



ISSN 1806-5287

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

REVISTA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Número 24 – setembro/outubro – 2011

Conselho Editorial

FERNANDO de Magalhães FURLAN – Editor Chefe
OLAVO Zago CHINAGLIA
CARLOS Emmanuel Joppert RAGAZZO
RICARDO Machado RUIZ

Editor Associado

CLOVIS Manzoni dos Santos LORES¹

R454 Revista de Direito da Concorrência – N. 1 (set.2011) – Brasília: AIPY, 2011

Semestral.
ISSN 1806-5287

1. Direito econômico – Periódico – Brasil. 2. Jurisprudência – Periódico – Brasil. I. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CDU 23. ed. 343.03

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
Gabinete da Revista
Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projeção “C”, CEP 70.719-902, Brasília/DF
www.cade.gov.br – revistacade@cade.gov.br



¹ Com o apoio de Rachel de Souza Ferreira

CADE

COMPOSIÇÃO DO PLENÁRIO E PROCURADOR-GERAL¹

2

Presidente

FERNANDO de Magalhães FURLAN
(1º Mandato: de 18.01.08 a 17.01.10)
(2º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

Conselheiros

OLAVO Zago CHINAGLIA
(1º Mandato: de 12.08.08 a 11.08.10)
(2º Mandato: de 13.08.10 a 12.08.12)

CARLOS Emmanuel Joppert RAGAZZO
(1º Mandato: de 12.08.08 a 11.08.10)
(2º Mandato: de 12.08.10 a 11.08.12)

RICARDO Machado RUIZ
(1º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

ALESSANDRO Serafin OCTAVIANI Luis
(1º Mandato: de 30.03.11 a 29.03.13)

MARCOS PAULO Veríssimo
(1º Mandato: de 03.05.11 a 02.05.13)

ELVINO de Carvalho MENDONÇA
(1º Mandato: de 03.05.11 a 02.05.13)

Procurador-Geral

GILVANDRO V. Coelho de ARAÚJO
(1º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

² Art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994



SUMÁRIO

Apresentação	7
Doutrinas	9
Acepção do Risco no Direito Concorrencial (Bruna Sousa Silveira)	9
As restrições verticais no sistema de concessão de comercialização de veículos: lei 8.884/94 versus lei 6.729/79 (Guilherme Zugno Reis).....	25
O antitruste e a propriedade intelectual: caminhos distintos em busca de um único objetivo (Mayara Gasparoto Tonin)	49
Condutas anticoncorrenciais tuteladas por órgãos reguladores (Mariana Almeida Kato).....	63
As fusões e suas repercussões para os consumidores e a concorrência (Natácia Lopes Magalhães).....	79
Desenvolvimento através da concorrência e da inovação tecnológica (Talisa Tomiyoshi).....	101
Os fundos de private equity e o direito concorrencial brasileiro (Anderson Jardim D'Avila)	121
Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa à livre concorrência (Daniele Milani)	137
Instrução aos colaboradores	155

APRESENTAÇÃO

A vigésima quarta edição da Revista de Direito da Concorrência trata de temas atuais e interdisciplinares que foram desenvolvidos por participantes do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE), realizado em janeiro/fevereiro deste ano.

Esta edição tem por objetivo destacar a importância do programa de intercâmbio no desenvolvimento de debates e levantamento de questões de interesse dos operadores do direito, advogados e universitários do Curso de direito, economia e administração. A elaboração de artigos acadêmicos sobre temas de grande relevância para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC") contribui para a disseminação do conhecimento.

Os mais variados temas são tratados nesta edição, com destaque para o estudo comparado de dois ramos importantes do Direito: Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Este tema é tratado em três dos artigos apresentados a partir de diferentes enfoques.

O primeiro artigo discorre sobre o risco social ocasionado por práticas anticoncorrenciais, buscando demonstrar o papel do direito antitruste e do SBDC na minimização deste risco.

O segundo artigo trata da Lei 6.729/79, que regula a comercialização de automóveis no Brasil, analisando as restrições verticais e seus efeitos anticoncorrenciais. O enfoque é a possibilidade de essas restrições serem apreciadas e julgadas pelo SBDC.

O terceiro artigo aborda as contradições principiológicas e a convergência do Direito de Proteção à Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. Destaca a busca do bem-estar social e incentivo à inovação pelos dois ramos do Direito.

O quarto artigo analisa a coordenação na atuação dos órgãos reguladores setoriais e do SBDC, delimitando o papel de cada um deles.

O quinto artigo tem por escopo as repercussões das fusões para os consumidores e para a concorrência, mediante a análise do "Guia para Análise Econômica de Atos de concentração Horizontal".

O sexto artigo discorre sobre as políticas públicas de incentivo à inovação e regulação da concorrência para alcançar o desenvolvimento.

O sétimo artigo estuda os *private equities*, fundos de investimento, e o controle do SBDC sobre esses fundos, a partir da análise da literatura estrangeira e nacional.

Por fim, o oitavo artigo analisa a convergência da legislação de proteção à propriedade intelectual e a legislação antitruste, a partir do estudo do caso *Ebay Inc. and Half.com Inc. v. Mercexchange I.I.c.* e do estudo comparado das legislações brasileira e norte-americana concernente ao assunto.

Portanto, esta edição especial de intercambistas traz uma variedade ampla de temas a respeito de questões importantes em discussão no SBDC, de forma a contribuir para a qualidade da produção intelectual e acadêmica nacional no que tange o Direito da Concorrência.

Fernando de Magalhães Furlan

Presidente do CADE

Editor-Chefe da Revista

DOUTRINAS

Acepção do Risco no Direito
Concorrencial

ACEPÇÃO DO RISCO NO DIREITO CONCORRENCIAL

Bruna Sousa Silveira

Participante do XXXIº Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
e-mail: brunassilveira@uol.com.br

1. Introdução. 2. O Direito da Concorrência como instrumento de ajuste de risco. 2.1. O objeto da atuação do antitruste: o tipo de risco coibido. 2.2. O custo social atrelado à avaliação de condutas e atos de concentração. 3. A relativização da restrição da zona de risco circunscrita pelo direito da concorrência: o art. 54 da Lei 8.884/94 e a regra de *minimis*. 4. Conclusões. 5. Referências.

RESUMO

O incremento na probabilidade de obtenção de lucros monopolísticos é o que move a opção pela prática de condutas predatórias ou exclusionárias, no âmbito de grandes corporações. A coibição desse tipo de comportamento é objeto do direito concorrencial como forma de intervenção do Estado na livre iniciativa dos agentes econômicos. A emergência do chamado Estado Social permite a atuação desse ente como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas; dessa forma, a regulação do direito social se dá não só na perspectiva dos efeitos dos atos praticados, mas também no sentido de impor, de forma vinculante, a realização de certos atos. Isso significa que existe uma zona de risco atrelado à ação de agentes econômicos privados que deve ser diminuída ao máximo. O dano social emerge assim da interpretação de dispositivos responsáveis por um ajuste constitucional genérico (art. 170) e, também, de legislação específica a respeito do assunto (Lei n. 8.884/94). É o risco inerente à ocorrência dessa espécie de dano que se visa discutir no presente ensaio.

ABSTRACT

Increasing the probability of obtaining monopoly profits is what drives the choice of conducting predatory practices or exclusionary conducts in connection with large corporations. To restraint this sort of behavior is the object of competition law as a form of state intervention in the free enterprise of economic agents. The emergence of so-called welfare state allows this entity acting as a driver of social promoting policies and legal guarantor of norms; therefore, social rights regulation occurs not only from the perspective of the effects of the acts charged, but also towards imposing, so binding, the performance of certain acts. That means there is a danger zone, linked to the actions of private economic agents that should be reduced to the minimum. The social damage thus emerges from the interpretation of devices responsible for setting a constitutional generic adjustment (art. 170) and also specific legislation on the subject (Law 8.884/94). And it is the risk inherent in the occurrence of such damage that is aimed to be discussed in this essay.

Palavras-chave: Direito Concorrencial – Risco – Dano Social – Regra de *Minimis*.

1. Introdução

A adaptação social do homem sempre constituiu fator respaldante do Direito vigente. A despeito de concepções puramente natural-racionalistas – que defendem a presença de um “direito natural” provindo da racionalidade humana –, ou ainda positivistas, que extraem de critérios puramente lógicos a exegese do texto normativo, pode-se dizer que o Direito provém da *necessidade* de o ser humano pautar suas relações, sendo entre particulares (ramo majoritariamente atribuível ao Direito Privado), ou entre o indivíduo e o Estado, imputando-se então atuação ao campo do Direito Público.

É a partir dessa noção da *necessidade* de combate ao *risco* que se delinea a esfera de atuação do Direito, no sentido de expor alternativas que possibilitem a sua gerência quando a supressão racional desse elemento é constatada pragmaticamente improvável. A assunção do risco é fator necessário ao progresso; sua ausência tornaria cada evento no mundo exatamente idêntico ao anterior e a evolução – se é que se pode enquadrar uma sucessão de atos que repete uma ocorrência exatamente igual à anterior a esse termo – estaria comprometida.¹ Tão importante quanto isso é a consciência de que a gestão de oportunidades e a prevenção às armadilhas oferecidas por tal situação pode determinar o sucesso ou o fracasso financeiro de uma entidade privada.

Aos distintos tipos de riscos, diferentes bens os quais se visa tutelar; sob essa perspectiva, a divisão dos ramos do direito é traçada didaticamente de acordo com tal fórmula. Na esfera penal, quer-se garantir um mínimo de estabilidade ao convívio social, assegurando bens essenciais a toda a sociedade; no âmbito civil, a predominância da confiança e da boa-fé² esperada no cumprimento do trato estabelecido pelas relações jurídicas entre os indivíduos; no campo do direito administrativo, a execução de serviços públicos em benefício da coletividade por meio da manutenção da probidade e da organização na gestão pública; na seara processual, a prestação jurisdicional do Estado necessária à solução de conflitos de interesses surgidos, e assim por diante.³ Além de uma aceitação das condições presentes, imprescindível uma previsão de afetação do modo de interferência das condições jurídicas em processos econômicos inseridos em um horizonte de tempo que conte com uma margem maior.

Aliás, é por meio da percepção de que o futuro não é mero capricho de forças divinas e de que o homem racional não é passivo diante da natureza é que se estabelece o desenvolvimento econômico. Em última instância, a possibilidade de administração de uma diversidade de modelos de risco atrelada à iniciativa de tomá-los e a auferir potenciais vantagens oferecidas futuramente é o que impulsionou a dinâmica do Capitalismo tal qual observável atualmente:

“If we had no liquid capital markets that enable savers to diversify their risks, if investors were limited to owning just one stock (as they were in the early days of capitalism), the great innovative enterprises that define our age – companies like Microsoft, Merck, DuPont, Alcoa, Boeing, and McDonald’s – might never have come into being. The capacity to manage risk, and with it the appetite to take risk and make forward-looking choices, are key elements of the energy that drives the economic system forward”. (BERNSTEIN, 1996, p. 3)

1 BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 329.

2 Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

3 Para uma caracterização do objeto de outras disciplinas jurídicas, ver: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

É a partir dessa perspectiva que se pretende analisar o tipo de risco a ser ajustado por meio do antitruste, bem como a probabilidade de ocorrência de dano social – de uma classe particular – inerente quando da atuação dos agentes econômicos. Ainda, quer-se mostrar o campo de relativização desse preceito restritivo aceito pela lei, caso sejam coincidentes os critérios arrolados e a caracterização casuística em questão.

2. O Direito da Concorrência como instrumento de ajuste de risco

O aparente paradoxo⁴ apresentado pelo direito da concorrência - ao limitar justamente o objeto de sua tutela - é explicitado pela intervenção estatal na autonomia privada⁵ de agentes econômicos; tal interferência é requerida para fins de coibição ao risco de que condutas específicas desses agentes venham a produzir danos sociais de um tipo específico no futuro, isto é, de serem protagonistas de determinadas ações caracterizáveis como fontes de “externalidades” contra as quais outras peças integrantes do mercado devem ser protegidas. No que tange sua caracterização, em uma acepção negativa, tem ocorrência constatada quando “um custo social gerado pelo processo produtivo não é devidamente internalizado pelo produtor”⁶. Considerando a zona de risco apresentada, é inerente que se busquem formas que sejam capazes de suprimir ao máximo a probabilidade de ocorrência de efeitos socialmente catastróficos, ainda que um agente privado, isoladamente, seja beneficiado.

Essa contradição tem origem no confronto entre livre iniciativa e regulamentação, que constitui, em última instância, um conflito entre os ideais de liberdade e igualdade.⁷ A origem desse conflito principiológico é constatada não só no ordenamento jurídico interno, mas já desde os primórdios do problema concorrencial norte-americano: “*Despite its focus on competition, antitrust did not seem to have much to say about ‘competitiveness’. Americans were confronted by a paradox: their country was long on competition and short on competitiveness.*”⁸

É importante pontuar, a partir daí, a distinção entre defesa da concorrência – que quer assegurar a proteção dos mecanismos de mercado, de forma mais geral – e a tradicional regulação, que vem a substituir tais mecanismos frente a falhas de mercado⁹ consideradas

4 “Considerando a promoção da livre iniciativa (positivada pela menção constitucional ao princípio da tutela à livre concorrência – art. 170, IV da CF/88) como um dos objetos de proteção desse ramo do direito – poder-se-ia considerar, também nesse sentido, o mercado, as empresas ou o consumidor –, a consecução desse fim é dada, muitas vezes, pelo estabelecimento de restrições à concorrência desleal.” (TEPEDINO, Gustavo. Prefácio à CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Grifos meus.

5 Importante ressaltar que, aqui, o termo “autonomia privada” é utilizado em seu sentido original (ou, em decorrência da confusão terminológica, em sua acepção lato). Enquanto o conceito de “autonomia privada” nos reporta à distinção entre heteronomia e autonomia, ligando-se, pois, à possibilidade de produção de normas e modelos jurídicos pelos sujeitos privados a quem se reconhece, pré-juridicamente, a aptidão para a autodeterminação como expressão da própria personalidade, a expressão “autonomia da vontade” é relativa ao voluntarismo. É dessa forma que se conclui que a autonomia privada decorre de noções positivadas constitucionalmente: (i) autodeterminação pessoal e (ii) liberdade de empreendimento econômico.

6 As ações de determinados agentes podem ter impactos sobre o resultado almejado por outros agentes, sendo que essa influência não consegue ser corrigida pelo sistema de preços. Assim, a poluição – como resíduo da atividade produtiva, mas que afeta negativamente o bem-estar dos indivíduos – é um exemplo de externalidade negativa. (VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TONETO JR., Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 195). Do contrário, a externalidade positiva ocorre quando um benefício social gerado pelo processo produtivo igualmente não é internalizado pelo produtor. (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138).

7 CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 250 e ss.

8 JORDE, Thomas M., Prefácio a: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. Antitrust, Innovation and Competitiveness. New York: Oxford University Press, 1992, p. VI.

9 “Há quatro fontes de falha de mercado: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades.” (OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138). Nesse sentido, a alusão a poder de mercado está diretamente relacionada à capacidade de o agente econômico impor (de forma consciente e visando o lucro) preços acima dos custos marginais, acarretando uma consequente diminuição na quantidade ofertada. Situação análoga pode ocorrer também por meio de uma redução de preços a um nível inferior ao considerado competitivo, acarretando igualmente uma perda de bem-estar. A capacidade de a empresa influenciar a formação de preços é condição suficiente para a perda de eficiência de um mercado competitivo.

insuperáveis pragmaticamente.¹⁰ Longe de assumir tal relevância no campo teórico, na prática, essa diferenciação é o que vem a reger o modo e a intensidade da atuação estatal. O atual sistema de Direito Administrativo comporta duas formas de regulação: a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia – uma atuação passiva de limitação de liberdade dos particulares.¹¹ Por sua vez, a defesa da concorrência conta com a atuação preventiva, repressiva e educativa dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), segundo a legislação pertinente e a execução de políticas públicas relativas à matéria.

Com efeito, a partir desse delineamento – ainda que superficial – de como o Antitruste é tratado no Brasil, o entendimento do âmbito de intersecção entre Direito e Economia na análise das condutas e operações societárias é vasto. O final do século XIX é que traz consigo a iminência da convergência entre as duas disciplinas como uma perspectiva facilitadora do direito concorrencial.¹²

A dificuldade observada ainda era eminentemente conceitual. A necessária intersecção entre *Law&Economics* ainda prescindia de uma base que pontuasse, a partir de uma fórmula mais geral, a análise casuística estabelecida: “*What was striking to us was that antitrust, despite the revolution that it had just come through, did not really have the conceptual apparatus - or even the vocabulary - to deal with many of the new questions emerging in the global economy.*”¹³ A apropriação de conceitos microeconômicos nesse minucioso exame permitiu um rearranjo, isto é, uma redefinição dos elementos formadores desses termos, desembocando na estipulação de consequências jurídicas relativas a eles, acarretando a prerrogativa da utilização, pelo campo do direito, de termos tipicamente econômicos. A conclusão lógica desse processo é a busca de efeitos jurídicos e também econômicos quando da incidência de afetação pelos conceitos recepcionados.

2.1. O objeto da atuação do antitruste: o tipo de risco coibido

Descende da probabilidade o elemento central na concepção do risco relativo a qualquer atividade. Na seara societária, isso quer dizer que há uma margem de incerteza na execução de condutas ou operações entre empresas. A utilização de ferramentas econométricas na mensuração de parâmetros tidos como balizadores a atividades que possam constituir ilícitos antitruste conta com a estipulação de uma zona que traduza a probabilidade de ocorrência do ato coibido. Assim, a definição da *ratio* da Lei 8.884/94 pode ser enquadrada na maximização do bem-estar social. É claro que não se pode traçar um objetivo único¹⁴ e encerrar toda a aplicação legislativa em torno de tal delineamento. Antes, é preciso que se

(SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 103).

¹⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 58.

¹² Ainda segundo o doutrinador, a segregação observada entre essas duas áreas do conhecimento, até então, seria atribuída à visão do Direito Concorrencial como objeto da ciência moral, conforme a interpretação smithiana. A conferência a um tratamento próprio à disciplina por economistas se deu a partir de Ricardo, que advogava o estabelecimento de uma teoria econômica para o tema, o que acabou, no entanto, acentuando o distanciamento entre esses dois campos. (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e Estado como Agente Normativo e Regulador*. *Revista do IBRAC*. Volume 16, Número 1, 2009, pp. 169-186).

¹³ JORDE, Thomas M.. Prefácio a: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. VI.

¹⁴ É claro que há a menção corriqueira a alguns objetivos principais da lei antitruste. Os destacáveis resumem-se a: (i) redistribuição de renda; (ii) proteção das pequenas empresas; (iii) concentração do poder político; (iv) controle regional dos negócios, de forma a proteger a transferência de trabalhadores; (v) eficiência econômica, segundo Terry Calvani. Já Jonathan Neville aponta: (i) obtenção de resultados econômicos desejáveis (eficiências); (ii) promoção de concorrência; (iii) promoção de uma conduta leal; (iv) limitação das grandes empresas (CALVANI, Terry; SIEGFRIED, John. *Economic analysis and antitrust Law* e, respectivamente, NEVILLE, Jonathan. *Antitrust (Legalines)*, p. 10 *apud* FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

insira tal processo dentro do contexto da ocorrência da controvérsia em questão, e também das forças de interesse em jogo, sob pena de se aplicarem teorias econômicas indistintamente.¹⁵ “A Lei Antitruste desempenhará, em determinado sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos.”¹⁶ Mais do que proteger um “bem-jurídico essencial”, essa acepção permite o respaldo da atuação do direito antitruste como um verdadeiro combate a situações mercadologicamente ineficientes do ponto de vista alocativo¹⁷.

É nesse sentido que se deve operacionalizá-la, de modo a cumprir com o preceito microeconômico da eficiência alocativa.¹⁸ Efetivamente, o que se coloca como parâmetro da constatação de infração é a evidência dos efeitos líquidos relacionados à prática em questão. Isso significa que, havendo constatação de consequências econômicas negativas, sendo tais efeitos fatídicos ou potenciais, a imputação de uma punibilidade estará dependente da natureza e da magnitude da afetação gerada pela conduta em questão.¹⁹ Já que é urgente o estabelecimento de critérios que permitam essa estipulação, e dado também que tal conceito microeconômico de bem-estar social está, de um ponto de vista estritamente econômico, em plano de equivalência ao de eficiência alocativa, nada mais condicionante se pensar que a utilização das ferramentas para a sua mensuração e especificação sejam coincidentes. Dessa forma, a linha hermenêutica atribuível ao conceito de eficiência deve ser ponderado entre as opções factíveis.

Quando se fala em “bem-estar social”, quer-se emplacar o tom do texto legal na consecução de tal norte; é a partir dessa ideia que se encaminha para uma constatação da necessidade de estipulação de medida que sirva como uma espécie de *quantum* nesse sentido. As alternativas que se colocam para sua determinação são: (i) a menção ao conceito de “excedente total”²⁰ atrelado a um certo nível de alocação econômica.²¹ Isso consiste, em boa medida, num universo de técnicas analíticas desenvolvidas e aplicadas por economistas, cujo esmiuçamento não cabe no presente momento. Embora seja aceitável do ponto de vista teórico, a crítica a essa acepção reside no fato de que ela desconsidera a distribuição do excedente, tanto entre produtores quanto entre consumidores.

A divergência observada, nessa seara, entre a busca pela eficiência *versus* interesse do consumidor está em jogo quando se pretende delinear a objetivação da lei antitruste. É bem verdade que essa discussão já veio à tona quando da realidade da consecução de políticas concorrenciais norte-americanas dos finais dos anos 70:

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

¹⁶ *Idem*, p. 163.

¹⁷ SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 103.

¹⁸ Sob uma perspectiva microeconômica, o conceito está relacionado com a definição de um padrão alocativo que maximize, dadas as possibilidades de produção existentes, a satisfação das necessidades sociais. O que se quer é a otimização das escolhas (fins alternativos) que empregam os recursos escassos. (ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 229 e ss.).

¹⁹ SCHWARTZ, Luis Fernando. *Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes*, in: POSSAS, Mário (org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 98.

²⁰ A economia de bem-estar figura como grande esclarecedora dessa perspectiva. Isto é, partindo-se da premissa de que o bem-estar econômico é afetado pela alocação de recursos, o excedente total constitui a medida de tal bem-estar para a sociedade, a partir da diferença entre o valor atribuído pelos compradores dos bens (mensurado por sua disposição a pagar) e do custo total dos vendedores que fornecem esses bens. (MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009).

²¹ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

“Embora as considerações sobre eficiência sejam importantes, somente elas não ditarão a política de concorrência. As políticas de concorrência precisam muitas vezes escolher entre a maior eficiência, que pode trazer com ela a promessa de preços mais baixos, e outros objetivos sociais, tais como a dissipação do poder, que pode resultar em preços marginalmente mais altos. Em 1977, nenhuma política de concorrência responsiva pode negligenciar os danos sociais e ambientais produzidos igualmente por produtos mal recebidos pelo mercado: diminuição de recursos, desperdício de energia, contaminação do meio ambiente, alienação do trabalhador, as conseqüências psicológicas e sociais de demandas estimuladas pelo ‘marketing’”. (LANDE, 1995, p.40)

Ora, a preocupação com uma dimensão distributiva está longe de distanciar a busca pela eficiência produtiva; a inserção desse primeiro item não ambiciona a produção de ganhos ou perdas líquidas na riqueza total do consumidor, mas sim em seu modo alocativo, no senso de emprego de recursos existentes.²² A identificação do risco proporcional a não consideração dessa perspectiva é de cunho eminentemente social, já que a riqueza total não é afetada por uma modificação na distribuição de renda. Isso significa que o descaso com a transferência de riquezas pode vir a gerar um dano social estimável por uma redução no bem-estar social *total*, a partir dessa perspectiva. Com efeito, a urgência por um substituto ou complemento que não trate com neutralidade a questão é o que sugere que o critério do excedente total não deva ser o decisivo para o arbitramento de um juízo a respeito da conduta ou aprovação de ato que modifique as estruturas.²³

O segundo critério de decisão estabelecido é o do (ii) *price standard*. Em linhas gerais, o que está em jogo, em sua acepção, é única e exclusivamente a perda do consumidor. Ou seja, se houver alguma redução líquida negativa no excedente de quem compra, deverá ocorrer intervenção de autoridade antitruste. A primeira falha que se explicita nessa abordagem é o foco exclusivo no demandante, alheio as suas características subjetivas - que podem ser determinantes para a averiguação de efeitos positivos ou negativos -, como, por exemplo, a estrutura de seu capital, nacionalidade, localização geográfica, etc. O peso atribuído a esses elementos é zero nessa definição, o que certamente acarretará efeitos nefastos à quantificação requerida.²⁴

Acerca das falhas imputáveis ao *price standard*, esse critério peca ainda no que tange à consideração do ganho trazido com processos de inovação em uma perspectiva temporal estendida. Isto é, a flexibilização da rigidez com que são tratadas as perdas de eficiência alocativa em determinados atos de concentração poderia ser capaz de gerar ganhos no bem-estar social concernentes ao desenvolvimento, no longo prazo. O interesse direto e imediato do consumidor como fator único e exclusivo de pauta do antitruste são relativizados:

22 Conforme BORK, R. H. The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. New York: The Free Press, 1978. É interessante notar que o conceito de “distribuição de riqueza” vem a abranger muito mais do que o destinatário final da mercadoria: “O antitruste baseado nesta definição de “riqueza do consumidor” não faz qualquer distinção entre consumidores “reais” — os compradores de mercadorias e serviços — e as empresas com poder de mercado que aumentam os preços e, portanto, extraem riqueza dos compradores. Preços mais altos aos consumidores são bons para Bork contanto que o monopolista ou o cartel produza mais eficiência. De fato, os únicos “consumidores” que realmente se beneficiarão do regime de Bork são os monopolistas e cartéis.” (LANDE, R. H. Ascensão e Queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste, in: Revista de Direito Econômico, 23, 1996, pp. 39-65).

23 SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

24 SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

"Consumer welfare is enhanced through the generation and application of new technology and new organizational forms. Efforts to link antitrust to consumer welfare may fall wide of the mark whenever the focus is on present consumer welfare, which is the common focus of microeconomic theory. Accordingly, if consumer welfare is to be the goal of antitrust, it needs to be couched in a forward-looking context. Otherwise, antitrust policy may hinder technological progress and the creation of national wealth. At minimum, we would propose that when the promotion of static consumer welfare and innovation are in conflict, the courts should favor the future impact. This may well make analysis less tractable, but at least it will be focusing on the correct issues". (JORDE, 1992, p. 4)

Até então análise estática do conceito de bem-estar social é posta abaixo pela clemência por uma conceituação mais dinâmica, que englobe, dentro de um horizonte temporal amplificado, seu campo funcional. É que a referência à inovação como fator que afeta a concorrência é inserida como um propulsor da introdução de novos produtos e processos revolucionários destinados a gerar um incremento na eficiência produtiva e um incentivo competitivo às organizações.²⁵ Operações societárias – tanto a nível horizontal quanto vertical –, contratos e alianças que vinculem organizações responsáveis por esse processo são inerentes à atividade; é aí que se enquadra a atuação do direito concorrencial como uma barreira à propulsão do risco atrelado, de um lado, à restrição excessiva e, de outro, do exame, por parte das autoridades concorrenciais, unicamente dos efeitos acarretados diretamente ao consumidor final.

O que se ambiciona, em última instância, é a coibição do risco de ocorrência dos efeitos atribuídos a uma interpretação errônea do conceito de bem-estar econômico. Na sua acepção estática, não há referência alguma à implementação da inovação; o que se analisa é o horizonte temporal presente, prescindindo de uma antecipação de efeitos futuros que determinado ato de concentração poderá gerar.²⁶

A constatação de critérios materiais permite que se implante o cálculo dos excedentes à comparação ponderada dos custos e benefícios dos agentes diretamente afetados. Isso porque tal método imputa relevância em se *"ter em conta também a importância de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados"*²⁷. Em linhas gerais, a significância está em que as perdas ou ganhos decorrentes de um ato de concentração ou de uma conduta entre empresas devem ser ponderadas por um critério que leve em conta *quem* são os beneficiados ou prejudicados dentro do contexto social vigente.²⁸

²⁵ Os requisitos para a instauração da inovação podem ser arrolados da seguinte forma: "(i) availability of a labor force with the requisite technical skills; (ii) decentralized economic structures that permit considerable autonomy and entrepreneurship; (iii) economic systems that permit and encourage a variety of approaches to technological and market opportunities; (iv) access to "venture" capital, either from a firm's existing cash flow or from an external venture capital community; (v) good relationships between the scientific community, especially the universities, and the technological community, and between users and developers of technology; (vi) adequate protection of intellectual property, or at least the availability of strategies and structures to enable innovating firms to capture a return from their investment (unless social returns are equal to the private returns, firms will underinvest in the development of new technology); (vii) in fragmented industries, the ability to quickly build or access co-specialized assets inside or outside the industry." (JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 6).

²⁶ Apesar da dificuldade de se encontrar informações corretas que precisem tal perspectiva dinâmica do bem-estar social, a contribuição à eficiência econômica, a longo prazo, é inegável: "The focus on static analysis may also be the result of greater data and measurement difficulties associated with longer-run analysis. Unfortunately - and importantly - in static analysis there is almost no reference to innovation and its importance to competition and to economic welfare." (JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992)

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 143.

²⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 99 e ss.

2.2. O custo social atrelado à avaliação de condutas e atos de concentração

O termo “risco” deriva do italiano arcaico *riscare*, que significa “ousar, atrever-se, arriscar”. Isso significa, justamente, que o *risco* atribuível a uma determinada conduta tem muito mais a ver com uma opção a ser feita do que com um fato determinado naturalisticamente.²⁹ As decisões definidoras das ações as quais os agentes econômicos arriscam-se a tomar dependem, assim, do grau de liberdade atrelado às escolhas de que possam interferir na livre concorrência dentro da ordem econômica vigente; é por meio da ação estatal, através das autoridades concorrenciais, que se pretende regular até que ponto a atuação de privados está de acordo com os princípios gerais da ordem econômica arrolados pelo art. 170 da CF/88 (em especial o inciso IV).

É claro que essa interferência é legitimada pela vigência do Estado Social, que intervém crescentemente na economia e na vida social a fim de garantir um padrão de “governabilidade”. Nesse tom, o Estado deixa de atuar pontual³⁰ e esporadicamente para assumir um papel permanente que forneça respostas convincentes às exigências do capitalismo contemporâneo. A garantia da consecução dos objetivos sociais (cf. art. 3º da CF/88, uma sociedade livre, justa e igualitária) e a consolidação de parâmetros distributivos justificam a reação do Estado.³¹ Essa ação a qual se refere é denominada intervenção estatal, efetuada mediante uma das técnicas de organização dos mercados existente; i.e., norma antitruste que objetive reprimir o abuso do poder econômico e proteger a livre concorrência que, sob uma perspectiva contemporânea, deve ter sua concretização por meio de uma política pública³² implantada. Dessa forma, se, por um lado, a concorrência visa a organizar os processos que fluem segundo as regras do mercado, por outro, lança mão de políticas públicas que querem, precisamente, a consecução de determinados objetivos atrelados à política social; esse fenômeno confere à concorrência uma dupla instrumentalidade.³³

Com efeito, para fins de avaliação de condutas e atos de concentração potencialmente nocivos, emprega-se um exame da antecipação dos efeitos decorrentes dessas ações, no sentido de prevenir a ocorrência do dano social sob a forma de lesão à ordem econômica estabelecida. Isso quer dizer que a análise é feita com base em condições observáveis no momento da submissão da operação ou comportamento objeto de apreciação às autoridades competentes. Com isso, propõe-se que as informações utilizadas sejam concomitantes – na medida da capacitação técnica disponível – à ocasião da averiguação. Isso porque o que é considerado relevante são as possibilidades *reais* ou *potenciais* de afetação da concorrência³⁴ (cf. art. 20 da Lei 8.884/94, e não aquelas que adentrem hipóteses fantásticas

²⁹ BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 8.

³⁰ Nesse sentido, segundo FORGIONI, “[...]a partir do início do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema com o escopo de evitar as crises.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84).

³¹ CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³² A política da concorrência como o “conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados inibindo tanto ações privadas quanto governamentais” tem duplice objetivo (Evenett): “Um congrega finalidades econômicas, tais como a liberdade de comerciar, a proteção do processo competitivo (não necessariamente dos competidores), além de imperativos de eficiência. O outro resume em finalidades não econômicas, como preocupações de equidade e justiça social.” Khan coloca no desenvolvimento da inteireza da política da concorrência a determinação das “condições de concorrência” no mercado nacional. “Entretanto, para determinar a ênfase e o equilíbrio entre aqueles que recebem os benefícios da política de concorrência entra em jogo complexa série de ponderações, relativas à maximização do bem-estar dos consumidores, ao interesse público e ao bem-estar dos fornecedores. Impõe-se considerar também o bem-estar geral, que pode acarretar a diminuição da importância dada ao aspecto do bem-estar do consumidor, enquanto componente da política da concorrência.” Khemani entende que “[...]a política da concorrência pode e deve impactar sistematicamente, contribuindo para ampliar o ambiente comercial em que a firma opera”. A síntese dos entendimentos dos doutrinadores está em OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24 e ss.

³³ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

³⁴ “[...]serão vedadas práticas ainda que não possam ser consideradas jurídicas, ou seja, ainda que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente vinculante, qualquer obrigação. Nota-se que a doutrina especializada

fruto de previsões respaldadas em informações enviesadas – muitas vezes, as únicas disponíveis para exame da SEAE e da SDE.³⁵ É assim que o “risco de que condutas de um agente detentor de posição dominante em um mercado relevante venham a prejudicar outros agentes” é algo conceitualmente inseparável do próprio fundamento jurídico desse tipo de regulação.³⁶

A partir disso fica evidente a faixa de risco decorrente de um recebimento ambíguo de informações necessárias à análise, principalmente aquelas pertencentes à seara do mercado relevante à operação, poder de mercado e exercício de posição dominante³⁷. A desatualização referente a esses quesitos pode alterar drasticamente a decisão final pela aprovação com ou sem restrições ou desaprovação de uma fusão, aquisição, incorporação ou *joint-venture*. Isso quer dizer que à decisão agrega-se um custo social associado ao grau de profundidade atribuído à investigação que dará ensejo à resolução da questão.

O ex-conselheiro do CADE, Luiz Fernando Schuartz, destaca com maestria tal problemática ao explicar a conversão, do ponto de vista social, da contabilização dos custos com a tomada de decisão e dos custos associados a decisões eventualmente equivocadas.³⁸ A evidência feita é acerca de uma zona de risco inerente à resolução da questão, isto é, aprovação de ato de concentração gerador de uma perda líquida de bem-estar social; restrição a um ato de concentração que ocasione um ganho líquido de bem-estar social; não concretização de eficiências esperadas associadas a uma decisão de restrição, por exemplo. Em linhas gerais, o *tradeoff* entre o custo da decisão e a probabilidade de ocorrência de uma sentença equivocada é traduzida pelo dano social esperado quando de sua efetivação. Se assumirmos que o custo da resolução à lide tende a ser maior quanto mais complexo o processo de análise, é plausível que tanto a probabilidade de erro quanto o custo do erro podem, da mesma forma, sofrer acréscimos, em média. Entretanto, a partir de um dado grau de complexidade atribuído à decisão, o custo superior à decisão será superior ao benefício marginal, quando se considerando o custo social de uma decisão equivocada.³⁹

Essa situação traz à tona um dilema associado à seleção dos critérios utilizados para a tomada da decisão, quais sejam, uma adoção de estratégia que impute altos custos de elaboração da norma genérica para fins de baixo custo em sua execução tem se mostrado racional, ainda mais quando se lança mão de regras automáticas de parada⁴⁰ na instrução e

chega até a colocar atos que produzam efeitos meramente morais, desde que relativos à concorrência, como sendo vedados pela Lei Antitruste.” (FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159)

³⁵ “Em tema de concorrência, a análise econômica traz o elemento circunstancial, informando sobre as condições do mercado, dos concorrentes envolvidos no caso e dos prováveis impactos sobre a demanda daquele determinado produto ou serviço. De posse dessas informações, o intérprete estará apto a determinar se a intervenção é necessária e em que medida, afirmando, em suma, até que ponto deve ser limitada a autonomia privada, até onde vão as fronteiras do exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual.” (CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39). Grifos meus.

³⁶ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, *in: Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

³⁷ BRASIL. Guia Prático do CADE. *A defesa da concorrência no Brasil*. 3ª edição revista, ampliada e bilingue.

³⁸ Embora não atinja o escopo do presente trabalho, matematicamente, esse cálculo é dado por: $G_a(x(\beta, \gamma), \gamma) = G_a(x(\beta, \gamma)) - [CD(\beta, \gamma) + p(\beta, \gamma)CE]$, onde CD = custos com a tomada de decisão; CE = custos com a decisão equivocada; γ = variável representativa do valor dos recursos despendidos para determinar se $\Delta G_a \geq 0$; β = número (\in ao intervalo $[0,1]$) que reflete as ‘capacidades institucionais’ da autoridade para levar a cabo a referida determinação; p = probabilidade de uma decisão equivocada. (SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, *in: Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110).

³⁹ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, *in*

: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁰ “[...]a orientação do trabalho das autoridades no sentido (i) da discriminação dos fatos e das alegações que são, e dos que não são, relevantes para a investigação; (ii) da definição de um método de análise, ou seja, do modo como conduzir essa investigação para viabilizar a tomada de decisão numa outra direção; bem como (iii) da fixação do grau de extensão e profundidade da análise que seria necessário para garantir a plausibilidade da decisão a se tomar (à vista do custo social associado à continuidade da investigação). [...]a aplicação do direito[...]requer a existência de certas regras, por assim dizer ‘parajurídicas’ ou de ‘economia processual’, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela licitude ou ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma certa quantidade de informações e evidências a seu respeito.” A alusão à regra *per se* e à regra da razão entram nesse contexto. (SCHWARTZ, Luis

presunções não absolutas. Isso quando a antecipação dos efeitos das condutas e estratégias dos agentes econômicos é evidente, ou seja, a combinação desses mencionados critérios está em consonância com o caso concreto sob análise.

3. A relativização da restrição da zona de risco circunscrita pelo direito da concorrência: o art. 54 da Lei 8.884/94 e a regra de *minimis*

O ajuste de incertezas e riscos, conforme já fora supramencionado, é um dos papéis funcionais da lei de defesa da concorrência. O *tradeoff* a ser enfrentado supera o tradicional paradoxo com o qual o direito da concorrência lida, mas adentra o conflito gerado entre, em uma faceta, pela resposta que a concorrência visa a fornecer quando da constatação fática de tais elementos e, em outra, pelos riscos e incertezas gerados pela própria restrição antitruste, ainda mais quando a legislação de determinado ordenamento tem uma orientação ao combate do risco por ações a um “viés pró-interesse difuso”.

Isso porque a existência de uma faixa de incertezas decorrentes da não aprovação de atos que não restrinjam a concorrência nem sejam lesivos à ordem econômica é levada em consideração, ainda que a possibilidade de aprovação de atos de concentração que acarretem efeitos anticompetitivos seja uma preocupação de bem maior relevância para os dispositivos normativos arrolados na Lei 8.884/94.

Ora, dada a capacidade de certa relativização dos parâmetros utilizados para a avaliação de atos restritivos à concorrência, conforme as hipóteses estabelecidas pelo artigo 54, é certo que existem também critérios que delimitem situações nas quais esse tipo de análise possa ser utilizado. A jurisprudência trata da metodologia empregada no exame casuístico com clareza:

“[...]Atos que exibam essa propriedade podem ser aprovados pelo CADE sem restrições apenas quando restar provado, com uma elevada margem de segurança, que as preocupações sugeridas com a averiguação preliminar não são justificadas. A exigência decorre daquilo que, num caso anterior, denominou-se “princípio da precaução” – o qual enuncia a orientação a seguir pela autoridade antitruste na avaliação de atos notificados conforme o art. 54 da Lei 8.884/94, nos seguintes termos: “em situações de incerteza, (i) avalie ‘probabilidades’ sempre de forma conservadora da perspectiva dos consumidores; e (ii) decida supondo certeza quanto: à inoocorrência dos eventos ‘menos prováveis’, e à ocorrência dos eventos ‘mais prováveis’”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006).

O referido “princípio da precaução” pretende viabilizar a aplicação dos métodos tradicionais de análise dos atos a situações de incerteza – que invariavelmente tornam-se presentes quando da dependência da atualidade das informações disponíveis à emissão de pareceres pela SEAE e SDE, que fornecem diretrizes norteadoras aos responsáveis pela decisão.

Pode-se assim dizer que o exame tradicional – associado diretamente aos quesitos arrolados pela portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001⁴¹ – comporta apenas a ocorrência de casos em que “a inadequação resultante da desaprovação de atos que produzirão perdas sociais líquidas – possivelmente significativas – com probabilidades desprezíveis para todos os efeitos práticos”⁴². Do contrário, o descolamento “resultante da desaprovação dos atos que produzirão perdas líquidas desprezíveis – com probabilidades possivelmente significativas para todos os efeitos práticos –, escapa completamente aos filtros em que consiste a referida metodologia [tradicional]”⁴³.

É importante que se distinga os aludidos ‘filtros’ atrelados à forma de análise abordada daqueles complementares; esses últimos fazem menção a critérios predeterminados que deixam passar ao próximo nível da abordagem apenas aqueles atos que produzam perdas sociais líquidas esperadas não desprezíveis. O padrão de definição para os chamados filtros complementares é definido por *faturamento das participantes no mercado relevante* e o *tamanho total do mercado relevante*⁴⁴. A fim de assegurar uma aplicação adequada a esses critérios, lança-se mão do funcionamento da ‘*regra de minimis*’, enunciada como que, para qualquer probabilidade que a autorização do ato notificado venha a produzir alguma perda social líquida, haverá um faturamento agregado das participantes no mercado relevante ou um tamanho total do mercado relevante que torna juridicamente desprezível a perda social líquida esperada atribuída ao ato e, conseqüentemente, deverá ensejar a permissão de sua autorização sem restrições.⁴⁵

Mais do que adequar a aprovação ou a restrição de atos de concentração aos ditames legais, o que se quer, por meio da aplicação dessa regra, é a concretização do conceito de bem-estar social dinâmico referido na seção anterior. A menção explícita no texto legal à importância na consideração da produtividade, melhoria na qualidade de bens e serviços e desenvolvimento tecnológico e/ou econômico é, claramente, uma referência a um estímulo à inovação como uma das preocupações do antitruste como promoção de bem-estar: “*We take it as axiomatic that innovation and its rapid and profitable commercialization are the key factors driving productivity improvement and economic welfare.*”⁴⁶

É evidente também que há uma forte tendência – confirmada pela interpretação da letra da lei – de proteção ao interesse do consumidor final⁴⁷. O § 2º do dispositivo em questão do texto normativo deixa clara a opção do legislador em primar por um viés que tutele o hipossuficiente, esclarecendo a operacionalização do artigo. Isso significa que a aprovação extraordinária à qual se refere é condicionada à certeza de se beneficiar o consumidor (cf. inciso II do artigo 54 da referida Lei). Insere-se, nesse contexto, a utilização do recurso do *price standard* para fins de avaliação dos efeitos globais decorrentes da conduta ou operação em análise⁴⁸, principalmente se o *consumidor* em questão corresponder ao consumidor objeto de tutela da lei, isto é, figurar como o final e hipossuficiente.

⁴¹ Publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15.

⁴² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

⁴³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

⁴⁴ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁵ SCHWARTZ, Luis Fernando. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: *Revista de Direito Administrativo*, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

⁴⁶ JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 4.

⁴⁷ “[...]ja lei foi clara ao referir a “consumidores ou usuários finais”, adotando sem dúvida o conceito instituído pelo CDC. Portanto, não se trata de tutelar interesses de pequenas empresas, distribuidores, varejistas ou concorrentes, participantes do processo produtivo. Apenas o benefício proporcionado ao consumidor, seja relativo a preços, qualidade, segurança ou mesmo variedade de produtos ou serviços, constitui fundamento da legalidade do ato.” (CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231).

⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. AC nº. 08012.007113/2005-21, Relator Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, julgado em 25/10/2006.

É desse modo que o cânone hermenêutico conferido à excepcionalidade expressa pelo artigo 54 da lei de defesa da concorrência brasileira precisa uma análise conjunta do objeto de tutela da Lei em sua totalidade. A partir dessa definição, imprescindível uma ponderação de interesses no sentido da consecução de um *mix* proporcional entre eles.

Faz-se indispensável, então, o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Essa análise faz urgente a comparação entre a importância da realização de determinado fim e a intensidade de restrição dos direitos fundamentais. “A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: [...] as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas à adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”⁴⁹

O que se busca, com efeito, é a conjuração proporcional dos interesses atrelados à decisão; se, de um lado, a tutela à inovação, ao desenvolvimento e à qualidade funcionam como tradutor da preocupação com o consumidor final, de outro, a potencial restrição à propriedade e à autonomia privada se coloca em oposição ao exercício da posição mercadologicamente dominante de empresas privadas.

4. Conclusões

Se a assunção de riscos constitui um *tradeoff*, em última análise, entre estagnação e progresso, é evidente que o estágio de desenvolvimento econômico atual opta pela segunda opção ofertada. Partindo, então, da premissa de que a análise de atos de concentração e condutas pode, por sua natureza, afetar as condições mercadológicas, é evidente que o direito concorrencial trata de área na qual a probabilidade de ocorrência de dano social é existente.

A partir disso é que se traça o campo de atuação de juristas e economistas, acarretando uma verdadeira disputa metodológica⁵⁰, muitas vezes, tida como inconciliável. Isso porque:

“the story [of risk] is marked all the way by a persistent tension between those who assert that the best decisions are based on quantification and numbers, determined by the patterns of the past, and those who base their decisions on more subjective degrees of belief about uncertain future. This is a controversy that has never been resolved”. (BERNSTEIN, Peter L. Against the gods: the remarkable story of risk. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 6)

É certo que a acepção do risco como *probabilidade* confere estímulos inegáveis à tentativa de mensuração por meio de formulações matemáticas complexas e de cunho genérico. Entretanto, essa possibilidade de ocorrência é de um *dano*; dano esse muitas vezes de difícil quantificação por ser estendível por toda a sociedade, nos seus diferentes níveis. O que se quer, por meio dessa composição, é o entendimento de que a análise do caso concreto não pode prescindir da consideração de fatores que traduzam a atualidade e o contexto – tanto social, quanto econômico, jurídico e cultural – de ocorrência da contradição. Muito mais do que engessar a operacionalização legislativa em critérios estáticos e que já não se encontram

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 173.

⁵⁰ Nesse sentido, uma intersecção entre os dois campos do conhecimento é imprescindível: “*Law and Economics allows to draw economic models closer to reality by attuning them to the wide variety of categories revealed by legal analysis. Law and Economics also permits economists to avoid a too narrow vision, which may crowd them out of exciting new areas of research by legal analysts. Law is too important to leave it to the lawyers alone.*” (BERGH, Roger Van den. The growth of law and economics in Europe. European Economic Review. V. 40, 1996, p. 976).

enquadrados na realidade, o foco que deve ser dado é o exame da produção de efeitos sociais resultante dos interesses em jogo relacionados à controvérsia.

Adentrando uma seara mais relacionada à teoria do direito, é imprescindível que se entenda, justamente no antitruste, a função dos postulados da *ponderação*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*. Esses parâmetros tem o papel de estabelecer, a partir de elementos (bens, valores, direitos, princípios, razões)⁵¹ identificados previamente, a relação entre eles a fim de proporcionar uma eficácia jurídica regulada.

Evidentemente, considerando-se o custo social atrelado a uma atuação do CADE, torna-se natural a seleção de critérios normativos, 'regras de parada' e dispositivos que ensejem uma redução de custos, ao mesmo tempo em se torna urgente que as decisões antitruste possam continuar garantindo uma aplicabilidade confiável à qual possa ser atribuído alto grau de *enforcement*. Isso requer uma elevada segurança jurídica e capacitação técnica integrada – tanto de profissionais do Direito como da Economia.

É desse modo que se deve conduzir o direito concorrencial, com o intuito de compor uma interferência mútua no sentido de restringir a zona de risco que se coloca no que tange à verificação de condutas que constituam ilícitos antitruste. Para tal, indispensável é a utilização de ferramentas econométricas aliadas às hipóteses de aplicação dos dispositivos normativos estabelecidas pela letra da lei, conferindo uma convivência estável aos interesses da sociedade, do consumidor, das empresas privadas e do Estado, já que “*we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements [...] as well as those involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect.*”⁵²

5. Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BERGH, Roger Van den. The growth of law and economics in Europe. *European Economic Review*. V. 40, 1996, pp. 969-977.

BERNSTEIN, Peter L. *Against the gods: the remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1996.

BORK, R. H.. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1978.

BRASIL. Guia Prático do CADE. A defesa da concorrência no Brasil. 3ª edição revista, ampliada e bilingue.

CALVANI, Terry; SIEGFRIED, John. *Economic analysis and antitrust Law*. Boston and Toronto: Little Brown and Co., 1979.

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

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, October 1960.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 142.

⁵² COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, October 1960, p. 23.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e Estado como Agente Normativo e Regulador. Revista do IBRAC. Volume 16, Número 1, 2009, pp. 169-186.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J.. Antitrust, Innovation and Competitiveness. New York: Oxford University Press, 1992.

LANDE, R. H. Ascensão e Queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste, in: Revista de Direito Econômico, 23, 1995, pp.39-65.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Tradução da 5ª edição norte-americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSETI, José Paschoal. Introdução à Economia. São Paulo: Atlas, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

SCHWARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes, in: POSSAS, Mário (org.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002, pp.97-134.

_____. Quando o bom é amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência, in: Revista de Direito Administrativo, 245, Maio-Agosto, 2007, pp. 98-99 e 110.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TONETO JR., Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOUTRINAS

As restrições verticais no sistema de concessão de comercialização de veículo: lei 8.884/94 versus lei 6.729/79

AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO SISTEMA DE CONCESSÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS: LEI 8.884/94 VERSUS LEI 6.729/79

Guilherme Zugno Reis

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.

O autor é advogado, bacharel em Administração de Empresas pela universidade Feevale/RS e em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS/RS, com MBA em Business Law pela FGV/RJ, e atualmente é Pós-graduando em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico/PUCRS.

E-mail: guilhermezugno@cia.sinosserra.com.br

1. Introdução; 2. O Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis 3. As Restrições Verticais; 3.1. Análise das Restrições Verticais no Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis; 3.2. As Eficiências; 4. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) versus Lei 6.729/79 (Lei Ferrari); 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

No presente artigo se analisou as restrições verticais existentes na Lei 6.729/79, que regula a concessão de comercialização de automóveis no Brasil, demonstrando como funciona o sistema de concessão e de que forma as restrições verticais agem neste, buscando analisar seus efeitos anticoncorrenciais ou eficiências, assim como responder se tais restrições verticais poderiam ser julgadas pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Como resultado, concluiu-se, em suma, que as restrições verticais da Lei 6.729/79 constituem uma isenção antitruste que somente será julgada pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) se extrapolarem seu quadro normativo e se causarem danos a concorrência, sendo que, atualmente constituem uma problemática privada, no âmbito contratual, sem efeitos concorrenciais na economia.

ABSTRACT

In this paper was analyzed the vertical restraints existing in 6.729/79 Act, which establishes the regulation of cars distribution market in Brazil, demonstrating how it works and how vertical restraints act on this, trying to analyze its anticompetitive effects or efficiencies, and respond if such vertical restraints could be judged by the Brazilian Competition Defense System. As a result, it was concluded, in short, that vertical restraints of 6.729/79 Act constitute an antitrust exemption that will be judged by the Brazilian Competition Defense System only if it extrapolate its regulatory framework and if it cause damages to competition, being that today is a private issue, under contract, without competitive effects on the economy.

Palavras-chave: Restrições Verticais. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). Lei 6.729/79 (Lei Ferrari). Concessão de Automóveis.

1. Introdução

Um dos temas mais complexos, tanto em sua análise jurídica quanto econômica no direito concorrencial, são as chamadas restrições verticais, sendo um assunto ainda revestido de muitas incertezas e complexidades.

Presta-se o presente artigo para, além de tentar difundir mais o questionamento sobre as restrições verticais, analisar a influência da Lei 8.884/94 nas restrições verticais contidas na Lei 6.729/79, a fim de responder se estas constituem um ilícito concorrencial e se podem passar pelo crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Para tanto, o artigo está estruturado de forma que se entenda como funciona o sistema de concessão de comercialização de automóveis (primeira parte); posteriormente passa-se a debater sobre as restrições verticais, analisando-as dentro do quadro normativo da Lei 6.729/79 e explanando sobre as eficiências (segunda parte); e, por fim, contrasta-se a Lei 8.884/94 com a Lei 6.729/79, a fim de se averiguar a aplicabilidade da normativa antitruste no sistema de concessão de comercialização de automóveis.

2. O Sistema de Concessão de Comercialização de Automóveis

A comercialização de veículos no Brasil é feita por intermédio do sistema de concessão, cujo objetivo é possibilitar à montadora o escoamento de sua produção.

A concessão de comercialização de veículos por redes autorizadas começou, conforme a FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores), em 1920¹ e foi regulada em 1979 pela Lei 6.729, conhecida como Lei Ferrari, com a pretensão de viabilizar um convívio equilibrado e harmonioso entre as montadoras e seus concessionários, que formam uma rede de distribuição.

Este sistema de comercialização se perfectibiliza por intermédio do contrato de concessão, cujo objetivo, segundo a Lei, é a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor, a prestação de assistência técnica e o uso gratuito da marca do concedente².

Muitos sinonimizam contrato de concessão com contrato de distribuição, entretanto, Silvio Venosa³ explica que a distribuição é somente uma das etapas integrantes do contrato de concessão, que apresenta inúmeras outras obrigações aos concessionários, sendo errônea a comparação entre contrato de concessão e contrato de distribuição.

Carlos Alberto Ghersi⁴ aponta dois fatores pelos quais não se deve confundir distribuição com concessão: (i) o contrato de concessão se dirige a bens de alto custo e envergadura tecnológica, ao contrário do contrato de distribuição; (b) na distribuição divulga-se tanto o nome do produtor como o nome do distribuídos em pé de igualdade, enquanto que na concessão a publicidade se dirige quase exclusivamente para a marca do produto e para este em si mesmo.

¹ FENABRAVE. Evolução da distribuição de veículos no Brasil. Disponível em <http://www.fenabrave.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=34#conteudo>. Acesso em 25/01/2011.

² Art. 3º Constitui objeto de concessão:

I – a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos por outro produtor;

II – a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão;

III – o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.

³ VENOSA, Silvio. Direito Civil: contratos em espécie. 9º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 312.

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. 4º ed. t. 2. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 115.

A distribuição abarca essencialmente operações de compra e venda mercantil, conforme exemplifica Paula Forgioni⁵: “a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa relação”, geralmente o consumidor final, na concepção do artigo 2º da Lei Consumerista⁶.

Assim, o proveito econômico do concessionário será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do bem ao consumidor e o que pagou para a fabricante. Tem-se, portanto, uma primeira relação de distribuição, típica compra e venda, e uma segunda relação de consumo entre os concessionários e o consumidor, na qual aquele deve obedecer a certos preceitos prescritos na Lei Ferrari e no contrato de concessão. Nesse ponto é que verificamos a característica da concessão: a relação entre montadora e concessionária não se esgota com a simples distribuição, há ainda obrigações a serem cumpridas na venda do automóvel e ainda depois desta, obrigações pós-venda.

A doutrina brasileira é unânime ao afirmar que o contrato de distribuição é atípico, por não encontrar definição em nosso sistema jurídico, havendo somente o texto da Lei 6.729/79, que disciplina a distribuição e concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Sobre o contrato de concessão, Paula Forgioni⁷ identifica as principais características estabelecidas pelo jurista francês Claude Champaud:

- O concessionário é um comerciante que negocia o bem profissionalmente e em caráter não eventual;
- A aquisição pelo concessionário é efetuada para revenda;
- Ao distribuidor é assegurada um monopólio de revenda.

Ou seja, no caso da revenda de veículos, seria a exclusividade territorial. A concedente garante ao concessionário que em determinado território ele terá direito exclusivo a distribuir o veículo por ela fabricado. Entretanto, a exclusividade não é assegurada, dependendo do poder econômico do distribuidor frente ao fornecedor e da política comercial da fornecedora, que pode querer incitar a concorrência entre distribuidores dentro de uma mesma área. Assim se compreende, principalmente, pelo texto da Lei Ferrari, que, ao passo que determinou em seu art. 5º que “são inerentes à concessão: I – áreas operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; II – distância mínima entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.” Reservou, ainda, no parágrafo primeiro⁸, a possibilidade de haver mais de um concessionário da mesma rede.

- O monopólio de revenda refere-se a uma área determinada.
- Há uma integração do distribuidor a uma rede de concessionários. Característica intrínseca ao sistema de concessão de automóveis.
- O distribuidor assegura a exclusividade ao concedente.
- O concedente possui certo controle externo sobre o concessionário e sobre suas atividades.

Este “certo controle”, na realidade brasileira, pode ser entendido pelas restrições verticais legal e contratualmente impostas.

⁵ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 63.

⁶ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁷ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 57 – 63.

⁸ § 1º A área poderá conter mais de um concessionário para o exercício de suas atividades;

Já sobre as características da distribuição, Paula Forgioni⁹ afirma que esta geralmente agasalha obrigações estratégicas de produção, estipulações acessórias, quais sejam:

“(i) exclusividade do distribuidor; (ii) exclusividade do fornecedor; (iii) obrigatoriedade ou possibilidade de prestação de assistência técnica aos adquirentes, incluindo eventual treinamento de pessoal; (iv) obrigatoriedade de investimentos mínimos; (v) mandato ou empreitada para viabilizar o adimplemento da obrigação de garantia assumida pelo fornecedor; (vi) obrigatoriedade de o distribuidor informar ao fornecedor dados sobre o mercado e as preferências dos adquirentes; (vii) obrigações de empreender ou participar das despesas efetuadas com publicidade; (viii) vendas casadas; (ix) licença de uso de marca; (x) determinação ou sugestão de preço de revenda; (xi) aquisição mínima de certas quantidade de produto; (xii) manutenção de estoque e/ou peças de reposição; (xiii) proibição de venda para terceiros com o escopo de diminuir os efeitos ou evitar a comercialização paralela dos produtos distribuídos com cláusula de exclusividade.”

Entendemos que a autora, nesta caracterização, trata a distribuição e a concessão de forma indistinta, expondo características inerentes aos dois tipos contratuais - ao tratar de estipulações acessórias já se estaria adentrando na seara inerente à concessão. De qualquer forma, trás à tona uma série das principais restrições verticais existentes no sistema de concessão de comercialização de veículos estipuladas em contrato e na Lei Ferrari, que serão melhores analisados a seguir.

3. As Restrições Verticais

Como se pôde perceber, as montadoras fazem uso das concessionárias para distribuir os veículos de sua marca no mercado. Esse relacionamento entre empresas atuantes em diferentes fases ou atividades do fluxo de produção gera conflitos, porque, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁰, as estratégias ótimas de atuação de uma parte, em muitos casos, não são compatíveis com o interesse da outra parte.

As restrições verticais são utilizados pelas montadoras para assegurar o estabelecimento de um sistema de vendas indiretas, e esta é uma das principais características de todo e qualquer contrato de concessão, e não haveria de ser diferente no de concessão automobilística, onde há inclusive a Lei Ferrari, que impõe legalmente restrições verticais.

As montadoras utilizam-se tanto dos preceitos da Lei Ferrari como de estipulações contratuais para restringir as ações das concessionárias, de forma a obter o resultado que é melhor para si.

Logo, o relacionamento comercial que se estabeleceu entre o fabricante de veículos automotores e seus distribuidores corporifica, segundo Eros Grau e Paulo Forgioni¹¹, um típico acordo vertical, na terminologia consagrada pela prática antitruste e pelos economistas que tratam de organização industrial.

⁹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 65-66.

¹⁰ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 717.

¹¹ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 9.

Os acordos verticais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes, mas se encontram em mercados situados em uma imaginária linha vertical de cadeia de suprimento, das várias fases de produção e comercialização, até o consumidor final do produto. Nada mais são do que estipulações contratuais geralmente inseridas nos chamados contratos da distribuição e da concessão que limitam a liberdade de atuação do distribuidor ou fornecedor. Nas palavras de Tilottama Raychaudhuri¹²:

“Vertical agreements are those between undertakings operating at different levels of the production chain. In case of most goods or services, there is a chain of production before the product reaches the customer - from gathering of the raw material to processing and creating the final product, distributing and selling of the product etc”.

O termo “acordo vertical” parece não ser o adequado, uma vez que acordo pressupõe a idéia de concordância de ambas as partes, o que não acontece no sistema de concessão de comercialização de automóveis, em que as concessionárias, em sua grande maioria, não concordam com as restrições impostas.

Entendemos que a legislação brasileira¹³ adota corretamente a natureza jurídica do instituto em análise, ao preceituar que:

“Práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens e serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)”.

Assim também é a doutrina de Fox e Sullivan¹⁴: “Restrições verticais são aquelas impostas por um dos participantes ao longo da cadeia vertical sobre outro participante.”

E de João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas¹⁵:

“As práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores à sua na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência”.

¹² RAYCHAUDHURI, Tilottama. Vertical agreements in competition law: Striking the right balance between regulation and competition. NUJS Working Paper Series: Salt Lake City, 2010. p. 5.

¹³ Resolução no. 20/99, Anexo I, Parte B, CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

¹⁴ Fox e Sullivan apud GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2004. p. 5.

¹⁵ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 9. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

Portanto, optou-se por utilizar, para fins do presente estudo, ao invés da expressão “acordos verticais”, a expressão “restrições verticais”, inclusive para seguir o legalmente estipulado.

Sabidamente, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁶, as restrições verticais podem resultar em prejuízo à competição horizontal, o que se pretende evitar. As restrições verticais podem reduzir o bem-estar quando:

- Facilitam o conluio ou a coordenação;
- Criam ou fortalecem as barreiras à entrada;
- Provocam aumentos no custo dos rivais;
- Facilitam a evasão de controles de taxas de retorno no ambientes regulados; e
- Limitam a liberdade do consumidor de escolha de seu fornecedor.

Contudo, a doutrina e jurisprudência é enfática ao afirmar que tais restrições só são possíveis caso haja poder de mercado do agente que às pratica. Desse modo, é condição necessária se estabelecer o mercado relevante.

Apesar das contradições sobre o mercado relevante no sistema de concessão de comercialização de veículos, como se poderá notar ao longo do artigo, o Conselheiro do CADE, Thompsom Almeida de Andrade, na Averiguação Preliminar nº 08012.000487/00-4, sustenta que é possível identificar quatro mercados distintos:

(1) mercado de fabricantes de veículos novos, no qual atuam as montadoras; (2) mercado varejista de veículos novos, onde atuam as concessionárias; (3) mercado atacadista de autopeças para reposição, onde as montadoras atuam como fabricantes ou adquirindo das empresas fabricantes as autopeças e repassando para as concessionárias; e (4) mercado varejista de autopeças, onde atuam as concessionárias.

Com base nessas considerações, analisar-se-á as restrições verticais no sistema de concessão de comercialização de automóveis, a fim de se chegar a uma conclusão se estas de fato existem e, se existem, se reduzem o bem-estar social, caracterizando ilícito antitruste, e se são passíveis de repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência).

3.1. As Restrições Verticais

As restrições verticais que constam na Lei Ferrari, nos contratos de concessão e no decorrer da operação entre montadoras e concessionárias são:

- Artigo 3º, § 1º, alínea “b”: Exclusividade – *“Constitui objeto de concessão vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtos.”*

¹⁶ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 720.

- Artigo 5º, inciso I: Área operacional restritiva – “São inerentes a concessão de área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades.”
- Artigo 7º e incisos: Cota de veículos – O concessionário é obrigado a ter ou só terá direito ao número “x” da produção de veículos da montadora.
- Artigo 10º - Quantidade obrigatória de estoque – “O concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos, objeto da concessão, e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento [...]”
- Artigo 8º - Índice de fidelidade.
- Venda Casada.

A exclusividade restringe a entrada de novas marcas no mercado, uma vez que as montadoras não poderão se utilizar de uma concessionária, distribuidora, já instalada, em plena operação. Assim, a montadora concorrente encontra maiores dificuldades em difundir sua produção, uma vez que uma nova concessionária terá todo o ônus de projetar, planejar e operar uma nova unidade distributiva, com todas as despesas inerentes à espécie e ainda com o risco de mercado enfrentado por uma nova entrante sem experiência.

Conforme expõe Sérgio Goldbaum¹⁷:

“[...] restrições verticais, nessa situação, também podem ser adotadas com o objetivo de impor barreiras à entrada – na medida em que impõem aos demais fabricantes o custo de estabelecer suas próprias redes de distribuição – ou de afetar o comportamento dos demais fabricantes, eventualmente no sentido de restringir mercado”.

Para Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁸, qualquer acordo no sentido de não comercializar os bens de determinado fornecedor ou não vender para algum tipo de comprador, provavelmente visa apenas à exclusão de competidores, caracterizando, assim, uma prática anticompetitiva.

Há, inclusive, o projeto de Lei 1.445 de 2003, de autoria do Deputado Federal Fernando Giacobbo, que visa alterar a Lei Ferrari, inclusive em relação à exclusividade, dando direito do concessionário comercializar veículos automotores e implementos novos de qualquer marca, e não apenas os usados. Tal projeto, entretanto, foi retirado em 06/04/2004 com a justificativa que necessitava de aprimoramentos e nunca mais retornou.

A área operacional constitui, em tese, um dano à concorrência, pois impossibilita que um concessionário de uma determinada região estabeleça concorrência com outro concessionário, situado em outra área de operação. Essa limitação à concorrência afeta visivelmente o consumidor, que não poderá adquirir veículo de concessionária localizada fora da área de concessão em que está domiciliado, limitando a sua busca por melhores preços e barganha. Se o empresário bem gerindo seus negócios consegue oferecer ao consumidor preços e condições melhores que seus concorrentes, independente da região de atuação, tal iniciativa somente beneficia o consumidor.

¹⁷ GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2004. p. 45.

¹⁸ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 752.

A cota de veículos influencia diretamente a política gerencial da concessionária, impossibilitando que a mesma busque resultados mais eficientes de acordo com mercado.

A quantidade obrigatória de estoque igualmente influencia na gerência da concessionária, que na maioria das vezes tem um custo elevado para manter o estoque exigido pela montadora, refletindo diretamente na sua margem final de lucro.

O índice de fidelidade obriga a quantidade obrigatória de aquisição de componentes para carros pelos concessionários.

Pela venda casada, a montadora muitas vezes condiciona o concessionário que, para adquirir o veículo “x”, deverá também adquirir o veículo “y”, que não costuma ser muito vendido ou de acordo com a política de produção da montadora.

Expostas as principais restrições verticais encontradas no sistema de concessão de comercialização de veículos, necessário se faz saber quais são suas influências no mercado, uma vez que as restrições verticais podem ou não, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura¹⁹, trazer danos à concorrência. Para os autores citados, os casos envolvendo restrições verticais ainda carecem de padronização dos procedimentos e é revestido de inúmera complexidades de análise econômica.

Paula Forgioni²⁰ afirma que, de acordo com a sistemática adotada pela lei antitruste, em seu art. 20, a definição da ilicitude não se faz pela classificação da prática *per se*, mas pela verificação de seus efeitos anticoncorrenciais, atuais ou potenciais, devendo-se sempre analisar os resultados sobre o mercado.

Isso significa dizer que, conforme Marina Mello e Emilio Matsumura²¹, atualmente os julgamentos sobre restrições verticais vêm sendo feitos com base na regra da razão²², deixando-se ao encargo dos reclamantes a árdua tarefa de provar que a atitude do seu concorrente causa prejuízo não apenas a si, mas também à concorrência.

Assim, se fosse concluído, com base na regra da razão, que a restrição vertical imposta ao concessionário produzisse mais eficiências do que prejuízo no mercado, essa não seria passível de recriminação pela política antitruste e a conduta seria aprovada. Sobre as eficiências, é necessário que se faça um aprofundamento.

3.2. As Eficiências

O conceito de eficiência engloba, *lato sensu*, a idéia de alocar uma combinação qualquer de recursos em uma configuração que produza o melhor resultado possível.

Na presença de condutas tidas como anticompetitivas, a análise econômica antitruste e a jurisprudência têm, conforme João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas²³, nas últimas décadas, se apoiado cada vez mais na convicção de que somente a presença significativa de ganhos de eficiência e como decorrência necessária daquela conduta pode justificar sua autorização por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

¹⁹ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 717.

²⁰ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 51.

²¹ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords. técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 718.

²² Na abordagem da regra da razão os custos e os benefícios das praticas especificas adotadas em cada caso devem ser avaliados com o objetivo de identificar se há ou não prejuízo à concorrência.

²³ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 6-7. Disponível em < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

Logo, restrições verticais simplesmente aliadas à detenção de poder de mercado pelas montadoras não são suficientes para a caracterização de uma determinada prática como anticompetitiva, e, conseqüentemente, para a sua condenação. Deve-se avaliar os seus efeitos líquidos em termos de eficiência, conforme João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas²⁴:

“Em suma, de um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de provocar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado. É óbvio que, caso se avalie que sequer existe um efeito anticompetitivo, a análise será interrompida neste ponto, e a identificação e avaliação de eficiências será desnecessária”.

Em alguns casos, as restrições verticais têm efeitos pró-competitivos que, se forem maiores do que os custos gerados, servem de fundamento para a sua licitude.

Assim igualmente pensam Eros Grau e Paula Forgioni²⁵:

“[...] não se pode admitir que agentes econômicos, seja de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado. Contudo, sustentam que a condenação per se de todas as práticas restritivas da concorrência pode induzir um resultado oposto ao constitucionalmente pretendido. Logo, quando os prejuízos decorrentes das condutas restritivas corresponderem em vantagem a serem auferidas pela economia nacional como um todo, essas práticas não hão de ser reprovadas”.

Um dos efeitos alegados que podem ocorrer é a redução dos custos de transação, conforme explana Arthur Badin et. al.²⁶:

“[...] têm como conseqüência uma redução nos custos relacionados à fase preliminar de formação dos contratos. Um vínculo exclusivo e premanente entre duas partes permite economizar tempo e esforço na busca de agentes com os quais se possa contratar. Além disso, a certeza de um vínculo de longo prazo transmitida por acordos dessa natureza permite às partes estabelecerem condições mais vantajosas visando ganho futuros”.

Nesse caso, as montadoras não incorporam as concessionárias a fim de diminuir os custos de transação com a distribuição dos veículos, uma vez que tal negócio envolveria conhecimentos empresariais totalmente distintos ao praticado pela indústria automobilística, o que inviabilizaria ou encareceria seu negócio, conforme sustenta Oliver Williamson²⁷:

²⁴ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 7-8. Disponível em < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

²⁵ GRAU, Eros; FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 6-7.

²⁶ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81.

²⁷ WILLIAMSON, Oliver. The Economic Institution of Capitalism. New York: Free Press, 1985. p. 110.

“Organizing and supervising the necessary thousands of complex trading institutions would have been difficult for the manufacturer; trading is knack not easily fit into the conventional type of a managerially controlled scheme of organization. So the retail automobile business grew up with the franchised-dealer type of organization”.

Entretanto, as restrições verticais estabelecidas pela Lei Ferrari e pelos contratos de concessão assume o papel de controle: a montadora não é proprietária da concessionária, mas tem um alto grau de controle sobre a forma como a revenda dos seus produtos será realizada, tendo controle preciso sobre a sua produção.

Percebe-se que esta redução nos custos de transação são para as montadoras em detrimento das concessionárias, as quais têm sua gestão limitada e fiscalizadas por aquelas. Contudo, há de se ponderar que, caso não existissem as montadoras, tampouco existiria o negócio de distribuição de veículos, as concessionárias.

Outro efeito aventado, segundo Arthur Badin et. al. 28, é a prevenção contra comportamentos oportunistas, os chamado free riding. A fixação de preço de revenda, que existia no texto originário na Lei Ferrari e foi abolido posteriormente pela reforma havida em 1990 pela Lei 8.132, atual artigo 13 da Lei Ferrari²⁹, é um exemplo trazido por Herbert Hovenkamp³⁰:

“Caso uma concessionária invista em uma estrutura de atendimento ao cliente, permitindo que este faça test-drive e colocando à disposição funcionários treinados para prestar as informações necessárias, ele será necessariamente obrigado a repassar esse custo para os seus consumidores. Uma segunda concessionária que não faça esse tipo de investimento consegue, todavia, vender o seu produto a um preço mais baixo. Nessa situação, o consumidor é estimulado a obter as informações a respeito do produto junto ao fornecedor que dispõe de toda a estrutura de apoio para as vendas e, posteriormente, adquirir o veículo do distribuidor que consegue vendê-lo a um preço mais baixo por ter menor custo”.

Nesse caso, sustenta o autor, justificando a legalidade da prática do preço de revenda, que uma concessionária acabaria se aproveitando das externalidades positivas geradas pelo investimento da outra, e a determinação do preço de revenda por parte do fabricante acabaria por estimular a concorrência entre os distribuidores, num nível posterior da cadeia, ao passo que estes seriam obrigados a investir em melhores estruturas e em serviços diferenciados para atrair seus clientes.

Essa afirmação, contudo, apesar de emanar de uns dos maiores doutrinadores na área da economia da concorrência, se mostrou enfraquecida na realidade brasileira, pois já perfazem mais de dez anos que os preços de revenda foram liberados, deixados a critério das concessionárias, e o que se percebe é um efeito muito mais eficiente do que o proposto por Hovenkamp. As concessionárias cada vez mais investem em um atendimento diferenciado ao cliente e em inúmeras outras vantagens que acabam por deixar o preço não mais como um critério isolado de decisão para a compra de um veículo em uma ou outra concessionária. Atualmente, a concorrência entre concessionárias está muito mais acirrada.

²⁸ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81-82.

²⁹ Art. 13. É livre o preço de venda do concessionário ao consumidor, relativamente aos bens e serviços objeto da concessão dela decorrentes

³⁰ HOVENKAMP, Herbert apud BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 81-82.

Há, ainda, a afirmação de Arthur Badin et. al.³¹ que as restrições verticais se justificariam para preservar a marca da montadora – a marca do veículo estaria associada a determinadas características – e o posicionamento da concorrência intermarcas – que é o caso já mencionado da exclusividade de o concessionário distribuir somente os veículos novos de marca da montadora com a qual firmou o contrato de concessão.

Tal tentativa de se objetivar as situações em que as restrições verticais seriam eficientes são superficiais, vez que não analisam o caso concreto e seus efeitos no mercado relevante, ou seja, não aplicam a regra da razão e estabelecem um pensamento inverso da regra per se, v.g., não se pode reprovar uma conduta per se, mas se pode aprovada, per se, pois suas eficiências são claras e objetivas. Não se pode permitir tal análise.

Assim, a partir da apresentação das prováveis estratégias empresariais e, no presente caso, das próprias disposições legais, deve-se procurar identificar os elementos que tipificam cada uma das práticas anticompetitivas, suas possíveis eficiências e sua influência sobre o efetivo poder de mercado.

A principal forma de se avaliar eficiência no que concerne ao bem-estar social é, conforme Bruno Rodrigues³², mediante a aplicação do critério definido por Vilfredo Federico Damaso Pareto, em que uma determinada configuração é eficiente se não existe nenhuma configuração alternativa que vá melhorar a situação de uma pessoa sem prejudicar a situação de outra pessoa. Caso isto ocorra, estariamos diante do que se denomina “Ótimo de Pareto”.

Este é um conceito extremamente rígido segundo Bruno Rodrigues³³, na medida em que não admite que nenhum indivíduo tenha a sua situação alterada para pior, o que limita a sua aplicação prática, razão pela qual é utilizada uma variação do conceito parietano de eficiência, denominado “Pareto Potencial” ou “eficiência de Kaldor-Hicks”, que define que uma situação é mais eficiente que outra se os que ganham com a alteração podem compensar os que perdem com essa mesma alteração.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), em sua Resolução nº 20, de 09/06/1999, que trata precisamente de complementar a regulamentação dos Processos Administrativos referentes a condutas tidas como anticompetitivas, sintetiza em seu Anexo I o que se deve entender como aplicação deste critério à análise de tais condutas:

“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 intra-marcas 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 services”.

³¹ BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 83.

³² RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 113.

³³ RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 114.

Conforme Bruno Rodrigues³⁴, não seria necessário que a compensação efetivamente ocorresse para que a situação fosse efetivamente mais eficiente, mas sim que os ganhos fossem superiores às perdas. Entretanto, sustenta João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas³⁵ que a necessidade de compensação ou não dependeria de como a autoridade antitruste analisaria a conduta, se de forma exclusiva ou não do ponto de vista das eficiências:

“Suponhamos que as autoridades e/ou a legislação (inclusive jurisprudência) considerem exclusivamente o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a escola de Chicago. Nesse caso, um dado ato ou conduta deve ser autorizado(a), com ou sem restrições, se e só se tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superior às perdas de eficiência por ele(a) ocasionadas. Caso restrições sejam aplicadas, deverão ser encaradas apenas como garantias à consecução das eficiências alegadas, e não como compensatórias em si mesmas dos efeitos anticompetitivos”.

Por outro lado, suponhamos que as autoridades não considerem exclusivamente o critério de eficiência alocativa, mas levem em conta também o grau de dano à concorrência resultante e/ou os efeitos distributivos prejudiciais aos consumidores. Nesse caso, a presença de eficiências compensatórias continua sendo uma condição necessária, só que não mais suficiente, para autorizar o ato ou conduta. Caso o prejuízo estimado à concorrência e/ou ao consumidor seja considerado muito elevado, outras condições ou restrições podem ser impostas. Nesse caso, tais restrições e/ou compromissos de desempenho não deverão ser encarados apenas como salvaguardas ao cumprimento das eficiências alegadas, mas farão parte, ao lado das eficiências, dos efeitos compensatórios eventualmente considerados suficientes pelas autoridades para aprovar o ato ou conduta anticompetitiva.

Para o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), parece claro que não é utilizado única e exclusivamente o critério da eficiência. A Lei Antitruste brasileira contempla expressamente em seu art. 54, §1º, como requisitos indispensáveis à aprovação de atos de concentração e outros que possam prejudicar a concorrência, tanto a obtenção de “eficiências” (inciso I) quanto a geração de efeitos distributivos sobre o mercado e os consumidores (inciso II), e, mesmo assim, desde que não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Dado o paralelismo de propósito e conteúdo entre este artigo e o art. 20 da Lei, interpretasse analogicamente às condutas anticompetitivas que o critério de eficiência alocativa não deve ser tomado isoladamente na avaliação dos efeitos líquidos das condutas, sem consideração não só de eventuais efeitos distributivos, como em particular da extensão em que a concorrência está sendo prejudicada ou eliminada do mercado.

Não obstante as restrições técnicas, jurídicas e filosóficas associadas às articulações derivadas do conceito de eficiência paretiano, e se este deve servir como exclusivo critério para se avaliar a licitude de uma restrição vertical, o conceito de eficiência é, conforme Herbet Hovenkamp³⁶, um conceito que se presta para, em geral, avaliar os

³⁴ RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 115.

³⁵ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 7-8. Disponível em < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

³⁶ HOVENKAMP, Herbet apud RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. p. 117-118.

resultados de determinada alteração social e, em particular, para avaliar as conseqüências da intervenção pela legislação de proteção da concorrência:

“Colocando as críticas de lado, o critério Pareto potencial pode nos ajudar a obter alguma idéia se o efeito líquido de uma prática é um ganho social ou uma perda social. Ele pode nos ajudar a estimar o ganho ou a perda social, embora provavelmente não possamos quantificá-lo precisamente. Além disso, as ambigüidades no critério Pareto potencial são fatores impeditivos somente em casos cujos resultados estão muito próximos. Em muitos casos os resultados não estão tão próximos, e é mais fácil prever que os ganhos sociais superarão as perdas ou vice-versa”.

Entretanto, salientam João Pondé, Jorge Fagundes e Mário Possas³⁷ que a análise dos efeitos líquidos em termos de eficiências para se determinar se a restrição vertical é anticompetitiva ou não, é um dos temas mais polêmicos tanto na literatura como na jurisprudência antitruste.

Para a avaliação das restrições verticais com base em seus efeitos líquidos sobre o bem-estar, segundo Marina Mello e Emilio Matsumura³⁸, seria necessário que o analista pudesse comparar uma situação na qual a restrição não estivesse presente com outra na qual ela está, para identificar quando o bem-estar seria maior.

Logo, difícil ou quase impossível a análise, pelo ponto de vista das eficiências, se os ganhos oriundos da abolição das restrições verticais no sistema de concessão de veículos para os concessionários compensariam ou seriam maiores do que a perda do custo de transação que possivelmente as montadoras teriam, uma vez que os primeiros revendedores autorizados de veículos surgiram somente em 1920 e a Lei Ferrari foi promulgada 1979. Foram 59 anos em que não existia a Lei Ferrari, mas outros modelos contratuais de concessão, o mercado de concessionárias, e de distribuição e revenda em si, ainda era muito tímido e sequer se tratava, ou minimamente se falava, em defesa da concorrência, que teve sua primeira Lei promulgada somente em 1991 (Lei nº 8.158), que depois foi revogada pela promulgação da Lei atual Antitruste nº 8.884/94.

Da vigência da Lei Ferrari para cá se passaram 32 anos, com algumas modificações em 1990, que não permitem fazer uma comparação do mercado de comercialização de veículos por concessão antes e depois de estabelecidas restrições verticais.

Para os antigos e tradicionais concessionários, os contratos de concessão oriundos da Lei Ferrari significaram, conforme VALOR³⁹, um grande controle em nível comercial, administrativo e operacional por parte das montadoras de automóveis, uma vez que estas passaram a determinar diretrizes das concessionárias, como volumes de estoque a serem mantidos e os respectivos prazos de comercialização. Em suma, o zoneamento da distribuição ficava a cargo da indústria, que tinha autonomia também para realizar modificações unilaterais dos contratos.

³⁷ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. p. 9-10. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf>>. Acesso em 31/01/2011.

³⁸ MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006. p. 718.

³⁹ VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008. p. 11.

Mesmo em desvantagem em relação às montadoras, VALOR⁴⁰ afirma que as concessionárias conseguiram manter-se em virtude da exploração das vendas e do aumento do número de serviços oferecidos.

Parece, portanto, num primeiro momento, não haver dúvida de que a exclusão das restrições verticais impostas pela Lei Ferrari tornaria o mercado das concessionárias mais eficiente, tanto no aspecto estratégico comercial do concessionário como concorrencial, gerando benefícios para os consumidores. Contudo, igualmente, não se pode precisar se tais alterações compensariam a perda que as montadoras teriam por não terem mais o controle absoluto sobre o fator produtivo e sobre como se daria a revenda dos produtos; Tampouco é possível afirmar se as concessionárias venderiam e lucrariam mais, tanto para elas quanto para as montadoras.

Tem-se como balizador somente a abolição do preço de revenda em 1990, que, em tese, gerou eficiências, uma vez que se percebeu visivelmente a alteração da postura de mercado das concessionárias, tendo sua concorrência acirrada tanto em matéria de preço como benefícios para os consumidores. Entretanto, não há um estudo econômico focado nessa questão, e tampouco é esse objetivo do presente artigo.

Logo, na carência ou impossibilidade de um estudo econômico mais aprofundado, resta saber a amplitude, influência e a interpretação que é dada à Lei Ferrari pelas autoridades antitruste com base na Lei nº 8.884/94.

4. Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) versus Lei 6.729/79 (Lei Ferrari)

A Constituição do Brasil define a livre concorrência como um meio voltado ao alcance de um bem maior ao considerá-la um princípio que tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como preconiza o artigo 170⁴¹. E, ainda, o parágrafo 4º⁴² do artigo 173 preconiza que a lei reprimirá condutas contrárias à concorrência e à livre iniciativa.

Como se pôde notar, a Lei Ferrari estabelece inúmeras restrições verticais que, em tese, limitam a livre iniciativa e a concorrência entre concessionárias, tanto no mercado intra como no intermarcas.

A propósito, assim consta na exposição de motivos da Lei Ferrari: *“a montadora como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólios justapostos, um terrível poder de domínio.”*

Logo, sem adentrar na discussão sobre as eficiências dessas práticas, que já foram debatidas, e sobre se a Lei Ferrari beneficiou mais as montadoras ou as concessionárias, importa saber: se realmente há efeitos de uma prática anticompetitiva líquida, ou seja, que não são compensados por eventuais ganhos de eficiências, pode o SDBC (Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência) atuar na sua função preventiva, repressiva e de *advocacy*?

⁴⁰ VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008. p. 11.

⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...]

⁴² § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Conforme Paula Forgioni⁴³, cada sistema jurídico, inclusive o brasileiro, possui mecanismos jurídicos que permitem a realização de práticas cujos efeitos concorrenciais restritivos são superados pelas eficiências.

Em prol do bem-estar social é possível, segundo a autora⁴⁴, sacrificar a concorrência para atingirmos um fim maior, mais condizente com o interesse público. Logo, a autora pensa que não se pode sustentar ser incompatível com a constituição as leis que autorizem restrições concorrenciais, como é o caso da Lei Ferrari.

Segundo o Professor Eros Grau⁴⁵, a Lei Ferrari é uma lei específica que autoriza restrições à livre concorrência e à livre iniciativa.

O mesmo autor sustenta que a Lei Antitruste é uma lei geral, pois regula a concorrência de forma geral entre os agentes econômicos, enquanto a Lei Ferrari é uma lei específica, pois regulava especificamente o sistema de concessão e distribuição de automóveis. Logo, as restrições verticais impostas pela Lei Ferrari não seriam passíveis de crivo pela Lei Antitruste, uma vez que, surgindo antinomias entre normas, reza nosso ordenamento jurídico que deve a lei específica prevalecer sobre a geral.

Nesse diapasão é a lição de Carlos Maximiliano⁴⁶:

“Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: in toto jure generi per speciem derogatur, et illud postissimum habetur quod ad speciem directum est – ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie’”.

Dessa forma, estaria a Lei Ferrari sobre o manto de uma verdadeira isenção antitruste, não passível que repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), mesmo não prevendo a Lei 8.884/94 em seu texto legal a possibilidade de isenções.

Paula Forgioni⁴⁷ reforça tal posicionamento ao afirmar que:

“Outra voz que merece ser rechaçada – sem prejuízo do verdadeiro respeito que se tem por aqueles que publicamente a professam – é a que diz ter o CADE poder para deixar de aplicar uma lei restritiva da concorrência, nos casos em que essa restrição não leve aos fins previstos no art. 170. Assim, na hipótese de o CADE considerar a lei autorizadora inconstitucional, ser-lhe-ia facultado, simplesmente, deixar de aplicá-la. Ora, essa linha de argumentação é também inquietante, porque coloca a autoridade antitruste acima do Congresso Nacional e do sistema jurídico brasileiro”.

A autora⁴⁸ afirma, inclusive, que o agente econômico que ofende a competição, imunizado por isenção, pratica ato lícito e não está obrigado a indenizar os prejudicados.

⁴³ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 138.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 153-154.

⁴⁵ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 10 – 13.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 169.

⁴⁷ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 160.

⁴⁸ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 167.

Conforme Paula Forgioni⁴⁹, a Lei Ferrari introduziu o sistema que regula a constituição de redes de distribuidores, autorizando a realização de acordos verticais: *“Específica para um determinado setor da economia, não se pode olvidar de que não estamos diante de um diploma que regulamenta apenas as relações entre as “partes” (concessionários e fabricantes), mas também aspectos concorrenciais, ligados ao funcionamento desse mercado.”*

Contudo, salienta-se que a Lei especifica que afasta a aplicação da Lei Antitruste deve ser interpretada de forma restritiva, por ser uma exceção, conforme leciona Carlos Maximiliano⁵⁰:

“Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente”.

Paula Forgioni⁵¹ explica que, portanto, por se tratar a Lei Ferrari de uma isenção antitruste, e por disciplinar somente a concessão de comercialização de veículos novos, deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, não se aplica a Lei Ferrari a qualquer outro contrato de distribuição e nem as situações não abarcadas pela Lei, como a comercialização de veículos usados; caso haja uma prática restritiva nessa seara, recairá no campo da norma geral antitruste, passível, então, de repressão pelo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Assim, as restrições verticais estabelecidas na Lei Ferrari seriam plenamente legais na ótica antitruste, porém, qualquer interpretação analógica ou extensiva seria condenável.

Como exemplo, cite-se o caso em que uma concessionária forma um grupo econômico/uma sociedade *holding* controladora visando a abertura de nova concessionária, com outra marca, estabelecendo uma concorrência intermarcas para a montadora. As montadoras estavam se apoiando na restrição de exclusividade para impedir que o grupo constituísse nova marca de concessionária, o que constitui uma infração anticoncorrencial.

A montadora pode exigir que a concessionária comercialize apenas veículos novos de sua marca, entretanto, não pode impedir que a pessoa física ou jurídica participante do capital social da sociedade concessionária não participe de outra sociedade concessionária, de bandeira de seus concorrentes.

Este, inclusive, foi o objeto do parecer proferido por Eros Grau e Paula Forgioni⁵² apresentado ao Boletim Latino Americano de Concorrência, que chegou à seguinte conclusão:

*“A Lei nº 6.729/79 apenas permite que o contrato de concessão impeça o distribuidor [ou seja, a **empresa; não o empresário, sócio ou acionista**] de comercializar produtos novos concorrentes. Sob seu abrigo, portanto, **não se pode colocar a proibição de o empresário [acionista ou sócio] participar de outra sociedade [ou empresa], que exerça sua atividade – esta sim – distribuindo veículos automotores de marca concorrente.**”*

⁴⁹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 285.

⁵¹ FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 166;

⁵² GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 13.

[...]

[...] a restrição pretendida pelo fabricante é ilícita, configurando infração à ordem econômica, o que determina a incidência do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/94, bem como no inciso VI do seu artigo 21; se a restrição afetar novos fabricantes estrangeiros de veículos automotores, que pretendam ter acesso ao mercado brasileiro, nesse caso, desde que efetivamente comprovada essa pretensão, verificar-se-á, também, a hipótese prevista no artigo 21, IV da Lei nº 8.884/94”.

Logo, o artigo 3º da Lei Ferrari, e qualquer outro da espécie, não permitiria a interpretação extensiva, sendo a isenção antitruste estritamente o que nela contém, constituindo abuso de direito qualquer transgressão.

O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por seu turno, não admite a existência de uma “isenção antitruste”, mas assumi que casos envolvendo a Lei Ferrari são tratados de uma forma especial.

Conforme parecer emanado da SDE (Secretaria de Direito Econômico) na Averiguação Preliminar 08012.006500/2000-36, a Lei Ferrari não pode autorizar cláusulas que constituam infração à ordem econômica, visto que qualquer dispositivo nesse sentido estaria derogado pela Lei 8.884/94, estando, portanto, os contratos de concessão incluídos no âmbito de aplicação da Lei da Concorrência. Mas, afirma ser essencial a análise circunstancial, uma vez que as condutas decorrentes da concessão só configuram infração na medida em que possam gerar os efeitos danosos estabelecidos na Lei Antitruste.

Alerta, ainda, que cabe ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) analisar situações envolvendo a Lei Ferrari, pois a mesma não disciplina as formas de repressão ao abuso de poder econômico.

Contudo, ao analisar as práticas de restrição verticais, a SDE (Secretaria de Direito Econômico) afirmou, na Averiguação Preliminar supracitada, que a concorrência que realmente interessa, não só para as montadoras, como para as concessionárias, e, portanto, para a análise antitruste, é a concorrência intermarcas:

“O contrato de distribuição tem natureza de contrato colaborativo ou de comunhão de escopos, pois ambos os contratantes têm como objetivo empresarial comum e preponderante a venda do produto objeto do contrato. Não se descarta, obviamente, uma disputa por margens de lucro em decorrência da venda do produto ao consumidor final, sendo possível haver assimetria de poder de barganha entre as partes contratantes, podendo a parte mais forte auferir proporcionalmente maiores lucros do que a outra. No entanto, isso é matéria estranha à intervenção antitruste. A Lei 8.884/94 não confere poderes aos órgãos de defesa da concorrência para mediar ou arbitrar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos provados. A tese do abuso de dependência econômica se prestaria a justamente colocar os órgãos de defesa da concorrência no papel de entes revisores de contratos privados, com o fim de restabelecer-lhes esse tipo de equilíbrio, função essa que compete exclusivamente ao Poder Judiciário, a quem cabe, pela Constituição, a resolução de controvérsias entre os particulares.

[...]

Resta evidente da análise dos autos que a concorrência que realmente interessa, não só para a montadora, como para a concessionária e, portanto, para a análise antitruste, é a concorrência inter-marcas”.

Igualmente é o pensamento de Eros Grau e Paula Forgioni⁵³, ao afirmarem no supramencionado parecer que, considerando o mercado de fabricantes de automóveis, deram privilégio na análise para a concorrência entre as montadoras ou entre as marcas – *inter brand competition* – por considerarem que a concorrência entre os concessionários de uma mesma montadora – *intra brand competition* – não seria afetada pelas imposições das montadoras.

Em representação apresentada pela FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores) frente às quatro principais montadoras do país por supostos abusos sobre as redes de concessionárias, originando a Averiguação Preliminar nº 08012.00487/00-40, de relatoria do Conselheiro Thompson Andrade, assim, em suma decidiu:

“Conforme determinação expressa no artigo 20 e no caput do artigo 21, a análise das infrações da ordem econômica tem como premissa a verificação da existência ou não de poder de mercado da parte de praticou a restrição para que esta tenha potencial para limitar ou prejudicar a livre concorrência ou dominar mercado relevante de bens ou serviços. Ademais, conforme ressaltado na Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999, em se tratando de práticas verticais, como é o presente caso, é necessário que parcela substancial do mercado “alvo” seja afetado pelas práticas restritivas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência”.

A SEAE, acompanhada pela SDE, adotou o entendimento das Representadas, especialmente dos representantes da Volkswagen, conforme ilustrado nas assertivas abaixo:

“Como assinalado na defesa da Volkswagen, não existe uma relação de mercado propriamente dita entre as montadoras de automóveis e suas concessionárias. Apesar de se observar uma relação entre compradores (concessionárias) e vendedores (montadoras), essa relação não se dá via mercado, onde, por definição, ambas as partes são livres para contratar com qualquer agente. No caso em questão, temos uma relação vertical via contrato. Nesse tipo de relação, ambas as partes concordam em restringir suas condutas comerciais em benefício mútuo. Os possíveis desentendimentos decorrentes dessa relação são, normalmente, resolvidos no âmbito privado, através de negociação entre as partes. Dado que montadoras e concessionárias fazem parte da mesma cadeia produtiva e que as concessionárias têm um importante papel na distribuição dos veículos aos consumidores finais – que constituem o “público alvo” de interesse para as montadoras – existe forte incentivo para que ambas as partes tentem resolver suas diferenças através de negociação, uma vez que temos aí uma relação de dependência mútua.

[...]

A análise das condutas de (1) discriminação entre concorrentes, (2) imposição de preço abusivo de serviços e peças em garantia, (3) venda casada, (4) obrigação de contratar e (5) recusa de fornecimento, imputadas às 4 montadoras pela Fenabrave como infrações à ordem econômica, revelou que nenhuma delas se configurou como práticas ilegais alcançadas pela Lei 8.884/94. Conforme se demonstrou, tratam-se de questões afetas às relações contratuais entre as montadoras e sua respectiva rede de concessionários, sem repercussões sobre a concorrência”.

⁵³ GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000. p. 10.

Nesse julgamento percebe-se que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) sequer trata da questão de ser ou não a Lei Ferrari uma isenção antitruste, mas sim, afirma inexistirem questões concorrenciais nas restrições verticais alegadas pela FENABRAVE (Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores).

Na mesma linha é o julgamento pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) da Averiguação Preliminar nº 08012.006532/99-18, de relatoria do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, ao fundamentar a inaplicabilidade da Lei 8.884/94 na Lei 6.729/79 pela ausência de relação de mercado:

"Nessa linha, é imprescindível que estejamos diante de uma relação de mercado [elemento contextual necessário à incidência da Lei 8.884/94] para efeitos concorrência, a qual é identificável pela determinação do mercado relevante em questão, sob o prisma geográfico e do produto. Todavia, como bem salientado pela SDE/MJ, a relação de montador de veículos e seus concessionários (distribuidores) não encarta uma relação de mercado para efeitos concorrências, restando, assim, excluída, com relação ao suporte fático protocolar denotativo, da égide da Lei 8.884/94.

[...]

Cumprе ressaltar: não havendo relação de mercado, inexistе a possibilidade de haver infração da ordem econômica sob o prisma da Lei 8.884/94.

[...]

Repisando: não há que se falar em relação de mercado in casu, posto que perfeita em contrato de exclusividade voluntária, de índole colaborativa e/ou de comunhão de escopos, fora da atenção da Lei 8.884/94, em que os distribuidores representam importante agente ao escoamento da produção aos consumidores finais, havendo irracionalidade econômica na exploração da sua situação de distribuição pelos fabricantes".

Eliminado, como está, o elemento do contexto (mercado) do presente caso, o que impede de forma clara a incidência da Lei 8.884/94 à presente questão, não há que se falar em conduta anticoncorrencial, restando a opção do arquivamento da presente Averiguação Preliminar.

E, ainda, sobre a ausência de relação de mercado, o Conselheiro Relator da Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36, Luís Fernando Rigato Vasconcellos, afirma inclusive que não há um mercado relevante identificado para que sejam avaliados eventuais impactos concorrenciais das práticas verticais restritivas.

Mas, mesmo se fosse definido o mercado relevante como o de venda de veículos para concessionárias, não teriam as montadoras poder de mercado sobre as concessionárias, sendo passíveis de condenação as restrições verticais? Segunda a SDE (Secretária de Direito Econômico), na Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36, não, pois a montadora não agiria de forma monopolista, por exemplo, praticando preços monopolistas, notadamente em virtude da comunhão de interesses entre montadoras e concessionárias. Sustenta que tal argumento é desprovido de fundamentação econômica e jurídica e que não há, portanto, uma relação de consumo ou de concorrência entre montadoras e concessionárias

Por fim, nota-se que a doutrina tende a qualificar a Lei Ferrari como uma isenção antitruste, enquanto que o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), mesmo não adotando tal caracterização, afirma que não há entre as montadoras e as concessionárias relação de mercado, e sim privada, de natureza jurídica contratual, sem repercussões sobre a

concorrência. A Lei Ferrari estaria excluída, portanto, do campo jurídico de abrangência da Lei 8.884/94, somente importando a análise dos efeitos anticoncorrencias intermarcas.

5. Conclusões

Constatou-se que o assunto envolvendo as restrições verticais é intrigante e de difícil debate, havendo a necessidade de, em um julgamento, utilizando-se a regra da razão, analisar cada restrição vertical aventada e o seu efeito no mercado relevante, a fim de se identificar um ilícito concorrencial ou uma eficiência.

Demonstrou-se que, em um estudo dogmático, queda-se impossível afirmar se as restrições verticais constantes na Lei Ferrari são um ilícito concorrencial ou produzem eficiências. E, por um estudo empírico, ao analisar as questões que já foram levadas às autoridades antitruste, demonstrou-se que estas entenderam por se tratar de uma relação privada, de âmbito contratual, sem efeitos econômicos concorrências que interessem ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por não estar caracterizada relação de mercado entre montadoras e concessionárias.

Conclui-se que a Lei Ferrari, dentro de seu quadro normativo, constitui uma espécie de isenção antitruste, podendo passar pelo crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) somente os efeitos anticoncorrencias das restrições verticais que transpusessem a moldura da Lei Ferrari, ou seja, uma situação de interpretação extensiva da Lei, o que não é permitido pelo seu caráter de excepcionalidade quanto à matéria.

Enquanto as práticas verticais restritivas se basilarem estritamente ao que preceitua a Lei 6.729/79, o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) não interviria, cabendo exclusivamente às partes *upstream* e *downstream* comporem de forma a chegarem a um consenso bom para ambas na gerência de seus negócios, uma vez que as montadoras dependem das concessionárias e vice-versa para tornarem seus empreendimentos viáveis e lucrativos. Portanto, nada mais aconselhável que mantenham uma parceria empresarial equilibrada.

6. Referências

BADIN, Arthur et. al. Direito econômico regulatório. v. 2. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.006532/99-18. Representante: Nova Texas Veículos Ltda. Representada: FIAT Automóveis S.A. Brasília, 25 de julho de 2003. Relator: Conselheiro Fernando de Oliveira Marques. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.00487/00-40. Representante: Federação Nacional de Distribuição de Veículos Automotores. Representada: Volkswagen do Brasil S/A e outros. Brasília, 02 de julho de 2001. Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36. Representante: Montana Distribuidora de Veículos Automotores Ltda. Representada: Chrysler do Brasil Ltda. Brasília, 08 de novembro

de 2004. Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Brasília, DF: 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6729.htm>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso em 05/01/2011.

_____. Projeto de Lei nº 1.445, de 2003. Altera os arts. 3º, 4º, 7º e 12 da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que “Dispõe sobre a concessão comercial de veículos automotores de via terrestre. Brasília, DF: 2003. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=123988>. Acesso em 13/02/2011.

_____. Secretária de Direito Econômico. Parecer na Averiguação Preliminar nº Averiguação Preliminar nº 08012.006500/2000-36. Representante: Montana Distribuidora de Veículos Automotores Ltda. Representada: Chrysler do Brasil Ltda. Brasília, 08 de novembro de 2004. Secretário: Daniel Krepel Goldberg. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em 05/02/2011.

CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em 05/01/2011.

FENABRAVE. Evolução da distribuição de veículos no Brasil. Disponível em <http://www.fenabrave.com.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=34#conteudo>. Acesso em 25/01/2011.

FORGIONI, Paula A. Contratos de Distribuição. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. 4º ed. t. 2. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GOLDBAUM, Sérgio. Restrições Verticais no Setor Automotivo: Barreiras à Entrada de Novos Concessionários. Tese de Doutorado. Escola de Administração de empresas de São Paulo. Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2004. Disponível em <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4631/74621.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30/01/2011.

GRAU, Eros, FORGIONI, Paula A. Restrições à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8.884, de 1994, e Lei 6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). In: Boletim Latino Americano de Concorrência. nº 9. Parte 4. Fevereiro de 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 4º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MELLO, Marina Figueira, MATSUMURA, Emilio H. Restrições Verticais. In: FIUZA, Eduardo P. S., MOTTA Ronaldo Seroa (coords técnicos). Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica. 2v. Rio de Janeiro: IPEA, 2006.

PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge, POSSAS, Mário Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. XXIX Encontro Nacional de Economia. Bahia, 2001. Disponível em < http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/20010415_8.pdf>. Acesso em 31/01/2011.

RAYCHAUDHURI, Tilottama. Vertical agreements in competition law: Striking the right balance between regulation and competition. NUJS Working Paper Series: Salt Lake City, 2010. Disponível em < <http://www.nujs.edu/workingpapers/vertical-agreements-in-competition-law-striking-the-right-balance-between-regulation-and-competition.pdf> >. Acesso em 10/02/2011.

RODRIGUES, Bruno Leal. Direito da Concorrência, concentração de empresas e eficiência econômica: Aprovação de atos de concentração horizontal por eficiências compensatórias. Dissertação de mestrado apresentado na Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em < www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=151167>. Acesso em 13/01/2011.

VALOR. Análise setorial: concessionárias de veículos. São Paulo: Valor Econômico S.A., 2008.

VENOSA, Silvio. Direito Civil: Contratos em espécie. 9º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

WILLIANSO, Oliver. The Economic Institution of Capitalism. New York: Free Press, 1985.

DOUTRINAS

O antitruste e a propriedade intelectual:
caminhos ditintos em buca de um único
objetivo

O ANTITRUSTE E A PROPRIEDADE INTELLECTUAL: CAMINHOS DISTINTO EM BUSCA DE UM ÚNICO OBJETIVO

Mayara Gasparoto Tonin

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
e-mail: matonin@gmail.com

1. Introdução. 2. Direito da concorrência. 3. Direito da propriedade intelectual. 4. Exclusão ou complementariedade? 5. Objetivo comum. 6. Conclusões. 6. Referências.

RESUMO

A interação entre a legislação de defesa da concorrência e a de proteção da propriedade intelectual é um aspecto muito complexo na atualidade. Isso porque, à primeira vista, o direito antitruste e o direito da propriedade intelectual aparentam ser radicalmente opostos, ou seja, um tende a entrar em conflito de princípios com o outro: de um lado está a liberdade proporcionada pela livre concorrência e de outro a exclusividade garantida à propriedade intelectual. Desse modo, uma análise pouco profunda do tema traria a conclusão de que a relação entre os sistemas jurídicos é de exclusão; entretanto, pode-se perceber que essa visão é equivocada. Mais do que isso, pode-se ver que as legislações são complementares e, mediamente, perseguem um mesmo objetivo: a busca do bem estar e o incentivo à inovação. Portanto, existe, ou pelo menos deveria existir, harmonia entre as interpretações e aplicações tanto da defesa da concorrência quanto da proteção da propriedade intelectual, porque a essência da concorrência está, justamente, na inovação protegida pela propriedade intelectual.

ABSTRACT

Nowadays is the contact between antitrust and intellectual property laws a very complex aspect because, at first sight, antitrust and intellectual property seem to be radically the opposite, it means, they intend to conflict: there is on one side liberty provided by free competition and exclusivity guaranteed to intellectual property on the other. Thereby, a shallow analysis about it would conclude that the relationship between these juridical systems is exclusionary; however, throughout this essay it will be possible to perceive such perspective is perhaps wrong. Moreover, the legislations can be actually complementarities and, indirectly, can chase the same goal: search of welfare and innovation incentives. So, there is, or at least there should be, harmony between interpretations and applications of competition law and intellectual property protection, as the essence of competition is quite in innovation which is protected by intellectual property.

Palavras-chave: direito antitruste; defesa da concorrência; propriedade intelectual; incentivo à inovação; exclusão; complementariedade

1. Introdução

A interação entre a legislação de defesa da concorrência e a legislação de proteção da propriedade intelectual é, sem dúvida, pouco estudada pela doutrina brasileira¹. Porém, apesar da negligência, a discussão do tema é muito abordada em outras jurisdições. Inclusive, um dos aspectos mais complexos do direito antitruste é sua relação com a propriedade intelectual², ou seja, a sujeição ou não dos direitos imateriais às regras de proteção de um mercado saudável e competitivo. Essa relação sempre foi instável e problemática, porém, o conflito entre as legislações também sempre foi bastante exagerado e superestimado³.

A propriedade intelectual tende a entrar em um conflito de princípios com a concorrência, pois sua inerente exclusividade restringe a competição, justamente o que o direito antitruste quer proteger⁴. Desse modo, surge certa contradição entre os sistemas legais, que é de fácil percepção: de um lado encontra-se a liberdade proporcionada pelo princípio constitucional da livre concorrência e, de outro, a exclusividade já mencionada do direito de propriedade intelectual.

Assim, um exame pouco profundo do tema implicaria em dizer que a relação entre os sistemas jurídicos seria de exclusão; no entanto, esta impressão de que os objetivos da defesa da concorrência e da proteção da propriedade intelectual são contraditórios parece estar equivocada. Na realidade, “*verdadeiros conflitos entre o antitruste e os direitos de propriedade intelectual são raros.*”⁵

A relação entre a propriedade intelectual e o direito antitruste não precisa, necessariamente, ser antagonica. Por óbvio que o ideal é chegar ao equilíbrio, mas, como tema razoavelmente recente que é, “*o limite entre a proteção à concorrência e o estímulo à inovação ainda não foi inteiramente traçado*”.⁶ Isso porque, por um lado, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, e, por outro, restringe à livre concorrência, podendo facilmente gerar abusos.

Existe uma aparente tensão entre os regimes jurídicos porque, ao mesmo tempo em que um busca exclusividades temporárias, o outro fomenta a concorrência. Mas, na verdade, como veremos no decorrer deste trabalho, as legislações perseguem um mesmo escopo: a busca do bem estar e o incentivo à inovação, ainda que por meios diversos.

É de grande importância e pertinência, portanto, o estudo das implicações da intrínseca relação entre o antitruste e a propriedade intelectual. A relevância deste ensaio está, justamente, na pretensão de investigar a interface entre as legislações, assim como suas

1 “A discussão aqui tem sido menos intensa que em outros países, em razão do pequeno número de casos analisados, que talvez seja uma indicação da falta de importância das patentes como estratégia competitiva relevante e dos baixos investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre nós”. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, p. 123.

2 As referências feitas no trabalho sobre propriedade intelectual envolvem aqueles direitos de propriedade industrial protegidos pela Lei n. 9279/96 (patentes de invenção, de utilidade, registros de desenho industrial e de marcas), bem como os direitos de autor e de software.

3 HOVENKAMP, Herbert. The intellectual property-antitrust interface, p. 1979.

4 POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences, p. 3: “in general, even though the relation between intellectual property rights (IPRs) and competition policies – particularly antitrust – may be regarded as essentially compatible, it tends to present tensions and conflict zones. That is because intellectual property rights were created mainly to deter free imitation, which by definition constrains competition to some degree. Therefore, the economic function of intellectual property intrinsically restricts rights or freedoms at some level; and if such restraint is exercised in an anticompetitive way, it may be deemed an antitrust offence”.

5 Tradução livre: “true conflicts between antitrust and intellectual property rights are relatively rare”. HOVENKAMP, obra citada, p. 1979.

6 KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. In: MOREIRA, Egon Bockman; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Direito Concorrencial e Regulação Econômica, p. 130.

aparentes contradições. Adianta-se, desde já, que não é tarefa fácil encontrar um ponto de equilíbrio entre a manutenção da competição e a criação de incentivos à inovação⁷.

Evidentemente, levando-se em consideração a complexidade da causa, não se pretende exaurir os questionamentos e as dúvidas. O intuito é apresentar a situação de maneira clara e simples, fazendo com que o leitor almeje aprofundar ainda mais as discussões e estudos sobre a questão. Pretende-se estabelecer os pontos de encontro entre as duas legislações, com base em uma visão crítica e funcional do antitruste e da propriedade intelectual.

Por essa razão, serão abordadas preliminarmente noções introdutórias sobre a defesa da concorrência e da proteção à propriedade intelectual, as relações de exclusão e complementaridade dos institutos, a persecução de um objetivo comum e, por fim, a interface entre a liberdade proporcionada por um e a exclusividade inerente ao outro.

2. Direito da concorrência

O direito da concorrência, também conhecido como direito antitruste, exerce a função de garantidor do pleno funcionamento do mercado, impedindo o surgimento de situações permanentes de poder e a eliminação da concorrência. Isso porque, uma vez ausente a competição, o resultado inevitável é o total domínio do mercado, situação prejudicial aos consumidores e à sociedade.

A atuação antitruste é um modo de intervenção estatal na economia, sendo que a defesa da concorrência está presente principalmente em mercados cuja estrutura concorrencial possui tendências de eliminação da competição. No Brasil, a política de defesa da concorrência, basicamente, é um meio de repressão a atitudes consideradas abusivas e protege especialmente o interesse do consumidor, diferentemente do antitruste americano, por exemplo, que resguarda a concorrência liberal como estrutura⁸.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é formado pela (i) Secretaria de Direito Econômico (SDE), responsável primordialmente pelas investigações de ilícitos anticoncorrenciais e pela instrução dos processos; pela (ii) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cuja função é a análise econômica dos atos de concentração e dos respectivos mercados afetados; e pelo (iii) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que é o órgão julgador e exerce a função de tribunal administrativo, responsável pela decisão final a respeito dos ilícitos antitruste.⁹

A finalidade imediata do SBDC é a aplicação da legislação antitruste pátria (Lei n. 8884/94). Mediamente, o sistema visa à promoção e à manutenção de um mercado competitivo, por meio da prevenção e da repressão de condutas anticoncorrenciais. Ainda, possui como fim último o bem estar do consumidor e da sociedade, pois são esses os atingidos e prejudicados caso a concorrência seja suprimida.

Entretanto, não existe pacificação na doutrina a respeito disso, são diversas e constantes as discussões sobre qual o objetivo primordial da defesa da concorrência. No caso brasileiro não podia ser diferente: a doutrina passeia entre as preocupações da legislação antitruste, desde encorajar a concorrência e tutelar o mercado contra efeitos auto-destrutíveis¹⁰ até proteger institucionalmente o sistema competitivo como instrumento de defesa dos

7 Tradução livre: "to be sure, finding the right balance between maintaining competition and creating incentives to innovate is no easy task". HOVENKAMP, obra citada, p. 2006.

8 FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 114.

9 Para estudos da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, veja: FORGIONI, obra citada, p. 128-151.

10 FORGIONI, obra citada, p. 70-71.

consumidores. Inclusive, autores como Calixto Salomão Filho, Paula Forgioni e Isabel Vaz, por exemplo, possuem apreciações distintas sobre a questão.

Calixto Salomão Filho escolheu a regulamentação do poder econômico no mercado como objetivo central do direito da concorrência:

“se o direito concorrencial funciona como um corpo de regras mínimas de organização da ordem privada, que deve oferecer a seus agentes a possibilidade de livre escolha e, conseqüentemente, de descoberta da melhor opção de conduta, deve ele garantir, no mínimo, liberdade de escolha e máxima precisão possível das informações transmitidas”¹¹.

Por sua vez, Paula A. Forgioni destaca o caráter instrumental do antitruste e o define como *“técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”¹².*

Já para Isabel Vaz, o direito da concorrência indica *“o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”¹³.*

Enfim, sendo a concorrência um instrumento, sendo um fim a se alcançar, o que importa é que os consumidores são extremamente beneficiados com a defesa desse instituto. Sabe-se que

“o ideal do sistema econômico é o mercado em que prevalece a competição perfeita, (...) que é aquela em que, dada a existência de um grande número de produtores e de consumidores, nenhum deles tem o poder de manipular preços em detrimento do consumidor final”¹⁴.

E, apesar da dificuldade natural da existência de um sistema perfeito como esse, as autoridades antitruste buscam permanentemente a manutenção da competição, inibindo práticas lesivas à concorrência.

3. Direito da Propriedade Intelectual

A propriedade intelectual agrega a proteção dos bens incorpóreos passíveis de apropriação humana. De acordo com a doutrina clássica, pode ser dividida em direito da propriedade industrial e direito autoral¹⁵, sendo que o primeiro protege as criações inventivas voltadas à indústria e o segundo tutela a atividade inventiva no ambiente cultural.

A propriedade industrial compreende as patentes de invenção, de modelo de utilidade, o desenho industrial, as marcas de produtos ou serviços, e o nome empresarial. No Brasil, existe legislação específica que protege ambos os direitos: a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9279/96) e a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis (Lei n. 8934/94).

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas, p. 60.

¹² FORGIONI, obra citada, p. 88.

¹³ VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência, p. 243.

¹⁴ GALVÊAS, Emrane. O direito da concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei n. 8884/94 e estudos doutrinários, p. 43.

¹⁵ VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades, p. 427.

Por conseguinte, a propriedade autoral envolve as obras artísticas, literárias e científicas em geral, assim como os softwares (programas de computador). Essa espécie também é tutelada juridicamente e regida por legislação específica: a Lei de Direito Autoral (Lei n. 9610/98) e a Lei do Software (Lei n. 9609/98).

Apesar da divisão da doutrina, para fins deste trabalho será usada a nomenclatura “propriedade intelectual” como gênero, fazendo menção a todo e qualquer tipo de propriedade imaterial, seja ela considerada pela legislação propriedade intelectual *strictu sensu* ou propriedade industrial.

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é vista como a grande proteção do agente econômico contra a força da concorrência, uma vez que, juntamente com sua proteção, é concedida a garantia do monopólio de exploração. O direito imaterial protegido é um privilégio que tende a diminuir o grau de concorrência em determinado setor, restringindo a livre iniciativa e a livre concorrência. Isso, porém, como forma de recompensa ao criador da inovação e de incentivo ao desenvolvimento tecnológico da nação.

Por mais que haja restrições a liberdades, existe grande relevância na proteção dos direitos de propriedade intelectual, que está principalmente no fato de apresentarem valor econômico e poderem ser consumidos por terceiros sem que haja perda de seu valor agregado. Isso significa dizer que, em tese, há sempre consumidores dispostos a pagar determinada quantia por esses bens e que os custos de reprodução desses direitos são baixos, de modo que podem ser facilmente copiados e apropriados.¹⁶ Por essas razões, basicamente, é que os bens imateriais exigem proteção.

Entretanto, não obstante haver uma ambigüidade na proteção da propriedade intelectual, posto que, ao mesmo tempo, incentiva e restringe, essa proteção constitui estímulo à inovação e à concorrência, por mais incrível que pareça. O direito da propriedade intelectual, na verdade, incentiva porque restringe¹⁷: protege a invenção e assegura, por um tempo, sua exploração exclusiva, com a finalidade de incentivar investimentos em pesquisa e inovação.

Por fim, percebe-se que servir de estímulo ao investimento em inovação e de instrumento para o desenvolvimento econômico e social é muito mais proveitoso para a coletividade do que para o indivíduo. Ou seja, a propriedade intelectual não representa apenas um instrumento de garantia privada, mas também cumpre deveres com o interesse público.

4. Exclusão ou complementariedade?

A Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9279/96) representa uma tutela individual, protegendo o concorrente. Por sua vez, Lei Antitruste (Lei n. 8884/94) protege toda a sociedade, exercendo uma tutela coletiva por meio da defesa da concorrência.

À primeira vista, portanto, o direito antitruste e o direito da propriedade intelectual são radicalmente opostos, vez que a finalidade imediata daquele é garantir a livre concorrência, enquanto que este almeja estimular as inovações por meio da concessão de monopólios. No entanto, uma análise mais detida sobre o tema pode concluir que ambos são “*instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados e, conseqüentemente, promover o bem estar social.*”¹⁸

¹⁶ ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos da propriedade intelectual, p. 170.

¹⁷ POSSA e MELLO, obra citada, p. 36: “protecting the right is an incentive *because* it is restrictive”.

¹⁸ CUEVA, obra citada, p. 121.

Os direitos de propriedade intelectual são protegidos por uma razão econômica¹⁹, de modo que se assemelham a monopólios temporários. Ou seja, se sustentam em dois fundamentos: proporcionam incentivos à inovação e impedem que terceiros se apropriem dessa inovação. Todo trabalho intelectual despense tempo e investimentos, e o reconhecimento do valor econômico aos bens imateriais se mostra essencial para o incentivo e a continuidade da pesquisa científica, imprescindível ao desenvolvimento econômico e social.

Com o intuito, então, de premiar esse esforço intelectual, a lei outorga aos criadores o monopólio provisório de sua exploração, como incentivo à pesquisa. Caso não houvesse esse retorno econômico, o benefício seria apenas social, de modo que certamente não existiria o mesmo interesse das instituições em promover a pesquisa.

Entretanto, na ótica concorrencial, a concessão de direitos de propriedade intelectual configuraria uma exceção, justamente por gerar monopólios legais. Mas, ao contrário dos monopólios ordinários, os monopólios “concedidos” por meio da proteção da propriedade intelectual não tiram nada da sociedade, mas, pelo contrário, fornecem algo antes inexistente. Se não for assegurada essa exclusividade, alguém pode aproveitar os frutos econômicos de invenções alheias para se beneficiar da exploração irrestrita e desregulada, em detrimento de quem custeou ou criou a pesquisa.

Assim, de um lado, a propriedade intelectual limita temporalmente o número de concorrentes em determinado mercado relevante²⁰, ou seja, exclui terceiros da exploração de um mesmo objeto, mas também estimula investimentos em pesquisa com o intuito de criar novas tecnologias, e, na medida em que o faz, torna-se o motor da concorrência. Isso implica dizer que os benefícios sociais são verificados em longo prazo²¹. Nessa linha, acredita Luiz Otávio Pimentel que:

“nos países onde há proteção aos direitos intelectuais, a tendência é de progresso, pois geralmente a imitação tem como ponto de partida o conhecimento disponível, ao passo que, não havendo proteção legal, pode-se partir para a cópia pura e simples”²².

Evidente, portanto, é a função da propriedade intelectual de reembolsar ou compensar os investimentos em pesquisa. Com a finalidade de fomentar os investimentos de tempo e de recursos, o Poder Público assume a necessidade de sacrificar em curto prazo a concorrência para permitir o surgimento de novas tecnologias. Nesse sentido é que o “*monopólio legal conferido às criações é garantia do reconhecimento e do retorno financeiro ao trabalho inventivo realizado e, ademais, fomento para a inovação.*”²³

Entre os regimes jurídicos da propriedade intelectual e do antitruste não existe conflito de princípios, pois tanto um quanto o outro almeja o incentivo à inovação. Há, na verdade, uma harmonia, porque a essência da concorrência está, exatamente, na inovação. Há uma convergência de princípios, pois ambos buscam a proteger essa inovação. As leis tratam

19 COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. Law and Economics, p. 128. Citados em ROSENBERG, obra citada, p. 171: “the owner of an idea has the right to exclude others from using it. (...) Patents are a temporary monopoly that reward invention and impede dissemination”.

20 “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. (...) Para a delimitação do mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto. (...) Identifica-se o mercado geográfico como o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. (...) O mercado do produto é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, obra citada, p. 210, 211, 213 e 218).

21 POSSAS e MELLO, obra citada, p. 37: “intellectual property restrains competition, in an immediate sense, but it is destined to promote it in the long run.”

22 PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito industrial: aspectos introdutórios, p. 47.

23 SCUDELER, Marcelo Augusto. A função social da propriedade industrial. In: Victor Hugo Tejerina (Organ.). Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento, p. 39.

de temas diferentes, mas não são antagônicas, uma legislação não prevalece sobre a outra, dependendo sua aplicação da análise do caso concreto.

A restrição à concorrência é realmente um problema, porém o incentivo à inovação é um grande benefício. Deve-se, então, colocar na balança a relação custo-benefício. A anticompetitividade não é intrínseca à propriedade intelectual, a detenção de poder de mercado não é um ilícito *per se*, apenas é capaz de gerar um risco anticompetitivo.

O privilégio de exploração garantido pela Constituição, portanto, não estaria em contrariedade ao postulado, também constitucional, da livre concorrência. Pelo contrário, há uma clara complementaridade entre ambos. A propriedade intelectual deve ser caracterizada como forma de uso social da propriedade: como mecanismo de restrição à liberdade de concorrência que é, deve ser usada de acordo com sua finalidade, ou seja, enquanto socialmente justa. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior,

“não há incompatibilidade, mas sim adequação sistemática entre os direitos garantidos no inciso XXIX do art. 5º da CF e o princípio da livre concorrência, bem como à vedação das formas de abuso do poder econômico”²⁴.

Assim, não há conflito entre direito antitruste e direito da propriedade intelectual. As normas devem ser interpretadas não de maneira excludente, mas cada qual em um campo de atuação, de acordo com suas finalidades, de modo a se ajustarem às peculiaridades umas das outras, em uma relação de complementaridade e coerência.²⁵

Nesse sentido é o posicionamento do Conselheiro do CADE, Carlos Ragazzo, como se pode perceber em trecho de voto proferido em averiguação preliminar:

“os direitos de propriedade industrial são, nitidamente, complementares ao direito da concorrência. O direito antitruste reconhece o papel da diferenciação e da inovação como fortes componentes competitivos (...). Assim, não há dúvida de que os direitos de propriedade industrial são aliados extremamente importantes na manutenção e fomento da concorrência. Por outro lado, preservar os incentivos à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos e serviços em um mercado é uma meta fundamental das políticas de concorrência, que nesse sentido também contribuem fortemente para que os agentes de um mercado compitam por inovações. Tais como outros, porém, tais direitos, por vezes, podem colidir. (...) direitos de propriedade intelectual, à primeira vista, podem, de fato, em alguns casos, obstar ou enfraquecer a concorrência em um dado mercado. (...) o direito antitruste dispõe-se a aceitar essa aparente e temporária restrição à concorrência do ponto de vista estático, que em curto prazo pode até mesmo causar diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores, em favor de uma eficiência dinâmica, que em longo prazo aumentará a competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, em favor do desenvolvimento econômico e dos consumidores”²⁶.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade industrial em defesa da concorrência. In: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, p. 11.

²⁵ BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação, p. 93-94.

²⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Relatoria da **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**, p. 10-11.

Considerando os efeitos em longo prazo, é inafastável, portanto, a conclusão de que não há qualquer relação de exclusão, ou mesmo tensão entre o direito da concorrência e a proteção à propriedade intelectual. A relação é de complementaridade, já que as Leis n. 8.884/94 e n. 9.279/96 apresentam-se harmônicas e integradas.

5. Objetivo Comum

O direito da propriedade intelectual deve ser interpretado em consonância com o direito antitruste, segundo os ensinamentos de Paula Forgioni²⁷. Dessa maneira, existem muito mais conexões entre a proteção da propriedade intelectual e a manutenção da concorrência do que contradições. Porém, uma visão mais tradicionalista mostra que não haveria apenas diversidade entre ambas. Mais do que isso, haveria um verdadeiro antagonismo: uma como legítima declaração da liberdade, e a outra como genuína garantia da exclusividade.

No entanto, se interpretada por meio de sua função social, a propriedade intelectual não fere a livre concorrência. Pelo contrário, sua existência é imprescindível no sentido de fomentar as invenções e as inovações. As legislações de defesa da concorrência e de proteção da propriedade intelectual, aparentemente em contradição, possuem, na verdade, objetivos em comum²⁸: proteger mercados competitivos, manter a eficiência econômica, promover o bem estar dos consumidores.²⁹

Depreende-se da legislação brasileira que a proteção da propriedade intelectual não visa a beneficiar o agente econômico, mas a fomentar as inovações e o desenvolvimento. O fortalecimento dessa proteção gera maiores investimentos em pesquisa. Ou seja, para que os preceitos constitucionais sejam concretizados, é preciso encarar a concessão de direitos de propriedade intelectual como instrumento concorrencial.

Assim, tanto a livre concorrência como a propriedade intelectual são elementos de proteção da coletividade, em busca do bem estar, deixando de apoiar a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico. O caráter público da propriedade intelectual deve ser destacado: o direito pertence ao inventor apenas por determinado tempo, após o qual é disponibilizado à coletividade. Ademais, a ausência de um sistema que reconhecesse e protegesse a atividade criativa proporcionaria, evidentemente, uma grande perda da capacidade de inovação.

Uma perspectiva complementar entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual mostra, principalmente, uma ligação da propriedade imaterial ao interesse público, o que decorre de mudanças importantes na concepção desses institutos. Nesse sentido, o direito conferido ao titular recai sobre o produto da criação e não sobre o ato de criar, de modo que não impede o ato criativo de outros agentes. Assim prega Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“o ato de inventar a máquina não se confunde com a invenção nem esta com sua materialidade; a proteção de um direito intelectual (...) não é a proteção de um direito de monopólio limitado, isto é, de uma atividade, mas de uma criação intelectual objetiva, de uma propriedade”³⁰.

²⁷ FORGIONI, obra citada, p. 342.

²⁸ POSSAS e MELLO, obra citada, p. 11: “*conflict zones notwithstanding, the ultimate goals of both antitrust and IPR protection are convergent, and not contradictory: they both aim to promote competitive and innovative conditions in the economical environment capable of increasing its efficiency*”.

²⁹ MATSUURA, Lilian. A livre concorrência e a propriedade intelectual andam juntas, p. 4.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borda. Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger, p. 501.

A concorrência, cada vez mais, deixa de ser argumento de defesa privada de concorrentes para se tornar instrumento de política econômica³¹. Pode-se dizer, então, que o caráter instrumental da propriedade intelectual de cumprir com sua função social está conectado ao fato de o direito antitruste não só almejar, mas efetivamente promover políticas públicas. Tornam-se, assim, a proteção à propriedade intelectual e o direito da concorrência instrumentos de persecução mediata do mesmo objetivo: interesse social, desenvolvimento econômico e tecnológico, bem estar dos consumidores.

Com esse viés, Calixto Salomão Filho ensina que “antes que uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação.”³² Portanto, o sistema de proteção à propriedade intelectual se conecta de forma clara e firme à defesa da concorrência e aos princípios da ordem econômica constitucional.

A Lei de Propriedade Industrial tem como objetivos o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, vislumbrados pela série de requisitos para a concessão do direito de exclusividade e, ainda, pela previsão de sua perda em casos de violação ao interesse e à função social. Nesse mesmo sentido, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios constitucionais de livre concorrência, livre iniciativa, função social, defesa dos consumidores, dentre outros.

Naturalmente, a proteção excessiva da propriedade intelectual pode retardar ou mesmo dizimar a inovação. Ou seja, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção da propriedade intelectual e a proteção da concorrência; não se pode simplesmente negar as concessões de propriedade intelectual, nem mesmo concedê-las irrestritamente.

O direito antitruste e o direito de propriedade intelectual são sistemas separados de regulamentação que possuem o mesmo objetivo de promover a eficiência no mercado, porém, muitas vezes, entram em conflito entre si. E, nesse caso, os valores envolvidos devem ser observados e ponderados, evitando uma sobreposição exagerada de uma área sobre a outra.³³

O grande paradoxo é que a concorrência não é o contrário de monopólio, já que ambos ocupam apenas posições antagônicas em linha estática; mas, na verdade, monopólio é o resultado da concorrência, afinal, uma inovação bem sucedida se torna um monopólio temporário. É uma enorme ilusão achar que os monopólios vão se acabar com o incentivo à concorrência.

De acordo com Maristela Basso, muitas agências e tribunais administrativos partem de pressupostos econômicos errôneos quando analisam a relação ou mesmo a aparente contradição entre a concorrência e a propriedade intelectual. E o pior de todos os equívocos é, para a autora, a premissa de que o direito de propriedade intelectual concede um monopólio ao titular do direito:

“a lei faz essa ‘presunção’ apenas ao igualar a unicidade requerida para justificar o direito de propriedade intelectual conferido na criação à ‘unicidade suficiente para obter poder de exclusividade de gozo de direitos’ em dado mercado”³⁴.

31 FORGIONI, obra citada, p. 34.

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas, p. 132.

33 BASSO, obra citada, p. 81.

34 BASSO, obra citada, p. 83.

Isso quer significar que, sob uma perspectiva estritamente econômica, não existiria relação direta entre monopólio e poder de mercado.

Seguindo o mesmo viés, os direitos de propriedade intelectual concedem o direito de impedir que terceiros copiem e usem determinado produto registrado. Ou seja, excluem outros de tomarem certas atitudes em determinado mercado, o que significa ser impossível excluir um concorrente do mercado se este não infringir direitos de outrem.

Assim, “concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos imateriais protegidos”³⁵, de modo que nem sempre seria correto presumir que um direito de propriedade intelectual resultaria em monopólio. À luz do sistema econômico, é possível afirmar que as leis de propriedade industrial, *a priori*, não conferem aos titulares dos direitos poder de mercado.

Do mesmo modo, é uma falácia afirmar que o direito concorrencial é o único a tutelar os interesses públicos, pois o direito de propriedade intelectual também não é meramente privativo e atende funções específicas de criação e recriação de tecnologias em prol da sociedade.

Não há dúvida de que a propriedade intelectual e o direito da concorrência compartilham o propósito comum de assegurar os níveis de inovação nos mercados e a proteção do consumidor. O primeiro oferece incentivos à inovação, enquanto que o segundo promove a inovação e o bem estar do consumidor a partir da proibição de condutas restritivas à concorrência, buscando também uma política preventiva.

Parece, portanto, que o equilíbrio adequado entre os dois domínios normativos esteja em um denominador comum, que é essencialmente o objetivo de assegurar a concorrência nos mercados a partir dos incentivos envolvendo a atividade inovadora e criativa pelos agentes econômicos.

6. Conclusões

O ensaio aqui desenvolvido, ainda que diminuto face à complexidade envolvida pela problemática da relação entre a propriedade intelectual e a defesa da concorrência, procurou singelamente demonstrar que um não está em desacordo com o outro, como à primeira vista é de se pensar. Muito pelo contrário, ambos estão em relação de consonância e complementaridade.

Como se viu ao longo do trabalho, no que tange à livre concorrência, o direito de propriedade intelectual propulsiona a concorrência dinâmica, com benefícios sociais em longo prazo, já que se completa com o direito antitruste, cujo fim é coibir as condutas anticoncorrenciais e abusivas. E mesmo que os custos sociais da proteção à propriedade intelectual sejam significativos e relevantes no início, a tendência é que sejam gradativamente diminuídos, de modo a fomentar, inclusive, o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. No que tange ao direito de propriedade intelectual, ao Estado interessa as inovações tecnológicas para aumentar o nível de desenvolvimento do país, e, em contrapartida, o decorrente monopólio de exploração é de interesse privado, pelo menos imediatamente. Desse modo, a tutela contempla tanto interesses públicos quanto privados.

35 BASSO, obra citada, p. 83.

Observou-se, ainda, que a concessão da exclusividade na exploração de direitos de propriedade intelectual apresenta inúmeros inconvenientes e efeitos negativos, pois, visando a promover e a fomentar a produção de inventos, limita paradoxalmente sua difusão. Essa exclusividade é justamente característica do sistema de propriedade intelectual, mas pode levar ao abuso de práticas anticoncorrenciais, contrariando o direito antitruste.

Assim, a propriedade intelectual é uma exceção ao princípio fundamental da livre concorrência. Porém, a restrição ao princípio se justifica porque, ao mesmo tempo em que incrementa a situação de seu titular, aumenta o incentivo geral de inovar, implicando em benefícios para a sociedade.

Não há legislação específica que tutele a interconexão entre a propriedade intelectual e o direito antitruste. Entretanto, no contexto contemporâneo, o exercício dos direitos da propriedade intelectual no Brasil não está imune à proteção da concorrência, principalmente tendo em vista a função social a que está vinculado.

Os abusos do direito da propriedade intelectual e as infrações à livre concorrência são vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicadas disposições tanto da legislação antitruste como das leis de propriedade intelectual. Os titulares de direitos exclusivos precisam atentar aos limites de suas funções econômica e social. Os direitos imateriais se tornam, assim, instrumentos concorrenciais, sob pena de a atitude configurar infração à ordem econômica.

Finalmente, pode-se assegurar que as contradições entre as legislações de defesa da concorrência e de proteção da propriedade intelectual são apenas aparentes e superficiais, porque, uma vez devidamente interpretadas à luz da constituição, são muito mais complementares do que conflitantes. Os conceitos clássicos e tradicionais não mais se enquadram por completo ao contexto contemporâneo, o que comprova que cada vez mais os institutos devem ser interpretados com olhares críticos e interrogatórios. Só assim é possível responder às dúvidas que surgem constantemente na interpretação do ordenamento pátrio.

7. Referências

Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51 entre Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda.

BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. In: Revista do IBRAC. Doutrina, Jurisprudência, Legislação. Vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Propriedade industrial em defesa da concorrência. In: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ABPI, 1993, n. 8.

_____. Propriedade Industrial e Defesa da Concorrência. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Macelo; CASELLA, Paulo Borda. Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALVÊAS, Ernane. O direito da concorrência. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à lei n. 8884/94 e estudos doutrinários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

HOVENKAMP, Herbert. The intellectual property-antitrust interface. The University Of Iowa College of Law, número 08-46, 2008.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Análise da recusa de licenciar no âmbito do Direito Antitruste. In: MOREIRA, Egon Bockman; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Direito Concorrencial e Regulação Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MATSUURA, Lilian. A livre concorrência e a propriedade intelectual andam juntas. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-mai-10/livre_concorrencia_propriedade_intelectual_andam_juntas. Acesso em 06/12/10.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito industrial: aspectos introdutórios. Chapecó: Unodesc, 1994.

POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Antitrust and intellectual property: conflicts and convergences. Instituto de Economia da UFRJ, 2011 (artigo disponibilizado em palestra do Programa de Intercâmbio do CADE em 28/01/11, ainda não publicado).

ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos da propriedade intelectual. São Paulo: Singular, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SCUDELER, Marcelo Augusto. A função social da propriedade industrial. In: Victor Hugo Tejerina (Organ.). Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento. Piracicaba: Equilíbrio, 2007.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Direito Econômico das Propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DOUTRINAS

Conduas anticoncorrenciais tuteladas por
órgãos reguladores

CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS TUTELADAS POR ÓRGÃOS REGULADORES

Mariana Almeida Kato

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
Graduanda do 4º ano da Faculdade de Direito da UFPR.
E-mail: mariana.kato@yahoo.com.br

1. Introdução. 2. Regulação e Concorrência. 2.1. Espécies de Regulação. 2.2. Regulação Geral e Regulação Setorial. 3. Possíveis Combinações. 3.1 Complementaridade. 3.2. Imunidades. 4. Problemática: A autorização ou o mandamento do órgão regulador para a prática de um ilícito concorrencial isenta o particular de ser punido pela autoridade concorrencial? 4.1. Competência do CADE. 4.2. Segurança Jurídica. 5. Conclusões. 6. Referências

RESUMO

O tema das diferenças e intercâmbios possíveis entre regulação e concorrência é objeto de inúmeras discussões. A prática do direito concorrencial, já naturalmente complexo, torna-se nestes casos ainda mais difícil, especialmente pela possibilidade de sobre o mesmo tema existirem diretivas e decisões contrárias dos órgãos reguladores e concorrenciais.

ABSTRACT

The issue of possible differences and exchanges between regulation and competition is object of numerous discussions. The practice of the competition law, already complex by nature, becomes even harder in these cases, specially because of the possibility to exist on the same subject conflicting decions by the regulators and the competition agencies.

Palavras-chave: Regulação e concorrência; atuação órgãos reguladores; imunidades; competência CADE.

1. Introdução

O direito concorrencial, já complexo por natureza, é ainda envolto por uma questão de fundo que torna sua prática ainda mais árdua: a convivência com modelos de intervenção estatal na economia que tem para si outros objetivos, que não somente a defesa da concorrência. O resultado são as inúmeras controvérsias a respeito da melhor forma de coordenação entre os órgãos reguladores setoriais e o órgão concorrencial. E a discussão adquire ainda mais relevância se considerada a importância que tais agentes públicos têm assumido no atual contexto econômico.

O presente trabalho busca, a partir destas discussões, verificar o arranjo adequado para atuação de cada regulador. Assim, encontra-se dividido em três partes. A primeira dedica-se à análise da regulação, suas diferentes manifestações ou vetores. Ao seu passo, a segunda verifica as duas possíveis combinações entre a regulação setorial e a concorrência identificadas pela doutrina: a complementaridade e a imunidade. Por fim, a terceira dedica-se à viabilidade do CADE analisar atos e condutas tuteladas por agentes reguladores e contrários à concorrência, sobre o aspecto não só da competência, mas da segurança jurídica que deve ser garantida aos particulares.

2. Regulação e Concorrência

2.1. Espécies de Regulação

Em uma acepção mais ampla, a regulação consiste na intervenção do Estado na economia, que pode se dar através dos mais diversos instrumentos. Por esse motivo, tanto a atuação do CADE, quanto a das agências reguladoras são consideradas formas de regulação estatal da economia.

A roupagem que a regulação adquire depende do grau de intensidade e extensão da intervenção, que por sua vez decorrem das características do mercado, do comportamento de seus agentes e dos interesses públicos colocados em jogo. Assim, será maior nos casos de atuação das agências reguladoras, como a ANEEL e a ANATEL, e menor nos casos de intervenções mais pontuais, como as do CADE que condicionam o exercício de determinada atividade econômica ao cumprimento de determinados requisitos legais.

Não se pode, porém, confundir o gênero com a espécie. Regulação é gênero – e aí se inserem todos os moldes: regulação geral (na qual se inserem o antitruste e a defesa do consumidor) e regulação setorial (na qual se inserem as políticas públicas de incentivos e subvenções e as agências reguladoras) que são espécies (MARQUES NETO, 2002, p. 72).

2.2. Regulação Geral e Regulação Setorial

Ainda que a finalidade última desses dois modelos regulatórios seja a mesma – regulação econômica para suprir determinadas falhas de mercado, há diferenças substanciais que devem ser consideradas para análise da atuação de cada um dos órgãos. Conforme afirma Pedro Dutra:

“Embora a defesa da livre concorrência e a regulação econômica persigam no ordenamento jurídico brasileiro a mesma finalidade primária – reprimir e prevenir o abuso do poder econômico nos mercados de bens e serviços – e assim sejam conceitos complementares no plano doutrinário e integrem um mesmo subsistema normativo (a disciplina legal da ordem econômica), elas não se confundem”. (DUTRA, 2003, p. 285).

O regulador setorial visa implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc. Ou seja, ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. Conforme afirma Marie-Anne Frison-Roche trata-se de *“construir e de manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes pela sua própria força.”* (FRISON-ROCHE, 2005, p. 201)

Para tanto, utiliza-se de normas setoriais que condicionam o comportamento dos agentes econômicos. A atuação é essencialmente *ex ante* – no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado -, e complementarmente *ex post* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas.

Assim, a atuação do regulador setorial é sempre contínua, porque o funcionamento regular do mercado depende da instituição e preservação das condições de mercado por ele implantadas.

Por sua vez, o núcleo de atuação do regulador geral é bastante diverso. O objeto de tutela direto e imediato é a defesa da concorrência, através da repressão de comportamentos anticoncorrenciais e controle de atos de concentração que possam prejudicar a concorrência no mercado. O regulador geral visa não substituir os mecanismos naturais do mercado, mas corrigi-los, impedindo que se estabeleçam ou permaneçam condições irregulares. Neste sentido, Gesner Oliveira e Joao Grandino Rodas afirmam o seguinte:

“A defesa da concorrência visaria assegurar a proteção dos mecanismos de mercado. Em contraste, a regulação tradicional teria como objetivo substituir esses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis. A defesa da concorrência tem, portanto, caráter mais geral do que a regulação. Esta última deveria existir, em princípio, quando houvesse uma falha de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental, ou da falha de Estado.” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 137)

A atuação do regulador geral é *ex post*, ou seja, é reacionária. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrencias, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise.

Neste sentido, a regulação geral é mais comum – não só pela desnecessidade de uma intervenção mais intensa, como também pela própria inviabilidade de existirem reguladores setoriais para todos setores econômico. Cabe, assim, a assertiva de Pedro Dutra:

“Há, portanto, mercados em que a livre concorrência pode ser alcançada razoavelmente, aplicada a regra geral de repressão e prevenção a abuso de poder econômico – e estes são a maioria dos mercados – e há os mercados – em número reduzido, mas significativos em termos sociais e econômicos – que necessitam regulação especial, pois a estrutura deles é hostil à livre concorrência, e por tal razão neles a prevenção ao abuso do poder econômico deve se dar liminarmente por meio da ação permanente de órgão da administração pública – órgão regulador – ação que, somada a ações diretoras também atribuídas a este órgão promover é o meio mais eficiente e isento de se promover nesses mercados a livre concorrência”. (DUTRA, 2003, p. 283.)

Dessas diferenças o porquê de Floriano de Azevedo Marques Neto concluir que “a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência (...) variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos).” (MARQUES NETO, 2002, p. 76). É exatamente essa relação, combinação entre a regulação geral – anticoncorrencial e a setorial – atividades específicas, que o presente trabalho se propõe a tratar.

3. Possíveis Combinações

3.1. Complementaridade

A controvérsia entre os vetores regulatórios reside, contudo, nos casos em que há aparentemente um conflito entre a regulação setorial e a regulação geral. Segundo afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, há duas possíveis compreensões acerca do relacionamento entre essas duas figuras: a unidimensional e a bidimensional.

Na primeira hipótese, há uma preferência da incidência da regulação setorial, cabendo à regulação geral a atuação nos demais espaços não sujeitos à regulação específica. Como afirma, “*nesta linha de concepção, a regulação setorial elidiria a regulação geral de proteção do consumidor e da competição, haja vista que tais pautas protetivas já estariam compreendidas no arcabouço normativo e regulatório aplicável ao setor.*” (MARQUES NETO, 2002, p. 99). Assim, à regulação macro a competência seria meramente residual: incidiria apenas naqueles espaços não abrangidos pela regulação setorial.

Na segunda hipótese, as duas formas de regulação, embora distintas, se entrecruzam, trabalham conjuntamente, coordenadamente, e não se excluem como na visão anterior. Neste caso, determinados setores podem ou não estar sujeitos à regulação setorial, contudo, necessariamente estarão sempre sujeitos à regulação geral.

“Baseia-se esta linha no fato de que, se existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em reger o uso do bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor, etc), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica”. (MARQUES NETO, 2002, p. 100)

Ao que parece, a compreensão mais adequada ao nosso sistema é a bidimensional. Uma visão unidimensional relega o papel do CADE a um segundo plano, o que contribuiria para reduzir sua efetividade como órgão protetivo da concorrência. A segunda visão, por outro lado, não só fortalece o papel da instituição do CADE, como também confere uma maior aplicabilidade e eficácia aos dispositivos da ordem econômica previstos e consagrados constitucionalmente.

A existência de uma regulação específica não é garantia da inexistência de lacunas que, inevitavelmente, ao conferirem maior grau de liberdade ao particular, possibilitam o exercício de condutas anticompetitivas. Além disso, ainda que a regulação setorial possa, em determinados casos, substituir a livre concorrência em determinado setor, como já visto no item anterior, o escopo de atuação é absolutamente diverso. O objetivo primário da regulação concorrencial não é a proteção da concorrência. Ainda que seja pautada pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal de proteção à concorrência, o exercício e a observância desses aspectos é muito mais genérico – o que se comprova inclusive pela falta de expertise do corpo técnico destinado à regulação setorial.

É exatamente a combinação desses dois aspectos – (i) lacunas deixadas pela regulação para prática de condutas anticompetitivas pelos agentes do mercado e (ii) ausência de competência específicas para os órgãos reguladores atuarem em defesa da concorrência – que permitem a atuação do CADE na análise de atos de concentração e condutas envolvendo agentes que atuam em mercados regulados em uma relação de complementariedade. Há, neste sentido, entendimento do CADE nos seguintes termos:

*“Antes de adentrar a questão de fundo, é indispensável deixar claro que, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pela lei, não há qualquer conflito entre este CADE e a ANTAQ, a agência reguladora setorial. Não há cogitar, na espécie, de conflito de competências entre as instituições, nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inequívoca relação de complementariedade, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem”.*¹

*“No que concerne à eventual invasão do CADE de competência regulatória pertencente à ANATEL a questão é mais delicada. Isto porquanto é possível, ao menos em tese, vislumbrar situações nas quais pode haver certa justaposição entre a função regulatória e a função judicante da autoridade antitruste. Neste passo, concordo com o Parecer do professor de Carlos Ari Sundfeld acostado aos autos, quando este afirma que ‘a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia’(…), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor”.*²

Não é demais também mencionar que a Lei 8.884/94 submete ao controle da autoridade concorrencial todos os atos e condutas que gerem ou possam gerar efeitos anticoncorrenciais, o que impede que haja uma relação de exclusão ou de sobreposição entre os reguladores. Sobre o tema, o CADE já se manifestou no mesmo sentido:

¹ Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17. Cons. Ricardo Villas-Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

² Ato de Concentração nº 53500.001990/2000. Cons. Ronaldo Porto Macedo Jr. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

“(...) os órgãos de regulação setorial tampouco poderiam exercer as funções próprias do CADE. Tal se dá, menos pela falta de expertise específica, (uma vez que é admissível presumir que também outros organismos altamente capacitados e especializados poderiam desempenhar tal função), mas sobretudo em razão da falta de previsão legal para tanto, uma vez que a Lei n.º 8884/94 comete tal função com exclusividade ao CADE”.³

Em trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, intitulado de *“Relationship between Regulators and Competition Authorities”* a conclusão sobre a atuação da autoridade concorrencial nos mercados regulados é a mesma:

“Because competition agencies appear to have a comparative advantage over regulators when it comes to enforcing prohibitions of anticompetitive behaviour and reviewing mergers, such agencies should have exclusive jurisdiction in those domains, or at least retain concurrent jurisdiction along with a regulator”.⁴

Por esses aspectos que se afirma que *“regulação setorial e geral não se confundem, muito menos se excluem. Interpenetram-se e calibram-se, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas.”* (MARQUES NETO, 2002, p. 100). Assim, o conflito é meramente aparente. Os modelos de regulação não se conflitam, não se sobrepõe, mas se complementam.

3.2. Imunidades

Ainda que excepcionalmente, há hipóteses em que os modelos regulatórios não se coordenam. São os casos das imunidades ou isenções concorrenciais. Constitucionalmente, há uma única hipótese prevista, que é a dos casos envolvendo planejamento econômico impositivo, pois este estabelece os meios e os fins da atividade econômica. Salvo este caso, não há imunidade. Conforme afirma Calixto Salomão Filho:

“A Lei 8.884/94, em seu art. 15, expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Essa disposição corresponde ao desejo – expressamente declarado pelos autores do projeto – de submete ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre empresas, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 173)

Tal situação faz com que a não aplicação da legislação antitruste só possa ser admitida em situações excepcionais, como dispõe o mesmo autor:

3 Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Cons. Ronaldo Porto Macedo Junior. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 18/02/2011.

4 Tradução da autora: *“Porque as agências de concorrência parecem ter uma vantagem comparativa sobre as entidades reguladoras, quando se trata de impor proibições à condutas anticompetitivas e apreciar atos de concentração, essas agências devem ter competência exclusiva sobre esses temas, ou ao menos manter a competência concorrente com o regulador.”* Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>. 18/02/2011.

“É preciso ou que a lei expressamente manifeste intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou, então, que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa – basicamente, preço e quantidade produzida –, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição” ou nas hipóteses em que “o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente seu cumprimento pelos particulares – ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 175-177).

Sobre o tema, a doutrina norte americana consagrou duas teorias aplicáveis: as chamadas *State Action Doctrine* ou Teoria da Ação Política e a *Pervasive Power Doctrine* ou Teoria do Poder Amplo.

No primeiro caso é necessária que a atuação do órgão regulador seja decorrente de uma política expressa de substituição da concorrência pela regulação. Não basta, portanto, a previsão legal para atuação dos órgãos reguladores segundo determinadas diretrizes e princípios concorrenciais. A idéia de substituição, conforme tratado anteriormente, deve ser clara e ainda acompanhada de uma “*supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.*” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 131). Tal hipótese, no sistema brasileiro, é verificada apenas no caso de concessão de serviço público, pois apenas esta permitiria verificar a idéia de substituição e supervisão (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 132).

No segundo caso, o poder do órgão regulador ou é extenso o suficiente para afastar a competência concorrencial ou é profundo o suficiente para tanto. O afastamento da concorrência nestes dois casos se dá pelos mesmos motivos: tanto a substituição, quanto a extensão ou intensidade do poder regulador pressupõe que as normas concorrenciais já foram consideradas pelos órgãos reguladores em sua decisão, o que tornaria a análise concorrencial por outra agência desnecessária.

Contudo, é preciso ressaltar o alerta de Alexandre Santos de Aragão:

“Talvez, parte das dificuldades de resolução dos problemas competências objeto do presente ensaio possa ser tributada à aplicação acrítica entre nós das discussões entre essas correntes norte-americanas. Seja porque “(...) essas teorias são de conteúdo eminentemente jurídico, jurídico constitucional, concernente ao Federalismo, tema no qual o Direito brasileiro e o norte-americano são muito distintos.”, seja porque “(...) a plasticidade que a common law propicia para a definição de competências, dependendo das capacidades e práticas institucionais de cada contexto, o que seria impensável em nosso Direito (pelo menos em seu atual estágio científico), em que se têm as competências administrativas como predeterminadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela própria Constituição” (ARAGÃO, 2009, p. 30).

Assim, pode-se afirmar que as teorias desenvolvidas no direito norte-americano servem mais para fins doutrinários e para estabelecer determinados parâmetros que possam ser aplicáveis no ordenamento pátrio do que uma regra imediatamente aplicável, com na decisão abaixo proferida pelo CADE:

*“Não obstante, é imprescindível mencionar que a atuação das agências no sentido de aplicar e fiscalizar as normas de concorrência é passível de análise por parte do órgão antitruste. Nesse sentido, a atuação antitruste por parte das agências reguladoras só afasta a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência na medida em que tal situação seja realmente eficaz e qualitativamente satisfatória”.*⁵

Não há, portanto, como afastar a competência do CADE tão-somente em virtude da existência de uma regulação setorial, ou de determinadas condutas e operações terem sido objeto de autorizações ou análise por parte desses órgãos.

Para que isso ocorra, é imprescindível que tenha havido a observância dos dispositivos legais e constitucionais atinentes à ordem econômica, de maneira plena. Ou seja, para que seja afastada a competência do órgão responsável pela análise concorrencial é preciso que o órgão regulador tenha exercido tal função de maneira tão intensa quanto o concorrencial faria - o que levaria a conclusão de que somente nos casos de economia planificada ou de serviços públicos em que há a intenção de substituir a análise do órgão concorrencial haveria essa imunidade (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 185).

Salvo essas situações excepcionais, a relação mantém-se sendo de complementaridade, não só pela regra da Lei 8.884/94, como pela própria lógica do nosso sistema pátrio. Daí inclusive do porquê da atuação conjunta do CADE com órgãos reguladores como a ANATEL e a ANEEL.

4. Problemática: A autorização ou o mandamento do órgão regulador para a prática de um ilícito concorrencial isenta o particular de ser punido pela autoridade concorrencial?

4.1. Competência do CADE

Pelas considerações dos itens anteriores, defende-se o não afastamento da competência do CADE para análise de atos e condutas que gerem ou possam gerar efeitos anticoncorrenciais mesmo nos setores em que haja regulação setorial e mesmo nos casos em que a conduta ou o ato se pautaram em uma norma ou decisão do agente regulador.

Tal assertiva não significa, contudo, uma hierarquia de funções entre o CADE e as agências reguladoras setoriais, mas apenas uma complementaridade de funções. Ainda que possa se admitir que tais agências, como a ANATEL, possuem como valores a serem observados no exercício de suas funções a livre concorrência, a observância a esses aspectos é muito mais genérica e, de certa forma, sequer necessitaria de previsão legal, porque a defesa da concorrência decorre de norma constitucional aplicável a todos indistintamente.

Ocorre que o órgão encarregado por excelência da defesa de tais valores é o CADE. Não é, de forma alguma, responsabilidade dos agentes reguladores setoriais verificar os aspectos legais trazidos pela Lei 8.884/94 ou analisar as variáveis econômicas que podem favorecer exercício abusivo de posição dominante, por exemplo. A função destes órgãos é regular e estabilizar um mercado que, em regime normal, carrega falhas que torna o regular exercício destrutivo para si mesmo. A viabilização do mercado nestas circunstâncias é o objetivo final do regulador setorial, e não a defesa da concorrência em si.

⁵ Ato de Concentração nº 08012.003267/2007-14. Cons. Luiz Carlos Delorme Prado. 25/06/2008.

Dessa lógica decorre não só a inafastabilidade da competência do CADE para apreciar atos já submetidos aos órgãos reguladores setoriais, mas também a possibilidade de existirem normas e entendimento diversos entre o CADE e o regulador setorial. A ótica de análise de cada um desses órgãos sobre o mesmo fato é diversa e depende dos interesses públicos colocados em jogo. A um cabe a visão do regulador setorial e ao outro a do regulador geral. Ainda que negativas ao sistema, é compreensível a existência de decisões contraditórias e normas contrárias à livre concorrência.

Em situações envolvendo regulação setorial e regulação geral, a Comissão Européia já manifestou seu entendimento a respeito da complementaridade entre esses dois vetores. Em decisão no caso envolvendo a *Telefónica*, ficou evidenciada as diferentes competências exercidas por cada um dos órgãos, o que tornaria possível a análise da mesma conduta por parte de ambos com conclusões distintas.

“In any case, the CMT is not a competition authority but a regulatory authority within the meaning of Article 5 of the Framework Directive 2002/21/EC 723. (...) As Telefónica itself acknowledges 724, Article 25 of the Ley de Defensa de la Competencia (Spanish Competition Law), modified by the Law 52/99, provides that it is within the competence of the Tribunal de Defensa de la Competencia to enforce Articles 81 and 82 of the Treaty in Spain. Therefore, the enforcement of those Articles is not the responsibility of the CMT and at no time have those competences been entrusted to the CMT. None of the resolutions of the CMT mentioned by Telefónica have as their legal basis Article 82 of the Treaty or even the Spanish equivalent Article 6 of the Ley de Defensa de la Competencia. (...)

CMT’s competence to “safeguard competition” is much more general than the enforcement of competition law as such. It enables the CMT to impose certain behavioural obligations in the Spanish telecommunications sector.

The CMT exercises its power to safeguard competition alongside other policy objectives and regulatory principles guiding its work as a national regulatory authority, such as the promotion of network investments”.⁶

⁶ Tradução da autora: “Em qualquer caso, a CMT não é uma autoridade da concorrência, mas uma entidade reguladora, na acepção do artigo 5º da Base Diretiva 2002/21/CE723 (...) Tal como reconhece a própria Telefónica 725, artigo 25 da Ley de Defensa de la Competencia (lei de defesa da concorrência espanhola), alterada pela Lei 52/99, prevê que é da competência do Tribunal de Defesa de la Competencia impor o cumprimento dos artigos 81 e 82 do Tratado, na Espanha. Portanto, a aplicação desses artigos não é de responsabilidade da CMT e em nenhum momento essas competências foram atribuídas à CMT. Nenhuma das resoluções da CMT mencionadas pela Telefónica tem como base jurídica o artigo 82 do Tratado, ou mesmo o equivalente espanhol do artigo 6º da Ley de Defensa de La Competencia (...) A competência da CMT para “salvaguardar a concorrência” é muito mais geral do que a aplicação do direito da concorrência por excelência. Isso permite que a CMT imponha determinadas obrigações comportamentais no setor de telecomunicações espanhol. A CMT exerce seu poder de defesa da concorrência em conjunto com outros objetivos políticos e princípios reguladores que guiam seu trabalho como uma autoridade reguladora, como a promoção de investimentos de rede.” Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica. Há, ainda, decisão proferida no caso envolvendo a Deutsche Telekom AG: “Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, e contrariamente à interpretação da DT, não se exclui a aplicabilidade das regras da concorrência sempre que as disposições sectoriais específicas a que estão sujeitas as empresas deixem subsistir a possibilidade de existência de concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por comportamentos autónomos das empresas. Tal aplica-se sobretudo no caso de denúncias relativas a alegadas infracções às regras comunitárias em matéria de concorrência. Nesses casos, a Comissão é obrigada a proceder a uma investigação e, se for caso disso, a ordenar medidas de correcção adequadas”. (Processo COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG).

Tal conclusão exige dois tipos de esforços por parte daquele que defende a concorrência. De um lado, a necessidade de aceitar a delimitação de espaços para sua atuação, que é ainda mais delicada nesses mercados regulados. E, de outro, a necessidade de se considerar e compatibilizar os objetivos e a racionalidade imposta pelo regulador setorial naquele mercado ao adentrar na análise da conduta e dos atos de concentração envolvendo os agentes daquele mercado. Conforme afirma Alexandre Santos de Aragão:

“A competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir suas normas gerais, inclusive mediante editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor” (ARAGAO, 2009, p. 42).

Da mesma forma, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que *“a aplicação das normas gerais de concorrência subordina-se ao reconhecimento de sua compatibilidade ou sua compatibilização, pela agência especial, com os objetivos definidos para o setor e com os interesses públicos protegidos pela agência”* (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 183).

Por isso reitera-se não o afastamento da análise do CADE de condutas e atos tutelados por reguladores setoriais, mas sim a possibilidade *“haver uma redução da amplitude da competição para consagrar pautas de políticas públicas (políticas de universalização, por exemplo) ou para permitir uma maior higidez dos agentes econômicos setoriais (cujo fortalecimento pode ser um objetivo-meio da regulação para permitir economias de escala ou possibilitar investimentos específicos de interesse público)”* (MARQUES NETO, p. 79).

Tal compreensão, contudo, *“não exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”* (SUNDFELD, 2002, p.35).

Daí que na análise de qualquer operação ou conduta em mercados regulados, cabe ao CADE considerar os valores concorrenciais tanto quanto os valores ditados pelos órgãos reguladores para viabilizar o mercado. Do resultado de tal ponderação, o ideal é a compatibilização de normas gerais e setoriais, de forma a dar maior efetividade possível a cada uma delas.

4.2. Segurança Jurídica

A existência e a possibilidade de decisões contraditórias entre os reguladores setoriais e gerais trazem à tona, contudo, uma problemática envolvendo a segurança jurídica dos particulares. Como fica a confiança jurídica dos agentes econômicos se podem ser condenados por atos cometidos sob a tutela dos agentes reguladores?

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da segurança jurídica afirma que:

“Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos”. (CANOTILHO, 1995, p. 373).

Na hipótese de normas expedidas por órgãos reguladores que contrariem a ordem concorrencial, a atuação do agente regulador não pode ou deve ser objeto de condenação pelo órgão concorrencial pela própria ausência de hierarquia entre os órgãos. Nesta situação, a atuação do regulador geral é outra, na tentativa de orientar o órgão regulador a respeito da norma por ele expedida ou de contestar tal mandamento no Judiciário.

No caso de condutas autorizadas por órgãos reguladores, a questão é mais controvertida. De fato, a autorização confere ao particular uma proteção, que é a da existência de um ato administrativo constitutivo de direitos. Contudo, ao menos a princípio, dificilmente será cabível a responsabilização do agente regulador, desde que tenha exercido sua função ao verificar os parâmetros legais para a concessão da autorização.

A decisão pela autorização da conduta pauta-se em questões atinentes em primeiro plano aos objetivos da regulação setorial e, em segundo plano, da ordem econômica e seus dispositivos. A conclusão pela autorização pode e normalmente pauta-se em uma lógica diversa à utilizada pelo órgão concorrencial e por isso a possibilidade de conclusões diversas dos agentes sem que por isso tenha havido qualquer omissão ou negligência na análise do regulador setorial.

Não se pode, porém, por este fato afastar a análise do CADE de tal conduta. A proteção ou a segurança conferida pelo regulador setorial enquadra-se no objeto de análise deste. Ou seja, há proteção dentro dos parâmetros de atuação do regulador setorial. A atuação do órgão concorrencial, como já afirmado, é distinta. E o particular tem sempre conhecimento de que seus atos de concentração devem ser analisados por ambos reguladores, devido à previsão legal, e que suas condutas igualmente se submetem a essa análise dúplice e complementar.

Considerando-se, assim, a necessidade de ponderação entre a proteção da ordem concorrencial e o fato do particular ter agido sobre tutela de um órgão regulador, talvez a opção mais adequada no sentido de proteger os valores da ordem econômica e a segurança jurídica seja aquela já adotada pela Comissão Europeia, utilizando o fato da empresa ter atuado sob a tutela do regulador setorial como fator atenuante para aplicação das penalidades previstas no ordenamento.

“Não se verificam quaisquer circunstâncias agravantes. Uma circunstância atenuante a favor da DT consiste no facto de, no caso em apreço, as tarifas cobradas pela DT pelos serviços de acesso grossista aos outros operadores e pelos serviços a retalho aos utilizadores finais, se terem regido e continuarem a reger, desde 1998, por disposições reguladoras sectoriais à escala nacional”.⁷

⁷ Processo COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG.

A ausência de previsão legal determinando o afastamento da apreciação dessas situações pelo CADE, somado aos diferentes escopos de atuação de ambos reguladores, torna quase inviável defender a não condenação de uma empresa por ter atuado sob a tutela do órgão regulador setorial. Tais aspectos, contudo, são insuficientes para justificar a existência de uma instabilidade jurídica, certamente negativa e contrária a atuação de ambos reguladores. Talvez, outra resposta estaria no próprio processo administrativo, com um contraditório mais ampliado e a participação mais efetiva dos reguladores setoriais no julgamento pelo CADE.

5. Conclusões

A mera existência da regulação em determinado setor da economia não afasta a necessidade de análise pelo CADE. Primeiro porque o escopo de atuação de cada um desses órgãos é diverso e, segundo, porque não há previsão constitucional ou legal para tanto. O que, contudo, se faz necessário admitir é a adaptação das normas antitruste na sua aplicação à setores regulados, exatamente porque nesses casos não há um regime normal e natural de mercado.

Em outras palavras, não se pode ignorar a existência da regulação em determinado mercado na análise concorrencial da conduta ou do ato de concentração. Nesta perspectiva, fica a conclusão do estudo da OCDE sobre o tema: *“if a decision is made to combine competition law enforcement and economic regulation serious attention should be paid to differences in how competition agencies and regulators conduct their principal functions because this could significantly influence how they would carry out a combined mandate”*.⁸

A tendência doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que, se em conflito a segurança jurídica do particular e a proteção à concorrência, deve prevalecer a segunda. Contudo, parece que esforços devem ser dedicados no sentido de compatibilizar a atuação de ambos reguladores, a fim de evitar uma instabilidade econômica e jurídica nestes setores.

6. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 29-43.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

DUTRA, Pedro. Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência como tema constitucional. Revista do IBRAC. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 169-186.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 201.

⁸ Tradução da autora: *“Se a decisão foi feita para combinar a aplicação do direito antitruste e a regulação econômica consideráveis atenções devem ser dadas às diferenças nas formas como as agências antitruste e as reguladoras conduzem suas principais funções, porque isso pode influenciar significativamente na forma como eles realizariam uma atuação conjunta.”* Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A articulação entre regulação sectorial e regulação antitruste. Revista Regulação Brasil – Associação Brasileira das Agencias de Regulação- ABAR, p. 79.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação setorial e a autoridade antitruste. A importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 72

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, e Joao Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de atuação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da.; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 131.

SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da.;MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

DOUTRINAS

As fusões e suas repercussões para os consumidores e a concorrência

AS FUSÕES E SUAS REPERCUSSÕES PARA OS CONSUMIDORES E À CONCORRÊNCIA

Natácia Lopes Magalhães

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
Graduanda da Universidade Federal de Minas Gerais.
E-mail: nataciamagalhoes@hotmail.com

1. Introdução. 2. Princípios do Direito Concorrencial: proteção do consumidor e tutela da concorrência.. 2.1. A proteção do consumidor. 2.2 A livre concorrência. 2.3. Concentrações empresariais. 3. Análise do guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. 4. Estudo de caso - aquisição da Garoto pela Nestlé. 5. Conclusões. 6. Referências

RESUMO

Uma fusão é, por muitos, considerada uma operação preocupante. Isso porque, em muitos casos, as empresas concentradas podem posteriormente obter poder de mercado, aumentando seus preços abusivamente e diminuindo a qualidade de seus produtos. Em contrapartida, tal ato também pode ser pró-competitivo. O presente artigo tem, portanto, como objetivo verificar quais repercussões as fusões podem gerar aos consumidores e à concorrência, utilizando-se para tanto o “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal” contido na Resolução conjunta da SEAE/SDE nº 50. Para maior compreensão de tal análise, elaborou-se um estudo de caso acerca do ato de concentração em que a empresa Nestlé Brasil Ltda, a Nestlé, realizou a aquisição da “Chocolates Garoto S/A”, conhecida como Garoto. A partir desse exame, constatou-se que o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão responsável pelo controle dos atos de concentração, leva, de fato, em consideração os possíveis prejuízos causados aos consumidores e à concorrência.

ABSTRACT

A merger is, to many, considered a worrying operation. This is because, in many cases, concentrated companies may later acquire market power, raising prices abusively and decreasing product's quality. In contrast, this act may also be pro-competitive. The present article has, therefore, as purpose verify what repercussions merger can engender to consumers and competition, using for that the guideline “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal” restrained in the SEAE/SDE's joint Resolution nº 50. Aiming better comprehension of that analysis, a case study about the concentrate act was conducted, in which the company Nestlé Brasil Ltda, Nestlé, carried the purchase of "Chocolates Garoto S/A", known as Garoto. From this review, it was noted that CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsible agency for merger's control, takes into account the possible harm caused to consumers and competition, indeed.

Palavras-chave: fusões - proteção aos consumidores - tutela da concorrência.

1. Introdução

O estudo pretendido no presente artigo refere-se a uma análise da repercussão das fusões aos consumidores e à concorrência. Na maioria das vezes, uma fusão é examinada como uma operação preocupante. Tendo como base um cenário de concorrência perfeita, isto é, onde existem diversos agentes econômicos com pequena parcela de mercado, concentrações como as fusões podem ser um fator propulsor de um monopólio, já que nesse processo diminuem-se os agentes econômicos.

Porém, se verá que tal argumento não prospera. Os atos de concentração, dentre eles as fusões, não podem ser considerados um bem ou mal em si. Tais atos, na verdade, podem ser uma solução para as empresas, que terão seus custos diminuídos e, conseqüentemente, preços menores. Nesse caso, por exemplo, essa operação pode ser vista como pró-competitiva e benéfica aos consumidores. Com a diminuição de preços há um incentivo da concorrência, beneficiando o consumidor com a redução dos preços e com produtos de maior qualidade.

Nem sempre, contudo, as fusões serão positivas. Realmente, há casos em que tal operação pode acarretar a formação de um monopólio com posterior aumento abusivo de preços em detrimento da qualidade do produto. Daí a importância de se haver um órgão responsável para fiscalizar tais atos de concentração. No Brasil, tal responsabilidade é dada ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que examinará e aprovará ou não a operação, tendo como base a defesa da concorrência.

As fusões são consideradas negativas quando permitirem que, posteriormente, a empresa concentrada abuse de sua posição dominante ou cometa alguma conduta reprovada pelas Leis Antitruste. Nesse sentido, o Direito Antitruste tem o papel de tutelar a concorrência e permitir aos consumidores a possibilidade de escolha de produtos ou serviços, obtendo-se um mercado com preços competitivos e produtos de melhor qualidade.

Não há como discorrer sobre tal tema sem, primeiramente, abordar conceitos básicos. Eles serão vistos de forma bem sucinta a fim de uma melhor compreensão das análises posteriores.

Ademais, no presente artigo, todo esse estudo será feito através do exame do Guia de Análise Econômica, contido na Resolução conjunta da SEAE/SDE nº50. Em seguida, para um melhor entendimento de como se dá essa análise, elaborou-se um estudo de caso, abordando tais questões. Escolheu-se o ato de concentração envolvendo Nestlé e Garoto, tratando-se de uma aquisição da Garoto pela Nestlé. Este ato foi reprovado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) uma vez que tal operação acarretaria um grande poder de mercado às empresas, o que prejudicaria o consumidor e poderia eliminar a concorrência.

Por fim, esse artigo tem como finalidade evidenciar a importância dos consumidores, mesmo que de forma indireta, na análise das concentrações empresariais, e a preocupação que se tem em resguardar a concorrência.

2. Princípios básicos do direito concorrencial: proteção do consumidor e tutela da concorrência

A economia atual é regida por leis e princípios. Dentre aqueles que regem a atividade econômica encontram-se o “da livre concorrência” e “da defesa do consumidor”. Para assegurar tais princípios, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 170, IV, dispõe:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV – livre concorrência

V – defesa do consumidor”.

Ademais, o artigo 173, §4º, desta Constituição, trata:

“a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A partir dessa base legal, criou-se a Lei Antitruste, nº8884/94, que elenca em seu artigo 1º seus princípios, entre os quais:

“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 de poder econômico”.

Dessa forma, nota-se a relevância da proteção ao consumidor e da tutela à concorrência no atual contexto econômico. Esses dois princípios devem ser resguardados a fim de se promover o bem-estar social. É por meio da manutenção da concorrência que se mantém a proteção do consumidor, uma vez que havendo uma tutela daquela evita-se comportamentos abusivos por parte de certa empresa que detenha grande poder de mercado.

2.1. A proteção do consumidor

Na Constituição Federal a proteção aos direitos do consumidor é introduzida como um direito e uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII). Ademais, tal proteção é fortalecida com a promulgação da Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Tal legislação afirma em seu artigo 2º:

“Art 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

A partir desse dispositivo legal, incentivou-se que também outras legislações resguardassem os direitos do consumidor. A Lei da Concorrência, nº8884/94, acompanha tal tendência visando principalmente defender a liberdade de escolha dos consumidores, em meio a um conflito entre os interesses destes e daqueles defendidos pelo poder econômico privado.

No Brasil, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é que, por meio de ações preventivas e repressivas, busca impedir que os consumidores sejam prejudicados devido a comportamentos ou mudanças estruturais causadas pelos agentes econômicos. No presente artigo, será focado as ações preventivas relativas aos atos de concentração submetidos ao CADE. Nestes, tal órgão busca garantir, de forma indireta, o bem estar do consumidor, isto é, que este obtenha serviços e produtos de melhor qualidade a preços mais baixos.

2.2. A livre concorrência

A concorrência, de acordo com José Júlio Borges, poderia ser definida pela “*liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial*”¹.

A concorrência no mercado pode ser notada quando houver, ao mesmo tempo, diversos vendedores e compradores, de maneira que estes possam escolher qual produto desejam comprar. Nesse cenário, o preço será determinado com base na lei da oferta e da procura.

Assim, haverá uma concorrência perfeita quando, nesse mercado, existir um equilíbrio entre os agentes, em que as empresas e os consumidores não terão um poder centralizado para influenciar o preço dos produtos no mercado.

Borges da Fonseca indica diversas funções da concorrência. Primeiramente, considera-se que ela ordena o mercado. Em segundo lugar, há uma estimulação da tecnologia, um aumento da produtividade e também uma proteção ao consumidor, que terá resguardado seu direito de escolha. Por fim, garante uma melhor divisão de renda, seleciona as melhores empresas e evita a concentração do poder político.²

Calixto Salomão Filho trata da concorrência em dois aspectos. O primeiro deles se refere à garantia de comportamentos leais pelos agentes econômicos, respeitando certas regras mínimas impostas pelo mercado. Outro aspecto é assegurar um equilíbrio das relações econômicas.³ Faz-se necessário, portanto, evitar que surja um poder econômico que domine o mercado.

É preciso considerar que quando ambos os aspectos da concorrência supracitados são desrespeitados a finalidade dos agentes é a mesma: impedir que o consumidor tenha direito a uma escolha livre e informada, como aborda Nuno T. P. Carvalho⁴.

Nesse sentido, quando não há a livre concorrência identifica-se um mercado com monopólios e oligopólios, em que há preponderância de umas empresas sobre as outras.

No monopólio, do grego *monopôlion* (venda por um só),⁵ esse fenômeno se dá quando o controle é feito por apenas um agente econômico. Dessa forma, seu poder é tamanho que pode ele reduzir a oferta e aumentar o preço de mercado de forma arbitrária, tendo seus lucros maximizados. Pode-se dizer que o monopolista é um *price maker* e não um *price taker*, característico de um sistema competitivo⁶.

¹ FONSECA, José Júlio Borges (1997), pág. 29.

² _____, pág. 30.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. (2003). Página 74.

⁴ CARVALHO, Nuno T. P. (1995), pág. 25.

⁵ VAZ, Isabel (1998) pág. 35

⁶ CARVALHO, Nuno T. P. (1995), pág. 55.

A eficiência da produção, por consequência, poderá se tornar menor caso o monopolista produza menos e aumente os preços, o que acaba gerando maior concentração de renda.

Já nos oligopólios, ocorre que apenas uma pequena quantidade de empresas se voltam para determinado setor na economia e, dentro dessa parcela, há um número restrito que controla tal setor. Há, portanto, uma interdependência nessa estrutura de mercado, não apenas com relação aos preços, mas também à propaganda, publicidade, qualidade e assistência aos consumidores⁷. Os cartéis, por exemplo, advém do oligopólio, em que diversas empresas de determinada área econômica negociam a monopolização do mercado. Percebe-se aí um “paralelismo consciente”, haja vista a semelhança de comportamento entre elas. Como consequência, a entrada de novas empresas na concorrência será dificultada pelo poder daquelas já dominantes.

É, portanto, intrínseca a tutela da livre concorrência a fim de se evitar que cenários como esses, com a formação de monopólios e oligopólios, ocorram. Ao mesmo tempo, é nesse contexto que surgem as concentrações empresariais, em que as pequenas empresas visam se fortalecer e maximizar seus lucros, o que, em certos casos, acaba incentivando a formação de monopólios.

2.3. Concentrações empresariais

De acordo com Nuno T. P. Carvalho, uma concentração empresarial pode ser definida como “*todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e votos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial*”.⁸

Sobre o processo de surgimento das concentrações, afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*“Os mais fortes e mais hábeis, ou que querem tornar-se tais, logo descobrem meios de se fortalecer ainda mais e de atuar no mercado com predominância sobre os demais. Assim é que, de 1850 a 1880, começa a surgir um novo tipo de capitalismo, um capitalismo de grupo ou oligopolístico. [...] Surge assim um novo estado industrial, em que as modernas expressões do capital se impõe de maneira desigual sobre os trabalhadores e consumidores. A crise se instaura e atinge o seu ápice no início do século XX, ficando a grande primeira guerra como o primeiro grande divisor de águas. O fenômeno da concentração de empresas surge com pujança e com determinação, gerando toda uma situação de profunda mudança e de crise”.*⁹

Por meio da concentração, as empresas objetivam maior eficiência, racionalizar os processos de produção e distribuição, investir em novas tecnologias para competir com outras empresas e satisfazer uma crescente demanda. Muitas sociedades empresárias buscam também eliminar a concorrência por meio desse processo, justamente adquirindo a empresa concorrente a fim de terem seus lucros aumentados.

⁷ BRITO, Beatriz Gontijo de(2002). Pág. 10

⁸ CARVALHO, Nuno T. P. (1995). Pág. 91,92.

⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino (2001). Pág. 6.

Dentre as diferentes formas de concentração de empresas estão a fusão, participação societária, união pessoal, empresa sob controle comum, contratos empresariais, dentre outros. Porém, no presente artigo o tema abordado será delimitado ao processo das fusões.

Uma fusão, segundo o artigo 228, *caput*, da Lei 6.404 de 1976, “é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

Na maioria das vezes, uma fusão é tida como uma operação que necessita de uma análise minuciosa, já que nesse processo diminuem os agentes econômicos do mercado.

Em diversas circunstâncias, as fusões podem ser uma solução para as empresas, que terão seus custos diminuídos, possibilitando a diminuição dos preços de seus produtos. Nesse caso, por exemplo, essa operação pode ser vista como pró-competitiva e benéfica aos consumidores, já que a diminuição de preços incentiva a concorrência e, por conseqüência, beneficia o consumidor com preços menores e produtos de maior qualidade. Como dispõe Calixto Salomão Filho¹⁰:

“O que ocorre é que, no mercado concentrado, a união entre empresas pode ser necessária à sobrevivência econômica da empresa, e não um ato tendente a criar poder no mercado. Nesses casos, o aumento do poder da nova empresa que se forma pode servir como contrapeso ao poder do outro participante ou dos outros participantes e tornar o mercado mais competitivo.”

Nem sempre, contudo, as fusões serão positivas. De fato, existem casos em que tal operação leva a formação de monopólio, que, posteriormente, aumenta abusivamente seus preços e reduz a qualidade de seus produtos¹¹. Daí a importância de se haver um órgão responsável para fiscalizar tais atos de concentração.

No Brasil, tal incumbência é dada ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência). Composto o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tal órgão tem como papel promover a competitividade do sistema econômico, prevenindo e reprimindo ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência¹². Assim, o CADE possui uma função preventiva, repressiva e educativa.

O papel preventivo do CADE se refere a análise dos atos de concentração como fusões, incorporações, associações entre empresas, dentre outras. O CADE deve analisar os efeitos dessas operações e, caso estas infringam a livre-concorrência, poderá reprová-las ou impor obrigações às empresas. Já o repressivo tem como fundamento o artigo 20, da Lei nº 8.884/94. O CADE irá reprimir práticas que infringam a ordem econômica, por exemplo, cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, entre outros. Por fim, por meio de palestras, seminários, cursos, cartilhas, dentre outros, o CADE desenvolve um papel pedagógico, buscando a difusão das regras de livre concorrência.

O CADE é vinculado ao Ministério da Justiça, faz parte da jurisdição administrativa e é regido pela Lei nº 8.884/94.

No que se refere aos atos de concentração, especificamente as fusões, o CADE analisa as alterações estruturais que poderão ocorrer no mercado. De acordo com o artigo 54, da Lei nº 8.884, “os atos, sob quaisquer formas manifestados, que possam limitar ou de

10 FILHO, Calixto Salomão (2007). Pág. 179.

11 MOURA, Fabíola & BELTRAME, Priscila Akemi. 2005. Pág. 106

12 CAIXETA, Simone Letícia de Sousa (2004). Pág. 98.

qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE¹³.

Seu parágrafo segundo (§2º) dispõe que atos como as fusões deverão ser apreciados pelo CADE caso tenham uma participação maior de 20% do mercado relevante ou que tenha tido faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A SDE (Secretaria de Direito Econômico) e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) também são órgãos encarregados da defesa da concorrência. A SDE, integrante do Ministério da Justiça, possui a função de investigar a existência de condutas anticoncorrenciais e também de emitir parecer sobre os atos de concentração apreciados pelo CADE.¹⁴ A SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, no âmbito da concorrência, tem como papel auxiliar a SDE, enviando estudos e relatórios que tem como foco os aspectos econômicos das operações e práticas investigadas.

Ressalte-se, nesse momento, a importância da Portaria criada em conjunto pela SEAE/SDE, nº 50. Nessa Portaria foi criado o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, evidenciando os procedimentos e princípios adotados pela SEAE e SDE para analisar os atos de concentração. A partir desse Guia, será agora analisada a repercussão das fusões para os consumidores e para a concorrência, tendo como base seus fundamentos de análise.

3. Análise do guia para análise econômica de atos de concentração horizontal

O referido Guia trata de quatro cenários básicos, em que três deles não reduzem o bem-estar econômico, devendo, portanto, ser aprovados. Já em relação ao quarto cenário, há redução do bem-estar e, por isso, os pareceres da SEAE e da SDE devem ser desfavoráveis à operação.

Tal análise se mostra de extrema relevância já que ao mesmo tempo em que as concentrações podem ser pró-competitivas, podem ser consideradas negativas ao bem-estar econômico. Daí a importância de se examinar o presente Guia, a fim de verificar se uma fusão, como ato de concentração, possui ou não efeitos positivos aos consumidores e à concorrência.

Esse Guia possui cinco etapas. Na Etapa I define-se o mercado relevante. Na Etapa II busca-se saber se a empresa envolvida na operação possui parcela substancial de mercado. Posteriormente, na Etapa III, verifica-se a probabilidade de exercício de poder de mercado. Na Etapa IV se examinam quais são as eficiências geradas e, por fim, na etapa V, analisa-se se os custos do exercício de poder de mercado são maiores que aquelas eficiências. Caso em todas as etapas supracitadas a resposta seja afirmativa, o parecer da SEAE/SDE deve ser negativo, isto é, a operação deve ser reprovada. Porém, se em qualquer uma dessas etapas se perceber que não ocorrem as situações tratadas o parecer deverá ser favorável à operação.

Nesse sentido, serão, agora, analisados quais os fundamentos de se considerar cada uma dessas etapas. A partir dessa perspectiva, poderá se verificar os casos nos quais as fusões serão benéficas ou prejudiciais.

13 TADDEI, Marcelo Gazzí, 2001. Página 5.

14 _____, Página 3.

Em relação à Etapa I, tendo em vista a definição do mercado relevante, Paula O. Forgioni afirma:

"A caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma operação de concentração entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro desse mesmo mercado. Restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização".¹⁵

De acordo com o Guia, disposto na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, o mercado relevante é determinado *"em termos dos produtos e/ou serviço(de agora em diante simplesmente produtos) que o compõe (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica)."*

A partir desses pressupostos, torna-se necessário analisar o mercado relevante sob dois aspectos: dimensão do produto e dimensão geográfica.

A dimensão do produto refere-se a substitutibilidade dos produtos pelos consumidores tanto pelo lado da oferta quanto da demanda, tendo em consideração suas características, preços e utilização¹⁶. Pelo lado da demanda, tem-se em vista a escolha do consumidor. Tal escolha não pode basear tão somente no uso dos produtos, já que uma diferença relevante de preços entre ambos pode fazer com que o consumidor não o consuma. No lado da oferta, a questão importante é determinar a capacidade das demais empresas para produzir o produto substituto, caso seja necessário que estas empresas redirecionem sua produção para a fabricação de tal produto.¹⁷

No que se refere à dimensão geográfica, segundo Hovenkampf, esta se refere a determinada área na qual uma empresa pode aumentar seus preços sem que isso resulte em 1) uma perda de um grande número de clientes, que passariam a utilizar de um fornecedor alternativo situado fora daquele local ou 2) inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da área considerada, produzem bens similares.¹⁸

Tal mercado pode ser delimitado baseando-se no teste do "monopolista hipotético". Mario Luiz Possas explica:

"(...)observe-se, em terceiro lugar, que se supõe uma firma hipotética - que nada tem a ver, em princípio, com a(s) firma(s) concreta(s) em causa -, maximizadora de lucros (hipótese tampouco necessariamente realista), que detenha um também hipotético monopólio da oferta - presente e futura - no mercado considerado (produto/área), em consequência do qual possa impor um aumento de preço "pequeno mas significativo e não transitório", caracterizando assim um - mais uma vez - hipotético exercício de poder de mercado, mantidas as demais condições constantes. Como se vê, a possibilidade mesma de que tal monopolista hipotético detenha poder de

15 FORGIONI, Paula O. (1998). Pág. 217.

16 Resolução nº 15, item 1.6.1, Anexo V, do CADE.

17 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 114, 117.

18 HOVENKAMPF, Herbert (1994). Pág. 113. (Tradução livre) "The relevant geographic market for antitrust purposes is some geographic area in which a firm can increase its price without 1) large numbers of its customers quickly turning to alternative supply sources outside the area; or 2) producers outside the area quickly flooding the area with substitute products".

mercado em termos de preço elevando-o para aumentar seus lucros, é precondição básica para que o próprio mercado possa vir a ser definido".¹⁹

Tendo analisado como se dá a Etapa I, passa-se ao estudo da Etapa II. Nesta, busca-se saber qual o percentual de participação da empresa envolvida em um ato de concentração no mercado relevante definido anteriormente. A partir disso, é possível saber se esta empresa possui *posição dominante*. Esta ocorre sempre que uma empresa detenha poder para agir sobre o mercado, influenciar o comportamento dos competidores, controlar preços e a produção e bens e serviços de forma autônoma.²⁰

A lei concorrencial brasileira, Lei nº 8.884/94, explica, em seu artigo 20, §§ 2º e 3º, que há posição dominante quando "*uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante*", isto é, "*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*".²¹

Assim, a fim de proteger a concorrência no mercado, será objeto de análise a porcentagem de participação da empresa antes da operação e após a mesma. Caso esse percentual seja superior a 20%, o Cade deverá examinar se as próximas Etapas serão favoráveis para aprovar a operação. Em regra, se a empresa possuir menos de 20% de participação, o ato de concentração deverá ser aprovado. Isso se dá devido a baixa influência dessa empresa no mercado relevante. Ora, quando uma empresa ou um grupo de empresas possui uma parcela substancial no mercado, estas poderão, de forma unilateral ou coordenada, alterar preços, a qualidade e quantidade dos produtos, inovação, o que afeta o bem estar do consumidor e a concorrência, já que as outras empresas não terão condições de atender um possível redirecionamento da demanda. Entretanto, caso essa parcela seja baixa, os consumidores poderão facilmente migrar para outros produtos ou para as empresas rivais. Vale ressaltar que tal metodologia não é absoluta.²² Pode ocorrer de uma empresa possuir menos de 20% de participação no mercado e possuir *posição dominante* e alguma outra obter uma maior participação nesse mercado e não possuí-la.

Na Etapa III questiona-se se a empresa envolvida na operação exerce *poder de mercado*. Em seu livro, *Federal Antitrust Policy*, Hovenkamp sustenta que o poder de mercado "*é a capacidade de uma firma aumentar seus lucros, reduzindo sua produção e colocando um preço maior do que um preço competitivo. Mais apropriadamente, poder de mercado seria o poder de aumentar preços acima dos níveis competitivos sem perder suas vendas de tal forma que esse aumento pudesse ser prejudicial*".²³

Importante salientar que a existência de poder de mercado não configura um ilícito antitruste *per se*. Kaplow e Shapiro alegam que o mercado relevante é tecnicamente uma questão de gradação.²⁴ É necessário analisar a extensão desse poder de mercado, já que na prática, toda empresa, possui uma parcela dele. Assim, a partir da verificação das *importações*,

19 POSSAS, Mário Luiz. Pág. 3.

20 BRITO, Beatriz Gontijo de (2002).Pág. 49.

21 Cabe ressaltar, entretanto, que tal método não é o único utilizado. No Brasil, por exemplo, quando uma das empresas envolvidas possuírem rendimento bruto anual equivalente a R\$400.000.000,00, deverão requerer a apreciação do CADE. Há, ainda, outras formas de aferir posição dominante seja com diferentes percentuais seja, por exemplo, por meio da elasticidade da demanda e da elasticidade cruzada. Contudo, no presente artigo somente se terá em consideração aqueles abarcados pelo CADE.

22 Como afirma Paula Forgioni: "*Não basta pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mesurar seu poder, ou seja, sua market power, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegure a posição dominante*." FORGIONI, Paula O. (1998). Pág. 286

23 "*Is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product. More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable*". HOVENKAMPF, Herbert. (1994). Pág. 79)

24 "*We first define market power, emphasizing that, as a technical matter, market power is a question of degree*". KAPLOW, Louis et SHAPIRO, Carl. Pág 2.

da *entrada*, da *rivalidade* e do possível *exercício unilateral ou coordenado* das empresas pode-se perceber se a empresa envolvida no ato de concentração irá ou não exercer poder de mercado.

Em relação às importações, é importante verificar se estas são um remédio suficiente contra um suposto exercício de poder de mercado. Caso as importações tenham uma participação substancial no mercado relevante em questão, tendo em vista um "pequeno, mas significativo e não transitório" aumento de preço, poderão elas concorrer com os produtos nacionais e abastecer o mercado em tais circunstâncias. Além disso, as importações podem ser uma forma de controlar os preços nacionais uma vez que, em caso de aumento, os consumidores terão para onde migrar suas compras.

A fim de examinar se as importações são realmente um remédio efetivo contra o exercício de poder de mercado, deve-se inferir se os produtos importados de fato concorrem com os nacionais, com base nas tarifas de importação, os custos para colocar tais produtos no mercado interno, a existências de barreiras não-tarifárias, a preferência dos consumidores e os preços internacionais.²⁵ Dessa forma, sendo as importações um impedimento ao exercício de poder de mercado, protege-se o bem estar do consumidor e a tutela da livre concorrência. Entretanto, se as importações não são suficientes deve ser analisado se a *entrada* será "provável", "tempestiva" e "suficiente".

A *entrada* se refere justamente a probabilidade de entrada nesse mercado de novos produtores ou de outros já existentes. Um monopolista hipotético, pelo simples fato de aumentar seus preços, estimularia, em regra, a entrada de rivais para concorrer com seus produtos. Não se trata de uma entrada em potencial ou possível. A mesma deve ser provável, isto é, se essa entrada será lucrativa para o produtor. Tendo isso em vista, ele espera que, ao entrar nesse mercado, os preços diminuam a níveis competitivos ou que haja um aumento da oferta.

Posteriormente, é preciso verificar se a entrada é tempestiva, ou seja, se a mesma ocorrerá em tempo hábil, consideradas pela SEAE e SDE dois anos. Isso porque, se a empresa entrante tiver sua entrada após um longo período, esta não será capaz de amenizar os efeitos gerados por um aumento de preço. Os dois anos considerados acima envolvem o planejamento da nova unidade de produção até o impacto dos preços praticados pelas empresas concentradas. Por fim, essa entrada deve ser suficiente, isto é, se esta será capaz de compensar os efeitos anticompetitivos exercidos da concentração de empresas.

Há de se considerar, nesse cenário, a ocorrência de barreiras à entrada. Estas são todas as limitações impostas às empresas entrantes, sejam elas naturais ou artificiais. De acordo com Calixto Salomão, é por meio dessas barreiras que se verificará os efeitos futuros que uma concentração terá sobre os concorrentes e indiretamente sobre os consumidores.²⁶ As barreiras à entrada diminuem a efetiva concorrência e também a liberdade de iniciativa. Podem ser elas custos irrecuperáveis (*sunk costs*), barreiras legais ou regulatórias, recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas, economias de escala e/ou de escopo, o grau de integração da cadeia produtiva, a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas e a ameaça de reação dos competidores.²⁷

25 Portaria conjunta SEAE/SDE, item 44.

26 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2007). Pág. 185.

27 Portaria conjunta SEAE/SDE, item 52.

Nesse sentido, argumenta Calixto Salomão:

"As barreiras à entrada, são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. (...)Especificamente com relação à concentração de empresas, o desrespeito aos interesses acima mencionados (concorrentes e consumidores) impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente nos incs. III e II. Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (III). Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo competitivo. Toda a concorrência potencial está excluída".²⁸

Dessa forma, percebe-se a dimensão dos prejuízos que a existência de barreiras à entrada causa aos consumidores e à concorrência. Uma vez que a entrada de novos concorrentes é menos provável, a empresa concentrada terá condições de abusar do preço de seus produtos.²⁹ Por consequência, os consumidores serão indiretamente afetados, já que em um cenário de menor concorrência, o direito de escolha deles será diminuído. Na verdade, as barreiras artificiais são mais preocupantes do que as naturais. Enquanto estas decorrem da própria estrutura do mercado e de seus participantes, as artificiais são aquelas criadas pelos comportamentos dos agentes econômicos visando impedir a entrada de novos competidores. As barreiras naturais são a diferenciação entre os produtos, um alto investimento inicial de capital, os custos irrecuperáveis e as vantagens de escala.

As barreiras artificiais são aquelas em que as empresas já existentes dificultam o acesso das empresas entrantes a fornecedores e a formas de distribuição e, ainda, buscam influenciar a escolha do consumidor. Nesses casos, os consumidores podem deixar de consumir outro produto substituto haja vista, por exemplo, a existência de propagandas publicitárias que modifiquem suas preferências. Daí a importância de se examinar de maneira apreensiva a influência das barreiras à entrada em um ato de concentração.

Outro fator também relevante é a análise da rivalidade efetiva. Mesmo em casos em que as importações não sejam suficientes e a entrada não seja provável, tempestiva e suficiente, a existência de rivalidade efetiva poderá impedir o exercício de poder de mercado advindo de um ato de concentração. Isso se dá quando as empresas já estabelecidas no mercado buscam formas de impedir que a nova empresa fundida exerça seu poder a fim de prejudicar as demais. Com tal comportamento, a concorrência continua resguardada, o que beneficia o consumidor.

Porém, quando a rivalidade não é efetiva ocorrerá um provável exercício de poder de mercado. Há casos, ainda, em que esse exercício é feito de forma unilateral ou coordenada. Quando o mercado é de produtos homogêneos, por exemplo, a primeira forma tem maior probabilidade de ocorrer se os consumidores não puderem redirecionar suas compras para outros concorrentes. Esse cenário é percebido quando as demais empresas não conseguem suprir uma maior demanda. Em um mercado onde os produtos são diferenciados, tal acontecimento se dá porque os consumidores não vêem os produtos substitutos como uma segunda alternativa e quando estes não forem substitutos próximos.³⁰

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 185

²⁹ FAGUNDES, Jorgeet PONDE, José Luiz. Pág. 2.

³⁰Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50 item 61 e 62.

Por fim, também haverá exercício de poder de mercado se estiverem presentes condições para a coordenação das decisões. Segundo o item 64, da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, esta se dá quando:

- “1. existirem poucas empresas no mercado*
- 2. os produtos e/ou as empresas são homogêneos;*
- 3. informações relevantes sobre os competidores estão disponíveis;*
- 4. existem condutas empresariais, que, ainda que embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade das empresas.”*

Portanto, se as importações não são remédio efetivo contra o exercício de poder de mercado, a entrada não é provável, tempestiva e suficiente e a rivalidade não é efetiva, constata-se ser provável o exercício de poder de mercado. Isso também ocorre se uma empresa tiver condições para tomar decisões unilateralmente ou coordenadamente. Assim, passa-se a Etapa IV que diz respeito às eficiências.

Apesar da possibilidade de uma fusão gerar um exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, ou ainda uma situação de monopólio, ela pode ser aprovada tendo como justificativa as eficiências trazidas pela operação. O próprio artigo 54, §1º da Lei 8.884 dispõe:

“O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade*
- b) melhorar a qualidade de bens e serviços; ou..*
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”*

Nesse sentido, as concentrações podem trazer como eficiências ganhos de economia de escala, integração de unidades de produção, maior especialização dessas unidades, redução de custos de transporte, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornecedores.³¹

Entretanto, dentre essas eficiências apenas a economia de escala e economias de distribuição podem ser consideradas como justificadoras para aprovar um ato de concentração. As demais não necessitam desse processo, podendo ser obtidas por outros meios. Por exemplo, caso uma empresa alegue que a fusão será eficiente pois aumentará o desempenho técnico de uma delas. Ora, nesse caso, existem outras formas da empresa obter tal objetivo, como um contrato de transferência de tecnologia. Portanto, somente serão consideradas eficiências para um ato de concentração se as mesmas não puderem ser geradas por outra maneira.

³¹SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 304.

Ademais, não basta que a operação apresente eficiência para que o ato de concentração seja aprovado. Além disso, há de se pontuar o disposto no artigo 54, §1º, II:

"os benefícios gerados decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro".

Nesse ínterim, nota-se a preocupação com os efeitos que um ato de concentração pode causar aos consumidores. Nesse sentido, sustenta Calixto Salomão:

*"na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta do interesse dos consumidores, e não apenas indireta através da procura da maximização da riqueza global, é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência".*³²

Em relação à concorrência, o próprio artigo 54, §1º, III, também constitui uma condição para que o ato seja aprovado, isto é, que "não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços". Assim, ao se analisar as eficiências, é necessário comparar se estas serão maiores que as perdas decorrentes dos efeitos anticompetitivos, ou seja, analisar se as eficiências geradas compensam as perdas sociais. Tal exame, ainda assim, deve ter em consideração o disposto no artigo 54, § 1º, II e III.

Por fim, a última Etapa, trata-se justamente da análise supracitada: verificar se os custos do exercício de poder de mercado serão maiores que as eficiências geradas. Caso em todas essas etapas a resposta seja "sim", o parecer da SEAE deverá ser negativo e o CADE poderá reprová-la. Em caso contrário, se em qualquer uma dessas etapas a resposta for "não", então o parecer deverá ser favorável e o CADE poderá aprovar a operação.

Para melhor entendimento de quais os efeitos de cada uma dessas Etapas aos consumidores e à concorrência, será feito estudo de caso referente a aquisição da Garoto pela Nestlé. A partir de uma detida análise nesse ato de concentração poderá se perceber a importância do consumidor e da tutela da concorrência na Lei Antitruste brasileira.

4. Estudo de caso - aquisição da garoto pela Nestlé

A Nestlé, denominada Nestlé Brasil Ltda, atua principalmente na indústria alimentícia. A empresa Chocolates Garoto S/A, conhecida como Garoto, também atua nesse setor, a partir da produção de chocolates, balas, confeitos, dentre outros. Enquanto a Nestlé exporta para 80 países, a Garoto o faz para 44.

Ao examinar o mercado relevante em questão, quatro mercados foram considerados: 1) o mercado de balas e confeitos sem chocolates, 2) o mercado de coberturas de chocolates, 3) o mercado de achocolatados e 4) o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais. Tais mercados foram considerados distintos uma vez que não são eles considerados concorrentes, tendo em vista os gostos do consumidor, tais como motivação do consumo, locais de compra, ocasião do consumo e nível de acessibilidade.

33

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 204.

33 Parecer SDE, AC Nº 08012.001697/2002-89. Pág. 29.

Quanto à dimensão geográfica, considerou-se o mercado nacional. A SEAE, em seu parecer, chegou a tal conclusão baseando-se em alguns fatores, como por exemplo, a inviabilidade das importações, não sendo estas viáveis economicamente para os produtores artesanais e também pelo alto custo de seu transporte, sua perecibilidade e as preferências do consumidor. Para corroborar tal conclusão, veja-se a tabela 1:

TABELA 1

Produto	Demanda	1997	1998	1999	2000	2001
Licor de Cacau	Nacional	16136	18154	18412	15835	13691
	Importado	2086	715	29	186	147
	% Importado	12,93%	3,94%	0,15%	1,17%	1,08%
Manteiga de Cacau	Nacional	27097	29557	32925	32064	32367
	Importado	352	0	0	0	1
	% Importado	1,30%	0,00%	0,00%	0,21%	0,00%
Torta de cacau	Nacional	35701	39775	48048	45669	45060
	Importado	1179	2441	879	2039	2294
	% Importado	3,30%	6,14%	1,83%	4,46%	5,09%

Fonte – Linhas de Informação do Comércio Exterior (LINCE)

A partir dos dados acima, percebe-se a baixa participação das importações no Brasil, o que confirma ser o mercado relevante geográfico o nacional.

Cabe, nesse momento, analisar a participação dessas empresas em cada um desses mercados a fim de se verificar se tal aquisição terá efeitos preocupantes. Nesse sentido, a SDE e a SEAE chegaram às seguintes participações:

TABELA 2: Mercado Nacional de Balas e Confeitos:

Empresa	Volume (t)	%
NESTLÉ	4.519	1,7
GAROTO	5.100	2
NESTLÉ + GAROTO	9.619	3,7
Ferrero	550	0,2
Arcor	29.000	11,3
Mars	70	0,02
Outros	215.761	84,6
TOTAL	255.000	100

Fonte: Requerentes. Elaboração SDE

TABELA 3: Mercado Nacional de Achocolatados: Participação com base no faturamento

Empresa	2001
Nestlé (a)	58,1
Garoto (b)	3,1
(a + b)	61,2
Quacker	16,9
Arisco	5
Bretzke	2,5
Novartis	2,1
Mococa	0,6
Outros	11,6
Total	100

Fonte: Parecer SEAE

TABELA 4: Mercado de cobertura de chocolate

Empresa	1997	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	24,2	21,9	20,9	21,2	22,1
Garoto (b)	75,8	78,1	74,2	69,4	66,4
(a + b)	100	100	95,1	90,6	88,5
Arcor	0	0	4,9	9,4	11,4
Total	100	100	100	100	100

Fonte: Parecer SEAE

TABELA 5: Mercado de chocolates sob todas as formas

Empresa	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35,26	34,6	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,45
(a+b)	57,39	59,29	58,14	58,41
Lacta	33,73	32,93	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,4
Arcor	3,2	3,07	2,61	3,4
Outros	0,23	0,01	1,75	1,64
Total	100	100	100	100

Fonte: Parecer SEAE

Diante da análise das Tabelas 2, 3, 4 e 5, nota-se que a presente operação traria sérias preocupações nos mercados de coberturas de chocolate e chocolates em geral. Não se configuram problemas no mercado de balas e confeitos devido à baixa participação da empresa concentrada. No mercado de achocolatados, também não se vislumbram receios acerca da operação. Isso porque como neste mercado a Nestlé já possui elevada participação, seu aumento de 58,1% para 61,2% não são suficientes a ensejar riscos para a concorrência e para os consumidores.

Noutro giro, os mercados de coberturas de chocolates e chocolates em geral merecem um exame mais aprofundado. Assim, deve-se observar se é provável o exercício de poder de mercado nesses setores. Como já supracitado, as importações devem ser desconsideradas como um remédio efetivo contra o poder de mercado. Sua participação é baixa no mercado, sua distribuição é de alto custo, além de sua maior perecibilidade. Ademais, há de se considerar que a produção de chocolate no exterior apresenta um custo maior do que no Brasil, haja vista ser o país um dos maiores produtores de cacau e açúcar. Dessa forma, passa-se a análise das barreiras à entrada.

No mercado de coberturas de chocolate, a entrada considerada de maior facilidade³⁴, qual seja a do pequeno produtor de chocolate industrial, não seria suficiente para concorrer com as empresas existentes. Além disso, a maior rival dessas empresas, a Arcor, não conseguiria, a partir de sua capacidade ociosa de 38%³⁵, conter um possível aumento de preços pela Nestlé/Garoto. Conclui-se, portanto, que no mercado de coberturas de chocolate o exercício de poder de mercado seria provável.

No que se refere ao mercado de achocolatados, constatou-se que as principais barreiras à entrada seriam relativas aos investimentos mínimos iniciais de capitais, às marcas de preferência do consumidor, aos segredos industriais, redes de distribuição e à oportunidade de venda.

As requerentes, entretanto, alegaram que tal aquisição traria, na realidade, benefícios à concorrência e ao consumidor, uma vez que haveria acirrada concorrência entre Nestlé/Garoto e a empresa Lacta (Kraft). Primeiramente, tais empresas solicitaram à Professora Farina um parecer sobre a operação, que concluiu que a mesma traria mais eficiências aos consumidores, devido à redução de preços, do que prejuízos decorrentes do poder de mercado. Afirmou não ser para essas empresas vantajoso um aumento arbitrário de preços, uma vez que, na verdade, as rivais lucrariam já que as empresas que adotassem tal comportamento perderiam seus consumidores. Em outra perspectiva, a Kraft emitiu parecer alegando que haveria, sim, um aumento de preços após tal operação e contestou as eficiências alegadas pelas requerentes.

Nesse sentido, relevante é verificar se, mesmo detendo poder de mercado, a aquisição da Garoto pela Nestlé seria mais benéfica à concorrência e aos consumidores, tendo em vista suas eficiências.

Sobre o assunto, dispõe o Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade, em seu voto:

"O texto legal acima transcrito (artigo 54, §§1º,2º,3º) permite que operações que tenham potencial para restringir a concorrência sejam aprovadas se delas resultar o uso mais eficiente dos recursos (item I do §1º), o que equivale dizer a geração de ganhos de produtividade (redução de custos unitários de produção). Além disso, concomitantemente, três outras condições devem ser preenchidas: (1) a distribuição equitativa destes ganhos entre as empresas participantes do Ato e os consumidores finais (item II); (2) a observância dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, indicando que a própria realização do Ato deve ter como meta o alcance das eficiências propostas (item III); e (3) a não eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.

34 Em resposta à SEAE, a Arcor afirmou que existem três formas se adentrar no mercado de coberturas de chocolate: 1) fornecedor de cobertura de chocolate (chocolate industrial) para fabricantes de chocolate para consumo massivo e para outras indústrias consumidoras de chocolate industrial; 2) produtor de chocolate para consumo massivo vendendo o excedente do chocolate industrial para fabricantes de chocolate; 3) pequeno produtor de chocolate industrial.

35 Dado fornecido pelo Parecer SEAE, AC Nº 08012.001697/2002-89.

Estas condições conjuntamente buscam garantir o resultado líquido sobre o bem estar do consumidor não seja negativo”³⁶.

A partir do trecho acima, é possível perceber quão relevantes são para a aprovação dos atos de concentração as repercussões causadas aos consumidores e à concorrência. Ora, certa empresa pode, até mesmo, exercer poder de mercado, entretanto, não poderá extrapolar de tal forma que prejudique o bem estar do consumidor e elimine parcela substancial da concorrência.

Na presente operação, citou-se um estudo elaborado pela OCDE e pelo Banco Mundial que consideraram como eficiências plausíveis para se aprovar um ato de concentração as economias de escala ou de escopo ou em casos de racionalização das plantas produtivas. Aquelas, porém, que fossem meramente eficiências administrativas e gerenciais não podem ser aceitas, uma vez que podem ser obtidas por outras formas que não a fusão.

A Nestlé apresentou as seguintes eficiências:

Eficiências Alegadas	Valor (R\$ mil)
1- Redução de custos com fechamento de depósitos	
2- Ganho com redução com locação de armazéns	
3- Redução de custos com embalagens	
4- Redução de custos com alterações em fórmulas e ingredientes	
5- Aproveitamento da fórmula da Garoto em Coberturas de Chocolates da Nestlé	
6- Ganho com diminuição de sobrepeso	
7- Alinhamento de preços de Matéria-Prima e insumos	
8- Transferência da produção de Achocolatados e confeitos para a Nestlé	
9- Absorção da Produção de Ovos de Páscoa da Nestlé pela Garoto	
10- Ganho com Renegociação de Frete	
11- Ganho com a Otimização da Distribuição	
12- Ganho com Renegociação de Itens de Embalagens	
13- Ganho com Compras de Derivados de Cacau	
Total	

Contudo, a aquisição da Garoto pela Nestlé causaria tamanho poder de mercado que as eficiências geradas não compensariam os prejuízos resultantes do ato. Além dos danos que seriam causados aos consumidores pelo possível aumento de preços e diminuição da qualidade dos produtos, no que se refere à concorrência, a principal empresa concorrente, qual seja, a Kraft (Lacta) não teria condições para conter uma elevação de preços por parte da Nestlé/Garoto.

36 Voto Conselheiro Relator, Thompson Andrade. Pág. 43. AC N° 08012.001697/2002-89.

Como trata o Conselheiro Relator em seu voto:

"A lei brasileira foi sábia ao determinar que operações que eliminem parte substancial da concorrência não podem ser autorizadas (inciso III do §1º do artigo 54). Sem dúvida, operações que se enquadram neste inciso, como o Ato em análise, precisam gerar eficiências extraordinariamente elevadas que dificilmente podem ser provadas, efetivamente realizadas e, além disso, posteriormente, distribuídas equitativamente entre as empresas e os consumidores".³⁷

Como as empresas concentradas não obteriam eficiências, o CADE decidiu pela reprovação do ato. Tal operação não apresentou os requisitos previstos no §1º, do artigo 54, além de não serem observados aqueles dispostos no §2º, em que se poderia aprovar a operação quando necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidos pelo menos duas das condições previstas no §1º e que não prejudicassem o consumidor ou ao usuário final.

No voto do Conselheiro Vogal Fernando de Oliveira Marques:

"(...) concluo pela impossibilidade de aprovação desta operação a bem do resguardo da ordem concorrencial tutelada pela Lei nº 8.884/94, forte nas seguintes e bastantes razões: 1) haverá eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado relevante; 2) há concentração expressiva, há barreiras à entrada e as eficiências não se mostram suficientes a ensejar a convalidação desta concentração; 3) não se vislumbram efetivas possibilidades de distribuição equitativa dos benefícios com os consumidores e, finalmente, 4) não foram observados os limites estritamente necessários à consecução dos objetivos visados pelas Requerentes".³⁸ (grifo nosso)

5. Conclusões

Diante do exposto, nota-se o quão paradoxal pode ser uma concentração empresarial, neste caso as fusões. Ao mesmo tempo em que estas podem ser pró-competitivas também podem apresentar efeitos negativos. Dentre os efeitos pró-competitivos estão a obtenção de eficiências como aumento de produtividade, a melhoria na qualidade de bens e serviços, a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, a redução de custos e a conseqüente diminuição do valor dos produtos, dentre muitos outros. Ao mesmo tempo, porém, uma fusão pode acarretar um maior poder de mercado, criando um cenário de monopólio, o que, muitas vezes, leva à redução da produção e da qualidade dos produtos e ao aumento de preços.

Nesse diapasão, pontua-se como o ato de concentração, envolvendo a Nestlé e a Garoto, evidencia a importância de se proteger o consumidor e tutelar a concorrência, em vista dos efeitos potenciais por ele causados.

Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira vem justamente resguardar os consumidores e a concorrência de possíveis concentrações que levem a um abuso de poder por parte das empresas envolvidas. Seu objetivo é, por um lado, garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de

37 Voto Conselheiro Relator Thompson Andrade. Pág. 47. AC Nº 08012.001697/2002-89.

38 Voto Conselheiro Vogal Fernando de Oliveira Marques. Pág. 12. AC Nº 08012.001697/2002-89.

qualidade e preço; por outro, estimular os agentes econômicos, por meio da concorrência, a racionalizar ao máximo a produção e distribuição dos bens e serviços, adaptando-se à inovação tecnológica. O Estado, assim, busca tutelar a concorrência a fim de equilibrar as relações conflituosas existentes no mercado, em que a preponderância de um agente econômico poderia facilmente gerar uma alteração na lei da oferta e da procura.

Em um mercado em que as concentrações tornam-se freqüentes, é indiscutível a importância da manutenção da concorrência e a defesa dos interesses do consumidor. Mercados repletos de monopólios e oligopólios, que abusam de seu poder econômico, terão necessariamente como consequência efeitos prejudiciais ao consumidor. Tais princípios são, assim, essenciais para a proteção do mercado, a fim de se garantir uma maior eficiência e a participação de todos os agentes econômicos.³⁹

6. Referências

BRITO, Beatriz Gontijo. Concentração de Empresas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. Páginas 10, 49.

CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. Regime Jurídico da Concorrência: As diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Curitiba. Ed. Juruá, 2004. Página 98.

CARVALHO, Nuno T. P. As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste. São Paulo: Ed. Resenha Tributária. 1995. Páginas 25, 55, 91, 92.

FAGUNDES, Jorge & PONDE, João Luiz. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrenca.pdf. Acesso em 08, fev, 2011. Página 02.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001. Página 6.

FONSECA, José Júlio Borges da. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Ed. Atlas, 1997. Páginas 29, 30.

FORGIONI, Paula O. Os fundamentos do antitruste. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1998. 217, 286.

HOVENKAMP, Herbert J. Federal Antitrust Policy. St. Paul, West Publishing Co. 1994. Páginas 113, 79.

KAPLOW, Louis et SHAPIRO, Carl. Antitrust. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12867>. Acesso em 06, fev. 2011. Página 02.

MOURA, Fabíola & BELTRAME, Priscila Akemi. Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência. 1ª Edição, São Paulo. 2005. Editora Singular.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf. Acesso em: 17, fev. 2011. Página 3.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. 1ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

³⁹ SILVA, Isadora Maria de Barcelos, (2001). Pág. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 3ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2002. Páginas 114, 117, 179,185, 204,304.

SILVA, Isadora Maria de Barcelos. O CADE e a Proteção dos Interesses dos Consumidores. TCC. Belo Horizonte, 2001. Página 02.

TADDEI, Marcelo Gazzi. O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/O%20CADE.pdf> . Acesso em 12, fev, 2011.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense (1993). Página 35.

DOUTRINAS

Desenvolvimento através da
concorrência e da inovação tecnológica

DESENVOLVIMENTO ATRAVÉS DA CONCORRÊNCIA E DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Talisa Estefania Thomaz Tomiyoshi

*Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.
Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.
E-mail: tatamiyoshi@hotmail.com*

1. Introdução. 2. Inovação tecnológica e desenvolvimento. 3. Eixos para o desenvolvimento. 3.1. Propriedade de bens imateriais. 3.2 Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil. 4. Direito e política da concorrência. 5. A concorrência para o desenvolvimento. 6. Conclusões. 7. Referências

RESUMO

Tornando-se a inovação tecnológica moeda de troca após a Revolução Industrial por proporcionar meios capazes de atingir o desenvolvimento de uma nação, far-se-á oportuno analisar a capacidade de agregar valor a um produto ou serviço como forma de aumentar a competitividade. No entanto, com o crescimento do mercado e o consequente conglomerado de empresas, tornou-se pertinente a intervenção do Estado para garantir a efetiva regulamentação dos mercados através do controle de práticas abusivas à concorrência. Possuindo o governo brasileiro o escopo de acompanhar o desenvolvimento mundial, impetrou políticas de incentivo ao ambiente inovativo através da inserção de legislações, melhora na infra-estrutura, incentivo as parcerias público-privadas, entre outros fatores que serão analisados em consonância com a concorrência como meio para atingir o desenvolvimento.

ABSTRACT

Becoming technological innovation currency exchange after the Industrial Revolution by providing means for achieving development of a nation far will be opportune to examine the ability to add value to a product or service as a way to increase competitiveness. However, with market growth and the resulting conglomerate became relevant state intervention to ensure effective regulation of markets through the control of abusive practices on competition. Possessing the Brazilian government the scope to follow the global development, filed policies to encourage innovative environmental laws by inserting, improvement in infrastructure, encouraging public-private, among other factors which are analyzed in line with the competition as a means to achieving development.

Palavras-chave: Inovação Tecnológica. Desenvolvimento. Concorrência.

1. Introdução

Diante das transformações ocorridas após o período da Revolução Industrial com a substituição do referencial de riqueza dos bens corpóreos por incorpóreos, devido à descoberta de a aplicabilidade tecnológica agregar valor a um bem ou serviço, passou este a ser comercializado e assim a inovação tecnológica tornou-se moeda de troca, servindo inclusive de parâmetro para medir a capacidade de desenvolvimento de uma nação.

Constatou-se a partir de então, a probabilidade de Estados ainda em desenvolvimento adentrarem como competidores à ceara do mercado internacional por meio da inserção tecnológica na economia, que também alterou fatores como os relativos a concorrência e certa homogeneização cultural devido ao encurtamento das distâncias ocasionado pelo modelo organizacional de capitalismo. Para tanto, como forma de suscitar segurança jurídica as transações ocorridas dentro do cenário econômico de aldeia global foi instituído o Acordo Trips, que determina os padrões mínimos e objetivos que devem ser adotado por todos os países signatários da Organização Mundial do Comércio.

Desde o final do século XIX, o surgimento do Poder econômico privado já demandava a necessidade de criarem-se regras específicas para promover a manutenção e o funcionamento dos mercados. Com a internacionalização das empresas impulsionadas pela globalização econômica, a aplicação das leis antitruste no espaço passou a ser matéria de grande relevância uma vez que, muitas operações produziam simultaneamente efeitos em diversos nichos que poderiam desequilibrar as estruturas do livre mercado.

Dessa forma, procurar-se-á analisar qual o impacto que o direito da concorrência pode causar sobre o desenvolvimento de um país periférico como o Brasil, por considerar que a maioria dos modelos atuais de políticas anticoncorrenciais são oriundas de países desenvolvidos que possuem diferentes necessidades econômicas, sociais e culturais.

Justifica-se a escolha do tema por sua importância e atualidade, uma vez que se presencia o Estado voltado para o processo de integração regional, transformando-se em um estado intervencionista e fomentador de políticas em defesa econômica. Para tanto, uma vez que o estudo das legislações antitruste possui o liame de propiciar ambientes que assegurem a livre iniciativa e a livre concorrência, se valendo de agentes e medidas jurídicas que impeça a operação de praticas danosas ao sistema, estabelecerá qual o papel que a concorrência desempenha na promoção para o desenvolvimento nacional.

2. Inovação tecnológica e desenvolvimento

No período antes da Revolução Industrial corroboravam, no comércio, políticas voltadas para obtenção de bens advindos do sistema colonial, através da exploração de terras primitivas e de manufaturas convertidas em benefício do próprio Estado como forma de aglomerar riquezas, principalmente impulsionadas pela relação de poder existente com o acúmulo de bens corpóreos. Paradigmas que se modificaram, quando foi averiguada a possibilidade de desenvolvimento econômico atrelado a bens imateriais e este passou a ser considerado como uma moeda de troca, capaz inclusive de medir a capacidade de desenvolvimento de um Estado.

São reflexos de mudanças que retratam um novo ciclo de evolução, embasada no dinamismo tecnológico, que tem como matéria-prima para os meios de produção, o conhecimento, elemento dependente da criatividade. Portanto, após a Revolução Industrial passa a designar de acordo com o entendimento de Luiz Pimentel (1994, p. 27):

“O todo ou um setor organizado o conjunto de conhecimentos sobre os princípios e descobertas científicas; e processos industriais existentes ou antigos, fontes de poder e matérias-primas e métodos de transmissão e comunicação, considerados importantes para a produção ou o aperfeiçoamento da mercadoria e serviço”.

A partir de então, no momento em que foi introduzido o bem incorpóreo ao bem material, começou a ser implantado um novo modelo de comércio, transformando pesquisas científicas em lucro. Para melhores resultados, a comunidade científica e a estrutura empresarial estão aptas a prover uma concorrência tecnológica, através da geração de conhecimentos voltados para a produção, na qual o novo item, a tecnologia, se congrega constituindo um fator de produção. Para tais condições são atribuídas características especiais, como bem enfatiza Denis Barbosa (2003, p. 20):

“Sendo uma mercadoria, a tecnologia comportar-se-á como tal. Apesar da maior parte da tecnologia não ser produzida para a troca, pode ser negociada quando uma oportunidade econômica se apresenta. É importante adicionar a este respeito, a tendência mais recente de produção de tecnologias por si mesma; i.e, o emprego de tecnologia para a produção de novas tecnologias. Começam a aparecer institutos de investigação com objetivo de produzir tecnologia para seus clientes e compradores - verdadeiras empresas de tecnologia”.

Observou-se um avanço intenso nas relações econômicas quando ocorreu a segregação do processo capitalista com o desenvolvimento da pesquisa científica e da conseqüente inovação tecnológica, atividade esta conceituada de acordo com Frascati (2009, p.17)

“As atividades de inovação tecnológica são o conjunto de etapas científicas, tecnológicas, organizativas, financeiras e comerciais, incluindo os investimentos em novos conhecimentos, que levam ou que tentam levar à implementação de produtos e de processos novos ou melhorados. A P&D não é mais do que uma destas atividades e pode ser desenvolvida em diferentes fases do processo de inovação, não sendo utilizada apenas enquanto fonte de idéias criativas, mas também para resolver os problemas que podem surgir em qualquer fase até a sua implementação”.

Segundo Schumpeter, o capitalismo é por natureza um método de mudança econômica e nunca poderá ser estacionário. Entendimento no qual se constata as relações econômicas no atual mundo moderno, decorrentes de novos produtos, métodos de produção, transporte e modelos de mercados que foram adequados e originados de uma nova conjuntura industrial que, se desenvolve sobre a capacidade de inserir inovação nos procedimentos industriais de forma a desenvolver produtos e serviços com alto valor agregado. Passando a se considerar que o desenvolvimento de uma nação está intimamente relacionado à necessidade de ampliar mercados de bens e serviços produzidos através do desenvolvimento de novas tecnologias que tornem estes produtos mais competitivos e rentáveis.

Dentro da seara econômica o processo inovativo para SZRECSÁNYL (2004, p. 112) compreende que:

“Em termos econômicos, as inovações tecnológicas correspondem à aquisição e aproveitamento de novas tecnologias (conjuntos de conhecimentos técnicos) na produção e/ou distribuição de quaisquer bens ou serviços para o mercado. A nova maneira de produzir e/ou distribuir, bem como as novas mercadorias daí resultantes, sempre são um produto do desenvolvimento sequencial ou simultâneo de três processos correlatos, porém, distintos, a saber: a descoberta ou invenção, a inovação propriamente dita, e a sua difusão nas atividades econômicas”.

Ao referir-se a novas tecnologias quando envolvem P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) se diferenciam das demais atividades que visam a inovação por possuírem como características imprescindíveis a novidade e a incerteza científica e tecnológica, ou seja, não é algo comum ou lógico tecnicamente. Assim, para considerar inovação tecnológica, deve este ter sucesso no mercado, não podendo ser uma simples tecnologia, ou mesmo, uma mera invenção que, em grande maioria não chegaria ao mercado, ficando restrito aos centros de pesquisa.

Constata-se que foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que vários países adotaram políticas de investimento em P&D inclusive órgãos estatais, através de incentivos a pesquisa universitária, não permitindo, no entanto, que o setor privado monopolizasse o desenvolvimento de pólos industriais.

De acordo com o entendimento de Amartya Sen ao defender que o conceito de desenvolvimento não se reduz ao crescimento econômico, mas sim outros valores que envolvem o bem-estar e para atingir este ideal enfoca a necessidade de remoção de algumas fontes de privação de liberdade, como a *“pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”* (SEN 1999, p.18) Por entender que pela liberdade os indivíduos terão um maior progresso e em consequência influenciaram melhor o mundo, pois terão maior participação na sociedade e gerarão melhores mudanças que vão além da produção econômica, alcançando também as demais relações existentes nessa mesma sociedade. Para o ganhador do prêmio Nobel em 1993, Douglass C. North o desenvolvimento da sociedade esta interligado com as instituições, atenuando as incertezas causadas por *measurement e enforcement*, facilitando a coordenação social, política, jurídica e econômica.

Ressaltasse que mesmo sendo correntes doutrinárias divergentes são complementares segundo Sen ao entender que as instituições *“são meios eficazes de garantir e consolidar liberdades importantes para o processo de desenvolvimento”* (SEN 1999, p. 25). Neste sentido conceitua Carolina Munhoz (2006, p. 94) desenvolvimento como sendo:

“O desenvolvimento pode ser entendido como um processo de expansão das liberdades formais e substanciais dos indivíduos, para que estes possam desenvolver todas as suas potencialidades, o que por sua vez permite uma maior expansão das liberdades das pessoas, num ciclo virtuoso. Dentro desse processo, as instituições desempenham um papel muito importante, e sua promoção e/ou reforma poder ser um meio eficiente de promover o desenvolvimento”.

Mesmo entendendo ser o crescimento econômico apenas um dos componentes importante para atingir o desenvolvimento, é salutar analisá-lo por ser impossível de vislumbrá-lo sem que esteja acompanhado de inovações tecnológicas. Ainda porque o acréscimo da tecnologia é um ciclo de processos resultante de uma cadeia social e econômica de determinado Estado. Assim como, o sistema de Propriedade de bens incorpóreos aumentou a competitividade, através das novas estratégias de expansão internacional e o aumento global de investimentos em pesquisa e adequação das legislações.

Ocorreram mudanças que incluem a expansão dos institutos públicos de pesquisa, a massificação da educação universitária e a formação de uma cultura empreendedora também dentro das empresas, sejam elas de pequeno ou de grande porte. Pela vinculação mutuamente benéfica entre estas e as universidades e centros de pesquisa, que permitem uma circulação eficiente de novos produtos e tecnologias em virtude de uma proteção jurídica. Pois, consente que os detentores da pesquisa cooperem para uma circulação hábil de novos produtos, aptos a prover uma concorrência maior de mercados, pela necessidade de acompanhar a globalização e o mercado consumidor.

Sobre o tema disserta Pimentel (2005, p. 12) que:

“A expansão da indústria, o crescimento dos serviços como gerador de trabalho e o avanço na difusão do conhecimento (arte, literatura e ciência), juntamente com o desenvolvimento das tecnologias, projetaram a propriedade intelectual como uma riqueza importante do patrocínio das pessoas naturais e jurídicas. Ao lado dos bens materiais, cada vez tem mais valor os ativos intangíveis como as marcas, patentes e copyrights. A propriedade intelectual protegida pelo Direito permite a exclusividade da utilização do seu objeto, o que assegura um benefício econômico aos seus titulares”.

Destarte, ressalta-se que um dos aspectos que podem ser citados como mais salutar advindo da introdução tecnológica, neste período da história, por alguns doutrinadores, denominado de Era do Acesso, é a possibilidade de inserção das nações ainda em desenvolvimento como o Brasil e demais países, a exemplo, do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) como competidores na ceara internacional, devido ao incentivo á políticas econômicas e sociais para o desenvolvimento e a implantação de atividades inovadoras, para que dessa forma, ocorra o aumento da competitividade dentro da aldeia global.

3. Eixos para o desenvolvimento

O desafio para se alcançar o desenvolvimento abrange o crescimento de inúmeros componentes importantes, onde a economia e a concorrência são apenas um deles, não precisando necessariamente possuir relação com a melhoria dos níveis relativos ao Índice de Desenvolvimento Humano. No entanto, far-se-á importante a análise de como ocorre o crescimento econômico em paralelo a inovação tecnológica, pois esta é o liame entre resultados de centros de pesquisa, empresas, sociedade, políticas públicas de incentivo ao ambiente inovativo, o cumprimento às atividades que devem ser desempenhas em âmbito legislativo, executivo e judiciário. Como forma de conscientização que os bens da Propriedade Industrial e a regular concorrência de mercados desempenham promoção para o desenvolvimento.

3.1. Propriedade de bens imateriais

A preocupação em proteger juridicamente os direitos de propriedade intelectual, deu-se depois de suscitado o desenvolvimento tecnológico em alguns Estados e adquiriu grande valor econômico pelo incremento no fluxo comercial sem barreiras fronteiriças, o que demanda uma política homogênea devendo, portanto, as transações comerciais serem tratadas de forma igualitária no âmbito internacional, proporcionando maior segurança jurídica.

Para inserir inovação no ambiente produtivo, deve-se considerar propriedade de bens incorpóreos, a propriedade intelectual, o bem mais valioso das firmas e das nações. Pois é em paralelo a elas que as empresas podem agregar valor a seus produtos e serviços, por meio do aproveitamento econômico dos ativos imateriais e assim torná-los mais competitivos no mercado. Pois, possibilita titularidade e exclusividade ao inventor.

Complementa Barral (2007, p.21) ao dissertar que:

“Garante também uma posição econômica privilegiada e lícita nos mercados regionais ou nacional, para uma empresa em concorrência com outra, ao permitir a exclusividade de processo industrial, de comercialização de um produto ou serviço, de seu signo distintivo, de obra literária, artística ou científica”.

Um dos fatos que se pode considerar como marco para consolidação de uma legislação sobre propriedade de bens incorpóreos, de forma eficaz e una, deu-se através da regulamentação das relações econômicas e harmonização das políticas aduaneiras, para melhor tratar dos aspectos financeiros e monetários dos Estados. Assim, foi estabelecido em 1947 o Acordo sobre Pautas Aduaneiras e Comercio, GATT - Acordo Geral de Tarifas e Troca.

O Acordo do GATT estabelece padrões mínimos ao exercício da prática de direitos da propriedade industrial e do ponto de vista institucional houve a criação da OMC - Organização Mundial do Comércio. Com o objetivo de intermediar as relações mercantis entre os Estados-Membros.

A Declaração Ministerial de Punta Del Este foi assinada, dando início à Oitava Rodada ou Rodada do Uruguai que se caracterizou por estabelecer regras a setores antes excluídos e por instituir medidas de proteção para assegurar os direitos de propriedade a bens imateriais, constituído por legislações que foram divididas de acordo com a matéria a ser disciplinada, em normas denominadas de Anexo. Em um dos anexos, o Anexo 1C, referente ao acordo Trips/ ADPIC - Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio instituiu os direitos e deveres da Propriedade Industrial, gerando segurança jurídica nas relações econômicas e comerciais, incentivo as inovações tecnológicas e o fomento de políticas ao combate a violações que deprecie a eficaz e regular legislação de proteção aos bens imateriais.

Constata-se como bem menciona Rafael Dubeux (2010, p. 70):

“Com o acordo Trips, em 1994, consolidou-se um novo regime internacional de propriedade intelectual, com profundas alterações decorrentes da fixação de regras mais rigorosas. O novo regime impôs às nações em desenvolvimento a busca de novos mecanismos para estimular o progresso tecnológico, tais como modificações no tipo de educação ofertado e no papel dos institutos públicos de pesquisa, já que a simples cópia de produtos estrangeiros ficou restrita”.

Assim, o Acordo Trips objetiva garantir direitos ao autor inventor e o desenvolvimento da comunidade internacional sem que ocorram monopólios tecnológicos, consubstanciando no Art. 7:

“A proteção e a aplicação efetiva dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e divulgação de tecnologia, em benefício mútuo dos geradores e utilizadores dos conhecimentos tecnológicos e de um modo conducente ao bem-estar social e econômico, bem como para um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

O documento não impõe regras exclusivas para todos os Estados, mas sim padrões mínimos que sejam enquadrados em conformidade com os diferentes níveis de desenvolvimento dos países. Essas normas substantivas dos Tratados multilaterais impostos aos países signatários da OMC, para contribuir na inovação tecnológica em benefício de produtores e usuários de forma a garantir o bem estar sócio-econômico e um equilíbrio entre direitos e obrigações, evitando a exclusiva proteção aos interesses dos titulares.

3.2. Políticas de incentivo à inovação tecnológica no Brasil

O Direito Industrial no Brasil inicia-se com vinda da Coroa Portuguesa quando “o Príncipe Regente baixou alvará que, entre outras medidas, reconheceu o direito do inventor ao privilégio da exclusividade, por 14 anos, sobre as invenções levadas a registro na Real Junta do Comercio.” (COELHO 2009, p. 135) Este Alvará foi expedido em 28 de abril de 1809 por D. João VI, colocando o Brasil como a quarta nação mundial a possuir legislação acerca do tema.

Nacionalmente, a Lei n.º 9.279 de 1996, Lei da Propriedade Industrial, abarca alguns dos bens imateriais passíveis de propriedade como as patentes, marcas, desenho industrial e os modelos de utilidade. Para alguns doutrinadores, como o professor da UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina, Luis Otávio Pimentel, essa lei não gera segurança jurídica ao passo que deveria possuir princípios específicos e ao menos relação para com outras normas matérias civis, penais, trabalhistas, tributárias e de concorrência, juntamente a um arcabouço administrativo que possa definir a relação entre os usuários com os órgãos públicos do registro e suas possíveis atividades.

Pela Constituição Federal cabe ao Estado o papel de incentivar o mercado interno gerador do progresso nacional, ao estabelecer incentivos econômicos e culturais com vista à participação de agentes que controlem a circulação de bens e a concorrência desleal, corroborando com o arrolado no seu art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

Comungando com esse entendimento é que em 2004, com o lançamento da PITCE - Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior, o governo brasileiro colocou em marcha um conjunto de iniciativas voltadas ao enfrentamento dos desafios ao desenvolvimento produtivo, com a edificação de um moderno marco legal, formado pela Lei de Inovação (Lei 10.973/2004), pela Lei do Bem (Lei 11.196/2005), pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e pela Política de Desenvolvimento da Biotecnologia (Decreto 6.041/2007), com base no qual se criaram condições favoráveis à promoção da inovação no País.

Como bem avalia Rafael Dubeux (2010, p. 101):

“A Lei de Inovação previu o compartilhamento de laboratórios e equipamentos de instituições científicas e tecnológicas com as empresas; estabeleceu a possibilidade de assinar contratos de transferência de tecnologia, licenciando o direito de uso e de exploração de criação protegida; as instituições científicas ficaram autorizadas a prestar serviços relacionados à inovação para as empresas; permitiu-se a elaboração de contratos para pesquisa cooperativas; empresas privadas de propósito específico puderam ser constituídas com capital também da União ou das instituições científicas; e os pesquisadores ficaram autorizados a se licenciarem para exercer, em empresa privada, atividades ligadas à inovação”.

O principal desafio da Lei da Inovação é superar um equívoco cultural brasileiro que incumbiu somente às universidades toda a responsabilidade pelo desenvolvimento científico e tecnológico do país, enquanto, aos setores de produção caberia apenas incorporar e usufruir do conhecimento produzido. Em outros países, o desenvolvimento científico e tecnológico está devidamente atrelado às relações entre as universidades, empresas e sociedade, através de ações de P&D focadas nas necessidades e anseios das comunidades regionais, onde os recursos para financiamento das pesquisas são tanto de origem pública como privada e voltados para resolver problemas concretos e elaborar soluções que possam auxiliar o progresso econômico e social do país.

No contexto da PITCE foi criado o CNDI – Conselho Nacional de Desenvolvimento Industrial e a ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, como elos entre o setor público e o privado na procura de vencer desafios acerca do desenvolvimento produtivo, pautado sobre programas de compromissos a serem trilhados entre ambos os setores com o incentivo a inovação e desenvolvimento tecnológico para gerar qualidade na estrutura produtiva e competir nos mercados internacionais aumentando as escalas de exportações.

Com o objetivo de dar sustentabilidade ao ciclo de expansão produtiva gerado pelas ações desenvolvidas pela PITCE, no dia 12 de maio de 2008 o Governo Federal lançou o PDP – Programa de Desenvolvimento Produtivo. Onde dentre os desafios a serem executados por esse Programa destaca-se, novamente, de elevar a capacidade de inovação das empresas brasileiras como forma de aumentar a balança comercial.

A Carta Magna também indica as diretrizes norteadoras das políticas a serem adotadas pelos governantes para o progresso econômico e social do país. Nesse liame, outros mecanismos foram representados pela Lei da Inovação e pela Lei do Bem, que podem ser consideradas como verdadeiro marco entre a relação universidade-empresa no Brasil. Ainda, com objetivos de consolidar o progresso econômico e social, o governo brasileiro vem apostando em grandes investimentos através de vários planos de ação, principalmente, em setores de infra-estrutura, educação, ciência e tecnologia. Nestes moldes, lançou o PAC - Programa de Aceleração do Crescimento, que visa incentivos em obras estratégicas de infra-estrutura, colocou em prática o FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Nacional, entre outros.

As ações governamentais são de fundamental estima, pois a riqueza de uma nação depende da competência com que são explorados seus recursos e do aproveitamento de novas tecnologias para transferir ciência e gerar novas vantagens competitivas em relação aos mercados. A crescente importância em P&D é pré-condição para o desenvolvimento científico ou dominação das multinacionais e essas trajetórias tecnológicas são condicionadas pelo processo de transferência internacional de tecnologia, sendo hoje baseada na proteção de propriedade intelectual.

No âmbito do executivo com a criação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI¹, é que o Estado brasileiro corrobora com os princípios e alicerces elencados nas legislações internacionais. Como enfatiza Di Blase (2010, p. 45):

“O INPI tem por finalidade principal, executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a Propriedade Industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. É também sua atribuição pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial”.

Nas decisões para uso exclusivo do titular de algum bem passível de propriedade que, vai desde o tramite do pedido de registro e demais cumprimentos legais, deve-se haver celeridade no processo, pois uma tecnologia pode tornar-se obsoleta devido à demora para sua deliberação. Destarte citar que, cada região do Brasil possui tendências diferenciadas ao que tange a prospecção em relação à inovação tecnológica, em geral, relacionadas com a tradição da pesquisa, clima, fatores sociais, demandas de mercado, etc. Poderia ocorrer uma descentralização do instituto de registro, pelas demais capitais do Estado, permitindo a disseminação de serviços e a especialidade por regiões como forma de obter agilidade. De acordo com Barral (2007, p. 31):

“Os dados estatísticos permitem que não condiz com o número de funcionários e nem com o espaço físico de atendimento e arquivo. De outro lado, é impossível para a sociedade, pesquisadores e empresas acompanhar e fiscalizar a eficiência dos órgãos administrativos da propriedade intelectual quando as estatísticas são sempre atrasadas”.

O Brasil ainda possui um sistema carente de reestruturação, não apenas no executivo, mas inclusive no judiciário, dificultando que o país alcance o desenvolvimento sem que a sociedade solucione com celeridade seus conflitos, frente à necessária conscientização que a violação dos direitos de propriedade intangível possui custos que refletem em serviços e riquezas para a nação.

4. Direito e política da concorrência

As empresas foram se tornando grande conglomerados, fazendo surgir o poder econômico privado, no qual passou a se contrapor ao poder econômico público, exercido pelo Estado. O fortalecimento do Poder econômico privado demonstrou que o papel até então desempenhado pelo Estado Liberal não era suficiente para coibir estruturas monopolistas e atitudes anticoncorrentes e assim preservar os mercados. Oriundo dessa necessidade, o direito antitruste teve origem nos Estados Unidos, no final do século XIX, como maneira de contrariar a concentração e centralização do capital, que posteriormente passou a ser desafiada principalmente pelas economias alemã e japonesa pela perda de competitividade interna e internacional devido as empresas estadunidense. Fazendo-se necessário uma remodelação do sistema, adaptando-o à nova necessidade de poder econômico, possuindo

¹ Autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, responsável por Registros de Marcas, Concessão de Patentes, averbação de contratos de transferência de tecnologia e de franquia empresarial, e por registros de programas de computador, Desenho Industrial e indicações geográficas e outras.

“*habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor.*” (SALOMÃO FILHO 2002, p. 23)

A conceituação de direito da concorrência ainda não é unânime entre os doutrinadores. Podendo, ser entendido como um “*conjunto de regras e instituições definidas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência.*” (VAZ 1993, p. 243) Para outros doutrinadores pode conceituar-se como “*a legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios de base da ordem constitucional brasileira.*” (NUSDEO 2002, p. 63)

A falta de uma conceituação única deve-se ao fato de o direito da concorrência variar no tempo, entre os diferentes sistemas concorrenciais e correntes doutrinárias. Pois, o antitruste desempenha papéis diferenciados que oscilam de acordo com o ordenamento jurídico e diversos fatores que incluem o momento histórico.

Os modelos teóricos de concorrência vão desde o entendimento neoclássico, que entender ser o objetivo do antitruste a proteção do bem-estar do consumidor atingido através da eficiência econômica. Porém, bastante criticada, pois “*a eficiência é um valor que não apenas se sobrepõe, mas elimina qualquer outro objetivo que o direito da concorrência possa ter inclusive a própria existência da concorrência.*” (KOVACIC E SHAPIRO 1999, p. 13) Não sendo salutar nem mesmo a divisão de lucros com o consumidor, por meio da baixa de preços proporcional ao ganho de eficiência, considera-se ainda, o conceito fim desta teoria de ser apenas o bem-estar do consumidor, excludente de aspectos importantes como a adequada proteção da concorrência.

Contrapõe a teoria ordoliberal, ou mesmo Escola de Freiburg, que visa o controle de poder dos agentes e organizações econômicas como forma de regular o processo competitivo, essencial para o funcionamento de uma economia de mercado, defendendo que a ordem concorrenciais é “*um conjunto de regras jurídicas em uma sociedade na qual as decisões são tomadas de forma individual, e cujas ações são controladas e coordenadas pela concorrência no mercado.*” (STREIT 1997, p. 6) No entanto, a legislação antitruste pauta-se sobre o controle de estruturas, evitando-se ofertas concentradas, por estas estimularem condutas anticompetitivas e o controle de comportamentos coibindo o abuso de posição dominante ou a prática de concorrência desleal.

Em nível infraconstitucional no Brasil foi promulgada a Lei n.º 8.884/94 de 11 de junho de 1994, passando as autoridades concorrenciais a terem competência ao que tange o aspecto estrutural para possíveis reorganizações econômicas e institucionalmente através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a possibilidade de punir atos lesivos à livre iniciativa e à concorrência. Atualmente o Conselho é uma autarquia, o que lhe conferiu mais celeridade, maiores poderes e autonomia na prevenção e repressão às infrações da ordem econômica. Pois, “*as entidades autárquicas têm como característica o fato de ser um prolongamento do Poder Público; dessa forma, agem em condições idênticas às do Estado, sendo-lhes conferidos os mesmos privilégios e prerrogativas, uma vez que executam serviços próprios do Estado.*” (MEIRELLES 2001, p. 327)

Far-se-á importante diferenciar direito da concorrência como “[...] *the set of rules and disciplines maintained by governments aiming to counteract attempts to monopolize the market (and thus ensure that competition is guaranteed)*[...]”² (HOEKMAM E MAVROIDIS 2002, p.4) de política da concorrência que venha a ser “[...] *the broader set of measures and*

² Conjunto de regras e disciplinas mantidas para monopolizar o mercado, assegurando assim a manutenção da concorrência.

instruments that may be pursued by governments to enhance the contestability of markets".³ (HOEKMAM E MAVROIDIS 2002, p. 4)

Dessa forma, o direito da concorrência é apenas um dos componentes da política antitruste acompanhado da regulação a entrada e a saída de concorrentes no mercado, regulação e barreiras ao comércio. “*Os objetivos e prioridades da política de concorrência influenciam o desenvolvimento e a interpretação da legislação concorrencial.*” (EVENETT, apud. OLIVEIRA & RODAS 2004, p. 25)

A defesa da concorrência como meio para a proteção das estruturas de mercados, da livre concorrência, da livre iniciativa e da proteção dos consumidores, tutela assim, o bem-estar coletivo. A infração ao direito da concorrência pode ser considerada mais grave que a concorrência desleal, uma vez que ao infringi-lo, há prejuízos para o interesse coletivo, uma vez que desestabiliza as estruturas de mercado. A prática de atos que configurem concorrência desleal, por sua vez, viola tão somente o direito pertencente a outro indivíduo que atue em concorrência com seu ramo de atividade, por referir-se a atitudes tomadas entre os próprios comerciantes.

4.1. A concorrência para o desenvolvimento

A concorrência deve ser enfrentada como meio para o funcionamento eficaz do mercado, baseado em Adam Smith entende-se que esta é uma “*pré-condição que impede que a liberdade de escolha e de ação de indivíduos que agem em interesse próprio leve a anarquia, mas faz com que essa liberdade produza resultados econômicos não apenas ótimos, mas também desejáveis e sociavelmente justos.*” (LACHMANN 1999, p.3)

Dentre as funções da concorrência se podem elencar as funções econômicas, onde a competição coordena as funções de oferta e procura, fatores de produção, eficiência distributiva e impulsiona o progresso tecnológico, pois em um mercado competitivo é imprescindível inovação tanto de produtos como de processos produtivos.

Constata-se que os PEDs - países em desenvolvimento conseguiram suprir algumas falhas de mercado criado por escassez de iniciativa empresarial, capital ou tecnologia além de infra-estrutura deficiente com políticas industriais oriundas de iniciativa governamental. “*Tais intervenções voltavam-se principalmente para a mobilização de investimentos, a aquisição de conhecimento sobre tecnologias já existentes e de competitividade.*” (UNCTAD 1998, p.14) Até como maneira de gerar informações que possibilitem uma eficaz efetividade da política da concorrência, já que a ineficiente informação sobre lucros, custos de produção, comportamento dos consumidores, fatias de mercado dificultam a qualidade das decisões tomadas pelas autoridades.

Sobre este entendimento um estudo realizado pelas Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (1998, p. 2 - 20) tentando verificar os benefícios oriundos da aplicação de princípios do direito concorrencial e da política da concorrência sobre o desenvolvimento econômico destacou :

³ Conjunto mais amplo de medidas e instrumentos que podem ser utilizados pelos governos para intensificar a competição no mercado.

“Muitas vezes é ressaltada a dificuldade em mensurar alguns desses efeitos, principalmente em função da escassez de dados e de muitas evidências serem inconclusivas ou ambíguas. Também se aponta a existência, em alguns, de trade-off entre concorrência, eficiência estática e eficiência dinâmica. Entretanto, de maneira geral, o estudo conclui que as informações disponíveis confirmam os benefícios oriundos da concorrência.

Outra função fundamental das autoridades concorrenciais em muitos países tem sido a advocacia da concorrência, ou seja, a defesa da aplicação dos princípios concorrenciais na formação e implementação de políticas e medidas governamentais. Isso inclui a eliminação de regulações desnecessárias e a adoção das formas menos anticompetitivas para atingir diversos objetivos dessas políticas”.

Alguns doutrinadores não coadunam com a relação entre concorrência e desenvolvimento, nem considera que os países com legislação concorrencial estão em melhor patamar em relação à perspectiva de desenvolvimento do que aqueles que não o possuem, pois seus impactos dependem da sua disposição e a forma de sua aplicação. Correa (1999, p. 6) defende:

“A relatividade de qualquer argumento sobre a relação entre direito da concorrência e o desenvolvimento não impede que se explore como se pode abordar a dimensão do desenvolvimento na criação e implementação de tal direito. Diferentes modalidades de legislações concorrenciais podem afetar questões relacionadas ao desenvolvimento de forma variadas”.

Analisamos, porém, o desenvolvimento não apenas com a vinculação econômica, mas como forma de expansão da liberdade, através da iniciativa ou da escolha, visando proporcionar a melhor opção de conduta, na medida em que permite aos empresários, consumidores e trabalhadores transito no mercado de acordo com seu arbítrio, desenvolvendo assim suas potencialidades. Destaca-se o que Amartya Sen denomina de “facilidade econômica”, que representa as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, troca ou produção. No desenvolvimento como liberdade, a concorrência independe da geração ou não de efeitos econômicos, mas garante liberdades imprescindíveis para o processo. Entretanto, para que a concorrência possa desempenhar esse papel, são fundamentais regras jurídicas e políticas coerentes compatíveis com a realidade do Estado.

Para ocorrer um maior desenvolvimento tecnológico e expansão dos mercados, deverá atribuir maior ênfase à eficiência dinâmica, que corresponde à introdução de novos produtos ou processo produtivos, estruturas organizacionais mais eficientes, podendo proporcionar P&D como criação ou entrada de novos mercados, de forma a manter-se com privilégios para com os demais concorrentes, mesmo frente ao alto grau de incerteza. Possas (2002, p. 229) recomenda:

“[...] a utilização de critérios que buscam identificar a presença de diversos fatores que costumam acompanhar ou mesmo influir no esforço inovativo de sucesso. Entre esses critérios, estão o regime de apropriabilidade dos benefícios econômicos da inovação, a intensidade do progresso técnico no setor, a diversidade de novas fontes de conhecimento, além da necessidade de ativos e tecnológicas complementares que podem vir a justificar uma joint venture, fusão ou qualquer forma de aliança estratégica”.

O enfoque no aspecto dinâmico da concorrência interessa ao Brasil, pois uma das principais dificuldades encontradas pelas empresas é a enorme distância tecnológica existente em relação às nações desenvolvidas. A prioridade na eficiência dinâmica pode representar um instrumento importante para a redução desta desproporção, e o conseqüente aumento de produtividade da economia.

Com o passar dos anos e a conseqüente evolução tecnológica e científica tem-se constatado que a demanda por transferência e desenvolvimento tecnológico tem crescido mais lentamente nos países em desenvolvimento e não desenvolvido em relação à capacidade produtiva da maioria das atividades econômicas. Pois, Thiago Rocha (2007, p. 149) descreve:

“[...] o desenvolvimento de novas tecnologias requer grandes investimentos em pesquisas, excluindo assim os países mais pobres dessa relação. A partir dessa condição, qual seja, investimento para que seja produzida tecnologia, só resta aos países que não possuem recursos financeiros e tempo para investimentos em longo prazo adquirir tecnologias já desenvolvidas”.

Celso Furtado (2000, p. 83) acrescentou que para países possuidores de uma industrialização tardia e processos inovativos ainda prematuros deve-se ao fato de:

“[...] vivemos em uma era de incertezas, onde, em virtude das rápidas transformações que ocorrem na sociedade, a globalização atinge plenamente o que ele chama de mercados fundamentais: a tecnologia, os serviços financeiros, os meios de comunicação, os produtos ou bens de consumo em geral e as matérias-primas básicas, que operam hoje unificados. Ao mesmo tempo designa o processo de globalização como semelhante a um “imperativo tecnológico”, isto é, ninguém pode dela fugir. A globalização é conduzida pelo Ocidente, carregando fortes tinturas do poder político e econômico norte-americano, e é extremamente desigual em suas conseqüências”.

Muitos Estados, inclusive o Brasil utilizou-se de mecanismos e políticas industriais para incentivar o crescimento econômico como a oferta de créditos subsidiários para determinados ramos, à proteção nacional por meio de tarifas aduaneiras, quotas de importações, isenção tributária para importação de máquinas, equipamentos e insumos essenciais, apoio a exportação de produtos, tributação da exportação de itens com baixo grau de tecnologia e redução progressiva dos encargos para a alta tecnologia, benefícios tributários para a industrialização, etc. Evitando-se, contudo que Estados mais desenvolvidos utilizem de suas forças e de tratados bilaterais para impor suas vontades, devido à dependência tecnológica dos países pobres. Inclusive, a dependência tecnológica pode gerar vinculação econômica e social, principalmente quando a técnica é geradora de bem-estar social.

Ao que tange a defasagem estrutural nos processos produtivos, torna-se conexo ressaltar que atualmente, como denominado por alguns doutrinadores, dar-se a “monocultura de informações”, onde as nações desenvolvidas não exportam suas tecnologias de ponta para os países em desenvolvimento, mas as obsoletas e em geral com preços de mercado elevado frente a pouca expressão que estes possuem no incremento de tecnologia e pela probabilidade da geração de aperfeiçoamento a partir de algo já existente.

Far-se-á imprescindível a opinião do jurista Celso de Albuquerque Mello (2000, p. 1604) acerca da dependência dos países subdesenvolvidos:

“Um dos grandes problemas dos Direito Internacional Econômico e da nova ordem econômica internacional é a transferência de tecnologia que os países ricos só transferem aos pobres quando ela se encontra ultrapassada. [...] A transferência de tecnologia realizada na sociedade internacional não atende aos países pobres e sofre uma série de críticas: a) quando ela é realizada, não beneficia toda a sociedade do Estado, mas é feita apenas em proveito de uma filial ou subsidiária de uma empresa cuja matriz está no exterior. A transferência ficou restrita a verdadeiras ilhas no Estado pobre; b) a transferência é quase sempre de técnicas consideradas obsoletas; c) existe uma diferença entre “técnica” e “tecnologia” [...]. É claro que os países ricos preferem transferir a técnica e não a tecnologia; d) critica-se ainda que a tecnologia transferida nem sempre é a que atende às necessidades do desenvolvimento; e) o preço da transferência aumenta a dependência dos países pobres”.

Segundo a teoria schuperniana, o agente da inovação é o empresário, realidade que vem a sobrevir com as políticas do governo de parcerias pública-privadas instituída pela Lei da Inovação e, também podendo ser bem entendida pela teoria da hélice triplíce, onde se entende necessário a conjunção de empresa, universidade e governo.

Na prática, ainda que por motivos culturais, a sua aplicabilidade é restrita por faltar a conscientização de qual é o papel de cada instituição na sociedade brasileira, onde diferente de outras nações desenvolvidas os pesquisadores encontram-se inseridos nas empresas e não em sua maioria nas universidades, pois para as firmas adentrarem no campo competitivo internacional e pautadas sobre incentivos tecnológico, por precisarem acompanhar o *time to market*. Rafael Dubeux (2010, p. 73) considera que:

“[...] mesmo para formar mão de obra qualificada para trabalhar em centros de pesquisa empresariais, é útil alguma aproximação da universidade com os interesses mais imediatos das indústrias locais e mesmo das práticas de pesquisa e desenvolvimento. Por certo, é relevante a preocupação com não mercantilar as instituições públicas, mas a realidade das universidades brasileiras é bem diversa. Em rigor, há uma separação contundente entre os centros públicos de pesquisa e as empresas privadas, com raras exceções. Uma aproximação entre esses atores, aparentemente, poderia gerar resultados significativos”.

No Brasil, as universidades primeiramente tiveram como função principal o ensino, porém, mesmo com o distanciamento que ainda existe com o setor empresarial possuem atualmente o papel de promotores da pesquisa. Nacionalmente, a produção científica provém das universidades públicas federais e estaduais, cabendo às instituições particulares papel secundário. Porém, são estimativas que já previam alterações no cenário acadêmico, que vão desde a preocupação de até onde tecnologias e pesquisas podem ser negociáveis e terem fins lucrativos e a necessidade de proteger estes conhecimentos até mesmo na busca de patrimonializar o acervo de cada instituição acadêmica, inclusive para demonstrar resultados para a sociedade e, a capacidade de investigação do centro de pesquisa. Federman ressalta que (2006, p. 96):

“Entre as principais características de uma universidade estão a geração de conhecimento e a liberdade de pesquisa. Para tanto, é imprescindível a publicação de artigos como forma de comprovar que esses objetivos estão sendo alcançados.[...] Quanto mais publicações, mais valorizado ele é. [...] Até então não era cobrado da universidade a proteção do conhecimento produzido, apenas a publicação dos trabalhos desenvolvidos, mesmo porque, desde a Idade Média, a pesquisa não pode contaminar-se com o lucro, que é característico da atividade empresarial. A filosofia adotada para uma universidade que apenas se preocupa em publicar artigos está pouco a pouco sendo acrescida de um outro ponto bastante importante: a necessidade de proteger o conhecimento produzido através do depósito de patentes”.

Pela experiência de outras nações já se comprovou que o processo de inovação tem sua sustentação fundamentada em uma base educacional, em políticas públicas adequadas e continuada que contemplem aspectos regulatórios, fiscais e financeiros; em empresários inovadores e na existência de um aparato jurídico seguro que incentive e atraia investimentos para o setor produtivo.

Diante a impossibilidade dos mercados funcionarem sempre regularmente, pois são imperfeitos, ocorre à probabilidade de intervenção ou de regulação pelas instituições jurídicas. É papel do Direito diminuir esses custos de transação. O que se pode afirmar, inclusive, é que, pelo menos dentro de uma perspectiva econômica, quanto mais desenvolvidas as instituições, mais propício é o ambiente para seu natural desenvolvimento, pela diminuição dos custos de transação. Pois, quanto mais sólidos os tribunais e as agências reguladoras e quanto mais íntegras e previsíveis o sistema jurídico de um país (garantindo a concorrência, a propriedade e os contratos empresariais), melhores são suas instituições.

Ao que alude a concorrência, esta proporciona maior segurança às relações entre os agentes econômicos, pois organiza as regras de conduta, reduzindo as incertezas, facilitando as relações econômicas e sociais, o que influencia muito a forma como a matriz institucional, e, portanto, o desempenho econômico, vai evoluir. Ao passo que também fortalecem as instituições do mercado, por tornar mais evidente as regras de relacionamento entre os agentes econômicos no mercado, aumentando a confiança e a previsibilidade.

5. Conclusões

Pode-se observar que depois de averiguada a possibilidade de agregar valor a um produto ou serviço para aumentar a competitividade de um Estado, na ceara da concorrência mundial, tornou-se a tecnologia referencial para o desenvolvimento de uma nação.

Um dos objetivos elencado pelo Acordo Trips é a ocorrência de benefícios mútuos entre as nações para que não ocorram países apenas geradores ou utilizadores dos conhecimentos tecnológicos, de modo a evitar um monopólio de informações. No entanto, devido à diferença de desenvolvimento entre Estados ao que tange os centros de pesquisa, educação, infra-estrutura, políticas governamentais e até mesmo uma cultura empreendedora, constata-se a monocultura do conhecimento, onde os países mais desenvolvidos são os detentores das tecnológicas de ponta, transferindo aos demais tecnológicas obsoletas a custos altos.

A ênfase na eficiência dinâmica seria uma alternativa para aumentar o desempenho dos mercados pela melhora da escala produtiva, por representar um instrumento importante para a redução da distância existente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, pois a superação da desproporção tecnológica constitui um dos maiores desafios a serem enfrentados pelas economias. Assim como a possível transferência

tecnológica entre os Estados voltados para a realização de P&D não apenas com o escopo do crescimento de mercado, mas também como cooperação aos PEDs.

No Brasil, em âmbito legislativo, principalmente a partir da década de 90, adentraram no arcabouço legislativo, algumas leis com o escopo de incentivar tanto a inovação tecnológica como a regulação dos mercados através da Lei da Concorrência. Sendo, portanto muitas vezes resultado de pressão de multinacionais que possuem interesse na dependência dos países mais pobres com os mais ricos, como avaliado por alguns doutrinadores sobre a Lei da Propriedade Industrial. Cabendo a cada nação articular suas legislações de forma a aproveitar as benéficas para sua própria sociedade.

Em plano executivo, o INPI de forma cada vez mais acentuada necessita obter celeridade e transparência nos critérios utilizados pelos examinadores do Instituto, devido o processo para deliberação de exclusivo do titular se tratar de tecnologia não pode ocorrer em tempo ocioso, frente à tecnologia tornar-se obsoleta para o mercado que necessita acompanhar o *time to market*. Ao que refere-se ao CADE, considera-se salutar ser uma autarquia ao passo que lhe conferiu mais celeridade, maiores poderes e autonomia na prevenção e repressão às infrações da ordem econômica, principalmente porque é impossível desenvolvimento nacional sem uma resposta rápida das autoridades por impedir um aproveitamento rentável as práticas de mercado.

Ao que alude o poder judiciário e demais aplicadores do Direito, verificar-se na atualidade uma defasagem em relação a esses agentes e o conhecimento insuficiente acerca da matéria, ao devido funcionamento do mercado onde incidem as relações tecnológicas, científicas e concorrenciais. Constatou-se o Brasil como possuidor de um sistema carente de reestruturação, dificultando o desenvolvimento frente à inoperância da sociedade para solucionar com celeridade seus conflitos. Podendo espelhar-se em modelos de outros Estados que integraram um sistema jurisdicional especializado, pautado sobre o conceito de segurança jurídica, possibilitando a aplicação mais efetiva da lei frente à necessária conscientização que a violação dos direitos de propriedade intangíveis e de práticas que ferem a livre concorrência reflete em serviços e riquezas para a nação.

Quando se referir ao desenvolvimento com sua noção ampla, a concorrência desempenha importância por garantir liberdades essenciais ao processo de expansão, ao permitir que a modelagem institucional esteja ligada ao funcionamento de mercado proporcionando maior fomento e garantia aos agentes econômicos.

Conclui-se ainda, a necessidade de uma promoção da cultura concorrencial e propulsora da conscientização não apenas perante os atuantes no mercado, mas também perante a sociedade, através de debates públicos voltados a acadêmicos, advogados, membros do Poder Judiciário, agentes econômicos, sobre o que constitui a concorrência e quais são seus benefícios e as implicações de medidas que dificultam o processo competitivo. Ações consideradas essenciais para a promoção do desenvolvimento tecnológico a partir da iniciativa privada, da independência da autoridade concorrencial em relação à Administração Pública, de forma a conceder maior credibilidade e impedir pressões políticas e burocráticas no exercício de suas funções, mas também da adoção do modelo da hélice tríplice com as parcerias público – privadas, pois quanto mais desenvolvidas as instituições mais propício é o ambiente para o desenvolvimento.

6. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução á Propriedade Intelectual*. 2 ed. Ver. E ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARRAL, Weber; PIMENTEL, L.O. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. *Acordo sobre o Comércio - Direitos da Propriedade Intelectual*. Disponível em: < http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en|pt&u=http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALFOLK/v05/undervisningsmateriale/vedlegg_emberland.doc&prev=/translate_s%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3DAcordo%2Btrips%2Banexo%2B1C%26sl%3Dpt%26tl%3Den>. Acesso em: 08 fev 2011

CORRÊA, C. Competition Law and Development Policies. Boletín Latinoamericano de Competencia. N. 8, setembro de 1999. Disponível em: < <http://europa.eu.int/comn/dg04/interna/other.htm>. Acesso em 10 fev 2011.

DI BLASE, Gabriel. *A propriedade industrial*. 3ed. São Paulo: Forense: 2010.

DUBEUX, Rafael Ramalho. *Inovação no Brasil e na Coréia do Sul: os efeitos do novo regime internacional de patentes sobre as estratégias de desenvolvimento econômico*. Curitiba: Juruá, 2010.

FEDERMAN, Sonia regina. *Patentes: desvendando seus mistérios*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

FURTADO, C. *O capitalismo global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HOEKMAN, B.; MAVROIDIS, P. C. *Economic Development Competition Policy and the WTO*. 2002. Disponível em: < http://econ.worldbank.org/files/20844_wps2917.pdf>. Acesso em: 10 fev 2011.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking*. Competition Policy Center. University of California, Berkeley. Working Paper n. CPC99-09. Disponível em: <<http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>>. Acesso em: 10 fev 2011.

LACHMANN, W. *The development Dimension f Competition Law and Policy*. UNCTAD Series on Issues in Competition law and policy. New York and Geneva: United Nations, 1999. Disponível em: < <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/cpdevdimension.pdf>>. Acesso em: 10 fev 2011.

MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros: 2001.

MELLO, C.D. de A. *Curso de Direito Internacional Público*. 12.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000. Vol. II.

MUNHOZ, Carolina P. B. *Livre Concorrência e promoção do Desenvolvimento*. In: *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux: 2006.

NUSDEO, A. M. de O. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OECD. *Manual de Frascati: Proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental*. (Trad.) *More than Just Words* (Portugal). Coimbra: F-Iniciativas, 2007.

OLIVEIRA, G.; RODAS, J.G. Direito e Econômica da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

PIMENTEL, L. O. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, W. (Org.). Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005

PIMENTEL, Luiz Otávio . Direito Industrial.. São Paulo: s.n., 1994

POSSAS, M. L. Economia normativa e eficiência. In: POSSAS, M.(Org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002

ROCHA, Thiago. Proteção da propriedade intelectual pelo Trips e transferência de tecnologia. In: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Boiteux, 2007

SALOMÃO FILHO, C. Direito Concorrencial – as estruturas. 2.ed. São Paulo:Malheiros, 2002

SBICCA, Adriana; PELAEZ, Victor. Sistemas de Inovação. In: PELAEZ, Victor; SZMRECSÁNYI, Tomás (Orgs.). Economia da Inovação Tecnológica. São Paulo: HUCITEC, 2004.

STREIT, M.E. Economic Order, Private Law and Public Policy – The freiburg School of Law and Economics in Perspective. Journal of Institutional and Theoretical Economics. V. 148, n. 3, p. 675-704. September, 1992.

UNCTAD. Empirical evidence of the benefits from applying competition Law and policy principles to economic development in order to attain greater efficiency in international and development. TD/B/COM.2/EM 10/Rev. 1. July, 1998. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs/c2emd10r1.en.pdf>>. Acesso em: 10 fev 2011-02-20

VAZ, I. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993

DOUTRINAS

Os fundos de *private equity* e o direito
concorrencial brasileiro

OS FUNDOS DE *PRIVATE EQUITY* E O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Anderson Jardim D'Avila*

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
Diplomado em *International Mergers and Acquisitions* pela New York University. Advogado.
Pós-Graduando em *Direito Empresarial* pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
E-mail: adjdavila@mattosfilho.com.br

1. Introdução. 2. Os fundos de *private equity* no Brasil. 2.1. O desenvolvimento dos fundos de investimentos no país. 2.2. A utilização dos fundos de *private equity* nas operações de fusões e aquisições. 3. O direito concorrencial brasileiro e os fundos de *private equity*. 3.1. Controle de estruturas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. 3.2. Análise de operações envolvendo fundos de *private equity*. 4. Conclusões. 5. Referências.

RESUMO

Nos Estados Unidos, país percursor do direito *antitrust*, os “*private equity club deals*”, conhecidos no Brasil como fundos de investimentos, têm gerado inúmeras controvérsias acerca dos potenciais riscos de prejuízos ao ambiente concorrencial.¹ Entretanto, no Brasil, em razão da matéria ser relativamente nova no país, as questões a respeito dos fundos limitam-se, academicamente, à necessidade de notificação das operações de concentração envolvendo tais fundos, em especial os de *private equity*. Em razão disso, o propósito desse trabalho é demonstrar, a partir da revisão da literatura nacional e estrangeira, as questões concorrenciais que incluem os fundos de investimentos, inclusive aquelas ainda não apreciadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

ABSTRACT

In the U.S., the country slapper of antitrust law, the *private equity club deals*, known as investment funds in Brazil, have started numerous controversies regarding the potential risks of harm the competitive environment. However, in Brazil, this matter is relatively new in the country, and the questions regarding investments funds are limited, academically, to the need for submission to the Competition Authorities the mergers and acquisitions involving such funds, in particular the private equity and venture capital ones. For this reason, the purpose of this paper is to analyze, from a review of national and foreign literature, the competition issues concerning investment funds, including those not yet submitted and analyzed by the Administrative Council for Economic Defense.

Palavras-chave: Fundos de Investimentos – *Private Equity* – Controle de Estrutura – Fundos de Investimento e Concorrência – Riscos à concorrência.

* Agradeço aos colegas do gabinete do Cons. Olavo Chinaglia, em especial, pelos comentários e sugestões feitos ao artigo durante o Intercâmbio.

1 BARRACHDI, Faysal. Private equity 'Club Deals' and European Competition Policy. P.5. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137085>. Acesso em 20 fev, 2011; BAILEY, Elizabeth M. Are Private equity Consortia Anticompetitive? The Economics of Club Bidding. Antitrust Source, Abril, 2007. Disponível em: < www.mmc.com/knowledgecenter/NERA_AT_200705.pdf>. Acesso em 10 fev, 2011.

1. Introdução

Uma alternativa de financiamento para as empresas em geral consiste no aporte de capital do tipo *private equity*. A experiência americana, pioneira nesse tipo de operação, mostra que se trata de uma eficiente alternativa para alavancar a participação privada no conjunto dos gastos necessários para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Esse tipo de financiamento, já tradicional nos Estados Unidos, vem crescendo acentuadamente nos últimos anos nos países europeus e em algumas economias em desenvolvimento, como a brasileira.

No Brasil, é perceptível uma grande tendência da participação de fundos de *private equity* - especializados em comprar participações em empresas - em operações de fusões e aquisições. Operação recente no país foi a aquisição de 63,6% das ações da CVC Turismo pelo Fundo americano Carlyle, prospectando que a empresa dobre de tamanho até 2015.

Dentre outras iniciativas, os fundos de investimentos tornam-se objeto de estímulo em vários países, na medida em que são percebidos como um dos mecanismos mais diretos e eficientes de aproximação entre investidores e empresas.²

De qualquer sorte, embora tipicamente utilizados como alternativas de financiamento, o aporte de recursos nas empresas investidas é concretizado, normalmente, a partir das tradicionais operações societárias, através das quais os fundos de investimentos ingressam, na maioria das vezes, como sócios - seja como quotista ou acionista - de determinada empresa.

Em razão disso, apesar de ser utilizada usualmente a expressão de investimento financeiro, tem-se que atentar para a peculiaridade dessas operações, já que muitas vezes esses fundos, além de simplesmente oferecer a capitalização de determinada empresa, acabam também se envolvendo diretamente nos seus negócios.

Assim, a análise dos fundos de *private equity* e *venture capital* de uma perspectiva concorrencial requer conhecimento do direito *antitrust*, em especial para entender sobre as hipóteses nas quais esses “investimentos” serão suscetíveis de aprovação dos órgãos de defesa da concorrência.

Além disso, embora sem nenhum dado empírico sobre essa hipótese, até mesmo por se tratar de uma operação relativamente nova no país, a atuação dos fundos de investimentos merece, ainda, especial atenção quanto às hipóteses de tais fundos poderem exercer uma determinada influência sobre certos mercados.

Veja-se, aqui, que a primeira operação envolvendo fundos de investimentos, apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, ocorreu em 2001, e se discutiu, unicamente, a necessidade de submissão de operações envolvendo fundos de investimentos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Entretanto, mesmo sem um posicionamento definido e com inúmeras divergências que se enfrentaram na última década, já em 2007, o então presidente João Grandino Rodas³ já referia a necessidade de especial atenção aos fundos que compram participações minoritárias em diversas empresas de um mesmo setor, causando, potencialmente, problemas concorrenciais.

2 CGEE. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Capital de risco e desenvolvimento tecnológico no Brasil: experiência recente e perspectivas. 2003. Disponível em: <<http://www.venturecapital.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2011.

3 RODAS, João Grandino. Direito da Concorrência não deve ser fonte de intervenção. [1 de fevereiro, 2007]. São Paulo: Espaço Jurídico BM&F Bovespa. Entrevista concedida a Andréa Háfez. Disponível em: <<http://te.bovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/070201NotA.asp>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

Posteriormente ao estabelecimento dessas bases teóricas, valendo-se do instrumental adquirido, far-se-á um estudo do programa brasileiro de leniência com foco na identificação do sistema de incentivos e desincentivos por ele criado, com a necessária referência ao quadro normativo pertinente. Eis o estudo.

2. Os fundos de *private equity* no Brasil

2.1. O desenvolvimento dos fundos de investimentos no país

Nos últimos anos, tem-se verificado um “boom” no mercado de capitais brasileiro, em especial na indústria de *private equity* e *venture capital*. A indústria desses fundos vive um momento de intensa expansão e consolidação na economia brasileira, atuando ativamente no movimento de fusões e aquisições no país, tendo apresentado um crescimento progressivo nos últimos anos, passando de 11% em 2006 para 42% em 2010.⁴

A experiência internacional das últimas décadas mostra que a modernização dos sistemas financeiros das economias mais bem-sucedidas tem implicado acentuado crescimento do mercado de capitais, com o forte aumento da importância de mecanismo e instrumentos de mobilização e direcionamento de recursos, em paralelo com modos mais eficazes de administração e distribuição de riscos.⁵

Conforme se pode extrair de entrevista recentemente dada por um dos maiores especialistas do tema, MATTOS FILHO⁶, a ideia fundamental do mercado de capitais é a de transferir recursos – o que ele define como poupança – daqueles que a detêm para os que dela necessitam, visando à viabilização de novos investimentos.

Nesse contexto, como alternativa para o financiamento de empresas, dado que sozinhas elas não teriam recursos para investir nos seus próprios negócios, emergem novas alternativas de captação financeira, como os fundos de investimentos.⁷

Com isso, pode-se entender a real importância desses fundos de investimentos para o desenvolvimento econômico da atividade empresarial. De acordo com ROCCA, países que tenham um sistema financeiro mais eficiente, no qual o mercado de capitais atua ativamente na mobilização e alocação de recursos para o setor produtivo, apresentam maiores condições para promover o seu crescimento.⁸

Importante observar ainda que, embora comumente se fale em fundos de investimentos para se referir aos fundos de *private equity*, tratam-se de termos distintos. Como gênero, o Fundo de Investimento “é uma comunhão de recursos, captados de pessoas físicas ou jurídicas, com o objetivo de obter ganhos financeiros a partir da aplicação em títulos e valores mobiliários”.⁹

4 PWH. Fusões e Aquisições no Brasil. Novembro de 2010. PricewaterhouseCoopers. Disponível em: <<http://www.pwc.com/br/pt/estudos-pesquisas/assets/relatorio-ma-nov2010.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

5 ROCCA, Carlos Antônio. Soluções do Mercado de Capitais para o Crescimento Sustentado. José Olympio, Rio de Janeiro, 2004.

6 FILHO, Ary Oswaldo Mattos. Uma nova relação com o Mercado de Capitais. [Maio de 2008]. São Paulo. Entrevista concedida a Carlos Costa. Disponível em: <[http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7228/Ed.%2009%20-%20Artigo%20-%20Ary%20Oswaldo%20Mattos%20Filho%20\(site\).pdf?sequence=1](http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7228/Ed.%2009%20-%20Artigo%20-%20Ary%20Oswaldo%20Mattos%20Filho%20(site).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 19 fev. 2011.

7 Cabe observar que os fundos de investimentos não são as únicas alternativas que as empresas encontram para captar recursos necessários para o seu desenvolvimento. Outras formas de alavancamento têm sido viabilizadas em decorrência do aprimoramento do mercado de capitais brasileiro, como os financiamentos estruturados, em especial o Project Finance e Leveraged buy-out, emissão de ações, etc. Todas essas alternativas que viabilizam que a empresa capte recursos no mercado financeiro.

8 ROCCA, Carlos A. Mercado de Capitais eficientes: condição para o crescimento sustentado. XVI Fórum Nacional Economia do Conhecimento, Crescimento Sustentado e Inclusão Social. Rio de Janeiro, maio de 2004.

9 CVM. Portal do Investidor. Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Investidor/Ondeinvestir/Tiposdeinvestimentos/tabid/86/Default.aspx?controleConteudo=viewRespConteudo&ItemID=150>>. Acesso em 19 fev, 2011.

Os fundos de *private equity* utilizam alguns tipos de veículos de investimento para se estruturarem legalmente, entre eles os *limited partnership (LP)*, as empresas de participação (*holdings*) e, principalmente, os fundos de investimento.¹⁰

São inúmeros os tipos de fundos previstos pela Comissão de Valores Mobiliários, sendo que os mais ofertados ao público estão descritos na Instrução da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nº. 409/2004.

Nesse sentido, EIZIRIK ensina que “*existem diversas espécies de fundos de investimentos, de acordo com a composição de suas carteiras, tendo cada um deles características próprias e sendo regulados por normas específicas*”.¹¹

Dentre eles, pode-se referir, a título exemplificativo, o Fundo Mútuo de Investimento em Empresas Emergentes, o Fundo de Investimentos em Títulos e Valores Imobiliários (FITVI) e o Fundo de Investimento em Participações.

Uma vez definido o que é um fundo de investimento, resta saber o que é um fundo de *private equity*. Essa definição não é algo lógico como se poderia pensar. Esse tema, além de ser pauta na análise concorrencial, em especial no controle de estruturas, é um tema que está longe de ser esgotado, inclusive pela literatura estrangeira.¹²

A dificuldade em reconhecer um fundo de *private equity* reside, especialmente, na sua similaridade com outros fundos de fundos, em especial os fundos de investimento coletivo. Dentre as várias características comumente compartilhadas com outros fundos, os *private equity* são muitas vezes referidos como “*equity não cotado em bolsa*”.¹³

Os fundos de *private equity* são compostos por investidores que fazem investimentos diretamente em empresas privadas ou, na visão americana, na aquisição de empresas públicas que resultam em um cancelamento do seu registro como patrimônio público.¹⁴

O capital de *private equity* é gerado a partir de investidores de varejo e institucionais, e pode ser usado para financiar novas tecnologias, expansão de capital de giro, viabilizar aquisições, ou até mesmo para reforçar o balanço da empresa receptora do investimento.

2.2. A utilização dos fundos de *private equity* nas operações de fusões e aquisições

Historicamente, todas as operações de fusões e aquisições envolveram, como de costume, uma empresa adquirente e uma empresa alvo. Contudo, nos últimos anos, tem-se verificado um crescimento no número de empresas financiadoras desse tipo de atividade e sua importância na viabilização dessas operações.¹⁵

10 CARVALHAES, Marcelo La Motta. Análise de fundos de investimento em participações com aplicações em empreendimentos imobiliários. Tese de Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Mono_MarceloLMC.pdf>. Acesso em 19 fev, 2011.

11 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádma B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUE, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais e Regime Jurídico. 2ª. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 96

12 Nos Estados Unidos, por exemplo, já se discutiu a diferença dos Fundos de Private equity de outras formas de investimento financeiro. Ver: BARRACHDI, Faysal. Private equity ‘Club Deals’ and European Competition Policy; BAILEY, Elizabeth M. Are Private equity Consortia Anticompetitive? The Economics of Club Bidding.

13 BARRACHDI, Faysal. Private equity ‘Club Deals’ and European Competition Policy. P.5. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137085>. Acesso em 20 fev, 2011.

14 LEVIN, Jack S. Structuring Venture Capital, Private Equity and Entrepreneurial Transactions. Aspen Nova York: Publishers, 2004. P.3

15 CHEFFINS, Brian; ARMOUR, John. The Eclipse of Private equity. Law Working Paper no. 82. Abril, 2007. P: 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=982114>>. Acesso em 20 fev, 2011.

Inclusive, várias transações são comumente classificadas como “*private equity*”, simplesmente em razão da captação dos recursos do fundo se dar de forma privada e o aporte realizado ser feito em empresa não listada na bolsa.

Isso inclui, por exemplo, o financiamento de empresas “*start ups*”, conhecidas também como *venture capital*, aplicação de recursos em um negócio existente para ajudar na sua expansão, os “*development capital*”, aquisição do controle de companhias, seja de capital aberto ou fechado, operação também conhecida como “*management buyouts*”, etc.¹⁶

Mesmo que o termo *private equity* seja utilizado para diferente tipo de operações, nos últimos anos ele passou a ser associado com a aquisição de empresas, servindo como uma fonte de financiamento na qual há uma maior assunção de riscos por parte dos investidores, que aportam capital em empresas, melhorando o seu balanço e chances de crescimento.

Dessa forma observava TITERICZ, ao referir que o termo *private equity* é comumente utilizado como conceito genérico, referindo-se, segundo ele, a investimentos em participações acionárias fechadas, independentemente do estágio de desenvolvimento em que se encontre a empresa. No entanto, como o mesmo autor observou, é consenso que esse tipo de investimento é direcionado à empresas já estabelecidas ou em expansão.¹⁷

Conforme referido no início desse trabalho, a intervenção de fundos de *private equity* tem apresentado um crescimento progressivo nos últimos anos, passando de 11% em 2006 para 42% em 2010.¹⁸ Nesse sentido, um estudo da Harvard Business School demonstrou que esses fundos têm atuado fortemente no financiamento das operações de fusões e aquisições.¹⁹

Segundo eles, esses fundos, usualmente, (i) levantam uma grande quantia de capital de investidores; (ii) adquirem empresas que demandam esse tipo de aporte; (iii) aumentam os incentivos para os gestores da empresa operadora; (iv) substituem a diretoria da empresa pelos sócios dos fundos de PV; (v) gerenciam a empresa adquirida para a geração de um melhor fluxo de caixa; (vi) revendem a empresa adquirida no prazo de 3 a 5 anos, com um maior ganho de capital superior ao aporte feito inicialmente.

Dessa forma, percebe-se que a relação dos fundos de *private equity* com as operações de fusões e aquisições estão relacionadas, em especial, com uma característica peculiar desse tipo de fundo, que é a sua temporalidade.

Conforme asseverou MEIRELLES, os fundos de *private equity* são segmentos do mercado financeiro, conforme referido anteriormente, que consiste, fundamentalmente, no aporte temporário de capital, em especial através da aquisição de empresas com potencial crescimento e expectativa de grande valorização.²⁰

Nesse sentido, os fundos de *venture capital* guardam essa mesma característica. Entretanto, as diferenças entre esses fundos, pelo menos do ponto de vista jurídico – em especial da necessidade de submissão ao CADE de operações envolvendo tais fundos – é estritamente do ponto de vista financeiro.

16 CHEFFINS, Brian; ARMOUR, John. The Eclipse of Private equity. Law Working Paper no. 82. Abril, 2007. P: 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=982114>>. Acesso em 20 fev, 2011.

17 TITERICZ, R. Caracterização dos Fundos de Investimento de Capital de Risco Brasileiro. Tese de Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Santa Catarina. Santa Catarina, 2003. Universidade Federal do Santa Catarina.

18 PWH. Fusões e Aquisições no Brasil. Novembro de 2010. PricewaterhouseCoopers. Disponível em: <<http://www.pwc.com/br/pt/estudos-pesquisas/assets/relatorio-ma-nov2010.pdf>>. Acesso em: 19 fev, 2011.

19 FRUHAN, William E. The Role of Private equity Firms in Merger and Acquisition Transactions. Harvard Business School. Rev: Abril 21, 2010. P.1.

20 MEIRELLES, Jorge Luís; JÚNIOR, Tabajara Pimenta; REBELATTO, Daysa Aparecida do Nascimento. Venture Capital e Private equity no Brasil: alternativa de financiamento para empresas de base tecnológica. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a03v15n1.pdf>>. Acesso em 20 fev, 2011. P. 13.

Isso porque, o que torna o *venture capital diferente* do *private equity*, basicamente, é o estágio de desenvolvimento da empresa receptora do aporte de capital-investimento. Enquanto que os fundos de VC são direcionados, em especial, para empresas que se encontram em estágio inicial de desenvolvimento, proporcionando uma participação mais ativa dos gestores dos fundos, os fundos de PE são usualmente utilizados como sinônimo de alocação de recursos em empresas amadurecidas.²¹

De qualquer sorte, essa é uma definição que não tem sentido prático, pelo menos do ponto de vista jurídico. Como será analisado a seguir, para fins concorrenciais, importará saber se fundo de investimento – seja de *private equity* ou *venture capital* – interfere na administração da sociedade alvo dos investimentos.

Além disso, importante lembrar que tais fundos são estruturados a partir das instruções normativas da CVM, as quais, individualmente, prevêm uma estrutura própria para cada tipo de fundo – com ou sem intervenção dos cotistas na gestão do fundo e, conseqüentemente, na gestão dos negócios da empresa investida.

Assim, o que importa saber é a estrutura do fundo para então analisar se o mesmo tem potencial efeito anticompetitivo ou se, de fato, trata-se apenas de um mero investimento financeiro.

3. O direito concorrencial brasileiro e os fundos de *private equity*

3.1. Controle de estruturas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

Como visto até o momento, os fundos de *private equity* tiveram a sua disseminação estendida para várias outras operações, mas o que importa é saber que a submissão de operações envolvendo tais fundos deve ser submetida à aprovação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sempre que estiverem presentes os requisitos legais, o que, nesse caso, nem sempre é tão evidente.

Nesse sentido foi o voto do Cons. Ronaldo Porto Macedo Jr. no Ato de Concentração 08012.006619/2001.90, de 26/02/03, entendendo que as operações de aquisições envolvendo fundos de *private equity* devem ser submetidas à aprovação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

“(...) a princípio, ao menos na perspectiva definicional, o private equity é constituído para ter influência relevante na política estratégica da empresa, o que tornaria a hipótese de sua isenção (de apresentação ao SBDC) excepcional, tal como (...) ocorre tanto nos EUA como na UE”.

De acordo com a Lei 8884, qualquer modalidade de contrato ou acordo que resulte em concentração de mercado deve ser submetida para análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Dessa previsão legal, podemos extrair duas condições essenciais para análise da necessidade de submissão de um ato de concentração envolvendo tais fundos ao CADE, a saber, (i) uma manifestação de vontade e (ii) concentração de mercado.

21 CARVALHO, Antônio Gledson de; LIM, Leonardo de. Indústria de Private equity e Venture Capital: Primeiro Censo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

Inicialmente, quanto à manifestação de vontade, importante referir as formas pelas quais o fundo pode exercer sua influência em determinada empresa.

Tomando como exemplo os Fundos de Investimento em Participação – FIP²², que consiste na forma usualmente adotada pelos grandes fundos de *private equity*²³, esses fundos reúnem recursos, sob a forma de condomínio fechado²⁴, destinada à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias abertas ou fechadas, com participação na gestão.

Em razão disso, os fundos de *private equity*, diferentemente de um simples aporte de recursos financeiros, quando constituídos sob a égide da instrução n. 391/2003 da CVM, necessariamente influenciarão na gestão da empresa através do seu ingresso na sociedade.

Diferentemente dos Estados Unidos, país em que os fundos de *private equity* não costumam interferir no “portfólio” da sociedade investida²⁵, isto é, na gestão da sociedade receptora do investimento, no Brasil percebe-se uma experiência diferente, principalmente em razão da regulamentação da matéria.²⁶

Assim, ao contrário de outros sistemas jurídicos, os fundos de *private equity* acabam por interferir na administração da receptora do investimento. Conforme explica GUZMAN²⁷, os fundos de *private equity* procuram desenvolver parcerias efetivas de médio ou longo prazo com as companhias investidas, participando inclusive de forma ativa e eficaz em sua administração. E complementa afirmando que esse tipo de fundo “objetiva participar ativamente da administração do negócio”.

Quanto ao ingresso na sociedade, a referida instrução prevê diferentes mecanismos de participação no processo decisório de determinada empresa, como a (i) detenção de ações que integrem o respectivo bloco de controle; (ii) celebração de Acordo de Acionistas; (iii) celebração de ajuste de natureza diversa ou (iv) adoção de procedimento com objetivo de influenciar o processo decisório.²⁸

Nesse sentido, de acordo com a instrução 391/2003, dentre os requisitos para constituição do fundo, tem-se a sua participação no processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

Em razão disso, decorre uma grande preocupação concorrencial, já que os cotistas dos fundos podem exercer o seu poder de voto na gestão do fundo que, conseqüentemente, influenciará na gestão da sociedade investida.

22 O FIP surgiu da necessidade de expandir o alcance dos Fundos Mútuos de Investimentos em Empresas Emergentes, esses regulados pela Instrução da CVM 477, para outras empresas que não as pequenas e médias empresas.

23 Trata-se de consenso na doutrina. Ver: EIZIRIK, Nelson. Mercado de Capitais e Regime Jurídico; CARVALHO, Antônio Gledson; GUZMAN, Antonio Carlos Marchetti. Os Fundos de Investimentos em Participações (FIP) como Instrumento de Desenvolvimento do Mercado de Private Equity no Brasil.

24 Vale destacar que, segundo entendimento da CVM, os fundos de investimentos são assemelhados aos condomínios, conforme já exposto no voto dos processos CVM n°. 2001/1857 e CVM n°. 2005/4825, inclusive, com previsão expressa no Artigo 2º. da Instrução CVM 391/03.

25 LEVIN, Jack S. Structuring Venture Capital, Private Equity, and Entrepreneurial Transactions. P.3

26 Essa característica seria própria, nos Estados Unidos, de fundos de venture capital, sendo uma das diferenças entre as duas formas de investimentos. Acredita-se, por isso, que seja essa a razão de muitos defenderem que as operações de private equity são tidas como meros investimentos financeiros, não devendo ser submetidas aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ver:

27 GUZMAN, Antônio Carlos Marchetti. Os Fundos de Investimentos em Participações (FIP) como Instrumento de Desenvolvimento do Mercado de Private Equity no Brasil. In: O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. 1ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2009. P. 85

28 A forma de participação do fundo no processo decisório da companhia investida está prevista no 28 § 2º da Instrução CVM 391/2003.

Nesse caso, é importante observar que não importa o período de permanência do fundo na empresa receptora do investimento, e sim a possibilidade de participação efetiva do fundo na sociedade.

Importante destacar, ainda, que essa participação pode ser até mesmo minoritária. Isso porque, de acordo com a jurisprudência atual do CADE, tomando como analogia à análise dos fundos de investimentos adquirentes de participação minoritária²⁹, importa observar a possibilidade de o fundo exercer seu poder sobre a sociedade investida.

Em recente decisão, RAGAZZO³⁰ entendeu que não está correto o raciocínio de que a aquisição de participação societária geraria efeitos anticompetitivos apenas se garantisse ao sócio detentor do capital investido uma influência relevante sobre as decisões da empresa receptora do investimento, de modo que o mesmo pudesse influenciar o comportamento da empresa, ou obter acesso a informações sensíveis, assim consideradas para fins concorrenciais.

Assim entendeu o conselheiro:

“Há casos, outrossim, nos quais um ou mais sócios não detêm o poder de controlar, isolada ou conjuntamente, o comportamento de uma sociedade, mas são capazes de exercer, ainda assim, uma influência relevante sobre as decisões da empresa, ainda que só detenham ações minoritárias”.

A legislação brasileira, inclusive, no Art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas, define o poder de controle como sendo a capacidade de (a) determinar as deliberações da assembléia geral, (b) eleger a maioria dos administradores, (c) dirigir as atividades sociais e (d) orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Este entendimento está em consonância com a doutrina nacional sobre o tema, que entende não haver necessidade do controlador deter a maior parte das ações de uma determinada sociedade para exercer o controle sobre ela³¹:

“[o controle] Trata-se de definição eminentemente centrada na realidade material, porquanto apenas considera controlador quem tem a maioria dos votos nas assembléias e, ao mesmo tempo, usa essa maioria para comandar a sociedade”.

Quem tem a maioria e não a utiliza deve ser entendido como sócio majoritário, posição essa que não carrega o mesmo sentido de controlador.

Dessa forma, o entendimento daqueles que defendem que a aquisição de participação minoritária no capital de empresa objeto de investimento de fundo de *private equity* não seria suscetível de submissão aos órgãos de defesa da concorrência³², mostra-se inadequado diante da realidade brasileira e recente entendimento do CADE.

29 A compra de participação não controladora estiveram presentes em 32% do total de operações de fusões e aquisições analisadas no período, apresentando aumento de 2% em relação à média histórica (no patamar de 29%). Este movimento é influenciado pela participação de investidores financeiros, como os fundos de private equity nessas transações. Para maiores informações ver: <<http://www.pwc.com/br/pt/estudos-pesquisas/assets/relatorio-ma-nov2010.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2011.

30 Ato de Concentração n. 53500.012487/2007. Telco S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

31 BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; pp.356 e 357.

32 Conforme entendimento de Eugênio da Costa e Silva e Tito Andrande, os fundos de private equity em geral não adquirem participações que se desdobram em controle da empresa investida, uma vez que entendem que participações pequenas são incapazes de alterar o comportamento comercial da sociedade receptora do investimento. Nesse sentido: SILVA, Eugênio da Costa e; ANDRANDE, Tito. Um Ensaio Sobre “Investimentos” e a Competência

Em razão disso, mesmo que os fundos de *private equity* ingressem em determinada sociedade a partir da aquisição de participação minoritária do seu capital, não quer dizer, por si só, que a operação não pode resultar em riscos concorrenciais, como se analisará a seguir.

3.2 Análise de operações envolvendo fundos de *private equity*

Muitas questões concorrenciais são levantadas acerca dos fundos de investimentos nas operações de fusões e aquisições no Brasil, muito embora muitas delas não tenham sido, até o momento, analisadas pelo Órgão de Defesa da Concorrência, seja pela atuação preventiva, no controle de estruturas, ou repressiva, no de condutas.

Dentre esses possíveis problemas anticoncorrenciais relacionados aos fundos de *private equity*, levantados pela doutrina, tem-se basicamente três questões que merecem uma melhor análise: (i) o consórcio de fundos³³; (ii) aporte de capital realizado pelos fundos de *private equity* nos mesmos setores da atividade econômica; e (iii) a necessidade de notificação ao sistema brasileiro de defesa da concorrência de operações envolvendo tais fundos.

Quanto ao primeiro problema, relacionado ao consórcio de fundos, critica-se que a aliança de fundos reduz o número destes disponíveis no mercado para investir em empresas que demandam capital para alavancamento das suas atividades.

Além disso, o consórcio de fundos, uma vez que nenhum fundo disporia de recursos suficientes para ingressar nos negócios de uma grande empresa, poderia ser caracterizado com uma conduta anticompetitiva frente às demais concorrentes, já que juntos disporeiam de um poder de recursos suficientes para excluir qualquer empresa eventualmente interessada no mesmo *target*.

Essa questão, embora discutida, não nos preocupa, *a priori*, já que a atividade empresarial demanda a criatividade de empresas para atuarem no mercado, de forma que pelo simples fato de um fundo ter formado um consórcio com outro fundo, não deve ser tido como uma conduta anticoncorrencial em razão da ineficiência de empresas de formarem alianças.³⁴

As outras duas questões dizem respeito, respectivamente, ao controle repressivo – de condutas, e ao controle preventivo – de estruturas. Considerando que o controle repressivo pode ser evitado, nesse caso, com o devido controle preventivo efetuado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, será analisado, logo abaixo, apenas o controle de estruturas.

A Lei n.º 8.884/94, no Título VII, Capítulos I e II, prevê o controle de todos os atos e contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, incluindo-se, dentre esses atos, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões.

Preventiva do CADE. In: Revista de Direito Econômico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. V. 32. Julho/Dezembro de 2001.

33 BAILEY, Elizabeth M. Are Private equity Consortia Anticompetitive? The Economics of Club Bidding. Antitrust Source, Abril, 2007. Disponível em: < www.mmc.com/knowledgecenter/NERA_AT_200705.pdf>. Acesso em 10 fev, 2011.

34 Inclusive, pelo próprio entendimento da CVM, os fundos de investimentos são equiparados às sociedades previstas no Código Civil, merecendo, assim, o tratamento a elas dispensado no que diz respeito às fusões e aquisições.

Em razão disso, uma das principais preocupações que se tem com a atuação dos fundos de *private equity* é que os mesmos passem a adquirir participação societária de empresas do mesmo setor. Atuando dessa forma, os fundos estariam se desvirtuando da sua finalidade, que é a de proporcionar o financiamento de empresas a fim de que as mesmas possam se desenvolver e expandir seus negócios, promovendo a concorrência e, passe, de forma anticompetitiva, a exercer o seu poder de mercado.

Nesse sentido foi o voto do conselheiro CHINAGLIA³⁵:

“Tem havido um esforço por parte do CADE no sentido de estabelecer um critério objetivo e abstrato que permita distinguir ab initio operações equiparáveis, para todos os fins e efeitos, a aplicações financeiras – como a aquisição de títulos de dívida pública ou privada, por exemplo – de operações que impliquem algum risco à dinâmica do processo de competição”.

Para evitar que isso ocorra, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica vem entendendo que o princípio que deve orientar essa análise é de que todas as operações que utilizem os fundos de investimento como um veículo para um ato de concentração econômica devem ser notificadas – afastando-se, assim, os meros investimentos financeiros.

Cabe observar que esse posicionamento já havia sido assentado no voto do Cons. Ronaldo Porto Macedo Jr.³⁶, que numerou as hipóteses de isenção de submissão do ato ao SBDC, a saber: (i) propósito exclusivo de investimento; (ii) no curso dos negócios ordinários do fundo; (iii) detendo menos que 15% do cap. votante; (iv) não exercício de direitos políticos de modo a determinar a estratégia comercial da empresa, ou exercício somente para preparar sua venda; e (v) abandono do controle no prazo de 1 (um) ano.

Quanto à análise, o primeiro aspecto que o CADE tem observado é como se dá o processo de decisão do fundo de investimento, isto é, se (i) os investidores detêm poderes para influenciar nas decisões do fundo, em especial sobre onde e como investir e ii) nas empresas alvo dos investimentos, após o aporte de capital pelo fundo.³⁷

Se com a operação ficar demonstrado que os cotistas/investidores do fundo não interferem de maneira alguma na sua administração e na gestão do fundo e, concomitantemente, que o fundo não interfere na administração da sociedade alvo dos investimentos, o CADE tem entendido pelo não conhecimento da operação, independentemente dos faturamentos e dos *market shares*.³⁸

Por outro lado, na hipótese de haver possibilidade de influência, por parte do fundo de investimento, na administração das empresas alvo (é o que ocorre normalmente, até mesmo em razão da regulamentação editada pela CVM, em especial dos fundos de *private equity* estruturados como Fundos de Investimentos em Participação), o CADE verificará a ocorrência de algumas circunstâncias a fim de conhecer do caso.

Para tanto, primeiramente, o CADE analisará (i) se as sociedades objeto da operação – alvo dos investimentos – preenchem algum dos critérios previstos no Ar. 3º. do Art. 54³⁹; (ii) se os cotistas que exerçam influência relevante na administração do fundo preenchem,

35 Ato de Concentração n. 08012.009662/2010-06. Actis FR Fundo de Investimentos em Participações (“FIP Actis”) e Companhia Sulamericana de Distribuição S.A (“CSD”). Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. 09 nov, 2010.

36 Ato de Concentração n. 08012.006619/2001.90. Conselheiro Relator Ronaldo Porto Macedo Jr. 26 fev, 2003.

37 Vide, nesse sentido: ANDERS, Eduardo Caminati. Fundos de investimento: desafios ao CADE. In: Poder de Controle e outros temas de Direito Societário e Mercado de Capitais, São Paulo, Quartier Latin. P. 475 a 502.

38 Ato de Concentração n. 08012.011083/2010-15. American Securities LLC (“ASC”) e Arizona Chemical Sweden Holdings AB (“Arizona Chemical”). Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. 15 dez, 2010.

39 § 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em

isoladamente ou em conjunto, os mesmos critérios; e, por fim, (iii) se o fundo detém participações em mais de uma empresa de um mesmo setor de atividade, hipótese em que será necessário verificar se elas, no seu conjunto, preenchem tais requisitos.

4. Conclusões

Enquanto que em países de origem anglo-saxão os investimentos de *private equity* têm perdido, de certa forma, a sua atratividade para investidores privados – em especial nos EUA⁴⁰, em função principalmente de um desbalanceamento entre a oferta de capital e investimentos atrativos, no Brasil, esse tipo de operação tem acarretado em um aumento significativo no número de operações de fusões e aquisições envolvendo esse tipo de fundo.

A experiência brasileira na análise dos atos de concentração demonstra que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está se mantendo em consonância com a lógica do mercado de capitais, em especial em relação a essas novas práticas provenientes da atividade empresarial moderna.

Em especial, a análise de aquisições de participações societárias por fundos de *private equity* tem considerado, principalmente, a diferença dos tradicionais aportes de capital – típicos de operações no mercado financeiro – de outras operações que podem, de alguma forma, intervir na gestão da sociedade, como as operações reguladas pelas normas de CVM que, por sua natureza, tem esse caráter intervencionista dos fundos na sociedade investida.

Quanto a isso, a partir de uma interpretação extensiva da atual jurisprudência do CADE, observa-se ainda que essa intervenção dos fundos de investimentos na gestão de determinada sociedade pode ser dar, inclusive, através de aquisição de participação minoritária, bastando, para isso, que a empresa investidora, mesmo que não controle a empresa investida, possa, de alguma forma, obter informações sensíveis aos negócios do fundo ou, até mesmo, aos interesses dos quotistas do fundo.

Com isso, não se discute que os fundos de *private equity*, principalmente quando estruturados em consonância com as instruções da CVM na regulação dos Fundos de Investimento em Participação – FIPS, devem ser notificados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, até porque, a própria natureza desse tipo de operação remete a idéia de ato de concentração de mercados.

5. Referências

ALONSO Félix Ruiz. Os Fundos de Investimentos. In: Concorrência Pública; Licitações: Concorrência, Tomada de Preços e Convite. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ANDERS, Eduardo Caminati. Fundos de investimento: desafios ao CADE. In: Poder de Controle e outros temas de Direito Societário e Mercado de Capitais, São Paulo, Quartier Latin.

BAILEY, Elizabeth M. Are Private equity Consortia Anticompetitive? The Economics of Club Bidding. Antitrust Source, Abril, 2007. Disponível em: <www.mmc.com/knowledgecenter/NERA_AT_200705.pdf>. Acesso em 10 fev, 2011.

vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

40 CARVALHAES, Marcelo La Motta. Análise de fundos de investimento em participações com aplicações em empreendimentos imobiliários. Tese de Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Mono_MarceloLMC.pdf>. Acesso em 19 fev, 2011.

BARRACHDI, Faysal. Private equity 'Club Deals' and European Competition Policy. P.5. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137085>. Acesso em 20 fev, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHAES, Marcelo La Motta. Análise de fundos de investimento em participações com aplicações em empreendimentos imobiliários. Tese de Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Mono_MarceloLMC.pdf>. Acesso em 19 fev, 2011.

CARVALHO, Antônio Gledson de; LIM, Leonardo de. Indústria de Private equity e Venture Capital: Primeiro Censo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHEFFINS, Brian; ARMOUR, John. The Eclipse of Private equity. Law Working Paper no. 82. Abril, 2007. P: 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=982114>>. Acesso em 20 fev, 2011.

CGEE. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Capital de risco e desenvolvimento tecnológico no Brasil: experiência recente e perspectivas. 2003. Disponível em: <<http://www.venturecapital.gov.br>>. Acesso em 10 jan. 2011.

CVM. Portal do Investidor. Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Investidor/Ondeinvestir/Tiposdeinvestimentos/tabid/86/Default.aspx?controleConteudo=viewRespConteudo&ItemID=150>>. Acesso em 19 fev, 2011.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádma B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUE, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais e Regime Jurídico. 2ª. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 96

FILHO, Ary Oswaldo Mattos. Uma nova relação com o Mercado de Capitais. [Maio de 2008]. São Paulo. Entrevista concedida a Carlos Costa. Disponível em: < [http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7228/Ed.%2009%20-%20Artigo%20-%20Ary%20Oswaldo%20Mattos%20Filho%20\(site\).pdf?sequence=1](http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7228/Ed.%2009%20-%20Artigo%20-%20Ary%20Oswaldo%20Mattos%20Filho%20(site).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 19 fev, 2011.

FRUHAN, William E. The Role of Private equity Firms in Merger and Acquisition Transactions. Harvard Business School. Rev: Abril 21, 2010.

GUZMAN, Antônio Carlos Marchetti. Os Fundos de Investimentos em Participações (FIP) como Instrumento de Desenvolvimento do Mercado de Private Equity no Brasil. In: O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais. 1ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LEVIN, Jack S. Structuring Venture Capital, Private Equity and Entrepreneurial Transactions. Aspen Nova York: Publishers, 2004.

MEIRELLES, Jorge Luís; JÚNIOR, Tabajara Pimenta; REBELATTO, Daysa Aparecida do Nascimento. Venture Capital e Private equity no Brasil: alternativa de financiamento para empresas de base tecnológica. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a03v15n1.pdf>>. Acesso em 20 fev, 2011.

PWH. Fusões e Aquisições no Brasil. Novembro de 2010. PricewaterhouseCoopers. Disponível em: <<http://www.pwc.com/br/pt/estudos-pesquisas/assets/relatorio-ma-nov2010.pdf>>. Acesso em: 19 fev, 2011.

ROCCA, Carlos A. Mercado de Capitais eficientes: condição para o crescimento sustentado. XVI Fórum Nacional Economia do Conhecimento, Crescimento Sustentado e Inclusão Social. Rio de Janeiro, maio de 2004.

ROCCA, Carlos Antônio. Soluções do Mercado de Capitais para o Crescimento Sustentado. José Olympio, Rio de Janeiro, 2004.

RODAS, João Grandino. Direito da Concorrência não deve ser fonte de intervenção. [1 de fevereiro, 2007]. São Paulo: Espaço Jurídico BM&F Bovespa. Entrevista concedida a Andréa Háfez. Disponível em: <<http://te.bovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/070201NotA.asp>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

SILVA, Eugênio da Costa e; ANDRANDE, Tito. Um Ensaio Sobre “Investimentos” e a Competência Preventiva do CADE. In: Revista de Direito Econômico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. V. 32. Julho/Dezembro de 2001.

TITERICZ, R. Caracterização dos Fundos de Investimento de Capital de Risco Brasileiro. Tese de Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Santa Catarina. Santa Catarina, 2003. Universidade Federal do Santa Catarina.

Processo CVM nº. 2001/1857

Processo CVM nº. 2005/4825

Instrução CVM 391/03.

Ato de Concentração n. 53500.012487/2007. Telco S.p.A. e Telecom Italia S.p.A. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 07 abr. 2010.

Ato de Concentração n. 08012.009662/2010-06. Actis FR Fundo de Investimentos em Participações (“FIP Actis”) e Companhia Sulamericana de Distribuição S.A (“CSD”). Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. 09 nov. 2010.

Ato de Concentração n. 08012.006619/2001.90. Conselheiro Relator Ronaldo Porto Macedo Jr. 26 fev, 2003.

Ato de Concentração n. 08012.011083/2010-15. American Securities LLC (“ASC”) e Arizona Chemical Sweden Holdings AB (“Arizona Chemical”). Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. 15 dez. 2010.

DOCTRINAS

Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa à livre concorrência – o caso ebay inc. and half.com v. maercexchange, l.l.c.

OS LIMITES ENTRE O DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA – O CASO EBAY INC. AND HALF.COM V. MERCEXCHANGE, L.L.C.

Daniele Nogueira Milani

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB).

Auxiliar de Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura (DISSET) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em Brasília/DF.
E-mail: dnmilani@gmail.com

1. Introdução. 2. Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência: uma abordagem teórica. 3. Estudo comparado: diferenças na legislação brasileira e americana quanto à defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual. 4. O caso eBay Inc. and Half.com Inc. v. MercExchange, L.L.C.: uma análise. 5. Considerações finais. 6. Referências.

RESUMO

Nesse artigo, apresentaremos uma análise teórica e jurídica que afasta o antagonismo identificado entre o direito à propriedade intelectual e o direito antitruste. Nossa discussão centra-se na obrigatoriedade de licenciamento de patente por titular ou depositário que não tiver condições econômicas ou interesse de explorar comercialmente suas descobertas, permitindo-nos afirmar que, a legislação de propriedade intelectual, apresenta mecanismos para evitar potencial abuso de poder mercado, que também podem ser observados na legislação antitruste dos países comparados, Brasil e Estados Unidos. Para o caso norte-americano analisado, critica-se decisão judicial por conceder poder discricionário à titular na questão do licenciamento de patente à concorrente infratora, a despeito do caráter punitivo dessa medida.

ABSTRACT

In this article, we present a theoretical analysis and legal which would lessen the antagonism between the law identified intellectual property and antitrust law. Our discussion focuses on compulsory licensing for patent holder or custodian who has no interest in economic conditions or commercially exploit their discoveries, enabling us to say that the law of intellectual property, has mechanisms to prevent potential abuse of market power, which can also be observed in the antitrust laws of the countries compared, Brazil and the United States. For the U.S. case analyzed, it criticizes court decision to grant discretion to the holder on the issue of patent licensing the infringing competitor, despite the punitive nature of the measure.

Palavras-chave: Fundos de Investimentos – Private Equity – Controle de Estrutura – Fundos de Investimento e Concorrência – Riscos à concorrência.

1. Introdução

Em função da elevada rivalidade existente entre os ofertantes de serviços de TIC, as inovações tecnológicas ocorrem com grande rapidez e são facilmente incorporadas aos seus produtos e serviços; da mesma forma, os conhecimentos tecnológicos que deram origem às inovações são difundidos com a mesma facilidade com que são incorporados, em função da própria estrutura do setor, permitindo a replicação de uma mesma tecnologia e reprodução por diversas empresas concorrentes nesse mercado com a criação de produtos e serviços substitutos.

As rápidas modificações tecnológicas por que passam esse setor são responsáveis pela estruturação do que hoje os economistas costumam chamar de Economia do Conhecimento que começou a ser desenhada entre 1980 e 1990. Verspagen (2004) define esse status quo como "era da informação", baseada na aplicação das tecnologias da informação e comunicação (TICs) na economia. A introdução dessas tecnologias nas firmas reestruturou as organizações empresariais sistematicamente, aumentando de forma crescente variedade de novas práticas de negócios.

Para garantir que a reserva de mercado produzida por essas inovações não seja tão breve, durando até o momento em que as empresas concorrentes conseguem colocar no mercado bens e serviços substitutos, muitas empresas recorrem à proteção intelectual de suas marcas e soluções tecnológicas por meio de patentes, criando barreiras mais resistentes à entrada de concorrentes nesses mercados. Ocorre, desta forma, o monopólio temporário dos mercados de serviços de TIC, muito embora a situação que promove o aumento do bem-estar social supõe-se ser aquela em que existe a livre concorrência entre os produtores.

A despeito do direito à propriedade intelectual, a defesa da concorrência em mercados de serviços de TICs justifica-se pelo aumento do bem-estar social proporcionado pela elevação da eficiência que ocorre em mercados competitivos; sendo preciso expor os mecanismos pelos quais se identifica as rupturas entre ambos (direito à propriedade intelectual e à defesa da concorrência) e que se dará por meio da análise de um processo real nesse estudo. Também é necessário que a análise de casos antitruste nesse setor, pois podem ajudar as autoridades a criarem familiaridade com litígios em que existe sobreposição dessas duas áreas, que, até então, foram bastante raros no âmbito do CADE¹, mas tendem a crescer a medida que aumenta a importância do setor de TIC e do uso de suas tecnologias na economia como um todo.

Assim, esse trabalho está dividido em quatro partes, além dessa introdução. Na primeira delas é apresentada uma breve discussão, em abordagem teórica, sobre os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência, buscando responder se é possível conciliar a defesa da concorrência com o direito à propriedade intelectual. Na segunda, realizar-se-á um estudo comparado das legislações brasileira e americana no que tange justamente aos limites entre a defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual. Na terceira seção, será analisado o processo julgado pela Divisão Antitruste da Suprema Corte dos Estados Unidos de uma ação empenhada pelas empresas eBay Inc. and Half.com Inc. contra a MercExchange, L.L.C. por violação intencional da Patente dos EUA nº 5845265, envolvendo a metodologia de comercialização de bens por meio de um dispositivo eletrônico na internet, permitindo-se entender as repercussões da decisão no ambiente concorrencial. Na última parte apresentaremos as considerações finais desse trabalho.

¹ Segundo Cueva (2009), p. 134: "Apesar de compreender poucos casos, quase todos relativos a direitos de propriedade intelectual na área de biotecnologia (sementes transgênicas), além de um caso atinente à tecnologia para a produção de cartões de segurança e outros dois sobre software, a jurisprudência do CADE concernente aos efeitos dos licenciamentos de patentes no ambiente competitivo é significativa, por seu apego à regra da razão, e consistente, por procurar evitar danos à concorrência mediante o emprego de remédios fundados no princípio da proporcionalidade, com intensidade mínima necessária a se atingirem os fins colimados."

2. Os limites entre o direito à propriedade intelectual e a defesa da concorrência – uma abordagem teórica

Segundo a teoria Schumpeteriana, em uma economia capitalista, a concorrência é entendida como um processo de interação entre as empresas que se baseia e reproduz sistematicamente assimetrias de natureza produtiva e tecnológica promovidas por elas, o que implica afirmar que nessa visão a concorrência envolve a criação de diferenças, assim como a eliminação das mesmas, cujo objeto é a geração temporária de lucros de monopólios ou quase-rendas pelas firmas, derivado de um esforço endógeno que resulta em uma concorrência bem-sucedida enquanto a inovação ainda não é bem difundida ou imitada por concorrentes. Esse processo é sintetizado no trecho a seguir:

“(...) O impacto das inovações — novas técnicas, por exemplo — sobre a estrutura de uma indústria reduz consideravelmente o efeito de longo prazo e a importância de práticas que visam, através da restrição da produção, à conservação de posições tradicionais e à exploração ao máximo dos lucros que nelas se baseiam. (...) A estratégia da restrição produziria apenas um aumento dos lucros às custas dos compradores, exceto nos casos de progresso equilibrado, em que poderia ser ainda o meio mais fácil e eficiente de acumular meios para financiar novos investimentos”. (SCHUMPETER, 1942 [1961], p. 114).

Esses “novos investimentos” citados por Schumpeter irão depender do grau de apropriação dos lucros derivados de uma vantagem competitiva obtida por uma inovação – ou mesmo, diferenciação produtiva ou tecnológica *a priori* –, que, conseqüentemente, é dependente de fatores que impedem ou dificultam a sua imediata difusão e diluição dessa, destacando-se entre esses: o tempo e o custo de imitação. Esses fatores estão materializados nos direitos de propriedade intelectual, um importante instrumento de concorrência, que aumenta a capacidade de apropriação dos ganhos diferenciais derivados de estratégias competitivas centradas na inovação, o que acaba por incentivar o aumento do financiamento em inovações e, em decorrência disso, o aumento do depósito de patentes.

A criação dessas tem como objetivo criar um sinal distintivo para um produto, serviço ou marca, criando uma representação de satisfação que vai fazer com que os consumidores optem repetidamente pelo consumo desse bem, a despeito de similares, substitutos próximos ou perfeitos, que praticam preços diversos, sobretudo, menores. A patente também tem como intuito estimular o desenvolvimento econômico, social e tecnológico do país por meio da introdução de inovações no mercado, criando um incentivo por meio da proteção jurídica temporária dessa que permite aos criadores serem remunerados pela sua invenção (pagamento de royalties por licenciamento) e reduzindo a substituíbilidade de um bem ao impedir que se criem confusão entre produtores ou entre produtos e serviços, prejudicando a reputação de uma firma.

Em relação ao inventor, que arcou com os custos de P&D e implantação no mercado da inovação, os direitos de propriedade intelectual têm como objetivo recuperar os investimentos realizados. Posner (2005) afirma que os direitos de propriedade intelectual devem permitir que os produtores pratiquem ao menos temporariamente os preços de seus produtos acima do preço marginal a fim de que possam recuperar os custos fixos associados ao investimento realizado, sem que ocorra o acesso de *free riders* a esses mercados. Ainda, com o intuito de que o inventor recupere todos os custos da inovação, a duração de uma

patente que induz um monopólio temporário deve ser igual ao tempo necessário para que as receitas geradas igualem-se aos custos de desenvolvimento e implantação da inovação.

A despeito dos benefícios sociais e econômicos da geração de patentes, pode um produtor, ao exercer seu direito de propriedade lesar o direito antitruste ao conferir um monopólio ainda que temporário ao detentor da patente? A princípio, segundo Kaplow e Shapiro (2007), em uma economia de mercado, sendo permitida a livre entrada de competidores, as firmas irão competir agressivamente pela eliminação das concorrentes, com o intuito de ganhar posição dominante, até que as rivais sejam excluídas; ficando a cargo da firma restante a oferta mais eficiente possível de produtos e serviços nesse mercado relevante, sendo que futuramente essa concorrerá com competidores mais inovadores do que aqueles que foram excluídos, haja vista que não há restrição à entrada de novos produtores. No entanto, a firma cuja posição é dominante no mercado poderá adotar estratégias anticompetitivas, objetivando a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes por meio do controle de preços – *poder de monopólio*.

Complementando a análise exposta acima, Singh (2002) afirma que uma forma de incentivar a produção de inovações em um mercado poderia ser financiada pelo governo, por meio do financiamento de atividades de P&D nas universidades e laboratórios e posterior transferência tecnológica para as empresas, o que evitaria a geração de monopólios temporários; no entanto, esse sistema não seria eficiente, produzindo um nível aquém de pesquisa científica e, conseqüentemente, privando a sociedade do desenvolvimento econômico que essa poderia alcançar caso as patentes fossem dominadas pelas empresas privadas, como sistema de propriedade intelectual que conhecemos.

Sob essa perspectiva econômica de mercado, Basso (2009) observa que direitos de propriedade intelectual não conferem nenhum poder de monopólio, uma vez que a lei cria unicidade suficiente sobre uma criação a fim de se obter exclusividade de gozo de direitos, não concedendo o poder de excluir concorrentes desse mercado. Os direitos de propriedade intelectual não conferem aos seus titulares o controle preços de um mercado, mas o de impedir que se pratiquem a cópia ou a replicação de uma patente sem a autorização do titular, sem que se excluam concorrentes que desenvolvam seus próprios produtos, serviços e marcas substitutas que sejam corretas e leais para competir nesse mercado.

No entanto, é possível que uma característica de criação satisfaça o requisito da unicidade do direito de propriedade e da unicidade de mercado – gerando um monopólio -, apesar de esse último resultado ser independente da conferência ou não de um direito de propriedade. Em legislações antitruste de países avançados, Cueva (2009) afirma que a propriedade intelectual não é identificada imediatamente com a existência de poder de mercado, gerando por si só preocupações concorrenciais, haja vista que, por exemplo, a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual seria limitada pelo aparecimento de produto novo para o qual houvesse demanda; pois, caso não existam justificativas objetivas para a recusa ou se essa recusa de licenciamento tendesse a fechar um mercado secundário, essas condições poderiam ser vetadas em situações típicas do direito da concorrência (atos de concentração e condutas anticompetitivas) quando analisadas pelas autoridades antitruste.

Assim, a restrição do direito de propriedade intelectual pelo direito antitruste depende de uma análise sob o critério da razoabilidade da análise dos efeitos líquidos das questões patentárias em atos de concentração ou conduta. Em Possas e Mello (2009), amplia-se essa discussão ao afirmarem que embora certas condutas ou atos de concentração possam gerar restrições à competição, a contenção da dissipação prematura dos ganhos e incentivos privados à inovação gerariam provavelmente ganhos de eficiência, como o incremento da qualidade de produtos e serviços e o estímulo à difusão dessas inovações, que compensam seus efeitos negativos. Observam que existe um consenso na área de defesa da concorrência que situações anticompetitivas, desde que não incorram em crime, não devem ser proibidas “quando seus eventuais efeitos restritivos forem devidamente compensados pelas eficiências

por eles geradas; do contrário, a aplicação da lei provocaria ineficiências nos mercados e teria um resultado contrário ao interesse social” (POSSAS; MELLO, 2009, p. 11).

Da exposição empreendida, pode-se inferir que o direito de propriedade intelectual cria mecanismos para o ressarcimento do investimento de uma empresa no desenvolvimento de inovações, assim como lhe confere estímulo ao atuar como estratégia competitiva, não sendo ao contrário, especialmente no que tange a esse último quesito, aos objetivos da defesa da concorrência. No entanto, a adoção de algumas estratégias competitivas pautadas em restrições patentárias podem ser identificadas como abuso de poder econômico em situações de atos de concentração ou conduta quando analisados pela autoridade antitruste, que deverá, sob o princípio da razoabilidade, as eficiências líquidas da aplicação ou não de restrições legais ao direito da concorrência cujos dispositivos para o caso brasileiro e norte-americano serão analisados mais atentamente na seção a seguir.

3. Estudo comparado – diferenças na legislação brasileira e americana quanto à defesa da concorrência e à proteção à propriedade intelectual

A princípio, pode-se afirmar que as legislações de propriedade intelectual no Brasil e nos Estados Unidos, da mesma forma como os processos para a obtenção de registros de patentes e a resolução judicial de litígios, são bastante semelhantes entre esses países. Essas similaridades, mais do que fruto da cooperação e troca de experiências entre as autoridades competentes desses dois países, são resultado da aderência deles a um tratado internacional: o *Agreements TRIPS* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai no GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), e criou a Organização Mundial do Comércio.

O estabelecimento de um novo acordo internacional, que definiria novos critérios normativos e práticos aos sistemas nacionais de inovação, resulta de pressão internacional firmada pelos Estados Unidos desde 1979, embora só tenha ganhado espaço nas mesas de negociações a partir de 1989 devido à resistência dos países em desenvolvimento contrários à proposta. Esse considerava insuficiente a proteção à propriedade intelectual oferecida pelo Convênio de Paris (esse era o tratado de propriedade intelectual que vigorou até a assinatura do *Agreements TRIPS*). Segundo Gontijo (2005), a proposta dos norte-americanos era a de transferir para o âmbito do GATT essa discussão, esvaziando a atuação do WIPO (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) administradora do Convênio de Paris, com o intuito de reforçar os mecanismos de proteção dos direitos dos titulares atrelando-os às políticas de comércio internacional dos Estados Unidos, conforme trecho a seguir:

“(...) Sua inclusão foi a culminação de um programa de intenso lobby pelos Estados Unidos, com o apoio da União Européia, Japão e outras nações desenvolvidas. Campanhas de apoio econômico unilaterais sob o Sistema Generalizado de Preferências e coerção dentro da seção 301 das Leis de Comércio tiveram um papel importante em derrotar políticas em oposição que eram favoráveis a países em desenvolvimento, principalmente Coréia e Brasil, mas também Tailândia, Índia e países do Caribe. Em troca, a estratégia dos Estados Unidos de ligar políticas de comércio a padrões de propriedade intelectual (...) mobilizou corporações nos Estados Unidos e fizeram com que a maximização dos privilégios de propriedade intelectual fosse a prioridade número um da política de comércio nos Estados Unidos. (BRAITHWAITE; DRAHOS, 2000, p. 76, tradução nossa)”

A despeito das motivações comerciais dos Estados Unidos, o Acordo de TRIPS diferenciava-se bastante daquela proposta pelo Convênio de Paris que definia apenas princípios práticos básicos, dava ampla liberdade legislativa aos países e não condicionava o tratamento nacional à reciprocidade entre os seus membros. Tendo sido aprovado, o novo acordo fixa regras-padrão mínimas que devem constar das legislações nacionais dos países aderentes; além da uniformização de procedimentos administrativos e judiciais, promovendo a aproximação das instituições que defendem a proteção intelectual ao redor do mundo, o que permite a criação de um forte sistema internacional de solução de controvérsias.

Desta forma, esse acordo impeliu a criação e aprovação de uma nova lei de propriedade intelectual no Brasil, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, assim como nos Estados Unidos que produziu o *The American Inventors Protection Act*, de 29 de novembro de 1999. Nesse capítulo, analisaremos os dispositivos legais dessas legislações que tratam tanto da concessão de licenciamentos a patentes, quanto dos aspectos punitivos referentes à infração da patente, que serão necessários à compreensão do caso estudado. Posteriormente, faremos uma análise do tratamento dado à restrição patentária no direito antitruste americano em termos procedimentais, além de apresentar as diferenças desse no direito antitruste brasileiro.

Para o caso brasileiro, a concessão de licença, que constitui o direito de exploração comercial de uma patente outra empresa mediante contrato com a titular da patente, por estar atrelada ao restrito de uma patente, está sob o princípio da territorialidade dos direitos de propriedade intelectual, que, em nível nacional, assegura proteção jurídica adequada e eficaz ao empresário titular da patente, assim como aos titulares da licença. Conforme Capítulo VIII, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, uma licença pode ser oferecida no mercado, por meio de três meios: o licenciamento voluntário; a oferta de licença; e, a licença compulsória.

No caso do licenciamento voluntário, o titular da patente, da mesma forma como o depositante, poderá celebrar contrato de licença de exploração em que o licenciado pode ser investido pelo primeiro de todos os poderes para agir em defesa da patente (art. 61), havendo a necessidade de averbar o contrato junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual) a fim de que a licença possa ter validade para terceiros (art. 62, § 2º). A lei ainda protege o direito de exclusividade do inventor de melhorias realizadas tanto pelo titular, quanto pelo licenciado, durante a vigência da licença (art. 63), dando, inclusive, prioridade de licenciamento para as partes contratadas.

Quando o titular da patente não tiver condições econômicas de exploração econômica da patente e também não tiver interessado voluntário para firmar contrato de exploração econômica dessa, o titular poderá solicitar ao INPI que promova a publicação de oferta de licenciamento (art. 64, § 1º), não podendo essa, no momento da oferta ou em período anterior, ser alvo de licenciamento voluntário, ou estar sob sua vigência. No caso de oferta de licenciamento, é necessário lembrar que o valor da anuidade da patente será reduzido à metade no período compreendido entre o oferecimento e a concessão da primeira licença (art. 66). É assegurado ao titular o direito de desistir da oferta antes de firmado qualquer contrato averbado no INPI (art. 65) ou após o contrato, com o cancelamento da licença, quando comprovar que não houve exploração econômica ou sua interrupção em prazo superior a um ano, assim como quando houver comprovação de uso ilegal da mesma (art. 67).

Se em um período superior a três anos (art. 68, § 5º), a empresa não explorar o objeto da patente no território brasileiro por falta ou incompleta fabricação do produto ou do uso integral do processo patenteado, exceto nos casos de inviabilidade econômica em que será admitida a importação (art. 68, § 1º, I), incorrendo em exercício abusivo do direito de patente; ou, a comercialização não satisfizer as necessidades do mercado (art. 68, § 1º, I), o que implica abuso do poder de mercado, a patente será licenciada compulsoriamente. O titular da patente, ao ser requerida a licença compulsória, poderá justificar-se e impedir que ela ocorra,

comprovando os seguintes quesitos: o desuso por razões legítimas (art. 69, I); a realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração (art. 69, II); ou, a falta de fabricação ou comercialização por obstáculo de ordem legal (art. 69, III).

No que tange ao abuso do poder econômico, na legislação do direito antitruste brasileiro (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994) declara-se como infração à ordem econômica o exercício de forma abusiva da posição dominante do mercado (art. 20, IV), sendo a posição dominante presumida quando uma empresa detém parcela de mercado superior à 20% na maioria dos setores econômicos (art. 20, § 3º), que é uma situação plausível no caso de uma empresa que possui o direito de exclusividade de uma patente e recusa-se a licenciá-lo, de forma indiscriminada à outra empresa que tenha intenção de explorá-la comercialmente.

Portanto, pode-se afirmar que nessa situação pode-se incorrer, sob à ótica legislação de defesa da concorrência, em condutas que caracterizam infração à ordem econômica, levando-nos a presumir que a restrição injustificada ao acesso de um interessado a uma patente de outra empresa pode-se caracterizar como abuso de poder econômico, que pode ser caracterizada pela realização de condutas infrativas, consideradas ilícitos antitruste, como as seguintes: limitação ou impedimento do acesso de novas empresas ao mercado (art. 21, IV); regulação mercados de bens e serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (art. 21, X), impedindo que se façam aperfeiçoamentos nas tecnologias patenteadas; e, de forma mais explícita, impedir a exploração de direitos de propriedade industrial, intelectual ou de tecnologia (art. 21, XVI).

A própria Lei de Propriedade Intelectual brasileira traz um capítulo especial acerca de crimes de concorrência desleal. Para o caso que iremos analisar, em que houve infração contra a patente de uma empresa concorrente, situação na qual o infrator apropriou-se indevidamente de uma metodologia de comércio on-line patente, a legislação brasileira teria um dispositivo legal contra esse tipo de conduta, haja vista que possui dispositivo que criminaliza a venda, exposição ou oferta de produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida (art. 195, XIII).

No entanto, a despeito da existência de mecanismos legais que protejam o direito de exclusividade de uma patente e tornem quase obrigatório seu licenciamento, caso o próprio titular não tenha condições de explorá-la economicamente, a fim de que se alcancem os objetivos pretendidos como o estímulo à inovação, ao desenvolvimento da ciência e tecnologia de um país que ajudem a promover o desenvolvimento social e econômico; no país, não existem guias nos quais estejam dados de forma clara metodologias de análise de casos de concessão de licenças pelo direito antitruste nacional, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos em que o *U.S. Department of Justice* e o *Federal Trade Commission* disponibilizaram o *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995) cujo objetivo não é o de remover o poder do julgamento e da discricionariedade da lei antitruste, mas de oferecer diretrizes que podem ser utilizadas em diversas circunstâncias.

As leis de propriedade intelectual norte-americanas não são tão distintas daquelas existem no Brasil, em virtude, até mesmo, da presença do *Agreements TRIPS*, que contribuiu para a uniformização das leis antitruste de seus associados, como é o caso dessas nações; essa particularidade do relacionamento estreito entre essas legislações que defendem a propriedade intelectual, aumenta a importância do *Guidelines* na definição de condições anticoncorrenciais e de situações, e não apenas condutas como propõem as leis, em que se incorre em um ilícito antitruste ao defender-se o direito de exclusividade sobre uma patente e, conseqüentemente, sobre o licenciamento.

Segundo o *Guidelines*, quando um sistema de licenças afeta as partes de uma relação horizontal (essa pode ser entendida como a relação de empresas concorrentes em um mercado), modificações nesse arranjo podem aumentar o risco de estabelecimento de preços coordenados, restrições à produção, ou a aquisição e manutenção de poder de mercado. Restrições à competição também podem ocorrer, se mudanças nessa estrutura significarem o aumento do risco de retardar ou restringir o desenvolvimento e produção de novos bens ou serviços, como pode ocorrer no caso apresentado, no qual há concessão de poder discricionário à titular da patente para restringir licenciamento à concorrente, implicando o aumento da concentração da titular no mercado e o que poderia promover o abuso de poder dominante.

Porém, o guia lembra à autoridade antitruste que a competição potencial entre concorrentes depende de certo nível de concentração de mercado, devido o aumento da restrição à entrada de novas firmas em um mercado por meio da utilização do direito de propriedade intelectual, e o equilíbrio entre a demanda e a oferta de um bem ou serviço, que influencia diretamente a mudança de preços nos mercados relevantes. Nesse sentido, esse afirma que a concessão de licenças pode incorrer em duas situações concorrenciais complementares: o primeiro concerne à possibilidade de exclusividade na concessão de uma licença, que permite as empresas incorrer em abuso de poder de posição dominante, como já citamos anteriormente, devido da criação de impossibilidade de acesso ao mercado por concorrentes; e, o segundo problema, concerne a extensão da licença, pois a limitação de uma licença em termos uma tecnologia específica e de seus canais de distribuição pode contribuir para que os concorrentes se sintam incentivados a produzir inovações no mesmo mercado a fim de criar soluções complementares ou substitutas, mas legais, estimulando a competição.

Por fim, cabe ressaltar que a existência de problemas horizontais decorrentes de restrições patentárias pode provocar a redução de eficiências econômicas, como por exemplo: a presença de economias de escala; além, do desestímulo na realização de pesquisas complementares e do desenvolvimento da produção ou capacidades em marketing. No entanto, todos esses princípios apresentados devem ser pautados pela regra da razão, já que a mera aplicação do guia pode gerar análises incoerentes, fazendo necessária a interpretação da autoridade antitruste em relação às leis de defesa da concorrência e de defesa da propriedade intelectual, tendo-se uma mostra disso na próxima seção na qual apresentaremos o entendimento da Suprema Corte em relação ao caso em estudo.

4. O caso ebay inc. And half.com inc. Vs. Mercexchange, I.I.c. – uma análise

A análise do caso estudado baseia-se no *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent* (No. 05-130), documento produzido pela Suprema Corte daquele país em função da análise do pedido de apelação peticionado pela MercExchange, L.L.C., (denominada “MercExchange”) contra decisão da Corte Distrital do Leste do Distrito da Virgínia em litígio pelo uso indevido de patente contra eBay Inc. and Half.Com, Inc., (denominada “eBay”) petionária da ação civil em nível distrital. Nesse caso, tem-se decisão bastante rara na qual se adotou tutela jurisdicional permanente para limitação à concessão de licença de comercialização por detentora do direito de propriedade de patente de forma injustificada dentro dos parâmetros recorrentes do sistema de propriedade intelectual norte-americano.

Esse documento inicia-se com um resumo do interesse dos Estados Unidos na análise de litígios que envolvam a questão de patentes, que, nesse caso, está centrado na determinação de remédios jurisdicionais a serem adotados no caso de infração contra patentes. Nesse país, as questões judiciais ligadas às patentes, por afetarem diretamente a competição a inovação em mercados, ficam a cargo da Comissão Federal de Comércio (FTC)

e da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos cujas obrigações são a de regular os litígios sobre a validade e o escopo de patentes, às vezes atuando como proprietários de patentes, mas, mais comumente, como defensores em atos de infração, conforme 35 U.S.C. 1 *et seq.*

Em processo julgado pela Corte Distrital do Leste do Distrito da Virgínia, a MercExchange, réu que apela revisão dessa decisão judicial junto à Suprema Corte, foi condenada pelo júri por infringir a patente '265 – U.S. Patent No. 5,845,265 –, que envolve métodos de comercialização de bens por meio comércio eletrônico, a pagar indenização de US\$ 35,0 milhões à eBay e a última teria uma tutela judicial permanente que permitiria a mesma impedir a infratora de utilizar, mesmo que de forma legal, sua patente após decisão. Após revisão do processo pela Corte Distrital por decisão da Suprema Corte, a multa foi reduzida para US\$ 29,5 milhões, declinada a imposição dessa tutela judicial (originalmente, injunctive relief), sem que houvesse a possibilidade de apelação às instâncias superiores.

A Constituição dos Estados Unidos, por intermédio da “Cláusula de Patentes” (U.S. Const. Art. 1, § 8, Cl. 8), como ficou conhecida, e dos Atos de Patentes² dão condições para a obtenção de uma patente, assegurando aos inventores o direito de exclusividade sobre suas descobertas, e protege também esse direito, o que leva a permissão de instauração de uma ação civil contra o infrator de uma patente. O ressarcimento do direito de propriedade intelectual infringido pode ocorrer por meio de dois mecanismos no direito norte-americano: i) pagamento de indenização que compense o ator lesado que seja equivalente no mínimo ao valor do royalty devido ao proprietário do direito de exclusividade pelo tempo de uso indevido da patente, podendo ser esse valor multiplicado em até três vezes no caso de agravantes; ou, ii) o estabelecimento de uma tutela judicial permanente, que é um remédio jurisdicional permitido às Cortes Federais e aplicados a mais de 185 anos, que possibilita o estabelecimento de uma pena alternativa acordada com a Corte Distrital a partir da análise do caso específico, respeitando-se o princípio de igualdade.

No caso em questão, foi adotado o segundo remédio jurisdicional, tutela judicial permanente, cuja decisão pautou-se pela análise de quatro fatores tradicionais: i) a peticionária ter sofrido injúria irreparável; ii) a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; iii) o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela; iv) o interesse público não seria contrariado com a adoção dessa tutela jurisdicional permanente. Quanto ao primeiro quesito, “o da injúria irreparável”, a Corte Distrital enquadrou a infratora nesse aspecto, pois a MercExchange tinha conhecimento da validade da patente da eBay e, mesmo assim, continuou a infringi-la, muito embora pudesse ter licenciado seu uso, já que a princípio não houve recusa unilateral por parte da peticionária quanto ao licenciamento da patente, e tendo, o réu, feito uso legal de outras patentes no passado.

No que tange ao interesse público, normalmente defende-se o direito de exclusividade de uma patente; no entanto, a tutela jurisdicional permanente, que garantiria a discricionariedade do proprietário da patente com o intuito de evitar seu uso indesejado, impedindo dessa forma o licenciamento da patente pela infratora sem que haja justificativa plausível para isso, é contrário ao interesse público, haja vista que limitaria os canais de comercialização on-line e a própria difusão legal desse tipo de tecnologia, que contribuiria para o desenvolvimento econômico e social; o que torna a análise desse critério favorável à infratora, que teria sua penalidade limitada à aplicação de multa.

² Os Atos de Patentes que regulamentam as Leis Constitucionais de proteção às patentes nos Estados Unidos são as seguintes: Patent Act of 1790, ch. 7, 1 Stat. 109; Patent Act of 1793, ch. 11, 1 Stat. 318; Patent Act of 1836, ch. 357, 5 Stat. 117; Patent Act of 1839, ch. 88, 5 Stat. 353; Patent Act of 1870, ch. 230, 16 Stat. 198; Patent Act of 1939, ch. 450, 53 Stat. 1212; Patent Act of 1952, ch. 950, 66 Stat. 792.

Por fim, no que se refere ao prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela, essa é favorável a petionária, que teve o direito de exclusão preterido de forma ilegal pela réu, e concluiu-se que a limitação do licenciamento do serviço por parte da eBay deveria evitar tanto uma infração futura por parte da MercExchange, quanto ressarcir a petionária na reconstrução de seu sistema de propriedade intelectual infringido por meio do pagamento de um licenciamento compulsório através do cálculo de um “royalty futuro”.

Da análise dos quatro quesitos necessários à justificação da aplicação da tutela jurisdicional permanente como remédio à infração de patentes, pode-se inferir que o ressarcimento do réu a petionária não se daria apenas em termos da infração da patente (situação para a qual o júri definiria indenização não superior a US\$ 25,0 milhões), mas por ter continuado a infringir a patente mesmo sabendo de sua validade, excluindo-se do dever de pagamento de licença pelo seu uso, o que constituiu, no entendimento da Corte Distrital, agravo a lesão sofrida pela eBay, parte maior prejudicada nesse litígio, que, a princípio, por razões injustificadas, não teria oferecido qualquer restrição unilateral a sua concessão.

Entrementes, da análise dos quatro critérios, observou-se que houve um critério favorável ao réu, que foi aquele que julga o ato em função do interesse público. A despeito da posição defendida de que a restrição à concessão de licença para a comercialização desse serviço diverge de modo crescente com o interesse público, constata-se esse critério não invalida os demais, favoráveis a petionária, e seu peso é menor do que o dos outros, haja vista que a presença de mais canais de comercialização não aumentaria de forma significativa o bem-estar social por meio da provisão eficiente de um bem público, que, nesse caso, claramente não o é. Logo, a Corte Distrital entendeu pela aplicação do remédio da tutela jurisdicional permanente, além de aplicação de indenização cujo valor ficou definido em US\$ 35,0 milhões, e não, da indenização “simples”, que corresponderia a US\$ 25,0 milhões apenas.

Ao recorrer do caso à Suprema Corte (corte de apelação), a MercExchange obteve ganho de causa em sua apelação com a não concessão da tutela jurisdicional permanente à eBay e redução da indenização a ser paga para um valor proporcional ao do agravo, retornando o processo à Corte Distrital para a adequação do remédio adotado quanto ao valor proferido (o que estaria relacionado a mudanças nos pesos dos quatro critérios analisados), conforme argumento a seguir:

“Neste caso, embora o tribunal de apelação não tenha invocado o teste de quatro fatores tradicional, reconhece-se corretamente que o tribunal de distrito tenha indevidamente invocado considerações impróprias, que ascenderam a um abuso de poder, e o tribunal de apelação, portanto, reverte devidamente a negação do tribunal distrital de pedido de injunção da MercExchange. O acórdão do tribunal de apelação deve ser afirmado e o caso deve retornar ao tribunal de distrito para a entrada de um decreto apropriado.” (Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent No. 05-130, 2006, p. 9).

No entendimento da Suprema Corte, em conformidade com a Seção 283 do Ato de Patente de 1952, a Corte Distrital tem o poder de escolher dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, em face de determinada situação não regulada expressamente pela lei, o que permitiria a adoção da tutela jurisdicional permanente como remédio no caso da infração de patente. Ainda, é necessário ressaltar que os efeitos desse remédio jurisdicional devem ser efetivamente permanentes, já que essa tutela deve coibir futuros casos de infração às patentes, sendo, portanto, que para estipular as condições do acordo a ser firmado junto à empresa lesionada

(eBay), os tribunais locais têm liberdade para determinar as situações e o período em que se incorreu a infração a fim de que se possa definir essa liminar.

A Suprema Corte recomenda às Cortes Distritais valerem-se do princípio da igualdade na aplicação do teste das quatro abordagens, ou seja, é necessário averiguar se existe o equilíbrio em uma determinada situação entre os critérios seguintes: a petionaria ter sofrido injúria irreparável; a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela; e, o interesse público não seria contrariado com a adoção dessa tutela jurisdicional permanente. Aquela afirma que normalmente os tribunais aplicam um teste para verificar se ao menos uma das condições se adéquam ao caso, justificando por exclusão, e não se respeitando o princípio do equilíbrio, o emprego do remédio de tutela jurisdicional permanente; constituindo, portanto, uma antítese do teste tradicional, que é contrariada.

Na análise de um recurso, como nesse caso, assim como em outros, não cabe à Vara Federal recomendar à Corte Distrital que refaça o teste, a despeito da observação de erros metodológicos na aplicação do mesmo, não sendo esse em si uma base de reversão, ou seja, não é obrigação da Suprema Corte reverter em si a decisão por remédio de tutela permanente, decidindo-se pela aplicação de indenização somente, portanto. O que cabe à instância federal é reanalisar os quatro critérios e verificar se houve algum abuso da autoridade descricionária, no caso da Corte Distrital, no padrão da descrição dos quatro critérios, modificando o peso de cada um deles na determinação dos agravantes que definem do valor da indenização a ser paga pelo réu.

No que tange à análise do primeiro quesito, o da petionaria ter sofrido injúria irreparável, a Suprema Corte é favorável ao entendimento do tribunal Distrital, pois compreende que a transgressão aos direitos de propriedade intelectual é uma forma de injúria cujas conseqüências são irreparáveis, pois nega a patente legal durante o período em que essa deveria ser considerada válida. Ainda, de acordo com a Corte do Leste da Virgínia, a Vara Federal reafirma que a infração do direito legal de exclusão estende-se em danos à reputação das inovações e as oportunidades competitivas trazidas por ela (como a oportunidade de ser a firma pioneira em um mercado; o estabelecimento de uma indústria de ponta; ou mesmo o desenvolvimento de outras inovações e depósito de patentes), assim como a promoção de restrições às licenças, o que restringe a imposição de indenização que não se aplica de forma restrita às extensões do dano.

A restrição do agravo, que não se restringiu apenas à infração da patente, não possibilita um cálculo indenizatório, no entendimento da Suprema Corte, que corresponda ao valor do royalty devido à firma lesada, impondo o pagamento de um “royalty futuro” por meio do estabelecimento de uma tutela permanente, que seria equivalente à licença compulsória, e cujo objetivo seria o de ressarcir outros danos provenientes da infração da patente, além de coibir futuras infrações. Entretanto, o Estado norte-americano acredita, em acordo com tratados internacionais e com o interesse do próprio Congresso, que não deve haver abuso do efeito coercitivo futuro proporcionado pela aplicação desse tipo de remédio, concedendo à empresa lesionada plenos poderes para restringir a concessão de patentes.

Ainda, ao pesar o agravo do sofrimento de injúria irreparável, verificando o abuso na aplicação do remédio adotado, a corte de apelação considerou argumento da MercExchange, no qual alega haver remédio legal adequado para reparar e coibir a infração cometida, que seria a aplicação de uma indenização “simples”, aquela proporcional ao valor do royalty devido à firma lesionada. A réu defende que os outros problemas decorrentes dessa infração, as questões de licença e patentes, são instrísecos aos próprios objetivos da patente, uma vez que essa busca por si só o estabelecimento de incentivos para a promoção da inovação, a introdução de novas tecnologias que tornam os produtos mais aceitos no mercado,

incentiva a requisição de licenças para sua comercialização cujo intuito é de proteger a reputação dos produtos e das inovações.

Quanto ao balanço entre os prejuízos sofridos pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente e aquele sofrido pelo réu, esse invariavelmente depende de uma investigação de fatos específicos, que podem pesar a favor ou contra a aplicação de uma tutela jurisdicional permanente no caso de patentes particular. Nesse sentido, a medida tutelar deve proteger judicialmente o direito de exclusão de uma patente, sem que seja desproporcional ao dano causado pelo réu; da forma contrária, no caso do réu ter infringido o direito de patente de forma intencional, a medida imposta pelo tribunal pode ser inferior ao dano causado ao titular da patente, uma vez que não houve intenção de dano. No caso analisado, pode-se afirmar que a maior prejudicada foi eBay, pois a MercExchange tinha conhecimento da patente, sendo preciso ponderar melhor o prejuízo causado pela última.

Para a corte de apelação, tendo uma vez a petionária provado que a MercExchange violou sua patente, sendo aquela a maior prejudicada, é difícil que a réu reclame, por meio do balanço de prejuízos, as perdas que possa vir a sofrer em decorrência dos encargos sofridos que o cumprimento da decisão pode representar, tal como a limitação do acesso a licenças de comercialização. É, portanto, incongruente sob esse aspecto afirmar que essa decisão do Tribunal Distrital favorece o infrator, pois essa medida já é bastante honerosa para que a infração continue e que se repita.

O prejuízo da infração da patente não limitou-se nesse caso ao prejuízo de interesses privados somente, já que essa também frustrou o interesse público da necessidade de invenção para o aprimoramento da sociedade no âmbito da segurança nacional, saúde ou segurança públicas, o funcionamento do comércio, ou outras áreas comparáveis de vital importância para terceiros inocentes ou o público em geral. Dessa maneira, embora o deferimento da tutela jurisdicional permanente dependa da análise da proporcionalidade e do peso do agravo sofrido pela petionária, também deve-se considerar fatores específicos que não foram listados e ferem o interesse público, pesando contra a redução dessa. Por fim, a corte de apelação entende que a patente do método de venda on-line não é de interesse público o que não justificaria o declínio da medida adotada; argumenta ainda que se a patente não é considerada válida, essa deve ser reexaminada pelo PTO, que já proferiu sua decisão final a respeito.

Normalmente, as petionárias acusam as Varas Federais de estabelecer remédios jurisdicionais com em base de critérios automáticos, que sublimam os prejuízos por elas sofridos em decorrência da infração da patente, não sendo muitas vezes nem considerados. No entanto, ainda que essas considerações das petionárias não tenham espaço em um inquérito descritivo cuja natureza é ampla, é necessário apreciar o fato de que uma aplicação de um remédio muito restritivo poderia provocar igualmente efeitos negativos à concorrência e à inovação, assim como a infração à patente, em uma analogia reversa. Assim a análise adequada dos resultados do teste das quatro abordagens, deve levantar questões que vão bem além das questões específicas do presente caso e que permitam uma melhor entendimento do caso por meio de uma legislação específica, ao invés apenas de declarações gerais sobre a correta aplicação desse teste, como concluiu a Suprema Corte em sua avaliação.

No final do relatório, o tribunal de apelação resume não tem a intenção ditar os termos específicos de revisão da decisão, não impondo um valor específico para a redução da multa a ser paga pelo infrator ou anulação da tutela jurisdicional permanente, pois acredita que a revisão dentro dos critérios estabelecidos deva ficar a cargo do Tribunal do Distrito da Virgínia; mas acredita ser coerente, a despeito o seu papel limitado no poder descritivo em âmbito da Corte Distrital, a negação do pedido da MercExchange que pede pela não aplicação do remédio permanente definido para o caso, já que essa medida têm como objetivo coibir infrações futuras e não, apenas atuar no ressarcimento da parte lesada no presente.

Pode-se classificar esse caso como um caso atípico em que o titular da patente pode limitar seu licenciamento ao infrator, uma vez que no direito antitruste sua restrição injustificada resultaria em um tipo de conduta anticompetitiva, promovendo o fechamento de mercados. Areeda et all (2004) observa que existem pouquíssimos casos na jurisprudência norte-americana, assim como esse, em que os tribunais chegaram a limitar a discricionariedade do proprietário da patente a fim de que fosse evitado o uso indesejado por terceiros; os tribunais desse país constataram em diversos processos violações à patentes, mas deixaram de aplicar esse tipo de remédio, pois tratavam-se de bens essenciais a sociedade e sua aplicação promoveria o uso indevido da patente. Esses autores ainda concluem que o efeito de uma indenização nesses casos seria similar ao da determinação de uma licença compulsória equivalente a essa.

A adoção desse remédio jurisdicional abre espaço para que outras empresas, que têm como objetivo a detenção de patente não para a produção de bens e serviços, mas somente para sua comercialização, beneficiem-se da jurisprudência desse caso. É possível afirmar que, para essas empresas cuja principal atividade seja a comercialização de licenças, suas receitas sejam compostas dos royalties por elas cobrados, o que nos leva a supor que seu intuito como empresa capitalista seja o de elevar suas receitas em consequência do aumento exagerado dos royalties cobrados, que, em uma situação em que existiria limitação à utilização da patente por outras empresas, poderia ser utilizado como instrumento de barganha junto às empresas que tencionassem utilizar as patentes.

5. Considerações finais

Do ponto de vista teórico Schumpeteriano, pode-se afirmar que as empresas estão sempre a criar estratégias a fim de retirar seus concorrentes do mercado em que atuam, sendo a principal dessas a geração de inovações que criam monopólios temporários para a empresa. Nessa situação, por um período de tempo limitado, a firma poderá praticar preços acima do custo marginal até o momento que suas seguidoras sejam capazes de imitá-las.

Com o intuito de aumentar o tempo e os custos das concorrentes necessários à realização de imitações, as firmas inovadoras fazem uso do direito de propriedade intelectual, que garante ao seu titular o direito de exclusividade de produção, distribuição e comercialização de bem, serviço ou marca patenteada. A unicidade do direito, contudo, não garante à empresa a unicidade do mercado relevante, a despeito da tentativa de excluir competidores, o que nos permite afirmar que as restrições patentárias não caracterizam abuso de poder de mercado imediatamente.

No entanto, a concessão de uma patente ou a restrição ao acesso a uma licença, quando forem identificadas em situações típicas do direito antitruste (atos de concentração ou conduta), pode levar ao estabelecimento de uma situação anticompetitiva, embora deva ser pesados os efeitos líquidos da concessão de uma patente ou licença frente à instauração do ilícito antitruste. Talvez seus resultados sejam positivos e ainda que haja aumento da concentração no mercado relevante, tornando a posição da titular da patente dominante, o estímulo à inovação e desenvolvimento científico e tecnológico supere o perigo do abuso de posição dominante, ou esse não seja efetivo.

No que tange à análise jurídica, pautada nas legislações de Proteção à Propriedade Intelectual brasileira e americana, observa-se dispositivos que limitam a concentração de mercados, o que levaria ao aumento da possibilidade de abuso de poder econômico, com restrições a discricionariedade dos titulares da patente quanto à concessão de licenças, que em último caso será compulsória a fim de que se atendam as exigências do mercado com a produção de uma inovação por ele demandada, independentemente do seu

titular ter condições econômicas de viabilizar sua produção. Da mesma forma, as leis de defesa da concorrência também possuem mecanismos que impedem a restrição de entrada de concorrentes no mercado relevante e também a exploração de direitos de propriedade industrial, intelectual e de tecnologia.

Para o caso dos Estados Unidos, ainda existe o reforço na análise de processos antitruste que envolvam o licenciamento de propriedade intelectual: o Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, que apresenta diretrizes para a análise de situações dessa natureza. Entrementes, a eficiência na estruturação de uma análise trazida pelo guia não substitui a discricionariedade da interpretação que um juiz faz das leis, impedindo o estabelecimento de análises incoerentes, como no caso estudo (eBay Inc. and Half.com Inc. VS. MercExchange, L.L.C.).

A Suprema Corte decidiu, conforme análise do critério do teste das quatro abordagens (que envolve o equilíbrio entre a probabilidade de a petionaria ter sofrido injúria irreparável; a inadequação da indenização para compensar o dano sofrido; balanço entre os prejuízos sofridos pela petionaria e pelo réu; punição contrária o interesse público) e favorável à decisão do Tribunal Distrital, que a infração cometida pela MercExchange superou o simples desrespeito à patente, o que condicionaria a essa penalidade de pagamento de indenização equivalente ao valor do royalty devido ao titular da patente. A réu também infringiu o licenciamento da patente, que a princípio não havia sido negado pela eBay, e o interesse público, frustrando a necessidade de inovação e aprimoramento tecnológico.

Em virtude do estabelecimento de uma situação irreparável no aspecto monetário somente, foi definido além do pagamento de uma multa, o estabelecimento de tutela jurisdicional permanente pela qual a titular da patente conquistaria poderes para restringir o licenciamento à infratora, justificada como forma de coerção à repetição futura da infração e continuidade do delito.

Ainda que os críticos tenham sido desfavoráveis à decisão pela tutela jurisdicional permanente, uma vez que a concessão desse “benefício” ao titular em virtude da infração, também está potencialmente concedendo-lhe poder de mercado que pode se expressar com o aumento do preço de licenciamento de patentes para outros interessados; pode-se afirmar que o efeito líquido dessa é positivo. A coerção faz com que as empresas do mercado sintam-se estimulada a inovar, posto que estão em um ambiente jurídico que lhes oferece segurança efetiva contra possíveis infratores, superando o malefício gerado pela restrição da patente em questão.

A despeito dessa análise, pode afirmar que a discussão a respeito da adoção desse tipo de instrumento punitivo ainda possibilita outras interpretações, que não se esgotam no espaço de artigo que serviu apenas para atizá-la, uma vez que situações semelhantes ainda não foram identificadas no sistema jurídico antitruste ou sistema de proteção à propriedade intelectual brasileiro e carecem, portanto, de respaldo teórico para sua avaliação.

6. Referências

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Loius; EDLIN, Aaron S. Antitrust Analysis: problems, text, cases. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2004.

BASSO, Maristela. Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, p. 75-100, 2009.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Global Business Regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000.

BRASIL. Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1996/lei-9279-14-maio-1996-374644-normaatualizada-pl.doc>. Acessado em: 18 fev. 2011, 19:22:00.

_____. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1994/lei-8884-11-junho-1994-349808-normaatualizada-pl.doc>. Acessado em: 18 fev. 2011, 19:26:00.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 121-147, 2009.

GONTIJO, Cícero. As transformações do sistema de patentes, da Convenção de Paris ao Acordo TRIPS – A posição brasileira. [S.I.]: Fundação Heinrich Böll, 2005. Disponível em: http://fdcl.org/fileadmin/fdcl/Publikationen/C_cero-FDCL.pdf. Acessado em: 17 fev. 2011, 19:26:00.

KAPLOW, Louis; SHAPIRO, Carl. Antitrust. NBER Working Paper Series, n. 12867. Cambridge: NBER, 2007.

POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 2, p. 57-73, 2005.

POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Regulação da concorrência e propriedade intelectual: conflitos e convergências. In: *Promovendo Respostas Estratégicas à Globalização – Seminário Internacional PPED*, 31 p., 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf>. Acessado em: 17 fev. 2011, 18:53:00.

SINGH, Ram. Implementation of Intellectual Property Rights Regime: The Justification Question. *Social Scientist*, v. 30, n. 1, p. 66-82, 2002.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. [S.I.]: OrdemLivre.org, 2009. Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/files/schumpeter-csd.pdf>. Acessado em: 18 fev. 2011, 15:14:00.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Respondent No. 05-130, Antitrust Division of the United States Department of Justice, Washington D.C., march of 2006. Disponível em: <http://www.justice.gov/osg/briefs/2005/3mer/1ami/2005-0130.mer.ami.pdf>. Acessado em: 17 fev. 2011, 19:01:00.

_____. U.S. Department of Justice and Trade Federal Commission. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice and Trade Federal Commission, Washington D.C., april of 1995. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf>. Acessado em: 18 fev. 2011, 19:11:00.

_____. Appendix L, The American Inventors Protection Act, de 29 de novembro de 1999. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. Disponível em: http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf. Acessado em: 18 fev. 2011, 19:34:00.

VERSPAGEN, Bart. Structural Change and Technology: A Long View. *Revue économique*, v. 55, n. 6, p. 1099-1125, 2004.

REVISTA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Instrução aos Colaboradores

1. Apresentação

Editada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, a Revista de Direito Econômico, publicada desde 1975, atravessou diversas etapas: foi suspensa durante os períodos de set. 1980 a dez. 1985 e abr. 1986 a abr. 1987; iniciou nova fase a partir do nº 1, jan./mar. 1986, com o título de Direito Econômico: Revista do CADE; foi novamente suspensa a partir do nº 6 em 1989; retomou o título de Revista de Direito Econômico, quando passou a ser trimestral, no nº 21, out./dez. 1995; a partir do nº 25, jan./jul. 1997, a periodicidade passou a ser semestral e terminou esta fase com a edição nº 33, jan./jun. 2002. A coleção conta com 33 volumes.

O CADE, preocupado com a continuação e a periodicidade da Revista, em 2004, lança uma nova política editorial, que objetiva ser mais propositiva e ativa. Começa na Edição Especial com o título de Revista de Direito da Concorrência.

A *Revista de Direito da Concorrência* terá periodicidade trimestral e será composta das seguintes seções:

Seção I – “Artigos e Doutrina Jurídica” – publicará artigos resultantes de estudos, pesquisas, debates e experiências relacionadas ao direito da concorrência, à economia e às áreas afins, que deverão ser submetidos à publicação segundo as regras estabelecidas pelo Comitê Editorial.

Seção II – “Notas e Jurisprudência Comentada” – apresentará um resumo comentado dos julgamentos realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Os resumos comentados poderão ser submetidos para publicação por parte do público externo ou escolhido um caso por Conselheiro por trimestre, primando pela apresentação dos casos mais recentes, com temas inovadores, polêmicos ou de grande relevância econômica, política ou jurídica.

Nesta seção serão também aceitos artigos curtos sobre questões teóricas ou empíricas pontuais ou comentários sobre artigos publicados na revista.

Seção III – “Resenhas” – publicará resenhas sobre obras de interesse na área de defesa da concorrência, publicados no Brasil ou no exterior.

A Revista de Direito da Concorrência necessita da colaboração de quem produz

conhecimento sobre o assunto e que possa indicar a reedição de textos fundamentais, bem como sugerir temas para debates, com abertura para réplicas e tréplicas, dependendo do interesse despertado.

2. Normas Editoriais

Os artigos e resenhas encaminhados à Revista de Direito da Concorrência deverão ser inéditos e serão submetidos à aprovação do Comitê Editorial, a quem cabe decidir a possibilidade de publicação e a sua ordem na programação. Os trabalhos poderão ser enviados nos idiomas português, inglês e espanhol.

Os artigos serão analisados por um corpo de pareceristas ad hoc, que ficará responsável por avaliar os trabalhos encaminhados ao Comitê Editorial, analisando o conteúdo qualitativo dos artigos, bem como sua adequação aos objetivos da revista.

A partir dessa avaliação, a publicação dos artigos ainda estará condicionada à decisão final do Comitê Editorial.

A avaliação dos trabalhos submetidos à apreciação dos pareceristas será feita pelo sistema double blind review, no qual os autores não tomam conhecimento de qual parecerista está analisando seu trabalho, nem o avaliador tem conhecimento da autoria do trabalho que está sendo analisado.

O Comitê Editorial, por indicação dos pareceristas, poderá, ainda, solicitar eventuais reformulações ao autor.

Com a finalidade de facilitar a avaliação, o artigo deverá atender às condições especificadas nas Normas para Apresentação de Originais que se encontram a seguir detalhadas.

A equipe de revisão reserva-se o direito de efetuar alterações nos originais, respeitando o estilo e as opiniões dos autores, com vistas a manter a homogeneidade e a qualidade da revista.

Os autores receberão um exemplar pelo trabalho publicado.

As colaborações deverão ser enviadas para o seguinte endereço:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Gabinete da Revista de Direito da Concorrência

A/C: Fernando de Magalhães Furlan

C/C: Clovis Manzoni dos Santos Lores

Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projeção C, Bloco B, 2º andar.

CEP 70754-510 – Brasília/DF – Brasil

Fone: (61) 3426-8400

revistacade@cade.gov.br

3. Normas para Apresentação de Originais

Com objetivo de facilitar o tratamento e a disseminação dos trabalhos enviados para publicação na Revista de Direito da Concorrência, apresentamos algumas normas técnicas para o estabelecimento de padrões de estilo e apresentação dos textos.

3.1. Meios

3.1.1. Artigos e doutrina

Os originais deverão ser encaminhados em papel (2 cópias) e em meio eletrônico (disquete, CD ou e-mail) – arquivo formato word, digitados em espaço 1, utilizando fonte Arial, tamanho 12, com extensão máxima de 30 páginas, com configuração nas seguintes margens: superior, inferior – 2 cm; direita e esquerda – 3 cm. Ilustrações (fotos, desenhos, gráficos, quadros, tabelas, mapas) poderão ser enviados em papel, desde que possuam nitidez, ou meio magnético com, no mínimo, 200 dpi de resolução (não serão aceitas cópias de xerox ou fax).

Os gráficos deverão ser encaminhados também em arquivo separado, em Excel, com referência de sua localização no texto.

Os arquivos que contiverem fórmulas deverão ser acompanhados das demonstrações das mesmas, em separado,

de modo que os pareceristas possam melhor analisar os resultados apresentados.

3.1.2. Notas/jurisprudência comentada e resenhas

Os textos encaminhados para estas seções deverão seguir as mesmas normas de apresentação de artigos e doutrina, observando-se o limite de 5 a 10 páginas.

3.1.3. Títulos

O título do artigo deve ser breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do conteúdo.

3.1.4. Resumos

Os artigos enviados para a Revista de Direito da Concorrência deverão ser acompanhados, obrigatoriamente, de resumo em português e inglês, com 15 linhas no máximo.

3.1.5. Palavras-chave

Solicita-se que os artigos enviados para a Revista de Direito da Concorrência contenham de 3 a 5 palavras-chave, referentes ao seu conteúdo, escolhidas em vocabulário livre ou controlado.

3.1.6. Citações

As citações devem ser acompanhadas por uma chamada para o autor, com o ano e o número da página. A referência bibliográfica da fonte da citação virá em lista única ao final do artigo. A exatidão e a adequação das citações e referências a trabalhos consultados e mencionados no texto são de responsabilidades do autor.

3.1.7. Notas de rodapé

As notas de rodapé, quando necessárias, devem ter a finalidade de indicações bibliográficas e observações complementares.

As indicações das fontes deverão ser feitas nos textos.

3.1.8. Notas do autor

As notas do autor deverão estar no final do texto com a finalidade de realizar

remissões internas e externas: introduzir uma citação de reforço e fornecer a tradução de um texto.

3.1.9. Referências bibliográficas

As referências bibliográficas devem constituir uma lista única no final do artigo, em ordem alfabética por sobrenome de autor; devem ser completas e elaboradas de acordo como as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6.023.

a) Livro

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Número da edição. Cidade: Nome da editora, ano de publicação. Número total de páginas.

Exemplo:

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 184 p.

b) Monografia

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Ano de defesa. Número total de folhas. Monografia (Especialização em área da pesquisa) – Nome da Faculdade, Nome da Universidade, cidade da Instituição, ano.

Exemplo:

JARRETTA, Cláudio Natal. *Perícia contábil: um estudo contributivo ao aperfeiçoamento do conteúdo programático aplicável ao curso de Ciências Contábeis*. 1996. 59f. Monografia (Especialização em Ciências Contábeis) – Faculdade de Ciências Humanas, Universidade de Marília, Marília, 1996.:

c) Periódicos

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título do artigo*: subtítulo se houver. Nome do Periódico, cidade, v., n., p. inicial-final, mês ano.

Exemplo:

BEST, K. J.; REIFFERSCHIED, K. J. Motivos do surgimento das drosses na

produção de ferro fundido nodular. Fundação e Serviços, São Paulo, v. 14, n. 132, p. 16-30, dez. 2003.

d) Informações retiradas da Internet

d.1) Publicação apenas via Internet

ÚLTIMO SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Disponível em: <URL completa>. Acesso em: dia mês (abreviado até a terceira letra, exceto maio) ano.

d.2) Publicação impressa em papel e via Internet

ÚLTIMO SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Nome do periódico, cidade, v., n., p. inicial-final, mês (abreviado até a terceira letra, exceto maio), ano. Disponível em: <URL completa>. Acesso em: dia mês (abreviado até a terceira letra, exceto maio) ano.

Exemplo:

TEMPORÃO, José Gomes. *O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, n. 5, set./out. 2003.

e) Correio eletrônico

Remetente (endereço eletrônico do remetente). Assunto da mensagem em itálico. Destinatário (endereço do destinatário). Data da mensagem.

Exemplo:

PEREIRA, M. Caléria. *Artigos para a revista*. [mensagem pessoal]. Mensagem

recebida por <celso12@yahoo.com.br> em 05 dez. 2003

3.1.10. Ilustrações

As ilustrações devem vir acompanhadas das fontes e de título que permita compreender o significado dos dados reunidos. Quadros, tabelas e gráficos devem obedecer às normas de apresentação tabular do IBGE.

3.1.11. Siglas

As siglas devem vir acompanhadas do nome por extenso.

3.1.12. Destaques

O uso de negrito deve ficar restrito aos títulos e intertítulos; o de itálico, apenas para destacar conceitos ou grifar palavras em língua estrangeira.


3.1.13. Reedição

Textos para reedição deverão ser apresentados na forma originalmente publicada, de modo a assegurar a indicação da fonte primitiva. No caso de tradução, anexar cópia da folha de rosto da publicação original.

4. Currículo

Devem constar no trabalho informações quanto à titulação acadêmica do autor e respectiva instituição; atividades que desempenha; instituição a que está vinculado; endereços residencial, profissional e eletrônico completos.

Os artigos enviados devem preencher as condições especificadas.



ANEXO I
DECLARAÇÃO

Eu, _____, portador do RG nº _____, declaro, para todos os fins, que autorizo a publicação do artigo de minha autoria, intitulado _____, enviado em __/__/201__, na “Revista de Direito da Concorrência”, publicação oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Brasília, de _____ de 201__.

Nome e Assinatura

ANEXO II

CADASTRO DE AUTORES

NOME: _____

QUALIFICAÇÃO: GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO
 DOUTORADO PÓS-DOUTORADO

ESPECIALIZAÇÃO TÉCNICA EM:

Direito Administrativo Direito de Trabalho Direito Internacional Público
 Direito Civil Direito de Consumidor Direito Penal
 Direito Comercial Direito Econômico Direito Processual
 Direito Constitucional Direito Internacional Privado Direito Tributário

Outros _____

TEMA: _____

PROFESSOR UNIVERSITÁRIO: NÃO SIM

GRADUAÇÃO
 PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO/DOUTORADO)

POSSUI LIVRO PUBLICADO: NÃO SIM

Obra: _____

Editora: _____

E-MAIL: _____

TELEFONES: _____

OUTRAS INFORMAÇÕES: _____