baker, 'Punição para participantes de cartel nos Estados Unidos: um modelo especial?', Cap 2 neste volume. Ver também Gerber, acima n 1, viii, 158.



adequada e a interação entre a capacidade de execução penal e administrativa<sup>109</sup>. A capacidade de aplicação da legislação precisa ser estendida, de forma a incluir capacidade suficiente para que a acusação penal contra cartéis seja bem sucedida<sup>110</sup>.

Os desafios sociais e práticos demonstram a complexidade da introdução de sanções penais no combate a cartel e do debate de várias camadas que tal movimento implica. Tais desafios destacam a maneira em que a criminalização ideal não é facilmente transferível entre jurisdições<sup>111</sup>. Pode-se importar com êxito as ‘sementes da criminalização’, ainda assim, se não houver terreno fértil, elas renderiam colheitas modestas, se houver.

Refletir sobre esses desafios ajuda a posicionar o diálogo internacional no contexto. Embora possa apoiar novas iniciativas e ecoar a lógica no centro da criminalização de cartel, há capacidade limitada na proliferação eficaz e proativa dos regimes penais.

## **6. Conclusão**

O cenário internacional é dominado por um claro consenso político e jurídico sobre os efeitos nocivos da atividade de cartel. Esse consenso, no entanto, não se estende aos meios nos quais os cartéis podem ser combatidos. A agenda da criminalização enfrenta resistência nacional e internacionalmente, levando a uma discrepância entre a retórica dominante e aplicação prática. Esta discrepância reflete realidades nacionais predominantemente inconsistentes, abordagens políticas e sociais diferentes para a atividade cartel e a ausência de um debate aprofundado sobre a justificativa para a execução penal, por outros motivos que o argumento da maior dissuasão.

A aplicação extraterritorial de sanções penais pode reduzir essa lacuna ao desafiar cartéis transfronteiriços. Contudo, tal abordagem, embora benéfica para algumas jurisdições, não proporciona uma solução abrangente. Esforços internacionais tem um papel relevante na promoção da discussão e formação de percepções públicas e políticas. Eles também provaram ser importantes para a construção de capacidade de execução e de coordenação. No entanto, sua capacidade atual para estimular a mudança efetiva é limitada.

Embora enraizado no direito da concorrência, o debate alcança a esfera geral da criminalização. Como tal, ele é afetado e prejudicado pelas abordagens heterogêneas sobre

---

<sup>109</sup>Beaton-Wells, acima n 11, 38–42.

<sup>110</sup>ICN, Definição de Conduta Cartel Hard Core, acima n 78 de 29.

<sup>111</sup>Reindl, acima n 25, 125. Veja também Beaton-Wells, acima n 11, especialmente 38-42; Kovacic, acima n 22, 41, 44, 50, 54; Baker, 'Divide An Enduring Antitrust' acima n 22, 155-58.

cartéis, crimes de colarinho branco e o papel do direito penal na sociedade em geral. O diálogo internacional pode ajudar a mudar a percepção quanto à ilicitude (moral) da atividade do cartel. No entanto, isto deve ser considerado um objetivo de longo prazo, sujeito a uma lenta assimilação. Uma tentativa de implantar um regime de criminalização em um ambiente receptivo, arrisca uma possível criminalização a não ser cumprida, o custo social disso pode ser maior do que a mera falta de criminalização.

De modo mais geral, o reconhecimento de que o consenso social e cultural nacional sobre criminalidade é a base sobre a qual um regime penal deve ser concebido e executado também deve afetar o diálogo internacional. O que sugere a necessidade de ampliar a discussão atual sobre a criminalização de cartel a discussão sobre questões morais e sociais.

## **A demanda do aço brasileiro e a perda de bem-estar ocasionada pelo exercício do poder de mercado no período de 2006 a 2008**

Janderson Damaceno dos Reis<sup>1</sup>  
Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes<sup>2</sup>  
Mirian Rumenos Piedade Bacchi<sup>3</sup>

### **RESUMO**

O objetivo principal deste trabalho é calcular o valor da perda de bem-estar do setor siderúrgico brasileiro, considerando os diferentes mercados relevantes, como o de aço bruto, laminados e vergalhões. Para alcançar este propósito foram estimadas as diferentes equações de demanda dos referidos mercados relevantes. O modelo teórico utilizado referente ao peso morto para mercados oligopolizados foi o de Daskin (1991). Os resultados deste trabalho mostram que o mercado siderúrgico brasileiro é muito concentrado e há o exercício do poder de mercado por parte das firmas participantes, ocasionando perda de bem-estar para sociedade brasileira.

Palavras-chave: Siderurgia; Peso Morto; Elasticidade-preço; Concentração;

JEL: *L61, L13*

### **ABSTRACT**

The main objective of this study is to calculate the value of the welfare loss for the Brazilian steel sector. Different relevant markets were analyzed, such as: crude steel, rolled steel and rebar. Price-elasticities of demand were obtained by estimating different demand equations for each related market. The theoretical model proposed by Daskin (1991) was used to calculate the dead weight loss in oligopolistic markets. According to the results, it can be concluded that the Brazilian steel market is highly concentrated what enables firms to exercise their market power, causing a welfare loss for the Brazilian society.

Key Words: Steel Industry; Dead Weight Loss, Price Elasticity; Market Concentration;

---

<sup>1</sup>Professor da Universidade Federal de Viçosa (<http://www.ufv.br/der/index.htm>) - Departamento de Economia Rural / UFV - Organização Industrial e Estudos Industriais. Email: [janderson@ufv.br](mailto:janderson@ufv.br)

<sup>2</sup>Universidade de São Paulo / ESALQ (<http://www.economia.esalq.usp.br/index.php>) - Departamento de Economia, Administração e Sociologia / ESALQ-USP, Organização Industrial e Estudos Industriais. Email: [mafdmora@usp.br](mailto:mafdmora@usp.br)

<sup>3</sup>Universidade de São Paulo / ESALQ (<http://www.economia.esalq.usp.br/index.php>) - Departamento de Economia, Administração e Sociologia / ESALQ-USP, Econometria. Email: [mrpbacch@usp.br](mailto:mrpbacch@usp.br)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Revisão da Literatura 2.1. O cálculo do peso morto em estudos anteriores 2.2. Estimativas das *elasticidades-preço* 2.3. Modelo Econométrico para o Cálculo do Peso Morto 3. Fonte dos Dados 4. Resultados 4.1. A concentração do mercado siderúrgico brasileiro 4.2. Curvas de demanda do aço bruto, laminado e vergalhões 4.2.1. Equação de demanda de aço bruto para o Brasil 4.2.2. Equação da demanda de laminados para o Brasil 4.2.3. Equação da demanda de vergalhões para o Brasil 4.3. O peso morto em relação ao faturamento e ao PIB 5. Conclusões 6. Referências Bibliográficas

## **1. Introdução**

A relevância da análise empírica de setores produtivos cujas estruturas de mercado diferem bastante da idealizada através do modelo de concorrência perfeita está diretamente associada a variações no nível de Bem-Estar, e tem servido de motivação para diversos estudos que, ao longo dos tempos, buscam quantificar o fenômeno. As diferenças entre preços e custos marginais que decorrem das imperfeições conduzem a situações onde os excedentes adicionais obtidos por uma indústria ou firma, valendo-se de algum tipo de poder de mercado, não são suficientes para compensar as perdas imputadas aos consumidores por força da elevação dos preços de mercado, verificando-se assim uma perda líquida para a sociedade como um todo.

Internacionalmente as indústrias siderúrgicas estruturam-se em oligopólio, assim como ocorre no Brasil, existindo elevadas barreiras à entrada. No Brasil há pouca importação e poucos produtos substitutos ao aço, que são fatores que sugerem que a elasticidade-preço da demanda deva ser baixa. Além disso, nem todas as siderúrgicas produzem todos os tipos de aço, logo se espera que a rivalidade entre as firmas não seja grande nos mercados específicos de cada produto. Tais características corroboram a hipótese de que essas firmas não só tenham elevado poder de mercado, mas, também, a possibilidade de exercê-lo. Se isso ocorre, há perda de bem estar econômico.

Estimar a elasticidade-preço da demanda e calcular o valor da perda do bem-estar (Peso Morto, *PM*) desse mercado, no período de 2006 a 2008, são temas relevantes e constituem-se nos objetivos deste trabalho. O único estudo quantitativo deste tipo para o Brasil foi realizado por Schmidt e Lima (2006)<sup>4</sup>. Em seu estudo, os autores estimaram a

---

<sup>4</sup>SCHMIDT, C. A. J. e LIMA, M. A. M. *A perda do peso morto e a elasticidade-preço da demanda do setor siderúrgico no Brasil*. Estudos Econômicos, São Paulo, V.36, N.1, p. 127-147, 2006.

elasticidade preço da demanda para o setor siderúrgico de forma agregada, e fizeram o cálculo do *PM* para alguns subgrupos (Aços Planos, Aços Longos e Vergalhões).

Ao contrário do que foi feito por Schmidt e Lima (2006), onde os mesmos calcularam a elasticidade preço da demanda para o aço de forma agregada, este trabalho tem por finalidade a estimação da curva de demanda e o cálculo do *PM* de subgrupos específicos da siderurgia (aço bruto, laminados e vergalhões). Desta forma, o estudo da organização industrial do setor, bem como as estimativas das elasticidades e respectivas perdas de bem estar se tornam mais completas, de forma a contribuir para o melhor entendimento deste mercado, e também com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC<sup>5</sup>, para que se tenha uma informação mais precisa quanto ao poder de mercado dos subgrupos existentes na indústria siderúrgica.

O cálculo do peso morto (*PM*) quantifica a perda monetária da sociedade devido ao exercício do poder de mercado de uma empresa ou de uma indústria, o que é de grande importância para os órgãos de defesa da concorrência, na medida em que fornece informações a respeito da magnitude desta perda, o que contribui na análise dos impactos sobre o bem-estar da sociedade, decorrentes de fusões, aquisições e de condutas anticompetitivas praticadas pelas empresas.

Além disso, estudos do setor siderúrgico brasileiro justificam-se pelo fato deste ser um dos mais importantes na economia nacional, principalmente pelo fornecimento de insumos para infra-estrutura e para outros setores ditos “motores” da economia, como são os casos da construção civil, eletro-eletrônicos, bens de capital e da indústria automobilística.

Harberger (1954)<sup>6</sup> escreveu o primeiro artigo estimando o valor da perda do bem-estar decorrente de concentração de mercado, enfocando o setor manufatureiro nos Estados Unidos. Seguindo sua metodologia, pesquisadores na área de organização industrial fizeram diversas estimações para outros mercados. A teoria recente, baseada em um modelo de oligopólio, e não em uma extensão de monopólio como discutida em Harberger (1954), é apresentada em Daskin (1991), que trabalhou com um modelo de oligopólio. Neste trabalho, utiliza-se o modelo desenvolvido por Daskin (1991), que é descrito na seção 2.

Logo, o objetivo principal desse trabalho é calcular a perda de bem estar ocasionada pela concentração do mercado siderúrgico brasileiro. Como objetivo secundário, o trabalho procura realizar, a estimação das curvas de demanda para os seguintes mercados: aço bruto,

---

<sup>5</sup>Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretária de Acompanhamento Econômico (SEAE), pela Secretária de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

<sup>6</sup>HARBERGER, A. C. *Monopoly and resource allocation*. American Economic Review, p.77-87, Maio 1954.

laminados e vergalhões. Com dados mensais do período, Janeiro de 1991 a Dezembro de 2008. Tal estimação tem como objetivo a obtenção dos respectivos valores de elasticidade preço da demanda nos diferentes mercados.

Além desta introdução, o trabalho será constituído por mais cinco capítulos. O capítulo 2 é feita a apresentação do referencial teórico do trabalho procurando fazer uma revisão sobre a teoria de Organização Industrial e aplicações do método de cálculo do peso morto em oligopólio, além de trazer a metodologia do trabalho. Os dados a serem utilizados com a devida adaptação empírica ao modelo teórico para o setor siderúrgico estão especificados no capítulo 3. O capítulo 4 apresenta os resultados e discussões deste trabalho, seguido pelo capítulo 5 que traz as conclusões.

## **2. Revisão de Literatura**

### **2.1. O cálculo do peso morto em estudos anteriores**

Em 1954 Harberger calculou o peso morto para o setor manufatureiro dos Estados Unidos, como percentual do PIB, e concluiu que seu valor era aproximadamente de 0,08%, relativamente baixo se comparado aos valores encontrados por Cowling e Miller (1978, 1981)<sup>7</sup>. Algumas críticas relacionadas a este modelo dizem respeito às simplificações propostas por Harberger (1954) para adaptação ao modelo empírico. A primeira delas refere-se à fixação do valor da elasticidade-preço da demanda em 1 para todas as indústrias. Outras críticas referem-se ao cálculo utilizado para determinação do lucro do monopolista, e o fato do autor não considerar a interdependência entre a variação nos preços e nas quantidades ofertadas.

Cowling e Muller (1978; 1981) estimam o peso morto para firmas da indústria manufatureira dos Estados Unidos, desta forma, os autores encontram valores consideravelmente maiores para os pesos mortos, como percentual do PIB, variando de 0,4% a 3,96%, dependendo da elasticidade-preço da demanda considerada. Como os Estados Unidos tem um PIB de aproximadamente US\$ 14 trilhões (FINANCIAL FORECAST

---

<sup>7</sup>COWLING, K.; MUELLER, D. *The social costs of monopoly*. Economic Journal, p. 727-748, 1978.  
\_\_\_\_\_. *The social costs of monopoly power revisited*. Economic Journal, p. 721-725, 1981.

CENTER, 2010)<sup>8</sup>, o peso morto/PIB em torno de 3%, como encontrado por Cowling e Miller (1978, 1981), significa uma perda para sociedade americana de aproximadamente US\$ 42 bilhões.

Mesmo tendo corrigido alguns dos problemas do modelo original proposto por Harberger (1954), Cowling e Muller (1978; 1981) continuavam a basear seus cálculos do peso morto em um modelo cuja estrutura de mercado era a de monopólio. Holt (1982)<sup>9</sup> alega que os modelos mencionados só são apropriados para estruturas de mercado monopolísticas com demanda linear e custos marginais constantes. Eles não seriam apropriados para calcular o peso morto proveniente de uma estrutura de mercado oligopolizada. Além disso, Holt (1982) e Masson e Shaanan (1984)<sup>10</sup> concluem que é mais apropriado utilizar um modelo baseado na indústria do que em firmas individuais.

Com base no modelo proposto por Daskin (1991), Schmidt e Lima (2006) fizeram o único trabalho para indústria siderúrgica brasileira que procurou estimar a elasticidade-preço da demanda e a perda de bem-estar no setor siderúrgico nos anos de 2000 e 2001, baseando-se em dez empresas segmentadas em três grupos: aços planos, aços longos e vergalhões. A elasticidade-preço da demanda por aço no Brasil apresentou um valor de 0,14 (em módulo), um pouco diferente do proposto por Paula (2002)<sup>11</sup>, que afirma que a elasticidade-preço da demanda por aço encontra-se entre 0,25 e 0,70, sendo o último valor improvável, pois, quanto maior o valor, em módulo, da elasticidade-preço da demanda menor será a diferença entre o preço praticado e o custo marginal e, portanto, menor é o poder da empresa sobre o consumidor. Em se tratando do mercado siderúrgico brasileiro espera-se que a diferença entre o preço praticado e o custo marginal seja grande, havendo poder de mercado por parte da indústria. Ressalta-se que embora os autores tenham segmentado nos mercados citados para o cálculo do peso morto, usaram a mesma elasticidade-preço da demanda para os 3 produtos, o que não considera os diferentes mercados relevantes existentes.

A medida do peso morto (*PM*), visando estimar a perda de eficiência do mercado, foi inicialmente elaborada por Harberger (1954), que pressupõe uma estrutura de mercado de monopólio, na qual a firma monopolista possui custo marginal constante e defronta-se com uma curva de demanda com elasticidade unitária. O *PM* é representado pela diferença entre a

---

<sup>8</sup>FINANCIAL FORECAST CENTER - FFC. *U.S. GDP Gross Domestic Product Forecast*. Disponível em <<http://forecasts.org/gdp.htm>>, acesso em 29 de janeiro de 2010.

<sup>9</sup>HOLT, C. A.. *On the use of profit data to estimate the social costs of monopoly power in an oligopoly*. 1982, p. 283-289.

<sup>10</sup>MASSON, R. T.; SHAANAN, J. *Social costs of oligopoly and the value of competition*. *Economic Journal*, p. 520-535, 1984.

<sup>11</sup>PAULA, G. M. de. *Siderurgia Brasileira em 2002: Turbulências Internacionais, Dilemas Nacionais*. Uberlândia, Instituto de Economia / Universidade Federal de Uberlândia, 2002. p.42.

redução no excedente do consumidor e o aumento no excedente do produtor, quando o mercado deixa de ser competitivo e passa a ser monopolista, ilustrado na Figura 1 e na equação (1).

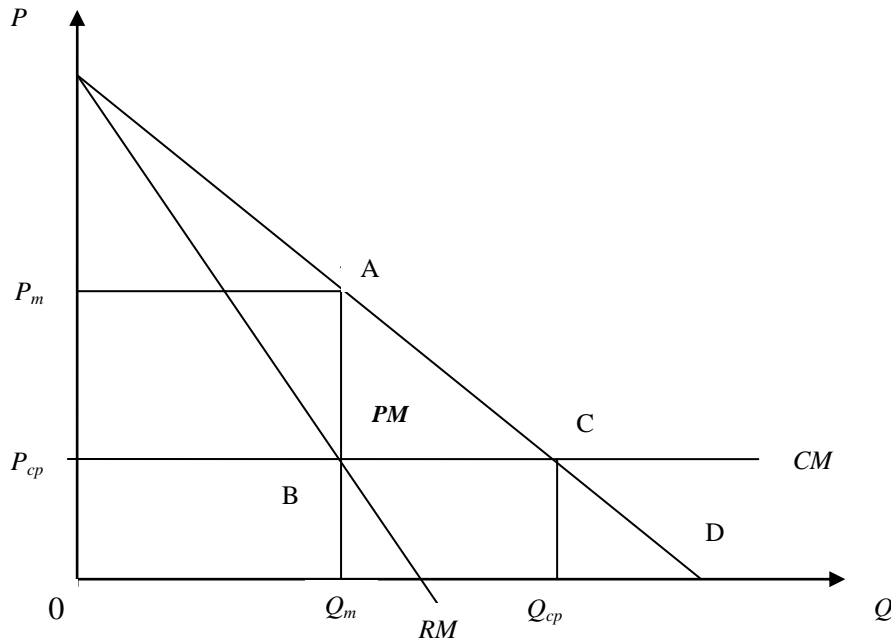


Figura 1 – Maximização do lucro no Monopólio e o Peso Morto ( $PM$ ).  
 Fonte: Carlton e Perloff (2000)<sup>12</sup>

Onde:  $P$  = preço;  $Q$  = quantidade produzida;  $P_{cp}$  = preço em concorrência perfeita;  $P_m$  = preço em monopólio;  $Q_{cp}$  = quantidade produzida em concorrência perfeita;  $Q_m$  = quantidade produzida em monopólio;  $CM$  = curva de custo marginal;  $RM$  = curva de receita marginal;  $PM$  = peso morto.

Considerando a função demanda linear, tem-se que o  $PM$  é dado pela área do triângulo  $ABC$  exposto na Figura 1. Ou seja, o  $PM$  será dado por:

$$PM = \frac{(P_m - P_{cp})(Q_{cp} - Q_m)}{2} \quad PM = \frac{1}{2} \Delta P \cdot \Delta q \quad (1)^{13}$$

Onde  $\Delta P = P_m - P_{cp}$  e  $\Delta q = q_m - q_{cp}$ , são as variações no preço e na quantidade produzida, respectivamente.

Em 1994 Ferguson & Ferguson<sup>14</sup> apresentaram, uma nova versão para a expressão (1), que é:

<sup>12</sup>CARLTON, D.W. e PERLOFF, J.M. *Modern Industrial Organization*. Ed. Addison-Wesley, 3 a Ed. 2000. 2-p.10.

<sup>13</sup> A equação para o cálculo do  $PM$  (1) pode ser encontrada em Church e Ware (2000). CHURCH, J. e WARE, R. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Ed. McGraw-Hill, 2000. P. 37.

<sup>14</sup>FERGUNSON, P. R.; FERGUNSON, G. J.. *Industrial economics: issues and perspectives*. London: MacMillan, 1994.



$$PM = \frac{1}{2} \cdot \left(\frac{\Delta P}{P}\right)^2 \cdot \eta \cdot R \quad (2)$$

Onde,  $\eta$  representa o valor absoluto da elasticidade-preço da demanda (não necessariamente igual a um),  $\frac{\Delta P}{P}$  é o Índice de *Lerner*<sup>15</sup>, e  $R$  a receita total (ou faturamento) da firma monopolista.

Em 1991 Daskin com seu trabalho – “*Deadweight Loss in Oligopoly: A New Approach*” – desenvolve, com base no modelo proposto por Harberger (1954), um modelo de cálculo do peso morto para mercados oligopolizados.

A Figura 2 mostra a área do  $PM$  em oligopólio conforme proposto pelo autor, bem diferente da área usualmente indicada nos livros textos de Organização Industrial, onde o  $PM$  é representado conforme ilustrado na Figura 1, que representa o  $PM$  em um mercado monopolista. Ou seja, a Figura 2 mostra uma área de peso morto menor do que a Figura 1.

De acordo com Dixit e Stern (1982)<sup>16</sup> a perda de bem estar ocasionada pela concentração de mercado em uma determinada indústria é calculada pela diferença entre o excedente do consumidor e o excedente do produtor, resultado pelo exercício de poder de mercado, conforme indicado na Figura 2 pela área demarcada por  $PM$ .

A principal diferença do modelo de Daskin (1991) em relação aos demais é que o mesmo não considera que a relação preço custo marginal seja a mesma em todas as firmas, ou seja, o conjunto de firmas em oligopólio possui índices de *Lerner* diferentes, o que torna a curva de custo marginal irregular, conforme representado na Figura 8.

---

<sup>15</sup>O Índice de Lerner é dado por:  $L = \left(\frac{P^m - CM(Q^m)}{P^m}\right) = \frac{1}{\varepsilon}$

Onde:  $L$  é o valor do índice de Lerner;  $P^m$  é o preço do monopólio;  $CM$  é o custo marginal do monopolista;  $Q^m$  é a quantidade ofertada pelo monopolista;  $\varepsilon$  é a elasticidade preço da demanda. Forma comumente utilizada para avaliar o poder de mercado. (CHURCH e WARE, 2000).

<sup>16</sup>DIXIT, A.; STERN, N. *Oligopoly and Welfare*. European Economic Review, Vol. 19, p. 123-143, 1982.

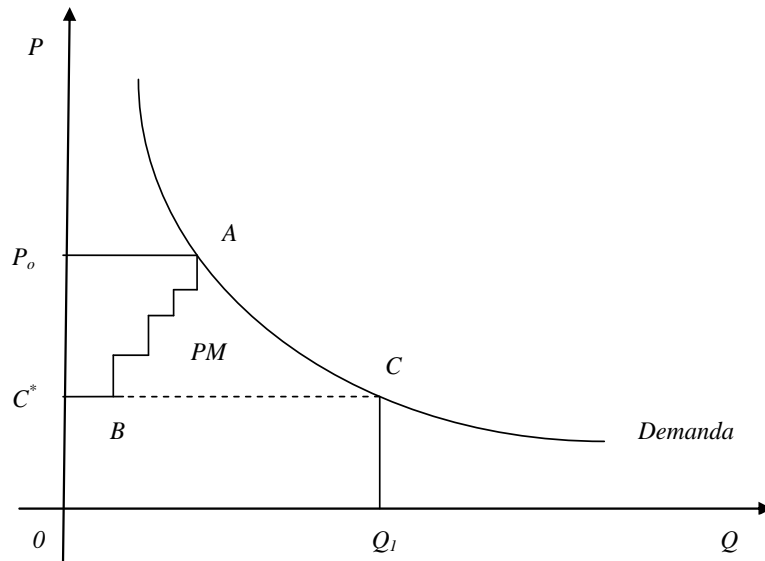


Figura 2 – Peso Morto (*PM*) em oligopólio.  
Fonte: Daskin (1991)

Diferentemente de Harberger (1954), que baseia seu cálculo de peso morto em um modelo de monopólio, a curva de oferta, neste caso, será crescente em formato de escada, pois, por hipótese, a firma que possui o menor custo ( $C = P_{cp}$ ) vende as primeiras unidades do produto; a firma com o segundo menor custo vende a segunda parte, e assim sucessivamente, até que a curva de oferta atinja a curva de demanda de mercado.

Considerando a Figura 2,  $P_o$  é o preço de oligopólio (igual para todas as firmas),  $C^*$  é o menor custo marginal, e  $0Q_I$  denota a quantidade produzida pelas firmas, aumentando “passo a passo” indo da firma com o menor custo marginal para a de maior custo. Neste modelo as firmas com menor custo necessariamente possuem maior parcelas de mercado e maior poder (índice de *Lerner* alto), e no sentido inverso, menor parcela de mercado com menor poder para as firmas de maior custo.

## 2.1. Estimções das elasticidades-preço

Com o objetivo de se encontrar a elasticidade preço da demanda pelos diferentes tipos de produto siderúrgico (aço bruto, laminados e vergalhões), os modelos para as estimativas das curvas de demandas adotam as seguintes hipóteses básicas para todos os mercados estudados:

a) Assume-se que toda a quantidade de aço demandada é efetivamente fornecida, ou seja, admite-se que não exista o problema de demanda reprimida e que a oferta do produto seja infinitamente elástica.

b) Com relação ao comportamento da demanda ao longo do tempo, considera-se que o mesmo seja influenciado por duas variáveis fundamentais: o preço do aço em questão e a renda. Entretanto, fez-se uso de outras variáveis que também são importantes nos modelos aqui apresentados (produção de automóveis e construção civil). Teoricamente, espera-se que a demanda reaja negativamente aos preços e, positivamente aos aumentos de renda, de produção de automóveis e da atividade de construção civil.

Fez-se o uso da variável dependente defasada como explicativa em todas as equações estimadas, devido ao fato da quantidade demandada no período anterior (mês anterior) influenciar significativamente a quantidade demanda no presente.

Como o preço doméstico do aço é uma variável endógena e sofre influência do preço praticado no mercado internacional, utilizou-se o preço internacional do aço (*PInt*) como variável instrumental.

De acordo com Souza (2009)<sup>17</sup>, em cálculos de demanda, ignorar o problema da endogeneidade tipicamente gera subestimação do coeficiente da variável preço em termos absolutos, o que resulta em subestimação das elasticidades e superestimação do poder de mercado. Esta observação é extremamente relevante para a análise empírica em Organização Industrial. De fato, quanto menor a sensibilidade do consumidor em relação a aumento de preços, isto é, quanto menor a elasticidade (em módulo), maior é a capacidade de elevação de preços por parte das firmas (maior poder de mercado). Portanto, conforme Souza (2009), ignorar a endogeneidade leva a conclusão enganosa de que as firmas possuem poder de mercado maior do que realmente detêm. No contexto de defesa da concorrência, por exemplo, tal conclusão facilitaria a ocorrência de falsas positivas (reprovação quando na realidade a conduta da firma ou fusões entre firmas deveriam ser aprovados) no julgamento de casos de antitruste. A solução para a resolução do problema da endogeneidade comumente adotada consiste no uso de métodos baseados em variáveis instrumentais. Logo, pretende-se fazer a estimação da curva de demanda usando variáveis instrumentais (VI), com um procedimento em dois estágios, com o intuito de corrigir os possíveis erros gerados pela estimação direta de (MQO).

---

<sup>17</sup>SOUZA, S. A. *Análise de demanda agregada por produtos diferenciados*. 05 Série: Estudos Econômicos CAEN, Fortaleza, 2009. p31.

De acordo com o modelo de equações simultâneas com o uso de Variável Instrumental, os sistemas de equações para estimação da demanda de aço bruto, laminados, vergalhões e ferro-gusa, utilizados são apresentados a seguir.

A - Sistema de equações para demanda de aço bruto:

$$\ln(QA)_t = \beta_0 + \beta_1 \ln(QA)_{t-1} + \beta_2 \ln(P)_t^* + \beta_3 \ln(PIB)_t + \beta_4 \ln(PA)_t + \beta_5 \ln(CC)_t + \beta_6 \ln(PI)_t \quad (3)$$

$$\ln(P)_t^* = \alpha_0 + \alpha_1 \ln(QA)_{t-1} + \alpha_2 \ln(PInt)_t + \alpha_3 \ln(PIB)_t + \alpha_4 \ln(PA)_t + \alpha_5 \ln(CC)_t + \alpha_6 \ln(PI)_t$$

No caso da função de demanda por aço bruto, temos que a quantidade demandada de aço bruto ( $QA$ ) depende diretamente: do preço do aço no mercado doméstico ( $P$ ), da quantidade demandada de aço no período anterior, da renda ( $PIB$ ), da produção de automóveis ( $PA$ ), da atividade de construção civil ( $CC$ ) e da atividade industrial ( $PI$ ). Ou seja, variações em algumas destas variáveis causam uma variação direta na quantidade demandada de aço. Além disso, o preço internacional do aço ( $PInt$ ) pode influenciar indiretamente a quantidade demanda via preço doméstico ( $P$ ).

B - Sistema de equações para demanda de laminados:

$$\ln(QL)_t = \beta_7 + \beta_8 \ln(QL)_{t-1} + \beta_9 \ln(P)_t^* + \beta_{10} \ln(PIB)_t + \beta_{11} \ln(PA)_t + \beta_{12} \ln(PI)_t \quad (4)$$

$$\ln(P)_t^* = \alpha_7 + \alpha_8 \ln(QL)_{t-1} + \alpha_9 \ln(PInt)_t + \alpha_{10} \ln(PIB)_t + \alpha_{11} \ln(PA)_t + \alpha_{12} \ln(PI)_t .$$

Para a quantidade demandada de laminados ( $QL$ ), o modelo é similar ao utilizado para a demanda de aço bruto. Os laminados são os aços produzidos por meio do processo de laminação<sup>18</sup>, sendo a grande maioria chapas de aço, que são vendidas às indústrias de transformação, principalmente a indústria automobilística. Por estas e outras razões justifica-se a presença das variáveis produção de automóveis ( $PA$ ) e produção industrial ( $PI$ ) no modelo para demanda de laminados. Outro grupo de aços laminados é o dos aços longos, que são muito utilizados pela indústria de construção civil, justificando desta forma a utilização da variável explicativa que mede a atividade da construção civil ( $CC$ ).

---

<sup>18</sup>Processo de reduzir a estrutura de uma chapa, barra ou perfil metálico por meio de sua passagem por dois cilindros girantes, com separação menor do que a espessura de entrada.

C - Sistema de equações para demanda de vergalhões:

$$\ln(QV)_t = \beta_{13} + \beta_{14} \ln(QV)_{t-1} + \beta_{15} \ln(PV)_t^* + \beta_{16} \ln(PIB)_t + \beta_{17} \ln(CC)_t \quad (5)$$

$$\ln(PV)_t^* = \alpha_{13} + \alpha_{14} \ln(QV)_{t-1} + \alpha_{15} \ln(PInt)_t + \alpha_{16} \ln(PIB)_t + \alpha_{17} \ln(CC)_t.$$

A quantidade demandada de vergalhões ( $QV$ ), assim como o aço bruto e os laminados (que incluem os vergalhões), responde diretamente as variações do preço doméstico dos vergalhões ( $PV$ ), da renda ( $PIB$ ) e da construção civil ( $CC$ ).

## 2.2. Modelo Econométrico para o Cálculo do Peso Morto

Pretende-se utilizar o modelo proposto por Daskin (1991), que partiu do trabalho de Cowling e Waterson (1976)<sup>19</sup>, por ser o mais completo e pelo fato deste ter como objeto de análise o mercado oligopolizado. Tal modelo pode ser resumido conforme exposto a seguir.

Seja a demanda isoelástica dada por:

$$Q = AP^{-\varepsilon} \quad (6)$$

em que  $Q$  é a quantidade total vendida na indústria,  $A > 0$  é uma constante,  $\varepsilon$  é o valor absoluto da elasticidade preço da demanda e  $P$  o preço do produto homogêneo em questão.

Considera-se que a indústria tem  $N$  firmas, em que  $q_i$  representa a quantidade vendida pela firma  $i$ ,  $S_i = \frac{q_i}{Q}$  a parcela de mercado da firma  $i$  e  $CM_i$  o custo marginal da firma  $i$ .

O lucro da  $i$ ésima firma é dado por:

$$\pi_i = RT_i - CT_i(q_i) \quad (7)$$

onde  $\pi_i$  é o lucro da firma  $i$ ,  $RT_i(Q)$  é a receita total (faturamento) da firma  $i$  e  $CT_i(q_i)$  é o custo total da firma  $i$ . Por hipótese, não será considerada a existência de custo fixo, o custo marginal  $CM_i$  é constante em cada firma, podendo variar entre as firmas.

O problema de maximização de lucro de cada firma  $i$  é resolvido pela condição de primeira ordem (CPO), para cada firma  $i$ <sup>20</sup>, conforme a seguir:

$$\frac{d\pi}{dq_i} = P(Q) + q_i \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \cdot \frac{dQ}{dq_i} - CM_i = 0$$

<sup>19</sup>COWLING, K.; WATERSON, M.. *Price-cost margins and market structure*. *Economica*, v.43, p. 267-274, 1976.

<sup>20</sup>Supõe-se que, para firma  $i$ , a sua elasticidade entre as quantidades vendidas de qualquer firma  $k$  com relação à firma  $i$  é constante. Ou seja, supõe-se que:  $\eta_i = \frac{\Delta\% q_k}{\Delta\% q_i} = \frac{dq_k}{dq_i} \cdot \frac{q_i}{q_k} = \alpha_i, \forall k$ .

$$\frac{d\pi}{dq_i} = P(Q) + q_i \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \cdot \left[ \frac{dq_i}{dq_i} + \frac{dq_1}{dq_i} + \dots + \frac{dq_{N-1}}{dq_i} \right] - CM_i = 0$$

$$\frac{d\pi}{dq_i} = P(Q) + q_i \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \frac{dq_k}{dq_i} \right] - CM_i = 0$$

$$P(Q) + \frac{P(Q) \cdot Q}{P(Q) \cdot Q} \cdot q_i \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \frac{dq_k}{dq_i} \right] - CM_i = 0$$

$$P(Q) + P(Q) \cdot \frac{q_i}{Q} \cdot \left[ \frac{Q}{P(Q)} \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \right] \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \frac{dq_k}{dq_i} \right] - CM_i = 0$$

Como o valor da elasticidade entre as quantidades vendidas da firma  $i$  com qualquer firma  $k$  é dada por:

$$\alpha_i = \frac{dq_k}{dq_i} \cdot \frac{q_i}{q_k} \qquad \frac{dq_k}{dq_i} = \alpha_i \cdot \frac{q_i}{q_k}$$

tem-se;

$$P(Q) + P(Q) \cdot \frac{q_i}{Q} \cdot \left[ \frac{Q}{P(Q)} \cdot \frac{dP(Q)}{dQ} \right] \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \alpha_i \frac{q_k}{q_i} \right] - CM_i = 0$$

$$P(Q) \left\{ 1 + S_i \cdot \left[ -\frac{1}{|\varepsilon|} \right] \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \alpha_i \cdot \frac{q_k}{Q} \cdot \frac{Q}{q_i} \right] \right\} - CM_i = 0$$

$$P(Q) \left\{ 1 - \frac{S_i}{|\varepsilon|} \cdot \left[ 1 + \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \alpha_i \cdot \frac{q_k}{Q} \cdot \frac{1}{S_i} \right] \right\} - CM_i = 0$$

$$P(Q) \left\{ 1 - \frac{S_i}{|\varepsilon|} \cdot \left[ 1 + \frac{\alpha_i}{S_i} \cdot \sum_{i \neq k=1}^{N-1} \frac{q_k}{Q} \right] \right\} - CM_i = 0$$

$$P(Q) \left\{ 1 - \frac{S_i}{|\varepsilon|} \cdot \left[ 1 + \frac{\alpha_i}{S_i} (1 - S_i) \right] \right\} - CM_i = 0$$

$S_i = \frac{q_i}{Q}$  é a participação de mercado da firma  $i$ ,  $|\varepsilon|$  é a elasticidade-preço da demanda, e  $\sum_{i \neq k=1}^{N-1} \frac{q_k}{Q}$  representa a participação de mercado de todas as demais firmas do mercado (menos a firma  $i$ ), ou seja, igual a  $(1-S_i)$ . Reescrevendo a equação acima, chega-se, a função:

$$P(Q) \left\{ 1 - \frac{[S_i + \alpha_i(1-S_i)]}{\varepsilon} \right\} - C_i = 0 \qquad (8)$$

Como o índice de Lerner é dado por:  $L_i = \frac{P(Q) - C_i}{P(Q)}$  a equação (8) pode ser reescrita da seguinte forma:

$$L_i = \frac{[S_i \cdot (1 - \alpha_i) + \alpha_i]}{\varepsilon} \quad (9)$$

A função (9) mostra que, se a firma tiver uma participação de mercado elevada, ou se a elasticidade-preço da demanda (em valor absoluto) for baixa, ou se a variação conjectural for alta, o poder de mercado da firma  $i$  aumentará.

Segundo Mas-Colell (1995)<sup>21</sup>, a definição de peso morto consiste na redução do bem-estar provocada pela distorção da quantidade com respeito ao equilíbrio competitivo. Tal variação pode assumir a seguinte forma:

$$PM = \int_{P_{CP}}^{P_o} \{Q(P) - CM[Q(P)]\} dP \quad (10)$$

Onde,  $P_o$  é o preço no oligopólio e  $P_{cp}$  é o preço na concorrência perfeita.

A primeira parte da integral refere-se ao excedente do consumidor (EC), a segunda, ao excedente do produtor (EP), conforme exposto a seguir.

$$\begin{aligned} EC &= \int_{P_{CP}}^{P_o} Au^{-\varepsilon} du, \varepsilon \neq 1 \\ EC &= \frac{Au^{(1-\varepsilon)}}{(1-\varepsilon)} \Big|_{P_{CP}}^{P_o} = \\ EC &= \frac{AP(Q)_o^{(1-\varepsilon)}}{(1-\varepsilon)} - \frac{AP(Q)_{CP}^{(1-\varepsilon)}}{(1-\varepsilon)} = \\ EC &= \frac{AP(Q)_o^{(1-\varepsilon)} P(Q)_o}{(1-\varepsilon)} \cdot \left[ 1 - \left( \frac{P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} \right)^{(1-\varepsilon)} \right] = \\ EC &= \frac{Q_o P(Q)_o}{(1-\varepsilon)} \cdot \left[ 1 - \left( \frac{P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} \right)^{(1-\varepsilon)} \right] = \\ EC &= \frac{RT(Q)_o}{(1-\varepsilon)} \cdot \left[ 1 - \left( \frac{P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} \right)^{(1-\varepsilon)} \right] \end{aligned} \quad (11)$$

$$EP = \sum_{K=1}^N \pi_K = \sum_{K=1}^N [P(Q) - C_i] \cdot q_i = \sum_{K=1}^N \frac{[P(Q) - C_i]}{P(Q)} \cdot \frac{q_i}{Q} \cdot [P(Q) \cdot Q] \quad (12)$$

O subscrito  $cp$  refere-se à concorrência perfeita, e o subscrito  $o$ , a oligopólio. Fazendo uso do índice de Lerner e supondo que  $C = CM_i = P(Q)_{CP}$ , tem-se que:

$$\begin{aligned} L_i &= \frac{P(Q)_o - P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} = 1 - \frac{P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} \\ \text{Logo, } \frac{P(Q)_{CP}}{P(Q)_o} &= 1 - L_i \end{aligned} \quad (13)$$

Substituindo (13) em (11) tem-se a seguinte função do Excedente do Consumidor:

$$EC = \frac{RT(Q)_o}{(1-\varepsilon)} \cdot \left[ 1 - (1 - L_i)^{(1-\varepsilon)} \right] \quad (14)$$

Da mesma forma, substituindo (14) em (12), tem-se a seguinte função do Excedente do Produtor:

<sup>21</sup>MAS-COLELL, A.; WHINSTON, M. D.; GREEN, J. R.; *Microeconomic Theory*. Oxford University Press. New York, 1995. 981p.

$$EP = RT(Q)_o \cdot \sum_{i=1}^N L_1 \cdot S_i \quad (15)$$

O Peso Morto é a variação do excedente total ( $\Delta ET$ ), ou seja,  $PM = EC - EP$ .

### 3. Fonte dos Dados

Para a estimação da equação de demanda de aço bruto, laminados e vergalhões no Brasil são utilizados dados mensais do período de 1991 a 2008. As variáveis utilizadas são: 1 - as quantidades produzidas de aço bruto, laminados e vergalhões no Brasil, encontradas no anuário do Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS, 2009)<sup>22</sup>; 2 - o preço do aço bruto e laminados - IPA-OG –ferro, aço e derivados - deflacionado pelo IGP-DI para o mês de janeiro de 1991 (FGV, 2009)<sup>23</sup>; 3 - o preço do vergalhão - IPA-OG-DI – Vergalhões de Aços Nervurados – (FGV, 2009)<sup>24</sup>; 4 - a produção de automóveis, fornecida pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores e divulgado pelo IPEA (IPEA, 2009)<sup>25</sup>; 5 - a renda (PIB – preços de mercado), fornecido pelo Banco Central do Brasil (2009)<sup>26</sup> e deflacionado janeiro de 1991 pelo IGP-DI (FGV 2009); 6 - o índice que mede o nível de atividade na construção civil (Produção Industrial – insumo – construção civil – quantum), fornecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Pesquisa Mensal – Produção Física (IBGE Outras/PIM – PF nova, 2009); 7 - o índice que mede o nível de produção da indústria geral, fornecido pelo IBGE (Produção Industrial da indústria geral: índice de quantum), também fornecido pelo IBGE Outras/PIM – PF (2009); 8 - as quantidades exportadas e importadas de cada tipo de produto siderúrgico, utilizadas para o cálculo do consumo aparente, pode ser encontrada no site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2009)<sup>27</sup>; 9 - o preço internacional do aço, fornecido pelo Global Iron &

---

<sup>22</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Séries Estatísticas & Séries Históricas*. Disponível em < [http://www.ibge.gov.br/series\\_estatisticas](http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas)>, acesso em 15 de julho de 2009.

<sup>23</sup>FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *IPA-GO – ferro, aço e derivados*. FGV dados. Disponível em <[http://www14.fgv.br/novo\\_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1514651359](http://www14.fgv.br/novo_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1514651359)>, acesso em 15 de julho de 2009.

<sup>24</sup>\_\_\_\_\_. *IPA-GO-DI – Vergalhões de Aços Nervurados*. FGV dados. Disponível em <[http://www14.fgv.br/novo\\_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1306240236](http://www14.fgv.br/novo_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1306240236)>, acesso em 15 de julho de 2009.

<sup>25</sup>INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Produção de automóveis – quantidade*. IPEA DATA. Disponível em <<http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata>>, acesso em 07 de março de 2009.

<sup>26</sup>BANCO CENTRAL DO BRASIL - BC. *PIB mensal – Valores Correntes (R\$ milhões)*. Disponível em <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>> acesso em 15 de julho de 2009.

<sup>27</sup>MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR – MDIC. *Alice WEB – dados de importação e exportação de produtos siderúrgicos*. Disponível em <<http://aliceweb.desenvolvimento.gov.br/>> acesso em 5 de julho de 2009.



*Steel Industry News -Metal Bulletin* (2009)<sup>28</sup> sendo deflacionado pelo *consumer price index* dos Estados Unidos (BUREAU OF LABOR STATISTICS, 2009)<sup>29</sup>.

Para o cálculo do peso morto procurou-se englobar todas as treze empresas produtoras de aço no Brasil que estão cadastradas no IBS, cujos dados são divulgados no Anuário Estatístico do IBS, como pode ser visto na Tabela 1 do Anexo.

O cálculo do peso morto foi feito para os anos de 2006, 2007 e 2008, com e sem importação e para quatro tipos de mercado: aço bruto, laminados e vergalhões, visto que pertencem a mercados relevantes na dimensão produto diferentes. Este último produto (vergalhões) corresponde a aproximadamente 30% do faturamento da categoria aço longo, e é de muita importância para a construção civil.

As importações destes produtos foram obtidas no site do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2009). Os preços praticados e as quantidades vendidas por tipo de aço são fornecidos pelas próprias empresas do setor siderúrgico, por meio dos seus relatórios anuais. A partir destes dados foram calculados os faturamentos ( $RT$ ) em cada um dos mercados. As participações de mercado das empresas ( $S_i$ ), nos três distintos mercados, foram obtidas pela razão entre a quantidade vendida pela empresa  $i$  (em toneladas) e a quantidade vendida total, e, também, pela razão do faturamento da firma  $i$  e o faturamento total. O índice de Lucro ( $Li$ ) foi obtido da seguinte forma: com os dados de Receita Operacional Líquida ( $ROL$ ) e Lucro Líquido ( $LL$ ), calculou-se o índice  $LLROL$  ( $=LL/ROL$ ), mesmo índice utilizado por Schmidt e Lima em 2004. Estas variáveis foram obtidas na base de dados que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) mantém em seu site na internet.

Houve duas adaptações neste trabalho. A primeira, seguindo métodos recorrentes neste tipo de estimação, sugerida em Daskin (1991), foi a utilização, como critério de escolha da firma de menor custo,  $C^* = \text{Mínimo Custo } C_i^* = P(Q)_{CP}$ , aquela que tivesse o maior lucro. Isto porque, devido à assimetria de informação sobre o custo das empresas – uma vez que não se tem acesso a todos os dados da empresa –, o seu cálculo pode gerar graves distorções. A segunda adaptação concerne à medida de lucro utilizada. Esta, além de refletir o lucro contábil, diz respeito à empresa como um todo, não havendo separação por linha de produto, que seria a informação ideal.

---

<sup>28</sup>METAL BULLETIN. *Metal Bulletin Research – steel*. Disponível em < <http://www.metalbulletinresearch.com/Publication/19830/Steel-Weekly-Market-Tracker.html> > acesso em 5 de julho de 2009.

<sup>29</sup>BUREAU OF LABOR STATISTICS - BLS. *Consumer Price Index*. Disponível em < <http://www.bls.gov/cpi/> > acesso em 5 de julho de 2009.

## 4. Resultados

### 4.1. A concentração do mercado siderúrgico brasileiro

O mercado siderúrgico é intensivo em capital, sendo necessários vultosos investimentos para se obter níveis de escala competitivos. Por isso, são poucos os concorrentes, havendo uma forte tendência de concentração de mercado. Os principais fabricantes estão localizados tanto em países desenvolvidos quanto em países menos desenvolvidos, considerando-se o grau de importância do segmento para a consolidação da infra-estrutura nacional e seus impactos em outros segmentos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS, 2008)<sup>30</sup>, o setor siderúrgico internacional tem se mostrado concentrado, as cinco maiores siderúrgicas mundiais tinham 17% do mercado mundial em 2005. No entanto, entre os fornecedores de matéria-prima a concentração é bem maior. Apenas cinco mineradoras respondem por 90% do mercado mundial.

No extremo oposto, o número de clientes das siderúrgicas também é limitado, segundo o IBS (2008). Os cinco maiores estaleiros do mundo são responsáveis pelo consumo de 27% do total produzido. As cinco maiores montadoras de automóveis respondem por 60% do consumo mundial de aço. No que se refere a das empresas siderúrgicas, ressalva-se que a estrutura de mercado concentrada é condizente com comportamentos anti-competitivos.

Tabela 1 – Razão de Concentração<sup>31</sup> no mercado doméstico dos grupos siderúrgicos do Brasil.

	2004	2005	2006	2007	2008
<b>CR1</b>	27%	28%	28%	28%	29%
<b>CR2</b>	55%	55%	54%	55%	53%
<b>CR3</b>	77%	77%	72%	76%	74%
<b>CR4</b>	94%	94%	93%	92%	92%

Fonte: Elaborado pelo autor, a partir dos dados do Relatório anual dos grandes grupos siderúrgicos do Brasil.

<sup>30</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE SIDERURGIA, IBS. *Anuário Estatístico da Siderurgia Brasileira*. Rio de Janeiro: IBS, 2008.

<sup>31</sup>Para verificar a concentração do setor, variável de análise da estrutura de mercado, foi calculada a razão de concentração - índice CRn, é o índice parcial de concentração de mercado mais utilizado, o qual mede a porcentagem do mercado relevante total que está sob controle das n maiores firmas. Para tal medição, a definição do mercado considerado e a influência de produtos são de extrema importância. A razão de concentração pode ser definida pela equação:

$$CR_n = \sum_{i=1}^n S_i \quad (16)$$

em que  $S_i$  é a parcela de mercado da i-ésima firma e n é o número de firmas.

No âmbito nacional observa-se que concentração do mercado siderúrgico nacional é bastante elevada. De acordo com a Tabela 1, nota-se que a razão de concentração dos principais grupos siderúrgicos do país é extremamente alta: as quatro maiores empresas (Arcelor Mittal, Gerdau, Usiminas Cosipa e CSN) detinham 94% do mercado em 2004 e 2005, e 92% em 2007 e 2008. Os indicadores de concentração praticamente não se alteraram entre os anos 2004 e 2006. O grupo Arcelor Mittal em 2008 era responsável por cerca de 29% do mercado de aço brasileiro, sendo, que juntamente com o segundo maior grupo (Gerdau) controlava mais da metade do mercado (53%).

Os resultados apresentados acima descrevem a concentração do mercado interno de aço bruto. Considerando-se que nem todas as empresas são concorrentes entre si, haja vista que possuem tipos de produtos diferenciados<sup>32</sup>, os índices podem ser ainda maiores em determinados mercados.

#### 4.2. Curvas de demanda de aço bruto, laminados e vergalhões

A Tabela 2 traz os resultados dos testes de raiz unitária das séries utilizadas. Observa-se que a maioria das séries utilizadas para estimação das equações de demanda apresenta à estatística t calculada, para seus coeficientes, maior, em módulo, que os valores críticos da tabela *MacKinnon* (a 1% de significância), rejeita-se  $H_0: \rho = 0$ . Ou seja, se a hipótese nula de raiz unitária é rejeitada, conclui-se que as séries não contem raiz unitária, logo são estacionárias em nível (ENDERS, 2004)<sup>33</sup>.

Tabela 2 – Resultados dos Testes de Raiz Unitária (ADF)

Variável	Defasagem	Termos da equação	Estatística t (ADF)	Valores críticos tabela (MacKinnon)		
				1%	5%	10%
QA	0	Constante e tendência	-6,988674*	-4,001311	-3,430864	-3,139056
QL	0	Constante e tendência	-7,285560*	-4,001311	-3,430864	-3,139056
QV	2	Constante e tendência	-3,817532**	-4,033727	-3,446464	-3,148223
P	2	Constante	-5,169657*	-3,461030	-2,874932	-2,573985
PV	2	Constante	-4,006217	-3,484198	-2,885051	-2,579386

<sup>32</sup>Em função dos produtos que preponderam em suas linhas de produção, as usinas podem ser assim classificadas:

- De semi-acabados (placas, blocos e tarugos).
- De planos aços carbono (chapas e bobinas).
- De planos aços especiais / ligados (chapas e bobinas).
- De longos aços carbono (barras, perfis, fio máquina, vergalhões, arames e tubos sem costura).
- De longos aços especiais / ligados (barras, fio-máquina, arames e tubos sem costura).

<sup>33</sup>ENDERS, Walter. *Applied Econometric Time Series*. 2ª ed. EUA:Wiley & Sons, 2004.

<i>PIB</i>	2	Constante	-4,812727*	-3,461030	-2,874932	-2,573985
<i>PA</i>	0	Constante e tendência	-4,470277*	-4,001311	-3,430864	-3,139056
<i>CC</i>	5	Constante	-4,721929*	-3,461478	-2,875128	-2,57090
<i>PI</i>	6	Constante e tendência	-4,088141*	-4,004365	-3,432339	-3,139924
<i>PInt(VI)</i>	1	-	-0,430414 <sup>ns</sup>	-2,575813	-1,942317	-1,615712

(VI) Variável Instrumental. \* Significativo a 1%. \*\* Significativo a 5%. \*\*\* Significativo a 10%. ns não significativo.

#### 4.2.1. Equação de demanda de aço bruto para o Brasil

Os coeficientes da equação de demanda para o aço bruto encontram-se na Tabela 3, onde o valor da elasticidade preço foi de 0,246731 (em módulo).

Ao comparar o resultado absoluto encontrado para a elasticidade-preço da demanda por aço bruto neste trabalho (0,24) com o de outros autores, observa-se que o valor encontrado é superior ao valor encontrado por Schmidt e Lima (2006), que foi de (0,14). No entanto, este valor se mostrou bem próximo ao encontrado por Paula (2002), que foi de 0,25.

Tabela 3 – Resultados da estimação da equação de demanda de aço no Brasil

Variável	Coefficiente	Desvio Padrão	Estatística - t	P-valor
Constante	6,963229	1,327257	5,246330	0,0000
<i>QA(-I)</i>	0,451080	0,058637	7,692816	0,0000
<i>P</i>	<b>-0,246731</b>	<b>0,059533</b>	<b>-4,144451</b>	<b>0,0000</b>
<i>PIB</i>	0,243063	0,057676	4,214261	0,0000
<i>PA</i>	0,143093	0,029330	4,878714	0,0000
Variável	Coefficiente	Desvio Padrão	Estatística - t	P-valor
<i>CC</i>	0,012823	0,005203	2,464633	0,0145
<i>Tendência</i>	0,001392	0,000257	5,407563	0,0000
R <sup>2</sup>	0,836718	Soma dos quadrados dos Resíduos		1,241931
R <sup>2</sup> Ajustado	0,831939	Estatística F		175,0826
Número de obs.	212	P-Valor (Est. F)		0,0000

Instrumentos = Constante, *PInt*, *PIB*, *PA*, *CC*.

Resultados da pesquisa.

Apesar do valor da elasticidade preço do aço (-0,24) ser superior, em módulo, ao apresentado por Schimdt e Lima em 2006 (-0,14), ambas estimativas indicam que a demanda é inelástica. Tal resultado é condizente com o mercado de aço bruto, que se estrutura segundo oligopólio, e também pelo fato de existirem poucos produtos substitutos próximos para o aço.

O fato da demanda de aço se apresentar inelástica pode ser um indicativo de que há o exercício do poder de mercado, aliado as outras características do mercado de aço brasileiro (poucas empresas, poucos produtos substitutos, existência de barreiras a entrada, etc).

No que tange a elasticidade-renda, representada pela variável *proxy PIB*, o seu valor se mostrou também inelástico (0,24), mas apresentou um valor que caracteriza um bem normal, visto que o valor da elasticidade foi positivo.

Os resultados mostram ainda que a demanda brasileira de aço é sensível à produção industrial, às vendas de automóveis e à construção civil, o que são resultados esperados, visto que os maiores demandantes de aço no Brasil são a indústria no geral, o setor automotivo e a construção civil.

#### 4.2.2. Equação da demanda de laminados para o Brasil

A Tabela 4 reporta os resultados obtidos da estimação da curva de demanda de laminados para o Brasil.

Conforma ressaltado anteriormente, o fato de se calcular uma elasticidade preço da demanda de laminados em separado se deve ao fato deste mercado ser o mais importante do setor siderúrgico nacional. Entende-se por laminados os produtos planos e longos com seu processo de produção acabado, ou seja, não incluem os semi-acabados. A produção de laminados no Brasil atingiu em 2008 a marca de 24 milhões de toneladas o que corresponde a aproximadamente 72% de toda a produção de aço bruto brasileira. Destas 24 milhões de toneladas produzidas, cerca de 14 milhões de laminados planos (chapas grossas, chapas e bobinas laminadas a quente e a frio, e produtos revestidos planos) e 10 milhões de laminados longos (barras, perfis, fios-máquina, vergalhões, arames e tubos sem costuras). Em se tratando de exportações e importações de laminados, o Brasil exportou cerca de 1,6 milhões de toneladas de laminados planos e 1,5 milhões de toneladas de laminados longos no ano de 2008. A quantidade importada de laminados planos pelo Brasil foi muito próxima da quantidade exportada, cerca de 1,5 milhões de toneladas, já os laminados longos este número foi bem inferior, 649 mil toneladas.

Tabela 4 – Resultados da estimação da equação de demanda de laminados no Brasil

Variável	Coefficiente	Desvio Padrão	Estatística - t	P-valor
Constante	8,680783	1,450881	5,983110	0,0000
<i>QL(-1)</i>	0,315035	0,060737	5,186845	0,0000
<i>P</i>	<b>-0,179950</b>	<b>0,065689</b>	<b>-2,739435</b>	<b>0,0067</b>
<i>PIB</i>	0,169616	0,063299	2,679599	0,0080
<i>PA</i>	0,223151	0,044137	5,055872	0,0000
<i>CC</i>	0,014876	0,005902	2,520495	0,0125
<i>PI</i>	0,191663	0,109616	1,748500	0,0819
<i>Tendência</i>	0,001685	0,000311	5,422635	0,0000
R <sup>2</sup>	0,876257	Soma dos quadrados dos Resíduos		1,571290
R <sup>2</sup> Ajustado	0,872052	Estatística F		208,3909
Número de obs.	214	P-Valor (Est. F)		0,0000

Instrumentos = Constante, *PInt*, *PIB*, *PA*, *CC*, *PI*.

Resultados da Pesquisa

A elasticidade preço de laminados (-0,179668) evidencia o caráter mais inelástico dos produtos laminados se comparado ao aço bruto. Esta diferença nos valores das elasticidades é importante para uma análise mais pontual do peso morto para o setor siderúrgico, podendo ainda mensurar o quanto é a perda de bem estar da sociedade na medida em que analisamos um mercado relevante considerando a dimensão produto (mais restrito do que se considerar aços em geral).

Era esperado que a elasticidade preço da demanda de laminados fosse menor, em módulo, do que a do aço bruto, pois, quando se considera o mercado com maior especificidade, a análise torna-se mais precisa. Ao se excluir possíveis firmas e produtos potencialmente rivais, que na realidade não competem entre si, espera-se que a firma tenha mais poder de mercado, dada a menor elasticidade preço da demanda.

#### 4.2.3. Equação da demanda de vergalhões para o Brasil

A Tabela 5 apresenta os coeficientes da equação de demanda para vergalhões. Os valores estimados pelo método de Variável Instrumental, tais resultados apresentaram problemas de heterocedasticidade, tornando-os menos confiáveis.

Embora o teste de White tenha acusado presença de heterocedasticidade, pretende-se utilizar o valor da elasticidade preço da demanda de vergalhões para o cálculo do peso morto, com a ressalva de que a estimação da elasticidade preço deste produto pode estar viesada.

Tabela 5 – Resultados da estimação da equação de demanda de vergalhões no Brasil

Variável	Coefficiente	Desvio Padrão	Estatística - t	P-valor
Constante	4,709382	1,833279	2,568830	0,0115
<i>QV(-1)</i>	0,445671	0,160233	2,781385	0,0063
<i>PV</i>	<b>-0,105081</b>	<b>0,038295</b>	<b>-2,743991</b>	<b>0,0070</b>
<i>PIB</i>	0,035652	0,129563	0,275174	0,7837
<i>PI</i>	0,426059	0,138815	3,069247	0,0027
<i>CC</i>	0,035578	0,013137	2,708115	0,0078
<i>Tendência</i>	0,002335	0,000655	3,564109	0,0005
R <sup>2</sup>	0,518580	Soma dos quadrados dos Resíduos	1,686509	
R <sup>2</sup> Ajustado	0,494101	Estatística F	21,69872	
Número de obs.	212	P-Valor (Est. F)	0,00000	

Instrumentos = Constante, *PInt*, *PIB*, *PI*, *CC*.

Resultados da pesquisa.

O valor da elasticidade preço da demanda de vergalhões se mostrou bem menor (em módulo) do que o valor da elasticidade preço dos laminados, o que de certa forma é esperado, visto ser um mercado ainda mais restrito, composto por menos firmas e produtos substitutos. Desta forma, espera-se maior poder de mercado se comparado ao de laminados.

O baixo valor de elasticidade preço da demanda de vergalhões pode ser explicado pelo número de empresas que produzem este tipo de produto: como o número de siderúrgicas no país é pequeno e nem todas produzem vergalhões, a oferta do produto fica limitada a poucas empresas, que controlam este mercado. Além do fato de ser um mercado muito influenciado pela produção industrial e atividade de construção civil, atividades que consomem vergalhões.

Os coeficientes relativos à atividade industrial (*PI*) e construção civil (*CC*) apresentaram valores estatisticamente significativos, sendo que o coeficiente que mede a influência da atividade industrial no consumo de vergalhões apresentou um valor em torno de 0,445, bem alto se comparado aos coeficientes de preço (*PV*) e construção civil (*CC*). O resultado está dentro do esperado, pois, o índice que mede a atividade industrial brasileira incorpora de certa forma, a indústria da construção civil.

A variável *PIB* apresentou seu coeficiente estatisticamente não significativo. No entanto, decidiu-se manter a variável *PIB* nos modelos estimados, pois, a variável está sendo utilizada nos modelos como *proxy* de renda, e em se tratando de equações de demanda a variável explicativa “renda” é muito importante.

#### **4.3. O peso morto em relação ao faturamento e ao PIB.**

A Tabela 6 traz os resultados obtidos em todos os mercados relevantes estudados (aço bruto, laminados e vergalhões), no período de 2006 a 2008. Os resultados reportados na Tabela 6 são dos valores de peso morto em relação ao faturamento e ao PIB, além do valor nominal do peso morto em cada mercado relevante. Tais valores são importantes na medida em que nos dá uma relação entre o valor do peso morto e o mercado específico, e do peso morto em relação à economia inteira.

O mercado de vergalhões foi o que apresentou a maior relação entre o peso morto e o faturamento seguido pelo mercado de laminados e aço bruto, em todo o período analisado. Considerando apenas o mercado interno temos que a razão entre o peso morto e o faturamento foi de 16,5% em 2006, 15% em 2007 e chegou a 19% em 2008. Ao considerar os mercados interno e externo, os números não mudam muito sendo, 12,5% em 2006, 13,2% em 2007 e 20% em 2008. Os resultados obtidos com a relação PM/Faturamento são importantes na

medida em que o faturamento de um subgrupo (vergalhões) é inferior ao faturamento obtido nos mercados agregados (aço bruto e laminados). O que nos dá um menor valor absoluto do peso morto e um menor valor do PM/PIB se comparado aos mercados anteriormente analisados.

No entanto, os valores nominais do peso morto foram menores neste setor em comparação aos mercados de aço bruto e laminados. Sendo que a perda para sociedade foi de 1,173 bilhões de Reais no ano de 2008 considerando os mercados interno e externo.

O mercado de aço bruto foi o que apresentou maior relação PM/PIB, seguido pelos mercados de laminados e vergalhões. Observa-se que a magnitude do peso morto, que não é desprezível, chega a 9,5% com relação ao faturamento do setor em 2008, quando considerado apenas o mercado interno. Tal valor foi da ordem de R\$ 5,9 bilhões, aproximadamente 0,20% do PIB brasileiro naquele ano, indicando perda importante para a sociedade. Para os anos de 2006 e 2007 considerando-se apenas o mercado interno, as perdas foram de 0,10%. Quando consideramos o mercado interno e externo estes valores aumentam nos respectivos anos, passando a 0,13% em 2006, 0,12% em 2007 e 0,22% em 2008.

Ao analisarmos os três anos em conjunto, é perceptível primeiramente a existência de peso morto nos três períodos analisados, o que ocorre provavelmente devido à falta de competição no setor siderúrgico. Ademais, observa-se o aumento do peso morto conforme cresce o faturamento do setor. Ou seja, à medida que o mercado siderúrgico tem um crescimento no seu faturamento, a sociedade como um todo tem perdido mais.

Tabela 6 – Peso Morto em relação ao Faturamento e ao PIB, de todos os mercados estudados.

	<b>Interno</b>			<b>Interno e Externo</b>		
	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>Aço Bruto</b>						
PM/Faturamento	6,2%	5,4%	9,5%	5,6%	5,2%	8,4%
PM/PIB	0,10%	0,10%	0,20%	0,13%	0,12%	0,22%
PM (R\$ Milhões)	2.434	2.578	5.895	3.008	3.174	6.428
<b>Laminados</b>						
PM/Faturamento	10%	9%	15%	8%	7%	10%
PM/PIB	0,12%	0,12%	0,23%	0,13%	0,11%	0,19%
PM (R\$ Milhões)	2.844	3.118	6.680	3.083	3.016	5.500
<b>Vergalhões</b>						
PM/Faturamento	16,5%	15%	19%	12,5%	13,2%	20%
PM/PIB	0,02%	0,021%	0,03%	0,02%	0,023%	0,04%
PM (R\$ Milhões)	502	553	923	521	621	1.173

PM = Peso Morto; e PIB = Produto Interno Bruto do Brasil.  
Resultados da pesquisa.



Ao analisarmos os três anos em conjunto, é perceptível primeiramente a existência de peso morto nos três períodos analisados, o que ocorre provavelmente devido à falta de competição no setor siderúrgico. Ademais, observa-se o aumento do peso morto conforme cresce o faturamento do setor. Ou seja, à medida que o mercado siderúrgico tem um crescimento no seu faturamento, a sociedade como um todo tem perdido mais.

Em relação aos anos de 2007 a 2008 as razões PM/Faturamento e PM/PIB praticamente duplicam, considerando as vendas para o mercado interno somente e as vendas para o mercado interno e externo. O aumento do Faturamento do setor siderúrgico brasileiro (Aço Bruto) se deve ao crescimento que este setor teve no país nos últimos anos, com aumento na produção e nas vendas tanto para o mercado interno quanto para o mercado externo. A produção brasileira de aço bruto teve um aumento de 10% de 2006 a 2008, chegando à marca de 33,7 milhões de toneladas em 2008. As vendas internas de produtos planos cresceram 7% neste período, considerando os produtos longos este crescimento foi ainda maior chegando à impressionante marca de 34% (IBS, 2009)<sup>34</sup>.

Os resultados para o mercado de Laminados são importantes, pois, nos dão informações a respeito dos mercados de aços planos e longos em conjunto, e por ser o principal mercado siderúrgico, que fabrica os produtos mais importantes da indústria siderúrgica. Observa-se que os valores de peso morto para este mercado têm um comportamento similar aos valores encontrados no mercado de aço bruto. A magnitude do peso morto, que não é desprezível, chega a 15% com relação ao faturamento do setor em 2008, e 0,23% em relação ao PIB. Nota-se também uma elevação no valor em relação aos indicadores dos anos de 2006 e 2007 (10% e 9% respectivamente). No caso dos valores de peso morto em relação ao PIB não houve diferença em relação aos anos anteriores. Ao analisarmos o mercado de laminados temos que a perda de bem-estar para sociedade como um todo foi R\$ 6,6 bilhões em 2008 considerando apenas as vendas domésticas, e de R\$ 5,5 bilhões quando levamos em consideração as vendas internas e externas.

De acordo com a Tabela 6 em todos os mercados analisados os valores do PM/Faturamento e PM/PIB são inferiores quando se inclui as vendas no mercado externo, exceto no mercado de vergalhões para o ano de 2008. A diferença nos resultados para o mercado interno e externo em comparação somente ao mercado interno se dá devido ao fato dos preços praticados nem sempre serem os mesmos. Pois, a existência de poder de mercado das empresas siderúrgicas faz com que as mesmas ditem o preço no mercado interno, onde há

---

<sup>34</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE SIDERÚRGIA. *Anuário Estatístico da Siderurgia Brasileira*. Rio de Janeiro: IBS, 2009.

o exercício de poder de mercado. Considerando as vendas ao mercado externo, os preços podem ser outros do praticado no mercado doméstico, visto que no mercado internacional as empresas siderúrgicas brasileiras não ditam os preços na verdade são tomadoras de preço.

A magnitude do peso morto não se mostrou desprezível em nenhum dos segmentos analisados, todos acima de 4% em relação ao faturamento. Nota-se que se excluirmos o segmento aço bruto (agregado dos produtos siderúrgicos), a maioria dos pesos mortos em relação ao faturamento estão acima dos 10%.

## **5. Conclusões**

Os resultados deste trabalho indicam que a elasticidade-preço da demanda varia de acordo com o mercado relevante estudado. No entanto, todos os mercados estudados apresentaram baixos valores de elasticidade-preço da demanda, ou seja, são inelásticos às variações de preço. As elasticidades-preço variaram (em módulo) de 0,24 a 0,10. Estes resultados foram coerentes com os respectivos índices de concentração dos mercados: o mercado de aço bruto, que apresentou o maior valor de elasticidade-preço, também é o menos concentrado e com menor valor do peso morto em relação ao faturamento.

O mercado de laminados, muito concentrado, apresentou valores de peso morto em relação ao faturamento superiores aos apresentados pelos mercados de aço bruto e ferro-gusa, condizentes com o valor de sua elasticidade de mercado, que foi menor quando comparada com as dos demais. Considerando-se as vendas externas e internas em conjunto, os resultados dos valores dos pesos mortos encontrados não mostram grandes diferenças em relação ao mercado interno isoladamente. Estes resultados do mercado de laminados só vêm a corroborar com a hipótese de existência e uso do poder de mercado por parte da indústria siderúrgica brasileira.

Já o mercado de vergalhões, o mais inelástico, se mostrou como esperado, apresentando a mais alta relação entre o peso morto e o faturamento. Este mercado apresentou um valor de elasticidade-preço igual a 0,10 (em módulo), valor este bem inferior a todos os demais mercados relevantes estudados neste trabalho. Este baixo valor de elasticidade-preço é um forte indicativo de que este mercado possui um maior valor de peso morto em detrimento aos demais, o que foi comprovado com os resultados apresentados. Observou-se que o mercado de vergalhões apresentou a maior relação entre o peso morto e o faturamento, se comparado aos demais mercados em todos os períodos analisados.

Se incluirmos as vendas ao exterior, o mercado de vergalhões ainda sim possui o maior peso morto com referência ao faturamento. O valor de 20% do PM/Faturamento para o ano de 2008 foi o maior valor se comparado a todos os resultados obtidos na pesquisa. Estes resultados mostram que o mercado de vergalhões é o que a indústria possui maior poder de mercado, com maiores perdas em relação ao tamanho do mesmo.

Conclui-se, portanto, que a indústria siderúrgica, nos mais diversos mercados, têm exercido poder de mercado nos anos recentes. Somente no ano de 2008, se considerada as perdas de todos os mercados no agregado, o valor do peso morto total foi de R\$ 8,0 bilhões, o que representou 0,27 % em relação ao PIB.

Desta forma, as conclusões deste trabalho mostram que o mercado siderúrgico brasileiro é concentrado e há o exercício do poder de mercado por parte das firmas participantes em todos os mercados analisados, ocasionando perda de bem-estar para sociedade brasileira. De forma específica, o mercado produtos laminados e em especial o de vergalhões foram os apresentaram os mais elevados valores de peso morto. No entanto, apesar da crise econômica mundial de 2008, que afetou o setor siderúrgico mundial, espera-se que a siderurgia brasileira não perca sua competitividade no mercado internacional, pois, há uma verticalização para traz no setor. Várias siderúrgicas brasileiras têm investido na produção de minério de ferro, para não dependerem dos fornecedores deste insumo. Visto que nos próximos anos a Economia Mundial sinaliza que a China continuara aquecida e com grande demanda por minério de ferro. Já os países ricos, como Estados Unidos e membros da União Européia, ainda estão em recuperação e comprando pouco aço, com cortes nos gastos e investimentos.

Espera-se com este estudo colaborar para a análise destes mercados ou para elaboração de políticas públicas relacionadas ao setor em questão.

Uma possível extensão deste trabalho poderia ser a realização do cálculo do peso morto para outros setores concentrados da economia brasileira, a fim de se obter a perda geral de bem-estar.

## **6. Referências Bibliográficas**

BANCO CENTRAL DO BRASIL - BC. *PIB mensal – Valores Correntes (R\$ milhões)*. Disponível em <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em 15 de jul de 2009.

BUREAU OF LABOR STATISTICS - BLS. *Consumer Price Index*. Disponível em <<http://www.bls.gov/cpi/>>. Acesso em 5 de jul de 2009.

CARLTON, D.W. e PERLOFF, J.M. *Modern Industrial Organization*. Ed. Addison-Wesley, 3 a Ed. 2000. 2-10p.

CHURCH, J. e WARE, R. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. Ed. McGraw-Hill, 2000. P. 37.

COWLING, K.; MUELLER, D. *The social costs of monopoly*. *Economic Journal*, p. 727-748, 1978.

\_\_\_\_\_. *The social costs of monopoly power revisited*. *Economic Journal*, p. 721-725, 1981.

COWLING, K.; WATERSON, M.. *Price-cost margins and market structure*. *Economica*, v.43, p. 267-274, 1976.

DASKIN, A. J. *Deadweight Loss in Oligopoly: A New Approach*. *Southern Economic Journal*, Vol. 58, No. 1, (Jul., 1991), pp. 171-185.

DIXIT, A.; STERN, N. *Oligopoly and Welfare*. *European Economic Review*, Vol. 19, p. 123-143, 1982.

ENDERS, Walter. *Applied Econometric Time Series*. 2ª ed. EUA:Wiley & Sons, 2004.

FERGUNSON, P. R.; FERGUNSON, G. J.. *Industrial economics: issues and perspectives*. London: MacMillan, 1994.

FINANCIAL FORECAST CENTER - FFC. *U.S. GDP Gross Domestic Product Forecast*. Disponível em <<http://forecasts.org/gdp.htm>>. Acesso em 29 de jan de 2010.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. *IPA-GO – ferro, aço e derivados*. FGV dados. Disponível em <[http://www14.fgv.br/novo\\_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1514651359](http://www14.fgv.br/novo_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1514651359)>. Acesso em 15 de jul de 2009.

\_\_\_\_\_. *IPA-GO-DI – Vergalhões de Aços Nervurados*. FGV dados. Disponível em <[http://www14.fgv.br/novo\\_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1306240236](http://www14.fgv.br/novo_fgvdados/consulta.aspx?cntrl=1306240236)>. Acesso em 15 de jul de 2009.

HARBERGER, A. C. *Monopoly and resource allocation*. *American Economic Review*, p.77-87, Maio 1954.

HOLT, C. A.. *On the use of profit data to estimate the social costs of monopoly power in an oligopoly*. 1982, p. 283-289.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Séries Estatísticas & Séries Históricas*. Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/series\\_estatisticas](http://www.ibge.gov.br/series_estatisticas)>. Acesso em 15 de jul de 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE SIDERURGIA, IBS. *Anuário Estatístico da Siderurgia Brasileira*. Rio de Janeiro: IBS, 2008.

\_\_\_\_\_. *Anuário Estatístico da Siderurgia Brasileira*. Rio de Janeiro: IBS, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Produção de automóveis – quantidade*. IPEA DATA. Disponível em <<http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata>>. Acesso em 07 de mar de 2009.

MAS-COLELL, A.; WHINSTON, M. D.; GREEN, J. R.; *Microeconomic Theory*. Oxford University Press. New York, 1995. 981pg.

MASSON, R. T.; SHAANAN, J. *Social costs of oligopoly and the value of competition*. Economic Journal, p. 520-535, 1984.

METAL BULLETIN. *Metal Bulletin Research – steel*. Disponível em <<http://www.metalbulletinresearch.com/Publication/19830/Steel-Weekly-Market-Tracker.html>> acesso em 5 de jul de 2009.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR – MDIC. *Alice WEB – dados de importação e exportação de produtos siderúrgicos*. Disponível em <<http://aliceweb.desenvolvimento.gov.br/>> acesso em 5 de jul de 2009.

PAULA, G. M. de. *Siderurgia Brasileira em 2002: Turbulências Internacionais, Dilemas Nacionais*. Uberlândia, Instituto de Economia / Universidade Federal de Uberlândia, 2002. 42p.

SCHMIDT, C. A. J. e LIMA, M. A. M. *A perda do peso morto e a elasticidade-preço da demanda do setor siderúrgico no Brasil*. Estudos Econômicos, São Paulo, V.36, N.1, p. 127-147, 2006.

SOUZA, S. A. *Análise de demanda agregada por produtos diferenciados*. 05 Série: Estudos Econômicos CAEN, Fortaleza, 2009. 31p.

## **Desafios da intervenção antitruste em indústrias de rede**

Leandro Saito<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo busca analisar as implicações da intervenção antitruste sobre as chamadas indústrias de rede: setores de alta tecnologia com a presença de redes virtuais. Da análise das principais características destes mercados, como a possibilidade de discriminação de preços nos diferentes lados da cadeia, a velocidade de expansão da rede e as implicações da necessidade de compatibilidade dos elementos da rede, apontam-se breves implicações na análise sob a ótica antitruste tradicional. A conclusão aponta para a necessidade de revisão da tradicional metodologia antitruste para a análise destes setores.

Palavras-chave: efeitos de rede, externalidades de rede, antitruste, indústrias de tecnologia.  
JEL: K21

### **ABSTRACT**

The article intends to analyze the implications of the antitrust intervention on network industries: high-tech markets with the presence of virtual networks. From the analysis of the main characteristics of these markets, like the possibility of price discrimination on the different sides of the market, the fast expansion of the network, and the implications of the need of compatibility between the network components, some implications on traditional antitrust analysis are indicated. The conclusion points towards the need to review the traditional antitrust methodology used in the analysis of these sectors.

Key words: network effects, network externalities, antitrust, technology industries

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Email: [leandrosaito@gmail.com](mailto:leandrosaito@gmail.com)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Conceito econômico de rede 2.1. As externalidades de rede 2.2. Características dos mercados de rede 2.2.1. Possibilidade de cobrança de preços diferenciados dos dois lados da rede 2.2.2. Velocidade de expansão da rede 2.2.3 Questão da compatibilidade 2.2.4. *Path dependence* e *switching costs* 3. Problemas concorrenciais particulares às indústrias de rede 3.1. Poder de mercado nas indústrias de rede 3.2. Restrições horizontais de acesso à rede 3.3. Restrições verticais em indústrias de rede 3.4. Eficiência dinâmica e inovação 3.5. Parâmetros pelos quais deve se pautar a autoridade antitruste 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução

A Revolução Tecnológica e o surgimento da Economia da Informação trouxeram profundas mudanças sobre a sociedade e sobre as formas de interação humana. Nesse contexto, inúmeros debates tem se travado no tocante à intervenção antitruste em setores da nova economia que, por conta de suas particularidades<sup>2</sup>, acabam trazendo complicações à tradicional análise antitruste de cunho neoclássico<sup>3</sup>.

Uma característica peculiar a muitos destes novos setores é a presença de redes. Podemos notá-las nos mais diversos setores, seja nas telecomunicações, nas transmissões de televisão, nas redes de transporte, bem como nos mais diversos sistemas de transmissão de dados, como a Internet. Ao lado das tradicionais redes físicas, vem ganhando especial atenção as chamadas redes virtuais. Dentro desta classificação enquadram-se quaisquer conjuntos de

---

<sup>2</sup>Podem ser apontadas como principais características das indústrias da nova economia a existência de: modestos investimentos de capital, taxas elevadíssimas de inovação, entrada e saída frequente de novos *players*, bem como economias de escala no consumo. Ao passo que as indústrias tradicionais seriam caracterizadas pela: dispersão da produção entre diversas unidades fabris e diversas firmas, mercados estáveis, elevados investimentos de capital, taxas modestas de inovação, e entrada lenta e não-frequente de novos *players* (POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2001. pp. 245-246)

<sup>3</sup>A aplicação das teorias neoclássicas, baseadas em modelos de informação perfeita e agentes racionais, vem sofrendo inúmeras críticas, sendo sua aplicação relativizada pelas autoridades antitruste. Sua inadequação atinge a análise de quaisquer mercados, sendo, porém, patentes nos mercados de alta tecnologia. Por esta razão alguns, como Calixto Salomão Filho e Luiz Fernando Schuartz, defendem que o advento dos estudos da Economia da Informação, baseados nas teorias da *hard uncertainty*, proposta por Keynes, levam a uma crise de justificação do direito concorrencial e a uma paralisia do direito antitruste (SALOMÃO FILHO, Calixto. *A paralisia do antitruste*, In GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009. 15-31; e SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Mercados de Novas Tecnologias: Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001).

bens compatíveis que compartilhem uma plataforma técnica comum<sup>4</sup>. Como exemplos podemos citar o conjunto de *Blu-ray players*, o conjunto de computadores rodando *Microsoft Windows*, sistemas de serviços bancários, ou mesmo as chamadas redes sociais<sup>5</sup>, formadas por milhões de usuários pelo mundo.

Redes tradicionais, como ferrovias, setores de telecomunicação, eletricidade e transporte, por conta de suas características<sup>6</sup>, já são objeto de intensa regulação por parte do Estado. Porém, redes virtuais como a de usuários de cartões de crédito, computadores e softwares permanecem sob incipiente regulação. Estas tem trazido inúmeros problemas de natureza concorrencial, principalmente por conta dos chamados efeitos ou externalidades de rede<sup>7</sup>.

## 2. Conceito econômico de rede

De modo bem simplificado, uma rede pode ser definida como um conjunto de pontos complementares ligados entre si por meio de links<sup>8</sup>. Requisito essencial das redes, portanto, é a complementaridade entre pontos e links: um serviço prestado por uma rede requer, necessariamente, o uso de dois ou mais componentes da rede<sup>9</sup>.

Um primeiro modelo poderia ser o de uma “estrela” ligando os pontos de cada extremidade a um centro comum. Neste modelo, conhecido como “*hub and spoke*”, os pontos

---

<sup>4</sup>ECONOMIDES, Nicolas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: [http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides Antitrust in Network Industries.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides%20Antitrust%20in%20Network%20Industries.pdf), acesso no dia 25/06/12, 2008. p.2.

<sup>5</sup>Os exemplos são inúmeros: *Facebook, Twitter, My Space, LinkedIn*.

<sup>6</sup>Conforme Gesner Oliveira, a regulação tem como objetivo substituir os mecanismos de mercado diante de falhas consideradas insuperáveis e que podem levar a minimização do bem estar social. Por esta razão, “a atividade regulatória pressupõe uma determinada estrutura de mercado”, atuando principalmente sobre serviços prestados em caráter de monopólio natural. (OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60-64).

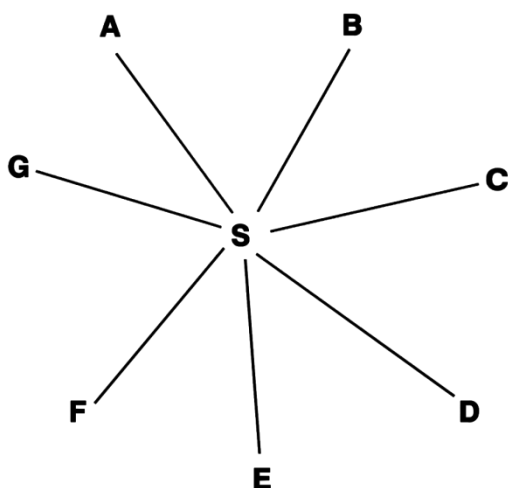
<sup>7</sup>Conforme Stan J. Liebowitz e Stephen E. Margolis, rigorosamente, externalidades de rede e efeitos de rede não se confundem. Os efeitos de rede seriam “*the circumstance in which the net value of an action (consuming a good, subscribing to telephone service) is affected by the number of agents taking equivalent actions*”, enquanto as externalidades de rede seriam um tipo específico de efeito de rede “*in which the equilibrium exhibits unexploited gains from trade regarding network participation*”. Segundo os autores, a vantagem desta diferenciação se deve à aproximação da expressão “externalidade” ao termo usualmente utilizado em literatura econômica (LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994. p. 135).

<sup>8</sup>KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: Economics, competition, and policy*. 5<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2009. p. 474-476.

<sup>9</sup>ECONOMIDES, Nicholas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: [http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides Antitrust in Network Industries.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides%20Antitrust%20in%20Network%20Industries.pdf), acesso no dia 25/06/12, 2008. p.2.



(“A, B, C, D, E, F, G”) se interconectam a um centro (“S”)<sup>10</sup>. Exemplos deste modelo de rede seriam as redes de telefonia, redes de empresas regionais de avião, empresas de entrega de correspondência, redes de rádio e televisão local. Numa rede de telefonia, por exemplo, uma ligação da pessoa “A” para pessoa “B” passaria pelo *link* “AS”, pelo centro “S” (*switch*), faria a conexão pelo link “BS”, chegando ao ponto “B”. A compatibilidade entre os links e a capacidade da estrutura central realizar as ligações sem sobrecarga são essenciais para o funcionamento desta rede. Uma característica marcante deste modelo está na importância fundamental do acesso ao centro (“S”) para ingresso no sistema. Por esta razão, esta estrutura central recebe, em determinadas situações, a classificação de “*essential facility*”<sup>11</sup>. Uma representação desse modelo é exposta por ECONOMIDES<sup>12</sup>:



Um segundo modelo mais complexo de rede seria a junção de uma série de centros interligados. Neste caso, a rede representaria, por exemplo, a junção de duas redes de telefonia locais, sendo os centros “Sa” e “Sb” responsáveis pelas chamadas de longa distância entre um ponto “An” e um ponto “Bn”<sup>13</sup>. ECONOMIDES<sup>14</sup> ilustra uma ilustração deste modelo:

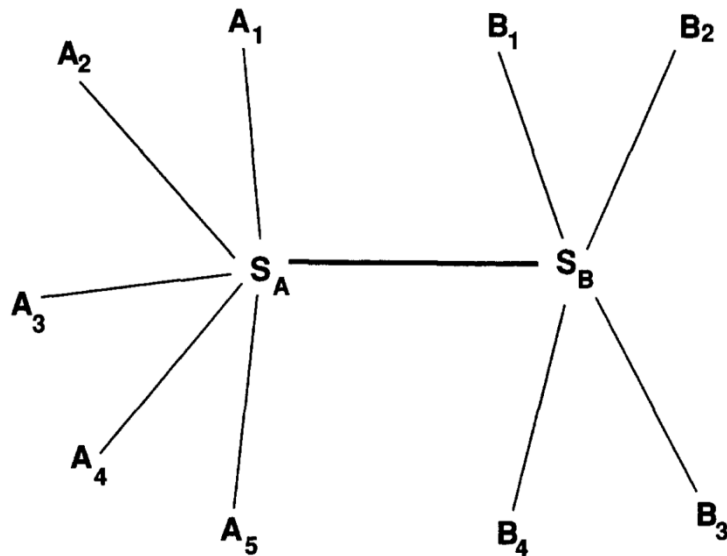
<sup>10</sup>KWOKA JR; WHITE, op. cit., pp. 474-476.

<sup>11</sup>Idem, Ibidem. pp. 474-476.

<sup>12</sup>ECONOMIDES, Nicholas. *The Economics of Networks*. In *International Journal of Industrial Organization*, vol. 16, n. 4, 1996. p. 675.

<sup>13</sup>Idem, Ibidem. p. 676.

<sup>14</sup>Idem, Ibidem. p. 675.



No caso das redes virtuais, a aquisição de componentes do tipo “A” induzem a uma grande disponibilidade dos componentes complementares “B1”, “B2”, “Bn”, que, por sua vez, levam ao aumento do valor de “A”, gerando um feedback positivo. Como exemplo, podemos citar o caso de um software largamente utilizado (Componente “A”), como o *Microsoft Windows*. Seu uso pela maioria dos computadores estimularia a produção de softwares complementares, como softwares aplicativos (Componentes “B1”, “B2”, etc.), que também levariam a um aumento do valor do sistema operacional<sup>15</sup>. Cabe notar que este efeito também ocorre nas indústrias tradicionais quando o aumento da demanda por bens complementares leva ao aumento da demanda pelo bem principal. Porém, bens complementares em indústrias tradicionais possuem como característica a utilidade marginal decrescente com o aumento da quantidade demandada, diferentemente das indústrias de rede, que tem como característica a utilidade marginal crescente com o aumento do número de unidades vendidas<sup>16</sup>.

Dessa forma, uma primeira característica que sobressai nos mercados de rede é a complementaridade, ou seja, a utilidade destes bens decorre de sua utilização em conjunto com bens complementares. Por esta razão, nestes mercados, os consumidores adquirem antes sistemas do que produtos individuais. Basta pensarmos nos computadores, que não possuem utilidade sem o software, ou mesmo nas câmeras fotográficas que não registram as imagens sem o cartão de memória. Dessa primeira característica decorre um segundo requisito

<sup>15</sup> Isso é, justamente, o que ocorre no caso do *Microsoft Windows*, em que a existência de milhares de aplicativos compatíveis com o sistema operacional dominante, criam uma barreira à entrada neste mercado, potencializada pelos efeitos de rede. Para mais informações vide SAITO, Leandro, *A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares*, IBPI. 2012. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8cbb0db81986b5b6ffff8063ffffef.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2013.

<sup>16</sup> ECONOMIDES, op. cit. 2008. pp. 4-5.

fundamental: a compatibilidade entre os bens<sup>17</sup>. Ou seja, CDs devem ter as mesmas especificações técnicas, ou padrões, do *CD Player* para que possam funcionar em conjunto<sup>18</sup>. Assim, a máxima eficiência do sistema decorreria da completa compatibilidade entre produtos de diferentes fabricantes.

No entanto, o que se constata, principalmente com relação a diversos produtos da nova economia, é que, por conta das características destes mercados, a não compatibilidade entre bens de diferentes fabricantes pode trazer benefícios ao agente detentor da rede hegemônica. Por essa razão, notamos uma crescente diferenciação entre padrões técnicos de diferentes fabricantes, associada a um aumento da complexidade do padrão utilizado para compatibilização entre os bens. A incompatibilidade surge agora como variável estratégica nos setores de tecnologia<sup>19</sup>.

## **2.1. As externalidades de rede**

Efeitos ou externalidades de rede podem ser definidos como o fenômeno segundo o qual o valor da participação individual de cada membro aumenta de acordo com número de participantes de uma rede<sup>20</sup>. Por esta razão, é comum classificá-los como uma forma distinta de economia de escala. Diversamente das economias de escala na oferta, em que o aumento da quantidade ofertada leva a uma redução de custos, as externalidades de rede se relacionam à situação em que os bens se valorizam na medida em que o número de usuários aumenta. Trata-se, portanto, de fenômeno relacionado ao lado da demanda<sup>21-22</sup>. Exemplo recorrente é o do telefone, no qual o aumento do número de usuários leva ao aumento do valor da rede como

---

<sup>17</sup>A compatibilidade pressupõe a existência de padrões físicos (como bitolas de redes ferroviárias, plugues elétricos, etc...) ou tecnológicos (como equipamentos que compartilhem de mesma voltagem, tvs que recebem o sinal sob a mesma codificação, etc...) similares. (KWOKA JR., WHITE, op. cit., pp. 476-477.

<sup>18</sup>SHY, Oz, *The economics of network industries*, Cambridge University Press, 2001. pp. 1-3.

<sup>19</sup>ECONOMIDES, op. cit., 1996. p. 676.

<sup>20</sup>PRIEST, George L., *Rethinking antitrust Law in an age of networks*, In *Yale Law & Economics Research Paper* No. 352. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso no dia 15 out. 2011. p. 2.

<sup>21</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 928.

<sup>22</sup>KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. *Network externalities, competition and compatibility*, In *The American economic review*, vol. 75, n.º 3, 1985. pp. 424-440. A literatura sobre o assunto é vasta nos Estados Unidos e na Europa, dentre as principais, podemos apontar LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy analysis*, n.º 324, 1998; LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150. LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980. LEMLEY, Mark; MCGOWAN, David. *Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998. pp. 479-612; ECONOMIDES, Nicholas. *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European journal of political economy*, vol. 12, 1996. pp. 211-232; SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

um todo, uma vez que qualquer pessoa que ingressar nela terá um maior número de pessoas com quem falar<sup>23-24</sup>.

Em outras palavras, quanto mais consumidores ingressarem em uma rede, mais atrativa ela será, gerando, assim, um *feedback* positivo que se auto alimenta. A rede será, portanto, mais valiosa quando todos os consumidores (ou quase todos) nela ingressarem, levando, assim, à tendência da manutenção de poucas redes substitutas<sup>25</sup>. Disso decorre uma tendência de concentração de mercado nestes setores.

## 2.2. Características dos mercados de rede

### 2.2.1. Possibilidade de cobrança de preços diferenciados dos dois lados da rede

Indústrias de rede possuem estrutura diversa das tradicionais estruturas *one-sided*. Estas novas indústrias caracterizam-se por serem *multi-sided platforms*. Ou seja, nestas, a empresa estrategicamente distribui seu faturamento em um ou nos dois lados da rede<sup>26</sup>. Como exemplo podemos citar os mecanismos de busca de internet: ao mesmo tempo em que os proprietários dos sites não cobram nada do usuário pelo uso de seus serviços, seus espaços publicitários são comercializados por elevados preços dos anunciantes, de modo que o aumento do número de usuários do sistema influi na valorização dos espaços publicitários do site. Tal característica traz profundas consequências sobre a estrutura de preços neste setor<sup>27</sup>.

Nestes mercados a necessidade de expansão do número de usuários, com a consequente geração de externalidades de rede, tem papel crucial para o sucesso de uma plataforma. Para que ocorra tal incremento, os agentes utilizam-se justamente da possibilidade de cobrança de preços diferenciados entre os dois lados da cadeia como forma de aumentar a rede instalada e garantir sua lucratividade. Assim, uma empresa cobra preços maiores de um dos lados, de modo a garantir seus lucros, ao mesmo tempo em que cobra preços menores do outro lado (ou muitas vezes oferta gratuitamente o serviço, como no caso dos mecanismos de busca) de modo a aumentar a rede de usuários. A decisão com relação a estas variáveis

---

<sup>23</sup>SHY, op. cit., p. 3.

<sup>24</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 928.

<sup>25</sup>EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *A guide to antitrust economics of networks*, In *Antitrust*, vol. 10, n. 36, 1995-1996. p. 36.

<sup>26</sup>ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 8.

<sup>27</sup>ETRO, op. cit., pp. 212-213. O autor cita outros exemplos de indústrias de rede *multi-sided*, como os *video-games*, as redes sociais (*Facebook*, *MySpace*) sites de compra (*Amazon*, *eBay*), entre outros. Nesse sentido, ainda, ECONOMIDES, op. cit., 2008, p. 8-9.

decorre da elasticidade da demanda, bem como dos valores que as partes atribuem a cada um dos lados<sup>28</sup>.

Mercados de dois lados apresentam inúmeros problemas com relação ao abuso de poder econômico praticado por agentes detentores da rede, bem como podem levar à inadequação da utilização de métodos de análise tradicionalmente utilizados.

Um exemplo pode ser visto nos mercados de impressoras. Nestes as empresas vendem as impressoras por preços relativamente baixos quando comparados aos preços que são vendidos os seus cartuchos de reposição. A estratégia econômica adotada pelos agentes neste caso é a de repassar parte do preço do produto primário (a impressora) ao produto secundário (o cartucho), mascarando o real preço dos bens comercializados. O consumidor, uma vez que já realizou um investimento ao adquirir o bem primário, termina em uma relação de dependência com o fabricante no momento em que precisa adquirir cartuchos de reposição, sendo levado a gastar elevados valores na compra desses produtos<sup>29</sup>. Tal situação se agrava se considerarmos a proteção conferida pela patente, que incide tanto sobre a impressora como sobre o cartucho. Por conta dessa proteção, apenas o fabricante da impressora terá a prerrogativa legal de produzir cartuchos para aquele modelo de impressora. O consumidor se vê obrigado a adquirir os cartuchos pelos preços estipulados pelo fabricante uma vez que sua impressora perde completamente a utilidade sem eles. O fundo do problema reside no “mascaramento” dos reais preços da impressora, que acaba por influir diretamente nas decisões de consumo dos agentes.

É por essa razão que Karin Grau-Kuntz<sup>30</sup> defende que a utilização da patente do cartucho para impedir a concorrência no mercado secundário acaba por limitar a concorrência de superação, sendo, portanto, abusiva, uma vez que desvirtua os fins da proteção industrial.

### **2.2.2. Velocidade de expansão da rede**

A expansão de mercado e os ganhos de *share* ocorrem de modo muito mais rápido em indústrias de rede. Conforme Economides<sup>31</sup>, o gráfico poderia ser ilustrado do seguinte modo:

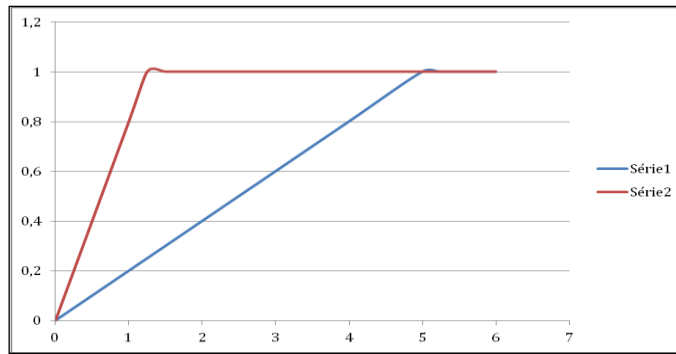
---

<sup>28</sup>ETRO, op. cit. pp. 214-215.

<sup>29</sup>Conforme aponta GRAU-KUNTZ, Karin, *Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta*, In *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 5. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/cb325d5198cbcb42ffff80d8ffffef.pdf>. Acesso no dia 22 mar 2013. pp. 32-33.

<sup>30</sup>Idem, *Ibidem*, p. 38.

<sup>31</sup>ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 9.



A curva superior representaria o nível de penetração e sua velocidade em uma indústria de rede, enquanto a segunda curva representaria uma indústria tradicional. Uma vez atingida a massa crítica, ou seja, o número mínimo de usuários necessários para que uma tecnologia seja adotada pelos outros potenciais consumidores, a rede tende a se expandir de forma extremamente rápida<sup>32</sup>.

Como podemos ver, o dinamismo destes setores leva a mudanças de *market share* em velocidades muito superiores a das indústrias tradicionais. Essa velocidade se relaciona com a teoria da destruição criativa proposta pelo economista austríaco Joseph A. Schumpeter<sup>33</sup>, que parece se aplicar perfeitamente a estes novos setores. Segundo sua teoria, a instabilidade e o dinamismo do capitalismo moderno permitiria que a entrada e saída de competidores ocorresse de forma extremamente rápida e dinâmica<sup>34</sup>. Por esta razão, seguidores da Escola de Chicago defendem que a manutenção de longos períodos de monopólios e de cartéis mostra-se inviável nestes setores<sup>35</sup>. Nesse sentido, Richard Posner afirma que a enorme quantidade de capital disponível para investimento e a velocidade com que estas novas redes podem ser instaladas leva a uma competição sem fim pela hegemonia do mercado, não estando nenhuma rede protegida da destruição criativa descrita por Schumpeter<sup>36</sup>.

Outra decorrência disso é a distinta natureza da competição nestes setores. Nas indústrias de rede a competição em geral leva ao predomínio de um único player, sendo por esta razão conhecida como concorrência do tipo “*winner takes most*” ou mesmo de “*winner*

<sup>32</sup>Conforme aponta Oz Shy, as expectativas dos consumidores quanto ao tamanho da rede e quanto à possibilidade de sua adoção generalizada tem enorme impacto sobre a decisão de ingressar nesta. Um exemplo é o da Internet, que durante muitos anos foi utilizada por um número muito pequeno de pessoas, até que, na década de 1990, o tráfego de usuários praticamente vem dobrando a cada ano. Ou seja, uma vez atingida a massa crítica, sua adoção sofre um crescimento estrondoso, muito por conta destas expectativas (Shy, op. cit., p. 3).

<sup>33</sup>SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, socialism, and democracy*, New York, Harper Perennial Modern Thought, 2008.

<sup>34</sup>“O surgimento e o desaparecimento de empresas líderes de mercado em períodos muito curtos pode ser visto como uma marca registrada dessa nova realidade.” (BRANCHER, op. cit. pp. 90).

<sup>35</sup>Cf. PITOFISKY, Robert. *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001. pp. 915-916.

<sup>36</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 930.

*takes all*". Nestes setores, portanto, a competição ocorre pelo mercado, e não no mercado, como nas indústrias tradicionais. Por esta razão, uma característica marcante dos mercados de rede é a presença de uma extrema desigualdade entre *market shares* e lucratividade entre as empresas, mesmo na ausência de condutas anticompetitivas<sup>37</sup>.

Deve-se, portanto, considerar com extrema cautela a definição de mercados relevantes, bem como a mensuração de concentrações econômicas, por meio de instrumentos tradicionais como o teste do monopolista hipotético (e o *SSNIP* - "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preços)<sup>38</sup>, *HHI* ou o *C4*. Um produto com larga utilização em um mercado (portanto, com elevada concentração), pode, após alguns poucos anos ou meses, tornar-se obsoleto pelo surgimento de um novo produto concorrente com claras vantagens competitivas. O ritmo acelerado das inovações pode subverter elevadas participações de mercado em curto período de tempo<sup>39</sup>. É dessa constatação que deriva a famosa afirmação feita pela empresa *Google* de que "*competition is one click away*", ou seja, de que nestes setores nenhum agente econômico detém verdadeiro poder de monopólio, uma vez que os custos de mudança para que o usuário migre para um concorrente é de apenas um clique.

### 2.2.3. Questão da compatibilidade

Dois bens são compatíveis quando compartilham especificações ou padrões técnicos comuns, de modo que possam ser combinados para produzir um bem ou serviço composto. Assim, podemos dizer, por exemplo, que um *Blu-ray player* é compatível com um disco em formato *Blu-ray*, ou que dois softwares são compatíveis quando podem ler e redigir arquivos num formato comum. Desse modo, a compatibilidade é fundamental para que os pontos e os links em uma rede sejam complementares<sup>40</sup>. A presença de *standards*<sup>41</sup> permite que produtos fabricados por empresas diferentes possam operar conjuntamente em um mesmo sistema, bem como permite que partes de diferentes fabricantes possam utilizar os mesmos componentes complementares. Por outro lado, a incompatibilidade entre dois produtos faz com que as

---

<sup>37</sup>ECONOMIDES, op. cit. 2008. pp. 13-16.

<sup>38</sup>"*Small but significant, nontransitory increase in price*". O teste do monopolista hipotético e do *SSNIP* são instrumentais analíticos utilizados para determinar o grau de substitutibilidade de bens, e conseqüentemente o mercado relevante de determinado setor.

<sup>39</sup>EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 39.

<sup>40</sup>ECONOMIDES, op. cit. 2008. p. 10.

<sup>41</sup>Utilizamos aqui a definição de *standard* no sentido proposto por Mark A. Lemley: "*I define a standard rather broadly as any set of technical specifications that either provides or is intended to provide a common design for a product or process*" (LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980).

externalidades positivas operem no nível de cada produto individualmente e não na rede como um todo<sup>42</sup>. Assim, a eficiência de uma dada rede depende justamente da padronização de seus componentes essenciais. No caso da Internet, por exemplo, a padronização de seus principais componentes (os protocolos de Internet) trouxe uma eficiência muito maior ao sistema<sup>43</sup>.

Assim, ao criar uma rede única, compartilhada por diversos competidores, a padronização neutraliza os efeitos de rede, permitindo que a competição ocorra em termos de preço e qualidade dos bens ofertados<sup>44</sup>. É por essa razão que a compatibilidade pode justamente resolver parte da problemática dos efeitos de rede<sup>45</sup>.

Por essa razão, em muitos casos, as próprias empresas acabam por fechar acordos de compatibilidade. Um exemplo foram os acordos firmados em torno do CD (*Compact Disc*) na década de 1980. Acordos de padronização podem trazer benefícios ao mercado na medida em que forem acessíveis a todos agentes e trouxerem maior eficiência aos sistemas. Por outro lado, podem suscitar preocupações concorrenciais quando algumas empresas tiverem o acesso negado a estes padrões<sup>46</sup>.

Estas preocupações de natureza antitruste surgem por conta da existência de direitos de propriedade sobre estes padrões. Para o agente detentor da rede dominante, a incompatibilidade pode funcionar como poderosa vantagem estratégica. A decisão pela adoção de padrões compatíveis ou incompatíveis com os dos concorrentes, portanto, dependerá de uma série de fatores, como os possíveis benefícios que o agente poderá receber optando pela incompatibilidade em contraposição aos possíveis benefícios decorrentes da situação de compatibilidade<sup>47</sup>.

É por esta razão que, nos casos em que as externalidades de rede produzam efeitos de grande intensidade, a proteção conferida por direitos intelectuais sobre *standards* pode acabar criando um enorme poder de mercado ao seu titular<sup>48</sup>. Do mesmo modo, a presença de efeitos de rede pode criar incentivos para que os agentes pratiquem condutas anticompetitivas, com o objetivo de impedir que novos concorrentes possam ingressar em sua rede.

---

<sup>42</sup>FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*. In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998. pp. 609-650.

<sup>43</sup>ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>. Acesso em: 26.06.12. p. 1365.

<sup>44</sup>FARRELL; KATZ, op. cit., p. 611.

<sup>45</sup>LEMLEY; MCGOWAN, op. cit. p. 523.

<sup>46</sup>A padronização pode, ainda, trazer ineficiências dinâmicas, pelo fato de incentivar as empresas a permanecerem atadas aos padrões e não investirem em novos padrões mais avançados (LEMLEY; MCGOWAN, op. cit., p. 523).

<sup>47</sup>ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 11.

<sup>48</sup>LEMLEY; MCGOWAN, op. cit., p. 523. Conforme também WEISER, Philip J. *The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003. pp. 534- 613.



Pode-se dizer, ainda, que o equilíbrio de mercado será diferente em uma situação de incompatibilidade entre os padrões, quando comparada a uma situação de perfeita compatibilidade. Em uma situação de incompatibilidade, a maximização do bem estar ocorre através de estruturas concentradas, uma vez que esta permitiria a criação de uma rede maior e mais eficiente. Por outro lado, em uma situação de perfeita compatibilidade, o bem estar social seria maximizado com um maior número de empresas em regime de concorrência<sup>49</sup>.

Ao compararmos as duas situações, chegamos à conclusão de que o arranjo mais eficiente e socialmente benéfico seria obtido com uma estrutura desconcentrada e com padrões abertos e compartilhados. Porém, esta visão estática desconsidera as possíveis ineficiências dinâmicas presentes nesse setor, conforme veremos adiante.

A situação de monopólio, por sua vez, também pode levar à redução do ritmo das inovações. O monopolista, por conta de sua condição econômica de único detentor da rede, possui incentivos para utilizar sua invenção com o intuito de aumentar custos dos rivais, impedindo a entrada de novos concorrentes na sua rede. Além disso, possui incentivos limitados para investir em inovação, uma vez que, não havendo qualquer competidor que pudesse questionar sua supremacia, sua única preocupação será a de inovar apenas antes que seus competidores o façam<sup>50</sup>. Por essa razão Joseph Stiglitz e Jason Furman concluem que Schumpeter partiu de uma premissa correta ao afirmar que a ameaça de concorrência leva os monopolistas a investirem em inovação. Porém, afirmam os autores que a conclusão do economista austríaco foi equivocada, visto que a limitação dos monopólios pode gerar um estímulo ainda maior para que os monopolistas invistam em inovação<sup>51</sup>.

#### **2.2.4. Path dependence e switching costs**

Mercados de rede levam, ainda, ao surgimento de dois novos problemas, chamados pela literatura econômica de *path dependence* e *switching costs*.

---

<sup>49</sup>ECONOMIDES, op. cit. 2008. p. 12

<sup>50</sup>Cf. SAITO, op. cit. 2012. P. 145. Joseph Stiglitz e Jason Furman apontam quatro motivos que levam o poder de monopólio a reduzir o ritmo das inovações: (i) uma vez que inovações são inputs para inovações posteriores; o poder de monopólio pode ser usado para aumentar custos de criação de bens concorrentes; (ii) a existência de barreiras à entrada pode levar à redução dos incentivos à inovação; (iii) a inovação pode ser direcionada para o aumento dos custos dos rivais e para atrasar a entrada de concorrentes, de modo a assegurar seu monopólio; e (iv) os incentivos de um monopólio para inovar são limitados, pois sua única preocupação é a de inovar antes dos competidores, de modo a “convencê-los de que não podem superá-lo” (KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar. Dissertação de mestrado. São Paulo. USP. 2008. P. 62).

<sup>51</sup>STIGLITZ, Joseph E.; FURMAN, Jason. *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*. Disponível em [http://www.justice.gov/atr/cases/ms\\_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf](http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf). Acesso em 28 set. 2010. 2002, p. 15.

A *path dependance* ocorre nas situações em que decisões passadas tomadas por produtores ou consumidores criariam uma dependência destes em relação a um bem ou produto. Ou seja, a decisão de adquirir um produto hoje dependeria exatamente da quantidade de produtos compatíveis anteriormente adquiridos (da base instalada desta rede)<sup>52-53</sup>. Podemos citar o exemplo do *VHS*. Neste caso, é aceito pela doutrina que a vitória na disputa pelo formato dominante foi vencida pela empresa *JVC* (detentora do formato *VHS*) pelo fato de ter licenciado livremente seu formato (diversos fabricantes obtiveram licença para produzir reprodutores de *VHS*) de modo a aumentar sua base instalada. Ao passo que a empresa *Sony* (detentora do formato *Betamax*), ao desconsiderar a questão da base instalada, e acreditando que poderia lucrar mais ao fabricar com exclusividade os players de *Betamax*, acabou optando por não licenciar este produto para outras empresas, tendo este formato praticamente desaparecido anos depois. Ao que tudo indica, a empresa *Sony*, no caso do *Blu-ray*, sabendo da problemática dos efeitos de rede, adotou estratégia distinta da adotada no caso *Betamax*, licenciando este formato para que outras empresas também produzissem reprodutores de *Blu-ray*, utilizando, assim, as externalidades ao seu favor, o que certamente contribuiu para sua vitória neste novo segmento.

Outra característica dos mercados de rede são os chamados custos de mudança (*switching costs*). Tratam-se dos custos incorridos pelo consumidor para trocar de fornecedor ou produto. Tais custos decorrem da dificuldade de adaptação a um novo produto, que traz consigo custos de tempo e de valor agregado. Na área de softwares, por exemplo, os custos de mudança abarcam os custos de treinamento para utilização de uma nova plataforma, bem como os custos monetários para a aquisição de um novo programa. Estes geram uma “fidelização” do usuário, que acaba optando por continuar utilizando a mesma plataforma. Trata-se do chamado “*lock-in effect*”. Por esta razão, somente um produto com qualidades muito superiores teria condições de convencer os usuários a migrarem para uma nova plataforma<sup>54</sup>. Nesse caso, portanto, as externalidades de rede atuam como verdadeiras barreiras à entrada, que tendem a proteger as empresas detentoras das redes dominantes. A análise antitruste tradicional desconsidera os custos de mudança, especialmente os custos

---

<sup>52</sup>Posner define a path dependence como “*If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of superior new technology. This is the issue of ‘path dependence’: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network*” (POSNER, op. cit. 2000. p. 930).

<sup>53</sup>Do mesmo modo, conforme coloca Carl Shapiro, as expectativas nestes setores possuem enorme relevância sobre as decisões de compra. Nestes, a expectativa de que um produto não será bem sucedido geralmente leva ao seu fracasso, ao passo que a expectativa de que será bem sucedido, geralmente leva ao seu sucesso (SHAPIRO, op. cit., pp. 10-11).

<sup>54</sup>STIGLITZ; FURMAN, op. cit. p. 8.

implícitos como os acima descritos. Em muitos setores os custos de mudança podem se mostrar decisivos para o sucesso ou fracasso de uma plataforma.

### **3. Problemas concorrenciais particulares às indústrias de rede**

Diante das características apresentadas, inúmeras dúvidas podem surgir no tocante à aplicação da doutrina antitruste tradicional na análise destes mercados. Evans e Schmalensee<sup>55</sup> entendem que as indústrias de rede geram particular preocupação antitruste por conta: (i) da tendência a restarem poucos grandes players; (ii) da possibilidade de colaboração entre as empresas; e (iii) das complexas estratégias de negócio que as empresas tendem a adotar para poderem sobreviver nestes mercados.

Por outro lado, autores como Posner entendem não haver qualquer característica nestes mercados que justifique a revisão da doutrina antitruste, uma vez que a teoria econômica está plenamente preparada para lidar com estes novos problemas. Conforme coloca o autor, o principal problema seria institucional, ou seja, estaria na aplicação da doutrina concorrencial por agências despreparadas e carecedoras de recursos, como especialistas competentes e imparciais e corpo técnico capaz de lidar com o enorme dinamismo destes setores<sup>56</sup>.

A realidade, porém, não nos parece tão simplória como quer nos fazer crer o autor norte americano. Diversas práticas destes setores, quando analisadas sob a ótica neoclássica tradicional, não suscitariam preocupação concorrencial, uma vez que seriam tidas como carecedoras de racionalidade econômica, ao passo que, quando analisadas sob o contexto destas indústrias, poderiam nos levar à conclusão diametralmente oposta. Assim, o que se percebe é que boa parte da literatura não vem enfrentando adequadamente a questão, buscando tratar apenas de questões teóricas pontuais sem que seja abordada sua aplicação prática no direito antitruste<sup>57</sup>.

#### **3.1. Poder de mercado nas indústrias de rede**

A principal preocupação que surge no contexto das redes decorre da ausência de um método empírico ou teórico claro, que sirva para medir a real extensão das externalidades positivas geradas pela participação em uma rede. Se considerarmos que em muitos casos estas

---

<sup>55</sup>EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 36.

<sup>56</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 925. Em sentido semelhante MELAMED, Douglas. *Network industries and antitrust*, In *Harvard journal of law & public policy*, vol. 23, n. 1, 1999-2000.

<sup>57</sup>PRIEST, op. cit. pp. 4-5.

se dispersam ao longo de todo um ramo de atividade, a análise da extensão do poder de mercado destas empresas se mostra extremamente complexa<sup>58</sup>.

Externalidades de rede podem criar diversas barreiras à entrada nestes setores, protegendo redes dominantes contra a competição, e levando ao aumento de seu poder de mercado. É por esta razão que muitos consideram que a problemática dos efeitos de rede pode auxiliar a manutenção de monopólios, criando, muitas vezes, barreiras insuperáveis nestes setores. Um exemplo destas barreiras ocorreu no caso *Microsoft*, analisado pela Comissão Europeia. Neste, dentre diversas outras questões, verificou-se que a disponibilidade de uma larga gama de aplicativos para *Microsoft Windows* constituía um atrativo de enorme relevância para os consumidores do sistema operacional. Por essa razão, qualquer competidor que desejasse ingressar nesse mercado teria que desenvolver um sistema operacional que fosse compatível com os aplicativos desenvolvidos para o *Windows*, tarefa que se mostra inviável por conta da proteção autoral do *software* e da inviabilidade de se realizar engenharia reversa deste programa. Esta barreira à entrada ficou conhecida como *application barrier to entry*<sup>59</sup>.

Nestas indústrias, restrições impostas por uma empresa com maior base instalada, através de contratos ou mecanismos tecnológicos<sup>60</sup>, pode levar a uma redução brutal da participação de mercado de seus concorrentes, ou mesmo à impossibilidade de contestabilidade de seu domínio<sup>61</sup>. Ao ter o acesso a um *standard* largamente utilizado negado, o concorrente se vê impossibilitado de competir com o agente dominante. Portanto, a incompatibilidade é condição essencial para a criação de poder de mercado. No caso *Microsoft*, por exemplo, a impossibilidade de criar um sistema operacional compatível com os aplicativos desenvolvidos para *Microsoft Windows* tornou inviável o desenvolvimento de um

---

<sup>58</sup>Idem, Ibidem. p. 6.

<sup>59</sup>Para mais informações sobre o assunto vide SAITO, op. cit.).

<sup>60</sup>Pode-se citar como exemplo a prática conhecida como “*vaporware*”, que consiste na estratégia de anunciar o lançamento de um produto muito tempo antes e seu efetivo lançamento. Com isso busca-se postergar a decisão de compra do consumidor, uma vez que este ficará receoso de comprar produtos do concorrente que podem se tornar obsoletos ou ultrapassados em pouco tempo. (SHAPIRO, op. cit., p. 15).

<sup>61</sup>Mais uma vez, cita-se o exemplo do caso *Microsoft* como paradigmático dessa situação. A empresa utilizou-se de uma série de artifícios para impedir que qualquer ameaça surgisse e pudesse questionar seu predomínio. Dentre suas estratégias, destacam-se os contratos de exclusividade firmados entre a empresa e os principais fabricantes de computador, pelos quais esta exigia que fosse instalado exclusivamente seu sistema operacional nos computadores vendidos. Tais práticas foram também utilizadas no caso Nintendo. Neste caso, a empresa adquiriu posição dominante por conta da superioridade de seu produto e de suas estratégias de *marketing*. Porém, com o objetivo de manter esta posição e impedir a entrada da concorrência em seu mercado, a empresa passou a utilizar de contratos de exclusividade com os fabricantes de jogos, de modo que estes só poderiam desenvolver jogos para sua plataforma sob a condição de que não seria lançado o mesmo produto para as plataformas concorrentes. (Idem, Ibidem, pp. 18-19).

sistema operacional concorrente, ainda que com possíveis vantagens técnicas em relação ao produto da *Microsoft*<sup>62</sup>.

Outra prática comumente utilizada nestes setores consiste na tentativa de estender seu poder de mercado atual sobre tecnologias futuras. Com o objetivo de garantir que seus atuais usuários migrem para a próxima geração de seus produtos, um monopolista pode se utilizar de diversas táticas como *bundling* e *tying*<sup>63</sup>. Estas estratégias possibilitam que o monopolista vincule tecnologicamente (ou contratualmente) um novo produto a um que já seja largamente utilizado com o objetivo único de fidelizar o consumidor ao novo produto. Tais estratégias não tem por objetivo criar lucro de monopólio em um segundo mercado através de venda casada<sup>64</sup>, mas sim garantir a adesão dos consumidores a um produto novo, permitindo a manutenção de seu poder de mercado.

A conclusão disso é que a possibilidade de manutenção do poder de mercado, garantida pelas barreiras à entrada da nova economia, cria incentivos para que a empresa dominante invista em atitudes anticompetitivas com o objetivo de protegê-la de seus concorrentes. E são justamente os efeitos de rede que tornam possível o uso de estratégias de eliminação e exclusão de rivais<sup>65</sup>.

Por outro lado, a concorrência perfeita não pode ser utilizada como parâmetro de análise destes setores. Como afirmamos, em situações de incompatibilidade, as externalidades de rede necessitam justamente de estruturas concentradas para gerarem eficiência. Nestas, o benefício social marginal da expansão da rede é superior ao benefício individualmente internalizado por uma empresa em situação de concorrência perfeita. Todos os mercados com economias de escala necessitam de estruturas concentradas para gerarem eficiência<sup>66</sup>. Por essa razão, a concorrência perfeita levaria à construção de uma rede menor que o tamanho socialmente desejável<sup>67</sup>.

Além disso, devemos lembrar que a maior parte destas indústrias se caracteriza pela presença de altos custos fixos com custos marginais muito baixos. Conseqüentemente, para

---

<sup>62</sup>A comparação entre a qualidade técnica do produto da *Microsoft* e de seus concorrentes é de difícil constatação, porém, ainda que não houvesse vantagens técnicas significativas, o produto concorrente muitas vezes apresentava preços muito inferiores (em muitos casos a versão era distribuída gratuitamente) ao da *Microsoft* e ainda assim não conseguiu conquistar uma fatia relevante deste mercado.

<sup>63</sup>Idem, *Ibidem*, p. 18.

<sup>64</sup>Foram os teóricos de Chicago que buscaram comprovar a impossibilidade da dupla margem de monopólio: “dois monopólios consecutivos em dois elos da cadeia produtiva não resultariam em dois lucros de monopólio, mas sim em um lucro conjunto inferior ao obtido por um único monopolista. Disso decorreria a ausência de racionalidade econômica para que um agente se utilizasse do controle vertical para alavancar seu poder sobre outros níveis da cadeia produtiva.” (SAITO, op. cit., 178).

<sup>65</sup>MELAMED, op. cit., p. 151.

<sup>66</sup>EVANS; SCHMALENSEE, op. cit., p. 38.

<sup>67</sup>ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 10.

que possam recuperar seus investimentos, estas empresas dependem da cobrança de preços muito superiores ao seu custo marginal. Por esta razão, a capacidade de cobrança de preços superiores ao custo marginal, tradicional parâmetro de análise de poder de mercado, nestes setores não aponta para qualquer conclusão<sup>68</sup>. Basta pensarmos em um *software* de computador, cujo custo marginal é próximo de zero, tendo em vista ser prática comum das empresas de tecnologia o envio de uma cópia do arquivo através da Internet acompanhada de uma licença de uso do programa.

Por outro lado, a cobrança de preços baixos muitas vezes se justifica pela necessidade de aumentar a base instalada da rede, de modo a receber os benefícios gerados pelas externalidades de rede<sup>69</sup>. Nesse caso, portanto, a conclusão é inversa: a cobrança de preços muito inferiores aos preços de monopólio é o que permite a manutenção de um *market share* de monopólio<sup>70</sup>. Da mesma forma, a cobrança de preços baixos pode ter como objetivo aumentar a demanda de outro bem complementar fabricado pela mesma empresa. Este tipo de estratégia é comum em mercados de dois lados, nos quais a empresa distribui estrategicamente a lucratividade pelos dois lados da cadeia, conforme apontamos acima<sup>71</sup>.

Esta estrutura de custos, acompanhada do uso intensivo de discriminação de preços e de sistemas complexos de precificação, traz profundos impactos sobre a análise antitruste tradicional<sup>72</sup>. Estratégias tidas como carecedoras de racionalidade econômica passam a ser plenamente justificadas na nova economia, suscitando inúmeros problemas de ordem concorrencial. A desatenção da autoridade antitruste com relação a tais particularidades pode levar a negligência quanto a possíveis condutas anticoncorrenciais por parte de agentes com poder de mercado.

### 3.2. Restrições horizontais de acesso à rede

Conforme aponta Carl Shapiro<sup>73</sup>, a maior parte das disputas envolvendo indústrias de rede se relaciona ao esforço dos agentes para ingressarem em redes existentes, protegerem suas redes ou estabelecerem novas redes. Agentes dominantes tendem a prevenir seus rivais de ingressarem em suas redes, ao passo que os concorrentes apenas conseguem estabelecer

---

<sup>68</sup>PRIEST, op. cit., p. 9.

<sup>69</sup>Idem, Ibidem. p. 9. No mesmo sentido Evans e Schmalensee: “*Sellers may therefore price new products very low to generate a bandwagon effect*” (EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit. p. 38)

<sup>70</sup>POSNER, op. cit. p. 938.

<sup>71</sup>EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit., p. 38.

<sup>72</sup>Idem, Ibidem. p. 38.

<sup>73</sup>SHAPIRO, op. cit., p. 10.

redes concorrentes quando apresentam uma melhoria técnica significativa. Dessa forma, agentes com posição dominante se utilizam de uma série de restrições com o objetivo de impedir a entrada de seus concorrentes em seu mercado.

Um primeiro grupo de restrições seriam as chamadas restrições horizontais de acesso. Estas envolvem condutas que impedem o acesso de concorrentes a determinadas infraestruturas de rede necessárias para competir no mercado. Exemplo típico ocorreu no caso *AT&T*, em que a empresa foi acusada de negar acesso às suas redes locais por outras empresas, inviabilizando a competição de empresas menores no mercado de ligações de longa distância. A conclusão do caso pautou-se pela obrigação da empresa permitir o acesso de suas concorrentes às suas redes locais<sup>74</sup>.

A restrição de acesso pode se dar também por meio do controle dos padrões de interoperabilidade. Empresas com posição dominante, ou mesmo detentoras dos direitos intelectuais sobre os padrões utilizados em determinada rede, podem se utilizar de uma série de mecanismos para impedir o acesso de concorrentes ao seu mercado. Como exemplo destas práticas temos a indução de organizações de padronização a utilizarem *standards* de seu interesse, o uso abusivo de direitos de propriedade intelectual<sup>75</sup>, ou a criação de incompatibilidades entre seus produtos e seus concorrentes, de modo a torná-los menos atrativos<sup>76</sup>.

Um exemplo desta prática analisado pela Divisão Antitruste do USDOJ envolvia uma empresa com posição dominante no mercado de caixas eletrônicos bancários. Esta empresa determinava que os bancos usuários de seus serviços utilizassem determinados tipos de serviço de processamento de dados com a finalidade de impedir o desenvolvimento de possíveis concorrentes<sup>77</sup>. Considerando que esta empresa detinha poder de mercado neste setor, nenhum dos usuários de seus serviços se negariam a aderir as condições impostas principalmente por conta da vantagem competitiva garantida pelos efeitos de rede.

No caso de acordos colusivos horizontais, deve-se atentar que a cooperação constitui requisito importante para que haja a compatibilidade dos elementos. Dessa forma, em boa parte das vezes, acordos de cooperação tem como objetivo a consolidação de uma rede maior plenamente compatível, capturando, portanto, benefícios de rede para o sistema. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o acordo entre concorrentes visa padronizar

---

<sup>74</sup>MELAMED, op. cit. pp. 152-154.

<sup>75</sup>Idem, Ibidem. p. 156.

<sup>76</sup>SHAPIRO, op. cit. p. 15.

<sup>77</sup>United States v. Electronic Payment Services (D. Del., April 21, 1994), conforme MELAMED, op. cit. pp. 154-155.

produtos de modo a garantir a interoperabilidade dentro da rede. Acordos de cooperação deste gênero podem evitar uma guerra totalmente improdutiva pelo padrão predominante<sup>78</sup>. Algumas vezes, inclusive, o funcionamento do sistema pode ser inviável sem que haja cooperação entre concorrentes, como é o caso do sistema de cartões de pagamento<sup>79</sup>. Dessa forma, a proibição deste tipo de acordo ao invés de beneficiar o mercado pode trazer consideráveis prejuízos ao bem estar social. É evidente, porém, que tais acordos não podem de modo algum tratar sobre variáveis críticas como preço, volume de produção ou marketing, o que poderia configurar um caso típico de cartel<sup>80</sup>.

Assim, acusações de cartel em indústrias de rede devem ser analisadas com cautela, uma vez que nem todo acordo entre concorrentes traz necessariamente prejuízos. No entanto, no mais das vezes, os benefícios gerados por esse tipo de acordo podem não ser tão óbvios, o que torna difícil o estabelecimento de um padrão para análise destas condutas. Exemplos desse tipo de acordo são os entendimentos sobre padrões de interoperabilidade<sup>81</sup>. Estes, segundo uma análise superficial, poderiam ser classificados como acordos de padronização de condições de venda e de características de um produto, o que configuraria típico ilícito antitruste<sup>82</sup>. Porém, tais acordos, quando feitos em bases abertas e sem o fechamento de mercado aos outros competidores pode trazer efeitos extremamente benéficos ao mercado, por conta das externalidades positivas de rede.

### 3.3. Restrições verticais em indústrias de rede

Restrições verticais são tradicional objeto de preocupação do direito antitruste. Dentro desta classificação se enquadram todas as restrições que atuam sobre processos produtivos complementares. Nas indústrias de rede, especial atenção ganham as práticas conhecidas como “fechamento de mercado”, uma vez que podem ter como objetivo impedir o surgimento de redes concorrentes<sup>83-84</sup>. Dentre elas, podemos destacar o *bundling* de componentes da

---

<sup>78</sup>SHAPIRO, op. cit. p. 12. No mesmo sentido EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 38.

<sup>79</sup>EVANS; SCHMALENSEE, op. cit. p. 38.

<sup>80</sup>SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012. p. 8.

<sup>81</sup>PRIEST, op. cit. pp. 7-8.

<sup>82</sup>Não só poderiam como o foram. Como relata Priest, no caso *Radiant Burners* a Suprema Corte Americana considerou que tais tipos de acordos violaram o Sherman Act (PRIEST, op. cit. pp 8-9).

<sup>83</sup>A estratégia de preços deve ser analisada sob o ponto de vista dinâmico, uma vez que os preços baixos podem ter como intuito a consolidação de uma rede de usuários (“*pricing strategies in network industries are usually highly dynamic, due to the strategic importance of building and maintaining an installed base of users*” SHAPIRO, op. cit. p. 9).

<sup>84</sup>AZEVEDO, op. cit. p. 7.



cadeia de produção através de contratos ou manipulação de aspectos técnicos, bem como a discriminação de preços com o objetivo de beneficiar uma empresa integrada no mercado *downstream*<sup>85</sup>. O fechamento de mercado pode, ainda, ocorrer por meio de acordos entre o detentor de uma rede e seus provedores de complementos. Este pode contratualmente impedir que os complementos da rede estejam disponíveis para outras firmas que possam concorrer com a rede dominante<sup>86</sup>. Esta prática foi utilizada pela Nintendo quando tentou criar uma relação de exclusividade com desenvolvedores de jogos, ao tentar impedir que estes desenvolvessem versões para plataformas concorrentes<sup>87</sup>.

Outra prática comumente utilizada é a imposição de condições anticompetitivas no mercado pós-venda. O caso paradigmático é o caso Kodak, no qual a empresa condicionava o fornecimento de peças de reposição de seus produtos à contratação de seu serviço de assistência técnica. Com isso, o consumidor acabava “preso” ao produto, uma vez que incorreu em elevados custos para adquiri-lo, e precisava arcar com os custos abusivos cobrados pela empresa em seus serviços pós-venda. Conhecido como efeito *lock-in*, esta prática se mostra comum, principalmente em mercados *two-sided*, supra descritos.

Este efeito pode ocorrer de diversas formas, seja por conta de restrições técnicas, como no caso dos telefones<sup>88</sup>, contratuais, como no caso Kodak<sup>89</sup>, ou pelo uso de direitos de exclusivo, como no caso das autopeças de reposição<sup>90</sup>.

### **3.4. Eficiência dinâmica e inovação**

Por fim, cumpre ressaltar que a questão dos incentivos para a inovação se mostram extremamente relevantes para que possamos analisar o impacto de qualquer medida antitruste. A possibilidade de explorar uma rede ou sistema em regime de monopólio, em conjunto com a barreira criada pelas externalidades de rede criam um enorme incentivo para que os agentes invistam em inovação, com o fim de se tornarem os primeiros a desenvolver um componente

---

<sup>85</sup>ECONOMIDES, op. cit., 2008. p. 22.

<sup>86</sup>MELAMED, op. cit. p. 155.

<sup>87</sup>Atari Games v. Nintendo (1992).

<sup>88</sup>Durante muito tempo a não obrigação das operadoras de telefonia realizarem a portabilidade dos números acabava “prendendo” o consumidor à mesma operadora, ainda que estivesse descontente com a política de preços e com os serviços da empresa.

<sup>89</sup>ECONOMIDES, op. cit. p. 22.

<sup>90</sup>Sobre o caso das peças de reposição, consultar GRAU-KUNTZ, Karin, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.tonline.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030ffffff1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

essencial desta rede, obtendo lucros fabulosos sobre esse mercado. Por esta razão, a manutenção de padrões fechados e incompatíveis é defendida por alguns como um real estímulo à inovação. É por essa razão que Posner<sup>91</sup> sustenta que uma estrutura de rede monopolizada poderia levar não apenas a uma alta taxa de inovação, mas também a uma estratégia de preços baixos, uma vez que a expansão da rede depende da adesão maciça dos usuários. Os benefícios de que gozariam os detentores da rede no momento em que tiverem sua rede consolidada constituiriam um enorme incentivo para o surgimento de novas redes. Por esta razão, afirma o autor que *“the more valuable a horde of buried treasure is, the more rapidly it will be recovered”*<sup>92</sup>.

É por essa razão, que, quaisquer considerações sobre estes setores não podem deixar de considerar as possíveis ineficiências dinâmicas geradas por medidas que levassem em consideração apenas as eficiências estáticas presentes no caso. Muitas vezes a imposição de sanções pode levar a uma eficiência de curto prazo que, porém, desconsidera a ineficiência de longo prazo gerada pela mitigação dos incentivos.

A vantagem competitiva conferida pela proteção de direitos intelectuais configura um enorme incentivo para que os agente invistam em inovação e no desenvolvimento de novos produtos. A ausência de proteção destes direitos poderia anular tais incentivos levando a taxas baixíssimas de inovação no longo prazo. É por essa razão que quaisquer decisões que envolvam direitos intelectuais devem considerar as possíveis ineficiências dinâmicas geradas pela determinação de abertura de padrões proprietários fechados.

Os direitos intelectuais visam garantir uma vantagem competitiva que estimule a concorrência de superação, sancionando apenas a concorrência de imitação. Sua função, portanto, é meramente concorrencial<sup>93</sup>. Dessa forma, a limitação do exercício de direitos intelectuais deve se efetivar em qualquer caso de abuso de seu exercício, ou seja, nos casos em que o agente não esteja tentando bloquear a concorrência de imitação, mas tentando impedir a entrada de um concorrente que possa ameaçar sua posição de mercado.

---

<sup>91</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 929.

<sup>92</sup>POSNER, op. cit., 2000. p. 929.

<sup>93</sup>GRAU-KUNTZ, op. cit. pp. 26-30.

### 3.5. Parâmetros pelos quais deve se pautar a autoridade antitruste

Da constatação da inadequação da análise tradicional para os mercados de rede George L. Priest sugere a inclusão de uma terceira dimensão analítica ao lado da distinção entre restrições verticais e horizontais: a análise das práticas em rede<sup>94</sup>.

Desse modo, a análise desta terceira dimensão analítica teria como pressupostos: (i) uma grande desigualdade de participações, baseada na extensão dos benefícios de rede, ou seja, a concorrência perfeita não deve servir como parâmetro nestes setores; (ii) preços tendem a ser subsidiados de alguma forma, com vistas à expansão da rede; (iii) a tendência de práticas que tenham por objetivo expandir as redes, de modo a capturar os benefícios da expansão<sup>95</sup>; (iv) o prejuízo individual dos competidores não deve ser razão suficiente para a intervenção antitruste; (v) é possível que um monopólio maximize o bem estar social; (vi) é impossível termos um equilíbrio de longo prazo com divisão de mercado igualitária; e (vii) *path dependance* é limitada pela destruição criativa schumpeteriana, que pode a qualquer momento subjugar a atual rede dominante<sup>96</sup>.

A análise tanto de condutas como de estruturas destes setores deve levar em conta estas características destes setores de modo a criar padrões de análise condizentes com sua realidade. A elaboração e consolidação destes parâmetros, no entanto, devem apenas ser desenvolvidos nos próximos anos. A ausência de estudos sobre o assunto em nosso país, bem como a parca jurisprudência envolvendo estes setores leva à necessidade de um urgente desenvolvimento acadêmico desta linha de pesquisa.

## 4. Conclusão

As particularidades deste setor criam uma série de problemas na aplicação da metodologia tradicional do direito concorrencial. A existência de mercados de dois lados, a possibilidade de utilização estratégica de incompatibilidades, a possibilidade de *lock-in* em tecnologias inferiores são preocupações que devem ser levadas em conta pelas autoridades antitruste. Surge assim uma necessidade de adaptação da metodologia tradicional de análise antitruste para lidar com esta nova realidade.

---

<sup>94</sup>PRIEST, op. cit. pp. 39-41.

<sup>95</sup>PRIEST, op. cit. pp. 39-41.

<sup>96</sup>ECONOMIDES, op. cit. p. 22.

## 5. Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições verticais e defesa da concorrência: A experiência brasileira*. Textos para discussão, n.º 264, EESP/FGV, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 out. 2010.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: Da inovação tecnológica ao abuso de poder*. 2009. Monografia (Tese de doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUC-SP, São Paulo, 2009.

ECONOMIDES, Nicholas, *Antitrust issues in network industries*, disponível em: <[http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides\\_Antitrust\\_in\\_Network\\_Industries.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Antitrust_in_Network_Industries.pdf)>. Acesso no dia 25 jun 2012, 2008;

\_\_\_\_\_, *Network externalities, complementarities, and invitations to enter*, In *The European journal of political economy*, vol. 12, 1996. pp. 211-232.

\_\_\_\_\_, *The Economics of Networks*. In *International Journal of Industrial Organization*, vol. 16, n. 4, 1996. pp. 675-699.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *A guide to antitrust economics of networks*, In *Antitrust*, vol. 10, n. 36, 1995-1996.

ETRO, Federico. *Competition, innovation, and antitrust: A theory of market leaders and its policy implications*, Berlin: Springer, 2007.

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation*. In *Antitrust bulletin*, vol. 43, 1998, pp. 609-650.

GRAU-KUNTZ, Karin, *Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta*, In *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 5. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/cb325d5198cbcb42ffff80d8fffff1.pdf>>. Acesso no dia 22 mar 2013. pp. 15-40.

\_\_\_\_\_, *O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/58f41a63eeb4cae8ffff8030fffff1.pdf>>. Acesso no dia 20 ago 2012.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. *Network externalities, competition and compatibility*, In *The american economic review*, vol. 75, n.º 3, 1985. pp. 424-440.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. *Direito antitruste e propriedade intelectual: análise concorrencial dos acordos de licença e da recusa de licenciar*. Dissertação de mestrado. São Paulo. USP. 2008.

KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution: Economics, competition, and policy*. 5<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2009.

LEMLEY, Mark. *Intellectual property rights and standard-setting organizations*, In *California law review*, vol. 90, 2002. pp. 1889-1980.

\_\_\_\_\_; MCGOWAN, David. *Legal implications of network economic effects*, In *California law review*, vol. 86, 1998. pp. 479-612.

LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. *Dismal science fictions: Network effects, Microsoft, and antitrust speculation*, In *Policy analysis*, n.º 324, 1998.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, *Network externality: An uncommon tragedy*, In *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 8, n.º 2, 1994, pp. 133-150.

MELAMED, Douglas. *Network industries and antitrust*, In *Harvard journal of law & public policy*, vol. 23, n. 1, 1999-2000.

OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PITOFISKY, Robert. *Challenges of the new economy: Issues at the intersection of antitrust and intellectual property*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 913-924.

PRIEST, George L., *Rethinking antitrust Law in an age of networks*, In *Yale Law & Economics Research Paper* No. 352. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1031166>>. Acesso no dia 15 out. 2011.

POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*, In *Antitrust law journal*, vol. 68, 2000-2001, pp. 925-943.

\_\_\_\_\_, *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SAITO, Leandro, *A “propriedade” intelectual como barreira à entrada de novos players no mercado de softwares*, IBPI. 2012. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8cbb0db81986b5b6ffff8063fffff.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A paralisia do antitruste*, In GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência em homenagem ao Prof. Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009. pp. 15-31.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust in network industries*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0593.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

\_\_\_\_\_, *Exclusivity in network industries*, In *George Mason law review*, vol. 7, n.º 3. 673-683.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Mercados de Novas Tecnologias: Crise Anunciada do Direito da Concorrência?*, In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

STIGLITZ, Joseph E.; FURMAN, Jason. *Declaration of Joseph E. Stiglitz and Jason Furman before the United States Department of Justice (United States of America v. Microsoft Corporation)*. Disponível em: <[http://www.justice.gov/atr/cases/ms\\_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf](http://www.justice.gov/atr/cases/ms_tuncom/major/mtc-00030610c.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2010.

SHY, Oz, *The economics of network industries*, Cambridge University Press, 2001.

WEISER, Philip J. *The Internet, innovation, and intellectual property policy*, In *Columbia law review*, vol. 103, 2003, pp. 534- 613.

ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem it can't patch later*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/zittrainmsdoj.pdf>. Acesso em: 26.06.12.