

Doutrina

A ANÁLISE DA RESTRIÇÃO VERTICAL – RECUSA DE VENDA NO CONTROLE DE CONDUTAS INFRATIVAS À ORDEM ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI Nº 8.884/1994



Eduardo Molan Gaban

Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP.
Advogado Especializado em Defesa da Concorrência.
e-mail: eduardo.gaban@terra.com.br

1. Caracterização da Conduta; 2. Poder de Mercado nas Relações Verticais; 3. Aceitabilidade, ou Não, da Restrição Vertical; 4. Estratégias para a Transferência do Poder de Monopólio no Mercado Upstream ao Mercado Downstream; 5. Exercício Experimental, Indutivo, e Inferencial, Abduativo, Visando à Hipótese de Atuação Pró-Ativa Antitruste; 6. Interesse Público, Princípios que Devem Balizar a Ação Antitruste e Conclusão do Raciocínio; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Muito verificada em situações em que há o domínio de tecnologias, bem como a existência de redes (*v.g.*, de infraestrutura), contratações em regime de exclusividade e situações (*lato sensu*) que configurem a presença de facilidades essenciais (*essential facilities*), a recusa de venda ou comercialização de bens, típica restrição vertical, pode representar uma conduta lesiva da ordem econômica nos termos da Lei nº 8.884/1994. Dessa forma, a utilização de métodos eficazes de abordagem pode contribuir muito para a defesa da concorrência.

Palavras-chave: Recusa de venda. Regra da razão. Eficiências. Poder de mercado. *After-market* .

1. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA

As restrições verticais à livre concorrência podem ser notadas, sobretudo, em contextos de indústria verticalizada em que agentes econômicos situados na posição a jusante (*downstream* , ou no *aftermarket*) do mercado dependam, para o desenvolvimento de sua atividade, de insumo, ou elemento essencial, de propriedade de agente econômico situado na posição a montante (*upstream* , ou simplesmente no *foremarket*) do mercado.

Inseridas no tópico das relações verticais de mercado por vários diplomas legislativos antitruste de uma série de jurisdições, dentre as quais se inclui o Brasil, as restrições verticais à livre concorrência podem ser entendidas como acordos, ou decisões unilaterais de firmas que atuam em diferentes níveis de cadeia industrial que limitam condições de compra, venda ou revenda.

Tais restrições, numa ótica estritamente privada de relação entre sujeitos de direito, podem, *a priori* , estar acobertadas pela proteção do princípio da livre iniciativa, dado que, todavia, deve ser revisto nas ocasiões em que seja iminente o dano ao mercado e à livre concorrência, sob pena de se afrontar a Lei e a Constituição. É dizer, nas situações em que potencialmente se vislumbre possibilidade de irradiação de efeitos ao mercado e à livre concorrência ¹ .

Nota:

1 É o "que se pode notar numa rápida incursão na Lei nº 8.884/1994, art. 20, *caput* , incisos I, II, IV, e §§ 1º, 2º e 3º, merecendo este especial destaque: 'A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia'; e art. 21, *caput* e incisos IV, V, VI, XIII (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais), XV e XVI. Em sentido semelhante e até conceitual-complementar, porém de modo bem singelo, podemos notar o item 1.5 do Anexo V da Resolução nº 15/98 do CADE: 1.5. Relações Verticais. Ocorre uma relação vertical quando uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos de outra, mesmo

não havendo uma relação comercial entre elas.

Há certas características que conotam, ou demarcam o universo de abrangência analítico dessa situação para efeitos de aplicação da lei aos casos concretos. Assim, é importante se observar atentamente cada um desses pontos marcantes que repousam precisamente nas hipóteses:

- *Há relacionamento verticalizado entre os agentes econômicos abrangidos pelo problema?*
- *Há dependência dos agentes situados a jusante de produto (ou elemento) de propriedade de agente situado a montante na indústria?*
- *Há desfrute de poder de mercado por parte do(s) agente(s) situado(s) a montante na indústria?*
- *Há assimetria de informação, em grau elevado, presente na indústria?*
- *Há possibilidade (viabilidade) econômica de fácil substituição do produto principal, oriundo do mercado a montante?*
- *Há possibilidade ou aferição de comportamento oportunista verificado no mercado a jusante?*

Nessa linha, em outras palavras, cumpre identificar: (i) a existência de posição dominante por parte do agente econômico situado no mercado a montante; (ii) a essencialidade do bem em que se aplica a restrição vertical; (iii) a (forçando-se propositadamente a tautologia) impossibilidade de substituição desse bem por outro equivalente, vale dizer, a existência de fonte alternativa ao suprimento do bem; (iv) a existência de participação do agente situado no mercado a montante no mercado a jusante; (v) justificativas à conduta caracterizada como restrição vertical (há interesse razoável em coibir comportamento oportunista – *free riding* – que justifique a imposição da restrição? Ou outro objetivo aceitável?); (vi) a existência de efeito *lock in* na indústria *sub examine*; (vii) a existência de mecanismos de mercado de sinalização de informação que, por si, afastem a incidência de comportamentos oportunistas e/ou de efeitos que desvirtuem as relações econômicas no mercado.

Sobre essas premissas, é possível se construir um entendimento *rumo* à operação do raciocínio apto a facilitar a decodificação de condutas que lesem a concorrência com base em restrição vertical despida de justificativa razoável, quando aferida em contexto de presença de poder de mercado aliado aos demais elementos acima listados.

2. PODER DE MERCADO NAS RELAÇÕES VERTICAIS

O melhor modo de determinar se restrições verticais são anticompetitivas e se devem ser condenadas pelas legislações antitrustes “[...] é descobrir porque os fornecedores as realizam” (HOVENKAMP, 1994, p. 175-176) ².

Nota:

2 “ *The best way to determine when vertical restrictions are anticompetitive and ought to be condemned under the antitrust laws is to figure out why suppliers use them. As a basic premise, a supplier will use such restrictions only if they are profitable – that is, if the supplier can earn more with the restrictions than without them. Restrictions could be profitable for one of two reasons: (1) because they increase the efficiency of the distribution system and thus help the supplier lower its costs; (2) because they increase the supplier’s market power and enable it to earn monopoly profits. An antitrust policy that attempts to maximize the welfare of consumers would try to approve restrictions that had the first effect, and condemn those that had the second effect. [...] Unfortunately, it is not always easy to look at a particular vertical restriction and determine why a supplier uses it and what its effects might be. But there are a few factors that suggest anticompetitive potential. If none of these factors is present, we can assume that the restrictions are harmless.* ”

O “sinal de perigo” mais relevante ocorre quando há poder de mercado da firma que faz as restrições. Isto ocorre porque a firma com poder de mercado tem a habilidade de ganhar mais dinheiro reduzindo sua produção e aumentando seus preços. Inversamente, a firma sem poder de mercado é incapaz de ter lucros de monopólio e não se tornará capaz de tê-los simplesmente impondo preços ou restrições territoriais às empresas compradoras (HOVENKAMP, 1994, p. 175-176).

Na linha do autor, o “sinal de perigo” representado inicialmente pelo poder de mercado ganha relevância quando, (a) além da alta participação em *market share*, o agente econômico (situado no mercado a montante) (b) desfruta da circunstância da dificuldade (ou quase impossibilidade econômica) de substituição, pós-compra, de seu bem (principal) comercializado, (c) detendo, outrossim, a propriedade de bem (elemento) essencial ao desenvolvimento da atividade do mercado a jusante.

Isto pode ser facilmente visualizado nas indústrias em que haja a produção de um bem durável e custoso/caro ao consumo no mercado a montante, e a exploração da manutenção/reparação por equipamentos desse bem como atividades características do mercado a jusante (*v. g.*, veículos automotores, helicópteros, máquinas de xérox, centrais telefônicas etc.).

Nesse plano, opera-se na interação entre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência conversão à dominância

deste último, a qual, por sua vez, gera a obrigação do agente econômico, que incorra na prática de referida restrição vertical, demonstrar a razoabilidade de seu proceder.

Pode-se resgatar aplicações dessas assertivas, *v. g.*, nas indústrias: de elevadores, helicópteros e de peças de reposição/manutenção de centrais telefônicas MD110³, situações em que se pôde identificar a premissa analítica de que, havendo poder de mercado por parte do agente econômico a montante (*supplier*), e sendo este apto a utilizá-lo de forma efetiva via restrições verticais à concorrência no mercado a jusante, notadamente por deter a propriedade dos direitos sobre um elemento essencial ao desenvolvimento da atividade situada a jusante, precisou atuar a autoridade antitruste, aplicando a proibição advinda da dominância do princípio da livre concorrência, representada pelas sanções corporificadas na Lei nº 8.884/1994 para o caso.

Nota:

3 Tal como constatado no Processo Administrativo nº 08012.000172/98-42, envolvendo as empresas Power-Tech Teleinformática Ltda e Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).

3. ACEITABILIDADE, OU NÃO, DA RESTRIÇÃO VERTICAL

Adicionalmente, adentrando na classe das restrições verticais não baseadas em preço, na qual se inclui a recusa de venda, e sua aceitabilidade, a tendência observada em casos de instâncias inferiores nos EUA, desde que o *Sylvania* foi decidido, tem sido de assumir que restrições verticais não baseadas em preço não podem facilitar a formação de preços de monopólio – a não ser que o fornecedor, impondo as restrições, tenha poder de mercado no mercado e na área sendo restrita. No entanto, essas restrições ainda podem melhorar a concorrência intermarcas ao eliminar problemas de oportunismos (*free riders*) e providenciar sanções para os distribuidores que falharem ao não promoverem o produto de forma agressiva o suficiente (HOVENKAMP, 1994, p. 185)⁴.

Nota:

4 “ *The trend in lower court cases since Sylvania was decided has been to hold that vertical nonprice restraints cannot facilitate monopoly pricing unless the supplier imposing the restrictions has market power in the market and area being restricted. However, such restrictions can still improve interbrand competition by eliminating free rider problems and providing sanctions against dealers who fail to promote the product aggressively enough. The majority of lower courts now hold that vertical nonprice restraints are legal if the supplier imposing the restraints has no market power.* ”

Essa situação deve ser revista quando o agente econômico situado no mercado a montante possui Poder de Mercado, e, diga-se, em extremo, quando o agente seja monopolista⁵ com relação a insumo ou elemento essencial ao desenvolvimento da atividade no mercado a jusante. (HOVENKAMP, 1994, p. 186)⁶.

Nota:

5 Situação na qual há apenas um fornecedor no mercado.

6 “ *Even the monopolist, however, might use vertical nonprice restrictions for procompetitive reasons, such as control of free rider problems. In that case, the restrictions should not be condemned. Under the rule of reason, once it has been determined whether the restrictions are being used for a competitive or anticompetitive purpose. [...] It seems clear that most vertical restrictions, even those imposed by the monopolist, are pro-competitive.* ”

Dessa forma, é aceitável a prática, desde que baseada em razões econômicas claras e objetivas e que agente econômico situado no mercado a montante valha-se de restrição vertical para limitar comportamentos oportunistas (lesivos ao mercado e aos consumidores) no mercado a jusante com relação à realização de serviços sobre o produto principal comercializado a montante. Todavia, quando desfruta de posição de monopolista de produto agregado oriundo igualmente do mercado a montante e essencial ao desenvolvimento da atividade do mercado a jusante, pode estar se valendo da prática anticoncorrencial, embora possa (com poucas chances de êxito) também justificá-la com base na razoabilidade⁷.

Nota:

7 Veja-se a respeito, aplicação do raciocínio no Processo Administrativo nº 08012.000172/98-42, envolvendo as empresas Power-Tech Teleinformática Ltda e Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).

Visualizam-se, assim, duas classes de situações: (i) há razões econômicas para a prática de restrições verticais, logo há probabilidade de resultados não negativos para o mercado e para a concorrência, de modo que, mesmo detendo poder de mercado, o agente econômico reveste-se do direito subjetivo, advindo da retomada da dominância do princípio da livre iniciativa na interação com o princípio da livre concorrência, posterior à demonstração da razoabilidade que imbui a conduta investigada, de ver sua prática aceita como lícita por parte da autoridade antitruste, quando da confecção da norma de decisão; (ii) não há razões econômicas suficientes à demonstração da razoabilidade da conduta de restrição vertical de agente econômico revestido do poder de mercado; logo, permanece na dominância da interação o princípio da livre concorrência, o qual conferirá força à imposição da sanção de paralisação da conduta e multa na confecção da norma de decisão.

Mais detalhes sobre razões econômicas que permeiam restrições verticais, sob a perspectiva da regra da razão (econômica, jurídica e pragmática), podem ser notados na experiência norte-americana, em cuja jurisdição, testes experimentais conduziram a uma mudança no pensamento sobre a aceitabilidade ou não de referidas práticas.

Em *Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference*, publicado em fevereiro do ano de 2005, a *Federal Trade Commission* (FTC), órgão principalmente responsável pela defesa da concorrência nos EUA, reviu a sua postura frente às integrações e restrições verticais entre empresas.

Em 1977, a Suprema Corte norte-americana decidiu pela primeira vez no caso *Sylvania*⁸ basear sua decisão em efeitos econômicos demonstráveis, e desde então se tornou necessário para as autoridades antitruste demonstrar que uma restrição vertical desafiada iria provavelmente trazer danos ao bem-estar do consumidor.

Nota:

8 Federal Trade Commission (FTC), *Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference*. EUA : fevereiro do ano de 2005, p. 1. Nesse sentido, ver decisão do caso *Cont'l T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), em que a Suprema Corte dos EUA encerrou *United States v. Schwinn*, 388 U.S. 365 (1967), e decidiu que restrições verticais “non-price” deveriam ser julgadas pela “regra da razão” (*rule of reason*).

Ou seja, a FTC encara a determinação da política antitruste para restrições e integrações verticais primariamente como um problema de inferência, ou juízo abduutivo: dada a evidência, qual é a probabilidade de que uma dada prática seja anticompetitiva? Uma abordagem é construir “cenários”, experimentos naturais baseados em condições estruturais como *market share*, em que o prejuízo é presumido se determinadas condições são encontradas. Infelizmente, como a própria FTC verifica: “[...] a busca por um cenário que funcione bem tem se provado enganosa em todas exceto algumas instâncias muito bem especificadas” (HOVENKAMP, 1994, p. 22)⁹.

Nota:

9 Id. *ibid.*, p. 22, no texto original: “*The search for a screen that works well in all but a few well specified instances has proved elusive*”.

Uma segunda abordagem é basear-se em um modelo econômico da restrição, *i. e.*, analisando teorias pró e contra a restrição vertical para selecionar a teoria que melhor explica a evidência disponível. A teoria de controle vertical revela tão-somente que efeitos anticompetitivos são possíveis¹⁰.

Nota:

10 Parar complementar, vale observar: “*The theory shows that vertical practices potentially can harm competition. This finding is fragile, however, as anticompetitive equilibrium emerge only under specific – and difficult to verify –*

assumptions about (among other things) costs, demand, the nature of input contracts, conditions of entry, the slope of reaction functions, and the information available to firms. Seemingly minor perturbations to these assumptions can reverse the predicted welfare effects of the practice in question". Id. ibid., p. 3.

Observa-se, neste viés, um caminho indutivo voltado a selecionar a melhor hipótese que abarque o fenômeno visando regulá-lo. A essência pragmática dos métodos adotados para a análise e solução antitruste se aflora nos raciocínios subjacentes aos argumentos instrumentalizados em cada caso avaliado.

A teoria, portanto, chega a efeitos negativos somente sobre hipóteses muito específicas e difíceis de serem verificadas. Segundo a FTC, enquanto a teoria puder ser usada para apenas determinar que uma restrição poderá levar a um resultado anticompetitivo, ela não fornece um meio de interpretar as evidências na maior parte dos casos.

É necessário que num movimento de crença posta em razão da lógica e da experiência se estabeleça um juízo de probabilidade, jazido na união, em juízo implicacional, das lógicas econômica, jurídica e pragmática, para assim determinar-se a dominância do princípio da livre iniciativa ou do princípio da livre concorrência na norma de decisão.

De forma resumida, pode-se caracterizar a literatura empírica sobre restrições/integrações verticais da seguinte maneira: (i) a maior parte dos estudos encontra evidência de que restrições/integrações verticais são pró-competitivas; (ii) essa eficiência é atribuída plausivelmente para a eliminação de *markups* duplos ou outras formas de redução de custos; (iii) um número de estudos também achou evidência consistente com eficiências de "serviços de negociação"; (iv) relatórios em que controles verticais são indubitavelmente anticompetitivos são difíceis de encontrar ¹¹.

Nota:

11 Para complementar, id. ibid., p. 17.

Podem, então, as restrições verticais representar malefícios ao mercado e à livre concorrência, como também representar reações eficientes às imperfeições de mercado, tais como externalidades e limitações aos arranjos contratuais formais. A lógica econômica, e por extensão jurídica, dessa condição, é que, em qualquer caso, o que importa são os efeitos líquidos sobre a eficiência econômica (em geral identificada com o conceito econômico de eficiência alocativa ou de Pareto) – entendida como expressão do bem-estar da sociedade. Os efeitos anticompetitivos reais ou potenciais são apenas o lado negativo desse balanço, que em princípio poderia ter um saldo positivo.

Em conseqüência, a autorização desses atos ou condutas, mesmo que possivelmente mitigados por restrições ou compromissos de desempenho impostos pelas autoridades de defesa da concorrência, deve apoiar-se necessariamente – embora não exclusivamente, pois outros aspectos (distributivos, p.ex.) podem ser levados em conta – na avaliação dos correspondentes efeitos líquidos sobre a eficiência econômica; vale dizer, na comparação entre os efeitos anticompetitivos, de um lado, e as eficiências "compensatórias" decorrentes do ato ou conduta, de outro lado ¹².

Nota:

12 Para complementar, id. ibid., p. 129.

Não é diferente o raciocínio exposto na Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ¹³.

Nota:

13 As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado ("de origem") sobre mercados relacionados verticalmente – a "montante" ou a "jusante" – ao longo da cadeia produtiva (mercado "alvo"). As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam. Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados

relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. [...] Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intramarcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.

A dependência do mercado a jusante (mercado alvo) do bem ofertado no mercado a montante (mercado de origem) está diretamente ligada à dificuldade de substituição desse bem por um novo bem em caso de problemas, dado que remete ao denominado efeito *lock in*, que aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado no nível a jusante da cadeia; logo, a prática de condutas anticoncorrenciais.

Segundo preceitos de SULLIVAN e GRIMES, a prática de restrições maléficas à concorrência pode estar diretamente ligada a esse fenômeno, percebido sobremodo nos *after-markets*, despertando a preocupação das autoridades de defesa da concorrência¹⁴⁻¹⁵.

Nota:

SULLIVAN; GRIMES. *The Law of Antitrust, an integrated handbook*. West Group, 2000, p. 14, no texto original: “The antitrust laws should avoid constructions that allow an inefficient or incompetent business to survive at the expense of higher prices or lower quality for consumers. But protecting an individual firm’s interests, is often consistent with these antitrust goals. For example, many antitrust violations raise rivals’ costs or discriminate against target rivals. A tie-in that exploits the buyer’s sunk costs (a lock in) will make it difficult for the buyer to compete against rival buyers who are not so exploited”.

15 Id. *ibid.*, p. 52, no texto original: “An aftermarket is the market for replacement and supplementary arts and/or repair services for a product that the buyer has previously acquired, or for products consumed through use of the original product. Market power in an aftermarket is premised on brand differentiation. Unless products are differentiated in physical characteristics, or at least in the buyer’s mind, interbrand competition will occur in the aftermarket. If, on the other hand, the consumer *believes that only aftermarket products designed for its original product are suitable, the seller of aftermarket products may exercise market power. This power in the aftermarket could be the basis of a claim for an unlawful tie-in (as discussed in the previous section) or a claim for attempted monopolization or monopolization under Section 2 of the Sherman Act. [...] Every producer of a product that may require replacement parts, additional complementary parts, or supplementary items consumed through use of the product or service may be the beneficiary of some market power. That power tends to increase with the complexity and originality of the product subject to the original sale*”.

Normalmente, o agente econômico que desfruta de poder de mercado no nível *upstream* da cadeia, havendo efeito *lock in* com relação ao seu produto principal em torno do qual se desenvolverão as atividades em níveis inferiores da cadeia, tende a transferir esse poder ao mercado a jusante, procurando restringir a concorrência relacionada à sua marca (intermarca) com o fito de obter níveis de *mark up* nessa faixa de exploração da cadeia, caso dela participe.

Havendo concorrência efetiva no mercado a montante, essa estratégia, aparentemente, não apresenta danos à concorrência, pois estimulará a competição intermarcas. Todavia, sendo baixa a concorrência no mercado a montante e, detendo o agente econômico a montante poder de monopólio sobre determinado bem essencial ao desenvolvimento das atividades no mercado a jusante, a preocupação antitruste vem à tona, demandando atenção dobrada das autoridades, pois a probabilidade de exercício abusivo de posição dominante é clara.

Uma possibilidade natural do mercado de se neutralizar essa posição dominante seria a verificação de poder de monopólio no mercado a jusante, de forma desvinculada do poder de monopólio no mercado a montante. Isto poderia gerar uma situação de neutralidade, pois que as forças equilibrariam as relações em dada cadeia industrial. Nesse cenário, a norma

de decisão deverá ter como viés valorativo o princípio da livre iniciativa.

De maneira geral, o poder de mercado por parte dos compradores (ou poder de monopsonio) permite que uma firma, ou um grupo de firmas, obtenha de seus fornecedores termos de compra mais favoráveis quando comparado a outros compradores (OECD, 1998, p. 16; SULLIVAN *et al.*, 2002, p. 137-138)¹⁶⁻¹⁷.

Nota:

16 OECD. *Buyer power: the exercise of market power by dominant buyers*. Report of committee of Experts on Restrictive Business Practices. DOBSON, WATERSON, CHU (1998). *The welfare consequences of the exercise of the buyer power*. OECD, 1981. DOBSON, WATERSON, CHU. *OFT Research Paper*, n. 16, September, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 15 jan. 2005.

17 SULLIVAN; GRIMES, op. cit., p. 137-138, no texto original: “ § 3.8 *Monopsony*. *Monopsony is often thought of as the flip side of monopoly. A monopolist is a seller with no rivals; a monopsonist is a buyer with no rivals. A monopolist has the power over price exercised by limiting output. A monopsonist also has power over price, but this power is exercised by limiting aggregate purchases. Monopsony injures efficient allocation by reducing the quantity of the product or service below the efficient level. [...] Antitrust law has been slow to develop a coherent set of principles for assessing monopsony power. One reason for this is that many firms possessing monopsony power in the purchase of goods or services also possess monopoly power when the goods or services are resold. [...] When a monopsonist is also a monopolist, attacking the monopoly conduct may be the politically more popular enforcement option because the monopoly conduct has a direct impact on the price paid by the consumers. But a monopsonist is not necessarily also a monopolist”.*

É importante frisar, todavia, que a redução dos custos dos insumos, conseguida graças ao aumento do volume de compras, levanta poucas preocupações concorrenciais, pois somente refletiria o fato de que grandes compradores (com elevado poder de barganha comercial) tendem a pagar preços menores por unidade quando comparados a pequenos compradores (resultado sinérgico da reunião das economias de escala, escopo e de seus benefícios decorrentes).

Ao contrário do poder de monopólio, cujo efeito adverso no bem-estar do consumidor é imediato, o poder de monopsonio é primordialmente relacionado com extração de excedente do produtor. Ao menos que os compradores também tenham poder de monopólio no mercado de bens finais, os preços neste mercado (e o bem-estar dos consumidores) não devem ser significativamente afetados.

Além disso, se os fornecedores possuem poder de mercado para neutralizar o poder de monopsonio dos compradores, tem-se mais uma vez que o impacto no bem-estar dos consumidores é diminuído. Deste modo, para que o poder compensatório dos fornecedores traga ganhos de bem-estar, este deve ser suficiente para contrabalançar o poder de monopsonio dos vendedores e/ou deve haver competição via preço no mercado de bens finais.

Em síntese, trata-se de uma aporia da capacidade de barganha comercial das partes, para uma posterior aferição de equilíbrio das forças ou não, o que resultaria, por sua vez, preocupações concorrenciais ou não.

Havendo equilíbrio de forças, as preocupações concorrenciais poderiam ser afastadas. Não havendo equilíbrio de forças, *i. e.*, prevalecendo o poder de monopólio (dos fornecedores) ou o poder de monopsonio (dos compradores), a autoridade antitruste deve permanecer alerta.

Vale lembrar, outrossim, que nas ocasiões de embate de agentes econômicos revestidos de poder de monopsonio com agentes econômicos revestidos de poder de mercado, figurantes em níveis diversos da indústria, é dizer, a jusante e a montante, respectivamente, o ganho obtido com o sopeso do poder de barganha não necessariamente, nem automaticamente, é repassado ao consumidor final da cadeia. Eis aqui uma hipótese que prescinde de uma atuação pró-ativa antitruste com vistas a induzir o repasse das eficiências angariadas no embate comercial aos consumidores finais.

É importante apontar que, em casos de reunião dos direitos que representem insumo-chave à desenvoltura da concorrência em segmento de mercado na posse de um grupo reduzido de agentes econômicos, ou na posse de um único agente econômico, configura-se a existência de poder de monopólio no fornecimento do insumo à prestação dos serviços ou elaboração dos produtos em níveis mais baixos da cadeia industrial, situação que demanda uma atuação rígida da autoridade antitruste no sentido de viabilizar acesso aos concorrentes a tais fatores.

Esta unificação do controle de fatores essenciais à concorrência em dado setor da economia é representada pelo fenômeno do *bottle neck*¹⁸ (traduzindo-se como pontos de estrangulamento ou simplesmente gargalo de acesso).

Nota:

18 MCI Communications corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d. 1081 (7th Circuit), 464 U.S. 891, 1983. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>. Acesso

em: 14 fev. 2005. A Corte afirmou que: “ *A monopolist's refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist's control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non discriminatory terms* ”.

Em situações como esta, há dificuldade de se demonstrar razoabilidade em condutas de restrição vertical, de modo que, geralmente, prepondera o princípio constitucional da livre concorrência e suas implicações na relação com o princípio da livre iniciativa.

Vistos de modo geral aspectos sobre as restrições verticais, passa-se a apurar aspectos específicos da restrição vertical da recusa de venda, conduta eleita para a aplicação do modelo teórico pragmático desta dissertação.

3.1 Aceitabilidade, ou não, da recusa de venda

A recusa de venda necessita de justificativas para ser aceitável do ponto de vista econômico, jurídico e concorrencial, sendo que estas, em sua maioria, repousam sobre questões de assimetria de informação, sobretudo nas seguintes relações: (i) entre os agentes econômicos concorrentes e/ou envolvidos por vínculos comerciais dentro de uma mesma cadeia industrial e (ii) entre os agentes econômicos e os consumidores.

Na primeira modalidade de relação, caracteriza-se a situação em que mais se nota a presença da assimetria de informação (STIGLITZ, 1993, p. 450)¹⁹ com potencial de lesão à livre concorrência, porquanto, de forma usual, a informação apresenta-se como um produto ou bem, em perspectiva econômica, aliado ao desenvolvimento de determinada atividade econômica.

Nota:

19 “ *Asymmetric information is a situation in which economic agents involved in a transaction have different information, as when a private motorcycle seller has more detailed information about its quality than the prospective purchaser, or an employee will know more about their ability than their employer. Information that is distributed asymmetrically between economic agents can be categorized as ex ante, pre-contractual of the transaction, or ex post, post-contractual of the transaction, that influence economic behavior and operation of the market.* ”

Tomando por base o conceito trazido por STIGLITZ, a assimetria de informação, na relação entre fabricantes/fornecedores e consumidores pode servir de justificativa à utilização de restrições verticais (*v . g .* , a recusa justificada de venda), sendo legítima na medida em que se apresente como *solução única* a desiderato concorrencialmente aceitável, como é o caso de coibição de expedientes parasitários (*free-riders*).

Explicitando, um agente econômico imbuído de comportamento moral duvidoso/de risco (*moral hazard*), ou, noutros termos, cujo comportamento traga resultados maléficis a detentor de marca munida de reputação, pode acarretar prejuízos ao mercado, ao prejudicar o desempenho de agente econômico eficiente, dispersor de benesses à economia e aos consumidores, sendo aceitável, nesse caso, que se utilize restrições verticais, como a recusa de venda, para se neutralizar a ação negativa *in casu* . Isto sempre se tendo em pauta os primados da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem nortear e justificar a adoção de qualquer restrição vertical que venha a ser adotada.

Não sendo o caso de neutralização de ação revestida de comportamento moral de risco, e transcendendo os limites do razoável em termos de estratégias comerciais competitivas, *v . g .* , de diferenciação de produção, de formação da função dos custos para a oferta de preço competitivo, a assimetria de informação pode caracterizar resultado de uma estratégia ilegítima sob o prisma da legislação de defesa da concorrência, desencadeando efeitos na relação entre os princípios constitucionais que regem a legislação de defesa da concorrência com implicações nas normas de decisão *in concreto* .

Explicitando, tem-se que um comportamento de recusa de venda de “informação” ou de acesso à fonte de informação pode, por exemplo, ser considerado anticompetitivo na medida em que não se balize em critérios de razoabilidade econômica aceitos pela doutrina e pela casuística dominante, como é o caso de ações proporcionais e necessárias à neutralização de posicionamentos *free-riders* . Ou seja, não encontrando justificativas suficientes, a recusa de acesso à fonte de informação (ou simplesmente, recusa de informar) pode ensejar danos ao mercado e à livre concorrência.

Desta feita, tendo como possível o enquadramento da “informação” na classe dos bens/produtos, em acepção econômica, necessários ao desenvolvimento de atividade econômica situada a jusante da cadeia produtiva, e verificando em caso concreto a existência de imposição de restrição vertical, *v . g .* , recusa de venda, há que se realizar um juízo de razoabilidade e proporcionalidade para apurar os exatos e necessários limites do aceitável em termos concorrenciais para, ao depois, se determinar a necessidade ou não da atuação da autoridade de defesa da concorrência para sopesar as ações dos agentes e implementar o regime competitivo suficiente de acordo com o disposto na legislação.

Estritamente ligado ao fenômeno do *bottle neck* , e aplicável de forma análoga, a teoria da *essential facility* (*essential facility doctrine*) prega que, na constatação de bem essencial ao desenvolvimento da atividade de agentes econômicos,

seguindo à risca os critérios de verificabilidade da *essential facility*, tem-se: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura – ou obter meio alternativo de acesso; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência e oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável.

4. ESTRATÉGIAS PARA A TRANSFERÊNCIA DO PODER DE MONOPÓLIO NO MERCADO UPSTREAM AO MERCADO DOWNSTREAM

As estratégias de transferência do poder de monopólio do mercado a montante ao mercado a jusante são muitas, tendo as principais já tendo sido objeto de manifestação das grandes Cortes antitruste internacionais, como é o caso norte-americano, em que se tem atentado notadamente para duas principais delas: (i) manutenção do preço de revenda e (ii) restrição vertical que não preço (*v. g.*, recusa de venda, fixação de regime de exclusividade etc.) (HOVENKAMP, 1994, p. 182; SULLIVAN *et al.*, 2002, p. 57)²⁰⁻²¹⁻²².

Nota:

20 HOVENKAMP, op. cit., p. 182, no texto original: “ (i) *The basic judicial rule concerning resale price maintenance is clear. It is illegal per se, whether or not the defendant had market power, and regardless of the defendant’s motives, such as the need to combat free riding. The Supreme Court reaffirms this rule as recently as 1984 in Monsanto Co. v. Spray Service Corp., 465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464 (1984)* ”.

21 *Id. ibid.*, p. 190, no texto original: “ (ii) *In U.S. v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919), the Supreme Court stated the basic common law rule respecting refusals to deal: ‘in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly’ a private firm may freely ‘exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal’. This rule remains the law today* ”.

22 SULLIVAN; GRIMES, op. cit., p. 57, no texto original: “ *A supplier’s market power arising from its continuing relationship with a dealer is a variant of the ‘lock in’ that Court addressed in Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* ”.

Outra estratégia utilizada para a transferência de poder de monopólio entre níveis da cadeia seria a utilização de “autorizadas” na execução das atividades situadas no nível a jusante do mercado, pois que, com isso, pode-se, aliada à força em reputação (credibilidade) de uma marca, bem como aos demais dados expostos, representar uma forma de transferir o poder de mercado entre níveis da cadeia industrial, almejando participar no preço praticado nos níveis mais baixos da cadeia procurando obter taxas de *mark up* nos mercados *downstream*.

5. EXERCÍCIO EXPERIMENTAL, INDUTIVO, E INFERENCIAL, ABDUTIVO, VISANDO À HIPÓTESE DE ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA ANTITRUSTE

Nesse item, procura-se estabelecer questões que usualmente se afloram no contato com a realidade de setores em que freqüentemente se constata restrições verticais, no sentido de apurar o grau de liberdade dos agentes econômicos advindos da interação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência e os reflexos nos objetivos do Estado em defesa da concorrência.

Desse modo, parte-se da hipótese de uma cadeia industrial em que haja dois níveis, um a montante, tido como o nível da produção do bem, tomado igualmente por hipótese como durável, e outro a jusante, tido como o nível das atividades pós venda, como reparos/manutenção.

Assim, inicia-se com as micro-hipóteses que devem ser verificadas *in concreto*: em que medida o fornecedor de um produto tem a prerrogativa de definir sua rede de reparação? Deve-se considerar, inclusive, em que medida o fornecedor teria o direito (ação legítima) de não querer que agente situado no mercado a jusante operasse com os produtos advindos do mercado a montante com a marca do fornecedor, sob pena de que eles sejam mal reparados e, se falharem, o fornecedor venha a ser responsabilizada (*moral hazard*)?

A prerrogativa de definir sua rede própria de reparação (leia-se, manutenção) limita-se à não-imposição de restrições (injustificáveis) à concorrência daqueles agentes econômicos situados no segmento de manutenção não autorizados (não próprios), sobretudo quando se fala de restrições impostas pela não-comercialização de elementos essenciais ao desenvolvimento da atividade a jusante. Fala-se nesse sentido de procurar manter e ampliar a concorrência com o fim de igualmente manter e ampliar o leque de opções da demanda por serviços de manutenção.

O direito do fornecedor de impedir que agente a jusante participe desse mercado (*v. g.*, no caso de manutenção) é contestável, uma vez que vai de encontro ao resultado da interação entre os ditames da livre iniciativa e livre concorrência, tendo este último resultado de destaque, abatendo igualmente a ampliação do direito de escolha do consumidor por uma maior variedade de produtos e/ou serviços (*v. g.*, na prestação da manutenção).

O temor usualmente levantado pelo fornecedor do risco moral (*moral hazard*) possivelmente presente no comportamento do *player* a jusante, enquanto, *v. g.*, prestador dos serviços de manutenção aos equipamentos advindos do mercado a montante, é procedente, sendo possível, todavia, que seja afastado. Isto porque, com a redução da assimetria de informação entre os usuários dos serviços a jusante (se possível), (*v. g.*, de manutenção) e seus prestadores, afasta-se o risco do insucesso do serviço a jusante (*v. g.*, da manutenção), eventualmente resultante de má-fé, atingir a marca (logo a reputação) do fornecedor.

De outro modo, como medida assecuratória, poder-se-ia fixar ao fornecedor a obrigação de fornecimento qualitativo tão-só do mínimo necessário à operação a jusante. É dizer: fornecimento do bem sem a imposição de qualquer tipo de selo de qualidade ou marca.

Dessa forma, é mister que se fixe a obrigação de informar (de forma explícita) por parte das prestadoras de manutenção, que realizam o serviço em total desvinculo da fabricante do produto. Aqui, a informação tem o condão de situar o usuário ao real contexto do serviço a que está optando.

Para tanto, é importante que a autoridade responsável pela defesa da concorrência elimine a maioria dos ruídos aptos a obscurecer a visão do usuário, vale dizer, *v. g.*, a utilização de logomarcas da fabricante no material utilizado pelo agente econômico a jusante, *v. g.*, prestador do serviço de manutenção.

Com relação às peças de reposição, resta saber se há fontes alternativas (acatando a premissa da insubstituíbilidade do bem para a intervenção); em havendo, descabe a medida; em não havendo, aceita-se a imposição de comercialização com a ressalva da sinalização de informação ao consumidor da diversidade das marcas da fabricante e da executora do serviço.

Mesmo assim, não seria possível que uma eventual má realização dos serviços de manutenção, ou seja, no mercado a jusante, poderia alterar significativamente a curva demanda em razão da “disfunção cognitiva” do usuário na diferenciação dos responsáveis (marcas)?

A “disfunção cognitiva”, ou seja, a dificuldade dos usuários em identificar os responsáveis pelos serviços de manutenção pode ser sanada, de forma eficaz, com atitudes induzidas (pelo órgão antitruste) de redução da assimetria de informação (presente na relação usuário e prestador do serviço a jusante), voltadas a explicitar que se tratam de dois agentes econômicos distintos e totalmente desvinculados com relação à qualidade e preço dos serviços ofertados.

Quanto à questão do enfoque “intencional/volitivo” do agente econômico e sua repercussão no aspecto da “eficiência” que atrai a atenção antitruste, posto que diretamente relacionado aos efeitos (“via de consequência”) no mercado e na concorrência, é válido assentir que, afora a presença/ausência da intenção de lesar a concorrência, o “risco moral”, ou visando o concreto, o oportunismo levado a efeito pelo concorrente pode (provavelmente) acarretar efeitos na demanda, logo, no segmento em que se perpassa, o que vale dizer: na redução e/ou manutenção da eficiência do agente econômico “parasitado” pelo *free rider*.

Nesses termos, admitindo que a premissa lógica tomada pela Lei nº 8.884/1994 seja a aplicação da regra da razão (no sentido da doutrina norte-americana do balanço das perdas e ganhos obtidos com a conduta para a aferição de sua pertinência ou não ao ordenamento jurídico), a constatação da oportunidade ao comportamento “parasitário” ou *free rider* enseja uma preocupação antitruste, até sob o enfoque da utilização desse elemento (*moral hazard / free rider*) no sopeso de perdas e ganhos da restrição relacionados à livre concorrência para estabelecer a opção pela legitimidade ou não da conduta.

Quanto ao risco de objetivo oportunista “prestar de forma insatisfatória os serviços de manutenção para macular a reputação da marca do fabricante/fornecedor”, mister se faz analisar a dinâmica própria do mercado, vislumbrando se da conduta emerge racionalidade econômica, ou seja, se, *v. g.*, há ou não praxe de prestação de serviços multimarca no mercado a jusante (de reparação/manutenção), situação que, em caso de resposta afirmativa, indicaria que o resultado dessa conduta “oportunista” levaria tão-só à redução da receita global da empresa a jusante – despida de poder de mercado suficiente a ocasionar, com sua estratégia, danos à fabricante –, apostando na eventual perda de concorrenciaisidade do bem principal.

Posto o cenário hipotético das prováveis situações e móveis da imposição de restrições verticais, tal qual a recusa de venda, antes de sugerirmos uma ou outra ação por parte da autoridade de defesa da concorrência, é importante traçar alguns comentários acerca dos vetores que imbuem a análise por parte do Estado no trato de questões como a que se ora comenta.

6. INTERESSE PÚBLICO, PRINCÍPIOS QUE DEVEM BALIZAR A AÇÃO ANTITRUSTE E CONCLUSÃO DO RACIOCÍNIO

São princípios basilares do regime jurídico de direito público os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os quais, aliados aos ditames da livre iniciativa e da livre concorrência, estruturam a presente situação.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se consubstancia na função administrativa que incumbe o Poder Público a zelar pelo interesse da coletividade. Não se trata de mera prerrogativa atribuída à Administração Pública, mas de um dever.

Neste sentido é que se pronuncia Bandeira de Mello (2003, p. 32): “Quem exerce ‘função administrativa’ está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade”.

Cuida-se, pois, de dever-poder investido ao Poder Público pela população porquanto, no Estado Democrático de Direito, o poder conferido à figura estatal emana do povo e, por conseguinte, obriga o Estado a zelar pelos interesses dos administrados. Dessa maneira, retrata-se a importância da estrita supremacia dos interesses públicos em detrimento dos interesses privados.

Por seu turno, o princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos consiste na tutela dos interesses da coletividade porquanto inapropriáveis, indisponíveis pelo Poder Público, uma vez que não se trata de sujeito titular dos proveitos públicos, mas singelo curador cujo dever de zelar pelos interesses da coletividade é obrigatório.

Assim é que a Lei nº 8.884/1994, Lei de Defesa da Concorrência, ao estatuir logo em seu art. 1º, parágrafo único, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”, incute os princípios da supremacia e da indisponibilidade do

interesse público no bojo da matéria concorrencial, erigida para viabilizar a aplicação/concretização do resultado da interação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, revestindo-a da importância imanente ao interesse público ²³.

Nota:

23 Para mais considerações sobre o tema, BANDEIRA DE MELLO, p. 52-53.

Na linha do conceito de interesse público acostado, necessita a autoridade antitruste, em sua função de tutelar a defesa da concorrência, procurar, à sua vez, atender esse interesse geral (de todos, enquanto membros da sociedade), atuando nos limites do necessário ao resguardo do mercado interno, da livre concorrência, dos consumidores, em síntese, da economia como um todo.

Assim, na atividade decisória, deve-se, de forma a complementar os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público pelo administrador, realizar-se juízo sob o enfoque dos princípios (a) finalidade, (b) motivação, (c) razoabilidade e (d) proporcionalidade, objetivando-se chegar ao mínimo necessário de intervenção em defesa do interesse público em jogo na tutela da concorrência, quando em destaque se posiciona, para efeitos da confecção da norma de decisão, o princípio da livre concorrência.

Pelo princípio da finalidade, tem-se que toda a lei é instrumental voltado à consecução do interesse público, que, em última análise, alude a interesses da sociedade como um todo. Desse modo, o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima (Bandeira de Mello, 2003, p. 33-34).

Em busca da finalidade, a Administração deve motivar-se em preceitos legais aplicados à realidade fática. Disso retiramos outro princípio basilar da atividade administrativa (*lato sensu*), qual seja, o princípio da motivação, o qual determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. “Motivar” significa explicar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados (DALLARI *et al.*, 2002, p. 58).

Agregada aos princípios da finalidade e da motivação, encontra-se a razoabilidade consubstanciada na idéia de “bom-senso”, pertencente ao jargão popular e aplicada ao Direito. Com propriedade, WEIDA ZANCANER aponta que, em suma, um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando, mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída ²⁴.

Nota:

24 ZANCANER, Weida. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo Constitucional*, p. 623. Apud DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 62.

Intimamente relacionado ao princípio da razoabilidade, “a ponto de até se confundir com ele” (DALLARI *et al.*, 2002, p. 63), bem como ligado aos demais princípios acima arrolados, encontra-se o princípio da proporcionalidade. Esse princípio volta-se a vedar excessos desarrazoados nas condutas da Administração Pública, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas ²⁵.

Nota:

25 Id. *ibid.*, p. 64, Suzana Toledo Barros (*O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 71) inverte, de alguma forma, o relacionamento entre os princípios, ao considerar que a proporcionalidade pode ser tomada em dois sentidos: em sentido amplo, corresponde ao conceito de razoabilidade; em sentido estrito, corresponde à representação mental de equilíbrio, de relação harmônica, entre duas grandezas.

Filtrando o objeto da ação antitruste, como na situação de uma restrição vertical (*v.g.*, recusa de venda), nos universos conotativos dos conceitos veiculados pela doutrina acerca dos princípios acima arrolados, notadamente livre concorrência, razoabilidade e proporcionalidade, é possível a realização de um balizamento da atuação pró-ativa de modo a restringi-la ao mínimo necessário, na traca dos princípios esposados ²⁶.

Nota:

26 Nesse sentido, observar o Despacho nº 28/04 do Conselheiro-Relator do CADE, na Medida Cautelar nº 08700.000018/2004-68 (apensada aos Atos de Concentração nº 53500.002400/2004 e Ato de Concentração nº 53500.005049/2003, conexos), cujos requerentes foram Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – *Ex Officio e Animec*; requeridas, Telecom Itália International N.V., Techold Participações S.A., Timepart Participações Ltda., e Solpart Participações S.A.; e a Terceira Interessada: Brasil Telecom S.A. Trecho contido no *Parecer* do Prof. Celso Campilongo, juntado aos autos da medida cautelar, fls. 2442/2480, e acolhido como parte integrante do despacho: “A livre concorrência é princípio fundante da ordem econômica. Trata-se de ‘liberdade econômica’ que, conjugada com outros princípios – livre iniciativa, livre escolha do consumidor, liberdade de contratar, liberdade de empresa e liberdade de entrada no mercado, para exemplificar –, fornece as bases da ordem jurídica capitalista. As ‘liberdades econômicas’ são complementares umas em relação às outras. Isso implica a ponderação de todas elas, de modo a que nenhuma liberdade ‘individual e subjetiva’ seja restringida sem que, da limitação, resulte a expansão das liberdades ‘coletivas e difusas’. É por isso que a Lei nº 8.884/1994 dispõe ser a ‘coletividade’ a titular dos bens jurídicos protegidos pelo diploma concorrencial (art. 1º, parágrafo único) e que a legislação sobre direitos difusos é subsidiariamente aplicável à matéria (art. 83). A máxima de direito antitruste que afirma ser a concorrência – e não os concorrentes – o objeto da tutela concorrencial introduz, como elemento central e guia hermenêutico para a análise sistemática da Lei nº 8.884/1994, a ‘utilidade social’ de uma economia competitiva. Assim, a livre iniciativa, por exemplo, é limitada pela função social da propriedade e da empresa. Além disso, por serem liberdades conjugadas sempre no plural, pertencem a todos e devem conviver com as liberdades de cada um. Não é o ‘concorrente’ que possui liberdade individual para concorrer, mas sim o mercado que deve garantir o ambiente institucional para que todos possam concorrer em paridade de condições”.

Diante do quanto até aqui considerado, balizando o que se passa a propor nos termos dos princípios que norteiam as atividades das autoridades de defesa da concorrência, iniciam-se os dizeres conclusivos face às hipóteses aventadas com as questões formuladas alhures:

- Há relacionamento verticalizado entre os agentes econômicos abrangidos pelo problema?
- Há dependência dos agentes situados a jusante de produto (ou elemento) de propriedade de agente situado a montante na indústria?
- Há desfrute de poder de monopólio por parte do(s) agente(s) situado(s) a montante na indústria?
- Há assimetria de informação, em grau elevado, presente na indústria?
- Há possibilidade econômica de fácil substituição do produto principal, oriundo do mercado a montante?
- Há possibilidade ou aferição de comportamento oportunista verificado no mercado a jusante?

Sendo afirmativas as respostas para os quatro primeiros questionamentos e negativas para o quinto e o sexto questionamentos, fortalece-se a atenção antitruste, em razão de o resultado da interação entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência ter elevado ao grau de destaque este último primado, à verificação de efeitos anticoncorrenciais da conduta e fixação de medidas pró-concorrenciais.

Nesse plano, há algumas variantes de atuação que deverão ser selecionadas, tendo em vista o melhor atendimento ao interesse público em jogo. Assim, reconhecendo a autoridade antitruste:

- a existência de posição dominante por parte do agente econômico situado no mercado a montante;
- a essencialidade do bem em que se aplica a restrição vertical; ou
- a impossibilidade de substituição desse bem por outro equivalente, vale dizer, a existência de fonte alternativa ao suprimento do bem;
- a existência de participação do agente situado no mercado a montante no mercado a jusante;
- ausência de justificativas à conduta caracterizada como restrição vertical (não há interesse razoável em coibir comportamento oportunista – free riding – que justifique a imposição da restrição ou outro objetivo aceitável);
- a existência de efeito lock in na indústria sub examine;
- a existência de mecanismos de mercado de sinalização de informação que, por si, afastem a incidência de comportamentos oportunistas e/ou de efeitos que desvirtuem as relações econômicas no mercado – poderá ela optar por duas frentes de atuação:

a) deve intervir de modo a fixar, através de medidas próconcorrenciais, o acesso de agentes econômicos excluídos ao mercado a jusante por meio da imposição da obrigação de comercializar os bens essenciais incluídos no *bottleneck*, induzindo assim a operação econômica “multimarca” por parte dos ofertantes dos serviços de reparo/manutenção das

aeronaves;

b) não deve intervir, acreditando na ocorrência do auto-equilíbrio futuro do mercado representado pelo desvio da demanda em razão dos preços globais (dos bens principais e dos agregados ofertados no mercado a jusante) praticados. Em outras palavras, essa estratégia de não atuação, somente viável ante a premissa da existência de concorrência intermarcas no mercado a montante, poderia levar a que o próprio mercado se auto-ajustasse. Situação essa um tanto arriscada em face do interesse público e do bem-estar social por ele tutelado.

Todavia, o tempo de ajuste poderia levar a uma grande perda de bem-estar, ao passo que a intervenção atual com o fim de induzir o acesso de concorrentes no mercado a jusante poderia resultar num aumento imediato da concorrencialidade do mercado de reparos/manutenção, inviabilizando a transferência do poder de monopólio aos preços desse mercado, posto que restaria competitivo e aberto à operação multimarca.

O raciocínio do possível auto-equilíbrio do mercado é aceitável em termos econômicos; todavia, cabe a derradeira questão: o tempo do equilíbrio, durante o qual se constataria grande perda de bem estar social (diminuição da concorrência, redução dos benefícios/eficiências distribuídos ao mercado e aos consumidores), seria aceitável do ponto de vista constitucional, expresso pelo ditame da livre concorrência?

Nesse contexto, a eficiência temporal (FARINA *et al.*, 1997, p. 136)²⁷, expressa pelo tempo econômico da colheita das taxas de retorno no cálculo da resultante do balanço de ganhos e perdas advindo da estratégia adotada, deveria ser respeitada, o que, na hipótese de bens duráveis e com elevados custos de substituição, apontaria como solução ótima a intervenção atual da autoridade antitruste, respeitando-se, destarte, com maior veemência, o ditame da livre concorrência e suas implicações lógica no sistema jurídico, deixando com que, desde já, benefícios/eficiências expressas em menores preços e maior qualidade possam ser distribuídas à sociedade como um todo.

Nota:

27 Fazendo uma analogia com o termo utilizado na obra.

Mesmo assim, mister se faz ressaltar que a atuação positiva pró-concorrencial deve atentar para a questão levantada do risco moral (*moral hazard*), em que pese sua pouca expressividade em termos de racionalidade econômica²⁸, fixando medidas em prol da sinalização de informação com o fim da redução de ruídos e diversificação das marcas e reputações das empresas envolvidas na fabricação e na prestação dos serviços pós-venda (reparos/manutenção).

Nota:

28 Vez que hoje (Nova Economia Industrial – NEI) se admite um contexto envolvendo agentes econômicos com racionalidade limitada de operação estratégica. Ver mais sobre o assunto em FARINA, AZEVEDO e SAES, op. cit., mesma página.

Concluem-se, destarte, algumas das situações por hipótese possíveis de restrições, sobretudo a recusa de venda e o viés procedimental da autoridade antitruste diante de tais situações em atenção aos comandos fixados pela Lei nº 8.884/1994 em razão direta dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUYER POWER: The exercise of market power by dominant buyers. *Report of committee pf Experts on Restrictive Business Practices*; DOBSON, WATERSON, CHU (1998), *The welfare consequences of the exercise of the buyer power*, OFT Research Paper, n. 16, September (www.oecd.org).

BANDEIRA DA MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; FURQUIM DE AZEVEDO, Paulo; MACCHIONE SAES, Maria Sylvia. *Competitividade : mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. Hornbook series, West Publishing CO., St. Paul, Min., 1994.

POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. 30th anniversary edition, CATO Institute, Washington D.C., 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo : Malheiros, 2001.

STIGLITZ, Joseph E. *Promoting competition and regulation policy : with examples from network industries*. Senior Vice President and Chief Economist, The World Bank, *Speech delivered* on the Research Center for Regulation and Competition, Chinese Academy of Sciences, Beijing, China, July 25, 1999.

_____. *Economics*. First Edition, W.W. Norton & Company, New York/London, 1993.

SULLIVAN, Grimes. *The law of antitrust, an integrated handbook* , West Group, 2002.

VOTO-VISTA do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, no Processo Administrativo nº 53500.000359/99, envolvendo as partes TVA Sistema de Televisão S.A. (Representante) e TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda. (Representadas).

VISCUSI, Kip. W.; VERNON , John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1997.