

O perfil do CADE na legislação antitruste¹

Ricardo Antônio Lucas Camargo²

Sumário: 1. Introdução. 2. A transformação do CADE em autarquia. 3. O CADE no Judiciário. 4. pressupostos para atuação do CADE. 5. Conclusão.

1. Introdução

A mais fácil visualização do estabelecimento de procedimentos especiais para a garantia da efetividade das normas de Direito Econômico no que toca ao instituto da circulação situa-se, sem sombra de dúvidas, no campo da defesa da concorrência.

A contenda entre os agentes econômicos, como salientado por quantos se debruçam sobre este tema, é tendente à autofagia, no sentido da busca pela vitória por cada um deles, contendores, de sorte a se tornar o único a atuar no mercado.³

As técnicas de concentração do poder econômico passam a ser objeto de controle estatal, precisamente para que se verifique se os expedientes contratuais de que a empresa se vale para se fortalecer não estarão descambando para a derruição da concorrência.⁴

1 O título original do artigo — “Perfil do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Lei 8.884, de 1994 — foi alterado, para sua adequação à linha editorial da RDE.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Ricardo Antônio Lucas Camargo é Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

3 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 199. Muito embora a previsão constitucional (1946) da repressão ao abuso do poder econômico, até 1962 os atos concentracionistas ou caíam na esfera de atuação do Decreto-lei 869, verificadas, dadas as circunstâncias, as alterações sobre o mercado (FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v.5, p. 105-8) ou abriam, quando muito, a oportunidade para a anulação por terceiro credor que se visse prejudicado, no prazo decadencial de três meses (idem. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 4, p. 552-3).

4 A atuação positiva do Estado na luta contra os monopólios, para HAYEK, mostra-se imperiosa, o que implica necessariamente o reconhecimento do caráter autofágico da concorrência (*Direito, legislação e liberdade*. Trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985, v. 3, p. 90-1).

Assim, mesmo para o pontífice do individualismo atual, o tema se traduz como extrapolando a *economia interna* das sociedades comerciais, extrapolando, repete-se, pois, o âmbito puramente contratual.

RICHARD POSNER, a partir da visão de JOHN STUART MILL, considera que a atuação da *Federal Trade Commission* se haveria de cingir à tutela da concorrência, ao comportamento dos agentes

Para a apuração de tais supostos de fato, mostra-se necessária toda uma ritualística processual específica, mercê da qual exsurgirão os limites do uso e do abuso do poder econômico.⁵

Em 1962, ressuscitando-se polêmica do final dos anos quarenta, estruturou-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela Lei nº 4.137, ao qual se cometeu a competência para decidir sobre a existência de prática apta a configurar abuso do poder econômico e para autorizar prática restritiva da concorrência quando tiverem por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços ou a criação de condições propícias ao desenvolvimento tecnológico ou econômico, haja a distribuição equitativa dos benefícios entre os seus participantes de um lado e os consumidores de outro, não tenham por inexorável consequência a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços⁶ e observem os limites estritamente necessários para o atingimento dos objetivos visados.

econômicos entre si, sem adentrar o controle de qualidade dos produtos, já que este a própria concorrência se encarregaria de fazer (*The Federal Trade Commission. The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 37, n. 1, p. 72, Fall 1969).

Sua posição peculiar de identificação do justo com a proporção entre *custo* e *benefício* (FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *op. cit.* p. 37-42) leva-o a considerar o custo representado pela dificuldade de ação das mais competitivas empresas norte-americanas em nome do controle de qualidade, expungindo do mercado atividades a este benéficas, já que o fator qualitativo pesa também na concorrência (POSNER, *op. cit.* p. 61 e 87).

Bem se vê que esta se coloca como um fim em si mesma, para esta doutrina, que se volta inequivocamente à caracterização do interesse transindividual como o resultado puro e simples do equilíbrio natural entre egoísmos.

Cumprir observar que, no entender de MAURO CAPPELLETTI (*Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 268-9), o notável desenvolvimento da legislação anti-truste nos Estados Unidos da América em face das legislações européias devido à formidável expansão da indústria, notadamente após a derrota do Sul escravista e agrário pelo Norte industrializado, expansão esta mais precoce do que na Europa continental. Na Alemanha do século XIX, ao contrário, a necessidade de se possibilitar ao país então nascente enfrentar a concorrência internacional, levava não ao combate, mas ao estímulo aos expedientes concentracionistas. Neste caso, a concorrência interna se apresentava como algo danoso à economia nacional, cabendo sustentar em tal contexto a legitimidade da concentração.

Por tais razões, não conseguimos ainda vislumbrar, em que pesem os argumentos dos que sustentam o ponto de vista contrário, a possibilidade de se destacar do Direito Econômico um Direito da Concorrência e, deste, um Direito Anti-Trust.

5 WERTER FARIA demonstra o porquê desta ritualística especial:

A posição de domínio só pode ser determinada pela análise de relação de forças entre as empresas, real ou potencialmente concorrentes. Para isso, é necessário circunscrever o mercado quanto à área geográfica e o produto ou serviço em causa. Na apuração do mercado geográfico, incluem-se todas as empresas em condições operacionais homogêneas, em comparação com as da empresa que alegadamente exerce o poder de controlar o preço ou de restringir a concorrência. Na averiguação do produto ou serviço, consideram-se suas características, que tornam possível a satisfação de necessidades idênticas e a substituição deles pelos consumidores, bem como a elasticidade cruzada da procura (variação percentual desta e variação percentual do preço). (Domínio de mercado, acordos restritivos da concorrência e concentração de empresas. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v. 48, n. 185, p. 176, jan/jun 1995).

6 A absorção do mercado relevante impõe o exame da existência, em determinada área geográfica, de determinados produtos ou serviços que possam ser substituídos por outros, de sorte a que se atenda

A prova de tais circunstâncias⁷ requer, efetivamente, conhecimento técnico específico, e é em função de tais perícias que o CADE chegará às conclusões sobre elas. A apuração se inicia por uma sindicância sumária, destinada à verificação da existência de real motivo para a instauração do procedimento administrativo.

Vencida esta fase, com o julgamento das apurações preliminares, passe-se à instauração do processo administrativo, em que a empresa indiciada tem o mais amplo direito de defesa e pode produzir as provas que entender necessárias à reconstituição do suporte fático de seu direito.

Por esta razão, dificilmente se poderão discutir as decisões do CADE em sede de mandado de segurança, pois a desautorização de suas conclusões, em regra, dependerá da mais ampla dilação probatória.⁸

A Lei nº 8.029, de 1990, que entrou em vigor no contexto do "Pacote" que marcou o início do governo do Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Affonso Collor de Mello, criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico, à qual a Lei nº 8.158, de 1991, atribuiu a competência para apurar e propor as medidas cabíveis para a correção de desvios de comportamento no mercado.

2. A transformação do CADE em autarquia

A ampliação das funções do CADE de órgão de defesa da concorrência (como estruturado pela Lei nº 4.137/62) para autarquia de defesa da ordem econômica se deu por força da Lei nº 8.884/94.

Observa Washington Peluso Albino De Souza que o significativo da transformação do CADE em autarquia está no esparçamento definitivo de polêmica sobre a possibilidade de figurar como parte em juízo, definindo melhor as funções de sua Procuradoria:

integralmente às necessidades a que se dirigem (MALARD, Neide Teresinha. *Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 48, n. 185, p. 220, jan/jun 1995).

7 De acordo com NEIDE MALARD, tais circunstâncias se comprovam tendo em vista os seguintes elementos fáticos: estrutura e desempenho do mercado. A estrutura diria respeito à existência de barreiras à entrada de novos competidores oriundas de vantagens que permitam à empresa dominante fruir de custos de produção ou distribuição menores que os dos demais contendores, facilidades de acesso de capital, vantagens resultantes da diferenciação de produtos, integração vertical da empresa e seu avanço tecnológico. Já o desempenho toca às relações custo/preço, respostas da demanda, introdução de tecnologia, investimentos de indústria. Tais elementos são antecedentes lógicos da verificação da absorção do mercado relevante (*Op. cit.* p. 216).

8 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas cit.* p. 218; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 181.

A autonomia decorrente da natureza de autarquia conferindo ao CADE maior poder de ação que, embora não chegando à equiparação com o Poder Judiciário, liberou-o de um dos passos burocráticos de dependência da administração central para certos tipos de atuação que requerem mais presteza na objetivação.⁹

A transformação em autarquia teve, também, como consequência, a abolição do recurso hierárquico para o Ministro da Justiça — sepultando outra polémica que existia aos tempos da Lei nº 4.137/62 —, o que pareceu a alguns setores empresariais uma restrição a direitos fundamentais, argumento totalmente improcedente, porquanto as decisões do CADE podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

O que subjaz a esta indignação é a equívoca suposição de que a lesividade ao mercado seria uma questão de discricionariedade, afeita a juízos de conveniência e oportunidade, e não uma questão de correto enquadramento jurídico dos fatos.

A tese que vimos há tempos sustentando de que constitui princípio de Direito Econômico a indissociabilidade entre as medidas de política econômica e os atos jurídicos que as veiculam parece-nos obviar o aparente impasse.

É de se ter em mente que, malgrado decorra a decisão que reconhece ou nega a existência do abuso do poder econômico de um procedimento administrativo, os critérios para a verificação das consequências jurídicas do fato não se vinculam ao campo da pura discricionariedade do administrador, porquanto o que se tem, em realidade, é a operação de subsunção do fato à norma.

A conformidade ou não da política econômica posta em prática tanto pelo agente privado como pelo Poder Público ao que estabelecido pelo ordenamento jurídico não pode ser equacionada apenas pelos princípios desenvolvidos pelo Direito Administrativo, porquanto este apenas verificaria se o ato foi praticado por agente competente, se os elementos constitutivos do ato estariam presentes, se o ato seria qualificado como discricionário ou vinculado.

Em que pese a importância de tais considerações, a verificação do desvio de poder em um tal caso demandaria, efetivamente, os subsídios da disciplina que tem por objeto a regulamentação das medidas de política econômica: o Direito Econômico.

Mostra-se imprescindível para se perquirir da ocorrência ou não do desvio de poder quando da condenação ou da absolvição o exame do próprio

9 *Primeiras linhas cit.* p. 214-215. Há, entretanto, uma inconstitucionalidade formal na Lei nº 8.884/94, que não foi, entretanto, questionada pela Confederação Nacional da Indústria quando se insurgiu contra o diploma em questão: é que em face da Constituição brasileira de 1988, art. 37, XIX, somente poderia ser transformado o CADE em autarquia através de lei específica e não de forma incidental, em lei reguladora da repressão ao abuso do poder econômico (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e reforma do Estado - 2 - o "liberalismo" na experiência francesa, alemã, italiana e comunitária*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Data, 1994, p. 30).

ato submetido ao crivo do CADE, em termos bem diversos dos preconizados pelo Direito Obrigacional, porquanto a este, tanto sob o aspecto civil como sob o aspecto comercial, interessariam mais os termos do ato negocial em si do que os efeitos de sua prática no mercado, perquirição concernente aos efeitos jurídicos da política econômica empresarial que refoge também ao Direito Administrativo.

De outra parte, tendo em vista que o constituinte proscreveu todas as formas de abuso do poder econômico, tendo elencado, de forma exemplificativa, alguns dos fins que o podem caracterizar, segue-se que a repressão a ele não se coloca no campo da oportunidade e conveniência, traduz-se em poder-dever do Poder Público.

Por esta razão, às decisões do CADE não se aplica o disposto no verbete 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal,¹⁰ o que não afasta, muito embora a ampliação de seus poderes, o recurso ao Poder Judiciário (Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV).

Em caráter cautelar, face a indício de que a operação analisada possa causar ao mercado lesão irreparável, a Lei nº 8.884/94 admite o compromisso de cessação, que pode ser celebrado pela empresa com o CADE ou com a Secretaria Nacional de Direito Econômico, *ad referendum* do CADE, sem lhe atribuir os efeitos de confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da procedência da ilicitude que se lhe impute.¹¹

Quando a conduta se enquadrar nas exceções concedidas legalmente, estabelece-se em relação a ela o compromisso de desempenho, em que se definem os limites para além dos quais se mostrará abusiva.¹²

3. O CADE no Judiciário

De qualquer sorte, o raciocínio desenvolvido por Werter Faria¹³ na interpretação da Lei nº 4.137/62 vale para a Lei nº 8.884/94, que a revogou: o Conselho não dispõe de poder para fazer cumprir, *per se stante*, suas decisões.

10 Conferir o voto do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso na ADIn 1094, ao rejeitar a inconstitucionalidade do art. 55 da Lei nº 8.884/94. Isto não quer dizer que o referido verbete sumular não tenha aplicação no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública relacionados à política econômica. O INPI, por exemplo, ao verificar que o contrato de transferência de tecnologia nele registrado poderia materializar uma hipótese de abuso do poder econômico, não está inibido de lançar mão do aludido verbete sumular para anular o registro. O impedimento, no respeitante ao CADE, decorre de sua função de *quase-tribunal*, já referida pelo antigo Tribunal Federal de Recursos.

11 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 218.

12 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 218.

13 *Constituição econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 71-2.

O descumprimento acarreta a necessidade de se levar a discussão ao Judiciário, através da execução fiscal, em se tratando da pena de multa, ou a intervenção judicial, cujos pressupostos, bem definidos são: a) a ausência de declaração da vontade de cumprir tempestivamente as providências especificadas na decisão condenatória; b) recusa no cumprimento; c) não haver cumprido as providências determinadas para a cessação da prática ilícita; d) reincidência específica. As manifestações do Poder Judiciário no Brasil a respeito da atuação do CADE, até o presente momento, deram-se mais no questionamento da autoridade de suas decisões do que na busca do cumprimento forçado delas.

Ao ser questionada a constitucionalidade da Lei nº 8.884/94 através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1094, verificou-se interessante polêmica em torno da possibilidade estabelecida de se promover a execução da decisão do CADE no domicílio deste ou no do infrator.

A tese que prevaleceu, sustentada pelo Ministro Ilmar do Nascimento Galvão, partiu do pressuposto de que mister se fazia observar as dimensões do CADE e a própria natureza das condutas inquinadas de lesivas à concorrência.

Com efeito, a *ratio* do art. 109, I, da Constituição de 1988 — invocada pelo relator, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, para conceder a suspensão liminar do dispositivo que estabelecia a possibilidade do CADE escolher o fóro competente para a execução de suas decisões — não poderia socorrer de modo algum os que tivessem sido condenados pela prática do abuso do poder econômico pura e simplesmente por não estarem sujeitos às dificuldades que atingem a maior parte dos cidadãos brasileiros.

Em sua intervenção, mencionou o Ministro José Carlos Moreira Alves os antecedentes legislativos concernentes à exceção da regra do domicílio do réu, havendo, por seu turno, o Ministro José Celso de Mello Filho trazido os precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos versando esta questão em sede de conflito de competência, admitindo como constitucionalmente respaldadas tais exceções.

Pode-se acrescentar, para os efeitos do raciocínio que estamos desenvolvendo sobre as vinculações entre o Direito Econômico e o processo, que o dispositivo então debatido voltou-se a assegurar maior efetividade às decisões do CADE, tendo em vista não só as suas dificuldades estruturais como também a realidade de empresas cujo domicílio é plúrimo, devido à mobilidade de seu centro de decisões.¹⁴

Cumprir trazer também, no exame do tema, a ampliação da legitimação para defender em juízo os direitos e interesses ligados à concorrência promovida pela Lei nº 8.884/94.

14 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 236. Isto ficou bem claro no voto-vista proferido pelo Ministro Maurício Corrêa ao aderir ao voto do Ministro Ilmar Galvão.

O Ministério Público, a União, os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal, entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam dentre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e também por esta Lei nº , independentemente de autorização assemblear detêm-na.

Toma a *coletividade* como titular dos bens jurídicos por ela protegidos, afirmando nitidamente o caráter indeterminado do sujeito ativo da relação jurídica envolvendo a concorrência, pondo em cheque a clássica concepção da relação jurídica como relação entre indivíduos.¹⁵

4. Pressupostos para atuação do CADE

É de se salientar, ainda, que, em que pese regular a Lei nº em questão a repressão ao abuso do poder econômico, as condutas nela definidas não têm caráter penal, com o que é perfeitamente possível admitir-se a responsabilidade objetiva pelo fato lesivo à coletividade¹⁶ e o *numerus apertus* no elenco das condutas aptas à dominação dos mercados nacionais, à eliminação total ou parcial da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.¹⁷

Do *numerus apertus* um questionamento que poderia exsurgir seria a possibilidade de uma superposição de competências administrativas, já que em tema de aumento arbitrário de lucros, por exemplo, caracterizado pelo pagamento de *royalties* de uma empresa controlada para uma controladora num contrato de transferência de tecnologia, sofreria um controle do INPI e do CADE, o que geraria, talvez, um desestímulo a operações desta natureza, engessando a economia de mercado, nulificando a garantia constitucional da liberdade de iniciativa.¹⁸

15 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 216. Nada de estranho, sequer, à doutrina tradicional, porquanto no Direito Romano eram de larga utilização as *actiones populares* e mesmo o Direito liberal não deixou de reconhecer a possibilidade de uma lesão difusa ao tipificar os crimes de perigo comum.

16 No julgamento da medida cautelar na ADIn 1094, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, com a adesão da unanimidade de seus pares, acatou, no particular, o que asseverado nas informações da Advocacia-Geral da União, no sentido de que a responsabilidade objetiva decorreria de se tornar praticamente impossível a apuração da culpa no caso das condutas repelidas pelo disposto na Lei 8.884/94, bastando, para tanto, a verificação do nexo causal.

17 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *op. cit.* p. 186-187; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Formas de abuso do poder econômico*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 41, n. 169, p. 203, jul/ set 1987.

18 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Efetivação jurídica dos objetivos da política econômica: eficácia da norma de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1996, p. 139.

Entretanto, isto apenas significa que não é somente o CADE que detém a competência constitucional para a repressão ao abuso do poder econômico¹⁹ e que se busca, em realidade, reforçar os mecanismos aptos a conformarem o exercício do poder econômico à função social que constitucionalmente o grava, conferindo-lhe um título de legitimação.

A partir daí, entende-se por que questões concernentes, por exemplo, a propriedade industrial podem cair sob o exame do CADE, fora do tradicional enfoque da concorrência desleal.

O tratamento conferido à propriedade industrial, como garantia de privilégio que é, tem por fundamentos o estímulo à criação de bens e serviços e o possibilitar ao consumidor e ao insumidor a identificação do agente econômico.

As patentes, desde que surgiram, têm sido objeto de comparação com o direito autoral. Busca-se justificar o dever do pagamento dos *royalties* ao criador dos bens e serviços a partir do estímulo à criatividade em prol da coletividade a que se destinam os objetos criados. Entretanto, importante não se confundirem os fundamentos da proteção ao direito autoral, que dizem mais com a liberdade de expressão — necessidade de ordem estética — que com a questão patrimonial²⁰ com os da proteção à patente, atrelada que é esta, necessariamente, ao processo de produção.²¹

Considerado o caráter de privilégio que lhe atribuem os ordenamentos jurídicos, evidente que a titularidade dos direitos decorrentes da patente se converte em um poderoso instrumento do poder econômico. Por quê? Porque o titular da patente de procedimento da fabricação de bem essencial, através de seu direito ao recebimento de *royalties*, muitas vezes pode determinar a quantidade desse bem no mercado.

É o caso dos remédios. Mais que evidente a finalidade para a qual se prestam. Sujeitos que estejam ao sistema de privilégio de patente, quando se os pretender fabricar, para o fim de se debelar doença a cujo tratamento se destinam, devidos serão os *royalties* a seu titular, pouco importando a este a premência da necessidade coletiva, cuja satisfação passa a depender de seu interesse privado. Não pagos os *royalties*, mesmo urgente o atendimento a uma tal necessidade, poderá o titular do privilégio pleitear, até judicialmente, o bloqueio da produção, através de ação cominatória, ou de ação cautelar inci-

19 Cumpra-se destacar, a título de exemplo, a realidade da especulação imobiliária como forma de abuso do poder econômico que, a um só tempo, não se enquadra no campo concorrencial e foge à competência do CADE.

20 SOARES, José Carlos Tinoco. *Regime das patentes e royalties*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 129 e 140; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1991, v.4, p. 233; CHAVES, Antônio. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17-8.

21 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 403; TINOCO SOARES, *op. cit.*, p. 140.

dente ou preparatória de ação de cobrança até a satisfação do seu crédito, sem falar na possibilidade do manuseio da ação penal. Em hipótese semelhante, face à Constituição Brasileira de 1988, poder-se-ia argüir em defesa o princípio da função social da propriedade a que se sujeita, conforme anota José Afonso da Silva,²² também a propriedade industrial, já que a saúde, além do mais, é um valor que se sobreleva ao sonhado espontâneo equilíbrio das forças de mercado.

Por outro lado, com o desenvolvimento da engenharia genética, começam a surgir preocupações quanto às características de determinados produtos agrícolas destinados à alimentação, com o que se poderia não só minar a concorrência como também subjugar populações inteiras, e, mesmo, com a possibilidade de o pesadelo de Philip K. Dick levado às telas por Ridley Scott vir a se tornar realidade: a descoberta de uma fórmula pela qual se possam criar seres vivos para servirem como força de trabalho, afetando, destarte, o direito ao trabalho em face de ordenamentos que o reconhecem.²³ Como se pode ver, é extremamente problemático dizer-se, *a priori*, o que deve e o que não deve ser objeto do privilégio.

Há que se observar, ainda, que os *royalties* integram o custo do produto. Se assim é, impende verificar se efetivamente são devidos ou não. Só por estes exemplos que foram aqui trazidos é perfeitamente inteligível o porquê de se estabelecer um rígido procedimento para a obtenção da patente e por que, ao contrário do que ocorre com os direitos autorais, o privilégio somente surge com o registro.

Não é uma questão de puro burocratismo arcaico, antagônico à velocidade com que se sucedem as invenções graças ao contínuo desenvolvimento tecnológico, mas sim de se evitar que o exercício do poder econômico degenere em abuso. A concessão de patentes há de ser precedida de rigoroso exame em procedimento administrativo tal como definido na legislação concernente à propriedade industrial. Inobservados os trâmites, ou, observados estes, verificar-se a inoportunidade dos pressupostos para a concessão do privilégio, a denegação deste se imporá justamente pela gama de poderes que representa para seu titular²⁴. Se não for denegado quando for caso de não se o conceder,²⁵ a ilegalidade deverá ser coarctada pelos meios judiciais cabíveis. Havendo contrafação, poderá o titular da patente usurpada lançar mão da ação comina-

22 *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. .

23 D'AMBRÓSIO, Ubiratan. *Aspectos culturais do desenvolvimento sustentável*. Humanidades. Brasília, v. 38, p. 305, 1995. Observa EROS ROBERTO GRAU que a verdadeira importância da Amazônia reside não na renovação do oxigênio, mas no seu papel de sítio de fármacos e nutrientes representados pelo seu patrimônio genético (*A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 256).

24 BADU, Geraldo Peltier. *Patentes de invenção nulas e domínio de mercados*. São Paulo: Resenha Universitária, 1983, p.73-6.

25 TINOCO SOARES, *op. cit.*, p. 72-4.

tória; da ação de nulidade de registro de patente ou de mandado de segurança contra ato do presidente do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, apontando como litisconsorte o usurpador, sem falar nas ações criminais. E se estivermos diante da hipótese de concessão de patente caduca? Em face da Constituição de 1988 abrir-se-ia a porta à ação popular, não só pela lesividade à moralidade administrativa, por conferir privilégio incabível, como porque, por força do art. 219 do Texto Constitucional sob comento, o mercado interno é considerado integrante do patrimônio público. Isto porque a conseqüente obrigação de pagar *royalties* não se mostraria danosa a apenas um indivíduo, mas a quantos pretendessem fazer uso da invenção ou do procedimento, majorando os custos da produção, pelo que o interesse atingido tem caráter transindividual, sendo indeterminado seu sujeito.²⁶ Entretanto, não afastamos a possibilidade de o indivíduo que pretenda utilizar o bem objeto do privilégio caduco lançar mão de qualquer medida em defesa de seu interesse pessoal de não pagar os *royalties*.

Como a cobrança neste caso caracteriza-se indubitavelmente como um instrumento de dominação do mercado, parece-nos indubitável a emergência da competência do CADE para solucionar o conflito.

Vamos às marcas. Sua função, conforme dito, é possibilitar ao consumidor e ao insumidor a identificação do fornecedor e dos seus produtos e serviços. A possibilidade desta identificação, em verdade, permite a visualização da concorrência, tendo em vista que cada concorrente é titular de marca em caráter de exclusividade.²⁷

Humberto Theodoro Jr.,²⁸ por isto mesmo, identifica a essência do direito de privilégio no direito a uma abstenção por parte dos demais concorrentes. No Direito mercantilista, encontraremos a carta em que D. Pedro IV, rei de Aragão, Valência, Maiorca, Sardenha e Córsega estabeleceu a obrigatoriedade do uso das marcas da cidade em certas peças de tecido para pôr cõbro a fraudes.²⁹ Em face do Direito liberal, a usuração de marca constituiria uma das modalidades de concorrência

26 GRAU, Eros Roberto. *op. cit.* p. 259.

27 PAES, P. R. Tavares. *Marca de comércio*. In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 51, p. 303; SILVEIRA, Newton. *Marca de fábrica ou marca de indústria*. In: FRANÇA, Rubens Limongi. Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 51, p. 307. Esta assertiva, contudo, não se aplica às marcas de fármacos, tendo em vista que, neste caso, o interesse protegido é o do consumidor, pura e simplesmente, tanto que no Código de Propriedade Industrial brasileiro de 1972 é permitido o registro como marcas de denominações semelhantes para produtos com a mesma finalidade terapêutica, ressalvada a possibilidade flagrante de se gerar para o consumidor erro, dúvida ou confusão (SILVEIRA, Newton. *Marca de laboratório*. In: FRANÇA, Rubens Limongi Limongi [org.]. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 51, p. 311).

28 Tutela jurisdicional da propriedade industrial. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, v. 13, n. 51, p. 55, jul/set 1986.

29 PAES, *op. cit.*, p. 304; CERQUEIRA, João da Gama. *Privilégios de invenção e marcas de fábrica, indústria e comércio*. São Paulo: Saraiva, 1930, v.2, p. 13.

desleal, porquanto abria ensanchas a que o consumidor e o insumidor passassem a adquirir bens e serviços de pessoa diversa daquela com quem julgavam estar tratando.³⁰ Em razão disto, liga-se umbilicalmente ao desempenho da empresa no mercado.

Uma marca que goze de grande aceitação no mercado graças à qualidade do produto ou serviço, à durabilidade, às técnicas de comercialização e/ou ao atendimento à freguesia traduz-se, em si mesma, num autêntico manancial de lucros.³¹ Daí os cuidados que se tomam em relação à definição de sua titularidade.

As questões concernentes à marca, via de regra, prendem-se mais propriamente ao Direito Comercial que ao Direito Econômico. As razões, entretanto, para o arcabouço de instrumentos para sua tutela residem num dado importante de política econômica: a identificação ou visualização dos concorrentes. Na impossibilidade de se visualizarem os atores da circulação das mercadorias não haveria como vislumbrar a concorrência que está posta na Constituição brasileira de 1988 como princípio da ordem econômica. A criação e os meios empregados para se firmar a marca têm um objetivo bem definido: possibilitar ao titular vencer a concorrência.³² Este dado se coloca tranqüilamente como política econômica interna e externa da empresa, merecendo, pois, o exame dentro do Direito Econômico.³³

De outra visada, convém advertir que a marca não atende plenamente ao objetivo de visualização da concorrência, porquanto é perfeitamente possível a situação em que uma mesma empresa seja titular de mais de uma marca diferente para produtos de igual natureza por ela mesma fabricados.³⁴

Não é por outro motivo que José Carlos Tinoco Soares³⁵ doutrina no sentido de que a marca visa a assinalar e distinguir o produto. O fato de uma mesma empresa ser titular de marcas diferentes para produtos de idêntica natureza, conforme as circunstâncias do caso concreto poderia implicar expediente de dominação de mercado.³⁶ Desde que o INPI verifique a ocorrência

30 PINHEIRO, Waldemar Antônio. *Nota a: SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação Criminal 161. 147. Relator: Juiz Silvio Lemmi. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v.22, n.51, p. 122, jul/ set 1983.

31 VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado. *Franchising ou franquia comercial*. In: LIMA, Osmar Brina Corrêa [org.]. *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v.3, p. 324; PINHEIRO, *op. cit.* p. 122.

32 BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Propriedade industrial - política, jurisprudência, doutrina*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991, p. 13.

33 SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas*, 3ª ed., *cit.* p. 198-9.

34 SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Negociación y contratación internacional*. Asunción: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de Asunción, 1993, p. 187.

35 *Código da propriedade industrial*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 117; CERQUEIRA, *op. cit.* p. 35-6.

36 SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas*, 3ª ed., *cit.* p. 200

de uma tal situação, será seu dever indeferir o registro. Caso já tenha sido concedido, poderá cancelá-lo *ex officio* asseguradas as garantias inerentes ao devido processo legal, tal como asseverou a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao adequar o verbete nº 473 de sua Súmula à Constituição brasileira de 1988.³⁷

A omissão da autarquia, por óbvio, não convalida o expediente, que pode ser submetido ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Têm ainda os eventuais concorrentes a seu dispor o mandado de segurança, considerando a violação a seu direito líquido e certo de impedirem que lhes seja subtraída sem base legal aquela determinada parcela do mercado. Caso a matéria demande maior dilação instrutória, perfeitamente utilizável a ação de nulidade de registro de marca. Ainda qualquer cidadão teria a seu dispor a ação popular, considerando a possível lesão ao mercado interno, elevado à condição de integrante do patrimônio público pelo art. 219 da Constituição brasileira de 1988.

Entretanto, se a titularidade de mais de uma marca não configurar expediente de abuso do poder econômico, se o INPI indeferir o registro, atingirá a direito líquido e certo da empresa, amparado por mandado de segurança.³⁸

Há um outro dado que deve ser considerado, que é o da marca como configurador das relações no mercado. Com efeito, como se podem considerar em perfeita igualdade de condições um concorrente iniciante e um titular de marca de amplo renome do mercado? Muitas vezes, a chegada do titular de uma marca já consagrada pode desencorajar iniciativas no sentido de se explorar aquela determinada atividade em certo território, sendo passível de concretizar, mesmo que inocentemente, a possibilidade de monopólio, com efeitos análogos ao do abuso do poder econômico pela eliminação da concorrência.³⁹ Mister se faz dizer que não estamos aqui a defender a tese segundo a qual o titular de marca consagrada estaria impedido de estabelecer suas atividades em zona inexplorada, uma vez que isto conflitaria com qualquer ordenamento jurídico que consagrasse a liberdade de iniciativa. O que estamos a sustentar é a necessidade de se verificar se numa dada base territorial existe a possibilidade de se estabelecer uma concorrência com o titular de marca já consagrada e se o estabelecimento deste mesmo titular não configuraria, em realidade, uma

37 Recurso extraordinário 158.543. Relator: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. *Diário de Justiça da União*. Brasília, 6 out 1995.

38 COMPARATO, Fábio Konder, *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 345.

39 BASTOS, Aurélio Wander. *Propriedade industrial*, cit. p. 57; SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Apelação 421.685. Relator: Juiz Fortes Barbosa. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo, v. 20, n. 87, p. 283-285, jul/ set 1986

tentativa de abortar o surgimento de eventuais concorrentes, dentro do espírito da Lei brasileira nº 8.884/94, que trouxe para o Direito brasileiro o conceito europeu de *abuso de posição dominante*.⁴⁰ Neste caso, indubitável a legitimidade da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.⁴¹

Um tema de suma importância no exame das marcas é o contrato de *franchising*. Através dele um empresário dá a outro concessão para a utilização das marcas de titularidade do primeiro assegurando ao distribuidor a assistência técnica e informações permanentes sobre o modo de comercializar os produtos e serviços a que elas se referem, mediante remuneração ao franquiador.

Indubitavelmente, constitui um importante instrumento de política econômica, tendo em vista a facilitação que decorre de seu uso para alcançar maior parcela do mercado, possibilitando ao franquiado reduzir os riscos de sua atuação (porquanto não terá o trabalho de estabelecer e criar uma marca), aproveitar o suporte técnico e a experiência do franquiador, bem como da promoção da marca por este feita.

Contudo, pode constituir também um forte instrumento de cerceio da concorrência, pois que, se não estabelecidos limites, possível se torna o seu uso para efeitos de domínio dos mercados, pelo fato dos franquiados atuarem exclusivamente por conta do franquiador, como sua *longa manus*.⁴² Em primeiro lugar, porque mesmo depois de adquirir certa experiência, o franquiado continua tendo de seguir todos os procedimentos estabelecidos pelo franquiador, sendo, pois, um concorrente a menos para este. Em segundo lugar, porque as decisões quanto à política de desenvolvimento da empresa cabem somente ao franquiador, pelo que o franquiado não pode, por exemplo, tomar por sua conta decisões quanto à definição de preços, margem de lucros, troca de ponto e renovação de equipamentos. Em terceiro lugar, porque é muito comum que o franquiador se sinta tentado a carrear sua produção ao franquiado, que pode se sentir, por seu turno, obrigado a adquirir quantidades superiores a seu potencial de venda, com o que pode ocorrer um estoque exagerado que segure os preços de venda em toda a rede da franquia.⁴³ Todas estas situações podem traduzir expedientes aptos à manipulação do funcionamento do mercado.⁴⁴ Sylvia Machado Vendramini⁴⁵ aponta ainda uma quarta desvantagem, que é a possibilidade da derruição das bases do contrato pela concorrência entre

40 SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 212.

41 O Prof. Werter Faria, ao formular sua arguição por ocasião da defesa da tese de doutoramento do autor destas linhas em 5 de agosto de 1996, observou traduzir a hipótese trazida à colação um flagrante exemplo de abuso do poder econômico que justificaria a atuação repressiva do CADE.

42 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *As teorias do contrato e o Direito Econômico*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, v.3, n. 9, p. 62-63, jul/ set 1979.

43 VENDRAMINI, op. cit. p. 328.

44 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed, cit. p. 200.

45 Op. cit. p. 328.

franquiados, o que configuraria modalidade de concorrência desleal. *Cum grano salis* poder-se-ia aceitar a tese, porquanto, indubitavelmente, tem o *franchising* o caráter de expediente concentracionista, como se viu acima, e, destarte, se não controlado, pode conduzir à dominação de mercado e eliminação da concorrência.⁴⁶ Daí por que, ao contrário da comercialista mineira,⁴⁷ rejeitamos a possibilidade de celebração do respectivo contrato verbalmente: antes, parece-nos deva submeter-se ao exame do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para que este verifique se tal ato de concentração não se enquadraria em qualquer das hipóteses da legislação anti-truste.⁴⁸ Neste caso, somente se mostra possível sua celebração por escrito, pena de nulidade, autorizando a inobservância desta formalidade não apenas a atuação da Secretaria Nacional de Direito Econômico e do CADE como também do próprio Ministério Público, já que a concorrência constitui interesse difuso tutelável via ação civil pública. De qualquer sorte, a questão que ora trazemos à balha demonstra assistir, efetivamente, razão a Josef Esser⁴⁹ ao afirmar a insuficiência da repressão à concorrência desleal como instituto de preservação dos justos limites da atuação do poder econômico privado.

Não somente órgãos e entidades da Administração Pública têm um importante papel a desempenhar como também o próprio Poder Judiciário ao compor conflitos entre particulares ou entre os particulares e o Poder Público.

Significativa, no particular, a relevância atribuída pela lei à ordem econômica, a ponto de, para a sua preservação, ter operado alteração no enunciado do art. 312 do Código de Processo Penal, elencando-a dentre os pressupostos da prisão preventiva, em se tratando de condutas definidas como crimes perpetrados contra ela,⁵⁰ hipótese que, efetivamente, não é da que estamos tratando neste brevíssimo ensaio.

5. Conclusão

A transformação do CADE em autarquia, malgrado a inobservância do requisito formal constitucionalmente estabelecido, revela, seguramente, a in-

46 SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Introducción a la juseconomía*. Lima: PUC del Perú, 1988, p. 62.

47 *Op. cit.* p. 329.

48 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, cit. p. 522.

49 *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*. Wien: Springer-Verlag, 1949, S. 253; FARIA, Werter Rotumno. *Constituição econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência*. cit., p. 160.

50 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas*, 3ª ed., cit. p. 219. Não é aqui o momento adequado para se debater a configuração do perigo para a ordem econômica como pressuposto da prisão preventiva, já que não estamos tratando da repressão criminal, mas tão-somente da repressão administrativa dentro da competência do CADE.

tenção de dotá-lo de maior eficiência na repressão ao abuso do poder econômico, o que implica maior autonomia.

Tendo em vista traduzir um poder-dever a repressão ao abuso do poder econômico, a decisão do CADE, proferida após regular contraditório e ampla instrução, não está sujeita a revogação ou anulação nos termos da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, muito embora possa ser discutida perante o Poder Judiciário.

O elenco de fins descritos no art. 173, § 4º, da Constituição brasileira de 1988 é meramente exemplificativo e não taxativo, porquanto a repressão ao abuso do poder econômico nada mais significa, em termos positivos, que o reconhecimento da liceidade do exercício do poder econômico quando exercido de sorte a concretizar a sua função social.

O CADE não possui competência exclusiva para a repressão ao abuso do poder econômico, nem tampouco a competência de outros órgãos e entidades afasta a legitimidade de sua atuação quando configuradas as hipóteses de exercício abusivo do poder econômico.