

DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Organizadores:

Paolo Zupo Mazzucato

Danilo Ferraz Córdova

DIREITO DA CONCORRÊNCIA:

estudos em homenagem aos professores

Isabel Vaz e João Bosco Leopoldino da Fonseca

edições
acadêmicas **Gláuks**

Gláuks Edições Acadêmicas

Belo Horizonte

®Gláuks Edições Acadêmicas

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra por quaisquer meios eletrônicos, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Gláuks Edições Acadêmicas
Rua Rosemberg Silva, 555 – Loja 1ª – Goiânia – CEP 31970-000
Belo Horizonte – Minas Gerais
glaukseditora@gmail.com

Editora responsável:

Mariana De-Lazzari Gomes

Organização:

Paolo Zupo Mazzucato e Danilo Ferraz Córdova

Revisão:

Cíntia Maritz do Santos Ferraz Machado

Projeto gráfico, formatação e diagramação:

Agostinho De Lazari Gomes

D598

Direito da Concorrência: estudos em homenagem aos professores Isabel Vaz e João Bosco Leopoldino da Fonseca / Paolo Zupo Mazzucato e Danilo Ferraz Córdova, organizadores. – Belo Horizonte: Gláuks Edições Acadêmicas, 2020.

274 p.

ISBN 978-65-990771-3-5

1. Direito. 2. Direito Econômico. 3. Concorrência. I. Mazzucato, Paolo Zupo. II. Córdova, Danilo Ferraz.

CDD: 341.37878

CDU: 346.5

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas e Técnicas (ABNT):

MAZZUCATO, Paolo Zupo; CÓRDOVA, Danilo Ferraz (Orgs.). Direito da Concorrência: estudos em homenagem aos professores Isabel Vaz e João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Gláuks Edições Acadêmicas, 2020. 274 p. ISBN 978-65-990771-3-5.



SUMÁRIO

9

**DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO
NO VAREJO ONLINE: PECULIARIDADES,
CONDIÇÕES, OBSTÁCULOS E DESAFIOS DA
DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL**

*Amanda Athayde Linhares, Carlos Roberto da Rocha
Reis*

27

**POLÍTICAS ECONÔMICAS CONSTITUCIONAIS
COMO AGREGADORAS DE LEGITIMIDADE ÀS
DECISÕES DAS AUTORIDADES DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA**

Arthur Villamil Martins

41

**AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE
CONCORRÊNCIA: ESTUDO A PARTIR DE
CASO DE INTERFERÊNCIA DE TERCEIRO NO
CONTRATO**

Daniel Rocha Corrêa

63

**RECUSA DE CONTRATAR NO MERCADO DE
SAÚDE SUPLEMENTAR**

Amanda Flávio de Oliveira, Bruno Braz de Castro

77

**DESAFIOS CONCORRENCIAIS NO MERCADO
DIGITAL**

Bruno Vieira

95

**A LIVRE INICIATIVA, A LIBERDADE ECONÔMICA
E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Elisa Silva de Assis Ribeiro, Taís Cruz Habibe

- 107** **DIVULGAÇÃO UNILATERAL PÚBLICA DE
INFORMAÇÕES: CARACTERÍSTICAS E ANÁLISE
DAS DECISÕES DO CADE**
*Elisa Santos Coelho Sarto, Fabiano Teodoro de Rezende
Lara*
- 123** **A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS AÇÕES DE
REPARAÇÃO POR DANO CONCORRENCIAL**
*Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Leonel Moraes Bar-
ros*
- 141** **ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE
CIVIL CONCORRENCIAL DO CARTEL PELA
OCORRÊNCIA DE *UMBRELLA EFFECTS***
Paulo Márcio Reis Santos
- 159** ***CLEAN TEAM* EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO**
Paolo Zupo Mazzucato
- 177** **A REPARAÇÃO DE DANOS CIVIS NO CARTEL**
Renato Dolabella Melo
- 193** **ESTUDO SOBRE A INTERPENETRAÇÃO ENTRE
O DIREITO E A ECONOMIA**
Isabel Vaz
- 247** **TABELAMENTO DE PREÇO MÍNIMO, ANÁLISE
ECÔNOMICA DO DIREITO E A POSSIBILIDADE DE
CARTEL: COMO OS TRIBUNAIS JULGAM?**
Danilo Ferraz Córdova
- 265** **DIGITAL CARTELS - THE FUTURE IS ALREADY
HERE?**
Anton Teslenko, Fatima Konieva

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO NO VAREJO ONLINE: PECULIARIDADES, CONDIÇÕES, OBSTÁCULOS E DESAFIOS DA DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL

Amanda Athayde Linhares¹, Carlos Roberto da Rocha Reis²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo descrever o fenômeno da discriminação de preços por algoritmo, operada por atores do varejo online. São inicialmente apresentadas as peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo em relação a uma estratégia discriminatória “tradicional”. Em seguida, são elencadas as condições propícias para a efetuação dessa discriminação e os obstáculos para a implementação de uma política discriminatória eficiente. Por fim, apresenta-se o conceito de discriminação comportamental enquanto uma modalidade de discriminação de preços por algoritmo, que pode resultar na possível manipulação dos consumidores que naveguem no varejo online. Ao final, são apontados alguns dos desafios que essa nova modalidade de diferenciação de preços apresenta para os aplicadores das normas jurídicas, como o ramo do direito aplicável e a eventual responsabilização de quem implementou tal ferramenta.

Palavras-chave: Discriminação de preços; Discriminação de preços por algoritmo; Discriminação comportamental; Comércio eletrônico; Varejo online.

ABSTRACT: This paper aims to describe a traditional phenomenon in commerce - price discrimination - but which is currently under a new modality: algorithm-driven price discrimination, operated by e-retail players. The distinctive features of algorithm-driven price discrimination in comparison with a “traditional” discriminatory strategy are presented, as well as the conditions conducive to discrimination and the obstacles to the implementation of an efficient discriminatory policy. Finally, the concept of behavioral discrimination is presented, which in this paper is considered a modality of algorithm-driven price discrimination.

Keywords: Price discrimination; Algorithm-driven price discrimination; Behavioral discrimination; E-commerce; Online retail market.

1 Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB e de Direito Econômico e da Concorrência no IDP. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas, com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

2 Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB e de Direito Econômico e da Concorrência no IDP. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas, com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

1 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: PECULIARIDADES, CONDIÇÕES E OBSTÁCULOS

A discriminação de preços por algoritmo opera, conceitualmente, com base nos mesmos princípios informadores da discriminação de preços praticada por varejistas físicos. No âmbito do varejo *online*³, essa prática adquire novos contornos decorrentes da própria infraestrutura da internet, que possibilita a implementação de táticas discriminatórias mais eficientes e mais dinâmicas, graças à grande quantidade de dados disponibilizados por meio da observação do comportamento dos consumidores virtuais. Além disso, devido justamente ao enorme volume de informações, tais informações acabam sendo analisadas por algoritmos, que tomam as decisões de precificação com base em suas avaliações determinadas pelos objetivos a serem perseguidos pelo varejista discriminante.

Diante desse cenário, serão apresentadas, a seguir, algumas das peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços tradicional (1.1.). Em seguida, serão elencadas as condições propícias para a efetuação dessa discriminação (1.2) e os obstáculos para a implementação de uma política discriminatória eficiente (1.3).

1.1 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: PECULIARIDADES

A primeira peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo é a maior acuidade das avaliações feitas, seu direcionamento mais eficaz e a dinamicidade possibilitada ao processo de precificação por conta das ferramentas de inteligência artificial⁴. A vigilância constante do comportamento online de consumidores permite aos varejistas de e-commerce criar perfis detalhados dos gostos, hábitos e preferências aquisitivas de seus clientes a um nível extremamente pessoal⁵. Os grupos criados pelos varejistas podem ter diferentes critérios de segmentação, como idade, gênero, renda e comportamento de consumo, que podem ser cruzados entre si para se chegar a uma acurácia cada vez maior do preço de reserva do consumidor. Isso é feito pela ação dos algoritmos de precificação,

3 É importante esclarecer o significado do termo “varejo online”, e como ele se inscreve dentro do fenômeno mais abrangente do comércio eletrônico. Quando se fala de comércio eletrônico, refere-se a um fenômeno extremamente abrangente, que pode ser definido como a compra e venda de bens e serviços ou a transmissão de fundos e dados por meio de uma rede eletrônica, principalmente a internet. Dentro do comércio eletrônico, a literatura identifica categorias que, por sua vez, são divididas em subcategorias. O varejo online é uma subcategoria da categoria business to consumer. Os atores de varejo eletrônico são varejistas que operam lojas na internet, monetizando sua atividade por meio da venda de bens a consumidores finais. Ver LAUDON, K.; TRAYER, C.G. E-commerce – business, technology, Society. 10. Ed. Upper Saddle River: Pearson, 2014.

4 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King's College London Law School Research Paper, n. 2017-37, 2017. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=173022101119067097071094027115113064057072038035075028088075112101005121006004024111124122127028018042026073118108018030003102060013004075058101116082094065126006080085079001122090083004103115004024031064087001095078113081069013111022081091005121077073> &EXT=pdf. Acesso em 07 de junho de 2019.

5 Ibid.

que utilizam os dados coletados e as segmentações inferidas para observar o comportamento dos consumidores agrupados sob um perfil específico, de modo a prever sua reação provável sob circunstâncias semelhantes⁶.

Uma segunda peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional” decorre do próprio ambiente de compras online. A personalização de ofertas de acordo com os hábitos e preferências dos consumidores possibilita que cada cliente tenha uma vitrine digital feita para si⁷. Tal fato diminui a transparência dos preços, ao dificultar que os clientes comparem as ofertas apresentadas, o que funciona como facilitador de uma política de discriminação de preços que passa despercebida⁸.

Essa redução da transparência do varejo online contraria expectativas de comportamento estabelecidas pela prática do varejo IRL (in real life), como a pressuposição de uniformidade dos preços e de apresentação de produtos. Consequentemente, essa nova realidade influi nos processos de tomada de decisões aquisitivas baseados nesses pressupostos. Tudo isso traz novos elementos para a análise econômica, que problematiza a assunção da microeconomia de que o preço é um indicador de valor de um bem decorrente da relação entre a sua oferta e a demanda do mercado.

Uma terceira peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional” decorre dos agentes que a efetuam. Se no varejo físico as decisões comerciais mais relevantes costumam ser tomadas por seres humanos, no ambiente comercial virtual as decisões de precificação são tomadas exclusivamente por algoritmos⁹. Essa é mais uma das características que decorre dos usos comerciais do Big Data: a escala de dados coletados e a sua ininterrupta atualização impedem que estes possam ser processados por seres humanos, que não possuem capacidades cognitivas para tanto. Esse grande espaço amostral de dados detido por grandes varejistas atua como um insumo que reforça a acurácia da discriminação. Ao ser combinado com algoritmos de precificação cada vez mais sofisticados, os grandes acervos de dados possibilitam mais experimentações estratégicas para aferirem preferências, comportamento e a potencial disposição dos consumidores digitais para gastar seu dinheiro¹⁰.

A seguir, são resumidas as principais peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo ante a discriminação de preços tradicional:

6 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v. 36, n.12, p. 485-492, 2016.

7 A respeito, os autores sugerem o documentário *Privacidade hackeada*, disponível no Netflix.

8 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. op. cit.

9 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King's College London Law School Research Paper nº 2017-37, 2017. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=173022101119067097071094027115113064057072038035075028088075112101005121006004024111124122127028018042026073118108018030003102060013004075058101116082094065126006080085079001122090083004103115004024031064087001095078113081069013111022081091005121077073&EXT=pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

10 Ibid.

Quadro 1 – Peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo perante a discriminação de preços tradicional

Discriminação de preços por algoritmo	Discriminação de preços tradicional
<p>Segmentações de consumidores mais eficientes, obtidas por meio da coleta de dados pessoais e comportamentais dos consumidores enquanto navegam na internet.</p> <p>Personalização da vitrine que é apresentada a cada consumidor, que consiste na interface do sítio eletrônico que lhe é apresentada em seu dispositivo. Isso diminui a transparência informacional e possibilita uma precificação extremamente direcionada, quase personalizada.</p> <p>Decisões tomadas por algoritmos, que possibilitam mudanças de preço muito mais dinâmicas, já que a base de dados que informa as decisões de precificação é atualizada em tempo real. As segmentações contam com insumos muito menos abrangentes e detalhados. Também é muito mais difícil coletar informações comportamentais dos consumidores acuradas em comparação à vigilância constante na web.</p>	<p>As segmentações contam com insumos muito menos abrangentes e detalhados. Também é muito mais difícil coletar informações comportamentais dos consumidores acuradas em comparação à vigilância constante na web.</p> <p>Maior transparência dos preços, decorrente da dificuldade de segmentar explicitamente os preços cobrados em espaços varejistas físicos. Não é possível direcionar preços individualmente.</p> <p>As decisões de preço não são tomadas por algoritmos. Isso diminui a dinamicidade e, por isso, a eficiência da estratégia de discriminação de preços, que pode entrar em descompasso com a realidade do mercado varejista.</p>

Nota-se, portanto, que o elemento unificador da peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional” é o emprego de algoritmos combinado com o uso comercial do Big Data. Diante disso, resta necessário analisar as condições dos mercados digitais que facilitam a implementação de uma política de discriminação de preços por algoritmo bem-sucedida.

1.2 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: CONDIÇÕES

Stucke e Ezrachi apontam que a quantidade de tempo dispendido por consumidores em uma plataforma é uma primeira condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmos. Isso porque, quanto maior a quantidade de tempo dispendido, maior a quantidade e a qualidade dos dados coletados. Além disso, considerando o que já foi dito sobre a necessidade de espaço amostral grande para a realização de experimentos sociais, o número de clientes que acessam o site de um varejista online também influencia na eficiência da discriminação de preços que este promove¹¹.

11 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v. 36, n. 12, p. 485-492, 2016.

Uma segunda condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmo é a capacidade de agregação e análise dos dados coletados (a qualidade dos algoritmos) de um varejista ante seus concorrentes. Isso porque os efeitos de rede, típicos de mercados online, atuam reforçando todas as condições mencionadas: o acúmulo cada vez maior de clientes e transações propiciados a uma plataforma em decorrência de efeitos de rede atua aumentando o seu número de clientes, ampliando seu espaço amostral e elevando os recursos do vendedor disponíveis para o investimento no desenvolvimento de novas ferramentas de análise de dados¹².

Além disso, uma terceira condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmo consiste na identificação de clientes que, reiteradamente, tendem a gastar mais ou a procurar menos por ofertas melhores daqueles que apresentam um comportamento mais econômico. Ezrachi e Stucke chamam de “sleepers” os consumidores que por indolência ou ignorância tendem a pesquisar menos durante o seu processo de compra e por isso são mais suscetíveis à exploração de preços¹³.

A quarta condição apontada pela literatura é descrita por Akiva Miller (2014), que destaca a relevância da identificação desses diferentes perfis de consumidores para a implementação de uma política de discriminação de preços e a capacidade de predição por parte do agente discriminante da resposta desses clientes a eventuais descontos oferecidos por concorrentes. Assim, a discriminação de preços por algoritmo envolverá a identificação do mercado forte da empresa discriminante (clientes insensíveis a preço e dispostos a pagar mais) e do mercado fraco (aqueles clientes sensíveis a preços e dispostos a pagar menos).

A definição de qual desses mercados estará mais sujeito à extração de renda, no entanto, não envolverá apenas essa primeira segmentação. É importante também que as empresas engajadas na discriminação de preços por algoritmo afirmam corretamente qual desses dois segmentos tem maior probabilidade de trocar de fornecedor. A depender desse dado, o varejista pode escolher uma estratégia em que a melhor resposta é “simétrica” ou “assimétrica”.

A melhor resposta simétrica ocorre quando o mercado forte do varejista discriminante também é o mercado forte de seus concorrentes. Nesses casos, a estratégia a ser adotada envolverá a concessão de descontos ao mercado forte de modo a reter negócios, o que, num contexto de mercado online pode ser feito utilizando os históricos de consumo de modo a possibilitar recomendações de compra mais personalizadas e eficientes.

A melhor resposta assimétrica, por sua vez, ocorre quando o mercado forte do varejista discriminante é o mercado fraco da sua concorrência. Nesse caso, os descontos devem ser direcionados a clientes novos, de modo a ganhar negócios. Esse tipo de resposta costuma estimular uma competição mais saudável do ponto de vista de uma política concorrencial tradicional¹⁴.

Essas considerações serão relevantes para analisar o impacto de uma estratégia de discriminação de preços no bem-estar dos consumidores, já que uma estratégia calcada num esquema de melhor resposta simétrica terá efeitos

12 Ibid.

13 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. op. cit.

14 MILLER, A. What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. *Journal of Technology Law and Policy*, v. 19, p. 41-104, 2014.

sobre os consumidores diferentes dos decorrentes de um esquema de melhor resposta assimétrica.

Por fim, o autor ressalta que alguns incrementos típicos do comércio eletrônico, como a capacidade de fazer compras com apenas um clique ou recomendações personalizadas, que à primeira vista podem parecer banais, possuem um poderoso efeito de retenção de clientes, tornando-os menos suscetíveis à exposição de ofertas concorrentes e mais vulneráveis à extração do seu excedente¹⁵.

Também opera como uma sexta condição para a implementação da política de discriminação de preços por algoritmo a adoção de uma série de ações pelos varejistas online, com o objetivo de segregar os consumidores e induzi-los ao fornecimento de dados e à aquisição dos produtos precificados acima do seu valor de mercado. Ezrachi e Stucke (2016) fazem uma síntese das ações a serem adotadas para a implementação de discriminação de preços, um conjunto de atos que não são fáceis de se concretizarem e que podem resultar em um incremento significativo de custos ao vendedor.

De acordo com os autores, funcionam como condições propícias para a existência de uma política de discriminação de preços por algoritmo o rastreamento dos consumidores; a coleta de dados sobre seu comportamento; a identificação das variações de elasticidades de demanda; a redução da transparência de mercado; o aumento dos custos de busca dos consumidores; a prevenção de transações de um bem entre consumidores posteriores à aquisição feita junto ao varejista discriminante; a restrição ao crescimento de tecnologias que incrementem a privacidade de internautas; o estabelecimento de políticas de privacidade impostas aos consumidores que sejam de difícil compreensão; o estabelecimento do padrão de privacidade dos indivíduos que acessam o *site* do e-varejista como *opt-in*¹⁶; e a realização de *lobby* contra o aumento da privacidade¹⁷. A seguir, são esquematizadas as condições propícias à discriminação de preços por algoritmo e comparadas com as que possibilitam uma tática de discriminação de preços em ambientes varejistas “tradicionais”.

15 Ibid.

16 Quando um site ou plataforma estabelece como política de privacidade padrão um consentimento prévio generalista dado pelo consumidor que possibilita um acesso amplo a seus dados pessoais e grande liberdade de tratamento destes.

17 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n.12. p. 485-492, 2016.

Quadro 2 - Condições propícias à discriminação de preços por algoritmo e tradicional

Discriminação de preços por algoritmo	Discriminação de preços tradicional
<p>Consumidores que passem uma quantidade grande de tempo interagindo com espaços virtuais que possibilitem aos varejistas eletrônicos coletarem dados pessoais e comportamentais dos primeiros.</p> <p>A utilização de um algoritmo com grande capacidade de análise e agregação dos dados, de modo que tanto a segmentação quanto o processo de precificação se tornem mais eficientes.</p> <p>A identificação de consumidores que tendem a gastar mais e a procurar menos ofertas e daqueles que são mais econômicos, de modo a otimizar a política discriminatória e consequentemente as vendas do varejista online.</p> <p>A partir da identificação dos consumidores perdulários e dos econômicos, o varejista eletrônico deve prever qual desses segmentos tem maior probabilidade de trocar de fornecedor, de modo a otimizar a sua resposta na precificação.</p>	<p>A coleta de informações sobre os grupos nos quais os consumidores serão segmentados para a promoção da discriminação não possui a mesma extensão em sua vigilância sobre os hábitos dos clientes do varejista.</p> <p>Obviamente, a capacidade do varejista de reunir e analisar os dados sobre os consumidores sujeitos à política discriminatória é importante. O que muda é que essas decisões não serão tomadas por inteligência artificial.</p> <p>A organização dos mercados varejistas físicos dificulta a individualização dos consumidores, o que diminui as chances de varejistas físicos efetuarem segmentações com base no perfil de consumo de cada consumidor.</p> <p>O varejista físico também tem que saber quais consumidores são mais suscetíveis à mudanças nos seus padrões de consumo. Entretanto, essa tarefa é substancialmente mais difícil e resulta em diagnósticos menos confiáveis.</p>

Expostas as condições propícias ao florescimento da discriminação de preços por algoritmo, passa-se à discussão sobre as variáveis de mercado que podem criar obstáculos ao sucesso de uma política de preços discriminatória.

1.3 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: OBSTÁCULOS

Apesar das inúmeras vantagens dos atores de e-commerce frente aos varejistas tradicionais para a implementação de uma estratégia de discriminação de preços orientada por algoritmos muito mais eficiente do que a realizada antes do advento do Big Data, a literatura aponta alguns obstáculos importantes para que essa discriminação se dê de modo perfeito.

Alguns entraves são de ordem técnica. Akiva Miller (2014) destaca, como um primeiro obstáculo, a dificuldade que varejistas têm de obter um perfil do consumidor com um nível elevado de acurácia, o que diminui a eficácia da po-

lítica de discriminação¹⁸. Ezechai e Stucke (2016), nessa linha, apontam para a impossibilidade de aferir todos os preços de reserva de todos os consumidores, já que estes são uma latente variável que nunca pode ser exatamente constatada, apenas inferida, dada a incerteza que caracteriza as variáveis determinantes do preço de reserva¹⁹.

Um segundo obstáculo, ressaltado pelos pesquisadores mencionados, são as próprias heurísticas que possibilitam a extração de um excedente do consumidor mais elevado por meio da discriminação comportamental (conceito explicado na próxima seção) e dificultam uma estimação perfeita do preço de reserva dos clientes em todas as ocasiões. Essa conclusão decorre da imperfeição da força de vontade e não linearidade do processo decisório de seres humanos, o que dificulta a exatidão da estimação do preço de reserva de algoritmos, que operam necessariamente a partir de funções matemáticas.

Um terceiro obstáculo apontado à eficiência das políticas discriminatória decorre da escala das operações dos varejistas de e-commerce. Um grande espaço amostral é essencial para que as empresas discriminantes sejam capazes de executar experimentos que lhes permitam estimar resultados confiáveis para as mais diversas situações de consumo. Isso, no entanto, nem sempre é possível, principalmente para a compra de produtos com valores de mercado mais elevados, como eletrodomésticos e eletroeletrônicos, cuja aquisição costuma ser eventual²⁰.

O quarto obstáculo à discriminação de preços por algoritmos é o comportamento dos próprios consumidores, se estes tiverem a capacidade de perceber as políticas discriminatórias e de atuar de modo a manipular os mecanismos que orientam a precificação no ambiente de varejo online. Isso pode ser feito se os consumidores deliberadamente se apresentarem como consumidores mais avarentos ou hesitantes, estimulando os algoritmos a lhes apresentarem descontos. Os compradores também podem ser mais zelosos com a própria privacidade, esforçando-se para eliminar seus rastros virtuais de modo que as plataformas não consigam inferir com precisão seus preços de reserva nem tenham uma noção acurada de seus hábitos de consumo²¹.

Além da adoção de comportamentos que induzam os algoritmos a identificá-los como detentores de uma alta sensibilidade a preços, a capacidade de resistência dos compradores a estratégias de discriminação de preços estará relacionada à força da competitividade no mercado de varejo online, ao engajamento

18 MILLER, A. What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. *Journal of Technology Law and Policy*, v. 19, p. 41-104, 2014.

19 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

20 Ibid.

21 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King's College London Law School Research Paper, n. 2017-37, 2017. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=173022101119067097071094027115113064057072038035075028088075112101005121006004024111124122127028018042026073118108018030003102060013004075058101116082094065126006080085079001122090083004103115004024031064087001095078113081069013111022081091005121077073 &EXT=pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

desses em *multi homing*²², a sua habilidade de transacionar bens entre si após a aquisição original junto a varejistas, e à capacidade de compradores de identificarem a discriminação de preços de algoritmo e se organizarem para questionar publicamente a legitimidade dessa prática, de modo a prejudicar a reputação do ente discriminante²³.

A seguir, são elencados os principais obstáculos para a implementação de uma política de discriminação de preços por algoritmo e uma tradicional.

22 O multi-homing ocorre quando os consumidores utilizam diversos servidores para obter o mesmo tipo de serviço. O multi-homing é apontado como um fato que tende a diminuir o poder de mercado, mas uma situação de multi-homing perfeita é rara, devido à existência de custos de troca. Um exemplo dessa prática é um consumidor que utiliza tanto o WhatsApp quanto o Telegram (serviços de troca de mensagens online), ou que assina simultaneamente o Netflix e o Amazon Prime (serviços de streaming de vídeo).

23` EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n. 12, p. 485-492, 2016.

Quadro 3 - Obstáculos para a discriminação de preços por algoritmo e tradicional

Discriminação de preços por algoritmo	Discriminação de preços tradicional
<p>A dificuldade na obtenção de um perfil digital de um consumidor que seja totalmente congruente com o perfil real desse mesmo consumidor.</p> <p>A impossibilidade de aferir todos os preços de reserva dos consumidores, dada a variabilidade dos diversos fatores que informam esse preço. Essa variabilidade inclui as heurísticas do processo decisório dos consumidores, que não necessariamente ocorre de maneira linear.</p> <p>A necessidade de um espaço amostral grande o suficiente para que os varejistas discriminantes efetuem experimentos que lhes possibilite estimar a sensibilidade dos consumidores a mudanças de preços e ao modo como estas mudanças são apresentadas.</p> <p>A possibilidade de que os consumidores se mobilizem contra a imposição de uma política de discriminação de preços por algoritmo, seja pela adoção de comportamentos no ambiente virtual de compras que dificultem a prática discriminatória pelos algoritmos, seja pela mobilização pública contra a prática.</p> <p>A estrutura do mercado em que o varejista eletrônico está inserido. Em mercados com maior competitividade, obviamente a implementação de uma política de discriminação de preços se torna mais difícil.</p>	<p>No caso de uma política de discriminação de preços implementada por um varejista físico, a principal dificuldade consiste na identificação exata de quais são as suscetibilidades de preço de cada consumidor.</p> <p>Em um ambiente de varejo físico, os preços exibidos e negociados serão necessariamente os mesmos para todos os consumidores, dificultando sobremaneira a possibilidade de que um lojista afigure o excedente do consumidor máximo de cada comprador individual.</p>

2 DESAFIOS DA DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL COMO UM NOVO TIPO DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E ESTUDO SOBRE AS TÁTICAS DE MANIPULAÇÃO DOS CONSUMIDORES

Considerando as especificidades dos mercados *online*, Ezrachi e Stucke desenvolveram o conceito de discriminação comportamental, que define um tipo específico de discriminação de preços promovida por algoritmos. A discriminação comportamental consiste na coleta de dados que permitem a identificação de emoções ou impulsos que possibilitem uma compra, bem como o valor máximo

que os consumidores estão dispostos a despende desses diferentes estímulos. Trata-se, portanto, da implementação de uma tática de discriminação de preços por algoritmo tal como vem sendo discutida, com a aplicação de insights do campo da economia comportamental²⁴ ²⁵.

Ainda de acordo com os autores, a discriminação comportamental possibilitaria a implementação de um modelo de discriminação de preços de primeiro grau “quase perfeita”, ou seja, quase totalmente capaz de estimar os preços de reserva de diferentes tipos de consumidores. O modelo proposto por Ezrachi e Stucke (2016) caracteriza-se não pela identificação inequívoca dos preços de reserva de cada consumidor, como seria o caso de uma discriminação de preços de primeiro grau perfeita, mas pela segregação de consumidores em grupos de referência cada vez menores e pelo refinamento para cada um desses grupos das variáveis capazes de capturar seus vieses e os fatores situacionais que influenciam seus processos aquisitivos²⁶. Dessa forma, as segmentações excessivamente abrangentes usadas como base para a efetivação de uma política de discriminação de preços de terceiro grau serão refinadas até a obtenção de categorias bem mais específicas, formadas por indivíduos com sensibilidades a preços similares e comportamentos de consumo semelhantes.

Além da segmentação, como já foi dito, a discriminação comportamental implica em estimular nos consumidores demandas por bens e aquisições de impulso que resultam na contestação da assunção da teoria econômica de que agentes econômicos são racionais e tomam decisões levando em conta benefícios e custos marginais²⁷ ²⁸.

A prática de discriminação comportamental adiciona elementos relevantes à discussão sobre a discriminação de preços por algoritmo. A implementação desse tipo específico de estratégia discriminatória envolve a manipulação do comportamento e dos vieses dos seus consumidores, tanto quanto informações

24 A expressão economia comportamental se refere a um campo de estudos surgido na década de 1970 que agrega inferências da psicologia à análise econômica. A principal ideia subjacente a esse ramo de estudos é a crítica ao conceito clássico da racionalidade econômica. De acordo com os estudiosos da economia comportamental, não é evidente que os indivíduos se comportem de acordo com as assunções de como pessoas racionais devem se comportar no processo de tomada de decisões, e o mundo real, que extrapola o modelo econômico, é tão complexo que a teoria da utilidade marginal teria pouca relevância para as escolhas reais. Herbert Simon é apontado como um pioneiro do ramo, e muitas das ideias que ele desenvolveu são relevantes para as considerações feitas por Ezrachi e Stucke (2016) sobre a “discriminação comportamental”, que é referenciada neste trabalho. As ideias relevantes para a análise feita neste artigo são a de racionalidade limitada e a percepção de Simon sobre a influência no comportamento dos agentes econômicos exercida pela maneira como uma informação é apresentada (ou o “framing” de uma variável econômica). Ver MEHTA, J (Ed). *Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy*. Norwich: Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2013. Disponível em: <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8193541/CCP+economics+book+Final+digital+version+-+colour.pdf/30214557-cace-4b0b-8aac-a801bbde87bc> . Acesso em 19 de junho de 2019.

25 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

26 Ibid.

27 MANKIW, G. *Introdução à Economia*. 6 ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2013.

28 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

sobre sua disponibilidade de pagamento. Esse tipo de discriminação aumenta a probabilidade de que os consumidores sejam cobrados a mais por um produto, não por conta de uma disposição maior de gastar seu dinheiro, de fato, fundada no quanto esse comprador deseja um produto específico, mas pela simples indução com base em hábitos e atos dos quais os compradores podem nem ter ciência.

Além da questão possivelmente ética de manipular consumidores com base em seus próprios hábitos para extrair a maior quantidade de renda possível de cada um, esse tipo de discriminação torna mais fácil que um consumidor seja explorado por conta da sua inexperiência com o ambiente online ou sua ignorância sobre como ele funciona.

Devido a esse viés indutor, a discriminação comportamental acaba abrangendo certas táticas comerciais que não necessariamente se enquadram perfeitamente à definição de discriminação de preços por algoritmo, mas que acabam tendo os mesmos efeitos práticos no que se refere à maximização da extração do excedente do consumidor. Até por conta da crescente complexidade envolvida nos processos de precificação de mercados online, torna-se difícil, até mesmo para as autoridades competentes, distinguir uma estratégia de precificação dinâmica, por exemplo, de uma tática de discriminação de preços deliberada. Por conta disso, essas táticas são incluídas neste estudo como parte da conduta de discriminação de preços por algoritmo. Elas se inscrevem dentro de várias outras estratégias adotadas por comerciantes eletrônicos que podem ter como resultado justamente induzir consumidores diferentes a adquirirem os mesmos produtos a preços diferentes, de acordo com os interesses de maximização de extração do excedente do consumidor do varejista, e não com os interesses de consumo do cliente.

São quatro as principais estratégias adotadas no varejo online que envolvem a manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos de compras quando navegam na internet, por meio dessa discriminação de preços via algoritmo, de acordo com Eyrachi e Stucke (2016), que indicam maneiras pelas quais varejistas são capazes de induzir consumidores a tomarem decisões de consumo ineficientes do ponto de vista de maximização de sua renda.

Os autores elencam como estratégias de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos: o uso de produtos “isca”; a discriminação de buscas; o aumento da complexidade da avaliação do preço de um produto; a exploração dos diferentes níveis de força de vontade apresentados por diferentes consumidores; e o emprego dos chamados “framing effects” – efeitos de moldura - expressão que designa as diferentes reações de consumidores a uma decisão de precificação, a depender da maneira como essa decisão lhes é apresentada²⁹.

O uso de produtos “isca” explora a tendência cognitiva dos seres humanos de valorarem coisas levando em consideração seu valor relativo frente a outros itens considerados numa mesma análise. Desse modo, os varejistas podem apresentar produtos de qualidade baixa com preços claramente acima de seu valor de mercado junto a produtos com qualidade superior, mas com um preço que, ainda que mais elevado do que o preço de mercado, não seja tão discrepante. Assim, os consumidores são induzidos a escolherem o segundo produto, que se apresenta mais vantajoso do que realmente é.

29 EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n. 12, p. 485-492, 2016.

Essa tática pode ser combinada com as segmentações promovidas com base em fatores comportamentais e demográficos, de modo que os próprios produtos “isca” apresentados sejam personalizados e a estratégia comercial seja mais eficiente do ponto de vista de extração do excedente do consumidor³⁰.

Uma segunda estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos consiste na discriminação de buscas, que consiste na apresentação de produtos diferentes a depender do consumidor. O varejista online pode tanto restringir os produtos que serão apresentados quanto alterar a ordem dos bens que são listados no site. A decisão de quais ofertas serão apresentadas também será tomada com base nos dados coletados dos consumidores, e variará conforme a avaliação algorítmica de variáveis como CEP, renda domiciliar, gênero e idade do consumidor considerado³¹.

Os vendedores também podem direcionar descontos apenas para compradores que utilizam sites de comparação de preços, enquanto ofertam produtos com o preço-base aos clientes que foram direto ao site do varejista, e por isso são percebidos como menos sensíveis a preços³².

Uma terceira estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos é o aumento da complexidade do ato de compra, que ocorre quando vendedores dificultam a estimação imediata do preço final da mercadoria adquirida pelo consumidor. É possível atingir esse fito por meio da criação de várias versões de um mesmo produto ou serviço com diferenças desprezíveis entre si, mas que aumentam as considerações e avaliações necessárias para que o consumidor tome sua decisão, e assim aumentam as chances de que ele seja induzido ao resultado esperado pelo varejista³³.

Ezrachi e Stucke (2016) dão outros exemplos de outros modos passíveis de serem utilizados por varejistas de *e-commerce* para aumentar a complexidade das decisões tomadas por varejistas, como: (1) precificação por etapas, quando o vendedor apresenta um preço inicial do bem que não corresponde ao valor efetivo da compra, com novas cobranças sendo adicionadas conforme o ato aquisitivo progride; (2) anúncios de venda de um bem a um preço menor do que o praticado anteriormente; (3) “*baiting*”, quando os vendedores promovem ofertas especiais com um número limitado de bens de fato em promoção; (4) ofertas por tempo limitado, quando preços especiais ficam disponíveis apenas por um período muito curto de tempo³⁴.

De acordo com relatório feito pelo Escritório da Presidência dos Estados Unidos, a complexificação dos preços e escolhas durante compras tende a prejudicar especialmente os consumidores com rendas menores, dada sua menor experiência com o consumo online.

Há, ainda, uma quarta estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos, que consiste na exploração de diferentes níveis de

30 Ibid.

31 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

32 MILLER, A. What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. *Journal of Technology Law and Policy*, v. 19, p. 41-104, 2014.

33 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n. 12, p. 485-492, 2016.

34 EZRACHI, A. STUCKE, M.E., op. cit.

força de vontade e de suscetibilidade dos consumidores a incitações ao consumo, que é operada a partir de informações detidas pelos varejistas relativas ao histórico de buscas e aquisições dos primeiros. Os consumidores mais impulsivos podem ser instados a fazer compras se apresentados a anúncios que os induzam a pensar que o produto está escasso. Aqueles clientes que se apresentam mais resistentes à efetivação da compra, por sua vez, obtêm descontos maiores e condições de compra mais vantajosas³⁵.

É importante ressaltar, como já deve ter ficado implícito, que a implementação de uma estratégia comercial de discriminação de preços por algoritmo provavelmente não será transparente, seja do ponto de vista dos critérios que orientam essa discriminação, seja em relação à honestidade dos varejistas da existência de uma política discriminatória. Considerando prováveis reações adversas dos consumidores à percepção de que suas informações pessoais podem estar sendo usadas para orientar a captura de sua renda de modo potencialmente ilegítimo, os varejistas deverão empregar os chamados “*framing effects*”, de modo que os preços diferenciados se apresentem mais razoáveis aos consumidores.

A manipulação dos vieses dos consumidores levará em conta as heurísticas³⁶ que levam consumidores a perceber políticas de preços que, do ponto de vista econômico, possuem os mesmos efeitos como diferentes de um ponto de vista moral. Os preços diferenciados, por exemplo, não seriam aplicados de modo explícito, ou descontextualizados. A discriminação seria implementada disfarçadamente por meio da concessão de diferentes níveis de desconto a depender do consumidor considerado³⁷, contrariando o pressuposto microeconômico de que o preço é um indicativo de mercado que decorre da relação entre a demanda e a oferta de um produto. Assim, o preço-base dos serviços e bens ofertados pela empresa discriminante não corresponderia ao respectivo preço de mercado “real”.

Além da camuflagem da discriminação de preços por algoritmo, por meio da concessão de descontos seletivos, os varejistas que se engajam nessa prática podem apresentá-la de modo mais palatável ao consumidor, alterando não o preço do produto adquirido, mas de serviços anexos à compra, como a concessão de descontos no frete, ou melhores termos de garantia ou serviços para consumidores identificados como mais exigentes ou menos impulsivos, ou que tenham acesso maior a opções da concorrência³⁸.

Por fim, outro modo de disfarçar o emprego de táticas discriminatórias é atribuir os diferentes níveis de preço a variáveis de mercado alheias ao controle do varejista. Nesse caso, a precificação dinâmica determinada por algoritmos, apresentada pelos varejistas como um meio de otimização de suas decisões comerciais, acaba servindo de fachada a uma política discriminatória, e distinguir uma da outra pode ser desafiador inclusive para autoridades regulatórias³⁹.

35 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n. 12, p. 485-492, 2016.

36 Heurísticas são estratégias cognitivas empregadas em decisões não racionais, empregadas pelo agente que decide de modo que este ignore parte das informações a serem consideradas no processo decisório com o objetivo de facilitar sua escolha e torná-la mais rápida.

37 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. op. cit.

38 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. *European Competition Law Review*, v.36, n. 12, p. 485-492, 2016.

39 Ibid.

Quadro 4 – Principais estratégias de manipulação de consumidores adotadas por varejistas

Uso de produtos-isca: varejistas apresentam produtos claramente sobreprecificados junto a produtos levemente sobreprecificados. Essa estratégia explora a tendência humana de fazer avaliações considerando não um bem em si mesmo, mas um bem em comparação a outros próximos.

Discriminação de buscas: varejistas apresentam produtos diferentes em sua página a depender do consumidor, a partir de avaliações algorítmicas sobre a renda, o gênero e o CEP presumidos do comprador.

Aumento da complexidade do ato de compra: varejistas dificultam que o consumidor estime o preço final que irá pagar pelo produto adquirido. Isso pode ser feito de diversas formas, como, por exemplo, por meio da precificação por etapas, ou pela divulgação de ofertas por tempo limitado, dentre outras maneiras.

Exploração dos diferentes níveis de força de vontade dos consumidores: por meio da observação do histórico de navegação de consumidores, os varejistas eletrônicos conseguem identificar quais são mais econômicos e quais são mais impulsivos, e assim, impulsionar ofertas direcionadas para cada um deles de modo a capturar o maior excedente possível de cada consumidor.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação de preços por algoritmo é um fenômeno recente, que tende a adquirir novas feições conforme o desenvolvimento da economia da internet que, por sua vez, é marcada pelo aspecto disruptivo. Por conta disso, é um desafio para legisladores e aplicadores do Direito encontrarem os meios mais adequados para o endereçamento dessa conduta e a proteção dos consumidores atingidos por ela.

Diante do cenário, há quem questione se o Direito tem um papel no endereçamento desse tipo de prática empresarial. Para estas pessoas, seria sempre benéfica a prática por conta da possibilidade de que a discriminação de preços gerar externalidades positivas para os consumidores como um todo, sendo estas entendidas, nesse viés, como otimização do processo de precificação e da geração de economias de escala, que faz com que a adoção de uma postura legal muito peremptória seja alvo de críticas relevantes. Não haveria espaço, portanto, para intervenção jurídica, de acordo com essa perspectiva.

A posição dos autores deste artigo, porém, é a que o Direito não apenas pode, como deve se preocupar com as práticas de discriminação de preços por algoritmo no varejo online. A discussão que se impõe, contudo, é a seguinte: mas qual ramo do Direito deve ter incidência preponderante? Direito da Concorrência? Direito do Consumidor? Direito de Proteção de Dados Pessoais?

Milita em favor da aplicação do Direito da Concorrência o fato de que essa seara é particularmente sensível à variabilidade inerente aos fenômenos econômicos. A possibilidade de aplicação de um Direito eminentemente consequencialista, como costuma ser o Direito Concorrencial, pode permitir que o Estado enderece eventuais condutas abusivas ao mesmo tempo em que preserve eventuais eficiências econômicas propiciadas pela discriminação de preços por algoritmo.

Contra a aplicação do Direito Antitruste, porém, conta o fato de que é difícil associar uma conduta de discriminação de preços por algoritmo a algum dano

ao processo competitivo considerado em si mesmo. Além disso, as definições de poder de mercado tradicionalmente aceitas pela prática concorrencial podem ser insuficientes para lidar com situações em que um ator do varejo online discriminante não necessariamente detenha uma posição óbvia de dominância econômica. O uso das ferramentas antitruste pode ser criticado como uma descaracterização do próprio Direito Concorrencial, que, para muitos, deve prioritariamente tratar da competição em si, relegando a proteção ao consumidor a uma posição secundária, acionada apenas quando ela estiver relacionada com um abuso de posição dominante que implique em prejuízos à competição.

A favor da incidência do Direito Consumerista está a possibilidade de conferir a proteção máxima ao consumidor final. A existência do Direito do Consumidor está intimamente ligada ao desenvolvimento da economia capitalista e à percepção de que os usuários de serviços e adquirentes de produtos necessitam de proteção ante o poder cada vez maior de grandes conglomerados empresariais de regular a organização da sociedade e impor condições injustas de contrato. Existe uma ampla construção jurídica em torno dos contratos de adesão, que poderia ser utilizada para contrabalancear o poder dos oligopolistas da internet de impor aos internautas termos de uso que resultem na exploração comercial desarrazoada de seus hábitos e dados pessoais para a extração de excedente do consumidor.

Por sua vez, pela aplicação do Direito da Proteção de Dados à hipótese desse artigo, argumenta-se que ele pode ser utilizado em moldes semelhantes ao Direito do Consumidor, no sentido de proteger os consumidores em sua posição de hipossuficiência ante os grandes players da internet, mas com uma vantagem específica: o Direito da Proteção de Dados existe exatamente para fornecer às pessoas controle sobre seus dados pessoais. A depender do desenvolvimento da regulação da internet, essa seara pode ser utilizada de modo a permitir que os consumidores usufruam de maneira menos desigual em comparação às empresas do valor econômico de seus dados, o que pode mitigar os danos econômicos causados pela discriminação de preços com o objetivo de extração do excedente do consumidor.

O Direito do Consumidor e da Proteção de Dados, por sua vez, têm como contrapontos na sua aplicação justamente a dificuldade de adotar uma análise econômica do Direito quando de sua aplicação. Além disso, a experiência recente tem demonstrado obstáculos encontrados por autoridades em regular as relações entre empresas da internet e seus clientes nos moldes de hipossuficiência e proteção à autonomia decisória tradicionalmente incorporados pelo Direito consumerista. A situação atual tem, inclusive, levantado dúvidas sobre a capacidade do Estado de colocar limites à atuação de grandes grupos empresariais.

Por fim, sinaliza-se que a transferência da responsabilidade de tomadas de importantes decisões comerciais para algoritmos possui repercussões relevantes do ponto de vista da accountability jurídico empresarial. O desenvolvimento da tecnologia de inteligência artificial, com a ascensão de softwares de machine learning, faz com que os algoritmos tomem decisões econômicas de modo independente e cada vez mais criativo, com base na sua própria experiência com o tratamento dos dados e do propósito para o qual foi programado: a maximização dos lucros dos varejistas⁴⁰.

Esse processo dificulta a aferição da legitimidade das decisões de pre-

40 SOUZA LIMA, J. M. T.; Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. Revista de Defesa da Concorrência, v. 5, n. 2, p. 5- 29, 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revista-dedefesadaconcorrência/article/view/328/166>. Acesso em 09 de julho de 2019.

cificação tomadas pelo algoritmo tanto do ponto de vista econômico (isto é, a verificação da existência de relação entre o preço definido e as condições de mercado), quanto de um ponto de vista ético, considerando a possibilidade de repercussões sociais negativas decorrentes de segmentações de consumidores com base em informações sensíveis⁴¹. Além das devassas decorrentes de acervos de dados exclusivos de um varejista específico, as companhias que tenham intenção de implementar políticas discriminantes podem obter novos insights e inferências sobre os comportamentos de seus clientes cruzando dados provenientes de diferentes acervos, caracterizando o fenômeno de “*data fusion*”⁴².

A questão que se impõe, nesse cenário, é a seguinte: como se dará a responsabilização das práticas eventualmente ilícitas (seja pelo Direito da Concorrência, seja pelo Direito do Consumidor, seja pelo Direito da Proteção de Dados) implementadas por algoritmos?

Diante de tantas controvérsias, parece incontestável que o fenômeno precisa de mais atenção acadêmica, que exigirá análise sob várias perspectivas jurídicas e políticas diferentes, até para que fiquem claros os limites de cada uma das searas mencionadas no endereçamento não só dessa conduta, mas de diversos outros novos fenômenos que emergem do desenvolvimento da economia digital.

REFERÊNCIAS

EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The Rise of Behavioural Discrimination. **European Competition Law Review**, v. 36, n. 12, p. 485-492, 2016.

EZRACHI, A.; STUCKE, M.E. **Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

LAUDON, K.; TRAVER, C.G. **E-commerce – business, technology, Society**. 10 ed. Upper Saddle River: Pearson, 2014.

MANKIW, G. **Introdução à Economia**. 6 ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2013.

MEHTA, J (Ed). **Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy**. Norwich: Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2013.

MILLER, A. What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing. **Journal of Technology Law and Policy**, 2014, volume 19, p. 41-104.

41 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King's College London Law School Research Paper, n. 2017-37, 2017. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=17302210111906709707109402711511306405707203803507502808807511210100512100600402411124122127028018042026073118108018030003102060013004075058101116082094065126006080085079001122090083004103115004024031064087001095078113081069013111022081091005121077073&EXT=pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

42 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. **Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. **King's College London Law School Research Paper**, n. 2017-37, 2017.

SOUZA LIMA, J. M. T. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 5, n. 2, p. 5- 29, 2017.

POLÍTICAS ECONÔMICAS CONSTITUCIONAIS COMO AGREGADORAS DE LEGITIMIDADE ÀS DECISÕES DAS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Arthur Villamil Martins*⁴³

RESUMO: Este artigo tem como proposição central demonstrar que a conjugação de critérios técnicos, econômicos e políticos pode incrementar o grau de legitimidade das decisões das Autoridades de Defesa Econômica. Partindo da análise do tema em Direito Comparado, com observação de casos concretos julgados pela Comissão Europeia e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o trabalho visa esclarecer de que modo a consideração de políticas econômicas pode funcionar como fator para a legitimação de decisões em casos complexos.

Palavras-chave: Direito da concorrência; Decisões; Comissão Europeia; Cade; Legitimidade; Políticas econômicas.

ABSTRACT: This paper has as its central proposition to demonstrate that the combination of technical, economic and political criteria can increase the degree of legitimacy of decisions of Competition Authorities. Verifying the treatment of the theme in comparative Law, with concrete cases judged by the European Commission and by Cade, the paper aims to clarify how the consideration of economic policies can act as a factor for the legitimation of decisions in complex cases.

Keywords: Competition law; Decisions; European Commission; Cade; Legitimacy; Economic policies.

INTRODUÇÃO

As autoridades de defesa da concorrência frequentemente justificam sua atuação a partir de critérios técnicos, com forte embasamento na racionalidade instrumental originada da Ciência Econômica. No Brasil, a especialização técnica dos órgãos de defesa da concorrência é enfatizada pelo art. 6º da Lei 12.520/2011, ao estabelecer o notório conhecimento jurídico ou econômico como requisito para a nomeação de Conselheiro do Cade. No entanto, as decisões da Direção-Geral de Concorrência da União Europeia (DG Concorrência) e, em menor escala decisões do Cade, têm levado em consideração elementos de política econômica comunitária (no caso europeu) e de política econômica constitucional

43 Advogado. Mestre e Doutor em Direito. Trabalha na Villamil Advogados.

(no caso brasileiro) como fatores capazes de agregar legitimidade às suas decisões em casos envolvendo múltiplos valores ou interesses contrapostos.

O presente artigo pretende, portanto, apresentar um breve estudo de Direito Comparado sobre o tema à luz do Direito europeu e do Direito brasileiro, sem pretensões de exaurir os estudos de casos. Para tanto, serão analisadas duas decisões relevantes da DG Concorrência e duas decisões igualmente relevantes do Cade.

No caso Comissão *versus* CECED (processo IV. F.1/36.718) a DG Concorrência, para além da consideração de questões unicamente concorrenciais, levou em conta políticas ambientais e de desenvolvimento tecnológico ao conceder isenção temporária da aplicação da legislação antitruste à CECED. No caso Comissão *versus* Stichting Baksteen, a autoridade antitruste levou em consideração a proteção dos recursos humanos (manutenção de empregos) e do progresso técnico e econômico como fatores adicionais para decidir.

No Brasil, ao analisar o Caso Ambev (AC nº 08012.005846/1999-12), o Cade levou em consideração, ainda que em caráter secundário, fatores como a manutenção do nível de empregos e o fortalecimento da indústria nacional para legitimar a aprovação de um ato de concentração que envolvia as duas maiores fabricantes de cervejas do país, com um nível de concentração geral superior a 72% (setenta e dois por cento) da venda de cervejas. Mais de dez anos depois, ao analisar o Caso Sadia/Perdigão (AC nº 08012.004423/2009-18), o Cade novamente utilizou argumentos relacionados à manutenção de empregos e ao desenvolvimento da indústria nacional (política de Campeões Nacionais).

A análise desses casos indica que as autoridades de defesa da concorrência têm se valido de considerações que vão além da simples análise econômica para decidir casos complexos. A utilização de elementos de políticas econômicas como fatores de legitimação de decisões das autoridades concorrenciais pode funcionar como mecanismo de aperfeiçoamento do Direito da Concorrência, em consonância com os princípios e valores da ordem econômica constitucional. No entanto, a bem da segurança jurídica indispensável à melhoria do ambiente de negócios, é necessário que se estabeleçam critérios objetivos para delinear a aplicação de elementos, que vão além da proteção da livre concorrência e da livre iniciativa nas decisões das autoridades de defesa da concorrência.

1 O CASO COMISSÃO *VERSUS* CECED: CONSIDERAÇÕES DE POLÍTICAS ECONÔMICAS AMBIENTAIS E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A decisão do processo IV. F.1/36.718 – CECED, proferida em 24 de janeiro de 1999 pela Comissão das Comunidades Europeias, é um precedente relevante e comumente citado na literatura jurídica estrangeira como exemplo de como considerações de políticas de proteção do meio ambiente que podem impactar a análise antitruste na União Europeia.

O caso refere-se a um acordo firmado entre produtores de máquinas de lavar roupas, entabulado por intermédio do *Conseil Européen de la Construction d'Appareils Ménagers* (CECED), que funcionava como uma espécie de associação de empresas produtoras de eletrodomésticos, tendo por objetivo descontinuar a produção e a importação de máquinas de lavar que não se enquadrassem

nas classes A, B ou C de eficiência energética, ou seja, a eliminação da produção e da importação de máquinas de lavar roupas enquadradas nas classes D, E, F e G de consumo de energia elétrica.

O mercado relevante, quanto ao produto, foi definido como o de máquinas de lavar roupas para uso doméstico e, quanto ao aspecto geográfico, abrangeu todo o território à época compreendido pelo Espaço Econômico Europeu (EEE).

A participação de mercado dos fabricantes que assinaram o acordo foi calculada pela Comissão no percentual de 95% (noventa e cinco por cento), evidenciando a absoluta posição dominante dos filiados à CECED.

Nos termos do art. 81 (1) do Tratado da Comunidade Europeia, o acordo foi submetido a julgamento do DG Concorrência, já que representava importantes limitações à livre concorrência e ao comércio entre os Países-Membros.

Os pontos fundamentais analisados pela autoridade concorrencial podem ser assim sintetizados:

- i) trata-se de um acordo entre empresas apoiadas por uma associação, que é a CECED;
- ii) essas empresas possuem posição dominante no mercado relevante;
- iii) o acordo impede os fabricantes e importadores de concorrerem, com base na gama completa das classes de eficiência energética (já que serão eliminados os equipamentos das classes D, E, F e G, restando apenas as classes A, B e C);
- iv) o acordo restringe o leque de escolha do consumidor às máquinas de lavar das classes de consumo energético de A a C;
- v) o acordo diminui a autonomia das partes, no que se refere à produção ou à importação de máquinas da sua escolha, restringindo, assim, a concorrência entre as partes;
- vi) o acordo causa aumento dos custos de produção dos fabricantes que produziam as máquinas enquadradas nas classes de menor eficiência energética (D a G), que terão de adaptar suas plantas industriais para passar a produzir máquinas que se enquadrem nas categorias A, B e C de consumo de energia elétrica.

A Comissão concluiu, sob o aspecto da análise de eficiência econômica, que o acordo, na medida em que impedia as partes de produzir ou importar máquinas de lavar classificadas nas classes de eficiência energética D a G, teria por objetivo restringir ou falsear a concorrência e prejudicar o comércio entre os Estados-Membros, nos termos do art. 81 (1) do TCE.

Ao analisar este acordo, porém, sob o ponto de vista do art. 81 (3) do TCE, a Comissão ponderou a questão sob dois outros aspectos: os ganhos futuros para o consumidor e os benefícios coletivos, especialmente a redução de poluentes e do consumo de energia elétrica. A Comissão apontou o seguinte:

- i) muito embora pudesse haver um imediato aumento de preços ao consumidor, esse aumento seria compensado, entre nove e quarenta meses, pela economia gerada nas contas de energia elétrica dos consumidores individuais, trazendo benefícios perenes em longo prazo;
- ii) a tendência de médio prazo era a de que os preços das máquinas de lavar enquadradas nas classes A, B e C de consumo de energia

poderiam provavelmente cair, já que todos os fabricantes passariam a produzir apenas máquinas enquadradas em tais classes, aumentando a oferta dessas classes específicas;

- iii) os danos marginais de dióxido de carbono evitados (externalidades ambientais) poderiam ser precificados entre 41 e 61 euros por tonelada do dióxido de carbono economizado. Com a redução global de tais emissões, provenientes da implantação da nova tecnologia menos poluente, os danos evitados resultantes do dióxido de carbono seriam da ordem de 4000 a 7000 euros por tonelada, e de 3000 a 5000 euros por tonelada de óxido nitroso, representando sensível ganho ambiental⁴⁴;
- iv) os benefícios para a sociedade teriam de ser sete vezes superiores aos custos de aquisição acrescidos às máquinas de lavar mais eficientes do ponto de vista do consumo de energia, ainda que os consumidores de máquinas de lavar individualmente considerados pudessem ter perdas imediatas de bem-estar;
- v) a preservação do meio ambiente era um dos princípios basilares do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) e deveria ser considerada pela Comissão no julgamento do caso;
- vi) o acordo seria capaz de contribuir de forma significativa para o progresso técnico e econômico, já que, com a redução das máquinas de lavar às classes de consumo energético A, B e C, haveria potencialmente mais competição dinâmica entre os fabricantes, em termos de pesquisa e desenvolvimento, visando a novos produtos.

Diante dessas ponderações, entendeu a Comissão que, ao acordo formalizado pelo CECED, deveria ser aplicado o disposto no art. 81 (3) do TCE, no sentido de que o acordo deveria ser beneficiado pela isenção da aplicação das vedações previstas no art. 81 (1) do Tratado, uma vez que os ganhos gerados com a conduta seriam maiores que as perdas consideradas.

2 O CASO COMISSÃO VERSUS STICHTING BAKSTEEN: CONSIDERAÇÕES SOBRE PROTEÇÃO DOS RECURSOS HUMANOS E DO PROGRESSO TÉCNICO E ECONÔMICO

O caso Stichting Baksteen⁴⁵ também demonstra como a Comissão Europeia levou em consideração fatores não necessariamente ligados à eficiência econômica e à preservação pura e simples de concorrência em seus julgados. O caso é bastante peculiar, já que trata de uma espécie de acordo entre concorrentes para redução da produção e retirada de concorrentes do mercado, figura muito próxima do “cartel de crise”.

44 É interessante notar que a Comissão criou uma forma de quantificação do ganho ambiental por meio de uma expressão monetária, algo extremamente útil para a mensuração objetiva de externalidades ambientais.

45 Decisão da Comissão das Comunidades Europeias, publicado no Jornal Oficial, nº L 131, de 26.5.1994. p. 15-22.

Em síntese, os produtores de tijolos dos Países Baixos passaram por uma crise setorial grave, que acabou gerando, de forma duradoura, um excedente de produção de tijolos, acompanhado de retração significativa nos preços. Como os produtores não conseguiram individualmente adequar sua produção, acabaram estabelecendo um acordo de reestruturação e saneamento da indústria de tijolos, com os objetivos de reduzir a produção e incentivar certas empresas a deixarem o mercado mediante indenização. O acordo foi formulado por intermédio da associação Stichting Baksteen, que representava os produtores de tijolos nos Países Baixos.

Esse tipo de conduta, prejudicial à livre concorrência, poderia ter sido condenado facilmente diante dos danos concorrenciais que, presumidamente, causaria sob o ponto de vista econômico. Os pontos fundamentais do caso podem ser assim resumidos:

- i) o produto relevante foi definido como “tijolos em geral”, uma vez que as diferenças entre os tipos de tijolos (normais, de revestimento e *engeneering*), relativamente a preços e aplicações (preferências do consumidor), justificavam a reunião em um mesmo grupo, eis que, em tese, substituíveis entre si;
- ii) a dimensão geográfica do mercado relevante foi definida como o território dos Países Baixos, tendo em vista que o mercado de tijolos é geralmente regional, em razão do baixo valor do produto e dos altos custos com o seu transporte, que dificultam as exportações para outros Estados-Membros;
- iii) a Comissão ressaltou que, no ano de 1991, já havia recebido um pedido da associação Stichting Baksteen para aprovação de um plano de reestruturação setorial do mercado de tijolos, com vistas a eliminar o excesso da capacidade estrutural do setor nos Países Baixos. Esse primeiro plano previa medidas desproporcionais, que superavam o necessário para a reestruturação do setor, com manutenção de concorrência em parte substancial do mercado.

Diante do indeferimento do primeiro pedido, os produtores de tijolos novamente propuseram um plano de reestruturação do mercado, com o objetivo de “restabelecer o equilíbrio entre oferta e demanda” e o submeteram novamente à Comissão. Esse novo plano previa especificamente o seguinte:

- i) quatro fabricantes de tijolos encerrariam a operação de sete plantas industriais, gerando um corte de produção de aproximadamente 217 milhões de tijolos por ano;
- ii) esses quatro produtores assumiriam a obrigação de deixar de produzir materiais cerâmicos de construção nas sete instalações de produção a serem fechadas, durante um período de 30 anos;
- iii) os quatro fabricantes que se retirariam do mercado se obrigariam a não vender os seus equipamentos para outras empresas localizadas em um raio de até 500 quilômetros, durante um período de 30 anos;
- iv) um sistema de sanções pecuniárias seria implantado para evitar o desrespeito a qualquer uma dessas obrigações, aceitando as partes o princípio de um controle do encerramento definitivo das suas instalações por peritos qualificados independentes;
- v) o novo acordo também previa o estabelecimento de uma espécie de

fundo a ser gerido pela Stichting Baksteen, para o qual as empresas remanescentes no mercado contribuiriam durante um período de cinco anos. Os valores arrecadados pelo fundo seriam pagos aos produtores que se tivessem retirado do mercado, a título de contribuição para a cobertura dos custos de encerramento e, especialmente, dos custos sociais subjacentes;

- vi) o acordo também previa uma negociação coletiva de trabalho entre a Stichting Baksteen e os sindicatos de empregados da indústria de tijolos, acenando com um plano social para a reciclagem dos empregados afetados pelas demissões;
- vii) por fim, o acordo também previa que os investimentos de mera substituição seriam autorizados na medida em que não implicassem aumento de produção dos associados da Stichting Baksteen, ou na medida em que esse aumento fosse limitado, no máximo, a 5% durante todo o período de financiamento para as outras empresas participantes.

A Comissão analisou esse novo plano de reestruturação setorial e chegou à conclusão de que o acordo se enquadrava na regra do art. 85 (1) do TEC (atual art. 101 (1) do TFUE), já que tinha por efeito resitringir a concorrência, e também poderia implicar, de forma direta, distorções no comércio entre os Estados-Membros, eis que em torno de 25% (vinte e cinco por cento) da produção de tijolos dos Países Baixos destinam-se à exportação para outros países da Comunidade Europeia; com isso, o acordo seria, a princípio, proibido.

Ao analisar o acordo sob o ponto de vista do art. 85 (3) do TCE (atual art. 101 (3) do TFUE), porém, a Comissão entendeu que o real objetivo do acordo era a redução das capacidades para se atingir maior grau de utilização das capacidades instaladas e para restaurar progressivamente e, em médio prazo, um equilíbrio duradouro entre oferta e procura. Considerou a Comissão que, como as sete plantas industriais que seriam desativadas eram as mais antigas e ineficientes, o seu fechamento teria potencial efeito positivo sobre o progresso tecnológico e econômico na medida em que permaneceriam no mercado apenas os fabricantes mais modernos e com maior volume de recursos investidos em melhorias tecnológicas. A Comissão também levou em consideração que a coordenação e os cronogramas de encerramento das plantas industriais a serem desativadas facilitaria a reciclagem dos trabalhadores, atendendo aos fins sociais do TCE.

O acordo foi aprovado pela DG Concorrência, porém, com a redução do prazo de não concorrência para as empresas que se estavam retirando do mercado a um período de cinco anos, e não de 30, como pretendiam os interessados.

Além dos casos aqui apresentados, a título meramente exemplificativo, outros precedentes importantes no Direito europeu podem ser vistos nos seguintes casos: Processo IV/32.150-UER/Sistema Eurovisão (*Eurovision*), (conduta absolvida com base em consideração de benefícios aos países e às regiões menos favorecidos da Comunidade Europeia e também ganhos de eficiência econômica); Processo IV/31.550 - Zera/Montedison, (conduta condenada, com aplicação de multa, com fundamento em afronta à livre concorrência, mas também, e principalmente, por ter a Comissão considerado que a conduta era capaz de prejudicar os objetivos de integração da Comunidade Europeia); Processo IV/34.018 - Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA), (conduta condenada, com aplicação de multas, por entender a Comissão que houve afronta à livre concorrência e também, especialmente, porque a conduta prejudicou a

integração dos Países Membros); Processo COMP/34493 – DSD e outros, (a Comissão acolheu certas condições da operação, relativas ao uso de infraestruturas essenciais, nos moldes do art. 81 (3), ao entender por ganhos significativos ao meio ambiente)⁴⁶; Processo COMP/C/38.170 – Caso REIMS II, (a Comissão renovou a isenção de aplicação do art. 81 (1) ao acordo entre operadores de serviços postais internacionais, ao argumento de eficiência econômica e também de promoção da segurança nas comunicações e integração do mercado europeu).

3 O CASO AMBEV: CONSIDERAÇÕES SOBRE EFICIÊNCIA E MANUTENÇÃO DO NÍVEL DE EMPREGOS E SOBRE O FORTALECIMENTO DA INDÚSTRIA NACIONAL

Um dos casos de maior repercussão já julgados pelo Cade, o processo de autos nº 08012.005846/1999-12, trata da fusão das duas maiores fabricantes de cervejas do Brasil, tendo sido aprovado o ato de concentração com restrições, já que o Cade aplicou remédios estruturais e comportamentais⁴⁷ por meio de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

Em síntese, o caso refere-se à operação de concentração entre as empresas controladoras das cervejarias Brahma e Antártica, envolvendo todas as suas plantas industriais e marcas. As empresas também atuavam no mercado de águas, refrigerantes e tubainas, mas não detinham poder de mercado, razão pela qual a análise do Cade focou-se especialmente no mercado de cervejas.

Para fins de definição do mercado relevante, o Cade entendeu que os produtos relevantes seriam águas, refrigerantes, tubainas e cervejas, com especial destaque para estas últimas.

Quanto à dimensão geográfica, considerou o Cade existirem em cinco regiões distintas, configurando-se, cada uma delas, em um mercado relevante regional: mercado relevante 1, compreendido pelos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul; mercado relevante 2, compreendido pelos Estados de São Paulo, do Rio de Janeiro, Espírito Santo e de Minas Gerais; mercado relevante 3, compreendido pelos Estados de Goiás, Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, Tocantins, de Rondônia e o Distrito Federal; mercado relevante 4, compreendido pelos Estados de Alagoas, do Amapá, da Bahia, do Ceará, Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte e de Sergipe; e, mercado relevante 5, compreendido pelos Estados do Acre, Amazonas e de Roraima.

As participações de mercado das empresas interessadas, depois da fusão, chegariam à média geral de 72% das vendas de cervejas, tendo sido apontado pela SDE que, no caso dos mercados relevantes 4 e 5, esse percentual seria de, respectivamente, 80% e de 90%.

Diversos aspectos foram avaliados pelo Cade, dentre os quais destacam-se os que parecem ter tido maior peso para a decisão: preservação da livre con-

46 A decisão da Comissão foi objeto de recurso para o Tribunal de Primeira Instância, que manteve a decisão. Ver Processo T-209/01, julgado em 24 de maio de 2007.

47 Sobre os remédios antitruste, ver o artigo de Alice Ferreira de Oliveira, Remédios antitruste: um estudo dos casos Ambev e Boeing/McDonnell Douglas. In: OLIVEIRA, A. F. de; RUIZ, R. M. et alii. (Organizadores). Remédios antitruste. São Paulo: Singular, 2011. p. 147-177.

corrência, eficiência econômica, bem-estar do consumidor (redução de preços, introdução de novos produtos, melhorias de qualidade e outros), manutenção de empregos (consta especificamente no TCD), reforço da capacidade de investimentos e pesquisa e desenvolvimento tecnológico e, por fim mas não com menor importância, o fortalecimento da indústria nacional.

A fusão foi aprovada com alguns condicionantes, que constaram do TCD, dentre os quais:

- i) a alienação da marca Bavária, juntamente com cinco fábricas, a um único comprador (que veio a ser a Anheuser-Busch InBev, uma das maiores cervejarias do mundo);
- ii) a implementação de sistemas de compartilhamento da rede de distribuição nacional pelo prazo de quatro anos;
- iii) a proibição de desativar fábricas nos quatro anos seguintes à aprovação da fusão;
- iv) a manutenção do nível de emprego e, em caso de demissões em razão da reestruturação societária, a promoção de programas de retreinamento e recolocação dos trabalhadores no mercado de empregos formais;
- v) a proibição de estabelecer acordos de exclusividade com pontos de venda;
- vi) a adoção de todas as providências e medidas para que fossem alcançados os benefícios sociais da fusão.

Da análise desse caso, percebe-se claramente que o Cade levou em consideração não apenas questões atinentes à eficiência econômica, livre concorrência ou ao bem-estar do consumidor. Certamente tais pontos foram considerados, e talvez até com mais ênfase do que outros. O Cade, porém, também preocupou-se com questões referentes às políticas econômicas de manutenção de emprego e renda e de fortalecimento da indústria (economia) nacional, já que um dos grandes argumentos insistentemente utilizados pelas empresas para justificar a fusão seria a necessidade de competir com grandes multinacionais, que poderiam passar a atuar no mercado brasileiro. É interessante ressaltar que, do voto⁴⁸ da Conselheira Relatora, Dra. Hebe Romano, colhe-se que um dos fatores a considerar, naquele momento, era a proteção do mercado interno e das empresas brasileiras no contexto de globalização econômica, que permitia às empresas estrangeiras vender seus produtos a baixos preços no Brasil, podendo vir a prejudicar as pequenas e médias empresas nacionais.

A fusão foi aprovada em 7 de abril de 2000. Nos anos que se sucederam, a Ambev foi alvo de investigações constantes do Cade, tendo respondido a três processos administrativos, em que se questionava abuso de posição dominante. Os dois primeiros, de autos nº 08012.0004363/2000-89 e autos nº 08012.011566/99-71, foram arquivados por decisão unânime do Plenário do Cade. Posteriormente, outro processo administrativo foi instaurado (autos de nº 08012.003850/2004-10), tendo por objeto a análise de programas de fidelização de pontos de venda (programa “Festeja” e programa “Tô Contigo”) que, em tese, representariam abuso de posição dominante da Ambev. Nesse último processo, a Ambev foi efetivamente condenada a pagar uma multa de mais de 350 milhões de reais.

48 BRASIL. CADE. Ato de Concentração N. 08012.005846/1999-12, fl. 5429, último parágrafo. Em sentido semelhante, fls. 42 e 43.

Apesar dessa condenação, passados mais de 12 anos desde que a fusão foi aprovada, até 2011, a Ambev ainda não conseguiu voltar a ter a participação inicial de mercado que detinha no momento da fusão. Segundo informa o seu Relatório Anual de 2011,⁴⁹ até o fechamento do exercício fiscal daquele ano, a empresa detinha, no Brasil, uma fatia de 69% do mercado de cervejas.

Como fora previsto pela Ambev, na última década, o mercado brasileiro recebeu várias marcas de cervejas estrangeiras, tanto as de baixo custo, competidoras diretas das marcas de combate da Ambev, como cervejas de preços intermediários e até as de alto preço. Além disso, várias cervejarias regionais brasileiras, de inspiração artesanal também passaram a expandir seus negócios e o ambiente de mercado parece estar bastante equilibrado em relação à competição entre marcas e oferta ao consumidor.

Um estudo elaborado por Elizabeth Farina e Paulo Azevedo⁵⁰ em 2003 afirmou que a Ambev seria incapaz de praticar uma elevação unilateral de preços porque perder participação de mercado. De fato, depois de mais de 12 anos da fusão, a Ambev não conseguiu eliminar nenhum concorrente. Pelo contrário, o que se observou foi o ingresso de novos concorrentes no mercado, ainda que com participações modestas de *market share*. Também não existem questionamentos significativos de queixas do consumidor, até mesmo porque uma grande variedade de novos produtos foi lançada pela própria Ambev e por suas concorrentes nacionais, e foram introduzidos novos produtos estrangeiros no mercado interno, especialmente nos segmentos de maior custo.

Os interesses nacionais foram protegidos, o mercado interno continuou aquecido, formou-se um agente nacional capaz de competir efetivamente com as grandes cervejarias estrangeiras e, nesse ponto, parece ter sido acertada a decisão do Cade, ao levar em consideração no julgamento do caso não apenas critérios técnico-econômicos, mas também critérios fornecidos por noções gerais de políticas econômicas constitucionais, especialmente no que toca ao incentivo à pesquisa e à tecnologia e à busca do pleno emprego.

4 O CASO BRASIL FOODS: O TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO COMO FATOR DE COMPENSAÇÃO DAS PERDAS DE LIVRE CONCORRÊNCIA

O processo de fusão entre as duas maiores empresas de alimentos processados à base de carnes de aves e suínos do Brasil é um caso emblemático. No julgamento do AC nº 08012.004423/2009-18 fica evidente como o Cade interveio profundamente no negócio jurídico proposto pelas partes interessadas, tendo chegado a um resultado final interessante: a alienação de ativos industriais, de marcas e de direitos de uso de soluções logísticas das empresas em fusão

49 COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – Ambev. Relatório Anual 2011. p. 36. Disponível em: http://www.ambev.com.br/media/3939214/ra_ambev_2012.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

50 FARINA, E.M. M. Q; AZEVEDO, P. F. Ambev: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In: MATTOS, César (Org.). A revolução do antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2003. p. 145.

para um terceiro, de forma a criar um “vice-líder”⁵¹ de mercado para rivalizar com a nova empresa que emergia da fusão.

Na definição do mercado relevante quanto ao produto, foram levados em consideração os seguintes produtos: i) aquisição de animais para abate (análise do poder de compra das empresas); ii) carnes *in natura* (frangos, perus, suínos e bovinos); iii) *kit* festas; iv) congelados; v) carnes processadas; e vi) margarinas.

Quanto à dimensão geográfica, o Cade entendeu que, na hipótese de aquisição de animais para abate, os mercados relevantes geográficos seriam, no caso de frangos, os Estados de Goiás, do Mato Grosso, do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. Em se tratando de perus, uma distância de 150 quilômetros de cada abatedouro. Para os demais produtos relevantes, definiu-se que, muito embora as duas empresas tivessem faturamentos expressivos com exportações, o mercado que efetivamente poderia sofrer as consequências da operação seria o mercado nacional.

As participações de mercado após a fusão eram superiores a 50% em todos os produtos, chegando, em certos casos, até a 90%. Além disso, o Cade considerou que existiam significativas barreiras à entrada de novos concorrentes, sendo um mercado de baixa contestabilidade⁵². Para agravar a situação, também foi constatada significativa dificuldade para novos entrantes se estabelecerem com baixos custos, haja vista a precariedade do acesso efetivo aos canais de distribuição dos produtos. Todos esses aspectos apontaram para um mercado concentrado, de baixa contestabilidade, com peculiaridades logísticas próprias,⁵³ necessidade de investimento intensivo de capital em grandes quantidades, onde os interessados detinham posição dominante reforçada por seu poder de portfólio.

Ao analisar as condições previstas no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, o Cade entendeu que as economias de escopo e de escala originadas da fusão seriam insuficientes, no formato da operação, para gerar benefícios à coletividade. O Conselheiro Carlos Ragazzo, relator do caso, votou contra a aprovação do ato de concentração por entender que a fusão seria lesiva à livre concorrência, e que não estariam presentes as eficiências compensatórias e as demais condições previstas no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Em sequência, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Conselheiro Ricardo Ruiz⁵⁴. Poucos dias depois, as requerentes iniciaram uma tratativa rápida – porém, intensa – com o Cade, tendo por objetivo a celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), que acabou tornando-se a efetiva solução do caso.

Os termos e obrigações constantes no TCD foram substancialmente ex-

51 A expressão é utilizada no voto-vista proferido pelo Conselheiro Relator do caso no Cade, Dr. Ricardo Machado Ruiz.

52 Na Economia, o grau de contestabilidade de um mercado é medido pela fluidez de ingresso de novos concorrentes e pelo grau de liberdade de alocação e realocação dos agentes já estabelecidos no mercado, ou seja, pela mobilidade dos fatores de produção.

53 A maior parte dos produtos relevantes é altamente perecível, demandando transporte diferenciado e maiores custos, com logística geral de distribuição.

54 Provavelmente de forma estratégica, o pedido de vista fez com que as requerentes da operação ficassem mais flexíveis e receptivas à necessidade de imposição de condições mais severas para a aprovação do ato. Ver, a respeito, o registro que o Conselheiro Ricardo Ruiz, relator do acórdão, faz nos §§ 9º e 68º do seu voto, no ato de concentração de autos no 08012.004423/209-18.

plicados no voto do relator do acórdão, Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, que pode ser assim resumido, em termos gerais:

- i) a operação, nos moldes em que requerida pelos interessados, não poderia ser aprovada, já que eliminaria parcela substancial da concorrência e sem que houvesse comprovação da geração de eficiências capazes de compensar os danos causados à livre concorrência e ao bem-estar do consumidor;
- ii) o relator propôs, então, um novo formato para o TCD, tendo por objetivo criar uma nova empresa que ocupasse a condição de “vice-líder” de mercado, capaz de rivalizar e competir efetivamente com a BFR;
- iii) esse novo agente seria uma empresa que adquiriria uma parte significativa da estrutura produtiva integrada da BRF, com foco nos mercados relevantes em que se apresentou alto grau de concentração;
- iv) com essa nova configuração de mercado, estaria em tese restaurado o que o relator do acórdão chamou de “duopólio virtuoso”, reproduzindo, de certo modo, as características estruturais do mercado antes da concentração.

As requerentes aceitaram a celebração do TCD, e a fusão foi então aprovada pelo Cade, com todas as restrições impostas por remédios estruturais e comportamentais previstos no Compromisso. Em 4 de julho de 2012, o Cade aprovou a venda de ativos da BRF listados no TCD para a Marfrig S/A, frigorífico de grande porte (com experiência no mercado de carnes *in natura*) e entrante no mercado de processados de carnes e comidas prontas. Estava criado o novo competidor, que passaria a competir com a gigante BRF.

A análise dos fundamentos do voto do Conselheiro Ricardo Ruiz demonstra que a racionalidade geral adotada foi a da busca da eficiência econômica. O próprio relator do acórdão, na quinta nota de rodapé de seu voto, tece um comentário interessante, no sentido de que a intervenção antitruste que um órgão de proteção da concorrência pode fazer está limitada às matérias tratadas na Lei nº 8.884, de 1994 (à época vigente), dando a entender que outras temáticas (que não a eficiência econômica e a proteção do mercado e do consumidor) não poderiam ser tratadas especificamente pelo órgão antitruste. O Conselheiro Ruiz cita as seguintes questões que, aparentemente, entende excluídas da análise do Cade: inovação tecnológica, inserção externa, diversificação setorial e financiamento.

Mais adiante, porém, no § 85 do seu voto, o Conselheiro Ruiz afirma que um dos objetivos do TCD era o de criar incentivos para o desenvolvimento tecnológico e econômico do setor sem afetar o seu processo de consolidação. No § 106 de seu voto, ao apresentar o item 3.3 da Cláusula Terceira do TCD, propõe que a Sadia e a Perdigão, após a fusão, deveriam exigir da futura adquirente dos seus ativos (no caso, viria a ser o Grupo Marfrig) a manutenção do nível de emprego da época da operação por um prazo mínimo de seis meses. No TCD também ficou determinada a obrigação de manutenção do nível de emprego durante o processo e por um prazo mínimo de seis meses após a alienação dos ativos para o novo entrante no mercado (Cláusula Quinta, item 5.1, letra “c”). Além disso, de modo bastante explícito, o Cade ressaltou, por meio da parte final da letra “h” dos seus *consideranda*, que teria por objetivo evitar aumento de preços ao consumidor, pois, além de proteger o consumidor individualmente ou

coletivamente considerado, a manutenção de preços seria um fator de suporte na prevenção da inflação e no seu combate.

Uma leitura atenta do caso revela que o Cade, mesmo quando assegura que sua atuação se deva fazer de modo estritamente técnico e com vistas à maior eficiência econômica, acaba tendo de considerar certos aspectos de ordem político-econômica, como a manutenção de empregos e o combate à inflação.

Não se quer dizer com isso que constitua missão institucional do Cade a preservação de empregos, o combate à inflação ou mesmo o incentivo à inovação e à tecnologia, à preservação do meio ambiente. Que tais valores terminam, de certo modo, influenciando as decisões, disso não restam dúvidas.

Por fim, um último aspecto que chama a atenção no julgamento do caso BRF é o fato de não ter o Cade determinado nenhuma medida no que diz respeito à atuação da empresa fora dos limites do mercado nacional. Na realidade, em relação às operações internacionais da BRF, o Cade simplesmente considerou que, em tese, não seriam importantes para o julgamento do caso, concentrando-se na análise das repercussões da fusão no mercado interno. Sabe-se que o Governo Federal apoiou, ainda que indiretamente, a iniciativa da fusão como tentativa de criar um “gigante nacional” para o setor de alimentos. O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) emprestou recursos à Marfrig para a aquisição dos ativos da BRF, que deveriam ser alienados, conforme o Termo de Compromisso de Despenho firmado entre a BRF e o Cade. Talvez, sem os empréstimos especiais do BNDES, não fosse possível a aquisição dos ativos a serem alienados pela BRF como condição de eficácia da fusão.

Percebe-se que o Governo, ao incentivar o Grupo Marfrig por meio de empréstimos especiais do BNDES, acabou, de certo modo, ajudando a concretização da fusão da Sadia com a Perdigão, ao qualificar um agente nacional para adquirir os ativos que deveriam ser alienados. Um dos objetivos centrais do Governo Federal nessa operação pode estar relacionado com a intenção de impulsionar as exportações brasileiras de carnes *in natura* (verdadeiras *commodities*). O silêncio do Cade sobre os impactos da fusão no mercado externo pode ser explicado pelo fato de que a BRF não deteria uma parcela de mercado internacional capaz de prejudicar a livre concorrência. Não é possível afirmar que essa tenha sido a opção do Cade ou se, por outro lado, o silêncio teria como motivo o incentivo às exportações ou um motivo de política econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pretendeu demonstrar que, a par da preservação da livre concorrência, da livre iniciativa e do bem-estado do consumidor, outros valores e princípios consagrados nas políticas econômicas constitucionais vêm sendo utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência para conferir maior legitimidade às suas decisões.

Essa constatação indica, pelo menos a princípio, que a livre concorrência não tem sido tomada como um fim em si mesmo pelas autoridades de defesa da concorrência. Pelo contrário, livre concorrência e livre iniciativa têm sido concebidas como instrumentos para a consecução de objetivos finalísticos da ordem econômica constitucional. Isto representa uma pequena, porém não trivial, mudança de concepção quanto às reais funções do antitruste.

Diante da utilização de fundamentos decisórios relacionados a políticas econômicas nas decisões das autoridades antitruste, o desafio que se abre ao estudioso do Direito da Concorrência é o estabelecimento de critérios objetivos para a adoção desses outros critérios que não a eficiência econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência como objeto de tutela, de modo a não alargar demasiado o campo de atuação da autoridade concorrencial e a preservar a segurança jurídica que é tão cara à melhoria do ambiente de negócios no Brasil e demais países em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração N. 08012.005846/1999-12**. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 11 de abril 2000.

_____. **Ato de concentração de autos no 08012.004423/2009-18**. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 15 de julho de 2011.

_____. **Ato de Concentração de autos no 08700.004043/2012-21**. Acórdão publicado no Diário Oficial da União, em 6 de novembro de 2012.

FONSECA, J. B. L. da. **Direito Econômico**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Direito da Concorrência e Desenvolvimento. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 205-231, jul-dez. 2011.

MATTOS, C. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003.

MARTINS, A. V. **As Políticas Econômicas Constitucionais como Fator de Legitimidade das Decisões do Cade**. 2013. 199f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais - UFMG. Belo Horizonte, 2013.

OLIVEIRA, A. F. de; RUIZ, R. M. *et alii*. (Organizadores). **Remédios antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

TOWNLEY, C. *Article 81 EC and public policy*. Oxford: Hart, 2009.

VAZ, I. **Direito Econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA: ESTUDO A PARTIR DE CASO DE INTERFERÊNCIA DE TERCEIRO NO CONTRATO

*Daniel Rocha Corrêa*⁵⁵

RESUMO: Este trabalho aborda a regulação da concorrência na perspectiva da autonomia privada. Procura demonstrar que a repressão ao abuso do poder econômico, como forma de garantia à livre concorrência, é um meio para limitar e para proteger a autonomia privada. A fim de contextualizar o estudo, foram tomados como referência os fatos envolvendo caso de violação de contrato firmado com o cantor Zeca Pagodinho por interferência de terceiro e que foi acompanhado por incisiva rivalidade entre as marcas de cervejas manifestadas por meio de publicidade protagonizada pelo cantor. Com a análise de decisões judiciais relativas ao caso e também de processo administrativo perante o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – e com a busca de subsídios do direito norte-americano, foi possível concluir que, embora tenha havido prejuízos para as empresas que foram preteridas com a quebra do contrato, os danos não chegaram a produzir efeitos anticompetitivos sobre o mercado. Logo, concluiu-se que não houve abuso de poder econômico. No trabalho, foi demonstrado também que a lealdade imposta pelo princípio da liberdade de concorrência se limita a uma perspectiva negativa consistente na abstenção da prática de atos abusivos que produzam ou possam produzir efeitos negativos no mercado.

Palavras-chave: Direito da concorrência; Autonomia privada; Contrato; Interferência de terceiro; Abuso de poder econômico.

ABSTRACT: This paper deals with the regulation of competition in the perspective of private autonomy. It seeks to demonstrate that repression of the abuse of economic power as a means of guaranteeing free competition is a means of limiting and protecting private autonomy. To contextualize the study, he takes as reference the facts about a breach of contract signed with the singer Zeca Pagodinho by third party interference and which was accompanied by an intense rivalry between the brands of beers manifested through advertising carried out by the singer. With the analysis of judicial decisions related to the case and also of administrative proceedings before CADE – Administrative Council of Economic Defense – and with the search for subsidies of US law, it was possible to conclude that, although there were losses to the companies that were deprecated with the breach of contract, the damages did not have anticompetitive effects on the market. Therefore, it was concluded that there was no abuse of economic power. It has also been demonstrated in the work that the loyalty imposed by the principle of freedom of competition is limited to a negative perspective consisting of the abstention of abusers that produce or may have negative effects on the market.

55 Professor da PUC Minas, Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB-MG, Mestre e Doutorando em Direito. Contato: danielcorrea@danielcorrea.net.

Keywords: Competition law; Private autonomy; Contract; Third party interference; Abuse of economic power.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, durante o primeiro quinquênio do século XXI, a disputa concorrencial entre as marcas de cervejas acarretou uma intensa e curiosa briga publicitária. Em especial, enfocamos fatos ocorridos nos anos 2003 e 2004, quando o cantor conhecido por Zeca Pagodinho, contratado para protagonizar uma campanha publicitária para uma marca de cerveja, foi, no curso do contrato que estipulava cláusula de exclusividade, contratado por empresa concorrente de sua contratante inicial para estrelar campanha de marca rival de cerveja. Em ambas as campanhas havia referência comparativa à concorrência, ou aos produtos concorrentes, com o destaque de que os fatos envolvendo a volatilidade da conduta do cantor foram utilizados como pano de fundo para a nova campanha publicitária da concorrente.

Desta forma, as questões envolvendo o rompimento contratual e o próprio teor da campanha publicitária motivaram a empresa de publicidade e a fabricante de cerveja, primeiros contratantes (direta e indiretamente) do cantor, a buscarem no judiciário e na via administrativa, junto ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, a apuração de responsabilidade quanto à violação do contrato por interferência de terceiro e à prática de atos de concorrência desleal.

Mediante o apresentado, nosso objetivo neste trabalho é, tomando como referência os fatos envolvendo essa violação de contrato acarretada pela interferência de terceiro e a rivalidade entre as marcas manifestada por meio de publicidade, analisar a regulação da concorrência como limite e também como meio de proteção da autonomia privada. Nessa análise, nos concentraremos na regulação da concorrência na perspectiva instituída pela Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2019b), ou seja, na perspectiva da repressão administrativa ao abuso de poder econômico no ordenamento jurídico brasileiro.

Os fatos envolvendo o rompimento do contrato firmado com o cantor Zeca Pagodinho e a rivalidade entre as marcas de cervejas por meio de publicidade protagonizada pelo cantor podem ser abordados sob três prismas: o primeiro deles, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, conforme estabelecido pelo Código Civil (BRASIL, 2019a), dando ensejo à reparação de danos causados à parte que suportou prejuízos pela violação contratual; outro enfoque diz respeito à prática de atos de concorrência desleal, nos termos do art. 209 da Lei 9.279/1996 (BRASIL, 2001); o terceiro deles diz respeito à prática de abuso de poder econômico reprimido pela legislação de defesa da concorrência (BRASIL, 2019b).

No primeiro enfoque, os olhos se voltarão ao contrato e, especialmente, às agências de publicidade que se valeram dos serviços do cantor. No segundo e no terceiro enfoques, podemos tratar tanto da concorrência desleal ou do abuso de poder econômico na relação entre as empresas de publicidade e na relação entre as fabricantes de cervejas, respectivamente, nas perspectivas das relações entre os concorrentes e na proteção de interesses gerais da coletividade.

Numa outra perspectiva, podemos observar também que certas práticas verificadas no mercado podem colidir com a legislação em relação à perspectiva criminal, por exemplo, pela prática de crime contra a ordem econômica ou as relações de consumo (BRASIL, 2011). Neste caso, a regulação, de um lado, visa

punir quem comete ilícito e, por outro lado, cumprir o papel clássico do Estado Liberal de garantir as liberdades daqueles que atuam no mercado.

No entanto, apesar dessa amplitude de perspectivas, como estabelecido acima, nosso foco será a legislação de defesa da concorrência, no que concerne à repressão ao abuso de poder econômico, tanto na relação entre as empresas de publicidade quanto entre as fabricantes de cervejas. No Brasil, essa repressão se dá, prioritariamente, pela atuação do CADE.

Para isso, iniciaremos com uma análise das bases liberais da proteção do mercado e da concorrência, que nos permitirá estabelecer o lugar inicial da autonomia privada ante o fenômeno da concorrência; em seguida, apresentaremos razões para a regulação do mercado e da concorrência diante da divergência entre os pressupostos liberais e a realidade; na terceira parte, falaremos da defesa da concorrência por meio da repressão ao abuso de poder econômico como instrumento de limitação e de defesa da autonomia privada; na última parte, voltaremos ao caso do rompimento do contrato firmado com o cantor Zeca Pagodinho e a rivalidade entre as marcas de cervejas por meio de publicidade protagonizada pelo cantor para estabelecer um paralelo entre a atuação do judiciário e do CADE, e, assim, analisar os fatos na perspectiva da defesa da concorrência.

2 PRESSUPOSTOS LIBERAIS DA CONFIGURAÇÃO DO MERCADO E DA CONCORRÊNCIA

Quando se fala de defesa do mercado e da concorrência, é indispensável um retorno, mesmo que breve, ao passado. É, pois, necessário um olhar para as bases do liberalismo econômico e também para um movimento ocorrido principalmente na Europa Continental, mas que repercutiu nas Américas também e foi denominado Constitucionalismo ou Constitucionalismo Clássico, que, no plano jurídico, elevou ao nível constitucional os direitos fundamentais que, até hoje, inspiram a regulação do mercado e da concorrência.

O liberalismo se embasou em valores como a liberdade e a igualdade. No plano jurídico, estes valores levaram ao reconhecimento dos princípios da liberdade de contratar e da igualdade (formal) entre os indivíduos.

Neste sentido, observamos que a “[...] liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade” (ROPPO, 2009, p. 35).

Então, o direito de bases liberais tem como pilares importantes a liberdade de contratar e a igualdade formal. A estes princípios podemos aliar a propriedade privada e aí encontraremos o cerne da estrutura capitalista.

Continua a nos dizer Enzo Roppo:

As teorias económicas então prevalentes – traduzidas no plano prático, na directiva do laissez-faire, laissez-passer – pretendiam, de facto, que o bem estar coletivo podia conseguir-se da melhor forma [...] deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o

mecanismo do mercado e da concorrência – a “mão invisível” de Adam Smith – teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da “riqueza da Nação” (Ibidem, p. 35-36).

Conforme Pascal Salin (1995, p. 115), a concorrência é um princípio essencial de todas as atividades humanas. Esse princípio nos remete à ideia de competição. Uma ideia que significa “[...] uma luta ou contenda por superioridade [...]”⁵⁶ (WHISH, 2001, p. 2, tradução nossa) e que, quando aplicada ao mercado, inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores, para permanecerem no mercado e ampliarem suas fatias de participação nele.

Ora, então, na concepção liberal, num mercado em que preponderasse a igualdade como fator fundante e em que todos fossem igualmente livres, o livre jogo da concorrência proporcionaria o melhor resultado para cada um e para todos.

Este modelo se completa pela constatação de que toda a regulação só poderia traçar, segundo Enzo Roppo, “[...] limites [...] exclusivamente negativos. [...] os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados. [...] os próprios limites negativos [...] eram tolerados em muito estreita medida” como um meio de garantir o sistema. (ROPPO, 2009, p. 32-33).

Quanto à igualdade que fundamentava o modelo, Enzo Roppo nos diz ainda que: “[...] justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas [...] respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. [...] dizer “contratual” equivale a dizer “justo”[...]” (Ibidem, p. 35).

Sem dúvidas, um dos principais alicerces da estrutura liberal de mercado é exatamente essa recíproca igualdade. Uma igualdade que está no cerne da ruptura com o sistema anterior. O direito liberal a reconheceu numa perspectiva formal. Mas a realidade não é assim!

3 O ACIRRAMENTO DA DESIGUALDADE PELA CONCENTRAÇÃO CAPITALISTA

Um dos pontos mais interessantes da obra do economista François Perroux (1967) é o fato de que, ao contrário dos economistas liberais que construíram e constroem suas teses com base na hipótese de um mercado caracterizado pela igualdade dos atores que nele atuam, o autor deixa claro que, nas relações entre empresas e entre os Estados, a desigualdade econômica é fato inegável. Essa desigualdade possibilita um efeito de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos e impõe a necessidade daquilo que podemos chamar de defesa da concorrência.

O liberalismo clássico se baseou numa perspectiva formal da igualdade, embora a realidade nos revele que a desigualdade é traço marcante da socieda-

56 [...] a struggle or contention for superiority [...].

de e do mercado. A dinâmica própria do capitalismo e os efeitos da revolução industrial deixaram clara aos olhos de todos, há mais de um século, a desigualdade (no caso, econômica) que existe no mercado, quer entre a grande empresa e o indivíduo, quer entre a grande e a pequena empresa. Essa percepção da desigualdade fundamenta, no plano jurídico, a ruptura com o liberalismo e a atribuição ao Estado de papéis de regulação da economia.

Na relação entre a grande empresa e o indivíduo, veremos que a autonomia individual do consumidor ou do trabalhador muitas vezes não o permite expressar sua vontade em pé de igualdade diante da autonomia da empresa. O Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho são reflexos do ordenamento jurídico na tentativa de tornar concreta a igualdade e suprir a hipossuficiência do indivíduo em ambos os contextos.

De outro lado, veremos desequilíbrios também que nos farão questionar o grau de autonomia de uma empresa diante da autonomia de outra empresa no mercado, quer elas se relacionem num plano contratual, por exemplo, numa relação de fornecimento de mercadorias ou serviços; quer elas se relacionem num plano extracontratual por serem concorrentes diretas ou potenciais. Naquele caso e neste podemos, respectivamente, tomar a venda casada ou os preços predatórios como formas de uma violência sutil que pode diminuir ou impedir a autonomia do indivíduo ou da empresa em violação ao princípio fundamental da liberdade de concorrência.

Derrubado o pressuposto fundamental da igualdade dos indivíduos e das empresas, vemos que a concorrência necessita de ser regulada. Daí falarmos em legislação antitruste ou legislação de defesa da concorrência.

4 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA POR MEIO DA REPRESSÃO AO ABUSO DE PODER ECONÔMICO COMO EXPRESSÃO DA REGULAÇÃO EM DEFESA DO MERCADO

Uma vez que as desigualdades no mercado se acentuaram, não é mais suficiente ao Estado assegurar, numa perspectiva negativa, a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios fundamentais do regramento das condutas de indivíduos e empresas no intercâmbio de produtos e serviços no mercado e consequente circulação de riqueza.

A desigualdade faz com que o Estado necessite assumir uma regulação da concorrência, estabelecendo as “regras para o jogo” daqueles que estão ou pretendem estar no mercado. Como Frison-Roche e Bonfils afirmam, o direito da concorrência é um “[...] guardião da livre competição, um direito ao serviço do mercado [...]”⁵⁷ (FRISON-ROCHE; BONFILS, 2005, p. 357, tradução nossa). Em complemento, Gérard Farjat ressalta que “[c]ada vez mais, a concorrência aparece como uma forma de organização e não como um estado natural, espontâneo, normal”⁵⁸ (FARJAT, 2004, p. 126, tradução nossa).

Então, podemos dizer que se atribui ao direito da concorrência o objetivo de repressão do comportamento das empresas com poder de mercado (WHISH,

57 [...] le gardien de cette libre compétition, un droit au service du marché.

58 La concurrence apparait de plus en plus comme une forme d’organisation et non comme un état naturel, spontané, normal.

2001). Sendo assim, a Constituição da República (BRASIL, 2017) impõe ao Estado Brasileiro a repressão ao abuso de poder econômico. Na perspectiva de dar efetividade a essa diretriz constitucional, situamos na Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2019b) e no CADE as duas estruturas ou instituições centrais na garantia da liberdade de concorrência.

É importante, todavia, frisar alguns pontos essenciais desse papel do Estado de defesa da concorrência por meio da legislação mencionada. Em primeiro lugar, devemos observar que a defesa da concorrência visa proteger os interesses da coletividade e não dos concorrentes em si. Contudo, como Gérard Farjat (2004) salienta, os concorrentes merecem uma proteção indireta e, neste sentido, há o conteúdo do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2019b). Então, veremos que em algumas circunstâncias o CADE se pronuncia da seguinte maneira:

A Lei de Defesa da Concorrência prima pela existência de um ambiente concorrencial no mercado, garantindo o funcionamento saudável deste, e não pela proteção de seus agentes, devendo eventuais lesões sofridas por qualquer um deles na esfera contratual ser dirimidas à luz do direito das obrigações (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 1999, p. 495).

Deste modo, como o papel da legislação de defesa da concorrência e do CADE é a defesa do mercado, o concorrente lesado poderá buscar na via judicial a reparação dos danos eventualmente suportados em função de prática anticoncorrencial imputada a outrem.

Além disso, a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2019b) trata de uma disciplina do que se faz no mercado numa perspectiva macroeconômica e se destina sobretudo àqueles que são aptos efetiva ou potencialmente a praticarem abusos no mercado, logo detentores de poder econômico em maior grau, ou mais especificamente, de poder de mercado.

O ordenamento jurídico, no que concerne às práticas anticoncorrenciais, se completa por outras leis, como o Código Civil (BRASIL, 2019a) e a Lei 9.279/1996 (BRASIL, 2001), cujo escopo está na perspectiva microeconômica, ou seja, centrada nos sujeitos envolvidos em determinada prática. Numa dimensão complementar, ainda resta a regulamentação que se estabelece na órbita criminal por meio da Lei 8.137/1990 (BRASIL, 2011), por exemplo.

5 A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA COMO LIMITE E PROTEÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Ao se estabelecer uma regulamentação da concorrência, procura-se limitar a autonomia privada daqueles que se mostram aptos a praticar abusos no mercado, resguardando-se assim, a autonomia privada de todos os que atuam ou intercambiam bens no mercado.

Como Enzo Roppo esclarece, são de variadas origens as limitações que se estabelecem sobre a autonomia daqueles que atuam no mercado. Diz-nos o autor:

Normas legais, decisões jurisdicionais e procedimentos das autoridades administrativas são, portanto, os agentes típicos das limitações impostas à liberdade contratual dos particulares. Conjuntamente com a vontade das partes, que exprime o respectivo poder de autonomia, eles constituem as fontes do regulamento contratual, para cuja concreta determinação podem, segundo as circunstâncias, em diferentes medidas concorrer (ROPPO, 2009, p. 140).

O direito de concorrer decorre da autonomia privada, que dá ao indivíduo (e às empresas) o poder de contratar. A autonomia privada dá também aos indivíduos, individualmente ou em regime de empresa, o poder de iniciar uma atividade econômica e fazer, por meio de contratos, produtos e serviços circularem no mercado em efetivo exercício da livre iniciativa.

Neste sentido, esclarece novamente Enzo Roppo:

[...] o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio de “liberdade contratual” - princípio ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais – que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre. [Ele ...] concerne a qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa econômica dos sujeitos privados, trazida na iniciativa contratual (ROPPO, 2009, p. 132).

Cláudia Viegas, a esse respeito, pontua que “[o] princípio da autonomia privada reconhece às pessoas o direito de exercer a sua liberdade, de modo à auto-regular seus próprios interesses [...]” (VIEGAS, 2017, p. 87) e que a autonomia privada poderia ser vista como uma decorrência ou evolução do princípio da autonomia da vontade. Ainda segundo a autora:

A autonomia da vontade, portanto, decorre do voluntarismo oitocentista, o qual elevou a vontade ao plano da lei – a vontade comandava os efeitos dos atos jurídicos. A autonomia privada, a seu turno, é o resultado das transformações socioeconômicas que conduziram às sociedades de massas, ligando-se à tutela da confiança e da dignidade da pessoa humana (VIEGAS, 2017, p. 91).

Com base nessa autonomia e no decorrente poder de contratar, podemos ver o mercado como um ambiente em que as trocas se dão por uma teia de contratos. Então, detentora de autonomia privada, a empresa deveria ter o poder assegurado pela ordem jurídica de determinar o que fazer e quando fazer no mercado. Assim vemos nas lições de Enzo Roppo:

[...] no conceito de autonomia privada compreendem-se de facto, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato [...], também o poder de escolher livremente se contratar ou não; o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas; enfim, o de decidir em que “tipo” contratual enquadrar a operação que se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de “concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular” (ROPPO, 2009, p. 132-133).

Porém, esse poder não é ilimitado. A título de exemplo, podemos mencionar um caso recente decidido pelo Judiciário norte-americano e que envolveu as empresas Eastman Kodak Co. e Collins Inkjet Corp. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015). Em juízo, a primeira delas foi condenada pela prática de venda casada. A Kodak é produtora de cabeças de impressão e tinta para uma determinada linha de impressoras de seu portfólio, enquanto a empresa Collins vende, sob licença da Kodak, tinta de impressão para a mesma linha de impressoras. A Kodak, no caso em questão, foi condenada pela prática de ilícito ao colocar à venda no mercado um pacote com o conjunto cabeça de impressão e tinta a um preço que permitiu concluir que, no pacote, a tinta estava sendo vendida abaixo de seu preço de custo. Com isso, concluiu-se que a empresa estava adotando uma prática anticoncorrencial no mercado.

Este caso nos mostra que, diante do princípio da liberdade de concorrência, mesmo a autonomia de uma empresa que detém uma patente está, sob certas circunstâncias, limitada. Um produtor que detenha poder de mercado está impedido pela legislação de concorrência a vender seu produto abaixo do preço de custo, pois esta prática poderá lhe dar ou preservar o domínio do mercado.

6 O ROMPIMENTO DO CONTRATO FIRMADO COM O CANTOR E A RIVALIDADE ENTRE AS MARCAS DE CERVEJAS POR MEIO DE PUBLICIDADE

Então, para melhor compreendermos as repercussões concorrenciais do rompimento do contrato firmado pelo cantor para protagonizar campanha publicitária bem como o impacto da rivalidade entre as marcas de cervejas sobre o mercado, seremos levados a abordar duas questões sob a perspectiva do direito concorrencial: uma diz respeito ao descumprimento contratual e a outra diz respeito à publicidade como arma utilizada pelas empresas no mercado concorrencial.

Como salientado acima, a abordagem concorrencial sobre estas questões se desdobrará em dois eixos: de um lado, na relação entre as empresas de publicidade, ou seja, o foco estará no impacto sobre o mercado de publicidade; do outro lado, a relação entre as fábricas de cervejas, nos levando a observar o impacto no mercado de cervejas.

6.1 A RELAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE: O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR INTERFERÊNCIA DE TERCEIRO E A BOA-FÉ OBJETIVA NUMA PERSPECTIVA CONCORRENCIAL

Nessa parte do trabalho, analisaremos o descumprimento, por interferência de terceiro, do contrato firmado pelo cantor com a agência de publicidade, procurando estabelecer um paralelo entre a percepção dos fatos na perspectiva da boa-fé objetiva e na perspectiva do direito concorrencial.

Começamos, então, por trazer interessante referência do direito norte-americano de fatos ocorridos duas décadas antes dos fatos que estamos analisando. Trata-se de questão envolvendo empresas do mercado de petróleo: Texaco, Pennzoil e Getty Oil.

No início do ano de 1984, Pennzoil e Getty Oil estabeleceram um acordo para que a primeira adquirisse parte das ações da segunda. No entanto, a Texaco interferiu no acordo e acabou adquirindo as ações de Getty Oil, frustrando o negócio que fora pactuado com Pennzoil. Em consequência, Pennzoil teve prejuízos na casa de 7 bilhões de dólares americanos.

Esse descumprimento contratual foi judicializado no Estado do Texas (1987), e na esfera federal (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1986), chegando até à Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1987). Por interferir no contrato entre Pennzoil e Getty Oil, a Texaco foi condenada a pagar indenização que passou dos 10 bilhões de dólares americanos.

Porém, devido a um estado de insolvência da Texaco, Texaco e Pennzoil liquidaram a questão com um acordo de 3 bilhões de dólares americanos, conforme relatos de Michael Arndt (1988) e de Tamar Lewin (1987).

Apesar do elevado prejuízo financeiro suportado por Pennzoil pela interferência de Texaco, que foi aceita por Getty Oil, no âmbito concorrencial a Comissão Federal do Comércio (FEDERAL TRADE COMMISSION, 1984) aprovou o ato de concentração entre Texaco e Getty Oil e, em sua análise da concentração, sequer mencionou a Pennzoil. Do outro lado, é possível observar que em nenhuma das decisões dos Tribunais norte-americanos consultadas é feita remissão ao Sherman Act ou ao Clayton Act que compõem a legislação antitruste norte-americana. Deste modo, podemos concluir que, embora a interferência da Texaco tenha causado prejuízos a seu concorrente, os prejuízos não foram expressivos a ponto de afetar a concorrência. Isto é, de afetar o mercado.

Aqui no Brasil, duas décadas após, a respeito da relação entre as agências de publicidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ter ocorrido um ato de concorrência desleal com a interferência de terceiro na quebra do contrato. Vejamos o que disse o Tribunal:

[i]nduvidoso que o objetivo alcançado pela corré de prejudicar a campanha iniciada pela coautora Fischer, seduzindo seu protagonista e colocando fim ao projeto idealizado configura ato de concorrência desleal, passível de reparação civil, consoante regra do artigo 209 da Lei de Propriedade Industrial (SÃO PAULO, 2001, p. 11).

Igualmente escorreita a constatação da prática de concorrência desleal, em razão do deliberado aliciamento do cantor Zeca Pagodinho, que mantinha contrato com empresa pertence à carteira de clientes da coautora Fischer, frustrando a continuidade da campanha publicitária, conforme cláusula primeira, 'b', c/c cláusula sexta, do "instrumento particular de contrato de prestação de serviços, concessão de direitos de uso de imagem e som de voz por tempo determinado, para utilização em campanha publicitária" (SÃO PAULO, 2011, p. 10).

Essa conclusão de que houve um ato de concorrência desleal nos remete ao desequilíbrio causado na perspectiva individual do concorrente no mercado. Porém, quando mudamos de prisma e passamos ao impacto no mercado em que atuavam as empresas, é interessante notar que, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo: “[...] inexistiu nos autos prova da diminuição do prestígio ostentado pelas coautoras em razão da conduta ilícita da corre” (SÃO PAULO, 2011, p. 15). Ou seja, no mercado publicitário, o prejuízo não transcendeu para o âmbito concorrencial.

No Recurso Especial nº 1.316.149-SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), a questão envolvendo a relação entre as agências de publicidade recebeu o seguinte tratamento: “[a]ssim, quer sob a ótica da concorrência desleal, quer sob a ótica da boa-fé objetiva, impõe-se reconhecer a existência de ato ilícito praticado pela agência ÁFRICA” (BRASIL, 2014, p. 10). São fundamentos da decisão:

Ora, a finalidade de “prejudicar [...] os negócios alheios”, prevista nesse dispositivo, foi expressamente reconhecida pelo Tribunal de origem, quando se afirmou que a atuação da agência ÁFRICA teve como objetivo frustrar a campanha publicitária de sua concorrente. Assim, não há como negar a ocorrência de ato ilícito. De outra parte, ainda que abstraída a questão da concorrência desleal, a ilicitude do ato praticado pela agência ÁFRICA poderia ser verificada sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), dele extraíndo-se um dever geral imposto a toda a coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes. O violador desse dever tem sido denominado “terceiro ofensor” pela doutrina (BRASIL, 2014, p. 9).

Embora não seja nosso objetivo principal analisar a questão da boa-fé objetiva, Renato Luiz Vieira Magalhães nos diz que a boa-fé objetiva consiste em “[...] um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomenda-

dos, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte” (MAGALHÃES, 2015, p. 102); ou seja, a boa-fé objetiva determina a “[...] obrigação de comportar-se com correção e lealdade” (MAGALHÃES, 2015, p. 103).

No direito concorrencial, podemos afirmar que a empresa, no mercado, diante do reconhecimento da liberdade de concorrência, também está sujeita a um dever de lealdade que se expressará pela abstenção da prática de abusos. Porém, a lealdade que se espera de uma parte de um contrato, ou até mesmo de um terceiro que interfira num contrato causando danos a uma das partes é mais profunda do que a lealdade que se espera de alguém no mercado concorrencial. Em matéria de direito da concorrência, não se fala de um dever tão amplo como delimitado na decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), citada acima.

A lealdade imposta pelo princípio da liberdade de concorrência se limita a uma perspectiva negativa consistente na abstenção da prática de atos abusivos que produzam ou possam produzir efeitos negativos no mercado.

Então, no mercado concorrencial, como a concorrência é vista como força reguladora do mercado que impõe aos concorrentes que disputem, que concorram, uns com os outros, podemos questionar a imposição ao concorrente de um dever de lealdade tão amplo como o que orientou a decisão judicial na questão relativa ao contrato com a agência de publicidade.

Como vemos no direito norte-americano, em processo julgado pela Suprema Corte, o Juiz Stevens afirmou que “[...] até mesmo uma empresa com poder de monopólio não tem o dever geral de participar de um programa de marketing conjunto com um concorrente”⁵⁹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1985, p. 600, tradução nossa). Com base nesta decisão do direito norte-americano, Elizabeth Mensch e Alan Freeman (1990) reconhecem imperar “[...] o princípio de que nenhuma empresa, mesmo monopolista, tem o dever legal de ajudar um competidor”⁶⁰ (MENSCH; FREEMAN, 1990, p. 369, tradução nossa).

Deste modo, podemos afirmar que, embora no mercado concorrencial aqueles que atuam no mercado, ou seja, aqueles que concorrem, que disputam, devam atuar com lealdade para não cometerem abusos, isso não quer dizer que devam colaborar uns com os outros. Continuam sendo concorrentes e, por isso, a disputar no mercado.

Considerando também que os contratos têm a função de produzir efeitos entre as partes e que, como regra geral, há liberdade de forma, como afirmar de modo categórico que do contrato são gerados deveres para terceiros? Há circunstâncias, inclusive, em que o fato do contrato ou seu conteúdo, porque particulares, não são conhecidos por terceiros. Então, como alguém, na condição de “terceiro ofensor”, poderia ser responsabilizado nessa circunstância?

Essa medida da lealdade devida por terceiros fica mais clara se estabelecermos dois critérios: a) o conhecimento pelo terceiro de que existe contrato (e até mesmo de seu conteúdo); e b) a ocorrência de prejuízo para uma parte em decorrência da interferência do terceiro. De todo modo, a interferência de terceiro só será eficaz se uma das partes da relação contratual também for desleal e descumprir as obrigações assumidas.

59 [...] even a firm with monopoly power has no general duty to engage in a joint marketing program with a competitor.

60 [...] the principle that no firm, even a monopolist, has a legal duty to help its competitors.

A legislação de concorrência, sim, gera direitos e deveres para todos aqueles que atuam no mercado; especialmente, para os agentes que se sobressaem em termos de poder no mercado. A estes, a lei impõe um dever geral de lealdade com o fim de evitar a eliminação da concorrência, a dominação de mercados e o aumento arbitrário dos lucros, conforme dispõe o texto do artigo 173, §4º da Constituição da República (BRASIL, 2017). Mesmo assim, só estaremos diante de atos ilícitos se e na medida em que uma determinada conduta de uma empresa com poder de mercado acarrete ou possa acarretar um dos efeitos expressos no dispositivo Constitucional em questão.

Numa perspectiva oposta ao fundamento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014), na perspectiva do direito da concorrência, devemos encarar com ressalvas a eficácia transcendente de um contrato.

Nesse sentido, começamos por observar que, no *common law*, como Valentine Korah (KORAH, 1968) destaca e exemplifica com um precedente de 1915 (Dunlop v. Selfridge), um contrato vincula apenas às partes que o integram. Ou seja, a vontade das partes não obriga a terceiros.

Além disso, outra referência útil vem do direito norte-americano. Ao decidir o caso *United States v. General Electric CO. et al.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1926), a Suprema Corte analisou contratos de licença em que o cedente tinha resguardado o poder para fixar o preço de revenda e que estabelecia condições homogêneas de oferta para os licenciados. Na decisão, observamos as seguintes considerações:

Pela Lei de Patentes, o titular do direito adquire um monopólio legal para produzir, usar e vender o produto patenteado. A extensão desse monopólio na venda dos produtos e na parcela do território dos Estados Unidos, onde são vendidos, não sofre limitação para garantir a sua patente, a amplitude de seu controle sobre os negócios na venda do artigo patenteado não é, necessariamente, uma indicação de ilegalidade de seu método. [...] Que só é [illegal] quando adota uma combinação com outros através da qual foge ao escopo de sua patente e busca controlar e impor restrições àqueles para quem vendeu seus artigos patenteados [...] (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1926, p. 485, tradução nossa)⁶¹.

Sendo assim, na perspectiva concorrencial, o interesse maior estará no contrato como um instrumento de abuso de poder econômico por uma de suas partes. E assim, nesse contexto, a norma de direito da concorrência virá para obstar a transcendência da eficácia contratual.

61 But under the patent law the patentee is given by statute a monopoly of making, using and selling the patented article. The extent of his monopoly in the articles sold and in the territory of the United States where sold is not limited in the grant of his patent, and the comprehensiveness of his control of the business in the sale of the patented article is not necessarily an indication of illegality of his method. [...] It is only [illegal] when he adopts a combination with others, by which he steps out of the scope of his patent rights and seeks to control and restrain those be whom he has sold his patented articles [...].

Então, como o Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2011) não identificou efeitos concretos no mercado de publicidade, é grande a probabilidade de que o assédio praticado pela agência de publicidade que causou a violação de contrato firmado por concorrente não tenha sido um ato ilegal na perspectiva da defesa da concorrência no mercado de publicidade, embora, numa perspectiva microeconômica e interindividual possa ter acarretado alguma perda à parte ofendida.

6.2 A RELAÇÃO ENVOLVENDO AS CERVEJARIAS: A VISÃO DO JUDICIÁRIO E A VISÃO DO CADE

O Judiciário se manifestou mais de uma vez sobre as repercussões do descumprimento do contrato e da publicidade em litígios em que as fábricas de cervejas envolvidas eram partes. Deste modo, no Agravo de Instrumento em procedimento cautelar, o Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2004) fez algumas considerações importantes, para que se possa justificar a inadequação da prática da AMBEV com base na boa-fé objetiva, como fez o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014) no recurso das agências de publicidade. Do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, podemos destacar:

A AMBEV fez veicular campanha da cerveja da marca Brahma, protagonizada pelo artista Zeca Pagodinho que, até então, estrelava o material publicitário e promocional da cerveja da marca Nova Schin, fabricada pela Schincariol. Ao fazê-lo, deixou de observar pacto de exclusividade que fora firmado entre Zeca Pagodinho e a Schincariol.

Não é difícil identificar, na campanha publicitária veiculada pela AMBEV, pontos contrários à ética. No mínimo, ela estimula a traição e o desrespeito aos contratos, práticas nocivas à sociedade, que não pode ficar exposta a tal aviltamento, enquanto as partes discutem, dentro dos autos, suas razões, e eventuais perdas e danos (SÃO PAULO, 2004, p. 2-3, 9).

Além disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2004) fez também algumas considerações a respeito dos impactos da publicidade sobre a sociedade, para justificar a atuação intervencionista do Judiciário:

[...] A publicidade tem, em geral, um impacto direto e poderoso na sociedade. O conteúdo das mensagens publicitárias é algo de grande repercussão na mente dos consumidores. Se os seus efeitos podem ser positivos, e na maioria das vezes o são, podem ter, de igual modo, influência negativa e nociva nos indivíduos e no meio social. Se as campanhas publicitárias aconselham produtos nocivos ou

totalmente inúteis, fazem promessas falsas acerca do produto a vender, exploram tendências menos nobres do homem, promovem produtos e inculcam atitudes e comportamentos contrários às normas morais, os responsáveis prejudicam a sociedade, transformando essas suas mesmas campanhas em forças destruidoras, que se opõem ao bem-estar coletivo (SÃO PAULO, 2004, p. 8).

Embora as decisões judiciais constituam-se em limitadoras legítimas da autonomia privada, será que o Judiciário, sob a justificativa de defender o “bem-estar coletivo” está autorizado a substituir a autonomia privada na seleção pelo indivíduo quanto às influências a que se submeterá e quanto ao que valorizará? O princípio da subsidiariedade (BARACHO, 1996) nos diz que não.

Num outro sentido, que nos interessa mais na perspectiva do direito da concorrência, é interessante observar que, no litígio envolvendo as fábricas de cervejas, o Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2009) não constatou nem prejuízos às marcas nem vantagens às empresas. Neste sentido, lemos na decisão:

Por outro lado, não se apresenta clara e precisa nenhuma afronta ao nome da apelante, ou menção que a colocasse em situação vexatória, mas, ao contrário, a publicação se caracteriza pelas sutilezas existentes no mercado de publicidade, não originando assim conduta inadequada do pólo passivo, mesmo porque, os comerciais de cervejas têm cunho humorístico e, na maioria das vezes, também abrangem interpretações dúbias, por conseguinte, a matéria publicada está compatível com o que ocorre no âmbito dos envolvidos (SÃO PAULO, 2009, p. 5).

Por último, o anúncio comparativo não faz alusão depreciativa à marca da autora, mesmo porque, envolve peculiaridades ocorridas no âmbito dos comerciais de cervejas, e nada há que indique que os informativos não estivessem condizentes com a situação fática, mas prevaleceram embates ocorridos anteriormente, levando em consideração uma técnica moderna visando extravasar para o consumidor, o que ocorre nos bastidores, logo, não prejudica e nem denigre nenhuma das fabricantes, bem como não ocasiona vantagem às litigantes (SÃO PAULO, 2009, p. 8).

Daí, diante da constatação anterior de que, na relação entre as agências de publicidade, o prejuízo foi apenas interpartes, podemos ir além e perguntar: se as campanhas publicitárias não causaram prejuízos nem vantagens às cer-

vejarías, teria havido violação da liberdade de concorrência por abuso de poder econômico?

Para esclarecer a questão, é interessante observar as considerações trazidas por McGeveran e McKenna (2013), pois eles destacam que “confusão não é tudo” nos casos envolvendo marcas comerciais e a concorrência desleal.

Essa perspectiva de relatividade é importante para percebermos que, na publicidade, nem toda referência a uma marca rival será ilícita. Este pode ser o caso da comparação entre produtos ou, melhor dizendo, marcas, num comercial. Neste sentido, Manuel Morasch (2004) afirma que esse tipo de publicidade pode ser uma ferramenta efetiva para destacar a qualidade, performance, vendas, preço ou outros atributos de um produto ou serviço em relação a outro produto ou serviço rival. O autor destaca expressamente dois benefícios dessa estratégia: aumentar as informações disponíveis aos consumidores e, por outro lado, aumentar a competição entre os fornecedores, o que favoreceria, sobretudo, as novas empresas no mercado.

Então, para avaliar a extensão dos limites impostos à publicidade em decorrência do dever de lealdade na concorrência, buscaremos também alguns subsídios no processo administrativo instaurado à época perante a SDE – Secretaria de Direito Econômico – e encaminhado ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009).

À época dos fatos, estava vigente a Lei 8.884/1994, contudo, por mais que a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2019b) a tenha alterado com modificações substanciais no sistema brasileiro de defesa da concorrência, no que diz respeito às infrações da ordem econômica, não houve alterações profundas capazes de afetar as conclusões para os fins deste estudo.

Apesar da condenação da AMBEV por outras condutas abusivas no mercado, o CADE concluiu que não houve efeito anticompetitivo acarretado pela quebra do contrato relativo às campanhas publicitárias e pelos comerciais veiculados pelas empresas. Neste sentido, temos no voto do relator do processo administrativo, Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan:

269. Desse modo, concordo com a SDE quando considera que essa prática não tem potencial anticoncorrencial, nos termos da Lei nº 8.884/94. Considerações sobre a existência de dano econômico decorrente da prática e de eventuais problemas relacionados à regulamentação de propaganda ou de defesa do consumidor devem ser aferidos nos âmbitos competentes (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, p. 5309).

Para se compreender melhor essa conclusão da Autarquia, serão úteis as remissões ao parecer da SDE – Secretaria de Direito Econômico. Segundo a análise feita por essa Secretaria, faltava à AMBEV poder de mercado no mercado publicitário para que pudesse ser sujeito ativo de infração da ordem econômica:

422. Quanto ao prejuízo concorrencial eventualmente provocado por uma estratégia informacional enganosa da empresa, o enquadra-

mento aqui apresentado para a dinâmica desse mercado sugere que a imagem percebida pelo consumidor acerca de marcas é um fator determinante na competição do setor. Logo, alterações artificiais de “qualidade” são potencialmente danosas à concorrência, na mesma dimensão que contratos de exclusividade de vendas podem potencialmente gerar elevação de custos de cervejas rivais e assim, ensejar perdas de bem estar social. Todavia, consideramos que a Representada não possui poder de mercado no mercado publicitário para causar um desequilíbrio concorrencial no setor. Os gastos que esta teria para difamar uma empresa entrante são exatamente os mesmos que uma entrante teria para se defender ou realizar a mesma prática, quando medidos por capacidade de dano. [...]

423. Por exemplo, um comercial difamatório de 30s em rede nacional seria quase sete vezes mais custoso por unidade de produto (custo comercial/vendas) para a Representante vis a vis a Representada. Todavia, o dano imediato provocado por estratégias igualmente bem-sucedidas seria também proporcional à participação do mercado de cada empresa, mas agora, da empresa alvo da difamação. Logo, a relação dano/vendas seria constante para todos os competidores (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, p. 4869-4870).

Portanto, do ponto de vista concreto, não há que se falar em barreiras maiores para um dos concorrentes. Essa constatação é muito relevante para se descartar a ilicitude dos fatos investigados à luz da Lei de Proteção da Concorrência.

Podemos observar que Elizabeth Mensch e Alan Freeman (1990), ao tratar dos aspectos anticoncorrenciais da publicidade, citam parecer do Comissário da FTC (Federal Trade Commission) em caso envolvendo a marca Clorox, para destacar que comerciais podem constituir barreiras à entrada e ser considerados anticompetitivos ante os propósitos da legislação antitruste. Ora, esse é um ponto muito importante para a defesa da concorrência, pois, como destaca Pascal Salin (1995), a livre concorrência caracteriza-se justamente pela ausência de barreiras.

Junto a essa constatação, vemos também que os eventuais danos causados aos concorrentes não transcenderam para afetar a concorrência. Neste sentido, consta do parecer da Secretaria de Direito Econômico:

425. Esta constatação não afasta (nem confirma) a existência de dano econômico decorrente da prática e de eventuais problemas relacionados à regulamentação de propagan-

da ou de defesa do consumidor. No entanto, considera-se que essa prática não tem potencial anticoncorrencial, nos termos da Lei n° 8.884/94 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, p. 4870).

Nesse ínterim, consideramos adequada a conclusão do CADE quanto aos fatos. No caso em comento, a publicidade não foi um instrumento para o exercício de abuso de poder econômico no mercado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso objetivo neste trabalho foi analisar a regulação da concorrência como limite e também como meio de proteção da autonomia privada. O pano de fundo para a análise foram os fatos envolvendo caso de violação de contrato por interferência de terceiro e a rivalidade entre as marcas manifestada por meio de publicidade.

Como foi demonstrado, os fatos envolvendo o rompimento do contrato firmado com o cantor Zeca Pagodinho e a rivalidade entre as marcas de cervejas por meio de publicidade protagonizada pelo cantor podem ser abordados sob três prismas: o primeiro deles, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, dando ensejo à reparação de danos causados à parte que suportou prejuízos pela violação contratual; outro enfoque diz respeito à prática de atos de concorrência desleal, em proteção ao concorrente lesado; o terceiro deles diz respeito à prática de abuso de poder econômico. Nossa análise se concentrou neste último enfoque.

No mercado, a concorrência inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores para permanecerem no mercado e ampliarem suas fatias de participação nele. Esse é um pressuposto importante para se entender o princípio da livre concorrência, que é um princípio de origem liberal.

O direito de concorrer decorre da autonomia privada, que dá ao indivíduo (e às empresas) o poder de contratar. A autonomia privada dá também aos indivíduos, individualmente ou em regime de empresa, o poder de iniciar uma atividade econômica e fazer, por meio de contratos, produtos e serviços circularem no mercado em efetivo exercício da livre iniciativa.

No cerne da estrutura do direito liberal, como fundamentos para a afirmação do princípio da liberdade de concorrência, estão a liberdade de contratar e a igualdade formal.

Porém, na realidade, a desigualdade é uma característica concreta do mercado. Tal desigualdade possibilita a dominação e, portanto, faz necessária a regulação. Não é mais suficiente ao Estado assegurar, numa perspectiva negativa, a livre iniciativa e a livre concorrência. Então, na relação entre a grande empresa e o indivíduo, veremos que a autonomia individual do consumidor ou do trabalhador muitas vezes não o permite expressar sua vontade em pé de igualdade diante da autonomia da empresa. O Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho são reflexos do ordenamento jurídico na tentativa de tornar concreta a igualdade e suprir a hipossuficiência do indivíduo em ambos os contextos. De outro lado, veremos desequilíbrios também que nos farão questionar o grau de autonomia de uma empresa diante da autonomia de outra empresa no mercado,

quer elas se relacionem num plano contratual, por exemplo, numa relação de fornecimento de mercadorias ou serviços; quer se relacionem num plano extra-contratual por serem concorrentes diretas ou potenciais.

Por isso, o Estado necessita assumir uma regulação da concorrência, estabelecendo as “regras para o jogo” daqueles que estão ou pretendem estar no mercado. Daí falarmos em legislação antitruste ou legislação de defesa da concorrência. Ao se estabelecer uma regulação da concorrência, procura-se limitar a autonomia privada daqueles que se mostram aptos a praticar abusos no mercado, resguardando-se, assim, a autonomia privada de todos os que atuam ou intercambiam bens no mercado.

Em nossa análise, demonstramos que, embora no mercado concorrencial os concorrentes, ou seja, aqueles que disputam, devam atuar com lealdade para não cometerem abusos, isso não quer dizer que devam colaborar uns com os outros. Continuam sendo concorrentes e, por isso, a disputar no mercado.

Sendo assim, a lealdade imposta pelo princípio da liberdade de concorrência se limita a uma perspectiva negativa consistente na abstenção da prática de atos abusivos que produzam ou possam produzir efeitos negativos no mercado.

Na análise do caso tomado como referência para o estudo, observamos que é grande a probabilidade de que o assédio que levou à violação do contrato não tenha sido um ato ilegal na perspectiva da defesa da concorrência no mercado de publicidade, embora, numa perspectiva microeconômica e interindividual, tenha acarretado alguma perda à parte ofendida. Do mesmo modo, quanto às cervejarias, a disputa publicitária não foi meio apto à prática de abusos de poder econômico no mercado e que poderia levar à configuração de ilícito concorrencial.

REFERÊNCIAS

ARNDT, M. Texaco Pays Pennzoil, Leaves Bankruptcy. **Chicago Tribune**, Chicago, EUA, 08 jul. 1988. Disponível em: <https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-1988-04-08-8803070338-story.html>. Acesso em: 07 maio 2019.

BARACHO, J. A. de O. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]. Brasília, DF, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo []. Brasília, DF, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm. Acesso em? 05 maio 2019.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em? 05 maio 2019.

_____. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em? 05 maio 2019.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica []. Brasília, DF, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em? 05 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1.316.149/SP (2012/0059884-0)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 06 jun. 2014. Brasília: STJ, 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316457&num_registro=201200598840&data=20140627&formato=PDF. Acesso em: 11 mar. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55**. Distribuição de bebidas. Representante: Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. Representada: Companhia Cervearia Brahma. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz, Brasília, 09 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. **Processo Administrativo nº 08000.000146/96-55**. Representante: Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. Representada: Companhia Cervearia Brahma. Relator: Conselheiro Ruy Santacruz, Brasília, 09 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2003.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10**. Representante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A.. Representada: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, Brasília, 22 jul. 2009. (Versão pública). Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. General Electric CO. *et al.* **272 U.S. 476**. Relator: Juiz Taft, Washington, DC, EUA, 1926. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=272&page=476>. Acesso em: 18 jan. 01.

_____. Suprema Corte. Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., **472 U.S. 585**. Relator: Juiz Stevens, Washington, DC, EUA, 1985. Disponível em: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep472/usrep472585/usrep472585.pdf>. Acesso: 18 abr. 2019.

_____. Suprema Corte. Pennzoil Co. v. Texaco Inc., **481 U.S. 1**. Relator: Juiz Powell, Washington, DC, EUA, 1987. Disponível em: <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep481/usrep481001/usrep481001.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Corte de Apelações do 2º Circuito. **Apelação nº 784 F.2d 1133**. Texaco Inc. v. Pennzoil Company, State of Texas, Intervenor. Relator: Juiz Mansfield. Cidade de Nova Iorque, New York, EUA, fev. 1986. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/465371/texaco-inc-v-pennzoil-company-state-of-texas-intervenor/>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. Corte de Apelações do 6º Circuito. **Apelação nº 14-3306**. Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co. Relator: Juiz John M. Rogers. Cincinnati, Ohio, EUA, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/15a0045p-06.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

FARJAT, G. **Pour un droit économique**. 1. ed. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2004. (les voies du droit).

FEDERAL TRADE COMMISSION. Texaco Inc. and Getty Oil Company, **104 F.T.C. 241**. Washington, DC, EUA, 1984. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-104/ftc_volume_decision_104_july_-_december_1984pages_241-279.pdf. Acesso em: 07 maio 2019.

FRISON-ROCHE, M.; BONFILS, S. **Les grandes questions du droit économique**: Introduction et documents. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 2005.

KORAH, V. **Monopolies and restrictive practices**. London, UK: Penguin Books, 1968.

LEWIN, T. Pennzoil-Texaco Fight Raised Key Questions. **The New York Times**, New York, EUA, 19 dez. 1987. Archives, 1987. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1987/12/19/business/pennzoil-texaco-fight-raised-key-questions.html?pagewanted=all&src=pm>. Acesso em: 07 maio 2019.

MAGALHÃES, R. L. V. **Governança corporativa e os deveres de consideração decorrentes da boa-fé objetiva**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MagalhaesRLV_1.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

McGEVERAN, W.; McKENNA, M. P. Confusion Isn't Everything. **Notre Dame Law Review**, Indiana (EUA, v. 89, 2013, p. 253-318, dez. 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2366967>. Acesso: 18 mar. 2019.

MENSCH, E.; FREEMAN, A. Efficiency and Image: Adversiting as an antitrust issue. **Duke Law Journal**, Durham, Carolina do Norte, EUA, v. 1990, n. 2, p. 321-373, abr. 1990. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3113&context=dlj>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MORASCH, M. **Comparative Advertising**: a Comparative Study of Trade-Mark Laws and Competition Laws in Canada and the European Union. 2004. Tese - Universidade de Toronto, Toronto, Canadá, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=685602>. Acesso em: 18 mar. 2019.

PERROUX, F. **A Economia do Século XX**. Tradução de José Lebre de Freitas. Portugal, Lisboa: Herder, 1967.

ROPPO, E. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALIN, P. **La Concurrence**. Paris, FR: Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7ª Câmara de Direito Privado). **Agravos de Instrumentos números 346.328.4/5-SP e 346.344.4/8-SP (Voto nº 7.970)**. Relator: Desembargador Roberto Mortari. 31 mar 2004. São Paulo: TJ, 2004. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (7ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível com Revisão 393.255-4/0-00 (Comarca de São Paulo)**. Relator: Desembargador Natan Zelinski de Arruda. 28 jan. 2009. São Paulo: TJ, 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (3ª Câmara de Direito Privado). **Apelação nº 9072385-17.2005.8.26.0000**. Relator: Desembargador Adilson de Andrade. 10 maio 2011. São Paulo: TJ, 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 11 mar. 2019.

TEXAS. Corte de Apelações (1º Distrito). **Apelação nº 729 S.W.2d 768**. Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.. Relator: Juiz Warren. Houston, Texas, EUA, abr. 1987. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/opinion/2443517/texaco-inc-v-pennzoil-co/>. Acesso em: 18 mar. 2019.

VIEGAS, C. M. de A. R. **Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ViegasCM_1.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

WHISH, R. **Competition Law**. 4. ed. London, UK: Butherworths, 2001.

RECUSA DE CONTRATAR NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Amanda Flávio de Oliveira⁶², Bruno Braz de Castro⁶³

RESUMO: O presente trabalho investiga em que medida o descrédito de uma prestadora de serviços de exames médicos por uma operadora de plano de saúde pode constituir ilícito concorrencial. Em específico, o artigo volta-se à análise da hipótese de recusa de contratar anticoncorrencial, tendo em vista o disposto na Lei n. 12.529/2011, em seu art. 36, §3º, XI e XII. Faz-se uma breve exposição dos contornos constitucionais da liberdade de contratação no ordenamento jurídico brasileiro, em sua ponderação com o princípio da livre concorrência. Evidencia-se o ilícito concorrencial denominado “recusa de contratar” e sua previsão legal. São analisados, em seguida, os principais requisitos que vêm sendo exigidos para a configuração dessa espécie de ilicitude.

Palavras-chave: Recusa de contratar; Operadora de plano de saúde; Prestadora de serviços de exames médicos; Ilícito concorrencial; Lei antitruste.

ABSTRACT: The paper discusses how the refusal to accredit a medical test laboratory by a healthcare provider may characterize an offence under Brazilian antitrust law. Specifically, the paper discusses the hypothesis of the anticompetitive refusal to deal under Law 12.529/2011, art. 36, §3º, XI and XII. Initially, the scope of the constitutional protection of the freedom of contract is analyzed in its interplay with the constitutional principle of free competition. The refusal to deal theory and its legal status are discussed. Finally, the main requirements for the anticompetitive refusal to deal are presented.

Keywords: Refusal to deal; Healthcare provider; Medical test laboratory; Antitrust law violations; Antitrust law.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 é inaugurada, em seu artigo 1º, pela consagração da livre iniciativa à condição de fundamento da República (CR/88, art. 1º, IV). O texto constitucional reitera seu comprometimento com a livre iniciativa ao apresentá-la, também, como um dos fundamentos da ordem econômica (CR/88, art. 170, caput).

O sentido de tal expressão normativa é relevante para a presente análise: a Constituição pátria estabelece a opção inequívoca por uma ordem econômica

62 Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Econômico pela UFMG. Sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Email: amanda@afdeoliveira.com.br.

63 Doutor e Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Advogado e consultor.

cujo pilar é a liberdade individual para atuação econômica. Para que um tal regime de liberdade econômica seja concretizado, derivam da livre iniciativa alguns corolários, como a propriedade privada (CR/88, art. 170, II), a liberdade de empresa (CR/88, art. 170, § ún.) e – o que é particularmente relevante ao presente trabalho – a liberdade de contratação (CR/88, art. 5º, II).

A liberdade de contratação evoca a capacidade de autodeterminação econômica, em atenção à autonomia da vontade individual. Deste modo, a decisão de ingressar, permanecer ou rescindir determinada relação contratual é, por princípio, livre. As liberdades econômicas não se exercem, contudo, em vácuo normativo: seu conteúdo há de ser aferido em ponderação com os demais princípios, objetivos e garantias constitucionalmente estabelecidos⁶⁴.

Dentre esses princípios, é especialmente importante a delimitação do conteúdo da livre iniciativa o princípio da livre concorrência (CR/88, art. 170, IV), o qual é complementado pelo comando constitucional de que a lei “reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (CR/88, art. 173, §4º).

A livre concorrência é, por um lado, expressão da livre iniciativa, sendo traduzida na liberdade econômica de atuação empresarial no mercado, na condição de fornecedor (ofertando bens e serviços). Por outro lado, contudo, a livre concorrência conforma limite à livre iniciativa, ao impedir a prática de atos que representem restrição intolerável à liberdade de competir (abusos de poder econômico).

2 RECUSA DE CONTRATAR E MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Tem sido relativamente comum a prática de descredenciamento de empresa prestadora de serviço de exames médicos, por parte de operadora de plano de saúde, especialmente em situação em que a operadora atua em ambos os mercados. A prática, *a priori*, poderia estar enquadrada dentro dos limites do direito de contratar livremente. Entretanto, em algumas circunstâncias, ela poderá implicar na própria exclusão do mercado de agente econômico, especialmente naquelas situações em que há posição dominante por parte da operadora de plano de saúde. Nesse cenário, importa avaliar se a conduta pode se constituir em uma expressão de *abuso de posição dominante por recusa de contratar*⁶⁵, nos termos da lei antitruste. Para tanto, compete igualmente verificar sob quais requisitos encontrar-se-iam os limites entre licitude e ilicitude, ou, em outras palavras, os limites entre liberdade de contratação e conduta anticompetitiva.

Sabe-se que o tema da recusa de contratar encontra-se inserido no chamado controle *comportamental* ou *repressivo* antitruste, o qual se direciona ao combate de práticas que tenham os efeitos descritos nos incisos do art. 36 da lei. Ela considera desnecessária a comprovação de culpa para configuração do ilícito antitruste, uma vez que a responsabilidade por atos anticoncorrenciais é objetiva. A *forma* dos atos é irrelevante, bastando a potencialidade de produção dos *efeitos*

64 Ver mais em: BARROSO, L. R. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p.187-212, out./dez., 2001.

65 A “recusa de contratar” inclui tanto a negativa de novos contratos, como o rompimento de relação pré-existente. Cf. UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 84.

descritos. Ainda assim, é fixado um rol exemplificativo de condutas que podem ser ilícitas, caso acarretem efeitos considerados indesejados.

O tema da recusa de contratar é, sob diversas formas, mencionado no referido rol, seja de forma direta ou indireta. A esse título, merecem menção diversos incisos constantes do art. 36. Em especial, deve-se indicar o disposto no inciso XI (“recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”) e o inciso XII (“dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais”).

O CADE já teve a oportunidade de se debruçar sobre a temática da teoria da recusa de venda, especialmente em casos de serviços de exames médicos. Entre eles, destacam-se os seguintes:

- i) Averiguação Preliminar nº 08012.006899/2003-06 (“Caso Bento Gonçalves”)⁶⁶. Nesta ocasião, o CADE analisou a denúncia do “Instituto Radiológico Bento Gonçalves” contra a “Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini” que, mantenedora do “Plano de Saúde Tacchimed”, recusava-se ao credenciamento do Instituto Radiológico para realização de exames de ecografia e radiologia. Para tais exames, o Plano de Saúde credenciara somente o Hospital Tacchini, também mantido pela Sociedade em questão.
- ii) Inquérito Administrativo nº 08700.004911/2012-7272 (“Caso Santa Catarina”)⁶⁷. Neste caso, o CADE analisou a representação feita por “G. Pasteur Laboratório de Análises Clínicas e Patologia Ltda.” em desfavor das UNIMED dos municípios de Joaçaba, Chapecó, e Caçador, no estado de Santa Catarina. Havia a suspeita de que as UNIMED estariam verticalizando em direção ao mercado de serviços laboratoriais e, assim, criando restrições contratuais irrazoáveis e descredenciando os laboratórios de análises clínicas que, em virtude da verticalização, haviam se tornado seus rivais.
- iii) Procedimento Preparatório nº 08700.001743/2014-25 (“Caso Catanduva”)⁶⁸: Neste caso, houve denúncia, por parte de Gold Imagem Diagnósticos Médicos S.A, em desfavor da Unimed Catanduva. O objeto da denúncia foi o descredenciamento daquela por esta, após mais de uma década de relações contratuais para prestação de serviços de diagnóstico de imagem⁶⁹.
- iv) Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66 (“Caso La-

66 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Averiguação Preliminar Nº 08012.006899/2003-06. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 22 de julho de 2009.

67 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo Nº 08700.004911/2012-72. Nota Técnica nº 310 (Superintendência-Geral). 14 de setembro de 2013.

68 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Procedimento Preparatório Nº 08700.001743/2014-25. Nota Técnica nº 239 (Superintendência Geral). 19 de agosto de 2014.

69 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento Nº 08700.010029/2015-17. Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. 24 de fevereiro de 2016.

bras”)⁷⁰: o CADE analisou representação da empresa Ecomed Serviços Médicos Ltda. contra a Unimed Lavras, discutindo descrescimentos ocorridos em paralelo à verticalização da operadora de plano de saúde para o mercado de exames cardiológicos de imagem. Após Nota Técnica emitida em julho de 2019, a SG determinou a instauração de Processo Administrativo.

A recusa de contratar em casos assim constitui uma espécie de restrição *vertical* por envolver mercados distintos, mas situados em uma mesma cadeia produtiva: o mercado de planos de saúde (“a montante” ou “*upstream*”) e o mercado de prestação de serviços de exames (“a jusante” ou “*downstream*”)⁷¹. O Anexo I à Resolução nº 20/99 do CADE descreve os riscos concorrenciais quanto às restrições verticais, especificamente a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, relacionados ao aumento de barreiras à entrada, à elevação de custos dos competidores efetivos ou ao aumento da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado, entre outros.

Convém frisar que, para ocorrência do ilícito, a exclusão dos demais concorrentes no mercado *downstream* deve ter ocorrido por razões distintas de um “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 36, §1º). Exige-se estar-se diante de uma restrição injustificável ao acesso de agente econômico a recursos essenciais, impedindo que a concorrência ocorra⁷².

O caráter excepcional da limitação à liberdade contratual demanda, contudo, a formulação de critérios cuidadosos para reconhecimento de ilicitude concorrencial nesses casos. No que tange à fixação de tais critérios, a jurisprudência já consolidada no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem constituído importante referência à prática decisória brasileira.

Na União Europeia, assim como no Brasil, a proibição da recusa de venda é articulada no âmbito da proibição *ao abuso de posição dominante*, proscrito pelo art. 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo art. 82, renumerado pelo Tratado de Lisboa).

A detenção de posição dominante por uma determinada empresa não é algo considerado ilícito, por si só considerado. São reconhecidas, no entanto, situações que configuram o *abuso* de posição dominante, relacionadas à aquisição ou manutenção de poder econômico de modo distinto à concorrência pelo mérito. O Tribunal Europeu, há muito, estabelece que as empresas dominantes possuem um dever de especial cautela ou “responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não distorcida no mercado comum” (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA., 1983, § 57 - tradução livre).

70 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66. Nota Técnica nº 46 (Superintendência Geral). 2019.

71 A cadeia produtiva do setor foi descrita pela Secretaria de Direito Econômico na Nota Técnica para o Caso Bento Gonçalves, incluindo, além do plano de saúde e exames, também o atendimento médico-hospitalar (que não faz parte das discussões do presente estudo) (BRASIL, 2008, p. 14).

72 Nesse sentido, a manifestação do Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Caso Bento Gonçalves: “A lógica de tal raciocínio é evidente. Se uma empresa com poder dominante à montante fornece insumos para uma firma verticalmente integrada a ela à jusante, aquela empresa fornecedora tem, a princípio, incentivos para discriminar as concorrentes de sua coligada no mercado downstream” (BRASIL, 2009, p. 03).

A jurisprudência europeia em matéria de recusa de venda estrutura-se em torno dos requisitos consolidados pelas decisões do Tribunal para casos como *Commercial Solvents*, *Bronner*, *Magill*, *IMS Health*, *Microsoft* e outros. Em resumo, as condições para configuração do ilícito são: (i) detenção de posição dominante pela empresa no mercado a montante (*upstream*); (ii) caráter prejudicial à concorrência no mercado à jusante (*downstream*), em virtude de o insumo recusado ser objetivamente necessário à atuação de rivais no mercado em questão; e (iii) inexistência de justificativas objetivas à recusa (WHISH; BAILEY, 2012)⁷³.

Tais condições foram integralmente adotadas pelo CADE na análise dos casos de descredenciamento de prestadoras de serviço por planos de saúde. O Voto do Conselheiro para o Caso Bento Gonçalves (2009) definiu os fatores a serem mensurados, especificando: (1) a posição dominante do fornecedor no mercado *upstream*; (2) a inexistência de justificativas objetivas para a recusa por parte do fornecedor; e (3) a capacidade de a recusa de fornecimento efetivamente eliminar ou prejudicar substancialmente a concorrência no mercado *downstream* (BRASIL, 2009). Os mesmos requisitos foram utilizados como critério de decisão nos casos Santa Catarina (2013)⁷⁴, Catanduva (2014)⁷⁵ e Lavras (2019)⁷⁶.

A seguir, cada um dos requisitos será analisado de forma mais detida.

2.1 POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO A MONTANTE (UPSTREAM)

A recusa de venda constitui uma espécie de *abuso de posição dominante*. Sendo assim, um requisito à sua configuração é que a empresa que recusa a contratação seja detentora de uma tal posição (dominância) no mercado dos insumos.

A posição dominante, na teoria europeia, é a situação econômica que viabiliza um comportamento independente, em certa medida, em relação às pressões concorrenciais de consumidores, fornecedores e concorrentes, conforme definido no julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *United Brands* (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA., 1978, § 65). Tal independência de comportamento refere-se à aptidão de alterar unilateralmente fatores de mercado sem que disso decorra resposta concorrencial efetiva e suficiente⁷⁷.

Um ponto de partida para aferição de posição dominante é a determinação da *participação de mercado* da empresa dominante. Embora a participação de mercado seja útil à fixação de uma presunção de posição dominante, ela não é requisito necessário: o mais importante é apurar a aptidão de exercício de poder

73 WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition law*. 7th ed. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

74 BRASIL, 2013, p. 6.

75 BRASIL, 2014, p. 3.

76 BRASIL, 2019, §21.

77 Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita. A posição dominante faz com que esta pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz e, como tal, a empresa goza de um poder de mercado considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às ações e reações dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores" (UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 10).

de mercado no caso concreto⁷⁸. Esse também é o entendimento da legislação brasileira, que presume a posição dominante quando a participação de mercado for superior a 20% (vinte por cento) mas, alternativamente, entende ser igualmente suficiente a comprovação de capacidade de exercício de poder de mercado.

Para definição de participação de mercado, por sua vez, há que se definir qual é o *mercado relevante* em questão, tanto na dimensão do *produto*, que inclui todos os bens e serviços diretamente substituíveis e, portanto, concorrentes entre si⁷⁹, quanto na dimensão *geográfica*, referente à área espacial onde se processam as relações entre concorrentes.

A compreensão do mercado relevante é facilitada através de testes como o do *monopolista hipotético*, que define o mercado relevante como a menor área geográfica e o menor conjunto de produtos/serviços que um agente econômico deveria controlar para que possa promover um “pequeno, porém significativo e não-transitório aumento de preços”. Observa-se, contudo, que a Nota Técnica para o Caso Santa Catarina (2013) alerta para o fato de que as evidências de dano concorrencial presentes no caso concreto podem contribuir mais na apuração das dimensões geográfica e do produto, do que em testes hipotéticos (BRASIL, 2014, p. 8).

Da ótica do produto, nesses casos, o CADE vem adotando a definição de dois mercados relevantes verticalmente relacionados: (A) o mercado de planos de saúde (*upstream*); e (B) o mercado de prestação de serviços de realização de exames (*downstream*) para clientes de plano de saúde e particulares.

As definições adotadas pelo CADE para o mercado *downstream* não incluem pacientes do SUS, o que é justificado pela SDE, no Caso Bento Gonçalves (2009), pela “diferenciação entre o tipo de usuário que se vale desse sistema e aquele que procura os serviços de planos de saúde e clínicas particulares, em função do preço e acesso ao produto” (BRASIL, 2008, p. 14).

No caso Lavras (2019), a Nota Técnica apresentou maior detalhamento na divisão do mercado relevante. Embora tenha considerado o mercado *downstream* como um só mercado “de medicina diagnóstica”, evidenciou estar ele segmentado em “exames de diagnóstico por imagem”⁸⁰ e “exames de diagnóstico por

78 Junto à aferição da participação de mercado, também incumbe analisar as condições de rivalidade, entrada, poder de barganha dos adquirentes, diferenciação dos produtos, importações e outros (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 12–18).

79 Observa o anexo I da Resolução nº 20/99 do CADE que “a possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização” (CADE, 1999, p. 07).

80 A Nota Técnica em questão apresentou a definição de exames de diagnóstico por imagem contida no Caderno do CADE sobre condutas no mercado de saúde suplementar, a saber: “Exames de diagnóstico por imagem – exames que se utilizam de tecnologia de imagem para a realização de diagnósticos, tais como: raio X, ressonância magnética, mamografia, ultrassonografia e ressonância magnética. Como esses exames requerem profissionais e equipamentos distintos e, muitas vezes, são solicitados individualmente, o Cade considera cada exame como um mercado relevante” (BRASIL, 2018, p. 48).

métodos gráficos”⁸¹. Indo além, afirmou que no caso dos exames por métodos gráficos, estaria “constituindo cada exame uma dimensão-produto singular”, o que justificaria uma análise por tipo de exame. Reiterou-se, ainda, a importância de diferenciar as linhas de negócio entre exames prestados ao SUS, apoio a laboratórios, hospitalar e atendimento direto a pacientes. Também no mercado *upstream* houve maior detalhamento: em relação ao mercado de planos de saúde privados, a Nota detalhou a seguinte subdivisão relativa às diferentes formas de contratação: “médico-hospitalar individual/familiar”; “médico coletivo”; “exclusivamente odontológico individual/familiar”; e “exclusivamente odontológico coletivo” O mercado restou definido como “planos de saúde privados negociados de forma aberta” (BRASIL, 2019, § 37).

Na definição do mercado relevante *geográfico*, a jurisprudência do CADE tem adotado, como ponto de partida, o *município*. O Voto do Relator para o Caso Bento Gonçalves entende ser o município a “unidade mínima de análise”, considerando dados técnicos de que o deslocamento do consumidor para atendimento de saúde é limitado ⁸².

Se o município constitui ponto de partida, à vista das razões acima mencionadas, somente na presença de circunstâncias muito particulares, no caso concreto, seria recomendável a expansão ou redução do mercado relevante geográfico⁸³. Assim é que, nos Casos Santa Catarina (2013)⁸⁴, Catanduva (2014)⁸⁵ e Lavras (2019)⁸⁶, o mercado relevante geográfico também foi definido como municipal. Definido o espaço geográfico, nos casos referidos, observou-se que a autaridade procedeu à apuração da razão entre o número de usuários conveniados ao plano de saúde da empresa denunciada e o número total de usuários de planos de saúde na área geográfica.

Nos casos envolvendo mercado de planos de saúde, a constatação de uma participação superior à porcentagem legal para presunção de posição dominante (20%, conforme o art. 36, §2º), vem sendo considerada como suficientemente preocupante no mercado de planos de saúde, como analisou a Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE para o Caso Catanduva (2014).

81 Igualmente, foi utilizada a definição do Caderno do CADE: “Exames de diagnóstico por métodos gráficos – compõem esse grupo exames como audiometria, eletroencefalograma, eletrocardiograma, teste ergométrico e endoscopia. A utilização de equipamentos distintos para cada exame e o fato de que tais exames são solicitados, via de regra, individualmente, determinam que cada exame seja considerado um mercado relevante, na dimensão do produto” (BRASIL, 2018, p. 48).

82 “Como o tempo médio no qual o consumidor está disposto a percorrer para ser atendido é de 30 a 40 minutos, ou 20 a 30 km, esse tempo normalmente limita a escolha do consumidor a planos que possuam uma rede credenciada dentro do município no qual reside. Uma exceção seria serviços médicos hospitalares de alta complexidade, pelos quais o consumidor estaria disposto a um maior deslocamento em busca de serviços especializados” (BRASIL, 2009, p. 6).

83 No caso Bento Gonçalves, por exemplo, o Conselheiro entendeu que a participação da Unimed Nordeste do Rio Grande do Sul em Bento Gonçalves e municípios próximos, dentre outros motivos, permitiria a configuração excepcional de um mercado relevante geográfico da “microrregião de Caxias do Sul”, mas que, ainda assim, o plano de saúde denunciado continuava “com participação significativa no mercado sob análise” (BRASIL, 2009, p. 9).

84 BRASIL, 2013, p. 9.

85 BRASIL, 2014, p. 4.

86 BRASIL, 2019, § 24.

2.2 POTENCIAL DE PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA NO MERCADO À JUSANTE (*DOWNSTREAM*)

Em seguida, busca-se identificar a configuração, ou não, do fechamento de mercado (*foreclosure*) para rivais no mercado à jusante. Perquire-se da possível aquisição ou manutenção de posição dominante por meio de práticas distintas da concorrência pelo mérito (art. 36, §1º). A análise não se voltará à finalidade de proteção de um *concorrente* ou de um *consumidor* em específico, mas em prol da viabilidade da *concorrência* no mercado *downstream*, da preservação de uma estrutura de rivalidade efetiva e da igualdade de oportunidades de acesso ao mercado (DREXL, 2015, p. 280).

Quanto mais importante o fornecimento do produto ou serviço negado seja para o desenvolvimento da concorrência efetiva no varejo, mais prejudicial será a recusa de contratação. Por essa razão, a Comissão Europeia descreve ser prioritária para sua política de aplicação da legislação concorrencial a intervenção quando “a recusa é relacionada a produto ou serviço que é *objetivamente necessário* para que se possa competir efetivamente no mercado *downstream*” (UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 81 – tradução livre), seja esse dano verificado “imediatamente ou ao longo do tempo” (UNIÃO EUROPEIA, 2009, p. 85 – tradução livre).

Para que se configure tal “necessidade objetiva” ou “indispensabilidade”⁸⁷ do produto ou serviço, não é necessário que sua negativa seja apta a eliminar toda e qualquer concorrência no mercado *downstream*, mas que seja capaz de prejudicar a concorrência efetiva de modo substancial⁸⁸. Esse ponto é esclarecido pela Comissão Europeia, que estabelece que a recusa pode ser ilícita mesmo quando não chega a excluir totalmente os concorrentes no mercado *downstream*⁸⁹. O Tribunal de Justiça da União Europeia também se manifestou no mesmo sentido, no caso de recusa de venda pela *Microsoft*⁹⁰.

87 Observam Whish e Bailey (2012, p. 701) que os termos “objetivamente necessário”, “indispensável” e “infraestruturas essenciais” (essential facilities) são usados de forma intercambiável, sendo considerados sinônimos.

88 Observe-se a manifestação do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Microsoft: “Tampouco é necessário demonstrar que toda a concorrência no mercado seria eliminada. O que importa, para o propósito de se estabelecer uma infração ao Artigo 82 EC, é que a recusa em questão crie o risco, ou seja suscetível, de eliminar toda a concorrência efetiva no mercado” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2007, § 563, tradução livre).

89 “Ao examinar se uma recusa de fornecimento merece atenção prioritária a Comissão irá considerar se o fornecimento do insumo recusado é objetivamente necessário para que os operadores possam concorrer de modo efetivo no mercado. Isso não quer dizer que, sem o insumo recusado, nenhum concorrente jamais poderia entrar ou sobreviver no mercado à jusante (downstream)” (UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 83, sem grifos no original, tradução livre)

90 É importante destacar aqui que, no contexto mais amplo do abuso de posição dominante por restrição vertical, a jurisprudência europeia tem caminhado em direção ao alargamento do requisito da indispensabilidade. Na jurisprudência sobre a compressão de margens, por exemplo, no caso TeliaSonera (2011), o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu que a indispensabilidade do insumo ao montante torna “provável” a ocorrência de efeitos anticompetitivos, mas que não seria condição essencial para a ilicitude das restrições verticais. Estando ausente essa característica, ainda assim seria possível identificar efeitos concorrenciais deletérios com base em outros elementos de prova (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2011, § 69–72).

No caso de recusa de venda por meio do descredenciamento ao plano de saúde, é necessário apurar se a recusa de venda promove fechamento substancial no mercado relevante de prestação de serviços de exames ou, em outros termos, apurar o quão “objetivamente necessário” é o credenciamento ao plano de saúde. Assim é que o relator do Caso Bento Gonçalves (2009) buscou identificar se a recusa havia causado “danos substanciais à concorrência no mercado de prestação de serviços e radiologia” (BRASIL, 2009, p. 5), verificando o impacto da recusa de contratar na aptidão de uma clínica descredenciada em permanecer no mercado⁹¹, em vista da existência de alternativas no mercado *upstream* de planos de saúde⁹².

Essa análise permite descortinar se o credenciamento é objetivamente necessário à concorrência efetiva. No Caso Santa Catarina, perquiriu-se os impactos econômicos do possível descredenciamento à UNIMED na viabilidade econômica dos laboratórios dos municípios envolvidos (BRASIL, 2013, p. 9). A análise da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE para o Caso Catanduva (2014) centrou-se justamente nesse ponto, concluindo que, no caso, dada a participação de mercado da Unimed no mercado de planos de saúde, “estar credenciado ao referido plano é uma condição quase que necessária para a manutenção do mercado a jusante⁹³”. Da mesma forma, a Nota Técnica do caso Lavras (2019) buscou evidenciar o impacto econômico-financeiro do descredenciamento, bem como a ausência de entrada de novos rivais no mercado à jusante (BRASIL, 2019).

Um aspecto importante na aferição do caráter “objetivamente necessário” do insumo negado pela jurisprudência europeia é a viabilidade de sua duplicação/replicação pelos rivais (UNIÃO EUROPEIA, 2009). Nos casos em análise, o insumo denegado (o credenciamento ao plano de saúde) não é de fácil replicação: uma posição dominante no mercado de planos de saúde tende a se autorreforçar, tendo em vista características peculiares ao mercado de planos de saúde, como os *efeitos de rede* que constituem significativas barreiras à entrada. Essa circunstância foi evidenciada pelo Conselheiro-Relator para o Caso Bento Gonçalves (2009).

A Comissão Europeia observa ser mais provável o caráter abusivo de uma recusa que envolva o encerramento de uma relação pré-existente (um descredenciamento) do que a negativa de início de uma relação contratual (uma negativa de credenciamento). Para a entidade, em uma situação, por exemplo, em que a empresa cujo acesso foi recusado “fez investimentos específicos a essa relação comercial [com a empresa dominante] para usar o insumo posteriormente negado, é mais provável que considere o insumo em questão como indispensável”

91 Para o Relator, “seria necessário que a operadora de planos de saúde tivesse posição dominante e a exercesse a tal ponto que o não credenciamento do prestador ao plano o excluísse do mercado” (BRASIL, 2009, p. 11).

92 A partir daí, determinou se haveria “necessidade objetiva” de credenciamento à Unimed (BRASIL, 2009, p. 12).

93 (BRASIL, 2014, p. 10).

(UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 84 – tradução livre)⁹⁴. Esse aspecto foi considerado relevante para a Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE para o Caso Catanduva (BRASIL, 2014)⁹⁵.

De um modo geral, o caráter de *gargalo* do plano de saúde é o fator potencialmente agravante da preocupação concorrencial nesses casos. Em uma situação de posição dominante ampla e entrincheirada, o plano de saúde posiciona-se como “barreira” entre consumidores e fornecedores de exames. De um lado, limita-se à liberdade de o consumidor escolher a clínica de exames mais adequada/eficiente⁹⁶; de outro, eliminam-se incentivos para que as clínicas de exames concorram para atrair a demanda de tais consumidores (investindo, por exemplo, em inovação, qualidade e redução de custos)⁹⁷.

Da mesma forma, o Caso Lavras (2019) buscou evidenciar como o descredenciamento pode ter impactos econômicos negativos também no mercado à montante: a eliminação de agentes econômicos à jusante, tornados economicamente inviáveis pelo descredenciamento, pode tornar a entrada de novos planos de saúde mais custosa, haja vista a dificuldade de se viabilizar uma rede credenciada para os serviços de exames⁹⁸.

Por fim, cumpre destacar que, não obstante a elevação de preços ao consumidor, em curto prazo, ser uma consequência *provável*, sua prova não é *essencial* à configuração do ilícito. A proibição de efeitos de “dominar de mercado relevante de bens e serviços” e “exercer de forma abusiva posição dominante”

94 A Comissão também argumenta, sobre a interrupção de relações pré-existentes, que “o fato de o proprietário do meio de produção indispensável ter considerado no passado que era do seu interesse fornecê-lo indica que este fornecimento não acarreta o risco de se vir a traduzir numa remuneração insuficiente do investimento inicial do proprietário. Por conseguinte, incumbe à empresa dominante demonstrar em que medida se verificou uma alteração das circunstâncias a ponto de a manutenção do fornecimento passar a comprometer uma remuneração adequada para si” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 84).

95 Analisou a Nota Técnica: “Dado que a representada possui mais de 40% do mercado de plano de saúde na região, um fluxo considerável de pacientes deixará de utilizar os serviços da Gold Imagem, provocando uma imediata redução de suas receitas. Essa redução, se proporcional à quantidade de clientes potenciais que a clínica teria, pode afetar significativamente seus planos de investimento, tendo implicações negativas para o mercado na região - a redução na qualidade seria o resultado mais imediato e certo de se verificar” (BRASIL, 2014, p. 9).

96 Nos termos da Nota Técnica para o Caso Catanduva (2014), “o descredenciamento realizado pela Unimed pode reduzir as opções de clínicas disponíveis aos consumidores do plano de saúde Unimed” (BRASIL, 2014, § 9).

97 Esse efeito também foi destacado pela Nota Técnica para o Caso Catanduva (2014).

98 No caso Lavras (2019), observou o CADE: “Embora se reconheça que as clínicas descredenciadas atendam outros planos de saúde, a conjugação da dominância da Unimed Lavras na receita dessas clínicas com a pouca representatividade de outros planos de saúde pode deflagrar um quadro de fragilização de tais empresas, mormente diante de indícios de expansão continuada do CDU, o que levaria, muito provavelmente, ao descredenciamento de outros exames dessas clínicas. Ao fim e ao cabo, tal processo poderia gerar, no limite, o monopólio do CDU no mercado de clínicas de imagem - medicina diagnóstica, ou, alternativamente, a uma posição dominante de destaque na região afetada. Ademais, respostas de operadoras de planos de saúde oficiais dão conta da existência de barreira à entrada para planos de saúde em Lavras em razão do poder de mercado detido pela Unimed Lavras, a qual pode, diante de sua representatividade para o mercado “downstream”, torná-lo uma opção difícil para OPS que queiram estruturar uma rede de prestadores de serviços médicos satisfatória” (BRASIL, 2019, §157-158).

não apresenta exigência legal de prova de dano imediato e direto ao consumidor em curto prazo. Basta, *in casu*, que haja a possibilidade de enfraquecimento da estrutura da concorrência efetiva⁹⁹. Ainda assim, o CADE tem-se preocupado em evidenciar o impacto econômico que os descredenciamentos podem exercer sobre o consumidor¹⁰⁰.

2.3 AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS OBJETIVAS

A análise de abuso de posição dominante exclusionário comporta, em sede de defesa, a comprovação das *justificativas objetivas* para a prática questionada. No caso da recusa de contratação, esse é um ponto importante: não seria razoável fixar uma obrigação concorrencial de contratar se há questões que tornam objetivamente justificável a recusa de contratação. Dentre os exemplos de situações que contemplam o rol de justificativas objetivas para a recusa de venda, encontram-se o descumprimento contratual por parte da empresa cujo acesso foi recusado, questões de qualidade, inviabilidade técnica, impossibilidade jurídica, questões de saúde pública ou segurança, dentre outras (WHISH; BAILEY, 2012).

Em qualquer caso, é sempre necessário que a recusa seja “indispensável e proporcional à finalidade alegadamente perseguida pela empresa dominante” (UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 28). É essencial, ademais, que as justificativas sejam adequadamente comprovadas, que as eficiências constituam resultado direto da conduta, que não seria obtido de outra maneira menos prejudicial à concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2009). Entretanto, mesmo as justificativas de eficiência somente são aceitáveis quando a prática “não elimina a concorrência efetiva, removendo todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência real ou potencial” (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA., 2012, § 42 - tradução livre).

Atente-se para o fato de que, independentemente da magnitude das eficiências obtidas pela empresa dominante, uma subsequente eliminação da presença concorrencial retiraria qualquer incentivo ao repasse de parcela razoável das eficiências aos consumidores (por meio de reduções de preço), bem como a novos investimentos em inovação. Esse raciocínio é sintetizado na decisão da Comissão Europeia para o caso *Telefónica*¹⁰¹. É com base nessa lógica que o CADE tem analisado, em casos análogos, eventuais justificativas de eficiência nos casos de descredenciamento de prestadores de serviços por planos de saúde.

O Relator para o Caso Bento Gonçalves (2009) entendeu, por exemplo, que os impactos econômicos das verticalizações de planos de saúde são dúbios,

99 Esse raciocínio foi recentemente reafirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Post-Danmark* ((UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2012, § 20 - Tradução Livre). O mesmo se decidiu no caso *Glaxo* (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 63- tradução livre).

100 Cf. a Nota Técnica para o caso *Lavras* (2019): “(...) a desestruturação do mercado ‘downstream’ pode implicar queda de qualidade dos serviços de exames cardiológicos na cidade de Lavras, vindo a prejudicar, de forma mais direta, os beneficiários da Unimed Lavras, que se tornam dependentes de pouquíssimos centros bem estruturados, e, indiretamente e em médio e longo prazo, os clientes de outras operadoras e até mesmo clientes particulares, caso tais clínicas encerrem suas atividades”.

101 “Em última análise, à proteção da rivalidade e do processo competitivo é dada prioridade sobre possíveis ganhos de eficiência em curto prazo” (UNIÃO EUROPEIA, 2007, § 655 - tradução livre)

identificando argumentos tanto no sentido de sua *eficiência*¹⁰² (gerando reduções na estrutura de custos) quanto no de sua *ineficiência*¹⁰³ (aumentos de custo). Trata-se da compreensão de que, independentemente de a verticalização, por si analisada, ser eficiente ou não, isso não significa que a recusa de contratação subsequente seja eficiente.

Quanto à aptidão de a prática de abusos pelos médicos e/ou clínicas descredenciadas constituir justificativa objetiva para a recusa de contratar, a Nota Técnica para o Caso Lavras (2019) observou a necessidade de comprovação estrita da proporcionalidade e adequação do descredenciamento à finalidade alegada, apurando se houve “falta de critério e deficiência de metodologia” para comprovação de determinado abuso (BRASIL, 2019, §91), a existência e a higidez de procedimentos prévios de auditoria (BRASIL, 2019), e, de modo geral, a ocorrência de processo administrativo para devida apuração e punição de envolvidos (BRASIL, 2019).

A análise de justificativas de eficiência deve levar em consideração a indispensabilidade e proporcionalidade da recusa de contratação e, acima de tudo, só é cabível em um cenário em que não se verifica prejuízo substancial à concorrência efetiva no mercado analisado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se observou, a recusa de contratar, por parte de operadora de plano de saúde, em detrimento de prestador de serviços de exames médicos, poderá ser considerada ilícita, independentemente de culpa, conforme seu potencial de produzir os efeitos descritos nos incisos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 – mormente a dominação de mercado relevante de bens e serviços e o exercício abusivo de posição dominante – “ainda que não sejam alcançados” (art. 36, *caput*).

A consequência potencial de uma prática desse tipo é o fechamento de mercado (*foreclosure*) por meio da inviabilização da concorrência efetiva no mercado à jusante (*downstream*) de prestação de serviços de saúde no município. A dominação de mercado relevante de bens e serviços, por técnicas distintas da concorrência pelo mérito, tem o condão de restringir a liberdade de escolha do consumidor e pode acarretar aumento de preços em virtude do controle da oferta

102 O Relator citou, nesse ponto, estudo técnico que elenca como eficiências: “ter médicos, clínicas, hospitais e plano de saúde sob o mesmo comando reduz custos administrativos e elimina a necessidade de policiar cada elo da cadeia produtiva; possuir hospitais permite contínua adequação entre a demanda e a capacidade de atendimento, otimizando recursos e diminuindo custos unitários; a estrutura vertical é tida como capaz de alinhar de forma mais ágil e eficaz, interesses e incentivos entre financiadores e fornecedores de serviço” (BRASIL, 2009, p. 10)

103 Igualmente, o Voto citou estudo técnico que afirma constituírem ineficiências: “o avanço da tecnologia da informação reduz o custo do gerenciamento de amplas redes de prestadores; novas formas de pagamento como ‘por pacote’ ou ‘per capitação’ com incentivos por performance baseados em indicadores clínicos, de qualidade e custo, são ferramentas interessantes de controle; com o aumento do número de prestadores, principalmente nos grandes centros, há um equilíbrio/desequilíbrio entre oferta e demanda com barateamento dos custos; o desenvolvimento de serviços próprios é capital intensivo e de retomo lento com maior risco e custo financeiro” (BRASIL, 2009, p. 11).

por uma empresa dominante no mercado relevante. O esfriamento da pressão concorrencial, igualmente, acarreta a diminuição dos incentivos em inovação e melhorias no processo produtivo.

Conforme jurisprudência do CADE na matéria, para se comprovar eventual exercício abusivo de posição dominante por meio de recusa de contratação é necessário que seja denegado acesso a um bem ou serviço objetivamente necessário no mercado *downstream*, por uma empresa com posição dominante no mercado de planos de saúde (*upstream*), estando ausentes justificativas objetivas aceitáveis para a recusa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p.187-212, out./dez., 2001.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Balço Anual 2016**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>, último acesso em 02/04/2018.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Saúde Suplementar**, 2018. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica.pdf/view>, último acesso em 20/08/2019.

_____. **Averiguação Preliminar N° 08012.006899/2003-06**. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 22 de julho de 2009.

_____. **Inquérito Administrativo N° 08700.004911/2012-72**. Nota Técnica nº 310 (Superintendência-Geral). 14 de setembro de 2013.

_____. **Procedimento Preparatório N° 08700.001743/2014-25**. Nota Técnica nº 239 (Superintendência Geral). 19 de agosto de 2014.

_____. **Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66**. Nota Técnica nº 46 (Superintendência Geral), 2019.

_____. **Requerimento N° 08700.010029/2015-17**. Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. 24 de fevereiro de 2016.

DREXL, J. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). **The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015

MOTTA, M. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. **Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings**. Official Journal Of The European Union, Luxemburgo, n. C 45, p. 7-20, 2009. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN). Acesso em: 03 abril 2018

_____. Comissão das Comunidades Europeias. **Case COMP/38.784 - Wanadoo España vs. Telefónica - commission decision**. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2018.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 - Acórdão**. Bruxelas, 2011. Disponível em: <http://curia.europa.eu>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet** - Caso 209/10, 2012. Disponível em <http://curia.europa.eu>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

WHISH, R.; BAILEY, D. **Competition law**. 7th ed. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

DESAFIOS CONCORRENCIAIS NO MERCADO DIGITAL

Bruno Vieira¹⁰⁴

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar ao leitor as principais peculiaridades dos mercados digitais e os potenciais desafios que as autoridades de defesa da concorrência enfrentarão ao analisar tais mercados. Não se busca perscrutar todo o tema, mas a uma breve análise da estrutura da economia das plataformas e apresentar os pontos de maior preocupação na análise dos mercados digitais. Ao expor as particularidades da economia digital, mormente das plataformas, e identificar eventual necessidade de correção pontual no instrumental teórico antitruste o artigo visa reduzir os erros de tipo I nas decisões dos órgãos de defesa da concorrência. Embora correndo o risco de incorrer em erros de tipo II, isto é, relevando ou aprovando determinadas operações e condutas que realmente possam ser prejudiciais ao mercado, a análise antitruste deve ser cautelosa, não classificando a mera posição dominante, grandes retornos de escala, efeitos de rede ou potenciais efeitos anticoncorrenciais simplesmente como abuso de posição dominante.

Palavras-chave: Mercados digitais; Plataformas; Algoritmos; Posição dominante; Condutas anticoncorrenciais.

ABSTRACT: The following work aims to present the main peculiarities of digital markets and potential challenges antitrust authorities will face analysing it. The aim is not to peruse the topic but to analyse the platform economy structure and to present the most troublesome points in digital markets analysis. The paper aims to avoid Type I error by exposing the peculiarities of the digital economy and platforms, and by identifying an eventual need for correction in antitrust theory. The antitrust analysis must be cautious, even if Type II errors, i.e. close or approve certain undertakings or practices that indeed harm the market are possible. As such, the antitrust analysis should not classify the mere dominant position, big returns of scale, network effects or potential anticompetitive effects as abuse of dominance.

Keywords: Digital Markets; Platforms; Algorithms; Dominant position; Antitrust practices.

“You know the greatest danger facing us is ourselves, and irrational fear of the unknown. There is no such thing as the unknown. Only things temporarily hidden, temporarily not understood.”

Captain Kirk

104 Advogado e Pesquisador no Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTI-BR. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Internacional e Europeu Privado pela Maastricht University. Membro do Maastricht European Private Law Institute.

1 INTRODUÇÃO

O que se convencionou denominar de 4ª Revolução Industrial, isto é, a transformação econômica e social provocada pelo avanço tecnológico, tem criado em todo mundo novos desafios para os órgãos regulatórios e de defesa da concorrência. A relevância do tema provocou instituições da Europa, Estados Unidos, e BRICS a elaborarem ou encomendarem relatórios sobre o tema. Merecem destaques os relatórios: *Competition in the Digital Era*, da Comissão Europeia, *Unlocking Digital Competition* encomendado pelo Reino Unido, o relatório elaborado pelo Subcomitê de Estrutura de Mercado e Antitruste, do Centro George Stigler para Estudo da Economia e o Estado, da University of Chicago Booth School of Business, e o relatório *BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice*.

Todos esses relatórios buscam elucidar as características básicas dos mercados digitais e se o instrumental teórico atual do antitruste é suficiente para a análise de atos de concentração e de condutas desses mercados.

Evidencia a incipiência da análise do tema o fato daqueles relatórios serem todos recentes, com poucas análises empíricas das transformações causadas pelos mercados digitais e que ainda ocorrerão. De acordo com o White Paper "Digital Transformation Initiative: Unlocking B2B Platform Value", elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, as plataformas digitais têm o potencial de gerar um valor de 10 trilhões de dólares até 2025, em uma miríade de atividades econômicas, como logística, análise de mercado, agricultura, telecomunicações e até mesmo saúde. Os impactos das plataformas, portanto, não podem ser ignorados.

Dessa forma, os mercados digitais e principalmente as plataformas têm e terão uma inegável participação na forma que transacionamos no mercado.

Nesse sentido, o objetivo primário do presente texto é identificar os possíveis desafios que a política concorrencial brasileira poderá enfrentar nos anos vindouros. Não se pretende abordar e perscrutar todas as nuances dos temas abordados. Pela importância e extensão do tema, qualquer pretensão desse sentido exigiria um trabalho mais volumoso do que o que se segue. Não obstante, este capítulo visa trazer contribuições para a análise e busca incentivar os leitores a pesquisarem sobre os pontos levantados, contribuindo para a maturação do tema no estudo do Direito Concorrencial brasileiro.

2 PLATAFORMAS DIGITAIS

Uma alteração fundamental na estrutura de mercado com o advento da internet foi causada pelo surgimento das plataformas digitais. Para a abordagem empreendida nessa sessão é necessário, primariamente, compreender a extensão da atuação das plataformas digitais. Merece relevo a definição dada pelo Ministério para Economia e Energia alemão por meio do Livro Verde sobre Plataformas Digitais (*Grünbuch: Digitale Plattformen*), lançado em março de 2016.

O Ministério alemão definiu as plataformas digitais simplesmente como fóruns para interações e transações digitais. Essa definição considera as plataformas também como intermediárias, mormente as plataformas multilaterais, em que elas aproximam usuários finais e anunciantes. O conceito também engloba aplicativos como os de entrega de alimentos, que aproximam usuário final, restaurantes e entregadores.

Por sua vez, o Parlamento Europeu, no Regulamento 2019/1150, estabeleceu regras para garantir a transparência e equidade na utilização das plataformas, definindo-as, em seu artigo 2(b) como aqueles serviços que permitem que “usuários corporativos” forneçam bens ou serviços a consumidores visando facilitar o início de transações diretas entre essas partes. As plataformas, nessa acepção, são redutoras dos custos de transação entre seus diferentes lados, como empresas e consumidores finais.

As plataformas alteram significativamente as trocas de mercado, transformando em pouco tempo a forma como consumidores e fornecedores se relacionam. O poder transformador das plataformas, porém, é acompanhado de modificações significativas na estrutura dos mercados, tornando comum a existência de oligopólios e monopólios. Como corolário, a preocupação com potenciais práticas anticoncorrencias e a compreensão das próprias plataformas é premente.

As subseções seguintes visam elucidar as peculiaridades das plataformas e auxiliar na análise antitruste dos mercados digitais, seja pela compreensão do ciclo de vida das plataformas ou potenciais condutas anticoncorrencias.

2.1 O CICLO DE VIDA DAS PLATAFORMAS

Tradicionalmente, o ciclo de vida de uma tecnologia é descrito em quatro fases assim identificadas: (a) descontinuidade tecnológica, onde há a redução ou abandono na utilização de determinada tecnologia; (b) era da fermentação, caracterizada pela variação de soluções tecnológicas; (c) a seleção de um design dominante; e (d) a era da mudança incremental, caracterizada pela retenção do design dominante e o desenvolvimento de tecnologia incremental àquele design (ANDERSON; TUSHMAN, 1990; TAYLOR; TAYLOR, 2012).

Trata-se de processo paulatino, principalmente na fase de fermentação, porém, com inevitável declínio. Poucas tecnologias têm vida útil muito longa, sendo frequentemente suplantadas por outras tecnologias em poucas décadas, como *paggers* e *palmtops*, que foram populares nos anos 80 e 90 e posteriormente substituídos por telefones celulares ou as fitas cassete (K7), populares nas décadas de 60 a 90, mas superadas pelo formato Compact Disc (CD). O CD, por sua vez, se encontra em declínio, mormente após o advento de tecnologias de compressão de áudio, como o AAC e o MP3, que permitiram a difusão de músicas pela internet.

No desenvolvimento das plataformas, Amrit Tiwana (2014) sugere que a inovação tecnológica passa por um ciclo de três fases. O autor identifica tais fases como sendo (a) o surgimento da solução tecnológica; (b) a sua progressão pela curva de maturidade e (c) sua penetração no *pool* de potenciais usuários finais. Na primeira há o surgimento de uma miríade de *designs* concorrentes, todos competindo pela sua consolidação como o *design* dominante. Nesse ponto, há a exclusão dos concorrentes ou a conformação com o *design* dominante. A adoção ou conformação a um *design* dominante desloca os recursos dos concorrentes para a sua melhoria, aumentando o seu valor e reduzindo os custos de criação de aplicações paralelas para *designs* concorrentes.

A curva de maturidade representa os esforços dos concorrentes não para estabelecer um *design* dominante, mas para ganharem *market share* com a introdução de melhorias e novas funções ao *design* dominante, bem como concorrência no preço.

Na literatura, esse ciclo é geralmente representado pela curva-S, que de-

monstra a relação entre o desempenho daquela tecnologia e o esforço (tempo/ insumo) utilizado para melhor o seu desempenho.

A análise da curva-S auxilia na mudança da estratégia concorrencial, deslocando o foco da concorrência pela inovação do produto para a concorrência pela inovação no processo de produção e distribuição, principalmente quando há a estagnação na curva de maturação e declínio da tecnologia (TIWANA, 2014).

Considerando que, em algum ponto o declínio e abandono daquela determinada tecnologia é provável, mas não evidente, e que possivelmente um novo ciclo de inovação tenha se iniciado, a plataforma dominante deve decidir se mantém sua estratégia ou ingressa naquele novo ciclo, pulando suas fases iniciais e ingressando na fase de maturidade. Essa estratégia pode ser determinante à permanência da plataforma no mercado, isso porque a(s) plataforma(s) dominante(s) têm menos incentivos para inovar do que potenciais concorrentes, principalmente diante da existência de retornos de rede. Diante de grandes efeitos de rede, o surgimento de novas tecnologias é menos provável, conforme se verá na subseção 2.3.

Não obstante a existência de efeitos de rede em um determinado mercado, uma nova tecnologia pode suplantar uma plataforma dominante, saltando à sua frente. Denominado de *leapfrogging*, a estratégia tem o potencial de alterar profundamente a estrutura de mercado e o *design* dominante. Embora sem as vantagens dos efeitos de rede, tecnologias disruptivas se beneficiam do *leapfrogging* ao incorporam aspectos da tecnologia anterior ou as tornarem compatíveis com sua plataforma.

Sob o aspecto concorrencial, o *leapfrogging* é frequentemente acompanhado por condutas potencialmente anticoncorreciais, como definição de preços predatórios, isto é, preço igual ou inferior aos custos médios e contratos de exclusividade. Conforme pontua Melissa Schilling (2003, p. 22), essas práticas definiram a estrutura do mercado de *console de vídeo games* nos Estados Unidos e Europa, principalmente com a prática de colusão vertical, envolvendo distribuidores e desenvolvedores de jogos¹⁰⁵.

2.2 PLATAFORMAS COMO REDUTORAS DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Uma das transformações mais relevantes proporcionadas pelas plataformas digitais é a alteração nos mecanismos de incentivos e custos de transação. Nesse aspecto, as plataformas digitais têm como efeito primário a redução dos custos de transação. Mecanismos de busca, servidores de *e-mails*, lojas de aplicativos, *sites* de reserva de quartos ou aplicativos de transporte individual embora visem, *prima facie*, fornecer um serviço, o fazem com o objetivo reflexo de reduzir os custos de transação.

105 A época foi marcada por tentativas de engenharia reversa, violação de patentes e colusão, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa. As condutas levaram a investigações e punições pelas práticas anticoncorreciais, mormente na Europa (ECLI:EU:T:2009:131) e judicialização de violações de patentes nos EUA, e.g., *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) e *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992). Embora a Nintendo não tenha sido condenada por práticas exclusionárias nos EUA, após os julgados mencionados, ela alterou suas políticas de preço e licença de software, antes limitada a apenas alguns jogos por desenvolvedores. Cf. Lunney (1990).

Apesar de a definição de custos de transação não ser uníssona na literatura econômica, será útil a aceção de John Wallis e Douglas North, para quem os custos de transação são aqueles custos que permitem o intercâmbio de produtos ou serviços, mas que não são transferidos aos agentes da transação (WALLIS; NORTH, 1986). Esses custos não se confundem com os custos operacionais inerentes ao processo de transformação de insumos ou próprios da atividade econômica.

Ao se utilizar a concepção clássica de Wallis e North (1986) para a análise das plataformas digitais, e resgatando as célebres lições de Ronald Coase em *The Nature of the Firm* e no *The Problem of Social Cost* (COASE, 1937; 1960), é possível compreender que as plataformas alteram de forma substancial as transações realizadas sob o mecanismo de preço de mercado. A análise dos custos de transação é salutar para a compreensão da própria estrutura de mercado das plataformas e possível imbróglgio concorrencial.

Cumpra lembrar que a seminal abordagem de Ronald Coase em *The Nature of the Firm* considera as empresas¹⁰⁶ como formas de internalizar contratos que, caso fossem celebrados sob a égide dos mecanismos de preços de mercado, seriam firmados a um custo mais elevado. Assim, as empresas seriam formas de reduzir custos de transação que, utilizando o mecanismo de preços em um mercado, poderiam tornar aquelas transações inexequíveis.

Sob essa perspectiva, os custos de transação podem ser vistos, por exemplo, como os custos incorridos ao procurar o produto que se pretende adquirir, os custos de obter informações sobre os preços, as taxas, impostos, ou a contratação de um advogado. Os custos incorridos pelo produtor ao vender o produto também são, para Wallis e North (1986), custos de transação. Desta forma, os custos de transação seriam aqueles que o produtor não precisaria incorrer caso decidisse não vender seu produto. Nesta situação, custos com propaganda e com a obtenção de informação sobre o comprador também são vistos como custos de transação.

Quanto à estrutura interna de uma empresa, os custos de transação são, principalmente, os custos com subordinados que não fazem parte do processo de transformação de insumos, como secretárias, vendedores, gerentes ou inspetores. É possível, também, observar diferentes custos de transação na análise dos custos existentes em instituições alternativas de governança. Sob esta perspectiva, esses são parte fundamental na tentativa de explicar como e por que as partes contratantes escolhem, dentre os arranjos institucionais possíveis, aqueles que “oferecem proteção às suas relações em investimentos específicos pelo menor custo total” (SHELANSKI; KLEIN, 1995, p. 337).

A governança das plataformas difere consideravelmente da estrutura de governança de empresas tradicionais, focadas em produtos ou serviços. Amrit Tiwana identifica três dimensões próprias da governança das plataformas que as tornam únicas: (1) a divisão de autoridade e responsabilidades entre plataforma e desenvolvedores de aplicativos; (2) os mecanismos de controle da plataforma sobre os desenvolvedores; e (3) as decisões sobre a divisão de receita entre plataforma e desenvolvedores (TIWANA, 2014).

Considerando que as plataformas são parte de um ecossistema (platafor-

106 Pontua-se que se dá ao vocábulo empresa a própria aceção jurídica, considerando-se, pois, empresa a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

ma, desenvolvedores e consumidores), essas visam, ao contrário das empresas tradicionais, moldar e influenciar o ecossistema em que estão inseridas ao invés de dirigi-lo. Dessa forma, a governança das plataformas é mais propensa à redução de custos associados aos problemas de agente-principal, oportunismo, assimetrias de informação e seleção adversa.

O ecossistema das plataformas, portanto, reduz os custos de transação sem implicar na organização das transações (ou contratos) dentro das plataformas e sem deixar que as transações sejam organizadas unicamente pelos mecanismos de preço, como sustentava Coase (1937).

Consideremos um mundo em que não há plataformas, mas há desenvolvedores ou outros agentes independentes. Em tal mundo, as transações são realizadas diretamente entre agentes e consumidores, sendo que todo e cada agente deve empreender vários esforços extras para possibilitar que usuários utilizem seu aplicativo ou comprem seus produtos ou serviços - esforços esses que não existiriam em um mundo em que há tais lojas de aplicativos. Os custos de transação são ainda maiores quando consideramos a redução dos custos de transação ocasionada pelas plataformas multilaterais, como plataformas de entrega de alimentos ou encomendas. Nessas plataformas há a coordenação entre plataforma, consumidor final, empresas e entregadores. Sem as plataformas, os custos de transação e também os custos de agência seriam tais que impossibilitariam que as transações fossem realizadas tanto utilizando os mecanismos de preços, quanto as internalizando por meio de empresas.

Aqui não se ignora que, mesmo com a existência dos ecossistemas e das plataformas, ainda há custos de transação, seja na governança das plataformas, ou nas transações entre estas, desenvolvedores e usuários. As plataformas, no entanto, reduzem consideravelmente tais custos em todos os estágios envolvidos na transação, como os custos de busca e de informação; custos de barganha e decisão e custos de monitoramento (LOBEL, 2018). Ao criarem novas tecnologias que reduzem os custos de transação, as plataformas também criam, em alguns casos, mercados que antes não existiam, permitindo a exploração de um recurso antes inexplorado e alterando o preço relativo dos produtos ou serviços.

Há ainda outras características das plataformas que as diferenciam dos mercados tradicionais, como efeito de rede, retorno de escala crescente e economias de escopo.

2.3 EFEITOS DE REDE

Efeito de rede, ou externalidade de rede, é o incremento no valor da plataforma com o aumento do número de seus usuários. Assim, quanto mais usuários começam a fazer parte daquela plataforma, mais valiosa ela se torna. Os efeitos de rede se contrapõem à economia de escala usual pelo lado da oferta. Sendo que o maior número de usuários reduz o preço de distribuição da plataforma, a economia de escala é observada pelo lado da demanda, isto é, o produto ou serviço da plataforma é mais valioso quanto mais usuários o utilizam. Dessa forma, quanto maior o número de usuários, mais o custo total da plataforma é diluído.

O efeito de rede, porém, não é sempre positivo. Se o número de usuários ultrapassa o limite da capacidade da rede, o aumento da demanda para de incrementar valor e há congestionamento de tráfego na rede.

Uma estratégia essencial à sobrevivência e crescimento de uma plataforma reside, portanto, em sua habilidade em atrair usuários e sua política de preço, mormente quando os efeitos de rede ainda não são observáveis.

Por fim, sobre o aspecto concorrencial é necessário esclarecer que os efeitos de rede podem ser tanto diretos como indiretos.

Os **efeitos diretos** decorrem diretamente da relação entre aumento da demanda e valor. São chamados também de efeitos unilaterais, pois o valor da rede está associado ao aumento de usuários de mesma classe.

Embora os efeitos diretos sejam observados nas plataformas, é frequente também, tanto em plataformas bilaterais quanto multilaterais, a interdependência entre diferentes classes de usuários na formação dos efeitos de rede, ou **efeito indireto** de rede. Isso significa que a plataforma deve ser tão atrativa para um lado quanto para o outro, e que o efeito de rede de uma classe de usuário depende do efeito de rede de outra classe. Peguemos como exemplo o Facebook. Quanto maior o número de usuários comuns e a conexão entre amigos, maior é o valor da plataforma para os usuários e mais atrativa ela é para novos usuários. Pelo lado dos anunciantes ou desenvolvedores de aplicativos, o Facebook se torna mais atrativo na medida em que for maior o número de usuários comuns. Observe que não há valor adicional do lado do anunciante ou desenvolvedor quando há aumento no número de usuários de sua classe, mas há quando um novo usuário comum integra a plataforma, aumentando o valor da plataforma para todos os anunciantes.

A preocupação concorrencial decorre da natural concentração nos mercados em que há efeitos de rede, pois, como já exposto, o valor da plataforma para o usuário decorre da quantidade de usuários já naquela plataforma. Em um cenário em que já há uma plataforma instalada e os efeitos de rede já são observados, a entrada de novos concorrentes é improvável, levando, geralmente, ao monopólio ou oligopólio. A concentração que surge a partir de efeitos de rede se sustenta, em grande parte, pela dificuldade em coordenar a migração dos usuários para uma nova plataforma.

2.4 RETORNO DE ESCALA CRESCENTE

Não obstante a existência dos efeitos de rede, ou retorno de escala pelo lado da demanda, as plataformas são também caracterizadas pelo crescente retorno de escala, ou seja, a produção aumenta proporcionalmente mais que o aumento nos custos médios.

Embora os retornos de escala crescentes não sejam exclusividade dos mercados digitais, os custos associados a tais mercados são, em grande parte, custos fixos, seja de *design*, desenvolvimento ou de distribuição, o que facilita a decisão sobre produção. Aqui dois fenômenos microeconômicos devem ser pontuados: quanto maiores os retornos de escala, maior a probabilidade de monopólio e, diante dos custos inerentes às plataformas, essas conseguem maximizar seus lucros melhor do que outros mercados tradicionais.

Conforme exposto, os retornos de escala crescente permitem que as plataformas produzam mais sem um grande aumento nos insumos utilizados. Dessa forma, a produção é mais eficiente quando apenas uma empresa atende aquele mercado. Deve-se ter em mente que, em mercados com retorno de escala crescente, a estratégia dos oligopólios ou monopólio é maximizar seus lucros igualando sua receita marginal ao custo marginal¹⁰⁷.

Embora as plataformas tenham custos fixos elevados, seus custos variá-

107 Custo marginal é a alteração do custo variável quando mais uma unidade é produzida.

veis são baixos (TIWANA, 2014), facilitando o ganho de escala. A preocupação concorrencial na atuação das plataformas com grandes retornos de escala reside na velocidade de crescimento das plataformas, em que os investimentos em custos fixos, como servidores e instalações, trazem um aumento quase exponencial da produção. Essa velocidade de crescimento permite que as plataformas dominem o mercado e utilizem seu poder de mercado mais rápido do que é visto em mercados tradicionais. Ademais, como o grau de retorno de escala em mercados digitais é acentuado, barreiras à entrada emergirão rapidamente. Nesse sentido, a entrada de um potencial concorrente, que ainda produz em baixa escala, é improvável.

2.5 ECONOMIAS DE ESCOPO

Os mercados digitais também são caracterizados por grandes economias de escopo. As economias de escopo surgem quando há vantagens produtivas ou de custos na produção de dois ou mais produtos. Diversos são os fatores que contribuem para o surgimento das economias de escopo, como o uso dos mesmos insumos e uso das mesmas unidades de produção ou administração, por exemplo.

No mercado digital, as plataformas ou até mesmo ecossistemas se beneficiam do compartilhamento de insumos, mormente pelo compartilhamento de dados previamente coletados, o que permite diversificar os serviços oferecidos reduzindo os potenciais custos de obter tais dados novamente. Embora as economias de escopo não sejam exclusividade dos mercados digitais, o seu grau, isto é, a porcentagem de economia nos custos quando dois ou mais produtos são produzidos conjuntamente, é muito maior em mercados digitais do que nos mercados tradicionais. Essa conclusão se fundamenta na eficiência em se utilizar os dados já armazenados nos bancos de dados de uma determinada plataforma para oferecer outros produtos, como o fez a Google LLC, inicialmente ofertando somente seu mecanismo de busca, e posteriormente, com uma maior coleta e armazenagem de dados, ampliou sua atuação para uma profusão de atividades, como *e-mail*, redes sociais, aplicativos, vídeo e propaganda.

Cabe pontuar que, embora as plataformas geralmente apresentem economias de escala e economias de escopo, essas não se confundem e não há relação direta entre elas. Uma empresa, por exemplo, pode ter economia de escopo, porém, devido à complexidade de sua atividade, necessitar de mão de obra altamente especializada, influenciando negativamente a escalabilidade dos retornos.

Em mercados digitais, no entanto, os retornos de escala são facilmente observados, uma vez que a replicação de um código fonte ou a inclusão de mais um usuário na plataforma são feitas a um custo próximo de zero, sendo também mais eficiente no uso de recursos como mão de obra especializada.

2.6 A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E PODER DE MERCADO

Não obstante as peculiaridades da economia das plataformas já apresentadas, as próprias plataformas também apresentam desafios quando da definição do mercado relevante. A usual definição de mercado relevante, realizada pelo Teste do Monopolista Hipotético e sua lucratividade diante de um “pequeno, porém, significativo e não transitório aumento de preço” ou SSNIP (*small but signifi-*

cant and non-transitory increase in price) encontra na análise dos mercados digitais novos contornos. Ainda que se fale em mercados unilaterais e não digitais, a metodologia de definição de mercado relevante não é inconteste.

Cabe lembrar que na definição do mercado relevante, tanto a dimensão do produto, quanto a dimensão geográfica são consideradas, avaliando se o aumento de preço em uma determinada região ou determinado produto desloca a demanda para produtos substituíveis e para outras regiões. Conforme pontua o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, a delimitação do mercado não é um fim em si mesmo, podendo ser relegado em determinadas análises, como a baixa concentração em todas as hipóteses levantadas.

Louis Kaplow (2010; 2013; 2015), no entanto, considera que a definição de mercado relevante deve ser abandonada por completo, considerando-a impossível e contraprodutiva, pois entende que a inferência sobre a existência de poder de mercado parte de uma metodologia para definição de mercado dúbia.

Kaplow (2010) argumenta que, para a definição de mercado relevante, é necessário previamente estimar o poder de mercado, que também carece de metodologias precisas para sua mensuração. A definição de mercado relevante seria, portanto, uma petição de princípio devendo, portanto, ser abandonada. Kaplow ainda sustenta que a relação entre poder de mercado e *market share* só se sustenta em mercados homogêneos (KAPLOW, 2011)¹⁰⁸.

Em mercados digitais, as definições de mercado relevante, *market share* e poder de mercado ganham novos contornos, sendo insuficiente para aferição do poder mercado somente o *market share*, ainda que este seja elevado. A análise do poder de mercado em mercados digitais deve ser dinâmica, analisando não o *market share*, mas a contestabilidade daquele mercado.

Essa posição é corroborada por Paula Farani, que em recente voto do dia 30 de julho de 2019, referente ao Processo Administrativo 08012.010483/2011-94 em face de Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., afirma que “tendo em vista que a competição em mercados digitais ocorre em grande parte pela própria inovação, a aferição de poder de mercado de forma estática por meio de participação de mercado é insuficiente”.

Deve-se considerar que nesse novo cenário a substituíbilidade pelo lado da demanda ganha relevo, já que, devido aos custos decrescentes de produção, é relativamente fácil alterar a produção e capturar a demanda da empresa incumbente (RUSSO, STASI, 2016, p. 9).

Conforme exposto alhures, os mercados digitais e especificamente as plataformas são, frequentemente, mercados bilaterais ou multilaterais. Ainda que se considere a posição de Kaplow imprecisa, em mercados multilaterais com estabelecimento de preço para mais de uma classe de usuário o teste do monopolista hipotético em somente um dos lados pode não capturar os efeitos do SSNIP (FRANCK; PEITZ, 2019). Isso porque, ao realizar o teste do monopolista hipotético em somente um lado, é descartada a possibilidade de subsídio cruzado entre as diferentes classes, ou seja, o lado não analisado pode ter sua curva de demanda mais inelástica do que o mercado analisado (WARD, 2017; TATOS, 2019).

A definição do mercado relevante, portanto, deve levar em conta não somente a posição dominante da empresa analisada, mas a contestabilidade do mercado e o poder de mercado em diferentes lados da plataforma (YANG, 2018, p. 167).

108 A posição de Kaplow encontra razoável resistência. Cf. Werden (2012).

2.7 O ACESSO ÀS PLATAFORMAS

Ao se analisar as condutas das plataformas digitais, não se pode olvidar que estas atuam como agentes reguladores das atividades que hospedam. Embora possamos considerar que uma regulação externa é necessária, não se pode descartar o papel que as plataformas têm dentro de seus próprios sistemas.

Assim, é possível considerar dois focos de atuação e preocupação dos órgãos antitruste: a concorrência entre plataformas e intraplataforma. Isso quer dizer que, ao mesmo tempo em que é possível identificar potencial conduta anticoncorrencial da plataforma de forma horizontal, é possível observar também a conduta anticoncorrencial de forma vertical entre a plataforma e algum desenvolvedor.

Consideremos, por exemplo, o alcance de propaganda de algum produto ou serviço determinado ou modificado não por mecanismos dinâmicos e orgânicos de mercado como a oferta e demanda ou até mesmo por leilões (ADIKAR; DUTTA, 2015), mas pela colusão da plataforma e do anunciante ao modificarem o alcance pela alteração do algoritmo básico de propagação do anúncio.

Conforme exposto acima, o mercado digital é caracterizado por enormes retornos de escala e efeitos de rede, o que potencializa a sua monopolização. A colusão entre a plataforma e anunciante ou desenvolvedor cria barreiras à entrada não no mercado relevante da plataforma, mas de produtos ou serviços dentro da plataforma. Embora as evidências apontem a fragilidade da colusão em mercados bilaterais (RUHMER, 2010), principalmente quando os efeitos de rede de uma classe são indiretos, isto é, dependem da atratividade do outro lado, quando deparamos com setores com altos custos, como computação em nuvens (BENZINA, 2019), ou empresas que já alcançaram largas economias de escala e efeitos de rede, o acesso àquela plataforma é essencial para as atividades não só de seus concorrentes, mas de seus usuários.

O mesmo raciocínio é válido em mercados em que plataformas que disponibilizam aplicações de terceiros, com funcionalidades não nativas à plataforma. Em tais plataformas, terceiros desenvolvem aplicações e serviços complementares, geralmente incrementando as funcionalidades nativas da plataforma.

Embora inicialmente tal estrutura seja vantajosa de uma perspectiva concorrencial, tendo como resultado a diversificação do produto oferecido pela plataforma, é possível que esta decida atuar em determinado mercado, havendo sobreposição do produto ou serviço oferecido pelo terceiro e pela plataforma. Determinadas plataformas, como a App Store e Google Play, por serem os expositores últimos de aplicativos, podem ser consideradas *essential facilities* ao mercado de aplicativos. Assim, a dificuldade de outro potencial desenvolvedor ter acesso à plataforma pode demonstrar a existência de conduta anticoncorrencial¹⁰⁹.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONCORRÊNCIA

Sobre o aspecto do impacto da inteligência artificial nos efeitos que se espera de uma concorrência justa, é salutar observar que estudos recentes sugere-

109 Nesse sentido foram as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (CJEU) nos casos Magill (C-241/91 P e 242/91 P), Bronner (C-797), IMS (418/01) e Microsoft (T 201/04).

rem que a utilização de inteligência artificial por meio de algoritmos que determinam os preços com base nas informações disponíveis no mercado tende à coordenação de preços, mesmo sem a expressa colusão dos agentes de mercado e sem que o algoritmo tenha sido desenvolvido ou ensinado a coludir (CALVANO *et al.*, 2018; BENEKE; MACKENRODT, 2019; CALVANO *et al.*, 2019).

Outra preocupação com a utilização dos algoritmos de precificação é a facilidade em estabelecer uma política discriminatória de preços. Cabe lembrar que a discriminação de preços visa à captura do excedente do consumidor pela empresa. Utilizando os mecanismos de mercado o preço de um produto ou serviço, tende ao equilíbrio, ou seja, o preço de mercado é a exteriorização da interseção das curvas de demanda e oferta. O preço sinaliza a quantidade que o consumidor médio estaria disposto a pagar pelo produto e que o produtor estaria disposto a vender. Considerando individualmente cada consumidor, o preço que este paga é inferior ou igual ao preço máximo que estaria disposto a pagar por aquele produto (preço de reserva). A diferença entre o preço pago e preço de reserva é o excedente do consumidor.

Os algoritmos de precificação auxiliam a empresa a estabelecer o preço individualmente para cada consumidor ou grupo de consumidores próximo ou igual ao preço de reserva, capturando, assim, o excedente.

Embora os algoritmos de precificação não sejam novidade, tendo larga utilização há anos em mercados como aviação civil e comércio eletrônico, o aprimoramento da inteligência artificial¹¹⁰ permite uma precificação mais dinâmica, autônoma e inteligente, facilitando a discriminação de preços e a colusão.

Tradicionalmente, os algoritmos de precificação, mormente os utilizados pelas companhias aéreas, obedecem a parâmetros como dia da semana e mês em que a passagem é adquirida, data ou horário da viagem, disponibilidade de assentos ou rota (ALDERIGHI, 2010; PULLER; TAYLOR, 2012). Com o aprimoramento de técnicas de aprendizado de máquinas, como *Q-Learning* e *SARSA*, redes neurais e também de *data mining*, os possíveis parâmetros definidos são mais complexos e subjetivos dos que os vistos nos algoritmos mais primitivos.

Dessa forma, o uso de inteligência artificial em algoritmos de precificação evidencia duas preocupações: um aprofundamento na discriminação de preços e a possibilidade de colusão tácita.

Conforme exposto acima, a discriminação de preços visa à captura do excedente do consumidor, buscando estabelecer o preço próximo ou igual ao preço de reserva. Descobrir preço de reserva do cada consumidor, porém, não é tarefa trivial, sendo necessário criar classes de consumidores baseadas em aspectos objetivos e atribuir a essa classe preço mais próximo do preço de reserva. Utilizando parâmetros individuais, como histórico de compras, ou comportamento diante de preços de produtos substituíveis, os algoritmos que utilizam inteligência artificial são capazes de individualizar o preço de venda, estabelecendo-o próximo ao preço de reserva não de uma classe de consumidores, mas do consumidor individualmente considerado.

Ademais, conforme identificaram Calvano *et al.* (2018, p. 27), há evidên-

110 Aqui não se ignora o profundo debate sobre a definição e real extensão do termo “inteligência artificial”, conforme aponta Kaplan (2016, pp. 1-12). Porém, aqui se considera inteligência artificial a “habilidade de um sistema de interpretar dados externos corretamente, aprender com esses dados e utilizar esse aprendizado para atingir objetivos e tarefas específicas por meio de adaptações flexíveis” (KAPLAN; HAENLEIN, 2019, p. 17).

cias de que algoritmos de precificação utilizando técnicas de aprendizado de máquinas como *Q-learning*¹¹¹ e métodos mais avançados suplantam os algoritmos primitivos, aprendendo sobre o comportamento de concorrentes, estabelecendo preços supracompetitivos e punindo os concorrentes em casos de desvios. Nesse cenário é possível até mesmo que o algoritmo sinalize sua política aos outros concorrentes e algoritmos (CRANDALL *et al.*, 2018), mesmo que não tenha sido programado para tal.

Conclui-se, portanto, que a utilização de inteligência artificial em algoritmos de precificação intensifica a possibilidade de colusão tácita, mesmo em mercados pulverizados, mas com largo uso dos algoritmos. Ademais, conforme demonstram Chen; Mislove e Wilson (2016), há algoritmos que colocam os vendedores que o utilizam em posições de vantagem em relação aos vendedores que não utilizam tais algoritmos.

Michal Gal (2019) sugere que a utilização de algoritmos que simplesmente “imitam” o paralelismo consciente humano não deve ser considerada ilícito concorrencial¹¹². No entanto, uma diferença primordial entre o paralelismo consciente humano e paralelismo por algoritmo é o custo em se obter a informação. Enquanto humanos demandam tempo demasiado para descobrir preços e estratégias de seus competidores, o que torna o paralelismo diferido no tempo, o paralelismo por algoritmo tem custo de informação reduzido e tempo de resposta quase imediato. *Ceteris paribus*, o paralelismo, ainda que por algoritmo, pode ser benéfico ao consumidor, uma vez que a redução de preço por um concorrente na tentativa de ganhar mercado é acompanhada pela redução de preços de seus concorrentes. A utilização de algoritmo, nesse caso, não traz maiores problemas concorrenciais.

O problema reside em algoritmos que podem não somente criar um paralelismo de preços, mas também criar condições para incentivar e punir concorrentes não colaborativos. Em tais situações, ainda que haja baixas barreiras à entrada, a coordenação entre concorrentes é possível mesmo sem o elemento volitivo. Gal (2019) estabelece uma regra de ouro (*rule of thumb*) para a legalidade dos algoritmos: efeitos pró-competitivos superiores aos efeitos da coordenação e ordenação necessária para que os efeitos pró-competitivos sejam alcançados.

É necessário, portanto, uma análise caso a caso do tipo de algoritmo utilizado e seus efeitos no mercado, afastando a presunção de conduta colusiva como um ilícito pelo objeto.

4 ESTRATÉGIAS DE PREÇO ZERO

As plataformas incluem, ainda, outra complicação para a análise antitruste: a estratégia de preço zero (*zero-pricing*). Em diversas plataformas disponíveis hoje, seus produtos ou serviços são oferecidos sem a definição de um preço positivo ao usuário/consumidor para sua aquisição. Conforme mencionado previamente, mercados digitais são caracterizados por custos marginais decrescentes em grande parte pela existência de grandes economias de escala, isto é, o custo

111 O *Q-learning* é um algoritmo que “aprende” qual política tomar diante de determinada circunstância. Esse aprendizado é realizado por meio de tentativas e erros e a política resultante visa maximizar as recompensas de determinado jogo.

112 Cf. Harrington (p. 49). Harrington sugere a proibição de algoritmos que condicionem seus movimentos (jogadas) aos preços anteriores de concorrentes.

de oferecer o produto é decrescente quanto maior a demanda. Embora em tais mercados o preço tenda a se aproximar dos custos médios da empresa, nos mercados *zero-pricing* bens ou serviços são ofertados a preços visivelmente abaixo dos custos médios de produção. Mesmo em mercados com grandes retornos de escalas, a estratégia poderia sinalizar a prática de preços predatórios.

A predação é, talvez, a questão mais complexa a ser tratada pela teoria antitruste. Esse é um terreno difícil de pisar, pois é de difícil constatação se a redução de preços é uma estratégia para retirar concorrentes do mercado ou faz parte do processo competitivo (MILLER III; PAUTLER, 1985).

Usualmente, predação é definida como o “ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 159). A aplicação do conceito em análise de condutas praticadas por plataformas não requer grandes adaptações além das ponderadas alhures quando da análise do mercado relevante. Em mercados de preço zero, no entanto, seja a análise de condutas, a definição de mercado relevante ou a averiguação de poder de mercado devem ser reconsideradas.

Inicialmente, a estratégia de não definir um preço ao produto é fundada, em parte, na elasticidade da demanda. Como a demanda pelos produtos oferecidos por uma miríade de plataformas é altamente elástica, ou seja, a demanda do produto é fortemente influenciada pelo preço, qualquer preço acima de zero levaria à perda de receita e escala, possivelmente tornando a plataforma inviável¹¹³.

O preço zero não significa, no entanto, que as plataformas não têm receita ou que não há custos aos consumidores. Em tais mercados, a receita da plataforma pode vir de usuários *Premium*, que estão dispostos a adquirir versões mais completas do produto, ou por subsídio cruzado, em que o produto gratuito é atrelado a um produto pago, por meio de publicidade ou a venda de dados do usuário/consumidor. Logo, o custo para o consumidor, principalmente em plataformas em que o usuário não despense uma quantia para sua utilização, não é traduzido em unidades monetárias, mas em custos de informação e atenção (BOSTOEN, 2019, p. 274).

John Newman (2015) considera fundamental o reconhecimento dos custos de informação e custos de atenção como sinalizadores de mercado, assim como o próprio custo monetário. Esse reconhecimento permite a análise dos atos de concentração e condutas anticoncorrenciais de forma análoga à já utilizada em mercados que utilizam os mecanismos de preços para conclusão de suas transações.

Nesses mercados digitais “gratuitos”, principalmente redes sociais, mecanismos de buscas e aplicativos em que principal receita advém da venda de espaços (em *pixels* ou tempo) para anunciantes, os usuários trocam sua atenção pelo acesso ao serviço. Embora uma maior concentração do mercado possa aumentar o preço do espaço publicitário, o aumento da receita pode ser resultado do aumento na frequência ou tamanho da publicidade.

O aumento do custo, portanto, não é arcado pelos anunciantes, mas pelos usuários/consumidores, que agora incorrem em maiores custos de atenção para utilização do produto.

113 A abstração também é válida em mercados com a estratégia de preços Freemium em suas versões gratuitas. A estratégia implica em oferecer uma versão básica gratuita de um software, jogo ou plataforma com funcionalidades limitadas e cobrar por uma versão com mais funcionalidades.

Os custos de informação, por sua vez, são os custos relacionados à cessão de informações do usuário à plataforma. Nesse sentido, pela relevância à plataforma e ao anunciante se os dados vendidos são anonimizados, pessoais sensíveis ou pessoais¹¹⁴, as plataformas buscam, muitas vezes, extrair mais dados dos usuários do que o necessário para sua utilização.

Assim, uma análise necessária em um ato de concentração não é somente o teste do monopolista hipotético no lado do anunciante, mas também no lado consumidor, ainda que não haja valor monetário envolvido na transação.

Os mercados *zero-pricing*, porém, desafiam o usual teste do monopolista hipotético já que, como mencionado na subseção , se vale da análise de um “pequeno, porém, significativo e não transitório aumento de preço”. Em mercados de *zero-pricing* essa análise é inviável pela inexistência de preço. Ainda que se considere a possibilidade de utilização do SSNIP, o teste não leva em conta o possível aumento nos custos de informação e a atenção em atos de concentração em plataformas com funções diferentes, como a aquisição de uma plataforma de vídeos por um mecanismo de busca.

Newman (2016) sugere que o usual teste do SSNIP seja substituído pelo SSNIC (*small but significant and non-transitory increase in (exchanged) costs*). Nessa reformulação do teste do monopolista hipotético, a variável em análise é o custo ao consumidor em um aumento no espaço publicitário ou informações fornecidas e compartilhadas com terceiros. Trata-se de um teste razoável e mais viável do que o SSNIP, porém, há algumas complicações em sua utilização. Consumidores são menos sensíveis às alterações nos custos de informação e atenção do que alterações no preço. A dificuldade aqui reside em definir uma unidade de conta para tais custos, tal como uma unidade monetária.

Assim, embora à primeira vista a estratégia de definir o preço em zero não vise à prática de condutas anticoncorrencias, tal estratégia ainda impõe um custo ao usuário para aquisição do produto ou serviço oferecido pela plataforma. A análise concorrencial deve considerar esses custos como se preços fossem, atentando-se para a substituíbilidade do produto quando há aumento na publicidade e dados compartilhados pela plataforma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DESAFIOS FUTUROS

Diversos são os desafios às autoridades antitrustes, operadores do direito e economistas na análise dos mercados digitais e as ponderações alhures demonstram somente parte desses desafios.

Condensando todos os pontos abordados, talvez a maior alteração nas trocas de mercado advindas com as plataformas seja a redução dos custos de transação e a atribuição de valor econômico aos dados dos usuários.

O ano de 2019 viu uma profusão de relatórios com o intento de compreender os mercados digitais e analisar se os instrumentais teóricos da prática antitruste se aplicam a tais mercados. Trata-se de um mercado novel, com discussões ainda incipientes.

114 Aqui se considera as definições trazidas pela Lei 13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu artigo 5º. Tais dados são valorados de forma diferente, sendo aqueles dados que permitem o maior direcionamento de publicidade mais valioso do que os dados genéricos.

Embora correndo o risco de incorrer em erros de julgamentos, aprovando sem restrições determinadas operações realmente prejudiciais ao mercado, em nossas análises devemos sempre nos lembrar da precisa lição de Easterbrook (1987, p. 314): □aprender sobre o comportamento estratégico é um dos programas mais importantes para o futuro do antitruste; nós devemos adquirir tanto conhecimento quanto confiança ante de utilizar tais abordagens para desfazer transações econômicas□. Com isso em mente, a mera dominância, grandes retornos de escala ou efeitos de rede e potenciais efeitos anticoncorrenciais não podem ser vistos, *prima facie*, como abuso de posição dominante (SCHREPEL, 2020, p. 50).

Como conclusão, cabe sinalizar que os instrumentais da análise antitruste, com pontuais correções e atualizações, podem ser utilizados neste íterim, com a ciência de que a escalabilidade, os efeitos de rede e os próprios ativos comercializados em tais mercados são visivelmente diferentes dos observados em mercados tradicionais.

A proposta do presente capítulo foi apresentar ao o leitor os possíveis desafios que a política concorrencial brasileira poderá enfrentar nos anos vindouros. Pela miríade de nuances sobre tema, seria imprudente alegar que se abordou toda a temática. Não obstante, espera-se que as contribuições apresentadas incentivem os leitores a pesquisarem sobre os pontos abordados, bem como espera-se, também, que a literatura que auxiliou o autor na elaboração do capítulo possa servir de apoio a uma pesquisa mais profunda.

REFERÊNCIAS

ADIKARI, S.; DUTTA, K. Real Time Bidding in Online Digital Advertisement. In: DONNELLAN, B.; HELFERT, M., *et al.* New Horizons in Design Science: Broadening the Research Agenda, 2015, Cham. **Springer International Publishing**, p.19-38, 2015.

ALDERIGHI, M. Fare dispersions in airline markets: A quantitative assessment of theoretical explanations. **Journal of Air Transport Management**, v. 16, n. 3, p. 144-150, 2010.

ANDERSON, P.; TUSHMAN, M. L. Technological Discontinuities and Dominant Designs: A Cyclical Model of Technological Change. **Administrative Science Quarterly**, v. 35, n. 4, p. 604-633, 1990.

BENEKE, F.; MACKENRODT, M. Artificial Intelligence and Collusion. **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 50, n. 1, p. 109-134, 2019.

BENZINA, K. Cloud infrastructure-as-a-Service as an Essential Facility: Market Structure, Competition, and the Need for Industry and Regulatory Solutions. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 34, n. 1, p. 119-142, 2019.

BOSTOEN, F. Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products. **Computer Law & Security Review**, v. 35, n. 3, p. 263-280, 2019.

CALVANO, E. *et al.* Algorithmic Pricing What Implications for Competition Policy? **Review of Industrial Organization**, v. 55, n. 1, p. 155-171, 2019.

CALVANO, E. *et al.* **Artificial intelligence, algorithmic pricing and collusion**. London: Centre for Economic Policy Research, 2018.

CHEN, L.; MISLOVE, A.; WILSON, C. An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace. **Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web**. Montréal, Québec, Canada: International World Wide Web Conferences Steering Committee: 1339-1349, p. 2016.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

_____. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

CRANDALL, J. W. *et al.* Cooperating with machines. **Nature Communications**, v. 9, n. 1, p. 233, 2018.

EASTERBROOK, F. H. Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks. **Georgetown Law Journal**, v. 76, n. 2, p. 305-320, 1987.

FRANCK, J.; PEITZ, M. **Market Definition and Market Power in the Platform Economy**. Centre on Regulation in Europe, 2019

GAL, M. S. Algorithms as Illegal Agreements. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 34, n. 1, p. 67-118, 2019.

HARRINGTON, J. E. **Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Price-Setting Agents**. August 22, 2017 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3037818> . Acesso em: 21 de setembro de 2019.

KAPLAN, A.; HAENLEIN, M. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, p. 15-25, 2019.

KAPLAN, J. **Artificial intelligence: what everyone needs to know**. New York: Oxford University Press, 2016.

KAPLOW, L. Why (Ever) Define Markets? **Harvard Law Review**, v. 124, n. 2, p. 437-517, 2010.

_____. Market Definition and the Merger Guidelines. **Review of Industrial Organization**, v. 39, n. 1, p. 107, 2011.

_____. Market Definition: Impossible and Counterproductive. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 1, p. 361-379, 2013.

_____. Market definition, market power. **International Journal of Industrial Organization**, v. 43, p. 148-161, 2015.

LOBEL, O. Coase and the Platform Economy. In: INFRANCA, J. J.; FINCK, M. L., *et al* (Ed.). **The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p.67-77.

LUNNEY, G. S. Atari Games v. Nintendo: Does a closed system violate the Anti-trust Laws? **Berkeley Technology Law Journal**, v. 5, n. 1, p. 29-73, 1990.

MILLER III, J. C.; PAUTLER, P. Predation: The Changing View in Economics and the Law. **The Journal of Law and Economics**, v. 28, n. 2, p. 495-502, 1985.

NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 1, p. 149-206, 2015.

_____. Antitrust in Zero-Price Markets: Applications. **Washington University Law Review**, n. 1, p. 49-112, 2016.

PULLER, S. L.; TAYLOR, L. M. Price discrimination by day-of-week of purchase: Evidence from the U.S. airline industry. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 84, n. 3, p. 801-812, 2012.

RUHMER, I. **Platform collusion in two-sided markets**. Session: two-sided markets and vertical restraints; V2. Kiel: ZBW. Preliminary and incomplete [version], July 13, 2010: Online-Ressource.

RUSSO, F.; STASI, M. L. Defining the relevant market in the sharing economy. **Internet Policy Review**, v. 5, n. 2, 2016.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHILLING, M. A. Technological Leapfrogging: Lessons from the U.S. Video Game Console Industry. **California Management Review**, v. 45, n. 3, p. 6-32, 2003.

SCHREPEL, T. Antitrust Without Romance. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 13, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3395001>. Acesso em: 23 de setembro de 2019.

SHELANSKI, H. A.; KLEIN, P. G. Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 11, n. 2, p. 335-361, 1995.

TATOS, T. Relevant Market Definition and Multi-Sided Platforms After Ohio v. American Express: Evidence from Recent NCAA Antitrust Litigation. **Journal of Sports and Entertainment Law**, v. 10, n. 2, p. 147-172, 2019.

TAYLOR, M.; TAYLOR, A. The technology life cycle: Conceptualization and managerial implications. **International Journal of Production Economics**, v. 140, n. 1, p. 541-553, 2012.

TIWANA, A. **Platform ecosystems**: aligning architecture, governance, and strategy. Amsterdam: MK, 2014.

WALLIS, J. J.; NORTH, D. C. Measuring the transaction sector in the American economy. In: ENGERMAN, S. L.; GALLMAN, R. E. (Ed.). **Long-Term Factors in American Economic Growth**. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

WARD, P. R. Testing for Multisided Platform Effects in Antitrust Market Definition. **The University of Chicago Law Review**, v. 84, n. 4, p. 2059-2102, 2017.

WERDEN, G. J. Why (Ever) Define Markets: An Answer to Professor Kaplow Comments and Replies. **Antitrust Law Journal**, n. 3, p. 729-746, 2012.

YANG, S. Y. Rethinking Modes of Market Definition for multi-Sided Platforms. **International Journal of Trade, Economics and Finance**, v. 9, n. 4, p. 164-169, 2018.

A LIVRE INICIATIVA, A LIBERDADE ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Elisa Silva de Assis Ribeiro¹¹⁵, Taís Cruz Habibe¹¹⁶

RESUMO: O texto questiona os limites da intervenção do Estado na atividade econômica, por meio da regulação, considerando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa, consagrado nos arts. 1º, IV, e 170 como fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica, e a existência digna e justiça social. Foi destacada a importância de uma Lei Nacional da Liberdade Econômica e a Lei nº 13.874/2019, cujo propósito, em linhas gerais, foi a de instituir a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*. Por fim, ressaltou-se o papel da defesa da concorrência como importante instrumento de promoção da liberdade de iniciativa e realização de objetivos sociais.

Palavras-chave: Liberdade econômica; Princípios constitucionais; Liberdade de iniciativa; Ordem econômica; Defesa da concorrência.

ABSTRACT: The article raises questions about the limits of state intervention in the economic activity through regulation, considering the constitutional principle of free enterprise, presented in the articles 1, IV, e 170 of the Constitution as basis for the Federative Republic and the Economic Order, human dignity and social justice. The importance of a National Law on Economic Freedom and the Law 13.874/2019, whose purpose, in general, was to institute the Declaration of Rights of Economic Freedom was noteworthy. Finally, it was stood out the role of competition as an essential tool to promote the free enterprise principle and the achievement of social goals.

Keywords: Economic freedom; Constitutional principles; Free enterprise; Economic order; Competition.

1 INTRODUÇÃO

No dia 20 de setembro de 2019 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei nº 13.874 (conversão da Medida Provisória nº 881), cujo propósito, em linhas gerais, foi a de instituir a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, além de trazer disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do art. 174, *caput*, da Constituição da República.

115 Mestre e Doutora em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Vice-Presidente da Comissão de Defesa da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil-Minas Gerais. Advogada. Sócia do Ayres Ribeiro Advogados.

116 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Sócia do Ayres Ribeiro Advogados.

O artigo 1º da Lei, fazendo referência ao art. 1º, *caput* e IV da Constituição, também estabelece que a atuação do Estado se fundamenta nos ditames constitucionais dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*.

Embora a Lei nº 13.874/19 traga em seu texto normas relativas a diversos ramos do Direito, como o Direito Civil, Urbanístico, do Trabalho etc., o propósito deste trabalho é o de fazer uma abordagem que envolva, especialmente, o Direito Econômico e o Direito Concorrencial, como garantidores do princípio da liberdade de iniciativa.

Destacam-se para fins de estudo, os seguintes valores que norteiam a Declaração de Direitos sob análise (sem prejuízo dos princípios constitucionais já apontados): a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, previstos no art. 2º, I e III, da Lei nº 13.874/19.

Partindo-se do princípio constitucional da liberdade de iniciativa, princípio-essência e princípio-base, consagrado nos arts. 1º, IV, e 170 como fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica e também com base no respeito à dignidade da pessoa humana e na busca pela existência digna e justiça social, questiona-se: quais são os limites da intervenção do Estado na atividade econômica (por meio da regulação), bem como, qual seria a medida dessa intervenção, de forma que esses dois princípios possam ser preservados e possam coexistir no ordenamento jurídico brasileiro? Por fim, qual seria o papel da defesa da concorrência como instrumento de promoção da liberdade de iniciativa e realização de objetivos sociais desejados?

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A ordem jurídica da economia extrapola a previsão dos dispositivos constitucionais que determinam a sua ideologia e traçam os objetivos e limites para o exercício da atividade econômica, mas constitui-se por todas as normas ou instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas. Nela se insere a Constituição Econômica, que se diferencia das demais normas pelo seu caráter programático da política econômica. A Constituição Econômica, segundo Vital Moreira (1979), é o eixo em torno do qual funcionam os restantes dos institutos jurídico-econômicos.

Na constituição econômica, repercutem as transformações ideológicas e econômicas e os modelos políticos, cujos efeitos traduzem-se na legislação ordinária¹¹⁷. Ela confere legitimidade a determinados interesses sociais, já que, conforme Washington Peluso Albino de Souza (1999), exprime a ideologia captada pelo legislador constituinte e manifestada como um conteúdo político na norma constitucional.

117 Sobre a constituição econômica, cf. SOUZA, Washington Peluso Albino. Primeiras linhas de Direito Econômico. 4 ed, São Paulo: LTr, 1999. p. 220. De acordo com o mesmo autor, as normas de Direito Econômico asseguram a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos de acordo com a ideologia definida, em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país. Op. cit., p. 32-33.

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu um paradigma de atuação do Estado na atividade econômica, consagrando a opção por uma economia de mercado em seu Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira” (art. 170 e seguintes).

O art. 170 adotou como fundamento da ordem econômica a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, reconhecendo e destacando a relevância do livre exercício da atividade econômica como seu alicerce. Ainda, no *caput* do referido artigo são estabelecidos os limites e parâmetros pelos quais deve se pautar esse livre exercício da atividade econômica, ao estabelecer, como seu objetivo, uma existência digna a todos e a justiça social. É certo afirmar, portanto, que o exercício dessa liberdade só se justifica como instrumento de realização das finalidades sociais previstas na norma constitucional¹¹⁸.

Do mesmo modo, ao adotar princípios sociais como norteadores da ordem econômica – ao lado da propriedade privada – são colocados limites ao exercício da atividade econômica, que deve respeitar a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente. Deve ser exercida como um instrumento de redução de desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, sendo o direito de propriedade limitado pela sua função social. Esses princípios constituem-se em instrumentos de realização dos objetivos traçados no *caput* do art. 170, ou seja, instrumentos de defesa do exercício da atividade econômica para a realização de um desenvolvimento sustentável e para todos.

Nesse contexto, revela-se importante a figura do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme previsto no art. 174 da Constituição Econômica¹¹⁹, não mais atuando diretamente na economia, mas direcionando o seu funcionamento ao alcance de objetivos públicos e sociais previamente definidos¹²⁰.

Entre as razões que levaram à adoção de um novo paradigma de atuação do Estado, cita-se a influência da atuação de organismos internacionais, a necessidade de se aumentar a competitividade da economia nacional e de atrair investimentos estrangeiros. No Brasil, destaca-se a dificuldade de financiamento do déficit fiscal, o desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia, submetendo as empresas brasileiras a uma crescente concorrência internacional. Esses últimos fatores apresentaram-se como um problema para o Estado, que não tinha os recursos financeiros e instrumentos técnicos para propiciar às empresas estatais condições de enfrentar essa competitividade externa.

O Estado afasta-se da intervenção direta na economia, tendo a regulação como importante instrumento de realização dos objetivos sociais. Como destaca Alexandre Aragão:

O Estado se torna o centro de interesse principal das empresas no contexto de economias

118 DERANI, C. (2001, p. 215), sobre a norma constitucional como um meio para o alcance de finalidades sociais, muitas vezes prescritas pela própria norma.

119 O Estado intervém na atividade econômica de duas formas. Diretamente, como “Empresário”, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme prevê o art. 173, §§1º a 3º da Constituição da República e, indiretamente, o fazendo por meio de normas que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar a atividade econômica, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*).

120 Sobre a crise do capitalismo liberal e a necessidade de intervenção do Estado, cf. Alberto Venâncio Filho, 1998, p. 7-18.

nacionais mais abertas e interconectadas, atuando em favor do desenvolvimento das condições gerais favoráveis às atividades das empresas, para o que se vale, principalmente, de quatro mecanismos: 1) revogação do maior número possível de normas que possam representar entraves para a atividade empresarial; 2) criação e manutenção das infra-estruturas físicas e sociais necessárias às atividades econômicas; 3) mão-de-obra adequada aos novos processos de produção; e 4) maior remercantilização possível da produção de bens e serviços da qual até há pouco se incumbia, com os objetivos de introduzir maior eficiência na economia, abrindo novos espaços para a valorização do capital (transferência de capitais financeiros para a 'economia real') e reduzindo o déficit público. O Estado passou, portanto, a agir menos de forma piramidal e hierárquica, e mais de forma de rede, articulando o extenso conjunto de centros relativamente autônomos de poder que gravitam acima (entidades internacionais, supranacionais e redes de empresas transnacionais) e abaixo dele (comunidades locais e entidades da sociedade civil), assim como em seu interior (autoridades regulatórias independentes, delegatárias de serviços públicos etc.) (ARAGÃO, 2008, p. 51-52).

É equivocada, assim, a visão de que a regulação do mercado com as suas finalidades públicas e sociais seja incompatível com a liberdade de iniciativa. A regulação, porém, deve se pautar pelos fins traçados na norma (Princípio da Legalidade), preservando a liberdade econômica como valor constitucional e como um dos principais instrumentos para a realização dessas finalidades públicas e sociais desejáveis.

A orientação dada pela norma positivada garante uma participação plena da sociedade na tomada de decisões, o que, conseqüentemente, aproxima a regulação do interesse público que possa ser “fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes, mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social”¹²¹.

A aplicação da lei e a regulação dos mercados, portanto, devem vislumbrar a satisfação ou a ponderação de objetivos distintos em cada sociedade. Isso porque a regulação nada mais é que o direcionamento da economia, o que inclui o esforço para enquadrar o exercício da atividade econômica a determinados fins/objetivos. É claro que esses fins variam de acordo com as necessidades de cada sociedade e que são traçados na legislação e, especialmente na constituição, característica de uma democracia representativa.

121 MARQUES NETO, F. P. de A. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

3 LIVRE INICIATIVA, LIBERDADE ECONÔMICA E REGULAÇÃO

3.1 UMA LEI NACIONAL DA LIBERDADE ECONÔMICA

Conforme exposto, o Estado tem o poder-dever de regular a atividade econômica por meio do exercício da fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CR) e, como agente regulador, deve garantir a coexistência dos princípios da ordem econômica, preservando os seus fundamentos - a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Para tanto, é necessário que a intervenção seja feita de forma eficiente e equilibrada.

Não há, entretanto, no ordenamento, uma norma que enalteça a liberdade ou a livre iniciativa, como se verifica, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor (princípio da defesa do consumidor – art. 170, V, CR), com a Consolidação das Leis Trabalhistas (valorização do trabalho humano – art. 170, *caput* e VIII, CR) e tantas outras.

É nesse contexto que se justifica uma Lei Nacional da Liberdade Econômica, também com o propósito de melhorar o ambiente de negócios no país, questionando os excessos e as ineficiências da regulação pública. É o que destaca o estudo elaborado no âmbito do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)¹²², que apresenta uma proposta acadêmica para a reforma das bases jurídicas da regulação e de sua governança com minuta de projeto lei¹²³:

(...) a concepção de que as múltiplas ordenações estatais sobre a vida privada não devem ser aceitas como dados naturais ou como desejáveis por princípio, tampouco podem se prolongar por simples inércia. Em si, bons propósitos regulatórios são inúteis. O que vale é a capacidade de realizar fins públicos, ao menor custo para a sociedade. O estado que intervé na economia privada deve ter ônus permanente da prova. É isso que a Lei Nacional da Liberdade Econômica pretende e precisa assegurar.

A liberdade econômica não é incompatível com as finalidades verdadeiramente públicas que inspiram a regulação. O equilíbrio ambiental, a coesão social, a segurança das instalações e a qualidade da infraestrutura pública são fundamentais não só à sociedade, mas

122 GRUPO PÚBLICO FGV + SBDP. Proposta acadêmica para a Lei Nacional da Liberdade Econômica. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/proposta-academica-para-a-lei-nacional-da-liberdade-economica/>. Acesso em: 30/09/2019.

123 O projeto é de responsabilidade dos Professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP, coordenador), Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR).

*também ao mercado. O que não pode existir é regulação de pura retórica, cujos compromissos sejam consigo mesma, não com as finalidades públicas*¹²⁴.

É possível afirmar que a proposta de Lei Nacional da Liberdade Econômica acima mencionada e aquela que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica partiram da mesma premissa – a garantia da livre iniciativa e da liberdade econômica, com menos intervenção do Estado e de forma mais eficiente 125 .

Além do objetivo de recuperar o status legislativo da liberdade econômica, o projeto apresentado pelo SBDP elenca como objetivo a proteção da liberdade e as finalidades públicas como instrumentos eficazes de avaliação das medidas estatais de intervenção, para a sua eventual correção ou substituição¹²⁶. É a necessária avaliação do custo da regulação em face dos seus benefícios, indispensável na intervenção na atividade econômica.

Nas palavras de Cristiane Derani:

Para rever os fins da produção, transformando-a numa produção social, não basta o Estado Social, a quem é impossível realizar plenamente o papel de defensor da coletividade, traduzindo uma espécie de 'efeito tampão' das imperfeições do mercado. À ineficiência do mercado não é possível contrapor um aumento da burocracia. Existe um grau ótimo de atuação do Estado, que, depois de ultrapassado, torna-o uma máquina pesada e ineficiente, com uma burocracia que concorre com o desenvolvimento da produção, a qual visava inicialmente melhorar. Quanto a este limite, afirma Robert Kurz: "Estado e mercado servem-se reciprocamente, porém não no ideal de complementação na busca de um processo social civilizatório" (DERANI, 2001 p. 114-115).

Ainda como objetivo, o projeto destaca o combate à corrupção, com a redução das barreiras à entrada, mencionando os “atos públicos de liberação”, como excepcionais e temporários, e esclarece:

124 Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/proposta-academica-para-a-lei-nacional-da-liberdade-economica/>.

125 Hoje, como afirma Gianluca Lorenzon, um dos redatores da MP convertida em Lei, a norma se justifica para acelerar a economia, diminuir o desemprego e ajudar a dar resultado nos investimentos de tecnologia e educação. Disponível em <https://www.boletimdaliberdade.com.br/2019/06/18/redator-da-mp-da-liberdade-economica-comenta-acao-do-pdt-para-inviabiliza-la/>. Acesso em 28/9/19.

126 Segundo Rachel Sztajn, em Teoria Jurídica da Empresa (2004, p. 51), regulação é instrumento legal para ordenar mercados, manifestada por via reguladora das atividades econômicas.

Na literatura econômica, a proliferação destes atos públicos de liberação está associada à criação de oportunidades para atos ilícitos. O exercício da atividade econômica em questão fica, assim, condicionado à obtenção, pelos agentes públicos, de vantagens indevidas. É a teoria das ‘cabines de pedário’ ou toobooth theory. O projeto busca reduzir estas oportunidades, limitando os atos de liberação e exigindo a sua revisão periódica. Ao fazer isso, tende a jogar luz sobre diversas medidas que servem a fins espúrios e não se destinam à consagração de nenhuma finalidade pública relevante ¹²⁷.

3.2 A LEI Nº 13.874/2019

A Medida Provisória 881 – “MP da Liberdade Econômica”, convertida na Lei nº 13.874/19, sofreu severas críticas, especialmente diante da alegação de que a matéria prevista na lei, além de não ser relevante e urgente a ponto de justificar a edição de uma Medida Provisória, já teria previsão em diversos textos legais, dentre eles a própria Constituição.

Quanto ao primeiro ponto, o art. 62 da Constituição da República autoriza, excepcionalmente, a edição de normas pelo Poder Executivo, o que deve ser feito somente em casos de relevância e urgência.

O questionamento feito em relação à “MP da Liberdade Econômica”, agora Lei Federal, é se, de fato, haveria relevância e urgência necessária para a sua edição, a ponto de prejudicar o aprofundamento do estudo das suas normas e a participação da sociedade, o que poderia ter sido feito via projeto de lei e não por medida provisória.

Por outro lado, defende-se que, considerando-se a situação econômica do país, a necessidade de se criar um ambiente jurídico que possa atrair os investimentos e aumentar a geração de empregos, a “MP da Liberdade Econômica” seria relevante e urgente e teria como objetivo principal fomentar o investimento, as oportunidades de negócios com o aquecimento da economia, gerando uma maior segurança para o mercado, resultando em benefícios para toda a sociedade e para o desenvolvimento da nação, como esclareceu Gianluca Lorenzon, um dos redatores da MP convertida em Lei 128.

O art. 1º da Lei nº 13.874/19 instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, partindo-se dos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica e, ao longo do seu texto, também é possível identificar a clara intensão de resgatar o status da liberdade econômica como valor constitucional, alicerce da ordem econômica e instrumento indispensável à realização das finalidades sociais previstas na Constituição.

127 Disponível em <http://www.sbdp.org.br/publication/proposta-academica-para-a-lei-nacional-da-liberdade-economica/>.

128 Disponível em: <https://www.boletimdaliberdade.com.br/2019/06/18/redator-da-mp-da-liberdade-economica-comenta-acao-do-pdt-para-inviabiliza-la/>. Acesso em 28/9/19.

4 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA LIBERDADE DE INICIATIVA

Se ambiente jurídico e econômico no Brasil demanda uma lei que resgate o verdadeiro status da liberdade de iniciativa, de alguma forma encoberto pelas leis interventivas que priorizam outros valores constitucionais, muitas vezes colidentes, a defesa da livre concorrência não pode ser desconsiderada, pois se trata de importante instrumento para tanto, especialmente em virtude da relação direta existente entre a liberdade no exercício da atividade econômica e a igualdade.

A defesa da concorrência, portanto, não pode ser vista como uma limitação à livre iniciativa, mas como garantia indispensável ao seu pleno exercício, viabilizando o acesso e a permanência das empresas no mercado ao combater a elevação artificial de barreiras à entrada e evitando a exclusão de empresas pelas práticas desleais.

A existência e correta aplicação de uma legislação de defesa da concorrência tem também um papel relevante na compatibilização dos valores dispostos no art. 170 da Constituição, já que é capaz de viabilizar a realização dos objetivos sociais desejados. Como destacou Recasens Siches (1970) o princípio da igualdade não exige uma igualdade de bens, o que seria injusto, em virtude dos notórios desníveis de capacidade, mas uma igualdade de oportunidades. Desse modo, assinala que “el principio de paridad no exige que todos los corredores lleguen a un tiempo a la meta y reciban la misma recompensa, lo cual, lejos de constituir igualdad, sería algo inicuo: pero si exige que todos salgan de un mismo punto de partida y que el juego sea limpio”¹²⁹.

Considera-se, para tanto, como superado o entendimento de que a concorrência plena, com os seus clássicos e propagados benefícios, tais como redução de preços e progresso tecnológico, seria o único objetivo das leis de defesa da concorrência, deixando as demais preocupações para outras políticas públicas. A preservação da concorrência, pura e simples, não é o único objetivo na aplicação das leis de defesa da concorrência e que aquela deve, portanto, ser sacrificada em nome de outros fins.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho coloca as questões distributivas como o objetivo a ser perseguido na regulação dos mercados, inclusive como instrumento propulsor do crescimento. Tal entendimento, segundo ele, justifica-se pela constatação incontestável de que:

(...) nos países subdesenvolvidos, alterações de demanda e não alterações no processo produtivo são os grandes elementos propulsores do crescimento”. Não haveria, portanto, “justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência. Ela deve, necessariamente, ser direcionada precipuamente à redistribuição, única forma de expandir, de forma estruturada e linear, o consumo pela sociedade”. Registra que essa expansão do consumo seria uma forma de eliminar “inefi-

129 SICHES, L. R. Tratado general de filosofia Del Derecho. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 530.

ciências alocativas da concentração do conhecimento econômico, na medida em que expande a base de coleta de dados sobre preferências individuais (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 83).

Carlos Jacques Vieira Gomes (2004) aponta a concentração econômica como fator de redução substancial de emprego. O autor chega a falar de um monopsônio no mercado de trabalho. Desse modo, entende que a análise antitruste deve evitar a formação de estruturas econômicas concentradas, que produzam redução no nível de emprego e, ainda: “a isenção antitruste aos sindicatos, permitindo-se a ampla restrição da concorrência entre empregados, como meio de se valorizar o trabalho humano”¹³⁰.

Nesse sentido, Luis Fernando Schuartz (2002, p. 64) afirma que os objetivos imediatos da política de concorrência seriam: “(...) garantir e aumentar pressões competitivas para possibilitar e acelerar o aproveitamento social dos ganhos das atividades inovativas. Acrescenta, porém, que deve haver espaço para preocupações distributivas, “mas como momentos subordinados na busca dos referidos objetivos imediatos (e jamais como fins em si mesmos, colocados um ao lado do outro, hipótese em que dariam origem a complexos problemas de consistência legal)” (SCHUARTZ, 2002, p. 64).

O alcance de objetivos sociais seria, assim, um reflexo, subordinado e decorrente da manutenção de pressões competitivas – objetivo imediato, o fim em si mesmo das leis de concorrência.

Nesse ínterim, Cristiane Derani pontua que:

(...) que não se realiza o princípio da liberdade de empreender sem a garantia real dos meios para a prática da atividade econômica. Por isso nunca é demasiado afirmar que os princípios da liberdade e da igualdade caminham juntos, e são indissociáveis na persecução dos fins últimos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, que se deixam reduzir àquele objetivo que engloba todos os demais previstos no artigo terceiro, inciso primeiro da Constituição Federal: ‘Construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (DERANI, 2001, p. 255-256).

Entende-se, portanto, que não se pode deixar de lado uma política de defesa da concorrência em uma agenda que pretende o fortalecimento da liberdade econômica como garantia do princípio constitucional da livre iniciativa, indispensável à realização dos objetivos sociais traçados como fim da ordem econômica – uma existência digna e justiça social.

130 GOMES, C. J. V. Os escopos sociais do Direito Antitruste. Revista do Ibrac, São Paulo, 2004, vol 11, n. 2, p.132.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste breve estudo é possível considerar que os valores que norteiam a Lei nº 13.874/19, a chamada “Lei da Liberdade Econômica”, quais sejam, a liberdade como garantia para o exercício das atividades econômicas e a intervenção excepcional do Estado em tais atividades (art. 2º, I e III), estão bem alinhados ao princípio constitucional da livre iniciativa e, também, da livre concorrência.

Entretanto, muito embora já exista a previsão constitucional que garanta a liberdade aos agentes econômicos no mercado, a importância da Lei nº 13.874 enaltece o referido princípio e reforça critérios de eficiência ao preconizar a atividade do Estado de forma subsidiária, equilibrada e eficiente, com o objetivo de se garantir um ambiente de desenvolvimento e sem prejuízos à busca pela existência digna e justa social.

Neste contexto, verifica-se que a livre concorrência é também um importante instrumento para a realização da liberdade, coibindo o abuso do poder econômico, a concentração injustificada e a criação de formas artificiais de poder de mercado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRUPO PÚBLICO FGV + SBDP. **Proposta acadêmica para a Lei Nacional da Liberdade Econômica**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/proposta-academica-para-a-lei-nacional-da-liberdade-economica/>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

GOMES, C. J. V. Os escopos sociais do Direito Antitruste. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 11, n 2, 2004.

LORENZON, G. Relator da MP da liberdade econômica comenta ação para inviabilizá-la. **Boletim da Liberdade**. 2018. Disponível em: <https://www.boletimda-liberdade.com.br/2019/06/18/redator-da-mp-da-liberdade-economica-comenta-acao-do-pdt-para-inviabiliza-la/>. Acesso em 28 de set. de 19.

MARQUES NETO, F. P. de A. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, V. **Economia e constituição**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHUARTZ, L. F. O Direito da Concorrência e seus fundamentos – racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8.884/94. In: POSSAS, M. L. (Coord.) **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

SICHES, L. R. **Tratado general de filosofia Del Derecho**. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1970.

SOUZA, W. P. A. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 4.ed, São Paulo: LTr, 1999.

SZTAJN, R. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo, Atlas, 2004.

VENÂNCIO FILHO, A. **A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIVULGAÇÃO UNILATERAL PÚBLICA DE INFORMAÇÕES: CARACTERÍSTICAS E ANÁLISE DAS DECISÕES DO CADE

Elisa Santos Coelho Sarto¹³¹, Fabiano Teodoro de Rezende Lara¹³²

RESUMO: O presente artigo pretende realizar um estudo preliminar sobre a divulgação de informações sensíveis de forma unilateral e pública, além de seus efeitos lesivos à concorrência. Para tanto, descreve-se na primeira parte as categorias e características existentes de divulgação: bilateral ou unilateral; pública ou privada. Na segunda parte do estudo, são verificados casos investigados pelo CADE sobre influência de conduta comercial uniforme através da divulgação unilateral pública de informações realizada por associações e sindicatos.

Palavras-chave: Direito da concorrência; Divulgação unilateral de informações; Condutas unilaterais; Influência de conduta uniforme.

ABSTRACT: The paper aims to conduct a preliminary study on the unilateral and public disclosure of sensitive information, as well as its harmful effects on completion. The first part describes the existing categories and characteristics of disclosure: bilateral or unilateral; public or private. In the second, we analyze cases investigated by CADE (Brazilian Competition Authority) on the Influence of Uniform Commercial Conduct through the unilateral disclosure of information performed by associations and unions.

Keywords: Competition law; Unilateral disclosure of information; Unilateral conduct, Influence of uniform commercial conduct.

1 INTRODUÇÃO

Há uma constante troca de informações entre os agentes de um mercado, tanto de forma implícita quanto explícita. Uma empresa informa aos seus consumidores os preços de suas mercadorias, informa aos seus fornecedores a quantidade de matéria-prima que está comprando e por qual preço está disposta a comprar. As empresas obtêm também informações da atuação de seus concorrentes a partir de dados agregados como a participação no mercado de cada um, a oferta agregada, o nível médio de preços.

131 Mestranda em Direito Econômico pela UFMG. Monitora do Núcleo de Direito da Concorrência do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE/UFMG). Graduada em Direito pela UFMG e em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: elisasarto@hotmail.com

132 Professor Associado do Departamento de Direito Público e do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico da UFMG (GPDE/UFMG).

Como bem destaca a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2012, p.39, tradução livre), a maioria das comunicações não traz qualquer prejuízo, “[a]final, os preços são feitos para serem comunicados e a simples divulgação de informações sobre preços não pode ser considerada anticompetitiva como tal”¹³³. Neste interim, a informação pode ser repassada tanto de maneira bilateral, quanto unilateral. Bilateralmente ocorre quando as duas partes recebem e fornecem informação. A unilateral ocorre quando somente uma das partes revela a informação, enquanto a outra permanece apenas como receptora.

Ainda, a troca de informações é também classificada pelo meio em que ocorre, podendo ser pública ou privada. A troca privada ocorre quando a informação é restrita a determinados agentes privados. A empresa que a divulga sabe exatamente qual será o destinatário daquele dado. Já a divulgação pública ocorre quando a informação é liberada a todos, sem distinção de destinatário, como por exemplo, uma entrevista a um jornal de grande circulação ou uma informação colocada em um *site* de fácil acesso e nas redes sociais.

No entanto, algumas informações são consideradas sensíveis ao mercado: quantidade produzida, custos de produção, preço que se pretende cobrar futuramente, dentre outras. Essas informações, se forem de conhecimento dos concorrentes, podem levar a uma conduta coordenada, ainda que tácita, entre esses agentes. Consequentemente, o acesso à informação pode levar à formação de um cartel. Dependendo do conteúdo da informação repassada, elas são capazes de diminuir o comportamento independente e autônomo dos agentes.

(...) opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que tenha por objectivo ou efeito conduzir a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado. Tal impede qualquer contacto directo ou indirecto entre esses operadores, que tenha por objecto ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente efectivo ou potencial quer revelar a esse concorrente o comportamento que se decidiu adoptar ou que se tenciona adoptar no mercado, favorecendo assim a adopção de um comportamento colusivo no mercado. Assim, o intercâmbio de informações pode constituir uma prática concertada se reduzir a incerteza estratégica no mercado, favorecendo deste modo um comportamento colusivo, por exemplo, se os dados objecto do intercâmbio forem relevantes de um ponto de vista estratégico. Consequentemente, a partilha de dados es-

133 “Prices after all are meant to be communicated and the simple disclosure of price information cannot be considered as anti-competitive as such” (OCDE, 2012).

tratégicos entre concorrentes equivale a uma concertação, visto que reduz a independência do comportamento dos concorrentes no mercado e diminui os seus incentivos para concorrer (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 14, grifos dos autores).

Nesse sentido, propõe-se, aqui, um estudo preliminar sobre troca de informações sensíveis de forma unilateral e pública. Na primeira parte, serão descritas as características e os possíveis efeitos pró e/ou anticompetitivos da troca de informações sensíveis. Em seguida, serão analisados casos investigados pelo CADE por infração à ordem econômica consistente em divulgação unilateral pública de informações sensíveis, procedendo-se ao exame crítico do posicionamento do órgão antitruste brasileiro.

2 DIVULGAÇÃO UNILATERAL DE INFORMAÇÃO

É possível observar a divulgação de informação sob diferentes perspectivas. Pode-se analisar, por exemplo, o sentido, os meios ou a natureza da informação divulgada. Para os limites que se propõe neste estudo preliminar, é suficiente a análise de sentido e natureza das informações sensíveis divulgadas. Assim, dentre outros aspectos que seriam possíveis, entende-se que a divulgação de uma informação pode ser (1) *bilateral* ou *unilateral*; (2) *privada* ou *pública*.

2.1 SENTIDO DA DIVULGAÇÃO DAS INFORMAÇÕES: DIVULGAÇÕES BILATERAIS OU UNILATERAIS

A divulgação bilateral de informações funciona como uma via de mão dupla, ou seja, ocorre reciprocamente entre os sujeitos econômicos, ainda que por vias indiretas. A divulgação unilateral, por sua vez, tem apenas um sentido, ou seja, é feita de um sujeito a outro sem reciprocidade.

O potencial de gerar efeitos lesivos à competição por meio da divulgação de bilateral de informações é grande, porque há *troca* de informações, com possibilidade de haver ganhos recíprocos. Assim, um agente econômico em situação de troca bilateral pode ser capaz de antever os ganhos que terá com a informação adquirida, sopesando-os com as perdas decorrentes das informações transmitidas.

De outro lado, o potencial lesivo da divulgação unilateral de informações é menos óbvio. A divulgação unilateral pode ser uma preocupação quando as informações reveladas têm o potencial de lesar a concorrência, diminuindo a independência dos agentes.

O tema foi bem sintetizado pelo Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na decisão do Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49, em se afirmou:

O tema é explorado pela literatura especializada pelo termo “unilateral disclosure of information”, sendo que as condutas desse gênero podem ser levadas a cabo tanto por entidades de classe quanto por agentes econômicos, geralmente através de meio público, que disseminam informações relevantes sobre determinado mercado, tais como preços, dados históricos, custos, capacidades de

produção, dentre outros (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019).

O Tribunal Administrativo do CADE (2019) ressaltou, ainda, que o risco anticoncorrencial dessa divulgação unilateral ocorre quando a informação refere-se a informações sensíveis, como as estratégias comerciais de uma empresa. Com a divulgação unilateral, o concorrente poderia passar a saber, por exemplo, o provável preço que a empresa pretende cobrar por seus produtos no futuro ou quando este passará a ser cobrado. E, com essa informação, pode coordenar suas estratégias de preços (ou resposta) para diminuir o grau de competitividade e aumentar os lucros de ambas as empresas.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2012) também aponta a existência de potencialidade de efeitos negativos em um ambiente com “transparência aumentada”. Um destes efeitos é a facilitação de conluio entre os concorrentes, principalmente através da sinalização de intenções futuras de preços e criação de pontos focais, o que permitiria que estas empresas alinhassem o comportamento.

Anúncios unilaterais podem funcionar como dispositivos de sinalização pelos quais elas podem indiretamente comunicar suas intenções. Essa divulgação de informações, e a transparência resultante que ela cria, também podem ser usadas pelas empresas para monitorar e fazer cumprir acordos colusivos existentes. O resultado pode causar efeitos potencialmente anticoncorreciais no mercado¹³⁴ (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012, p.11).

Nem toda divulgação, no entanto, pode ser considerada lesiva à concorrência. A divulgação de dados traz mais transparência ao mercado. A transparência do mercado é normalmente referida como elemento essencial da formação de um ambiente competitivo. Segundo o relatório da OCDE (2012) no *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, uma maior transparência no mercado leva ao ganho de eficiências para todos os envolvidos, inclusive para os consumidores.

Com efeito, na perspectiva dos consumidores, saber mais sobre o mercado diminui os custos de transação envolvidos em uma compra. Tendo em vista a assimetria de informações existente entre os produtores e consumidores, uma vez que estes últimos não conhecem todos os detalhes de um produto ou do mercado em que se insere, quanto mais informações divulgadas, mais transparente será o mercado e menor será a assimetria de poder de mercado entre produtores e consumidores.

Em 1961, Stigler enfatizou a importância dos custos de pesquisa para os consumidores. Os compradores precisam identificar os vendedores e seus preços, enquanto os clientes precisam buscar conhecimento sobre a qualidade dos produtos. Quanto mais informações estiverem disponíveis no mercado (ou seja, sobre produtos e serviços e seus fornecedores), mais bem posicionados estarão os consumidores para escolher entre os produtos concorrentes, pois eles terão

134 “However, increased transparency may also have negative effects on the market through either directly facilitating collusion among competitors or, particularly with respect to prices, providing them with focal points, which may be used by firms to align their behaviour. Unilateral announcements can function as signalling devices by which they can indirectly communicate their intentions. Such information disclosure, and the resulting transparency it creates, may also be used by firms to monitor and enforce already existing collusive agreements. The result may have potentially anticompetitive effects on the market” (OCDE, 2012, p. 11).

uma melhor compreensão das características do produto. Os consumidores podem comparar os termos e condições das várias ofertas e escolher livremente o mais adequado para suas necessidades. Os efeitos positivos da publicidade de preços são geralmente considerados superiores aos efeitos colusivos dos anúncios¹³⁵ (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012, p.25).

Além disso, saber quando um produto aumentará de preço ajuda o consumidor a se planejar. Se há uma intenção real de realizar determinada compra, o sujeito poderia antecipá-la e garantir melhor preço. Se é produto de uso contínuo, pode-se planejar e fazer estoque. Assim, ele não será pego de surpresa, o que diminui as incertezas.

Como bem destaca a *International Bar Association* (IBA, 2014), na “Minuta de Guia sobre Informações Públicas prejudiciais à Concorrência”¹³⁶, o fácil acesso a informações históricas e atuais de preços, disponíveis em propagandas, na internet, em sites de comparação de preços, permite que as pessoas tenham um leque maior de possibilidades e comprem realmente no negócio que estiver oferecendo o menor preço, não somente nas lojas em que têm costume de comprar. Essa transparência incentiva a concorrência entre as empresas, uma vez que o consumidor terá mais informações por um custo de pesquisa menor. Este efeito positivo não ocorre somente para os consumidores finais, mas também nas transações de empresa para empresa. Logo, mais informação permite uma posição maior de barganha para uma empresa que está em negociação com seus fornecedores.

Ademais, um mercado transparente traz ganhos de eficiência para a captação de investimentos. Quanto mais informações os investidores tiverem, maior será a segurança e previsibilidade em relação às mudanças futuras de determinado mercado, sendo mais fácil tomar a decisão de realizar um investimento, o que acaba por fomentá-lo (MACKENZIE; ANCELINE; BACKER, 2016).

Também foi observado pela IBA que os anúncios unilaterais públicos, tais como divulgação de estratégias futuras e preço proposto, encorajam os investidores e mantêm a confiança existente no mercado, o que leva a uma alocação mais eficiente dos recursos. As comunicações também podem facilitar a identificação de áreas de negócios com potencial de prosperar ou novas ideias de negócios (2014). E, ainda, a IBA também aponta para possíveis benefícios para a própria indústria. Os anúncios públicos seriam importantes na tomada de decisão das empresas quanto à alocação dos seus recursos, na definição da produção e de potencial expansão, uma vez que estarão mais bem informados sobre a demanda real daquele mercado.

A análise sobre os efeitos da divulgação unilateral de informações deve incluir outras características da divulgação, como bem indicado pela OCDE:

135 “In 1961, Stigler emphasised the importance of search costs for consumers. Buyers need to identify sellers and their prices, while customers need to search for knowledge on the quality of goods. The more information is available on the market (i.e. on the products and services and their suppliers), the better placed consumers are to choose between competing products, as they will have a greater understanding of the product characteristics. Consumers can knowledgeably compare terms and conditions of the various offerings and freely choose the most suitable one for their needs. The positive effects of price advertising are generally considered outweighing in magnitude the collusive effects of the announcements” (OCDE, 2012, p. 25).

136 “Draft Guidance on Public Statements that Harm Competition” (IBA, 2014).

Dados os potenciais efeitos pró e anticompetitivos de anúncios unilaterais, as agências de concorrência enfrentam o desafio de decidir quais são nocivos. Se os efeitos anticoncorrenciais da divulgação unilateral de informações superam quaisquer efeitos que aumentem a eficiência ou não, isso é altamente específico dos fatos. Regras claras são, portanto, difíceis de estabelecer. No entanto, certos fatores, como a natureza, o conteúdo e o contexto da divulgação, permitem categorizações gerais que podem ser usadas como pontos de partida na análise concorrencial¹³⁷ (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2012, p.11).

A esta altura, já se percebe que a análise de uma divulgação unilateral de informação não é simples de ser feita, porque envolve efeitos pró e anticoncorrenciais. Isso é, não se pode afirmar aprioristicamente que a divulgação unilateral de informações é necessariamente benéfica para o mercado ou para a concorrência porque gera transparência.

2.2 NATUREZA DA DIVULGAÇÃO DAS INFORMAÇÕES: DIVULGAÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS

Outro fator que se deve analisar nesse estudo preliminar é a **natureza** da divulgação da informação sensível. A diferença da natureza da divulgação, isso é, se a divulgação é feita de forma **pública** ou **privada**, pode influenciar diretamente na existência ou falta das eficiências referidas anteriormente.

A divulgação pública de informações distingue-se da divulgação privada pelo modo em que é realizada. A divulgação considerada genuinamente pública é aquela em que a informação torna-se disponível a todos (fornecedores, consumidores e concorrentes) e é possível obtê-la sem nenhum custo. Ela traz ao mercado transparência, o que pode inclusive aumentar a concorrência. Já a divulgação privada ocorre apenas para um certo grupo, como os concorrentes ou fornecedores, o que tem o potencial de restringir a concorrência (OCDE, 2012).

A troca de informações sensíveis restrita a apenas alguns agentes de mercado tem alto potencial anticoncorrencial. As empresas, quando têm intenção de realizar certa conduta coordenada ilícita, trocam entre si informações sensíveis sobre o mercado de forma privada através de e-mails, contato direto, telefonemas, reuniões.

É geralmente aceito que anúncios “privados”, direcionados apenas aos concorrentes, devem ser proibidos, pois não possuem justificativa de eficiência e só podem ser motivados pela intenção de ajudar os rivais a coordenar um determinado preço colusivo, e evitar períodos dispendiosos de guerras de preços e in-

137 “Given the potential pro- and anticompetitive effects of unilateral announcements, competition agencies face the challenge of deciding which are on balance harmful. Whether the anticompetitive effects of unilateral disclosure of information outweigh any efficiency enhancing effects is highly fact specific. Bright line rules are therefore difficult to establish. Nevertheless, certain factors, such as the nature, content and context of the disclosure, allow for general categorizations that may be used as starting points in competitive analysis”(OCDE, 2012, p. 11).

Ainda, como bem pondera González,

*trocas privadas de intenções individuais de conduta futura em relação a preços e quantidades podem ser vistas como o mecanismo mais eficaz para alcançar um resultado colusivo. Como essa atividade de troca tem, sem dúvida, o maior potencial anticompetitivo, deve ser considerada o tipo mais perigoso de compartilhamento de informações*¹³⁹ (GONZÁLEZ, 2012, p. 34).

Ou seja, ainda que a divulgação em si seja mais difícil de ser identificada, é mais fácil detectar **os efeitos** anticoncorrenciais de uma divulgação privada, tendo em vista que não há muitas justificativas plausíveis para essa “divulgação restrita”, a não ser a intenção de coordenar condutas entre os sujeitos da comunicação.

Percebe-se, portanto, que as eficiências da divulgação unilateral destacadas anteriormente são mais facilmente visualizadas nas divulgações públicas. No entanto, os efeitos anticoncorrenciais também podem ocorrer em divulgações públicas de informações sensíveis.

Quando uma empresa profere um anúncio unilateral genuinamente público, por exemplo através de um jornal, este comportamento não constitui normalmente uma prática concertada na acepção do artigo 101.o, N.º 1 (10). No entanto, em função dos factos subjacentes ao processo em apreço, não pode ser excluída a existência de uma prática concertada, por exemplo, no caso de tal anúncio ser seguido de anúncios públicos de outros concorrentes, sobretudo devido ao facto de as respostas estratégicas dos concorrentes aos anúncios públicos de outros concorrentes (por exemplo, que impliquem reajustamentos dos seus anúncios anteriores aos anúncios dos concorrentes) poderem revelar-se uma estratégia para chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 14).

138 “It is generally accepted that “private” announcements, which are directed to competitors only, should be forbidden as they don’t have any efficiency justification and can only be motivated by the intention to help rivals to co-ordinate on a particular collusive price, and avoid costly periods of price wars and price instability” (OCDE, 2012. p. 40).

139 “Private exchanges of individual intentions for future conduct regarding prices and quantities can be seen as the most effective mechanism to achieve a collusive outcome. Since such exchanging-activity has undoubtedly the largest anticompetitive potential, it should be consequently considered the most hazardous type of information sharing” (GONZÁLEZ, 2012, p. 34).

Como bem pondera Hughes e Wandschneider (2016), uma divulgação pública de preços, por exemplo, pode ser um verdadeiro convite à colusão. O anúncio público prévio de intenção de cobrar determinado preço, sem obrigação legal de cumprir essa intenção, pode revelar ser início de manobra para verificar se os concorrentes vão aderir ao eventual aumento dos preços, servindo apenas como teste ou proposta de cartel. Estes anúncios, sem vinculação a uma obrigação jurídica correspondente, serviriam, portanto, para sinalizar uma intenção de preços, na tentativa de criar um ponto focal. Se os concorrentes reagem, também aumentando os preços que cobram, a manobra se torna bem sucedida. Se os concorrentes não respondem ao convite tácito à colusão, a empresa anunciante não deve necessariamente sofrer prejuízos, pois pode não concretizar a intenção antes declarada.

Hughes e Wandschneider (2016) demonstram esse mecanismo em um caso investigado pela Autoridade antitruste holandesa no setor de telecomunicações móvel, no caso chamado 'Teoezeggingsbesluit mobiele operators', de janeiro de 2014. Um diretor de uma companhia anunciou em uma conferência comercial que a empresa tinha a intenção de introduzir a cobrança de uma nova taxa nos serviços de telecomunicações. Isso ocorreu antes de a empresa ter sua decisão interna final sobre a cobrança da nova taxa. Após a conferência, dois concorrentes também anunciaram que iriam passar a cobrar a nova taxa, e em pouco tempo ela já estava sendo cobrada por todos agentes de mercado.

Resta claro que a divulgação foi realizada de modo a verificar se os concorrentes acompanhariam o seu movimento, aderindo ao aumento dos preços. Ou seja, foi um convite à conduta coordenada, de forma pública. Na expressão em inglês: "*hiding in plain sight*" ou proposta de cartel, fazendo-a em público e às vistas de todos.

Lean, Ogur e Rogerscom manifestam a preocupação com o acompanhamento e controle das comunicações públicas, que também devem ser monitoradas pelas autoridades antitruste:

Contudo, nossa análise também sugere que, se a intervenção antitruste se limitar a formas tradicionais de conspiração (por exemplo, reuniões em quartos de hotel ou outras comunicações privadas), ela poderá deixar outras formas de conluio eficaz intocadas. Em outras palavras, dedicando alguma atenção à comunicação pública e práticas facilitadoras, as autoridades antitrustes podem aumentar os benefícios de suas atividades para a sociedade¹⁴⁰ (LEAN, OGUR, ROGERS, 1984, p.17).

Apesar de parecerem, em sua maioria, inofensivos, os anúncios unilaterais públicos podem provocar aumento de preços e verdadeiros convites à colusão. Sendo assim, é uma prática que deve estar no radar das autoridades antitruste.

140 "However, our analysis also suggests that, if antitrust intervention is limited to traditional forms of conspiracy (e. g. meetings in hotel rooms or other private communications), it may leave other forms of effective collusion untouched. In other words, by devoting some attention to public communication and facilitating practices, the antitrust authorities may increase the benefits of their activities to society" (LEAN, OGUR, ROGERS, 1984, p.17).

No próximo tópico serão analisados os casos em que houve investigação do CADE provocada por divulgação unilateral pública de informações.

3 CASOS DE DIVULGAÇÃO UNILATERAL INVESTIGADOS PELO CADE

Com o intuito de analisar qual a posição do CADE sobre a divulgação unilateral pública de informações, foi realizada pesquisa no SEI, o sistema de consulta disponível no *website* do órgão, com acesso às informações públicas dos processos administrativos. Foi utilizada para pesquisa a expressão “divulgação unilateral de informações”, bem como o seu equivalente em inglês “*unilateral disclosure of information*”. Foi selecionado o campo de “documentos gerados”. Dos resultados encontrados pelo sistema, foram verificados quais se tratavam de divulgação privada e pública, sendo examinados nesse trabalho os casos de divulgação pública.

Foram encontrados três processos administrativos que envolviam divulgação pública. Um quarto caso, processo administrativo nº 08012.000069/2012-58, foi citado no voto do Relator Conselheiro Paulo Burnier, no Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49, apesar de não ter sido encontrado nas buscas realizadas no sistema. Este quarto caso é mencionado a título de informação.

3.1 CASO UBA (2009-2010)

No processo administrativo nº 08012.003623/2009-53, contra a União Brasileira de Avicultura (UBA) e outros representados, dentre eles o Presidente da UBA, a investigação ocorreu por determinação da Secretaria de Direito Econômico (SDE), que apurou a existência de notícias divulgadas em *sites* jornalísticos em que a UBA recomendava a diminuição em 20% da produção das empresas produtoras de frango. Essa mesma recomendação constava no Relatório Anual de 2008 da UBA. O intuito era diminuir a oferta, evitando queda de preços no mercado interno. Pelas notícias veiculadas, a Secretaria de Direito Econômico (2009b) entendeu que havia indícios de realização de reuniões para troca de informações sensíveis.

Apesar de o ilícito concorrencial não se limitar somente à divulgação pública da informação, neste caso, ainda assim foi elemento essencial para averiguação da conduta, uma vez que a SDE instaurou o processo administrativo após ter conhecimento das notícias veiculadas.

O caso foi remetido ao Tribunal Administrativo do CADE, em 30 de dezembro de 2009, por meio do despacho de nº 1032 (2009c), da Secretária de Direito Econômico, Mariana Tavares Araújo, que opinou pela condenação da UBA. O processo foi distribuído ao Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragoza, em 20 de janeiro de 2010.

Foi proposto um Termo de Compromisso de Cessação de Prática pela UBA e seu Presidente, processo que tramitou no CADE sob o nº 08700.002933/2009-01. O TCC foi votado e aprovado pelos Conselheiros em 09 de junho de 2010, na 468ª Sessão Ordinária de Julgamento. No Termo celebrado, a UBA se comprometeu a recolher R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais) ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, enquanto o seu Presidente se comprometeu a reco-

lher R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Foi colocada também como obrigação da UBA a divulgação, em seu *website*, da versão eletrônica da Cartilha da SDE “Combate a cartéis em sindicatos e associações” (CADE, 2010).

3.2 CASO ABICAB (2009-2013)

O Processo Administrativo nº 08012.001772/2009-88 contra a Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados (Abicab) e outros foi instaurado também de ofício pela Secretaria de Direito Econômico, a partir de notícias veiculadas em vários jornais de grande circulação, no início de março de 2009. Foi realizada coletiva de imprensa, pela Abicab, no dia 04/03/2009, na qual foram divulgados vários dados sobre os ovos de Páscoa, dentre eles, uma estimativa de preços “Em relação aos preços, devem ficar em torno de 8% mais altos na comparação com 2008...” (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009). As notícias dos jornais repercutiram os dados divulgados, o que chamou a atenção da SDE para a conduta com potencial efeito anticompetitivo.

Tal comportamento pode configurar conduta anticoncorrencial, uma vez que a associação, ao emitir comunicação prévia de importantes variáveis comerciais como preços e níveis de produção, pode influenciar artificialmente o mercado em direção a condutas coordenadas, provocando uniformização das condições de comercialização praticadas pelas concorrentes.

Tais condutas são especialmente, mas não exclusivamente, preocupantes com relação ao mercado de produtos de chocolate produzidos especialmente para a páscoa, no qual, pela sua sazonalidade, dados relativos às quantidades produzidas são importantes na definição da estratégia das empresas (fls. 14/22). (SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, 2009).

Durante as investigações, verificou-se que haviam sido realizadas coletivas de imprensa para divulgação de estimativas de aumento de preços dos ovos de Páscoa também nos anos entre 2005 e 2008. Todas as coletivas foram realizadas em um período entre 60 e 30 dias antes da Páscoa - período em que era possível influir na definição dos preços.

Em dezembro de 2012, a ABICAB, seu Presidente, Vice-Presidente e Vice-Presidente de Comunicação propuseram a celebração de TCC, requerimento nº 08700.011043/2012-87. O requerimento foi distribuído ao Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, em 19 de janeiro de 2013. Na Sessão de Julgamento de 03 de julho de 2013, foi homologado o TCC, que previu o pagamento das seguintes multas destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos: a ABICAB se comprometeu a pagar R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), o seu Presidente se comprometeu a recolher R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e o seu Vice-Presidente e o Vice-Presidente de Comunicação se comprometeram a pagar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) cada (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013).

3.3 CASO SIMPA (2012-2013)

O Processo Administrativo nº 08012.000069/2012-58 foi instaurado contra Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e Papelaria do Estado de São Paulo e Região (Simpa/SP) e seu presidente. Houve uma recomendação, em janeiro de 2010, no *site* do sindicato, para aumento de preços e depois, em 2011, o aumento foi reiterado em notícias de jornais:

Consoante o apurado nos citados autos, em 06 de janeiro de 2010, os Representados teria feito recomendação, por meio site do Simpa/SP, para que os varejistas repassassem o índice de inflação do período para os preços dos produtos componentes da lista de material escolar.

De modo reiterado, um ano depois, em 21 de dezembro de 2011, o Simpa/SP teria feito uma nova recomendação sobre o aumento do material escolar por meio dos portais de notícias UOL, InfoMoney e MSN com teor semelhante àquela publicada no sítio eletrônico do Simpa um ano antes: “SP: pais devem antecipar compra de material escolar, para evitar alta de 7%”. Portanto, segundo os elementos contidos nos autos, o Simpa teria recomendado por meio de seu sítio eletrônico e canais de notícias da internet que os consumidores antecipassem as compras de material escolar, para evitar o repasse de 7% referente à inflação anual (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2018).

Este processo administrativo não está disponível para consulta pública por meio do SEI, o sistema de busca do CADE, tendo sido citado, pois, no voto do Conselheiro Paulo Burnier, no Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49 (Caso Sincopetro/SP). No entanto, é possível verificar, pelas informações trazidas no referido voto, que foi celebrado TCC também neste processo.

3.4 CASO SINCOPETRO/SP (2015-2019)

A manifestação mais recente do CADE sobre o assunto ocorreu em janeiro de 2019, ao julgar o processo administrativo nº 08700.009858/2015-49, caso classificado como suspeita de influência de conduta comercial uniforme.

Foi iniciada a investigação de ofício em 2015 pela Superintendência-Geral do CADE, com instauração do processo administrativo em 2017. Os investigados eram o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo (Sincopetro/SP) e seu presidente. A conduta investigada foi a concessão de declarações à imprensa, pelo presidente da Sincopetro, sobre o aumento dos preços do diesel e da gasolina (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019).

A Petrobrás havia anunciado, em 29/05/2015, um reajuste dos preços da gasolina e diesel nas refinarias. Na manhã do dia seguinte, foram publicadas declarações do presidente do Sincopetro em quatro jornais de grande circulação, em reação ao aumento da Petrobrás. As declarações orientavam os postos a repassarem o aumento imediatamente e ainda estimava qual seria o aumento no preço final da gasolina, na bomba, tais como:

A orientação do sindicato é que o aumento seja repassado imediatamente para o consumidor [...]. 'Se não repassar, o dono do posto vai perder dinheiro' [...]. 'A estimativa é que o litro da gasolina na bomba fique pelo menos R\$ 0,17 mais caro, e do diesel, R\$ 0,10 (UOL, 2015, on line).

Apesar da posição da Superintendência-Geral, da Procuradoria do CADE (PROCADE) e o MPF pela condenação do sindicato e seu presidente por infração à ordem econômica, nos termos do artigo incisos I e IV c/c §3º, inciso II da Lei nº 12.529/2011¹⁴¹, o Tribunal votou pelo arquivamento do processo por considerar que não havia conjunto probatório robusto capaz de inferir a materialidade da prática de influência de conduta comercial uniforme. Ainda, considerou-se que não houve comprovação de efeitos anticompetitivos da prática do presidente do Sincopetro.

Percebe-se que o Tribunal Administrativo do CADE adotou uma posição mais branda ao não condenar o Sincopetro e seu presidente por influência de conduta uniforme, mesmo que as declarações do sindicato tenham um tom anticoncorrencial preocupante e tenham potencialidade de causar danos.

Para análise deste caso, o CADE utilizou os critérios trazidos pela OCDE (2012) para análise dos efeitos anticompetitivos das informações divulgadas unilateralmente, sendo eles: a natureza, o conteúdo e o contexto.

Quanto à natureza, as manifestações foram todas veiculadas em jornais de grande circulação, sendo acessíveis a todos aqueles que tiverem interesse. Inclusive, ainda hoje, quatro anos após a veiculação, ainda é possível acessar as notícias através dos sites eletrônicos dos jornais. Sendo assim, as manifestações são classificadas como públicas.

Quanto ao conteúdo, considerou-se que o teor das declarações era apenas uma previsão pessoal do presidente do sindicato, como meras estimativas, e não um convite aos postos para uma conduta coordenada. Não houve produção de conteúdo pelo sindicato em si e, ainda que as notícias tenham sido disponibilizadas também no *site* do sindicato, considerou-se que foram ali lançadas de modo automático,

141 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa [...];

IV - exercer de forma abusiva posição dominante [...];

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...];

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Ou seja, não houve a produção de um conteúdo por parte do Sindicato com teor anticompetitivo, como a emissão de um comunicado aos seus associados ou outro expediente do gênero que pudesse deixar clara a tentativa de indução (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2019).

Já quanto ao contexto das publicações, verificou-se que as entrevistas do presidente foram dadas um dia após o anúncio de aumento de preços da própria Petrobrás e que, por isso, poderiam ser consideradas apenas uma reação.

Evidentemente, há uma fronteira tênue na aferição da potencialidade lesiva das declarações que foram feitas pelo Representado. Ocorre que, se, por um lado, suas manifestações poderiam ser entendidas como direcionamentos aos agentes econômicos, por outro lado, a natureza pública dessas manifestações e o contexto em que elas foram feitas demonstram se tratar de meras estimativas feitas pelo Representado sobre qual seria o impacto para os consumidores finais do aumento dos preços dos combustíveis nas refinarias (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2019).

Mesmo com o arquivamento, o Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira sinalizou que sindicatos e associações devem ter cautela em suas ações, principalmente aquelas que envolvem divulgação de preços. Ainda que a Constituição, em seu artigo 5º, incisos IX e XVII¹⁴², assegure o direito de livre expressão e de liberdade de associação, estes princípios devem estar em consonância com os demais, dentre eles, o princípio da liberdade econômica e defesa da concorrência.

Nesse sentido, a inexistência de provas, no caso ora em exame, para fundamentar uma decisão de condenação dos Representados, não significa uma chancela, por parte do CADE, de todo e qualquer tipo de prática de divulgação de preços, ainda que feita de forma pública. As declarações do Sr. Alberto Paiva Gouveia podem ser classificadas por imprudentes, ainda que incapazes, por si só, de comprovar a prática de influência à conduta comercial uniforme, tampouco o seu nexos de

142 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

causalidade com eventual efeito econômico negativo, ainda que potencial (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2019).

Em síntese, dos quatro casos examinados, os casos UBA, Abicab e Simpa foram encerrados mediante a celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) dos representados com o CADE, com o reconhecimento da conduta. Ainda que as condutas apresentadas nos casos se assemelhassem muito à conduta do Presidente do Sincopetro, o Tribunal do CADE, ao julgar o caso Sincopetro, entendeu pelo arquivamento deste processo, desconsiderando os demais casos, sob o argumento de que a celebração dos TCCs impede a formação de jurisprudência por não haver ato decisório do CADE.

Isso porque todos os três casos citados foram encerrados por acordos, com a celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCC). Em nenhum desses processos houve uma condenação dos Representados, o que me parece determinante para formação de jurisprudência, sobretudo de standard condenatório.

Os precedentes aptos a formar a jurisprudência desse Conselho, sobretudo para fins de standard de condenação, consolidam-se por meio de decisões finais – sejam de condenação, sejam de arquivamento – que examinam o mérito da lide, o que não se verifica nos casos citados pela SG e pela ProCADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2019).

Ou seja, evidencia-se a posição menos rigorosa da Autoridade Antitruste brasileira no caso do Sincopetro. Entretanto, pode-se entender que há uma zona cinzenta que separa o lícito e o ilícito em uma declaração unilateral pública de uma empresa. Tendo em vista a potencialidade lesiva de condutas, como as citadas no caso Sincopetro, o arquivamento daquele processo administrativo pode ter incentivado outras declarações do mesmo teor.

Por fim, é de se destacar a sede em que as informações sensíveis são publicadas. Nos casos examinados no CADE, é predominante a ocorrência no âmbito de associações e sindicatos, que servem como agentes da divulgação unilateral da informação sensível. Essas Associações e Sindicatos, portanto, colocam-se na posição de terceiro que coordena a conduta dos concorrentes, o que é objeto estranho à suas finalidades. É necessário reiterar o fato de que o direito de livre associação não pode se sobrepor à livre concorrência e que, por isso, deve-se ter prudência em relação às informações trocadas no âmbito dos sindicatos e associações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divulgação unilateral pública de informações por um agente de mercado, mesmo que seja normalmente sendo referida como produtora de efeitos benéficos (como o aumento da transparência do mercado e a respectiva diminuição de incertezas para todos os agentes - inclusive consumidores), pode gerar coordenação ilícita entre concorrentes.

Em função de ser menos evidente, e de ter menor potencial de lesar a concorrência, o monitoramento da publicação unilateral de informações sensíveis pode acabar sendo deixado de lado pelos órgãos de controle concorrencial. Todavia, seria importante a atenção especial do órgão de controle a esse tipo de comportamento de “esconder” a ilicitude em público e às vistas de todos, “*hiding in plain sight*”.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. **Jornal Oficial da União Europeia**. 14 jan. 2011. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114(04)). Acesso em: 25 de ago. de 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53**. 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Processo Administrativo n. 08700.0029331/2009-01. 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz referente ao Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Processo Administrativo nº 08700.011043/2012-87. p. 04-18. 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 46/2018/CGAA6/SGA2/SG/CADE**. Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49. 10 maio 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Voto Relator Paulo Burnier da Silveira**. Processo Administrativo nº 08700.009858/2015-49. 30 jan. 2019.

GONZÁLEZ, A. O. Object Analysis in Information Exchange Among Competitors. **Global Antitrust Review**. 2012. Disponível em: http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2012/GAR-2012_1_Angela-Ortega-Gonzalez2.pdf. Acesso em: 25 de ago. de 2019.

HUGHES, M.; WANDSCHNEIDER, F. European Union: Economics. **The European Antitrust Review**, v. 1, n. 4, 2016.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Cartels Working Group Response to Israel Antitrust Authority (IAA) Draft Guidance on Public Statements that Harm Competition**. November, 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/LPD/Antitrust-Section/Antitrust/WorkingGroupSubmissions.aspx> . Acesso em: 25 de ago. de 2019.

LEAN, D. F.; OGUR, J. D.; ROGERS, R. P. Does Collusion Pay...Does Antitrust Work? **Bureau of Economics. Federal Trade Commission**, Washington, v. 2, n 3, 1984.

MACKENZIE, N.; ANCELINE, O.; BAKKER, F. de. **Price Signalling and The South African Competition Act**. 2016. Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/07/1.-Price-Signalling-and-the-South-African-Competition-Act.pdf> . Acesso em 20 de ago. de 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects**. Policy Roundtables. 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>. Acesso em: 25 de ago. de 2019.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Nota Técnica da Averiguação Preliminar**. Processo Administrativo nº 08012.001772/2009-88. 2009.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Nota Técnica**. Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53, v. 2, p. 355-371. 2009b.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Despacho nº 1032**. Processo Administrativo nº 08012.003623/2009-53, v. 2, p. 372. 2009c.

UOL. **Gasolina deve ficar mais cara nos postos de SP até sexta, diz sindicato**. 30 set. 2015. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/09/30/gasolina-deve-ficar-mais-cara-nos-postos-de-sp-ate-sexta-diz-sindicato.htm?cmpid&cmpid=copiaecola>. Acesso em 25 de ago. de 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANO CONCORRENCIAL

Fabiano Teodoro de Rezende Lara¹⁴³, Leonel Moraes Barros¹⁴⁴

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve abordagem sobre as diferentes funções da responsabilidade civil e seu papel nas ações de reparação de dano concorrencial. Assim, serão abordadas as concepções de responsabilidade civil e o desenvolvimento do *private enforcement* nos Estados Unidos, na Comissão Europeia e no Brasil.

Palavras-chave: Ação de reparação civil por dano concorrencial; Responsabilidade civil; *Enforcement* privado; Direito da concorrência.

ABSTRACT: This paper has the objective to make a brief approach on the different functions of tort law and its role in the private enforcement. Thus, they will be approached the conceptions of tort law and the development of private enforcement in the United States, European Commission and Brazil.

Keywords: Private actions; Tort law; Private enforcement; Competition law.

1 INTRODUÇÃO

O direito brasileiro permite a responsabilização administrativa, penal e civil dos infratores à ordem econômica. No entanto, o que se viu no Brasil foi uma preponderância da esfera administrativa sobre as demais, com destaque para a atuação quase que única do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Dessa forma, tem-se notado uma crescente discussão sobre o estímulo de ações privadas de reparação civil por ilícitos concorrenciais nos últimos anos, especialmente na Europa e no Brasil. Para o primeiro, o debate resultou na elaboração da Livro Branco e do Livro Verde, que visaram a incrementar mecanismos de reparação civil das vítimas de cartel, e da Diretiva nº 2014/104/EU, que traz novas regras de responsabilidade civil para coinfratores e disciplina à confidencialidade dos documentos obtidos pelos programas de leniência, objetivando conciliar as medidas públicas com o direito de reparação dos prejudicados.

No Brasil, as discussões resultaram na edição da Resolução nº 21/18 do CADE. Além disso, destaca-se o Projeto de Lei nº 283/16, que altera o prazo prescricional para as ações de ressarcimento de dano concorrencial e altera o

143 Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (GPDE). fabiano@fabianolara.com.br

144 Bacharel e Mestranda em Direito Econômico pela UFMG. Monitor do Núcleo de Direito da Concorrência do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE/UFMG). leonel.mbarros@gmail.com

regime de responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência e dos demais infratores.

Nesse contexto, o que se tem buscado é um aprimoramento na política antitruste na direção de possibilitar aos lesados, ao menos, o restabelecimento de sua situação patrimonial àquela pré-infração. Ocorre que, além desse efeito, levanta-se a possibilidade para que haja um segundo que não pode ser desprezado: a dissuasão promovida pela responsabilidade civil, que atuaria em conjunto com o *public enforcement*.

Em outras palavras, a atuação complementar de agentes privados relativamente às medidas públicas poderia resultar em incentivos negativos para a consumação de infrações, o que geraria o aprimoramento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Com isso, ressalta-se a importância de melhor desenhar institutos jurídicos para que os fins da política antitruste sejam alcançados.

Por fim, este trabalho, na primeira seção, busca fazer uma breve abordagem sobre as diferentes concepções e finalidades da responsabilidade civil. A segunda seção visa a apresentar uma breve consideração sobre o *private enforcement* no direito da concorrência. Já a terceira abordará a responsabilidade civil, sua finalidade no direito estadunidense e europeu. A quarta seção analisará a responsabilidade civil e as ações de reparação por dano concorrencial no cenário brasileiro.

2 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir do desenvolvimento dos sistemas jurídicos foi possível verificar várias concepções e finalidades da responsabilidade civil. Com efeito, destacam-se a função reparatória e dissuasória da responsabilidade civil. A primeira consistiria em trazer a situação patrimonial da parte lesada ao estado anterior ao da ocorrência do ato ilícito. A segunda função seria desincentivar o infrator a determinada conduta, alinhando-a àquela visada pelo direito.

Em relação à tradição romano-germânica, Martins-Costa e Pargendler (2005) afirmam que houve o desenvolvimento de duas vias sancionatórias: a punitiva e a restitutória ou ressarcitória. Nesse contexto, as autoras aduzem que a responsabilidade civil teria passado por um processo de transformação na idade média, quando o direito passou a limitar a obrigação de indenizar ao mero ressarcimento do dano infligido (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005). Nesse contexto, houve um processo de retirada do caráter punitivo da responsabilidade civil e a consequente migração da pena para outras áreas do direito, como é o caso das searas administrativa e penal.

Dessa forma, ao direito civil da tradição romano-germânica foi mantida a perspectiva restitutória, que dimensiona o *quantum* indenizatório à extensão do dano, como é o caso do art. 944 do Código Civil Brasileiro. Isso afastaria das indenizações qualquer quantia que ultrapassasse o prejuízo efetivamente causado pelo ato ilícito.

Dessa forma, como destaca Meurkens (2014), foi essa a função que mais se destacou na Europa, pois nela a função primária da responsabilidade civil é a reparação integral do dano. Nesse sentido, a ideia de reparação perfeita é aquela em que o *quantum* indenizatório é igual ao prejuízo efetivamente causado e que o infrator internalize os custos do evento esperado (DARI-MATTIACCI, 2003).

Já em relação à tradição anglo-saxã, o desenvolvimento das funções da responsabilidade civil foi diferente. A noção de pena privada não foi extirpada dessa tradição, o que permitiu o desenvolvimento de várias espécies de indenização. Dentre elas, destacam-se o *compensatory damages* e o *exemplary or punitive damages*.

A primeira consiste em uma indenização equivalente ao dano causado, cujo objetivo é ressarcir o dano. Já a segunda, também chamada de “indenização punitiva”, refere-se à quantia indenizatória que excede ao necessário para compensar o dano, a fim de que possam ser alcançadas as finalidades de punição e dissuasão da conduta (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005). Meurkens (2014), nesse ínterim, defende que o *punitive damage* tem como uma de suas funções a dissuasão ao transmitir a noção ao infrator de que o preço a ser pago pelo ato ilícito é maior que o valor de cometê-lo. A ideia de *punitive damages* está associada à teoria da dissuasão-eficiente, que consiste na ideia de que a responsabilidade civil é responsável pela internalização dos custos da conduta infrativa pelo agente (SEBOK, 2006).

A aplicação da indenização punitiva nos Estados Unidos é longa. Sebok (2006) afirma que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece o *punitive damage* como pena desde 1852, a partir do caso *Day vs. Woodworth*, e como multa desde 1912, a partir do caso *Standard Oil Co. of Ind. v. Missouri*, mas foi no século XVIII que as cortes já buscavam justificá-lo.

Assim, percebe-se que a dimensão dissuasória da responsabilidade está mais presente na tradição anglo-saxã, ao contrário da tradição da Europa continental, que a enxerga como um veículo de compensação e de reparação dos danos. Em suma, essa diferença de concepção se deve ao fato de que, na tradição romano-germânica, a responsabilidade civil foca no *status* patrimonial da vítima, enquanto na tradição anglo-saxã o padrão comportamental do agente causador do dano é mais observado.

Essa diferença não é irrelevante no direito antitruste. Como se demonstrará a seguir, as funções da ação de reparação são diferentes quando se observa o sistema norte-americano, o europeu e o brasileiro.

3 O PRIVATE ENFORCEMENT NO DIREITO ANTITRUSTE

Para a OCDE (2015), Gaban e Domingues (2016) e Wils (2017), o *private enforcement* refere-se às ações judiciais promovidas por particulares com a finalidade de recompensar os prejuízos causados por infrações contra a ordem econômica. Por outro lado, o *public enforcement* refere-se aos processos intentados ou conduzidos pelas autoridades antitrustes, incluindo aqueles por denúncia de particulares a essas entidades (OCDE, 2015; WILS, 2017).

Em relação ao primeiro, elas se dividem em ações *follow-on* e em ações *stand-alone*. Estas são intentadas por particulares na ausência de qualquer *enforcement* público, quando será necessária a produção de prova por parte dos autores (OCDE, 2018). Aquelas normalmente são ajuizadas a partir das investigações feitas pela autoridade antitruste, sendo a decisão desta um meio de prova importante da ocorrência da infração (OCDE, 2018).

Em relação às ações *follow-on*, o compartilhamento de provas coletadas no processo administrativo ou criminal pode ser de grande valia para as ações

intentadas no âmbito civil. Nesse contexto, Crane (2009) acredita que ações *follow-on* tem um relevante potencial dissuasório na medida em que o acordo de leniência traz provas claras sobre as condutas ilícitas, o que deixa as defesas dos infratores mais frágeis e os forçam a fazer um acordo com os lesados a fim de restituir os danos.

Por outro lado, as ações privadas, de forma geral, podem incrementar o papel do Estado em reprimir condutas lesivas à ordem econômica, sendo sua função muito além de garantia da reparação integral do dano. Dentro dessa ideia, Crane (2008) pontua que tais ações permitem (i) a reparação do dano sofrido aos lesados, (ii) a adição de recursos para a efetivação de políticas de combate a carteis em face da insuficiência de recursos públicos e (iii) o incentivo de medidas públicas que visem a repressão de tal conduta.

No entanto, o autor lembra que as ações privadas têm algumas limitações, como a impossibilidade de compensação do peso morto produzido por práticas colusivas, além de defender que tais ações possuem importância secundária ao *enforcement* público (CRANE, 2008). Dessa forma, é importante desenhar mecanismos que garantem a cooperação de medidas públicas e privadas.

Lande e Davis (2008) ressaltam que as principais críticas feitas a essas ações judiciais são as de que elas não asseguram o ressarcimento real dos prejudicados e colaboram a um nível aquém do necessário para o *enforcement* público. No entanto, os autores calcularam¹⁴⁵ que, de 1990 a 2008, as ações privadas geraram condenações que acumuladas totalizam um valor entre U\$ 18 bilhões e U\$ 19,6 bilhões nos Estados Unidos (LANDE; DAVIS, 2008). Já as multas aplicadas pelo DoJ no mesmo período resultaram no valor de U\$ 4,2 bilhões (LANDE; DAVIS, 2008, p. 894). As penas privativas de liberdade cumuladas resultaram em penas de 428,6 anos de reclusão. Se um ano de reclusão equivalesse à U\$ 5 milhões¹⁴⁶, as penas privativas de liberdade equivaleriam em multas de U\$ 2,1 bilhões. Somadas as multas e os equivalentes da pena, os valores chegariam próximos à U\$ 6,4 bilhões, bem aquém dos U\$ 18 bilhões das ações de ressarcimento (LANDE; DAVIS, 2008).

Dessa forma, a função dissuasória do *private enforcement* não pode ser subestimada. Pensar tal instituto como um mero mecanismo de reparação civil dos prejudicados pode dificultar o desenvolvimento da repressão e dissuasão de práticas anticoncorrenciais. A OCDE (2007) reconhece que as ações privadas poderiam reforçar a dissuasão e a conformidade ao aumentar a probabilidade de detecção da conduta, além de contribuir para maior conscientização sobre as normas de defesa da concorrência.

Nesse sentido, Connor (2012) afirma que, nos 45 casos de cartel internacional condenados pelo DoJ, as multas aplicadas equivaleram a aproximadamente 42% da vantagem auferida. Para o autor, a cumulação de condenações civis com aplicação de multas é necessária para a dissuasão de práticas colusivas; de outro modo, considerando que a taxa de detecção de cartéis é de 15-25%,

145 Na metodologia usada pelos autores, só foram contabilizadas as ações que garantiram o ressarcimento de, no mínimo, U\$ 50 milhões. Ademais, o valor de U\$ 18 bilhões não foi corrigido pela inflação.

146 A estimativa dos autores foi conservadora. Eles citam o trabalho de Dau-Schmidt et al. (1994), que dispõe que, corrigida pela inflação até 2008, um ano de pena privativa de liberdade equivaleria a U\$ 1.5 milhão. E também mencionam o trabalho de Marvel, Netter e Robinson (1988), onde um ano de reclusão equivaleria em 2008 a uma quantia anual de U\$ 600.000.

a cumulação de ambas as sanções deveria ser maior que 400% da vantagem auferida (CONNOR, 2012).

Assim, as ações privadas de reparação civil podem ter um papel complementar na atuação pública punitiva, o que melhoraria a política repressiva antitruste.

4 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

O Brasil tem adotado medidas incipientes de estímulo ao *enforcement* privado. Nesse contexto, é de relevante importância a análise da experiência estrangeira relativa às ações privadas de ressarcimento por dano concorrencial. Avaliar as vantagens e as desvantagens de diferentes modelos jurídicos possibilita uma melhor construção de normas no ordenamento brasileiro. Dessa forma, passa-se a analisar a experiência dos Estados Unidos e da Comissão Europeia sobre o *private enforcement* no direito antitruste.

4.1 ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos são o país onde mais se usa *enforcement* privado. Para Land e Davis (2008), mais de 90% dos casos antitrustes registrados têm medidas de ressarcimento empregadas. As condenações promovidas pelo DoJ constituem evidência “*prima facie*” para condenação dos infratores em ações de reparação (OCDE, 2015), o que potencializa a efetividade de ações *follow-on*. Ademais, o prazo prescricional para o ajuizamento das ações é de quatro anos, conforme dispõe a Seção 15b do *Sherman Act*:

Seção 15b. Prescrição

Toda ação com causa nas seções 15, 15a, ou 15c desta lei deverá ser impedida a menos que seja intentada dentro de quatro anos após a causa ter sido realizada. Nenhuma causa impedida por lei existente será permitida ou revivida por esta lei (Tradução nossa).

Em relação aos objetivos das ações privadas nos Estados Unidos, Wils (2009) considera a dissuasão como um dos elementos do *private enforcement* estadunidense, especialmente em razão da previsão de indenizações punitivas e da exclusão do *passing-on defense*. Já Crane (2009) defende que, ao contrário da Comissão Europeia, tais ações nos Estados Unidos têm tanto função dissuasória quanto reparatória, prevalecendo a primeira quando há conflito entre ambas.

A colocação da dissuasão como elemento central das ações civis não ocorre por acaso. Como foi trabalhado na Seção nº 1, viu-se que o caráter punitivo está presente na tradição jurídica anglo-saxã, o que possibilita a implementação de medidas como *treble damages* nos Estados Unidos.

O desenvolvimento nessa direção tem origens históricas. Wils (2009) afirma que o *treble damages* foi um substituto ao *enforcement* público, especialmente pela jurisprudência americana aplicada até 1974, quando as multas criminais aplicadas pelo DoJ se limitavam a U\$ 50.000, o que deixava uma lacuna de dissuasão a ser preenchida por ações privadas de indenizações triplas.

Jones (2016), por sua vez, lembra que foi a partir das décadas de 1960 e 1970 que as ações privadas começaram a ganhar espaço no cenário estadunidense. O autor afirma que no período compreendido entre as décadas de 1940 a 1960 vigorava a aplicação da regra *per se*¹⁴⁷, com ampla desconfiança do Estado sobre os agentes privados, período também marcado pela predominância da atuação estatal. Com a aplicação da regra *per se*, que facilitava a condenação dos infratores e as vitórias judiciais dos autores das ações, aliada a características jurídicas específicas, como (i) ações de classe *opt-out*¹⁴⁸, (ii) honorários de êxito cobrado pelos advogados, (iii) casos antitrustes julgados pelo tribunal do júri e (iv) a responsabilidade ampla e solidária entre os coinfratores, foram criados os incentivos que permitiram o florescimento das ações privadas de ressarcimento (JONES, 2016).

Wils (2009) acredita que, ainda hoje, a competência investigatória do DoJ é concentrada em condutas de cartel *hard core*, cartel de fixação de preços, cartel em licitações e em cartel de divisão de mercado geográfico, mesmo tendo tal órgão competência sobre todas as violações trazidas pelas seções nº 1 e 2 do *Sherman Act*, o que faria com que o *public enforcement* seja, muitas vezes, limitado a medidas cautelares, deixando grande parte da tarefa dissuasória para as ações da modalidade *follow-on*.

Assim, percebe-se que boa parte do *enforcement* empregado para a dissuasão de condutas anticoncorrenciais é originada de ações intentadas por particulares lesados. A punição privada na forma de *treble damages* ganhou uma relevância particular na experiência estadunidense.

Com efeito, Lande e Jones (2008) afirmam que há uma relevante independência das ações privadas em relação ao *public enforcement*, especialmente quando se observa que quase metade das condenações civis de cartel vieram de ações *stand-alone*. Já as ações *follow-on* corresponderam a 51% das ações privadas de 1990 a 2005, sendo que 100% dos carteis condenados pelo DoJ tiveram ações *follow-on* ajuizadas (CONNOR, 2012). Dessa forma, percebe-se que há uma integração das medidas públicas às privadas, o que repercute nas diversas searas do direito.

Por fim, lembra-se que a responsabilidade tripla e solidária pode ser mi-

147 A regra *per se* é uma categoria de investigação no direito de concorrência que aduz que para a caracterização do ilícito basta a simples observação da conduta (AZEVEDO, 2014, p. 281). Já a regra da razão é outra categoria de investigação que consiste em avaliar características pró-concorrenciais de uma conduta restritiva contra seus efeitos anticoncorrenciais com o fim de decidir se tal prática deve ou não ser proibida (OCDE, 2008, p. 474). Em outras palavras, na regra da razão as normas antitrustes são mais flexíveis, devendo ser avaliadas pela razoabilidade dos efeitos dos acordos. A regra da razão foi usada pela primeira vez em 1911, no caso *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, e predominou até 1940, quando passou a predominar a regra *per se* a partir do caso *United States v. Socony-Vacuum Oil Company*. A aplicação da regra *per se* predominou de 1940 até 1973, conforme Leopoldino da Fonseca (2001, p. 10). A partir daí, a regra da razão volta a predominar, especialmente após o caso *Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, de 1977 (MARESCA, 2012, p. 10).

148 As ações coletivas *opt-out* são aquelas em que todas as vítimas que se enquadram como membro do grupo representado estão vinculadas à decisão dessa ação coletiva, a menos que optem pela ação privada (OCDE, 2018, p. 69). Já as ações coletivas *opt-in* são aquelas em que as vítimas precisam expressamente optar por participar da ação como membros do grupo representado. A decisão judicial vincula apenas as vítimas que optaram pela ação, sendo que aquelas que não optaram podem ajuizar ações privadas (OCDE, 2018, p. 68).

tigada caso um dos coinfratores celebre o acordo de leniência, o que resulta na sua reparação pela extensão do dano. Tal disposição foi trazida pela Seção nº 213 do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA). No entanto, para gozo do benefício, o beneficiário do acordo de leniência deve promover auxílio dos lesados nas ações civis, e o juiz é o responsável por julgar a satisfatoriedade da desse auxílio. Percebe-se, mais uma vez, uma interação entre *public* e *private enforcement*.

Assim, destaca-se o papel dissuasório das ações privadas nos Estados Unidos. Nota-se que o aspecto punitivo da responsabilidade civil da cultura jurídica anglo-saxã é bem nítido quando se observa o *enforcement* privado estadunidense. A aplicação recorrente de indenizações triplas atua como elemento importante da política antitruste dos Estados Unidos na repressão de condutas anticoncorrenciais.

4.2 COMISSÃO EUROPEIA

A discussão mais aprofundada sobre as ações de ressarcimento na Comissão Europeia veio com vigor nos meados da década de 2000. A primeira manifestação relevante foi o “*Livro Verde - Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*”, publicado em 2005. Pode-se dizer que tal documento adotava como objetivos das ações privadas tanto a compensação de danos, quanto a dissuasão de condutas deletérias à ordem econômica:

O presente Livro Verde debruça-se apenas sobre as ações de indemnização. As ações de indemnização devido à infracção da legislação antitrust têm diversos objectivos, nomeadamente compensar os que sofreram uma perda devido a um comportamento anticoncorrencial e garantir a plena eficácia das regras do Tratado no domínio antitrust, dissuadindo os comportamentos anticoncorrenciais e contribuindo desta forma para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade (dissuasão) (COMISSÃO EUROPEIA, 2005, p. 4).

Nesse contexto, o próprio documento reconhecia a importância do estímulo tanto de ações *follow-on*, ou de seguimento, quanto de ações *stand-alone*, ou independentes:

O presente Livro Verde e o Documento de trabalho dos serviços da Comissão têm por objectivo identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização, quer se trate de ações de seguimento (ou seja, casos de instauração de uma acção civil na sequência da declaração de uma infracção por parte de uma autoridade de concorrência), quer de ações independentes

(ou seja, acções que não vêm na sequência de uma decisão anterior de uma autoridade de concorrência relativa a uma infracção ao direito da concorrência) (COMISSÃO EUROPEIA, 2005, p. 4).

Ocorre que, a partir de 2005, houve algumas mudanças na política antitruste europeia referente às ações de ressarcimento. A Comissão Europeia reconheceu a ineficácia das referidas ações e preparou um novo documento sobre o tema, o “*Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste*”:

O melhor modo de lutar contra a actual ineficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust reside numa combinação de medidas tomadas simultaneamente a nível comunitário e a nível nacional, com vista a garantir uma protecção mínima efectiva do direito das vítimas a obterem uma indemnização nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE em cada Estado-Membro e condições mais equitativas e uma maior segurança jurídica no âmbito da UE.

O Parlamento Europeu, tal como outros intervenientes, concordou com as conclusões do Livro Verde, e convidou a Comissão a preparar um Livro Branco com propostas específicas destinadas a eliminar os obstáculos à eficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras antitrust (COMISSÃO EUROPEIA, 2008, p. 2-3).

Jones (2016) afirma que as principais dificuldades do sistema europeu em potencializar o *private enforcement* foram: (i) os altos custos das ações privadas diante de possíveis pequenos danos sofridos pelos lesados e do não desenvolvimento de ações coletivas; (ii) a inexperiência dos tribunais nacionais europeus em julgar matéria concorrencial; (iii) a dificuldade na obtenção de prova em diversos sistemas jurídicos nacionais; e (iv) a incerteza sobre o peso dado às decisões das autoridades antitrustes nacionais no processo judicial.

Na visão de Wils (2009), a Comissão Europeia rejeitou no Livro Branco algumas inspirações estadunidenses sobre ações civis e responsabilidade civil. As principais foram a não adoção de danos punitivos e a possibilidade do *passing-on defense*. Assim, para o autor, a dissuasão ficou como tarefa da *public enforcement*, enquanto que as ações de ressarcimento foram endereçadas para a reparação (WILS, 2009). Com efeito, o Livro Branco, ao contrário do Livro Verde, trouxe como objetivo principal o ressarcimento dos prejudicados, tirando do mesmo nível a dissuasão de condutas ilícitas:

Qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das

regras comunitárias no domínio antitrust (artigos 81.º e 82.º do Tratado CE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano. O direito das vítimas a uma compensação é garantido pelo direito comunitário, tal como recordado pelo Tribunal de Justiça em 2001 e 2006. (...)

O melhor modo de lutar contra a actual ineficácia das acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust reside numa combinação de medidas tomadas simultaneamente a nível comunitário e a nível nacional, com vista a garantir uma protecção mínima efectiva do direito das vítimas a obterem uma indemnização nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE em cada Estado-Membro e condições mais equitativas e uma maior segurança jurídica no âmbito da UE. (...)

O objectivo principal do presente Livro Branco consiste em melhorar as condições legais de exercício por parte das vítimas do direito que lhes é conferido pelo Tratado de obterem reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. A plena indemnização é, por conseguinte, o primeiro e mais importante princípio orientador (COMISSÃO EUROPEIA, 2008, p. 2-3).

Na mesma direcção caminha Crane (2009). Para o autor, a Comissão Europeia tem a dissuasão como objetivo secundário. No entanto, mesmo reconhecendo que os Estados Unidos falharam em alcançar os objetivos de dissuasão e reparação, o estudioso prefere o sistema estadunidense ao europeu e afirma que sistemas parecidos como o da Comissão Europeia tendem a ser piores.

Posteriormente, a discussão sobre as ações privadas veio novamente na Comissão Europeia na edição da Diretiva 2014/104/UE “relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”. Nessa ocasião, novos aspectos passaram a ser considerados, como a tensão existente entre *enforcement* público e privado e possíveis medidas para solucioná-la.

Nesse contexto, no documento, destaca-se o parágrafo nº 26 do considerando, que veda o fornecimento de documentos obtidos nos programas de leniência aos prejudicados para uso em ações de reparação civil. É bem nítida na referida Diretiva a preocupação com a efetividade dos programas de leniência diante da ameaça das ações civis:

(26) Os programas de clemência e os pro-

cedimentos de transação são ferramentas importantes para a aplicação pública do direito da concorrência da União, uma vez que contribuem para a deteção e investigação eficiente das infrações mais graves ao direito da concorrência, e para a imposição de sanções contra tais infrações. Além disso, como muitas decisões das autoridades da concorrência em processos de cartéis se baseiam numa declaração de clemência e as ações de indemnização nos processos de cartéis decorrem, de um modo geral dessas decisões, os programas de clemência são igualmente importantes para a efetividade de ações de indemnização em processos de cartéis. As empresas poderão ser dissuadidas de cooperar com as autoridades da concorrência no âmbito de programas de clemência e procedimentos de transação, se forem divulgadas declarações autoincriminatórias, como sejam declarações de clemência e propostas de transação produzidas unicamente para efeitos dessa cooperação com as autoridades da concorrência. Tal divulgação implicaria o risco de expor as empresas cooperantes ou o seu pessoal de gestão à responsabilidade civil ou penal em condições mais desfavoráveis do que os coinfratores que não cooperam com as autoridades da concorrência. Para assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de clemência ou propostas de transação, esses documentos deverão ser excluídos da divulgação de elementos de prova. Tal isenção deverá aplicar-se também às citações literais de uma declaração de clemência ou de uma proposta de transação incluídas noutros documentos. Essas limitações em matéria de divulgação de elementos de prova não deverão impedir as autoridades da concorrência de publicarem as suas decisões em conformidade com o direito da União ou nacional aplicável. A fim de assegurar que esta isenção relativamente à divulgação não afete indevidamente o direito dos lesados à reparação, esta deverá limitar-se a tais declarações de clemência e propostas de transação voluntárias e autoincriminatórias. (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Nesse sentido, o art. 6º § 6º da Diretiva nº 2014/104/UE prevê a confidencialidade dos acordos de leniência para efeitos de indenização civil:

Artigo 6º.

Divulgação de elementos de prova incluídos no processo de uma autoridade da concorrência (...)

6. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

a) As declarações de clemência, e

b) As propostas de transação (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Em relação à responsabilidade civil do beneficiário do programa de leniência, chama-se a atenção para o parágrafo nº 38 do considerando do documento, que limita o ressarcimento deste aos danos causados a seus adquirentes diretos e indiretos. Em relação aos demais prejudicados, o beneficiário do programa de leniência somente seria chamado a indenizá-los se os coautores fossem incapazes de ressarcir-los integralmente:

38. (...) Convém, por conseguinte, que o beneficiário de dispensa de coima seja, em princípio, exonerado da responsabilidade solidária pela totalidade dos danos e que a sua participação relativamente aos coinfratores não exceda o montante dos danos causados aos seus próprios adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Na medida em que um cartel tenha causado danos a outros que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a participação do beneficiário de dispensa de coima não deverá exceder a sua responsabilidade relativa pelos danos causados pelo cartel. Essa parte deverá ser determinada em conformidade com as mesmas regras utilizadas para determinar a participação dos infratores. O beneficiário de dispensa de coima deverá permanecer totalmente responsável em relação aos lesados que não os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos apenas se eles não puderem obter uma reparação integral junto dos outros infratores (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Na mesma direção caminha o art. 11, § 4º da respectiva Diretiva:

Artigo 11º.

Responsabilidade solidária (...)

4. Em derrogação ao n.º 1, os Estados-Membros asseguram que o beneficiário da dispensa de coima seja solidariamente responsável:

a) Perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos; e

b) Perante os outros lesados, apenas se não puder ser obtida reparação integral das outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência.

Os Estados-Membros asseguram que qualquer prazo de prescrição aplicável aos casos abrangidos pelo presente número seja razoável e suficiente para permitir aos lesados intentarem tais ações (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Em relação ao prazo prescricional, a Diretiva previu a necessidade de os Estados-Membros estabelecerem um prazo prescricional de, no mínimo cinco, anos. Além disso, a critério das respectivas leis nacionais, que os países membros optem pela suspensão ou interrupção do prazo prescricional se a autoridade antitruste tomar uma medida investigativa relacionada a conduta que enseja reparação:

Artigo 10º Prazos de prescrição

1. Os Estados-Membros estabelecem, nos termos do presente artigo, as regras aplicáveis aos prazos de prescrição para intentar ações de indemnização. Essas regras determinam quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que este é interrompido ou suspenso.

2. O prazo de prescrição não começa a correr antes de cessar a infração ao direito da concorrência e de o demandante ter conhecimento, ou se poder razoavelmente presumir que teve conhecimento: a) Do comportamento em causa e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência; b) Do facto de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado dano; e c) Da identidade do infrator.

3. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição para intentar a ação de indemnização seja pelo menos de cinco anos.

4. Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Dessa forma, ao contrário da política estadunidense, a ação privada na Europa tem um objetivo muito mais voltado para a reparação civil. Percebe-se que tal concepção corrobora a noção de responsabilidade civil desenvolvida na tradição romano-germânica, voltada para a compensação.

Por outro lado, a tarefa dissuasória ficou a cargo do *enforcement* público. Ademais, ao limitar o acesso das provas obtidas por acordos de leniência, verifica-se a preferência da atuação estatal dissuasória em face da atuação privada reparatória. Dessa forma, nota-se um papel secundário da atuação privada na política antitruste europeia.

5 EXPERIÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, predomina a função reparatória da responsabilidade civil, especialmente por este ter tradição romano-germânica. Isso pode ser visto pelo art. 944, do Código Civil, que limita o montante indenizatório pela extensão do dano: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Noutro giro, existe previsão legal para o ajuizamento de ações privadas de ressarcimento. Tal possibilidade está positivada no do art. 47, da Lei nº 12.529/11, que confere prejuízo, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82, da Lei nº 8.078/90, o ajuizamento de ação que vise à cessação de condutas que infrinjam a ordem econômica ou que busquem a reparação pelos danos sofridos:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo

administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Apesar da previsão legal, as ações privadas não são muito empregadas no Brasil. Dentre as razões, destacam-se: a dificuldade de se provar o dano, aliada ao fato de que o CADE não disponibilizava as provas fornecidas no âmbito do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação (TCC) até a edição da Resolução nº 21/2018, e a consumação do prazo prescricional, que no Brasil é de 3 anos contados da lesão:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. (...)

Art. 206. Prescreve: (...)

§ 3º Em três anos: (...)

V - a pretensão de reparação civil.

Com o intuito de promover tais medidas, começou-se a discutir formas de alteração normativa e outros meios de incentivos às ações de reparação civil. Nesse sentido, destaca-se o planejamento estratégico do CADE relativo ao quadriênio 2017-2020, em que a autarquia se comprometeu a incentivar os *enforcements* privados¹⁴⁹.

Dentro desse cenário, alguns projetos de regulamentação e alteração legislativa apareceram nos últimos anos no Brasil. Em 2016, o CADE realizou um estudo chamado “Articulação entre as persecuções públicas e privadas a condutas anticompetitivas: Estudo da experiência internacional e brasileira e propostas regulamentares, legislativas e de advocacy a respeito das ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) e do acesso a documentos de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação (TCC) no Brasil”¹⁵⁰. Tal estudo resultou na Resolução nº 21/2018, que regula a disponibilização e a confidencialidade de provas documentais obtidas pelo programa de leniência e pelo termo de compromisso de cessação, que permite aos prejudicados o uso de tais documentos em ações *follow-on*.

Lado outro, destaca-se também o Projeto de Lei nº 283/2016. Este traz algumas alterações relevantes, com destaque para quatro: (i) a implantação da indenização em dobro às vítimas de cartel e de indução à conduta comercial uniforme; (ii) o fim da solidariedade do signatário do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação em relação aos danos causados pelos demais coinfratores; (iii) alteração das normas de prescrição relativas aos danos causados por infrações previstas na Lei nº 12.529/11; e (iv) limitação da responsabilidade civil do beneficiário do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação.

Nesse sentido, caso seja aprovado, os infratores que cometerem alguma das condutas correspondentes ao art. 36, § 3º, I e II da Lei nº 12.529/11 terão que

149 Para verificar mais informações sobre o planejamento estratégico do CADE relativo ao quadriênio 2017-2020, acessar <http://www.cade.gov.br/noticias/aprovado-planejamento-estrategico-do-cade-ate-2020>

150 Processo nº 08700.007888/2016-00

ressarcir civilmente em dobro os prejudicados, salvo aquele que celebrar o acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação, cuja responsabilidade será limitada ao prejuízo efetivamente causado. Caso o projeto de lei seja aprovado, o art. 47 contará com os parágrafos primeiro e segundo, que disciplinarão a matéria supracitada:

Art. 47.

§ 1º Os prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, I e II, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 2º Não se aplica o disposto no §1º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo CADE, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados.

Dessa forma, percebe-se que há uma influência do modelo dissuasório de *treble damages* estadunidense no Projeto de Lei nº 283/2016, que prevê o *double damages*. Nesse contexto, caso o referido projeto de emenda seja aprovado e devidamente aplicado pelo Poder Judiciário, o Brasil adotará um arranjo normativo que atende tanto a finalidade reparatória, quanto a dissuasória.

Ademais, o referido projeto de lei também prevê o fim da responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação relativamente aos danos causados pelos demais coautores da infração. Nesse caso, os celebrantes responderiam somente pelos danos por eles efetivamente causados, como prevê o parágrafo terceiro:

Art. 47.

(...)

§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.

Por fim, em relação ao prazo prescricional, o referido projeto de lei prevê o aumento do lapso para cinco anos e como início de contagem do prazo a data da publicação da decisão final do processo administrativo sancionador. Tal alteração é relevante na medida em que o prazo prescricional em vigor é menor e começa a correr na data da lesão. Dessa forma, mais condutas não seriam alcançadas pela prescrição, o que possibilitaria maior chance de reparação civil:

Art. 46-A. Quando a ação de indenização por perdas e danos se originar do direito previsto no art. 47 desta Lei, não correrá a prescrição durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do Cade.

§ 1º. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.

§ 2º. Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito quando da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.

Apesar das propostas normativas para o incremento de ações privadas, há aqueles que se mostram céticos com o real alcance das referidas normas. Fernandes (2019) chama a atenção para o fato de que as alterações trazidas pelo Projeto de Lei nº 283/2016 podem não resultar em incentivos ao *enforcement* privado, além de existir a possibilidade de questionamento judicial sobre sua (in) constitucionalidade.

De qualquer forma, será necessário aguardar a aprovação do referido projeto de lei para verificar sua aplicação conjunta com a Resolução nº 21/2018 do CADE e acompanhar a interpretação que o Poder Judiciário brasileiro dará às novas normas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, foi visto que, na tradição jurídica anglo-saxã, os aspectos punitivos e dissuasórios estão presentes na responsabilidade civil juntamente com a função reparatória. Em outras palavras, a responsabilidade civil, juntamente com áreas como o direito penal, se encarrega do papel de desincentivar um possível infrator a agir em desconformidade com o direito. Dessa forma, justifica-se a existência de indenizações superiores ao dano efetivamente causado nessa tradição jurídica.

Por outro lado, na tradição romano-germânica houve o processo de despenalização do direito civil na Idade Média. Dessa forma, a indenização se limitaria à extensão do dano e atenderia à função reparatória. Já a função punitiva seria exercida por outras áreas do direito.

Essa diferença de concepções sobre a função da indenização civil acabou por influenciar a forma de operação das ações privadas de indenização. Nos Estados Unidos, as funções reparatórias e dissuasórias convivem entre si e estão presentes no *treble damages*, por influência da tradição anglo-saxã. Ademais, o *private enforcement* é visto como forma de preencher a lacuna dissuasória não preenchida pelo *public enforcement*.

Já na Comissão Europeia predomina a função reparatória da responsabilidade civil. Isso pode ser visto no Livro Branco e na Diretiva 2014/104/EU, na

ausência de *treble* ou *double damages* e na permissão do *passing-on defense*. A função dissuasória predomina no *public enforcement*, ou seja, pela atuação das autoridades antitrustes nacionais e comunitária.

Por fim, no Brasil, houve até o presente momento o predomínio da função reparatória da responsabilidade civil por influência da tradição romano-germânica, como se vê no art. 944 do Código Civil. No entanto, o Projeto de Lei nº 283/2016 traz mecanismos similares ao regime estadunidense, como é o caso do *punitive damages*, visto na indenização dupla. Essa alteração legislativa pode ser vista como uma mudança de paradigma no direito brasileiro, na medida em que a reparação civil passaria a ter papel complementar na atuação dissuasória do CADE.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, P. F. de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, L. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 266-295.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Verde**: Acções de Indemnização Devido à Violação das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust. Bruxelas: Jornal Oficial, 2005.

_____. **Livro Branco**: Acções de Indemnização por Incumprimento das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust. Bruxelas: Jornal Oficial, 2008.

_____. **Directivas**: *Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Novembro de 2014 Relativa a Certas Regras que Regem as Acções de Indenização no âmbito do Direito Nacional por Infração às Disposições do Direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia*. Bruxelas: *Jornal Oficial da União Europeia*, 2014.

CONNOR, J. M. **Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide**: What do the Data Show? Lafayette: AAI Working Paper, n. 12-03, 2012.

CRANE, D. A. **Private Enforcement Against International Cartels in Latin America**: A U.S. Perspective. Nova York: Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper n. 31, 2008.

_____. **Optimizing Private Antitrust Enforcement**. Nashville: Vanderbilt Law Review, Working Paper n. 164, 2009.

DARI-MATTIACCI, G. **Tort Law and Economics**. Utrecht: Utrecht University Working Paper, 2003.

DAU-SCHMIDT, K. G. *et al.* Criminal Penalties Under the Sherman Act: A Study of Law and Economics. **Research in Law & Economics**, v. 16, 1994.

ESTADOS UNIDOS. **Lei Antitruste Sherman de 1890**.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JONES, A. **Private Enforcements of EU Competition Law: A Comparison with, and lesson from, the US.** Londres: King's College London, Paper nº 10/2016, 2016.

LANDE, R. H.; DAVIS, J. P. **Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases.** San Francisco: University of San Francisco Law Research Paper n. 2010-07, 2008.

LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARESCA, D. **The Importation of the Rule of Reason in European Competition Law: The Implications of Economic and Behavioral Theories and the Case of Port Services.** Boston: Boston University, 2012.

MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. **Usos e Abusos da Função Punitiva: Punitive Damages e o Direito Brasileiro.** Brasília: R. CEJ, n. 28, p. 15-32, 2005.

MARVEL, H. P. *et al.* Price Fixing and Civil Damages: An Economic Analysis. **Stanford Law Review**, v. 40, n. 3. p. 561-573, 1988.

MEURKENS, L. The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought. In: MEURKENS, L.; NORDIN, E. **The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing out?** Maastricht Faculty of Law. Working Paper n. 2014/01. Antuérpia: Intersentia, 2012.

OCDE. **OECD Glossary of Statistical Terms.** 2008. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

OCDE. **Private Remedies. Policy Roundtables.** 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/39892177.pdf>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

OCDE. **Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement.** Instituição: OCDE. Working Paper n. 3, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

OCDE. **Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: Insights for Mexico.** 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/individual-and-collective-private-enforcement-of-competition-law-insights-for-mexico-2018.htm>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

SEBOK, A. J. Punitive Damages: From Myth to Theory. **Iowa Law Review**, Iwoa, v. 92, 2006.

WILS, W. P. J. The Relation Between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 32, n. 1, 2009, p. 3-26.

_____. Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future. **World Competition: Law and Economics Conference on Cartel Damage in Europe**, v. 10, n. 1, 2017, p. 3-46.

ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENCIAL DO CARTEL PELA OCORRÊNCIA DE *UMBRELLA EFFECTS*

Paulo Márcio Reis Santos¹⁵¹

RESUMO: O instituto *umbrella effects* consiste em uma das possíveis consequências da formação de cartel por empresas no mercado concorrencial. Os *umbrella effects* ocorrem quando as empresas concorrentes, que não fazem parte do cartel, aproveitam a existência do acordo anticoncorrencial e aumentam seus preços para valores acima dos que seriam praticados em condições normais de concorrência. O artigo analisou a jurisprudência estrangeira, com destaque para a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Kone. A pesquisa demonstrará a existência de conclusões diferentes na jurisprudência internacional e que no Brasil não há o registro de ações judiciais envolvendo a temática.

Palavras-chave: Brasil; Cartel; *Private enforcement*; *Umbrella effects*; Caso Kone.

ABSTRACT: The umbrella effects institute is one of the possible consequences of company cartel formation in the competitive market. Umbrella effects occur when non-cartel competitors take advantage of the anti-competitive agreement and raise their prices above normal competition levels. The article analyzed foreign jurisprudence, with emphasis on the ruling of the European Court of Justice in the Kone case. The research will demonstrate the existence of different conclusions in international jurisprudence and that in Brazil there is no record of lawsuits involving the subject.

Keywords: Brazil; Cartel; Private enforcement; Umbrella effects; Kone case.

1 INTRODUÇÃO

O cartel constitui um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço para aumentar os lucros mediante a adoção de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços. O cartel clássico¹⁵² é aquele

151 Fundador da PMRS Advocacia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor no Mestrado e na Graduação em Direito da Universidade FUMEC, na Escola Superior da Advocacia OAB/MG e no Supremo TV. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/MG.

152 Para Paula Forgioni, “entende-se por cartéis os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas” (FORGIONI, P. A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 326).

que tem como principal finalidade a elevação do preço dos produtos ou serviços.

Os cartéis apresentam como característica intrínseca a dificuldade de sua manutenção. Combinados os preços, por exemplo, um dos participantes do conluio pode optar por descumprir o acordo e tomar para si grande parte das vendas dos outros membros, compensando a redução dos preços com o aumento de sua venda. Por esse motivo, os cartéis tendem a ser bastante instáveis e a instituição de mecanismos de descoberta de traição e punições para os participantes que descumprirem as regras pode integrar o acordo, com vistas a seu pleno êxito.

No mercado há elementos facilitadores da formação de cartéis, com destaque para o reduzido número de empresas concorrentes, o alto grau de concentração da produção, a homogeneidade do produto, a ausência de inovação, as condições de demanda estáveis, crise, baixa elasticidade e elevadas barreiras à entrada¹⁵³. Para a estabilidade dos cartéis é preponderante a existência de simetrias entre os conspiradores, tais como as estratégias adotadas, as informações prestadas aos clientes, as capacidades produtivas, os custos de produção e as características do produto¹⁵⁴.

Além de falsear o mercado, um dos possíveis efeitos dos cartéis é influenciar o aumento dos preços relativamente ao que se verificaria em condições normais de competitividade. Diante dos prejuízos decorrentes da formação de cartéis, a aplicação de medidas de *public enforcement*¹⁵⁵ e *private enforcement*¹⁵⁶ revela-se cada vez mais importante para a efetividade das políticas de defesa da livre concorrência. Em relação à aplicação privada da legislação concorrencial no Brasil, a questão ainda é incipiente, pois o número de ações judiciais com pedidos de indenizações por vítimas que adquiriram produtos de empresas envolvidas em

153 FORGIONI, P. A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 406-408.

154 HOLLER, E.; SCHINKEL, M. P. Umbrella effects: correction and extension. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 13, n. 1, p. 185-189, March 1, 2017. p. 189. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx007>. Acesso em: 10 de agosto 2019.

155 O termo *public enforcement* é utilizado para a atuação das autoridades de defesa da concorrência na repressão às condutas anticoncorrenciais. No Brasil, o *public enforcement* é exercido pelo CADE e o Ministério Público. Admite-se, no país, a revisão das decisões do CADE pelo Judiciário.

156 O termo *private enforcement* é utilizado para as situações de aplicação das normas de defesa da concorrência pelo Judiciário, mediante o ajuizamento de ações de reparação por danos concorrenciais (ARDC) por adquirentes que sofreram prejuízos decorrentes de condutas anticoncorrenciais.

cartéis é pequeno¹⁵⁷ se comparado a outras jurisdições, como, por exemplo, os Estados Unidos.

Em relação à reparação civil pelos danos decorrentes de cartéis, uma questão atual no Direito da Concorrência tem despertado a atenção das autoridades, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, que consiste em investigar se a responsabilidade dos membros de um cartel também se estende aos denominados *umbrella pricing* ou *umbrella effects*.

Os chamados *umbrella effects* ocorrem quando uma ou mais empresas não integrantes do cartel, em consequência da conspiração, como se estivessem sob o “guarda-chuvas” do cartel, aumentam, de modo consciente ou não, os preços de seus produtos de uma maneira que não seria possível caso não existisse o conluio.

Ao julgar o processo C-557/12¹⁵⁸, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) entendeu que o artigo 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma interpretação e a uma aplicação do Direito interno de um Estado-Membro. Estes devem excluir de forma taxativa a responsabilidade civil das empresas participantes de um cartel pelos prejuízos decorrentes de preços que uma concorrente não integrante do conluio, tendo em vista a existência do cartel, praticou acima do que teria ofertado se inexistente a conspiração.

A decisão europeia gerou profunda repercussão, resgatando o debate acerca dos efeitos diretos, indiretos e até remotos decorrentes de acordos conspiratórios entre concorrentes. Os estudos acerca da (im)possibilidade de responsabilizar os inte-

157 Conforme citado por Daniel Costa Caselta, “dentre as ações civis públicas sobre o tema, podem ser mencionadas as seguintes, em que foi proferida decisão condenatória: revenda de combustíveis em Guaporé-RS (TJ/RS, Apelação Cível n. 70018714857, 3ª Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 12.07.2007); revenda de combustíveis em José Bonifácio-SP (TJ/SP, Apelação Cível n. 994.03.009153-6, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Ganzerla, j. 08.02.2010); revenda de combustíveis em Jaboticabal-SP (Ação Civil Pública n. 291.01.2006.000904-1, Juíza de Direito Carmen Silva Alves, Comarca de Jabotical – SP, j. 20.05.2008); distribuição de GLP na região metropolitana de Porto Alegre – RS (Ação Civil Pública n. 97.00.21424-9-RS, Juíza Federal Paula Beck Bohn, Subseção de Porto Alegre – TS, j. 13.01.2010); revenda de combustíveis em Santa Maria – RS (TJ/RS, Apelação Cível n. 70045295565, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, j. 27.08.2015); e revenda de combustíveis em Pernambuco (Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação n. 498545 – origem n. 0012334-56.1999.4.05.8300, 3ª Turma, Relator Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. 22.11.2012). Como exemplos de ações ajuizadas por particulares, podem ser citadas as ações indenizatórias movidas contra as empresas do mercado de vergalhões de aço, ajuizadas na esteira de decisão condenatória proferida pelo CADE (Ação Ordinária n. 2009.34.00.035755-7, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal; Processo n. 2009.38.00.015651-4, 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais – Belo Horizonte; e Processo n. 9848158-78.2006.8.13.0024, 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte)” (CASELTA, D. C. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016. pp. 19-20).

158 Julgado em 5 de junho de 2014 (UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infrastruktur AG, ECLI:EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12>. Acesso em: 5 de agosto 2019)

grantes de um cartel por *umbrella effects* são essencialmente estrangeiros¹⁵⁹, quase nada havendo no Brasil a respeito¹⁶⁰.

Nos Estados Unidos, como afirmado por Frank Maier-Rigaud¹⁶¹ e por Jonathan M. Lave¹⁶², a Suprema Corte ainda não se manifestou acerca da responsabilidade de cartéis em decorrência da alegação de prejuízos por *umbrella effects*. Porém, há precedentes nos Tribunais de Apelação e nas Cortes Distritais. Em algumas jurisdições, as pretensões de reparação dos danos foram aceitas, e em outras rejeitadas, sob a justificativa de que eram meramente especulativas ou complexas. Portanto, trata-se de matéria ainda controversa nos Estados Unidos.

Nesse sentido, o presente artigo tem por finalidade investigar, a partir do direito comparado, o direito de indenização contra os membros de um cartel de fixação de preços nos casos de ocorrência de *umbrella effects* pelos agentes que não participam da conspiração, mas que aumentaram seus preços em virtude da existência do conluio.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, analisando a bibliografia especializada, a legislação interna e precedentes judiciais estrangeiros.

2 A FORMAÇÃO DE CARTÉIS E A OCORRÊNCIA DE *UMBRELLA EFFECTS*

Em um setor econômico composto por um grupo de empresas dominantes e por outras sem poder de mercado é possível que um acordo anticompetitivo não inclua esse pequeno grupo por variados fatores. Um deles pode consistir no interesse do cartel em manter seu sigilo. Como descrito acima, quanto menor a quantidade de integrantes, mais difícil será a detecção da colusão e maior a probabilidade da obtenção de lucros supracompetitivos pelos conspiradores.

159 BLAIR, R. D.; MAURER, V. G. *Umbrella pricing and antitrust standing: an economic analysis*. Utah Law Review, n. 4, p. 763-796, 1982. p. 763;

LAVE, J. M. *Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims*. The Antitrust Bulletin, Florida, v. 48, n.1, p. 223-270, Spring 2003. p. 223;

INDERST, R.; MAIER-RIGAUD, F.; SCHWALBE, U. *Umbrella Effects*. Journal of Competition Law and Economics, v. 10, i. 3, p. 739-763, Sep. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu009>. Acesso em: 6 de agosto 2019.

FRANCK, Jens-Uwe. *Umbrella Pricing and Cartel Damages Under EU Competition Law*. LAW 2015/18, 2015 (EUI Working Papers). Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35578/LAW.2015.18.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

160 Há o registro de um trabalho de conclusão de curso de graduação na Universidade de Brasília (UNB), apresentado pela acadêmica Isabella Monteiro de Oliveira, sob a orientação da ex-Conselheira do CADE, Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão, com o título "A responsabilidade civil por *umbrella effects* como instrumento de private enforcement", apresentado em julho de 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17881/1/2017_IsabelaMonteirodeOliveira_tcc.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2019.

161 MAIER-RIGAUD, F. *Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations*. The Journal of European Competition Law and Practice, v. 5, n. 4, p. 247-251, Feb. 2014. p. 13.

162 LAVE, J. M. *Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims*. The Antitrust Bulletin, Florida, v. 48, n.1, p. 223-270, Spring 2003. p 225.

Além disso, uma parcela menor de integrantes diminui os custos da tomada de decisões e permite o melhor monitoramento do cartel¹⁶³. Essa característica exclusionária do cartel pode ter, por consequência, o comportamento “guarda-chuva” das empresas que não fazem parte do conluio.

Pode-se conceituar o instituto *umbrella effects* como o comportamento de uma ou mais empresas que não fazem parte de um cartel, mas, em decorrência da existência da conspiração, aumentam o preço de seus produtos para valor acima do que seria praticado em condições normais de concorrência. Logo, o aumento do preço praticado pelo não cartelista é feito sob o “guarda-chuva” do cartel¹⁶⁴.

Para Roger Blair, Christine Durrance e Wenche Wang (2016), esse mesmo efeito pode ocorrer no caso de cartéis de compradores que não incluem todas as empresas do mercado, pois aqueles que vendem para os adquirentes que não fazem parte do conluio acabam recebendo valores abaixo do que teriam auferido se ausente a colusão. Portanto, eles são vítimas, assim como os fornecedores dos conspiradores¹⁶⁵.

Em determinadas circunstâncias, os clientes de empresas que não fazem parte de um cartel também poderão pagar preços inflacionados como resultado da colusão. Caso esses prejudicados busquem em juízo a recuperação dos danos concorrenciais, a doutrina os considera “demandantes guarda-chuva”¹⁶⁶, pois seus fornecedores definiram os preços sob o guarda-chuva de preços praticados pelo cartel.

Em termos econômicos, os *umbrella effects* podem ser explicados da seguinte forma: os compradores procuram alternativas aos produtos que se tornaram mais caros devido à existência do cartel. A mudança na demanda para produtos de não cartelistas pode fazer com que estes, aproveitando os preços superiores do cartel, também elevem seus preços. Os não cartelistas poderão – em determinadas circunstâncias – aumentar seus próprios preços sob o guarda-chuva do cartel, mesmo não fazendo parte da conspiração.

Como os cartéis normalmente aumentam os preços dos produtos ou reduzem as quantidades ofertadas, no aspecto da racionalidade econômica isso gera a substituição dos produtos do cartel por outros de empresas que não fazem

163 A maior durabilidade do cartel depende de um forte grau de institucionalização. Para tanto, faz-se necessário um eficaz mecanismo de monitoramento, pois as empresas podem ter o incentivo de desrespeitar o acordo. Como elucidado por Robert Marshall e Leslie Marx, “a escolha da forma de monitoramento [da produção e dos preços] afeta a estrutura alocada e pode afetar a rentabilidade incremental do cartel. O monitoramento pode ser feito diretamente pelas empresas ou através de organizações de terceiros, tais como associações comerciais, associações de exportação, ou empresas de consultoria” (MARSHALL, R. C.; MARX, L. M. *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 130, tradução livre).

164 “Umbrella effects arise where anti-competitive conduct by one or more market actors results in general price rises across the sector concerned.” (DUNNE, N. “Umbrella Effects” and private antitrust enforcement. *The Cambridge Law Journal*, v. 76, n. 3, p. 510-513, nov. 2014. p. 510. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/umbrella-effects-and-private-antitrust-enforcement/F0BA7B7A9E25351E5ACAC7611EB-6DC47>. Acesso em: 12 setembro de 2019).

165 BLAIR, R. D.; DURRANCE, C. P.; WANG, W. *The Kone AG-Decision: Economic Logic and Damage Estimation*. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 3, p. 393-410, July 2016. p. 393.

166 *Id.*, *ibid.*, p. 241.

parte do conluio. O cartel pode afetar os preços praticados pelas empresas não cartelistas, que tendem a ser aumentados. Nesse ínterim, ainda que a definição de preços seja um ato de gestão interna empresarial, no aspecto racional, é mais cômodo para a empresa que não participa do cartel se orientar pelos valores praticados pelos conspiradores¹⁶⁷.

3 ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PARTICIPANTES DO CARTEL EM CASO DE *UMBRELLA EFFECTS* NO DIREITO COMPARADO

No presente tópico serão discutidos os principais casos jurídicos envolvendo a análise da responsabilidade civil dos membros de cartéis decorrentes de *umbrella effects*, com destaque para decisões proferidas nos Estados Unidos e, principalmente, o caso Kone, julgado pelo TJUE.

3.1 A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA

Como assinalado acima, até o momento não há decisão da Suprema Corte acerca da matéria, somente decisões de jurisdições locais com posicionamentos diversos. Há precedentes que admitiram a possibilidade da reparação, considerando natural a ocorrência de *umbrella effects* no mercado, enquanto outras entenderam que tais pretensões se revelavam meramente especulativas¹⁶⁸.

O estudo dos principais casos nos Estados Unidos relacionados ao *umbrella effects* demonstra que não há consenso sobre as vítimas poderem ou não ser indenizadas pelas perdas decorrentes dos preços de proteção. Os tribunais estão divididos quanto ao reconhecimento da responsabilidade dos participantes de um cartel quando há ocorrência de *umbrella effects*. A maioria das decisões não admitiu a legitimidade da reparação, especialmente em decorrência da dificuldade da realização das provas nesses casos¹⁶⁹.

Em janeiro de 1968, a Corte Distrital do Havaí julgou o caso *State of Wa-*

167 Para os economistas Roman Inderst, Frank Maier-Rigaud e Ulrich Schwalbe, dependendo do tamanho do cartel, o valor do efeito guarda-chuva varia entre 7% e 23% do preço do cartel (INDERST, R.; MAIER-RIGAUD, F.; SCHWALBE, U. *Umbrella Effects*. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, i. 3, p. 739-763, Sep. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu009>. Acesso em: 6 de agosto de 2019. p. 751).

168 FRAILE, I.; KAPOOR, A. *Umbrella Liability For Price Fixing: Does The Forecast Call For More Damages In The EU And U.S.? Constantine Cannon*, Febr. 10, 2014. Disponível em: <https://constantinecannon.com/2014/02/10/cartel-members-likely-to-face-rainy-days-in-europe-under-umbrella-liability/>. Acesso em: 6 de setembro de 2019.

169 GÜRKAYNAK, G.; YARDIM, G.; KORKMAZ, G. *The Concept of Causal Link Within the Scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision*. In: GÜRKAYNAK, G. *The Academic Gift Book of ELIG, Attorneys-at-law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey*. March 2018. p. 14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3174410>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

*shington v. American Pipe & Construction Co.*¹⁷⁰ O caso envolveu um cartel de tubos condutores de aço e de concreto. Na ação, os demandantes pleitearam contra a *American Pipe & Construction Co* a indenização pelos preços abusivos pagos a empresas concorrentes que não faziam parte da conspiração da qual a ré participava.

De acordo com os autores, a colusão contribuiu para o aumento dos preços no mercado, e, conseqüentemente, as empresas concorrentes estranhas ao conluio praticaram preços acima do que seriam ofertados se o cartel não existisse. Os reclamantes afirmaram que os prejuízos estavam relacionados à conspiração. Em sua defesa, a ré alegou ausência denexo de causalidade, pois os supostos danos seriam remotos; segundo ela, se houvesse alguma responsabilidade, seria da empresa que vendeu produtos aos autores. Para o júri, as razões de defesa da *American* não foram convincentes e a pretensão dos autores foi acolhida.

No julgamento, a Corte negou provimento ao recurso da *American* ao argumento de que os elementos necessários para a configuração dos prejuízos e a legitimidade dos autores foram comprovados. Na decisão, o órgão expressou o entendimento de que uma lesão é direta e imediata quando ocorre dentro do mercado relevante e que ela poderia ser razoavelmente prevista como um desrespeito à legislação antitruste pelos conspiradores. Para os autores da ação, as vendas dos não conspiradores estavam claramente dentro do mercado relevante em que houve o falseamento da concorrência.

A Corte destacou que a legitimidade dos pedidos de indenização decorreu diretamente da atividade proibida pela lei antitruste. Por fim, assinalou que, tendo os autores comprovado que pagaram a mais pelo produto comprado de empresas não cartelistas, e que a participação da ré no conluio contribuiu para a formação do sobrepreço, a lei assegurava o direito à indenização.

Em março de 1979, a Corte de Apelação do 3º Circuito julgou o caso *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*¹⁷¹, no qual também se analisou a responsabilidade civil decorrente de *umbrella effects*.

Com base nos argumentos utilizados pela Suprema Corte no caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*¹⁷², por maioria de votos, o órgão negou o direito à reparação. O caso envolvia um cartel de fabricantes de sacolas de compras que teria aumentado os preços dos produtos e alcançado lucros supracompetitivos. Os autores da ação alegaram que haviam comprado sacolas de produtoras que não faziam parte do conluio, mas que aproveitaram a existência da colusão para aumentar seus preços sob o guarda-chuva do cartel.

Para a maioria da Corte, a indenização não poderia ser deferida, pois os supostos ganhos decorrentes de sobrepreços foram auferidos pelas empresas

170 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court (District of Hawaii). *State of Washington v. American Pipe & Construction Co.*, 280 F. Supp. 802 (D. Haw. 1968), Jan. 10, 1968. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/280/802/1607650/>. Acesso em: 7 de setembro 2019.

171 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals (Third Circuit). *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597, March 26, 1979. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/596/573/447199/>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

172 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), June 9, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

que não integravam o cartel. Assim, imputar a obrigação indenizatória aos participantes do cartel pelos *umbrella effects* ocorridos configuraria excesso de punição, na medida em que o valor da condenação ultrapassaria consideravelmente o ganho obtido pelos conspiradores.

Por fim, o voto vencedor considerou que a determinação do suposto sobrepreço praticado pelas empresas estranhas à colusão seria bastante especulativo e transformaria o caso em um procedimento economicamente complexo, situação que, conforme decidido no caso *Illinois Brick Co. v. Illinois*, o Judiciário deve evitar. Desse modo, os julgadores decidiram que o direito à reclamação caberia somente aos adquirentes de produtos das empresas que formaram o cartel.

Em agosto de 1979, a Corte de Apelação do 5º Circuito julgou o caso *In re Beef Industry Antitrust Litigation*¹⁷³, que envolveu a análise da responsabilidade por *umbrella effects* de um cartel de compras que conspirou para a redução dos preços das carnes de matadouros e produtores de carne nos Estados Unidos.

Os autores alegaram que, em virtude da existência do conluio, os preços gerais no mercado reduziram e que os conspiradores deveriam ser responsabilizados pelos prejuízos suportados, incluindo as vendas feitas a adquirentes que não faziam parte do cartel.

Fazendo referência ao voto divergente proferido no caso *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, a Corte decidiu pela procedência da pretensão. Conforme a decisão, a argumentação dos danos sofridos pelos autores não era singela. A alegação dos autores consistiu no fato de que a conspiração de fixação dos preços de compra resultou na redução dos preços no mercado e não somente nos valores pagos pelos integrantes do cartel, demonstrando que os adquirentes que não faziam parte do conluio basearam suas compras de carne considerando os preços gerais no mercado.

Para a decisão, era irrelevante se as carnes compradas pelos preços que os produtores se viram compelidos a vender chegaram às mãos de um comprador integrante do cartel. A Corte considerou suficiente o fato de que as atividades do conluio resultaram na redução geral dos preços no mercado e que as compras de adquirentes de fora da conspiração se basearam na decisão do preço reduzido tramado pelo cartel.

Em setembro de 2000, no julgamento do caso *Antoine L. Garabet, M.D., Inc. v. Autonomous Technologies Corp.*¹⁷⁴, a Corte Distrital da Califórnia decidiu que as alegadas perdas oriundas de *umbrella effects* revelavam-se inaceitavelmente especulativas e complexas, haja vista uma série de fatores que influenciavam a política de preços de uma empresa.

No caso específico, o tribunal entendeu que a determinação dos preços por outros concorrentes constituiu uma causa independente, que rompeu a cadeia causal da fixação de preços mais elevados.

Na decisão, houve referência ao caso *Associated General Contractors of*

173 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals (Fifth Circuit). *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, Aug. 17, 1979. Disponível em: <http://openjurist.org/600/f2d/1148/beef-v-great>. Acesso em: 9 de setembro de 2019.

174 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court (Central District of California). *Antoine L. Garabet, M.D., Inc. v. Autonomous Technologies Corp.*, 116 F.Supp.2d 1159 (C.D. Cal. 2000), Sept. 18, 2000. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/0290f3ddbe1a-1c3ac159a46f008018b1>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

*California, Inc. v. California State Council of Carpenters*¹⁷⁵, no qual a Suprema Corte reconheceu a necessidade de um teste de múltiplos fatores para determinar a legitimidade da reparação antitruste. Pelo teste, o autor deve comprovar que a lesão é protegida pela lei; a própria gravidade da lesão; que os danos não são especulativos; que não há o risco de duplicação da condenação (*dual recovery*); e que a definição dos danos não é complexa.

Em setembro de 2002, o Tribunal de Apelação do 7º Circuito julgou o caso *Loeb Industries Incorporated v. Sumitomo Corporation*¹⁷⁶, que envolveu a análise de uma conspiração na década de 1990 para a fixação dos preços de venda de cobre em níveis acima do praticado nos mercados internacionais. Os autores da ação alegaram que sofreram perdas decorrentes do conluio, pois o cartel inflacionou diretamente os preços de venda de cobre, em manifesta violação ao *Sherman Act*.

O Tribunal, fazendo referência ao caso *Illinois Brick*, considerou que o precedente da Suprema Corte não poderia ser aplicado, pois os autores não eram compradores indiretos de clientes dos infratores. E reconheceu que as perdas alegadas pelos autores decorreram dos efeitos guarda-chuva gerados no mercado pela existência da infração antitruste.

Para a Corte, como os prejuízos sofridos pelos autores foram diretos, previsíveis para os participantes do conluio, e, possivelmente, não acarretariam dupla punição aos réus, igualmente, não se tratava de cálculos meramente especulativos. Portanto, deveria ser reconhecido o direito à reparação pelas perdas decorrentes de *umbrella effects*.

Em abril de 2011, a Corte Distrital do Norte da Califórnia julgou o caso *In re Online Dvd Rental Antitrust Litigation*¹⁷⁷, no qual os autores, assinantes de serviço *online* de locação de DVDs da empresa Blockbuster Inc., se insurgiram contra a Netflix e o Wal-Mart por violação à legislação antitruste.

De acordo com os autores, a Netflix e o Wal-Mart fizeram um acordo de *marketing* promocional em maio de 2005, que teve por objetivo a divisão ilegal dos mercados de vendas e locação *online* de DVDs nos Estados Unidos. Pelo acordo, o Wal-Mart faria somente as vendas, e a Netflix as locações de DVDs.

Os demandantes alegaram que, após a retirada do Wal-Mart do mercado de locações, a Netflix se consolidou e, conseqüentemente, aumentou seus preços. Segundo os demandantes, o comportamento da Netflix fez com que a Blockbuster, concorrente com menor poder de mercado, aproveitasse para também aumentar os preços da locação de DVDs *online*, passando de 14,99 para 17,99 dólares por mês, ou seja, o mesmo valor cobrado pela Netflix. Assim, milhares de assinantes da Blockbuster pagaram preços supracompetitivos (*umbrella effects*).

175 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519 (U.S. 1983), Febr. 22, 1983. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/6e8b3540a01245dc-95c9b844158f4584>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

176 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals (Seventh Circuit). *Loeb Industries Incorporated v. Sumitomo Corporation*, No. 00-3979, 01-1148, 01-3229, 01-3230, 01-3485, Nov. 9, 1982. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1003124.html>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

177 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court (Northern District of California). *In re Online DVD Rental Antitrust Litigation*, 2011 WL 1629663, at *9 (N.D. Cal. 2011), April 29, 2011. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infdc020110503b41>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

Apesar das evidências quanto à divisão do mercado pela Netflix e o Wal-Mart, a Corte entendeu que os prejuízos alegados pelos autores foram indiretos, pois a Blockbuster não fazia parte do acordo. E ainda falharam em demonstrar que a precificação da Netflix foi determinante para a alteração do preço da Blockbuster. Desse modo, a pretensão não foi acolhida.

Em maio de 2014, a Corte Distrital de Tennessee analisou o caso *In re Skelaxin (Metaxalone) Antitrust Litigation*¹⁷⁸, no qual alguns dos autores buscavam recuperar os prejuízos decorrentes das compras do relaxante muscular metaxalone vendido por fabricantes de medicamentos genéricos.

Os autores alegaram que as duas fabricantes do medicamento na forma de referência (original) reduziram as quantidades fornecidas no mercado, propiciando o aumento dos preços das fabricantes do medicamento na forma genérica.

Em agosto de 2014, a Corte Distrital do Norte da Califórnia proferiu decisão no processo *Country of San Mateo v. CSL Limited*, em que se discutia a ocorrência de *umbrella effects*.

O condado de San Mateo alegou que determinados fabricantes de produtos farmacêuticos derivados de plasma sanguíneo humano haviam conspirado para restringir o fornecimento de tais produtos, fazendo com que ele e outros compradores pagassem preços artificialmente altos pelos produtos vendidos por outras empresas não integrantes da conspiração. Afirmando que os demandados foram responsáveis pelos sofridos prejuízos antitruste, o condado de San Mateo buscou o recebimento de indenização diretamente contra os conspiradores.

Os réus, em defesa, argumentaram que nenhum tribunal da Califórnia tinha expressamente aprovado o reconhecimento de prejuízos por *umbrella effects*, não havendo, pois, como acolher a pretensão de San Mateo.

Para a Corte, os argumentos dos réus não prevaleceram, pois os prejuízos pelos preços de proteção não eram inerentemente especulativos. Além disso, conforme expressou, tais perdas são recuperáveis pelo Cartwright Act, da Califórnia.

A juíza Jacqueline Scott Corley, que proferiu a decisão no processo *Country of San Mateo v. CSL Limited*, considerou que o raciocínio dos tribunais que derivaram da doutrina Illinois Brick, que proíbe as reivindicações de compras indiretas sob a aplicação do Sherman Act, não se aplica ao Cartwright Act, que, ao contrário, garante os prejuízos decorrentes de compras indiretas. De acordo com a juíza, o Cartwright Act permite que qualquer demandante antitruste recupere três vezes os danos sofridos, sem limitar como a lesão ou os danos devem ser quantificados.

A Corte também assinalou que, apesar de os prejuízos antitruste sob a lei da Califórnia não poderem ter como premissa uma pura adivinhação ou especulação, não havia nada intrinsecamente especulativo sobre os cálculos necessários para a estimativa das perdas por *umbrella effects*.

O raciocínio econômico dos julgadores foi no sentido de que, se esses cálculos fossem especulativos, também seriam especulativos os cálculos de sobrepreços praticados pelos participantes do cartel. E concluiu que só a alegada

178 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court (E.D. Tennessee, Chattanooga). *In re Skelaxin (Metaxalone) Antitrust Litigation*, Case No. 1:12-md-2343, May 15, 2014. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infdc020140516b22>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

dificuldade não é capaz de tornar a apuração dos prejuízos do autor suficientemente especulativo, nem a imprecisão ou a incerteza representam uma barreira categórica para afastar os dados por *umbrella effects*.

A análise dos casos norte-americanos demonstra que os tribunais daquele país empregam soluções distintas quanto ao instituto *umbrella effects*. O fato de a legislação federal não ser precisa quanto aos preços de proteção e, por sua vez, a interpretação de normas estaduais legitimarem o reconhecimento dessas perdas é um fator que justifica a existência de decisões díspares.

Em conclusão à análise dos casos norte-americanos, pode-se observar que, nos Estados Unidos, a possibilidade de responsabilização dos participantes do cartel em decorrência de preços de proteção é controversa, com decisões em ambos os sentidos.

3.2 A PERSPECTIVA EUROPEIA

Em 5 de junho de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) julgou o Processo C-557/12¹⁷⁹, conhecido como caso Kone, decidindo que o artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) deve ser interpretado em sentido contrário a uma interpretação e a uma aplicação do direito interno de os Estados-Membros impedirem que empresas integrantes de um cartel não sejam civilmente responsabilizadas pelos prejuízos decorrentes de *umbrella effects*¹⁸⁰.

O caso teve como antecedente o julgamento do *cartel dos elevadores e das escadas rolantes*, condenado pela Comissão Europeia em fevereiro de 2007. Na decisão, o TJUE concluiu que, desde 1980, as empresas Kone, Otis, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen, Schindler Liegenschaftsverwaltung e ThyssenKrupp Aufzüge constituíram um cartel de elevadores e de escadas rolantes em países europeus. Tendo em vista a infração, o órgão de concorrência aplicou uma multa de 992 milhões de euros às acusadas¹⁸¹.

O Tribunal destacou que o artigo 1.295 do Código Civil austríaco (ABGB – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) prevê que “qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do prejuízo causado de forma culposa; o prejuízo pode ser causado por uma violação de uma obrigação contratual ou não ter relação com um contrato”¹⁸². Por sua vez, enfatizou que o artigo 1.311 do mesmo diploma determina que responde pelos danos causados quem “violou uma lei destinada a prevenir os prejuízos fortuitos”¹⁸³.

Após a descrição da questão apresentada pelo órgão de reenvio austríaco, o Tribunal afirmou que a plena eficácia do artigo 101 do TFUE, especificamente o

179 UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infrasstruktur AG, ECLI:EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12>. Acesso em: 5 de agosto de 2019.

180 STUYCK, Jules. Damages for the Loss Caused by a Cartel: The Causal Link. *European Review of Private Law*, v. 23, p. 459-470, 2015. p. 459.

181 UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice. Case COMP/E-1/38.823 – Elevators & Escalators. Commission decision of Febr. 21, 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

182 UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infrasstruktur AG, ECLI: EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12>. Acesso em: 5 de agosto de 2019. Item 3.

183 Id., *ibid.*, item 4.

efeito útil da proibição da formação de acordos anticompetitivos, seria fragilizada se fosse negada a qualquer pessoa buscar a reparação pelo prejuízo que lhe foi causado em virtude de um contrato ou um comportamento capaz de restringir ou falsear a livre concorrência¹⁸⁴.

Desse modo, afirmou que “qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do prejuízo sofrido quando haja um nexo de causalidade entre o referido prejuízo e um cartel ou uma prática proibida pelo artigo 101 do TFUE”¹⁸⁵.

O aspecto dissuasório foi considerado pelo Tribunal ao expor que o direito de qualquer pessoa buscar a indenização pelos prejuízos sofridos reforça o aspecto operacional das regras de concorrência da UE, pois é suscetível de desencorajar os acordos ou condutas frequentemente dissimuladas, capazes de restringirem ou falsearem a concorrência. Esse direito contribui para a manutenção da efetividade da política de concorrência na União Europeia¹⁸⁶.

Na decisão, o Tribunal ressaltou que, na ausência de regulamentação da União acerca da matéria, compete às leis internas dos Estados-Membros regulamentarem o exercício do direito de buscar a indenização decorrente de um cartel ou de uma prática vedada pelo artigo 101 do TFUE, incluindo a aplicação do conceito de nexo de causalidade, desde que sejam observados os princípios da equivalência e da efetividade, como determinado no acórdão que julgou o caso Manfredi¹⁸⁷.

Em relação ao instituto *umbrella effects*, o Tribunal assinalou que, em certas circunstâncias, esse fenômeno é reconhecido como uma das possíveis consequências de um cartel¹⁸⁸. Além disso, discorreu que o preço de mercado é um dos principais critérios considerados por uma empresa ao determinar o preço de seus produtos ou serviços que ofertará no mercado.

Assim, quando um cartel consegue manter um preço superior para seus produtos, levando em consideração a natureza do produto ou o dimensionamento do mercado relevante, não se pode desconsiderar que uma empresa concorrente, não integrante do conluio, decida fixar seus preços acima do que praticaria se o cartel inexistisse. Ainda que a determinação do preço seja uma decisão autônoma tomada pela empresa não cartelista, o Tribunal reconheceu que essa decisão pode ter por referência o preço de mercado falseado pelo cartel e, consequentemente, contrário ao direito da concorrência¹⁸⁹.

Para os julgadores, ao contrário do alegado pelas empresas integrantes do cartel, o fato de um cliente de uma empresa não integrante do cartel sofrer danos decorrentes de *umbrella effects* praticados por empresas não cartelistas faz parte dos possíveis efeitos do acordo anticoncorrencial, que não pode ser ignorado pelos infratores¹⁹⁰.

Em seguida, o TJUE considerou que a efetividade do artigo 101 do TFUE

184 Id., *ibid.*, item 21. O acórdão faz referência expressa aos casos Courage e Crehan, EU:C:2001:465; Manfredi e o., EU:C:2006:461; Otis e o., C-199/11, EU:C:2012:684; e Do- nau Chemie e o., C-536/11, EU:C:2013:366.

185 Id., *ibid.*, item 22.

186 UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infras- truktur AG, ECLI:EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/ liste.jsf?language=en&num=C-557/12](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12). Acesso em: 5 de agosto de 2019. Item 23.

187 Id., *ibid.*, item 170.

188 Id., *ibid.*, item 171.

189 Id., *ibid.*, item 174.

190 Id., *ibid.*, item 175

seria enfraquecida se o direito de se buscar a reparação pelos danos concorren- ciais dependesse da legislação nacional, que exigisse um nexo de causalidade direto, capaz de negar esse direito pelo fato de o interessado ter comprado pro- dutos de empresas não cartelistas¹⁹¹.

Para os julgadores, a vítima do preço de proteção pode receber dos mem- bros do cartel a indenização pelos prejuízos sofridos, mesmo que não tenha vín- culos contratuais com eles. Para tanto, é necessário comprovar que o cartel, em conformidade aos elementos do caso concreto, podia sofrer, por consequência, a aplicação de *umbrella effects* por empresas não cartelistas, e que o resultado não poderia ser desconsiderado pelos partícipes do cartel¹⁹². Segundo o TJUE, com- pete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se tais condições aconteceram.

Partindo desses fundamentos, em resposta à consulta do órgão de reen- vio, o TJUE declarou que:

O artigo 101 TFUE deve ser interpretado no sentido de ser contrário à interpretação e à aplicação do direito interno de um Estado-Membro, consistente em impedir de modo imperativo, por razões jurídicas, que partici- pantes de um cartel sejam civilmente respon- sabilizadas pelos danos resultantes de preços que uma empresa não participante desse car- tel, ante a existência do conluio, fixou acima ao que teria aplicado se o cartel não existisse (Tradução livre) ¹⁹³

A Corte Europeia reconheceu a necessidade de consideração da lógica econô- mica dos *umbrella effects* para admitir a possibilidade de responsabiliza- ção dos membros do cartel. Esse raciocínio tem por consequência a extensão das possibilidades de efetivação do princípio da reparação integral na seara do *enforcement* privado europeu¹⁹⁴.

Ao reconhecer que o direito à indenização decorrente da violação às re-

191 UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infras- truktur AG, ECLI: EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/ liste.jsf?language=en&num=C-557/12](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12). Acesso em: 5 de agosto de 2019. Item 33.

192 Id., *ibid.*, item 34.

193 No original: “Article 101 TFEU must be interpreted as meaning that it precludes the interpre- tation and application of domestic legislation enacted by a Member State which categorically excludes, for legal reasons, any civil liability of undertakings belonging to a cartel for loss re- sulting from the fact that an undertaking not party to the cartel, having regard to the practices of the cartel, set its prices higher than would otherwise have been expected under competi- tive conditions”. (UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - Kone AG v. ÖBB-Infrastruktur AG, ECLI:EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12>. Acesso em: 5 de agosto de 2019.)

194 HOLLER, E.; SCHINKEL, Ma. P. Umbrella effects: correction and extension. *Journal of Com- petition Law & Economics*, v. 13, i. 1, p. 185-189, March 1, 2017. p. 189. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx007>. Acesso em: 10 de agosto de 2019;

MALNAR, V. B. The Kone Case: A Missed Opportunity to Put the Standard of Causation Under the Umbrella of the EU. In: TOMLJENOVIĆ, V.; BODIROGA-VUKOBRAĆ, N.; BUTO- RAC MALNAR, V.; KUNDA, I. (ur.). *EU Competition and State Aid Rules*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2017. p. 175.

gras de concorrência na União Europeia se aplica às reivindicações por *umbrella effects*, o TJUE proferiu, certamente, uma interpretação mais ampla e enfática do alcance e da importância do *enforcement* privado no bloco até o momento¹⁹⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode ignorar que, no Brasil, a realidade demonstra ainda estar na fase de disciplinamento do *enforcement privado*, inclusive mediante alteração legislativa.

A esse respeito, o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016, aprovado com emendas pela Comissão de Constituição e Justiça e pela Comissão de Assuntos Econômicos e enviado à Câmara dos Deputados em 24 de dezembro de 2018, propõe modificações na Lei nº 12.529/11, para estabelecer o ressarcimento em dobro às vítimas de infrações concorrenciais que buscarem a reparação das perdas no Poder Judiciário, além de outras modificações para o aperfeiçoamento da legislação do SBDC.

O exame da experiência internacional demonstrou a relevância da análise da (ir)responsabilidade civil concorrencial de cartéis diante da ocorrência de *umbrella effects* em outras jurisdições, ainda que as Cortes apresentem decisões contrárias, umas admitindo e outras rejeitando a responsabilidade dos integrantes do conluio.

Nos Estados Unidos, apesar de a matéria orbitar os tribunais do país há aproximadamente quarenta anos, a questão ainda é controversa. Foi demonstrado que as decisões norte-americanas não admitiram o direito à reparação civil decorrente de *umbrella effects*.

Na Europa, o julgamento do caso Kone pelo TJUE foi um divisor de águas no *enforcement* privado. O desfecho dado pela Corte Europeia demonstrou que o tratamento às vítimas de *umbrella effects* representa uma importante matéria de política antitruste em seu aspecto privado.

Essa perspectiva representa um importante fator de recomposição das perdas das vítimas e também um relevante elemento de dissuasão para a formação de cartéis. As empresas que estão no mercado para concorrer entre si, ao aventarem a possibilidade de falsear a livre concorrência, compreenderão que o reconhecimento da responsabilidade de sua conduta anticoncorrencial, inclusive em casos de preços de proteção, representa mais um desestímulo para a realização do conluio.

Ainda quanto ao componente dissuasório, a possibilidade de responsabilizar os participantes do cartel em casos de *umbrella effects* configura mais uma importante medida para tornar o *enforcement* privado uma ameaça crível, desestimulando a prática da conduta, na medida em que o interesse da sociedade é a promoção da competitividade, que conduz ao desenvolvimento.

195 DUNNE, N. "Umbrella Effects" and private antitrust enforcement. The Cambridge Law Journal, v. 76, n. 3, p. 510-513, nov. 2014. p. 510. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/umbrella-effects-and-private-antitrust-enforcement/F0BA7B7A9E25351E5ACAC7611EB6DC47>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

REFERÊNCIAS

BLAIR, R. D.; DURRANCE, C. P.; WANG, W. The Kone AG-Decision: Economic Logic and Damage Estimation. **The Antitrust Bulletin**, v. 61, n. 3, p. 393-410, July 2016.

BLAIR, R. D.; MAURER, V. G. Umbrella pricing and antitrust standing: an economic analysis. **Utah Law Review**, n. 4, p. 763-796, 1982.

CASELTA, D. C. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUNNE, N. "Umbrella Effects" and private antitrust enforcement. **The Cambridge Law Journal**, v. 76, n. 3, p. 510-513, nov. 2014. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/umbrella-effects-and-private-antitrust-enforcement/F0BA7B7A9E25351E5ACAC7611EB6DC47>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRAILE, I.; KAPOOR, A. Umbrella Liability For Price Fixing: Does The Forecast Call For More Damages In The EU And U.S.? **Constantine Cannon**, 2014. Disponível em: <https://constantinecannon.com/2014/02/10/cartel-members-likely-to-face-rainy-days-in-europe-under-umbrella-liability/>. Acesso em 6 de setembro de 2019.

FRANCK, J. Umbrella Pricing and Cartel Damages Under EU Competition Law. **LAW 2015/18**, 2015. (EUI Working Papers). Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35578/LAW.2015.18.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

GÜRKAYNAK, G.; YARDIM, G.; KORKMAZ, G. The Concept of Causal Link Within the Scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision. In: GÜRKAYNAK, G. **The Academic Gift Book of ELIG**, Attorneys-at-law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey. March 2018. p. 1-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3174410>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOLLER, E.; SCHINKEL, M. P. Umbrella effects: correction and extension. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 13, n. 1, p. 185-189, March 1, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhx007>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

INDERST, R.; MAIER-RIGAUD, F.; SCHWALBE, U. **Umbrella Effects**. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 3, p. 739-763, Sep. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu009>. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

LAVE, J. M. Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims. *The Antitrust Bulletin*, Florida, v. 48, n.1, p. 223-270, Spring 2003.

MAIER-RIGAUD, F. Umbrella effects and the ubiquity of damage resulting from competition law violations. *The Journal of European Competition Law and Practice*, v. 5, n. 4, p. 247-251, Feb. 2014.

MALNAR, V. B. The Kone Case: A Missed Opportunity to Put the Standard of Causation Under the Umbrella of the EU. In: TOMLJENOVIĆ, V.; BODIROGA-VUKOBRAT, N.; BUTORAC MALNAR, V.; KUNDA, I. (ur.). **EU Competition and State Aid Rules**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2017. p. 175-195.

MARSHALL, R. C.; MARX, L. M. **The economics of collusion: cartels and bidding rings**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

OLIVEIRA, I. M. de. **A responsabilidade civil por umbrella effects como instrumento de private enforcement**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17881/1/2017_Isabela-MonteirodeOliveira_tcc.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

STUYCK, J. Damages for the Loss Caused by a Cartel: The Causal Link. *European Review of Private Law*, v. 23, p. 459-470, 2015.

JURISPRUDÊNCIA

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals (Third Circuit). **Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.**, 596 F.2d 573, 597, March 26, 1979. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/596/573/447199/>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

_____. District Court (Central District of California). **Antoine L. Garabet, M.D., Inc. v. Autonomous Technologies Corp.**, 116 F.Supp.2d 1159 (C.D. Cal. 2000), Sept. 18, 2000. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/0290f3ddb-1a1c3ac159a46f008018b1>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

_____. District Court (District of Hawaii). **State of Washington v. American Pipe & Construction Co.**, 280 F. Supp. 802 (D. Haw. 1968), Jan. 10, 1968. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/280/802/1607650/>. Acesso em: 7 de setembro de 2019.

_____. District Court (E.D. Tennessee, Chattanooga). **In re Skelaxin (Metaxalone) Antitrust Litigation**, Case No. 1:12-md-2343, May 15, 2014. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infdco20140516b22>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

_____. District Court (Northern District of California). **In re Online DVD Rental Antitrust Litigation**, 2011 WL 1629663, at *9 (N.D. Cal. 2011), April 29, 2011. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infdco20110503b41>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

_____. Supreme Court. **Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters**, 459 U.S. 519 (U.S. 1983), Febr. 22, 1983. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/6e8b3540a01245dc-95c9b844158f4584>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

_____. Supreme Court. **Illinois Brick Co. v. Illinois**, 431 U.S. 720 (1977), June 9, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/>. Acesso em: 8 de setembro de 2019.

_____. United States Court of Appeals (Fifth Circuit). **In re Beef Industry Antitrust Litigation**, 600 F.2d 1148, Aug. 17, 1979. Disponível em: <http://openjurist.org/600/f2d/1148/beef-v-great>. Acesso em: 9 de setembro de 2019.

_____. United States Court of Appeals (Seventh Circuit). **Loeb Industries Incorporated v. Sumitomo Corporation**, No. 00-3979, 01-1148, 01-3229, 01-3230, 01-3485, Nov. 9, 1982. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1003124.html>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. C-453/99 - **Courage Ltd vs Bernard Crehan**. ECR I I-6297, C-295/04 a C-298/04, Sept. 20, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61999CJ0453&from=EN>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

_____. Court of Justice (Fifth Chamber). C-557/12 - **Kone AG v. ÖBB-Infrastruktur AG**, ECLI:EU:C:2014:1317, June 5, 2014. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-557/12>. Acesso em: 5 de agosto de 2019.

_____. Court of Justice (Third Chamber). **Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA**, 2006 OJ (C224), 3 ECR I-6619; 1147/5/7/09 a 1153/5/7/10, July 13, 2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0295>. Acesso em: 11 de setembro de 2019.

_____. Court of Justice. Case COMP/E-1/38.823 – **Elevators & Escalators**. Commission decision of Febr. 21, 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]. Diário Oficial da União, Brasília, 1º dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2016**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, [...]. Brasília: Senado Federal, [2017]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>. Acesso em 6 de agosto de 2019. Texto inicial.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial, n. C 326, p. 0001-0390, 26 out. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>. Acesso em: 6 de agosto de 2019.

CLEAN TEAM EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Paolo Zupo Mazzucato¹⁹⁶

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar os principais elementos sobre o *clean team*, instituto utilizado em atos de concentração para o fim de se mitigar o risco antitruste no acesso a informações concorrencialmente sensíveis necessárias para a realização da *due diligence*, estudos de eficiências e planos de integração entre as partes.

Palavras-chave: Direito da concorrência; Atos de concentração; Fusões e aquisições; Consumação antecipada de atos de concentração; Informações concorrencialmente sensíveis; *Clean team*; Conformidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present the main elements of the clean team, an institute used in mergers to mitigate the antitrust risk in accessing the competitively sensitive information needed to perform due diligence, efficiency studies and integration plans between the parts.

Keywords: Competition law; Merger review; M&A; Gun jumping; Competitively sensitive information; Clean team; Compliance.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar os principais elementos sobre o *clean team*, instituto utilizado em atos de concentração para o fim de se mitigar o risco antitruste no acesso a informações concorrencialmente sensíveis necessárias para a realização da *due diligence*, de estudos de eficiências e de planos de integração entre as partes.

A importância de procedimentos de cautela quanto ao compartilhamento de dados *interna corporis* voltou à tona principalmente depois da multa no valor de 124,5 milhões imposta pela Comissão Europeia em abril de 2018 sobre a Altice quando da aquisição da PT Portugal. Também naquele ano, a americana *Federal Trade Commission* emitiu um comunicado alertando sobre tais perigos, aludindo a casos recentes de aplicação de penalidades. No Brasil, o Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) possui um capítulo dedicado ao assim denominado Protocolo Antitruste, onde o *clean team* é um dos itens.

O tema é de particular interesse, portanto, para todos os agentes envolvidos na estruturação de operações de M&A, sejam eles advogados concorrenciais ou societários, assessores financeiros e, principalmente, as empresas, em um contexto mais amplo de uma pauta obrigatória em programas de conformidade

196 Advogado, mestre em Direito Econômico pela UFMG, professor de Direito da Concorrência da Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas-SP e presidente da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/MG. E-mail: paolo@mazzucato.com.br

(*compliance*). Chama a atenção, no entanto, a escassez de bibliografia sobre o tema, inclusive estrangeira, tanto na doutrina antitruste, como nas obras dedicadas a fusões e aquisições.

O presente estudo é dividido em cinco seções, contando com esta introdução. A segunda delas abordará a consumação prévia de atos de concentração, enquanto a terceira cuidará de aspectos referentes a informações concorrencialmente sensíveis. A quarta seção tratará especificamente do tema principal e que constitui o título deste artigo e, ao final, serão trazidas conclusões.

2 GUN JUMPING

Gun jumping é uma expressão em inglês que, em tradução livre, significa queima de largada – no atletismo, quem começa a correr antes do disparo da arma é desclassificado. A metáfora é amplamente utilizada para se referir à infração à norma que impede a consumação de atos de concentração antes de sua aprovação pela autoridade concorrencial. O assim chamado controle prévio de estruturas, há muito utilizado nos Estados Unidos e na Europa, foi implementado no Brasil pela Lei nº 12529, de 30 de novembro de 2011 (atual Lei Antitruste ou de Defesa da Concorrência), regulamentado no Regimento Interno do Cade (“RICADE”) e pormenorizado no Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (“Guia de *Gun Jumping*”).

Na Lei Antitruste brasileira, o *gun jumping* não se caracteriza apenas como a consumação prévia de um ato de concentração¹⁹⁷, mas também pela violação ao dever de preservação das condições de concorrência entre as partes da operação¹⁹⁸. Ambas figuras foram desdobradas pelo RICADE como obrigação de inalterabilidade de estruturas físicas, de vedação de transferências de ativos e qualquer tipo de influência entre as partes, além da troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do documento formal vinculativo¹⁹⁹. Logo, a infração pode ocorrer nas fases pré-contratual (*due diligence*), contratual (definição de cláusulas) ou pós-contratual (plano de integração). Uma vez configurado o ilícito, a Lei Antitruste prevê como penalidades multa pecuniária de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões e eventuais nulidades de atos praticados e abertura de processo administrativo²⁰⁰.

A utilização do sistema de controle prévio de atos de concentração obedece a uma racionalidade simples, que é a de assegurar o resultado útil do processo de sua análise, permitindo de forma eficaz a imposição de remédios em caso de

197 Art. 88, § 3o da Lei Antitruste.

198 Art. 88, § 4o da Lei Antitruste.

199 Art. 106, § 2o do Regimento Interno do Cade.

200 Art. 88, § 3o da Lei Antitruste.

aprovação condicionada ou mesmo a reprovação²⁰¹. Logo, até que a autoridade antitruste autorize a transação, devem as partes preservar separadas suas identidades e manter o comportamento normal e competitivo entre si.

3 TROCA DESARRAZOADA DE INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS

Um processo de M&A envolve uma intensa e constante comunicação entre as partes interessadas, em especial nas fases pré-contratual e pós-contratual. Na primeira delas ocorre a *due diligence*, momento em que a empresa a ser adquirida é submetida a uma auditoria jurídico-contábil para fins de análise de riscos, avaliação de ativos e passivos e definição de valor²⁰². Na segunda, que se dá após a assinatura do acordo que formaliza a aquisição, mas antes de seu fechamento, as partes estabelecem um cronograma e medidas com vistas à futura operação pelo novo acionista, uma vez aprovada pela autoridade concorrencial. É o plano de integração.

Quando realizados de forma adequada e observando os devidos procedimentos de cautela, ambos são considerados legítimos pelo Cade e pelas au-

201 “7. The duty to notify concentrations before implementing them is important for the EU’s system of ex ante control because it ensures that concentrations are brought to the Commission’s attention. It therefore safeguards the Commission’s ability to detect and investigate concentrations. The aim of the standstill obligation is different. It prevents harm to competition from occurring before the Commission has examined the concentration and reached a decision. If undertakings were allowed to implement a concentration before the Commission has reviewed it, the concentration’s anticompetitive effects could already materialize before the Commission had a chance to prohibit the concentration or clear it with remedies.

8. In addition, the standstill obligation avoids situations where the Commission would have to separate assets that have already been combined. Such separation measures, sometimes referred to as ‘unscrambling the eggs’, are often very difficult or impossible to implement. Likewise, violations of the standstill obligation make it more difficult for effective remedies to be put in place. For instance, by implementing the concentration before clearance, the acquirer can obtain business secrets, strategic information, personnel, assets or customers from the target’s businesses. If that business subsequently needs to be divested as a remedy, its competitive potential may be blunted” (OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping* – Note by the European Union. Paris, 27 November 2018, p. 3. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)95/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)95/en/pdf). Acesso em 19/9/2019).

202 “Resumindo as excelentes conclusões dos autores apontados, podemos apontar como funções da due diligence: a obtenção de informações para (i) garantir que o negócio buscado pelas partes nas transações – em razão das alegações das partes sobre o estado da empresa alienada – seja aquele encontrado de fato na empresa que é objeto da transação; (ii) proteger-se, assim, de possíveis contingências futuras, com a regulação de indenizações e garantias aplicáveis; e (iii) avaliar a empresa que é objeto da transação” (ROCHA, D. S. R. da. “Visão geral da due diligence: breves aspectos teóricos e práticos” In: ROCHA, D. S. R. da & QUATTRINI, L. T. *Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence*. São Paulo: Editora Saraiva e FGV Direito SP, Série GVlaw – Direito Societário, 1a ed., 2a tiragem, 2014, p. 54.

toridades antitruste mundo afora²⁰³. Os cuidados devem ser maiores quando as partes forem concorrentes ou houver relação vertical entre si. Os princípios que regem o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis são os mesmos tanto para a *due diligence*, como para o plano de integração²⁰⁴ e para estudos de eficiências, valendo o princípio segundo o qual a quantidade e a profundidade dessa troca serão maiores quanto mais avançado for o estágio da operação^{205_206}.

Quando a troca de tais dados for feita de forma desarrazoada, poderá haver *gun jumping* se ela propiciar a consumação prévia de um ato de concentração ou uma alteração nas relações de concorrência entre as partes – conforme dispõem os §§ 3º e 4º do art. 88 da Lei Antitruste, respectivamente. Uma vez que as normas brasileiras são claramente inspiradas na legislação americana, esta é particularmente útil para a compreensão das duas figuras ilícitas

No primeiro caso, o acesso a dados não públicos da parte adquirida precede ingerências prematuras da adquirente nas atividades daquela, ensejando a consumação antecipada do negócio. No direito norte-americano, a *Section 7A do Hart-Scott Rodino Act* utiliza-se do termo *beneficial ownership*²⁰⁷, que poderia ser traduzido como “propriedade efetiva” ou “de fato”, para se referir a um feixe

203 “Companies considering acquisitions, mergers, or joint ventures typically have a legitimate need to access detailed information about the other party’s business in order to negotiate the deal and implement the merger. But some information of interest may be competitively sensitive, such as current and future price information, strategic plans, and costs. This is especially true if the companies compete with one another. For prospective transactions involving a competitor or potential competitor, special care must be taken to minimize antitrust risks throughout premerger negotiation and due diligence process, as well as during the integration planning process” (VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence. Federal Trade Commission, Bureau of Competition. Mar 20, 2018, p. 1. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger> . Acesso em 3/9/2019).

204 “Most of the evidence suggests that the principles governing due diligence information exchanges should apply to integration planning” (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Pre-merger Coordination – The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange. Chicago, ABA Publishing, 2006, pp. 32-33).

205 VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 2 e ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 32.

206 “Companies often only release data to a clean team during the latter stages of a transaction, such as an exclusivity period” (BUTTERWICK, Richard, COLAHAN, John & PARKER, Jonathan. M&A impacts of recent antitrust focus on pre-closing integration. In: The In-House Lawyer. England, 6 July 2018, p. 1. Disponível em <http://www.inhouselawyer.co.uk/legal-briefing/ma-impacts-of-recent-antitrust-focus-on-pre-closing-integration/>. Acesso em 3/9/2019).

207 “Note that pre-merger information sharing may contribute to unlawful ‘gun jumping’ in violation of the HSR Act and Rules if it results in the buyer effectively gaining beneficial ownership of the seller prior to the close of the transaction. See United States v. Computer Assocs. Int’l, Inc. (2002) (merger agreement required buyer pre-approval for seller to offer customers discounts greater than 20% off list price). Unlawful gun jumping may include the exchange of competitively sensitive information, but it typically also involves actual coordination of business activities during the HSR pre-merger review period. Such conduct could also constitute evidence of a standalone illegal agreement that violates Section 1 of the Sherman Act. See United States v. Gemstar-TV Guide Int’l., Inc.(2003)” (VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 2).

de direitos que inicialmente são detidos pelo vendedor e que são gradualmente transferidos ao comprador, tais como (i) o direito de usufruir dos benefícios de qualquer aumento no valor da empresa ou de receber dividendos, (ii) o ônus do risco de perda de valor, (iii) direito a voto ou sua delegação a terceiro e (iv) a discricionariedade financeira e de realização de investimentos²⁰⁸. Assim, incorreria em uma violação legal o futuro novo controlador que, de ciência do teor de contratos a vencer da empresa-alvo com fornecedores, determinasse a essa a renovação e revisão da política de preços até então praticada – o comprador estaria se comportando como dono *de facto* antes da decisão da autoridade antitruste.

Na segunda hipótese, o temor é o de que o acesso indevido a informações sensíveis de uma parte pela outra possa, na eventualidade de não concretização do ato de concentração, ensejar práticas colusivas ou simplesmente o ganho artificial de uma vantagem competitiva sobre uma concorrente, cliente ou fornecedora. Seria o caso em que uma possível adquirente viesse a obter detalhes sobre a política de preços da pretendida empresa-objeto e uma delas, por alguma razão, desistisse do negócio antes da assinatura. Haveria o risco de que a anterior competição cedesse espaço para a cartelização ou, mesmo que essa não ocorresse, haveria um inequívoco arrefecimento da rivalidade – em todos os casos, uma alteração na relação de concorrência entre elas. Novamente há uma influência do direito norte-americano, que na *Section 1* do *Sherman Act*²⁰⁹ declara ilegais acordos contrários à concorrência e que na *Section 5* do *FTC Act*²¹⁰ proíbe métodos concorrenciais injustificados.

As informações concorrenciais sensíveis, portanto, são dados sigilosos de natureza recente ou atual cujo acesso permite a um terceiro interferir nas

208 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 15.

209 “The reason for concern is simple: competitive harm from illegal information sharing can inflict harm to competition similar to the harm caused by an anticompetitive merger. Exchanging information about competitive plans, strategies, and crucial data such as prices and costs can facilitate coordination between firms (and, if accompanied by accommodating actions, could constitute an unlawful agreement). Right up until consummation, the merger parties are still independent businesses and they must continue to operate independently including safeguarding their competitively sensitive information—to ensure competitive vigor in the short term and also in the event that the merger does not happen” (VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 2).

210 “Although less frequent than merger enforcement actions, the antitrust agencies have taken action against companies for unreasonable information sharing, whether as standalone conduct or during the merger process. For instance, the FTC charged a hair transplant services company with violating the FTC Act after it was discovered during the FTC’s review of a proposed merger that the merging firms’ CEOs repeatedly exchanged company-specific information about future product offerings, price floors, discounting practices, expansion plans, and operations and performance. Even though the FTC did not challenge the merger, it concluded that the exchange facilitated coordination and endangered competition, including by reducing each firm’s uncertainty about its rival’s specific product offerings, prices, and plans. The FTC also determined that the exchange served no legitimate business purpose. In another case, the FTC challenged both the merger and the exchange of competitively sensitive information between two welded-seam aluminum tube manufacturers. The FTC found the sharing of non-aggregated, customer-specific information, including current and future pricing plans, particularly harmful to competition because the two companies competed against each other in two highly concentrated markets. According to the Commission, “[t]his transfer had the potential to harm competition in the interim pre-consummation period and in the event the acquisitions were delayed, modified, or abandoned, may have led to even greater and more long-lasting harm” (VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 1).

atividades de sua titular ou sobre esta obter uma vantagem competitiva, permitindo-lhe compreender e antever comportamentos e reações no mercado. Segundo o Guia de *Gun Jumping*, devem ser assim consideradas aquelas de natureza específica (não agregadas) e que versam diretamente sobre as atividades-fim dos agentes econômicos, constituindo exemplos custos das empresas envolvidas, nível de capacidade e planos de expansão; estratégias de *marketing*; precificação de produtos (preços e descontos); principais clientes e descontos assegurados; salários de funcionários; principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); planos de aquisições futuras; estratégias competitivas, entre outras²¹¹. A doutrina americana também menciona margens de lucro atuais ou futuras, metas de lucratividade em produtos específicos, planos de negócios futuros (tais como lançamentos de produtos e serviços, expansão ou contração de atividades, identificação de clientes ou fornecedores potenciais) e política de atuação em licitações²¹².

Tendo em vista os riscos associados ao intercâmbio indevido de determinados dados corporativos, mister se faz a adoção das cautelas necessárias, sendo o *clean team* uma delas²¹³. É do que se cuida na próxima seção.

4 CLEAN TEAM

4.1 CONCEITO E FINALIDADE

A constituição de *clean team*²¹⁴ é um procedimento para que o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis seja feito de forma adequada em um ato de concentração de notificação obrigatória a uma autoridade concorrencial²¹⁵. O nome é devido aos cuidados tomados para que os dados sigilosos sejam disponibilizados de uma forma “limpa”, isto é, livres de riscos antitruste – uma analogia aos *clean rooms*, ambientes isolados para evitar contaminação

211 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica. Brasília, maio de 2015, p. 7. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em 3/9/2019.

212 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., pp. 28-29.

213 “If competitively sensitive information must be exchanged for diligence and integration planning purposes, parties should employ third-party consultants, clean teams, and other safeguards that limit the dissemination and use of that information within the parties’ businesses” (VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 2).

214 Embora não se trate de uma tradução, em português poderiam ser utilizadas as expressões “comitê independente” ou “comitê de transição” para se referir ao *clean team*. Entretanto, é constante e consagrada entre profissionais do Direito e de Fusões e Aquisições o uso do original em inglês, de forma semelhante ao que ocorre entre os termos “compliance”, “conformidade” e “integridade”.

215 Recomenda-se ao leitor a adaptação das ideias apresentadas nesta seção à natureza da operação. Assim, caso se trate de uma fusão, haverá fluxo bilateral de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes (ambas serão emitentes e receptoras), enquanto que, se for uma aquisição de controle ou de participação societária, este será da empresa-alvo (emitente) para a potencial compradora (receptora). Em ambos os casos, o *clean team* funcionará como intermediário nesse processo.

utilizados nos setores de tecnologia da informação e saúde²¹⁶. É formalizado por meio de um contrato (*clean team agreement*), cujo momento de celebração poderá ser logo após a assinatura do acordo de confidencialidade no início da negociação entre as partes²¹⁷.

Basicamente, trata-se de um grupo independente de trabalho criado no contexto de um ato de concentração e que reúne indivíduos responsáveis por analisar e revisar conteúdo relevante confidencial fornecido pelas partes, que após devidamente tratado, será disponibilizado em relatórios que servirão de subsídios para os membros do comitê executivo²¹⁸ das empresas envolvidas na operação.

É indicado para a *due diligence* estudos de eficiências e planos de integração²¹⁹, em especial em operações complexas que envolvam empresas em que haja relações horizontais (competidoras) ou verticais entre si. Dados concorrencialmente sensíveis não podem ser objeto de livre intercâmbio entre as partes ou de simples disponibilização em um *data room* para interessados e procedimentos de cautela devem ser adotados, sendo o *clean team* uma forma de realizar a tarefa dentro dos preceitos da legislação antitruste.

É curioso observar que a doutrina especializada²²⁰, de modo geral, assim

216 AVIGNI, P. Negociando com o concorrente. Valor Econômico. São Paulo, edição de 29/5/2014. Disponível em <https://www.valor.com.br/legislacao/3566636/negociando-com-o-concorrente#>. Acesso em 19/9/2019.

217 WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 23.

218 O comitê executivo é composto por diretores das partes do ato de concentração, responsáveis por decidir sobre sua viabilidade e realização, bem como planejar a integração entre elas ou de uma pela outra. Suas reuniões ocorrem conforme um protocolo conhecido por parlor room e terão por pauta a análise dos relatórios encaminhados pelo clean team, a partir dos quais deliberarão, sempre supervisionados por um membro independente, e com o cuidado de não se adotar nenhum tipo de medida que possa configurar gun jumping. Segundo Patrícia Avigni, "os 'parlor rooms' são inspirados na aconchegante sala de estar da casa da vovó, onde as crianças podem se reunir e conversar, mas sob constante supervisão. Nos parlor rooms a fiscalização antitruste é altíssima e contínua, e tudo o que é discutido deve ser registrado. A grande vantagem é proporcionar soluções mais rápidas ao processo de integração, pois os parlor rooms permitem o encontro entre executivos ou funcionários das empresas, que podem discutir questões financeiras ou relativas a recursos humanos e tecnologia. Informações concorrencialmente sensíveis não devem ser discutidas nos parlor rooms em nenhuma hipótese. [...] O objetivo é constituir provas de legalidade e compliance que possam ser apresentados às autoridades quando solicitado. [...] As reuniões no parlor room devem ser gravadas e os temas discutidos registrados por escrito, preferivelmente validados por advogados especializados em Direito da Concorrência" (AVIGNI, P. Op. cit., p.1).

219 VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 1; BUDDLE FINDLAY. Clean teams in M&A due diligence: washing away the risk?. Lexology, New Zealand, April 2, p.1, 2012. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=42ed02a6-2f19-4271-aa93-6f940d25367c>. Acesso em 3/9/2019;

WILKINSON, L. A. Clean Team Agreement The Journal – Transactions and Business. Thomson Reuters, November / December, p. 24, 2017. Disponível em <https://www.weil.com/~/media/files/pdfs/2017/clean-team-agreement.pdf>. Acesso em 3/9/2019.

220 VEDOVA, H., CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 1 e WILKINSON, L.A. Op. cit., p. 26.

como o Guia de *Gun Jumping* do Cade²²¹, costumam aludir apenas a cuidados especiais na troca de informações quando se tratar de atos de concentração envolvendo competidores. A posição deste Autor é que o dever reforçado de cautela também se justifica quando houver partes verticalmente relacionadas, já que a legislação de defesa da concorrência também tutela relações de montante a jusante na cadeia produtiva. De posse de dados concorrencialmente sensíveis, um fornecedor pode obter uma vantagem indevida sobre seu cliente, abusando de posição dominante na eventualidade de não concretização da operação.

Entre suas vantagens, destacam-se a realização de *due diligences* mais profundas e um planejamento mais criterioso da integração das empresas envolvidas, possibilitando um aproveitamento mais eficiente do tempo de espera até a aprovação do negócio pela autoridade concorrencial, além de decisões amparadas mais em dados e menos em presunções, inclusive no que diz respeito à identificação e quantificação de sinergias e eficiências compensatórias e eventuais remédios a serem oferecidos e negociados em acordos em controle de concentrações. No entanto, trata-se de um procedimento que consome tempo, recursos financeiros e até mesmo humanos, ao implicar ônus como o de impossibilitar, ainda que temporariamente, o retorno de funcionários das empresas às funções de origem caso a transação não se conclua²²².

A jurisprudência do Cade não é pródiga em casos relativos a *clean team*. No único julgado encontrado, os procedimentos adotados foram considerados adequados e não restou caracterizada a consumação prévia do ato de concentração²²³.

4.2 COMPOSIÇÃO

Cada parte na operação indicará nomes para o *clean team*, que pode ser composto por consultores externos (advogados, economistas, contadores e assessores financeiros) e/ou por colaboradores das próprias empresas, normalmente provenientes de departamentos de M&A, jurídico e financeiro internos²²⁴. A quantidade de membros é livre para cada empresa e dependerá do volume e complexidade das informações. Tendo em vista a natureza de sua função, é aconselhável que tenham *expertise* em gerenciamento de dados e familiaridade com o mercado relacionado ao negócio²²⁵.

Os membros serão nomeados desde já pelo instrumento que o constituir (*Clean Team Agreement*) e o ato se aperfeiçoará mediante a assinatura do termo de adesão que, entre suas principais obrigações, estará a de uso confidencial

221 “O clean team é indicado para operações complexas, (i) quando há significativa concentração entre as empresas, (ii) quando é necessário trocar um volume grande de informações ou (iii) quando a operação gera potenciais riscos concorrenciais.” BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 10.

222 WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 23.

223 AC 08700.005719/2014-65 (“Caso Rumo / ALL”); Tribunal; voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo; aprovação condicionada à celebração de ACC; unanimidade; 58a SOJ; DOU 19/2/2015, 1a Seção, p. 22 apud MAZZUCATO, P. Z. Lei Antitruste Sistematizada – Jurisprudência na visão do CADE. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018, p. 1641.

224 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 10.

225 WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 24.

das informações exclusivamente para fins do ato de concentração e divulgação apenas às pessoas estritamente autorizadas, permanecendo válida a obrigação ainda que se desligue do grupo de trabalho ou da empregadora²²⁶. Não pode haver sobreposição de integrantes com o comitê executivo e qualquer modificação neste ou no *clean team* deverá ser registrada e comunicada formalmente a todos os integrantes e às partes no negócio, estando o novo membro sujeito aos mesmos deveres e procedimentos dos demais²²⁷.

Foram encontradas algumas divergências entre doutrinadores. Existem aqueles que afirmam que farão parte desse grupo de trabalho as mesmas pessoas tanto na *due diligence* como no plano de integração²²⁸, sem adentrar em maiores detalhes sobre o perfil delas. Outros, por sua vez, entendem que no planejamento ordinariamente haverá a atuação de funcionários dedicados à tomada de decisões estratégicas concorrentialmente²²⁹ e há quem defenda que não deve haver em momento algum o envolvimento de empregados que exerçam tais funções (notadamente quem ocupe cargo em áreas tais como produção, departamento comercial e *marketing*)²³⁰. Alguns consideram preferível usar apenas profissionais externos, de modo a eliminar o risco de acesso por uma empresa a informações concorrentialmente sensíveis da outra²³¹. O Guia de *Gun Jumping* do Cade não esclarece tais questões, limitando-se apenas a vedar que haja sobreposição entre integrantes do *clean team* e do comitê executivo²³².

Em termos operacionais, há quem afirme, que durante o período em que estiverem no *clean team*, os funcionários deverão ser afastados de suas atividades cotidianas ordinárias e deverão cumprir uma quarentena por período de

226 No Caso Rumo-ALL, o Cade não questionou dispositivo do Termo de Constituição de Comitê que fixou a confidencialidade dos documentos apresentados ao *clean team* em até um ano após eventual reprovação da operação. AC 08700.005719/2014-65 (“Caso Rumo / ALL”); Tribunal; Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo; aprovação condicionada à celebração de ACC; unanimidade; 58a SOJ; DOU 19/2/2015, 1a Seção, p. 22 apud MAZZUCATO, P. Z. Op. cit., p. 1641.

227 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

228 “The process of due diligence (value confirmation) and integration (value capture) is really one continuous process. That’s the way we plan for it; that’s the way we implement it. The team that is doing due diligence is also the integration team. They are in there initially to confirm value, but they are also identifying what needs to be done for a successful startup and integration... it is an integrated process” (BONANTO, P. apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 34).

229 “Integration planning, as opposed to due diligence, involves activities conducted after executing the transaction agreement that are designed to implement the transaction. This distinction between due diligence and integration planning is employed for convenience and the reality of the merger process may make this distinction difficult to draw. If a distinction between due diligence and integration planning is to be drawn, it may be that integration planning ordinarily will require the involvement of persons involved in making competitive decisions while due diligence may not necessarily require the involvement of those people. This need for involvement complicates balancing the need to plan for integrating the businesses and avoiding antitrust liability” (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 257).

230 VEDOVA, H.; CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 2 e WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 24.

231 AVIGNI, P. Op. cit., p. 1 e WILKINSON, L.A. Op. cit., p. 25.

232 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

tempo suficiente para que a informação se torne obsoleta e inútil (geralmente de seis meses a dois anos) ou até mesmo lhes serem oferecidos novos cargos ou empregos na eventualidade do negócio não se concretizar²³³. A respeito disso, o Cade recomenda que, caso haja funcionários das empresas na comissão, nela atuem em regime de exclusividade ou prioridade²³⁴, mas, de forma bem menos restritiva, orienta que “caso a negociação termine sem que o ato de concentração tenha sido concluído, as empresas poderão realocar os seus funcionários em suas atividades originais, permanecendo válida a obrigação de sigilo, inclusive para com a própria empresa”²³⁵.

Todavia, entende-se que deve haver uma conciliação entre a lógica societária e a *ratio* antitruste²³⁶ – pensamento que, frise-se, é também das autoridades concorrenciais. Segundo esta última, pretende-se evitar que o acesso a dados confidenciais possa permitir ingerências de uma parte sobre a outra ou afetar a rivalidade entre elas antes da aprovação da operação ou na eventualidade de não se concretizar. Sob o aspecto negocial, em um *M&A*, a *due diligence* serve basicamente para determinar o valor da empresa ou do ativo objeto da transação e o plano de integração se presta a preservar e capturar esse valor. Como sua identificação e mensuração necessariamente precisará de pessoas com perfil de profundo conhecimento do setor e por vezes também das próprias partes, apenas consultores externos poderão não bastar.

Assim, a composição do *clean team* com executivos ou funcionários envolvidos em decisões estratégicas poderia ocorrer desde que fossem licenciados de suas atividades ordinárias na empresa, dedicando-se de forma integral ao projeto e, caso o negócio não seja realizado, cumprissem uma quarentena para retorno às funções originais ou fossem alocados em outras áreas em que as informações a que tiveram contato não tenham valia. Como alternativa, uma forma de mitigação de riscos seria a utilização de colaboradores aposentados da empresa²³⁷ ou em atividade e com suficiente *expertise*, mas que não atuem em áreas concorrenciais delicadas²³⁸.

Ainda quanto à quarentena ou realocação de quadros, não soa razoável

233 WILKINSON, Laura A. Op. cit., p. 24.

234 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

235 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 13.

236 “Current enforcement practices are far more nuanced, however. The agencies recognize that some information exchanges and pre-consummation collaboration necessarily occur in all mergers. Such activity generally has fallen into two overlapping categories, due diligence and transition planning. Both are necessary; and within appropriate limits, both are unobjectionable from an antitrust enforcement perspective” (BLUMENTHAL, W. The Rhetoric of Gun-Jumping. Remarks before the Association of Corporate Counsel. Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel, New York, November, v. 10, p. 7, 2005. Disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110gunjumping.pdf. Acesso em 24/9/2019).

237 WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 24.

238 “For example, a team of corporate executives with sufficient expertise but without day-to-day involvement in making competitive decisions could evaluate specific sales and cost data to estimate the value of the business to be sold” (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 261).

exigi-las para funcionários que não estejam envolvidos em decisões estratégicas das empresas e que não terão como se utilizar dos dados que tomaram conhecimento durante o contexto de eventual fracassada operação – a assinatura de um termo de confidencialidade é por si só suficiente. Resta claro, porém, que esse membro do *clean team* que originalmente não atuava em um setor responsável por questões concorrencialmente estratégicas não poderia ser direcionado para tal função caso a operação não ocorra²³⁹.

O *clean team* deixa de ser necessário após o trânsito em julgado da decisão de aprovação do ato de concentração pelo Cade²⁴⁰, podendo ser desconstituído antes disso, após a *due diligence* ou a conclusão do plano de integração, se não mais forem ocorrer trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes.

4.3 FLUXO E TRATAMENTO DAS INFORMAÇÕES

Por informações, segundo o Cade, devem ser entendidos “quaisquer dados provenientes das empresas, originais ou cópias, que tenham sido fornecidos em papel ou via eletrônica, em formato de texto, planilha, gráfico ou imagem”²⁴¹. Aquelas consideradas como concorrencialmente sensíveis foram tratadas na Seção 3 deste estudo.

O *clean team* atuará sob um rigoroso protocolo de funcionamento, devendo haver registro escrito de todas suas atividades. Seus membros deverão possuir endereços de *e-mail* específico pelo qual solicitarão e receberão as informações das empresas, que sempre deverão guardar nexos e pertinência com a operação e a finalidade de identificação e preservação de seu valor. Aos integrantes do grupo não deverá ser permitido fazer cópias ou *download* de arquivos ou mesmo enviá-los por correio eletrônico²⁴².

Não é permitido ao *clean team* compartilhar os dados entre as partes e o Cade também orienta que, caso haja colaboradores delas no grupo de trabalho, estes somente poderão fazer solicitações e se comunicar com sua empresa de origem²⁴³. Embora seja aconselhável seguir a diretriz oficial, cabe observar mesmo assim que ela soa desproporcional, já que todo e qualquer membro da comissão terá assinado termo de confidencialidade e, sendo ele um funcionário, estará afastado de suas funções rotineiras enquanto a integrar, havendo protocolo específico no caso da operação não se concretizar.

O Cade indica três possíveis categorias para os dados recebidos, a saber, público, confidencial e concorrencialmente sensível, devendo estas duas últimas ser tratadas conforme o protocolo antitruste²⁴⁴. Em linhas gerais, caso

239 “In the event of a deal collapsing, clean team members will usually be prohibited from being involved in competitive pricing or being deployed for a given period to a part of the business that competes with the target” (BUTTERWICK, Richard, COLAHAN, John & PARKER, Jonathan. Op. cit., p. 2).

240 VEDOVA, H., CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 1.

241 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 12.

242 VEDOVA, H., CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 3.

243 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

244 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

assim sejam classificadas pela parte ou seus advogados (*clean team material*), serão inventariadas e disponibilizadas em um *data room* virtual ou físico independente²⁴⁵ e preferencialmente fora das instalações da empresa²⁴⁶ (*clean room*), a que somente os integrantes do seletto grupo terão acesso, delas fazendo uso confidencial e apenas para fins da *due diligence*, do estudo de eficiências ou do plano de integração.

A comissão se reportará para a diretoria e conselho das partes ou para o comitê executivo, para os quais elaborará relatórios em que aqueles dados serão apresentados de forma resumida, sumarizada, agregada, histórica (periodicidade de pelo menos três meses de sua ocorrência²⁴⁷), omitindo nomes de clientes ou fornecedores ou em qualquer outro formato que retire seu detalhamento, especificidade e atualidade que lhe confirmam o caráter concorrencialmente sensível²⁴⁸. Antes do envio para o corpo executivo, os relatórios deverão ser conferidos por advogados antitruste, que atestarão que seu conteúdo está “limpo”. Na hipótese de o ato de concentração não ser concluído, as informações, sob pena de sanções²⁴⁹, deverão ser devolvidas a quem as disponibilizou ou destruídas, permanecendo o dever de sigilo²⁵⁰.

Como se percebe, o *clean team* funciona como um ponto focal e filtro do fluxo de dados concorrencialmente sensíveis das partes e dele para o comitê executivo, a quem caberá decidir sobre a viabilidade da operação e o planejamento da integração entre as empresas ou de uma (ou um ativo) para outra²⁵¹.

4.4 TERMO DE CONSTITUIÇÃO DE *CLEAN TEAM*

O Termo de Constituição de *Clean Team* não se trata de um contrato típico previsto na legislação brasileira. A única referência da qual se podem extrair elementos que dele devam constar se encontra no Guia de *Gun Jumping* do Cade.

Pesquisas simples por buscadores na *internet* oferecem como resultado inúmeros modelos de *clean team agreements*, donde se percebe serem algo mais difundido no exterior. Alguns são um pouco mais prolixos, com maiores detalhamentos de procedimentos, enquanto outros são mais concisos; entretanto, o que se verifica é que seu teor correspondente basicamente às diretrizes apresentadas na Seção IV deste estudo.

Um contrato padrão terá a qualificação das partes, uma exposição de motivos para sua celebração e cláusulas como (i) definição e enumeração das in-

245 WILKINSON, LAURAA. Op. cit., p. 23 e BUDDLE FINDLAY. Op. cit., p. 1.

246 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 13.

247 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 12.

248 “Note that the more competitively sensitive the information, the stronger the protections needed. If the relevant market has only a few well-known players and some or all of them are evaluating the business or asset package, greater efforts may be necessary to ensure reductions are effective. [...] Consider whether bidders can piece the documents together in a manner that inadvertently reveals confidential information” (VEDOVA, H. et alii. Op. cit., p. 3).

249 VEDOVA, H., CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Op. cit., p. 3.

250 BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 13 e WILKINSON, Laura A. Op. cit., p. 24.

251 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 11.

formações concorrencialmente sensíveis, (ii) atribuições e deveres dos membros dos *clean team*, (iii) procedimentos para o funcionamento do grupo e (iv) previsão de responsabilização ou sanções em caso de descumprimento de obrigações. Como anexos seus, serão encontrados modelo do termo de adesão e confidencialidade para ser preenchido e assinado por cada membro da comissão e a listagem de seus integrantes, contendo seu nome, cargo, instituição e função a ser desempenhada.

A próxima subseção apresenta um modelo de Termo de Constituição de *Clean Team* para operação de aquisição de controle ou de participação societária, por se tratar do tipo de transação mais frequente no Brasil.

4.5 MODELO DE TERMO DE CONSTITUIÇÃO DE *CLEAN TEAM*

TERMO DE CONSTITUIÇÃO DE *CLEAN TEAM*²⁵²

Este Termo de Constituição de *Clean Team* (“Contrato”) é celebrado por e entre [COMPRADOR] e suas afiliadas e [VENDEDOR] (coletivamente as “Partes”) em [DATA].

CONSIDERANDO QUE as Partes estão considerando uma possível transação envolvendo a combinação de seus negócios (“Projeto”);

CONSIDERANDO QUE as Partes desejam garantir o tratamento adequado de certas Informações Concorrencialmente Sensíveis do [VENDEDOR] que poderão ser disponibilizadas para fins da avaliação do Projeto pelo [COMPRADOR];

CONSIDERANDO QUE as Partes desejam garantir o tratamento adequado de determinadas Informações Concorrencialmente Sensíveis que possam ser trocadas com o objetivo de [[analisar sinergias e planejamento de integração] [e / ou] [realizar a *due diligence*]] com relação ao Projeto;

CONSIDERANDO QUE as Partes concordaram em limitar o acesso e o uso dessas Informações Concorrencialmente Sensíveis por funcionários, afiliados e agentes do [COMPRADOR] por esse motivo; e

CONSIDERANDO QUE os termos do acordo de confidencialidade entre [COMPRADOR] e [VENDEDOR], datado de [DATA] (“Acordo de Confidencialidade”), permanecerão em pleno vigor e efeito e que este Contrato complementa o Acordo de Confidencialidade;

As Partes concordam com o seguinte:

1. Os seguintes documentos e dados, relacionados a [UNIDADE DE NEGÓCIOS], são considerados como informações concorrencialmente sensíveis (“Informações Concorrencialmente Sensíveis”) para os fins deste Contrato:

(a) Informações detalhadas sobre preços, incluindo estratégia de preços;

(b) Detalhes de estratégias de vendas ou planos de preços, planos de vendas ou promocionais, planos estratégicos, planos futuros de produtos e outras informações sobre estratégias futuras;

(c) Detalhes acerca de margens de lucro atuais ou futuras e metas de lucratividade de produtos específicos;

²⁵² Adaptado e traduzido do original em inglês de autoria de WILKINSON, L. A. Op. cit., p. 25 a 27.

(d) Informações detalhadas a respeito de fornecedores e clientes e termos de contratos com eles celebrados;

(e) Dados detalhados sobre custos;

(f) Informações detalhadas envolvendo níveis de capacidade;

(g) Planos de expansão ou contração de capacidade produtividade e de aquisições;

(h) Detalhamento a respeito de salários de funcionários;

(i) Informações não públicas detalhadas sobre direitos de propriedade intelectual;

(j) Política de participação em licitações;

(l) Outros documentos e dados determinados pelo [VENDEDOR] como sensíveis à concorrência, desde que sua natureza seja identificada e comunicada ao *Clean Team* imediatamente após esses documentos ou dados serem e este fornecidos.

2. [COMPRADOR] declara e garante ao [VENDEDOR] que as Informações Concorrencialmente Sensíveis identificadas na Cláusula 1 são necessárias para a avaliação do Projeto entre [COMPRADOR] e [VENDEDOR].

3. As Informações Concorrencialmente Sensíveis devem ser divulgadas pelo [VENDEDOR] apenas para indivíduos que (i) sejam integrantes de uma das entidades mencionadas em (a) ou (b) abaixo, (ii) assinem o Termo de Adesão e Confidencialidade na forma do Anexo A e (iii) sejam nomeados no Anexo B, conforme indicação do [VENDEDOR] e do [COMPRADOR], devidamente aprovados em consenso pelas Partes (coletivamente, o "*Clean Team*"); ressalte-se que nada contido neste Contrato obriga, ou mesmo possa ser interpretado para obrigar, o [VENDEDOR] a fornecer quaisquer documentos ou dados ao *Clean Team* ou ao [COMPRADOR].

(a) [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA EXTERNO]

(b) [BANCO DE INVESTIMENTO / CONSULTORIA]

O [VENDEDOR] também terá o direito exclusivo de determinar a natureza dos documentos a serem divulgados ao *Clean Team* em resposta às solicitações do [COMPRADOR] para analisar as Informações Concorrencialmente Sensíveis com o objetivo de avaliar o Projeto.

O [COMPRADOR] declara e garante ao [VENDEDOR] que nenhum dos indivíduos que participará do *Clean Team* atualmente possui ou tem probabilidade razoável de ter [no futuro próximo / por um período de [12 (doze) meses / OUTRO PERÍODO DE TEMPO] após a data em que o Projeto for encerrada, qualquer atividade relacionada à definição de ou ingerências sobre preços diretos, vendas ou responsabilidades de *marketing* para o [COMPRADOR] ou qualquer concorrente do [VENDEDOR].

4. O [COMPRADOR] concorda e fará com que cada membro do *Clean Team*:

(a) mantenha a confidencialidade das Informações Concorrencialmente Sensíveis;

(b) não divulgue Informações Concorrencialmente Sensíveis a outras pessoas que não sejam membros do *Clean Team*;

(c) devolva ou destrua todas as Informações Concorrencialmente Sensíveis prontamente, mediante solicitação do [VENDEDOR] (com essa destruição a

ser certificada por escrito pelo oficial autorizado do [COMPRADOR] que supervisionará essa destruição), de acordo com o Acordo de Confidencialidade; e

(d) não use Informações Concorrencialmente Sensíveis para outros fins que não sejam avaliar o Projeto, de acordo com o Acordo de Confidencialidade.

5. O [COMPRADOR] fará com que o [Clean Team] forneça ao advogado externo do [VENDEDOR], [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO VENDEDOR], uma minuta de cada relatório de análise das Informações Competitivamente Sensíveis elaborado pelo Clean Team (“Relatório”).

O [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO VENDEDOR] deve aprovar por escrito a minuta de cada Relatório ou fornecer, também por escrito, uma lista de objeções específicas em [PRAZO RAZOÁVEL]. O Relatório poderá ser fornecido ao [COMPRADOR] se, e somente se, for previamente aprovado por escrito pelo [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO VENDEDOR] e nenhuma alteração poderá ser feita no Relatório depois de aprovado. Se o [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO VENDEDOR] não aprovar a minuta do Relatório ou fornecer uma lista de objeções específicas, o Clean Team deverá submeter o Relatório às alterações determinadas, para então ser novamente revisado pelo [ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DO VENDEDOR] e, caso por ele autorizado, então ser disponibilizado ao [COMPRADOR].

6. [COMPRADOR] concorda em ser responsável por qualquer violação deste Contrato por qualquer membro do Clean Team, sujeitando-se às penalidades legais cabíveis.

[Assinaturas]

ANEXO A

Modelo de Termo de Adesão e Confidencialidade para membros do Clean Team

Eu, [NOME E QUALIFICAÇÃO] declaro, garanto e confirmo que li o Termo de Constituição de Clean Team, datado de [_____] (“Contrato”), e concordo em ficar vinculado por seus termos com relação a qualquer Informação Concorrencialmente Sensível que me seja fornecida conforme estabelecido no Contrato e em virtude da participação no Clean Team.

Eu também concordo (a) em não divulgar a terceiros Informações Concorrencialmente Sensíveis, exceto para as pessoas expressamente autorizadas pelo Contrato e na forma definida por seus termos e (b) usar e armazenar Informações Concorrencialmente Sensíveis de acordo com os termos descritos no Contrato.

Concordo ainda que todas as Informações Concorrencialmente Sensíveis fornecidas a mim serão usadas somente para o Projeto, conforme previsto no Contrato, e para nenhuma outra finalidade e não serão usadas por mim para fins pessoais, comerciais, em quaisquer negócios meus ou de terceiros, com ou sem finalidade lucrativa ou vantagem de qualquer outra natureza, e não serão transmitidas por mim a qualquer outra pessoa que não sejam aquelas estabelecidas conforme o Contrato.

De acordo,

[Assinatura]

ANEXO B

Membros aprovados do *Clean Team*

[VENDEDOR]			
Nome	Cargo	Instituição	Função na operação

[COMPRADOR]			
Nome	Cargo	Instituição	Função na operação

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual Lei de Defesa da Concorrência, ao instituir o sistema de aprovação prévia de atos de concentração, provocou uma mudança substantiva na forma como operações societárias são conduzidas no Brasil. Idealmente, para fins de *compliance*, de redução do risco de *gun jumping* e de avaliação de viabilidade jurídica, o advogado antitruste deve ser inserido já nas primeiras etapas da negociação da operação e na fase pré-contratual, em que a *due diligence* será conduzida, além de também analisar as cláusulas do contrato enquanto este ainda estiver sendo elaborado. Esse profissional deverá estar o quanto antes em contato com os advogados da área societária, assessores financeiros e consultores envolvidos na estruturação do negócio, não mais podendo atuar apenas na etapa final, que é a submissão da transação ao Cade.

Nestes novos tempos, impõe-se como fundamental a adoção de determinados procedimentos de cautela, entre eles o de constituição de *clean teams* para regular o fluxo e tratamento de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes em um ato de concentração. O Guia de *Gun Jumping* do Cade introduziu o tema no País, mas ainda se trata de algo desconhecido e distante da realidade dos agentes econômicos em muitos casos. Na Europa e nos Estados Unidos, as autoridades antitruste têm intensificado o monitoramento das trocas de dados estratégicos sigilosos entre as partes, inclusive tendo aplicado elevadas sanções, e é de se esperar que isso reverbere no Brasil.

É fundamental, portanto, que o Cade e instituições privadas voltadas ao estudo do Direito da Concorrência, bem como entidades empresariais, efetuem um amplo trabalho de promoção da cultura da concorrência (advocacia da concorrência) através de iniciativas visando à difusão do protocolo antitruste em operações de M&A.

REFERÊNCIAS

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Premerger Coordination – The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange. **ABA Publishing**, Chicago, 2006.

AVIGNI, P. Negociando com o concorrente. **Valor Econômico**, São Paulo, edição de 29/5/2014. Disponível em <https://www.valor.com.br/legislacao/3566636/negociando-com-o-concorrente#>. Acesso em 19/9/2019.

BLUMENTHAL, W. The Rhetoric of Gun-Jumping. Remarks before the Association of Corporate Counsel. **Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel**. New York, November 10, p. 7, 2005. Disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110gunjumping.pdf. Acesso em 24/9/2019.

BRASIL. CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia para Análise de Consumo Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Brasília, maio de 2015. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em 3/9/2019.

BUDDLE FINDLAY. Clean teams in M&A due diligence: washing away the risk? **Lexology**, New Zealand, April 2, 2012. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=42ed02a6-2f19-4271-aa93-6f940d25367c>. Acesso em 3/9/2019

BUTTERWICK, R.; COLAHAN, J.; PARKER, J. M&A impacts of recent antitrust focus on pre-closing integration. **The In-House Lawyer**, England, 6 July 2018. Disponível em <http://www.inhouselawyer.co.uk/legal-briefing/ma-impacts-of-recent-antitrust-focus-on-pre-closing-integration/>. Acesso em 3/9/2019.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping – Note by the European Union**. Paris, 27 November 2018. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)95/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)95/en/pdf). Acesso em 19/9/2019.

MAZZUCATO, P. Z. **Lei Antitruste Sistematizada – Jurisprudência na visão do CADE**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

ROCHA, D. S. R. da. Visão geral da *due diligence*: breves aspectos teóricos e práticos. In: ROCHA, D. S. R. da.; QUATTRINI, L. T. **Fusões, Aquisições, Reorganizações Societárias e Due Diligence**. 1 ed., 2 tiragem São Paulo: Editora Saraiva e FGV Direito SP, Série GVlaw – Direito Societário, 2014.

VEDOVA, H., CLOPPER, K.; EDWARDS, C. Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence. **Federal Trade Commission, Bureau of Competition**. Mar 20, 2018. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger>. Acesso em 3/9/2019.

WILKINSON, L. A. **Clean Team Agreement**. *The Journal – Transactions and Business*, Thomson Reuters, November / December 2017. Disponível em <https://www.weil.com/~media/files/pdfs/2017/clean-team-agreement.pdf>. Acesso em 3/9/2019.

A REPARAÇÃO DE DANOS CIVIS NO CARTEL

*Renato Dolabella Melo*²⁵³

RESUMO: O cartel é considerado um dos mais graves ilícitos concorren-
ciais. No Brasil, há previsões legais consolidadas sobre o assunto nas esferas ad-
ministrativa e penal. Porém, ainda é incipiente a análise da questão sob o ponto
de vista cível, especialmente no que diz respeito ao dever de reparação de danos.
O objetivo do presente artigo é justamente destacar essa questão, demonstrando
os fundamentos para responsabilização dos membros do cartel perante os de-
mandantes/consumidores.

Palavras-chave: Defesa da concorrência; Cartel; Consumidor; Respon-
sabilidade civil.

ABSTRACT: The cartel is considered one of the most serious competitive
offenses. In Brazil, there are consolidated legal provisions on the subject in the ad-
ministrative and criminal spheres. However, the analysis of the subject from a civil
point of view is still incipient, especially as regards the obligation to repair damag-
es. The purpose of this article is precisely to highlight this issue by demonstrating
the grounds for holding cartel members accountable to consumers.

Keywords: Competition law; Cartel; Consumer law; Tort law.

1 INTRODUÇÃO

A livre concorrência está prevista no art. 170, IV da Constituição da Re-
pública de 1988 como um princípio da ordem econômica. Trata-se de um direito
de permanência conferido aos agentes econômicos, no sentido de que estes so-
mente poderão ser excluídos do mercado caso sejam ineficientes e, em função

253 Doutor e Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI. Mestre em Direito Econô-
mico pela UFMG. Pós-graduado em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho
– RJ. Palestrante e professor de Propriedade Intelectual, Direito Econômico e da Concor-
rência, Direito do Consumidor, Direito da Cultura e do Entretenimento e Terceiro Setor em
cursos de pós-graduação, graduação, capacitação e extensão da Fundação Dom Cabral,
do IBMEC e da PUC. Advogado. dolabella@dolabella.com.br

disso, percam espaço para concorrentes mais capacitados²⁵⁴. Ao mesmo tempo, a livre concorrência impõe aos agentes um dever de efetivamente competir, sendo vedados acordos destinados a evitar a disputa entre eles, de modo a interferir negativamente no funcionamento do sistema econômico. É um princípio intimamente ligado ao da livre iniciativa, que estabelece uma liberdade de entrar e sair dos mercados e lá exercer alguma atividade econômica de produção de bens e serviços²⁵⁵. O exercício desse direito somente pode ser condicionado ao cumprimento de exigências se houver justificativa para tanto, sendo vedado ao Estado criar empecilhos arbitrários²⁵⁶.

A livre concorrência se desdobra em dois aspectos: a repressão à concorrência desleal e a defesa da concorrência (ou da ordem econômica) propriamente dita. Apesar da semelhança dos termos, conceitualmente são situações distintas, cada qual com tratamento jurídico próprio. Assim, é importante apresentar a diferenciação entre os institutos, inclusive para que a questão do cartel possa ser adequadamente analisada dentro da vertente que lhe cabe na discussão.

2 REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A concorrência desleal é um comportamento fraudulento destinado a des-

254 "As normas que regulam a concorrência econômica não proíbem a eliminação, ou o prejuízo, do concorrente se alcançados por meio de prestações previsíveis. O capitalismo pressupõe a 'luta' entre os concorrentes – 'vencem' no mercado os mais competentes – porém, desde que esta 'luta' não venha a por em risco sua própria estrutura (e, neste sentido, o capitalismo é um 'jogo', um conflito que tem como regra primordial a preservação dos adversários, pois, exterminados estes, desaparece a possibilidade de jogar). Por isso, é que são reprimidas aquelas vantagens sobre concorrentes alcançadas por meios contrários aos princípios de funcionamento do mercado. Deste modo, as normas sobre concorrência – as que se ocupam com a proteção da liberdade, isto é, as antitruste, bem como aquelas que têm por objeto a qualidade da concorrência, isto é, as de repressão à concorrência desleal – ao preservarem as estruturas do mercado funcionam como viabilizadoras do capitalismo" (GRAU-KUNTZ, 2016, p. 22).

255 "Os princípios constitucionais da livre-iniciativa e livre-concorrência (art. 170, inciso IV, da CF) devem ser privilegiados como estrutura fundamental da ordem econômica brasileira, com vistas a assegurar aos particulares a excelência da produção e circulação dos seus bens e serviços. Nesse sentido, nosso ordenamento constitucional aprova e estimula a concorrência de mercado e a competição entre os entes privados" (CARVALHO, 2013, p. 38).

256 "A liberdade de iniciativa ou de indústria representa um desdobramento do princípio da liberdade contido na Constituição da República de 1988 e protegido como uma garantia fundamental do cidadão. O próprio artigo 1º do texto constitucional a coloca nessa condição principiológica ao afirmar que a liberdade de iniciativa constitui-se fundamento do Estado Democrático de Direito. Revestidas dessas condições, as liberdades, de modo genérico, constituem no plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para o poder público, no sentido de impedir a prática de atos que contrariem tais fundamentos sem que exista motivação adequada para garantia da ordem social e econômica" (FERNANDES, SCHMIDT e MAYER, 2014, p. 5).

viar ilícitamente a clientela alheia²⁵⁷. Tipicamente se caracteriza como uma trapaça, contrária às práticas leais de competição que todos os ofertantes devem observar no mercado²⁵⁸. A concorrência desleal se divide em específica e genérica. No primeiro caso, a legislação lista cada tipo de comportamento e os considera crimes. No segundo, não há tratamento penal, mas são atos passíveis de responsabilização patrimonial na esfera civil pelos prejuízos causados. Na Lei 9.279/96, as duas hipóteses são tratadas, respectivamente, nos artigos 195 e 209.

A repressão à concorrência desleal tem como objetivo direto o respeito a um padrão leal de competição como forma de proteção ao *concorrente*, na medida em que busca resguardá-lo em relação à manutenção de sua clientela^{259_260}. Eventuais adversários podem até captar tais consumidores, desde que por meios leais e em função de maior eficiência na oferta²⁶¹. Mas não podem atraí-los com base em trapaças, como já indicado, sendo tal comportamento considerado fora do padrão esperado no mercado²⁶².

257 “Sob a denominação genérica de concorrência desleal, costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos” (GAMA CERQUEIRA, 2010, p. 277).

258 “Quando essa luta se desenvolve normalmente, empregando os concorrentes as suas próprias forças econômicas e os seus recursos e meios pessoais para formar a sua clientela, ainda que prejudiquem os negócios de seus competidores, a concorrência considera-se lícita, não havendo lugar para a intervenção da lei. Somente quando os concorrentes em luta se desviam desse terreno, lançando mão de meios irregulares e condenáveis, usando expedientes desleais ou desonestos, é que se torna necessária a intervenção legal para restabelecer o equilíbrio de interesses rompido pela ação reprovável do concorrente inescrupuloso” (Ibid., p. 278).

259 “Nas economias de mercado, para fomentar a geração de riquezas, a liberdade de competição permite às empresas criar e manter um adequado processo de comunicação, com vistas a melhor divulgar os bens e serviços que oferecem, de forma a tornarem-se conhecidas do público consumidor e, fundamentalmente, distinguirem-se na concorrência. Para tanto, a empresa depende da aquisição e da manutenção de uma clientela e da apropriação de fluxos que tornem estáveis ou crescentes o consumo de produtos ou serviços que expõe à venda” (MOTTA, 2018, p. 266).

260 Não se pode ignorar, entretanto, que certas formas de concorrência desleal também implicam em desrespeito aos direitos do consumidor, sobretudo quando o concorrente engana os consumidores para atingir seu intuito. Nesse sentido, o artigo 4º, VI do Código de Defesa do Consumidor indica expressamente que os atos de concorrência desleal que possam causar prejuízos aos consumidores devem ser reprimidos, sendo este um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo. Logo, é possível, no caso concreto, que as medidas de repressão à concorrência desleal também se prestem a proteger os consumidores.

261 “Isso porque a base da licitude da concorrência é a erosão dos interesses alheios através da eficiência própria. Assim, o dano causado no concorrente, voluntariamente, é um *dolus bonus*, que aproveita a sociedade. Que vença o melhor, mesmo perdendo, e perecendo, os ineficientes” (BARBOSA, 2012, p. 25).

262 “Os termos da concorrência – mais aguerrida, cavalheiresca, colaborativa, brutal – são fatores essenciais para definição da escolha do campo de investimento. Cada competidor, ao escolher vender vestuário – e não defensivos agrícolas – desenvolve uma expectativa razoável de receita futura levando em conta não só a demanda e os preços, mas também o padrão de comportamento que seus concorrentes vêm praticando usualmente. [...] O parâmetro legal, assim, é a expectativa objetiva de um *standard* de competição num mercado determinado, o qual fixa o risco esperado de fricção concorrencial”. (Ibid., p. 22 e 26).

Já na defesa da concorrência propriamente dita, a perspectiva é mais abrangente. Enquanto as normas de repressão à concorrência desleal focam especialmente no interesse individual do concorrente cuja clientela é objeto do desvio²⁶³, a defesa da concorrência se estrutura em uma abordagem mais ampla. Neste caso, o que se protege não é o direito à clientela ou a um padrão esperado de competição leal, mas, sim, uma a preservação de uma dinâmica geral de concorrência enquanto instrumento relevante para o bom funcionamento da economia²⁶⁴. O fundamento para essa tutela é a percepção que a existência de concorrência é importante para que agentes de mercado busquem reduzir seus preços, melhorar a qualidade da sua oferta e tentem gerar inovações, na medida em que esses elementos tenham peso na disputa para ganhar a preferência do demandante²⁶⁵. Não se trata, portanto, de proteção do concorrente, mas, sim, da concorrência enquanto mecanismo de funcionamento do mercado²⁶⁶. A preocupação é assegurar o bom funcionamento do sistema econômico, direito esse de toda a coletividade. Logicamente, isso transcende o mero interesse individual de um concorrente e foca um tipo de proteção de ordem macrojurídica.

Nesse sentido, nota-se que essa vertente da livre concorrência possui forte relação com o artigo 173, § 4º da CR/88, que prevê a repressão ao abuso de poder econômico destinado à eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros e domínio do mercado, uma vez que tal dispositivo também busca a preservação do bom funcionamento da economia. Os atos que possam atrapalhar essa dinâmica serão coibidos pela autoridade de defesa da concorrência, como será explicado mais adiante.

263 Feita a ressalva de eventual proteção também aos consumidores dependendo do caso concreto, como já apontado.

264 “As imperfeições do liberalismo, expressas nos comportamentos desleais e na criação de monopólios que punham em risco a própria existência da concorrência, nas crises econômicas e na incapacidade de autorregulamentação dos mercados, obrigaram o Estado a interferir na ordem econômica criando regras que garantissem a própria existência da concorrência. Em outras palavras: criando regras que garantissem a própria existência do mercado capitalista. As regras que regulam a concorrência despontam, neste momento, com a finalidade precípua de organização do mercado; são, assim, um instrumento de garantia do mercado capitalista” (GRAU-KUNTZ, 2016, p. 18).

265 “A concorrência tem como pressuposto básico a competição agressiva, mas leal, entre os concorrentes, ou seja, aquele que cria uma tecnologia superior, um produto com melhor qualidade e menor preço que seja capaz de alijar o outro do mercado, o deve fazer obedecendo aos regulamentos concorrenciais. Em outras palavras, a concorrência é livre até o momento em que suas práticas não ponham em cheque a sua própria estrutura” (CESÁRIO, TAVARES e CORREIA, 2014, p. 52).

266 No caso *Brown Shoe*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1962, há a referência expressa à frase “It is competition, not competitors, which the Act protects”. No Brasil, é possível destacar o trecho do voto da conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, no Ato de Concentração 83/96 (Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos e Anheuser-Bush Internacional Inc): “Não há porque se iludir. Da perspectiva privada, do agente econômico atuante no mercado, a concorrência é uma fonte de aborrecimento e pressão. O sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranquila e não seria racional se não fosse dessa maneira. O motor do capitalismo é a inovação, que nada mais é que a obstinação em levar ao mercado algo novo, exclusivo, vale dizer, ter seu monopólio, ao menos por algum tempo. É justamente o empenho de se tornar monopolista - auferir lucro econômico ou supra normal - o que sustenta a dinâmica concorrencial. A concorrência é um valor, um bem, da perspectiva pública, da sociedade, não da perspectiva privada. Por isso a necessidade de uma política de Estado de defesa da concorrência” (grifos nossos).

Apesar da distinção entre repressão à concorrência desleal e defesa da concorrência, vale destacar que tais institutos não são antagônicos, inclusive no que diz respeito aos interesses protegidos. É possível considerar que a defesa da concorrência tutele indiretamente o concorrente em certos casos, desde que a proteção deste seja um meio necessário para assegurar o bom funcionamento do sistema econômico. Essa hipótese poderia ser ilustrada com a proibição legal de abuso de posição dominante por parte de um agente no mercado, quando este tenta valer-se exclusivamente de sua estrutura e poderio financeiro para excluir os adversários mais fracos. Nesse sentido, os agentes de menor porte serão protegidos para que a dinâmica de concorrência não seja aniquilada. O objetivo principal é assegurar que haja competição, mas é inegável que, nesse exemplo, a medida atende também a interesses dos concorrentes mais frágeis.

Na mesma linha, se determinado ato de concorrência desleal for capaz de gerar efeitos concretos ou potenciais que afetem o funcionamento do mercado, transcendendo o interesse de determinado competidor que tem sua clientela ameaçada, essa situação estará também sujeita às normas de defesa da concorrência. Isso reforça a percepção que os dois institutos – repressão à concorrência desleal e defesa da concorrência – podem interagir, apesar de não se confundirem²⁶⁷.

Ainda em relação à defesa da concorrência, é preciso ter ciência que tal proteção não pode ser tratada em termos absolutos. Conforme a situação, é possível observar que determinadas restrições concorrenciais podem gerar um saldo positivo, considerando eventuais eficiências promovidas inclusive por meio da redução da competição.

A questão dos cartéis se insere, nesse íterim, na defesa da concorrência. Assim, cabe agora verificar como a legislação brasileira trata a matéria, destacando especialmente as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nesse âmbito e os critérios para configuração de ilícitos nesse âmbito.

3 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE E INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

O CADE existe desde a década de 1960, criado como um órgão do Ministério da Justiça. Porém, a Lei 8.884/94 alterou sua natureza jurídica, que passou

267 “A concorrência desleal envolve apenas os interesses entre os entes particulares concorrentes sendo que as consequências e as lesões produzidas por este ato ilícito prejudicam apenas o concorrente que é vítima desta prática indevida, não afetando as estruturas da economia e do mercado. [...] A concorrência ilícita por infração à ordem econômica compromete as estruturas do livre mercado, afetando as empresas concorrentes, e prejudicando todo o mercado consumidor de determinado produto ou serviço; esta prática ilícita é reprimida administrativamente pelo Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE” (CARVALHO, 2013, p.40 e 46).

a ser de autarquia²⁶⁸, visando dar-lhe atuação mais efetiva e autonomia. Isso ocorreu especialmente em função do tratamento dado pela Constituição da República de 1988 às questões econômicas. O Poder Público, até então com grande atuação empresarial direta, passou a ter um novo papel no mercado. Em função do próprio texto constitucional, deixa de atuar como empresário em diversos campos e passa a agir preponderantemente por meio de intervenções indiretas, sobretudo, como agente regulador e normativo da economia, conforme artigo 174 da CR/88²⁶⁹. Esse novo contexto demandou a existência de uma entidade de defesa da concorrência mais estruturada e atuante, motivando a edição da Lei 8.884/94, que foi posteriormente substituída pela Lei 12.529/11.

O principal órgão do CADE é o Tribunal Administrativo, composto por sete membros de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. A aplicação da Lei 12.529/11 sobre fatos eminentemente econômicos justifica a existência dessa estrutura mista em relação aos conhecimentos dos seus integrantes. A função do Tribunal²⁷⁰ é primordialmente fazer o julgamento dos casos analisados pelo CADE. Outros órgãos relevantes do Conselho são a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Ao primeiro cabe, sobretudo, o trabalho de investigação e instrução dos processos administrativos, enquanto ao segundo incumbe a elaboração de estudos e pareceres econômicos.

Em relação à matéria a ser analisada pelo CADE, a Lei 12.529/11 define duas vertentes de atuação: preventiva e repressiva. No primeiro caso, o foco é nas estruturas de mercado, cabendo ao Conselho impedir a ocorrência de concentrações empresariais que criem ou intensifiquem um poder econômico, eliminem parte substancial da concorrência ou que possam resultar na dominação de mercado²⁷¹.

Logo, o caráter de atuação é preventivo para evitar operações que possam aumentar as chances de comportamentos lesivos ao funcionamento do mercado, dada a força econômica que pode surgir desses atos. Já a vertente repressiva se dedica a analisar comportamentos dos agentes, punindo condutas que possam, elas mesmas, gerar efeitos lesivos à ordem econômica. Na Lei 12.529/11, tais formas de atuação são denominadas respectivamente de atos de concentração e infrações contra a ordem econômica.

268 - “A Lei 8.884/94 transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia, com a finalidade de lhe conferir maior autonomia. Conforme prevê expressamente em seu art. 1º, visa não apenas a repressão às infrações contra a Ordem Econômica, como também a prevenção, estabelecendo dessa forma uma garantia mais ampla à liberdade de concorrência. E o parágrafo único define a titularidade dos bens jurídicos definidos pela lei. A coletividade é a titular desses bens jurídicos protegidos pela lei, prestigiando, assim, todos os integrantes do mercado” (SOUSA, 2008, p. 120).

269 - O artigo 173 da CR/88 estabelece inclusive que o Estado somente poderá exercer diretamente atividade econômica de produção de bens e serviços em caráter excepcional, em casos necessários ao atendimento de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, além de situações concretas listadas na própria Constituição. Nas demais hipóteses, cabe somente ao particular o exercício de atividade econômica.

270 Apesar do nome, o órgão não faz parte do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo Federal.

271 A Lei 12.529/11 determina que devem ser submetidas à aprovação prévia do CADE as operações que envolvam ao menos um agente com faturamento igual ou superior a R\$750.000.000,00 e também outro que tenha ao menos R\$75.000.000,00, valores definidos em 2012 por portaria conjunta dos Ministros da Fazenda e da Justiça.

As condutas ou infrações contra a ordem econômica são entendidas como práticas que afetam o bom funcionamento do mercado, podendo gerar danos potenciais ou concretos a este²⁷². Ao reprimir tais condutas, o Direito busca tutelar toda a coletividade²⁷³, considerando que todos têm direito ao funcionamento adequado da economia, de modo a gerar resultados benéficos para a sociedade. A atuação estatal na defesa da concorrência aqui é focada no comportamento dos agentes, e não na alteração nas estruturas de mercados.

O artigo 36 da Lei 12.529/11 aponta quais efeitos uma conduta deve gerar (ou ter o potencial de gerar) para ser considerada ilícita do ponto de vista concorrencial^{274_275}. Deve-se destacar que não é exigida a ocorrência cumulada de todos esses efeitos, bastando apenas um deles para configuração da infração. No âmbito do CADE, esse tipo de prática ilícita pode acarretar na aplicação de sanções

272 “Já as condutas anticompetitivas podem ser divididas em condutas anticompetitivas horizontais e verticais. As condutas anticompetitivas horizontais incluem a fixação de preços predatórios; os cartéis para determinação de preços, quotas de produção e/ou divisão territorial; e outros acordos entre empresas, principalmente voltados para esforços conjuntos temporários para aumento da eficiência produtiva ou tecnológica. No caso do licenciamento de patentes, algumas cláusulas podem ajudar na divisão de mercado e territórios, além de que, certos tipos de licenciamento, como é o caso do licenciamento cruzado, podem significar tentativas de cartelização. [...] Já as condutas anticompetitivas verticais são aquelas que afetam os mercados à montante ou à jusante da cadeia. Nesses casos, as firmas detentoras de poder de mercado tentam impor às demais firmas da cadeia ou ao usuário final, determinadas restrições sobre o funcionamento do mercado, que podem prejudicar a concorrência, tais como a elevação de barreiras à entrada, aumento de custos, ou aumento de poder de mercado de fornecedores, ofertantes ou distribuidores (MUELLER, 1996). Algumas condutas anticompetitivas verticais são: (i) a fixação do preço de revenda (“resale price maintenance”), no qual uma firma produtora estabelece os preços a serem praticados na venda final pelos distribuidores ou revendedores de seus produtos; (ii) Restrições de áreas de atuação, que ocorre quando uma firma limita a área de atuação geográfica ou a carteira de clientes dos seus revendedores e distribuidores; (iii) Acordos de exclusividade, pelos quais duas empresas, em uma relação vertical, acordam contratualmente a realizar suas transações de forma exclusiva; (iv) Venda casada (“tying”), quando uma empresa vende a outra firma ou ao consumidor final um conjunto de produtos ou serviços sem que seja possível sua comercialização de forma separada; (v) Recusa de Negociação (“refusal to deal”), quando uma empresa se recusa a vender ou comprar um produto ou serviço de outra empresa em condições normais de mercado; e (vi) Discriminação de preços, que consiste na cobrança de preços diferentes para clientes diferentes” (PINTO, 2009, p. 66 e 67).

273 Lei 12.529/11

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

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

274 O caput dessa norma tem redação idêntica ao antigo artigo 20 da Lei 8.884/94.

275 Lei 12.529/11

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

administrativas, sendo a mais comum a imposição de multa de 0,1% a 20% do faturamento do infrator no ramo de atividade econômica afetada. A intenção do agente não é levada em conta para configuração da conduta, mas tem peso na definição das penalidades, conforme artigo 45 da Lei 12.529/11.

Nesse sentido, deve-se destacar que o legislador nacional não adotou uma tipicidade estrita quanto à análise das condutas em espécie previstas na Lei 12.529/11, no sentido de ser considerado ilícito apenas o comportamento expressamente descrito na norma ou que certa situação seja sempre tida como ilegal, independente do poder econômico de quem a praticou e do contexto do ato²⁷⁶. Como indicado, está explícito na legislação que será considerada infração apenas aquilo que implicar nos efeitos vedados, de forma potencial ou concreta, mesmo nos casos de condutas mencionadas expressamente na Lei 12.529/11²⁷⁷. Dessa forma, fica claro que o CADE deve analisar o contexto e os mercados envolvidos para julgar se uma conduta é ilícita ou não, tendo em vista os efeitos previstos nos incisos do artigo 36.

O primeiro inciso refere-se a “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”. Tendo em vista a regra da razão²⁷⁸, pode-se concluir que a conduta será ilícita, nesse caso, se a restrição for efetivada de forma desarrazoada. Caso a limitação à concorrência seja oriunda de uma vantagem competitiva legítima detida pelo agente, não haverá ilícito algum²⁷⁹.

Em relação ao inciso II, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, devemos destacar o conteúdo do §1º desse mesmo artigo: a conquista resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza esse ilícito.

Já o inciso III do artigo 36 fala em “aumentar arbitrariamente os lucros”. Trata-se de um dispositivo de difícil aplicação isolado dos outros efeitos, considerando especialmente que a CR/88 estabeleceu que a liberdade de iniciativa e concorrência são as regras no mercado, devendo os preços serem formados pela dinâmica de competição entre os agentes. Logo, qualquer intervenção estatal nesse âmbito deve ser vista como exceção. Porém, se via de regra os preços são estabelecidos de forma livre (devendo o agente arcar com as consequências econômicas de sua decisão nesse sentido), não há um parâmetro do que seria um lucro “justo”, inclusive porque os custos de cada ofertante podem variar. Sem a referência do que seria adequado, por consequência torna-se inviável avaliar o que seria indevido nesse campo. Assim, em tese, esse dispositivo se aplicaria

276 “O direito da concorrência, por exemplo, apresenta soluções casuísticas: uma cláusula de exclusividade ou de não concorrência pode ser absolutamente lícita em determinado mercado relevante e em desconformidade com o direito em outra” (FALCONE, 2010, p. 10).

277 Nesse sentido, o § 3o do artigo 36 da Lei 12.529/11 apresenta uma lista de condutas, mas faz ressalva expressa no sentido que somente serão consideradas infrações “na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos”, fazendo aqui referência à previsão dos efeitos concretos ou potenciais.

278 “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrario sensu, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio” (FORGIONI, 2005, p. 207 e 208).

279 “Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em prática dissociada de sua vantagem competitiva” (FORGIONI, 2005, p. 275).

somente em mercados sujeitos a controle de preço, situações essas excepcionais no Brasil. Não sendo esse o caso, o aumento arbitrário de lucros, quando observado, tipicamente se apresenta junto com algum dos outros efeitos previstos no artigo 36.

Por fim, o inciso IV indica como efeito proibido “exercer de forma abusiva posição dominante”. Essa norma deixa claro que a legislação nacional não proíbe a existência de posição dominante em absoluto, mas sim seu abuso^{280_281}. Entretanto, a definição e a configuração desse abuso no caso concreto não são tarefas necessariamente simples²⁸². A etimologia da palavra, considerada sua origem no Latim, remete à noção de “desvio de uso”²⁸³. Assim sendo, o abuso seria, a princípio, uma situação na qual o uso regular que se espera daquele direito é desviado pelo titular para outra direção²⁸⁴. Uma referência que poderia ser utilizada para definir qual seria esse “uso regular” reside na finalidade econômica ou social do direito²⁸⁵.

Dado o seu potencial de dano coletivo, os cartéis estão inseridos na discussão sobre condutas. Feita essa contextualização, cabe agora um maior detalhamento sobre essa prática, inclusive para caracterização da responsabilidade civil decorrente desse ilícito.

280 “A Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica”. (BRUNA, 2001, p. 129)

281 “Se, entre nós, a posição dominante não é vedada em si, como coloca o §1º do art. 20, por óbvio, nem todo o ato praticado por uma empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada. O parâmetro que devemos colocar, então, toca ao ditame constitucional da proteção à livre iniciativa e à livre concorrência. Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros. Em resumo: só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste” (FORGIONI, 2005, p. 276 a 277).

282 Sobre a configuração desse tipo de abuso, ver: MELO (2011).

283 “O verbo abusar deriva do latim *abutere*, cujo sentido é o de ‘gastar com o uso; usar até o fim’ e bem ainda o de ‘fazer mau uso de; desviar do uso que deveria fazer-se’. No idioma português, naquilo que concerne à matéria em estudo, o sentido do termo não diverge: abusar significa ‘usar mal de (alguma coisa); exorbitar’ e também ‘causar dano’” (BRUNA, 2001, p. 170 e 171).

284 Denis Borges Barbosa aponta que a prática dos direitos com excesso de poder também configuraria um abuso: “Abusa de um direito quem o usa, para começar, além dos limites do poder jurídico. Se a patente dá exclusividade para um número de atos e o titular tenta, ao abrigo do direito, impor a terceiros restrições a que não faz jus, tem-se o exemplo primário do direito. Em resumo, o titular que desempenha uma atividade que ostensivamente envolve uma patente, mas fora do escopo da concessão, está em abuso de patente” (BARBOSA, 2003, p. 507).

285 O art. 187 do Código Civil inclusive indica que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

4 CARTEL E REPARAÇÃO DE DANOS

O cartel é, basicamente, um acordo entre agentes para evitar a competição entre eles²⁸⁶. Há algumas características que, quando presentes ao mesmo tempo no mercado, favorecem a ocorrência dessa conduta, como baixo número de agentes, produto homogêneo, elevadas barreiras à entrada, baixo custo de monitoramento do cartel, ausência de estímulos à deserção, estruturas de custos semelhantes, tecnologia de produção similar e estabilidade nas participações no mercado²⁸⁷.

Uma forma particularmente comum que um cartel pode adotar é a fixação de preços, que é inclusive tipificada como crime pela Lei 8.137/90, além de sujeita às sanções administrativas passíveis de serem aplicadas pelo CADE. Os precedentes do Conselho e estudos sobre o tema indicam que, nesses casos, há sobrepreço da ordem de 15% (dez por cento) a 50% (cinquenta por cento):

91. Como já mencionado, nos casos envolvendo leilões estamos mais interessados nos lances de menores valores, ou seja, naqueles com maiores probabilidades de vitória. Podemos, então, focar nossa análise nos sobrepreços apresentados abaixo do primeiro quartil (ou percentil 25). Considerando os coeficientes das regressões para os percentis 10 e 25 na tabela acima, podemos inferir que o cartel poderia ter praticado sobrepreços entre 20% e 36% nos lances vencedores. (Ministério da Justiça. Decisão Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – Processo Administrativo nº 08012.008507/2004-16 – Folha 2097. 10 de dezembro de 2014 – caso do cartel de próteses hospitalares).

No Brasil, a experiência de ações de indenização de empresas prejudicadas por um cartel ainda é incipiente, mas tende a crescer de modo significativo, especialmente em razão de dois fatos recentes que mudaram a percepção da sociedade e do Poder Judiciário a respeito dos danos causados por infrações da ordem econômica.

O primeiro fato refere-se aos escândalos envolvendo cartéis em concorrências públicas,

286 “Os cartéis podem conceituar-se como um acordo entre empresas que são concorrentes, para reduzir sua produção, para acordar a respeito de níveis, ou para vender a um preço ajustado entre elas. O objetivo de um cartel é o de manter as posições de cada integrante no mercado e alcançar quer a estabilidade de preços, quer o seu aumento” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2008, p. 22).

287 Como descrito, por exemplo, no caso “CSN-Cosipa-Usiminas” (processo 080000.015337/97-48 julgado pelo CADE em 1999, sob relatoria do Conselheiro Ruy Santacruz).

especialmente nas licitações promovidas pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (cartel do Metrô de São Paulo) e nas licitações da Petrobrás (Operação Lava Jato), dando conta de possíveis prejuízos bilionários àquelas estatais, que deverão ser apurados por meio de ação própria. O segundo fato refere-se a uma importante mudança na forma de julgamento de processos de cartel pelo Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Em julgados recentes (cartel das próteses medicinais, cartel dos gases) o Cade passou a calcular o sobrepreço imposto pelos participantes do cartel aos adquirentes de seus produtos ou serviços, que tem girado em média de 15% a 50% acima do preço regular. Esse sobrepreço é calculado a partir da diferença entre o preço cobrado pelos membros de um cartel e o preço que seria normalmente cobrado em regime de livre concorrência, caso o cartel não existisse. O valor do sobrepreço tem sido estimado a partir de cálculos econométricos e de análises contrafactuais que vêm sendo realizadas pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade, com aplicação do método “antes-e-depois” e do método de Cournot, dentre outros (MARTINS, 2015, p. 201).

John Connor, do American Antitrust Institute, fez a mais completa compilação disponível, uma meta-análise de 2,041 casos de cartéis documentados em periódicos econômicos e em decisões judiciais. São cartéis de todos os matizes – locais, nacionais, internacionais e globais – nos cinco continentes em diferentes períodos. No período mais recente – 2000 a 2013 – os episódios de bid rigging, ou seja, manipulação de lances em leilões, tiveram um sobrepreço mediano de 21%. Ou seja, em mais da metade dos casos o sobrepreço correspondeu a mais do que 21% do preço praticado.

[...]

Podemos também usar números computados para o Brasil, mas para outros mercados. Estes dois escribas calcularam os sobrepreços de dois cartéis: vergalhões e gases medicinais, condenados pelo CADE em 2005 e 2010,

respectivamente. Pelos nossos cálculos, o sobrepreço do vergalhão teria chegado a 50%. O cartel dos gases medicinais teria sido mais contido, “apenas” 30%, sempre segundo nossas contas.

[...]

O sobrepreço no Brasil é comparável aos encontrados em diversos casos de cartel da indústria na América Latina e Europa. Na Europa, os preços em períodos sem cartel eram entre 20 e 30% menores. Na Argentina, a entrada da empresa chilena INDURA no mercado em 1997 gerou uma guerra de preços, provocando quedas de até 66% do preço para alguns hospitais (MELLO; CARRASCO, 2015, p. 96).

É fácil notar que, em função desse sobrepreço, o cartel causa danos diretos a todos os demandantes do produto cartelizado. Logo, além da possibilidade de sanções nos âmbitos administrativo e penal, também provoca danos na esfera cível, uma vez que as pessoas pagam valores superiores para ter acesso aos bens envolvidos na conduta. O ato ilícito gera o dever de reparação, nos termos do artigo 927 do Código Civil, que consistente na devolução do valor pago a mais, nos casos de contratos civis ou empresariais. Porém, caso haja relação de consumo²⁸⁸, é possível pleitear a devolução em dobro do excesso, com base no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

É relevante destacar que a Lei 12.529/11 prevê a possibilidade de celebração de soluções negociadas pelo CADE com os agentes que participam de infrações concorrenciais. É o caso do Termo de Compromisso de Cessação de

288 Pela Lei 8.078/90 e pela doutrina finalista, haverá relação de consumo quando alguém, na qualidade de destinatário final, adquirir produto ou serviço de um fornecedor profissional. “Destinatário final” significa fazer tal aquisição como destinatário fático e econômico, como último elo da cadeia produtiva, que não dá finalidade econômica ao objetivo adquirido (não o revende e não o utiliza como insumo). Em alguns casos, nos quais haja uma situação de vulnerabilidade exacerbada entre o adquirente e o fornecedor, a jurisprudência pode admitir a aplicação da corrente maximalista, para a qual basta o ato de aquisição (destinatário fático) para que o comprador seja considerado legalmente como consumidor.

Conduta²⁸⁹ e do Acordo de Leniência²⁹⁰. O primeiro pode isentar o agente das penalidades administrativas no âmbito do CADE. Já o segundo, que configura uma espécie de delação em condutas coletivas, pode atenuar ou impedir as sanções administrativas concorrenciais, bem como extinguir a punibilidade criminal. Porém, nenhum dos mecanismos tem qualquer efeito na esfera civil. Logo, mesmo nesses casos, fica intacta a possibilidade de exigir indenização dos praticantes do cartel pelos danos causados em função de sua conduta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi destacar que os cartéis geram impactos relevantes na área cível, por meio do sobrepreço usualmente presente nesse tipo de conduta. E que, apesar de a questão ser bastante explorada nas esferas administrativa e penal, é comumente negligenciada no que diz respeito ao campo da responsabilidade civil. É importante, então, que o tema seja mais debatido e divulgado, uma vez que o ajuizamento de ações cíveis visando à reparação de danos pode impactar positivamente todo o sistema de Defesa da Concorrência, na medida em que seja um elemento adicional de desestímulo aos cartéis.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. B. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 116, 2012.

289 Segundo o Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, elaborado pelo CADE, “o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas”.

290 “A partir dos anos 90, nos Estados Unidos, vem ocorrendo uma transformação dos meios de dar cumprimento à legislação de concorrência, à procura de meios de conseguir prova suficiente da colusão entre grandes empresas que tinham como meio de defesa o ‘código de silêncio’. Construiu-se um pesado esquema de sanções e ao mesmo tempo passou-se a oferecer imunidade ou leniência para a primeira empresa que se apresentasse para fornecer provas. A ameaça real de enquadramento na lei penal e consequente possibilidade de prisão foi também parte desse arcabouço. [...] Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável!” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 306).

BRUNA, S. V. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em Seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, C. E. N. de. Uma Breve Análise Sobre a Interface Entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 124, 2013.

CESÁRIO, K. P. F.; TAVARES, L. F.; CORREIA, L. de S. O Aparente Conflito Entre a Propriedade Intelectual e a Concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 133, 2014.

FALCONE, B. O Direito da Propriedade Industrial e a Economia à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 108, 2010.

FERNANDES, A. G.; SCHMIDT, L. D.; MAYER, R. Marcas de Alto Renome e Marcas Notoriamente Conhecidas à Luz do Princípio da Livre Concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 133, 2014.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAMA CERQUEIRA, J. da. **Tratado da Propriedade Industrial**. Vol. II, tomo II. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU-KUNTZ, K. Da Defesa da Concorrência. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 145, 2016.

LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. **Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O Cartel. In: LEOPOLDINO DA FONSECA, J. B. (org.). **O Cartel: doutrina e estudo de casos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MARTINS, A. V. **Indenização dos danos causados por cartéis: enforcement no combate às infrações da ordem econômica**. 2015. Disponível em <https://villamiladvogados.com/artigos/indenizacao-dos-danos-causados-por-carteis-enforcement-no-combate-as-infracoes-da-ordem-economica/> Acesso em 29/09/2019.

MELLO, J. M. P. de.; CARRASCO, V. **Como calcular os danos dos cartéis?** 03/04/2015. Disponível em <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/leis-da-oferta/2015/04/03/calculo-do-dano-1a-parte/> e <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/leis-da-oferta/2015/04/11/como-calculer-os-danos-dos-carteis-2a-parte/>. Acesso em 29/09/2019.

MELO, R. D. **Patentes e Desenhos Industriais: instrumentos legais para coibir os abusos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MOTTA, F. P. **Da Função Distintiva do Nome Comercial**. 2018. 198f. Tese (Doutorado) - Propriedade Intelectual e Inovação. Rio de Janeiro: Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), 2018.

PINTO, K. R. do V. F. **Integração Entre Propriedade Intelectual e Defesa da Concorrência**: o licenciamento de patentes no Brasil. 2009. 207f. Tese (Doutorado) - Economia. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2009.

SOUSA, S. L. S. E. **Regime Jurídico da Concorrência**: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ESTUDO SOBRE A INTERPENETRAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Por ocasião da solenidade de posse na Academia Internacional de Direito e Economia

Isabel Vaz²⁹¹

PEQUENA HOMENAGEM A UM GRANDE HOMEM

A publicação desses textos representa uma homenagem ao eminente jurista e ex-Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE –, o saudoso Dr. Ney Prado. Nas poucas oportunidades em que pude conviver com ele, tive o prazer de encontrar uma pessoa gentil, alegre, que carregava sem ostentação sua cultura, sua importância como magistrado, jurista, Membro da Comissão de Notáveis, admirado por sua bravura cívica e por sua atuação coerente com suas convicções.

Deixou-me profundamente emocionada quando decidiu realizar em Belo Horizonte a cerimônia de minha acolhida na Academia Internacional de Direito e Economia. Veio acompanhado por grandes autoridades do mundo jurídico-acadêmico, a exemplo dos Acadêmicos Professores Edvaldo Brito e Ministro Francisco Rezek e do Ministro Sebastião Reis Junior.

Com a permissão dos ilustres Acadêmicos Ives Gandra da Silva Martins, Presidente Emérito da AIDE, e do caríssimo amigo Acadêmico Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, que me comoveu com suas belas palavras de acolhida, as mensagens proferidas naquela data compõem este artigo, cujas referências à legislação de defesa da concorrência foram devidamente atualizadas.

Ao Dr. Ney Prado, minha gratidão e minha saudade.

Solenidade de posse da Professora Isabel Vaz na Cadeira nº 48 da Academia Internacional de Direito e Economia, realizada em 5 de outubro de 2011, na sede do Centro Jurídico Brasileiro – CJB – em Belo Horizonte – MG

MESA DIRETORA DA SOLENIDADE

Acadêmico Ney Prado – Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE

Acadêmico Carlos Mário da Silva Velloso – Presidente do Centro Jurídico Brasileiro – CJB

291 Especialista, mestre e doutora em Direito Econômico pela UFMG. Professora aposentada nos programas de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne. Ex- Conselheira do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Advogada e parecerista.

Acadêmico Edvaldo Brito – Secretário da Academia Internacional de Direito e Economia

Acadêmico Ives Gandra da Silva Martins – Presidente de Honra da Academia Internacional de Direito e Economia

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior, representando a família do Acadêmico Ministro Sebastião Alves dos Reis

Acadêmico Francisco Rezek

Empossanda: Isabel Vaz

Primeira parte

Discurso pronunciado pelo Acadêmico Carlos Mário da Silva Velloso, em nome da Academia Internacional de Direito e Economia, na sessão solene realizada no dia 5 de outubro de 2011, ocasião em que a acadêmica Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz foi empossada na Cadeira nº 48

A Academia Internacional de Direito e Economia reúne-se, solenemente, em Belo Horizonte, no auditório do Centro Jurídico Brasileiro, criado pelo advogado e professor Orlando Vaz Filho, para receber e empossar, na Cadeira nº 48, em sucessão ao acadêmico, ministro Sebastião Alves dos Reis, a professora doutora Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz.

Por delegação do eminente presidente, professor e desembargador Ney Prado, tenho a honra, em nome da Academia, de saudá-la e recebê-la, protocolarmente, na nossa Casa.

Primeiro que tudo, a nossa mensagem de boas-vindas aos eminentes professores e acadêmicos, Ney Prado, presidente-executivo da Academia, Ives Gandra da Silva Martins, seu presidente de honra, e Edvaldo Brito, seu diretor-secretário.

Os mineiros estão honrados em receber, no nosso Estado, Vossas Excelências, dos maiores juristas brasileiros. A Academia tem sede em São Paulo. Ney Prado e Ives Gandra, seus dirigentes maiores, homenageando Isabel Vaz, o Centro Jurídico Brasileiro e, sobretudo, Minas e sua gente, consentiram em realizar a posse de Isabel na Capital dos mineiros. Somo-lhes gratos, professor Ney Prado e professor Ives Gandra. Os grandes homens são generosos. Nossas primeiras palavras, portanto, são de agradecimento, ao tempo em que externamos o prazer e a honra de ter, na nossa terra, estes notáveis juristas e estimados amigos, o presidente-executivo, o presidente de honra e o diretor-secretário da Academia, professores e acadêmicos, Ney Prado, Ives Gandra da Silva Martins e Edvaldo Brito.

Quando Orlando de Oliveira Vaz Filho foi empossado na Cadeira nº 34 da Academia Mineira de Letras, em 5 de setembro de 2002, eu o recebi em nome da Academia, por delegação do seu presidente, o saudoso acadêmico, Senador Murilo Badaró. Disse eu, então, que muitos dos acadêmicos poderiam receber o professor e advogado Orlando Vaz com mais saber e brilho. Nenhum outro, entretanto, poderia saudá-lo com o conhecimento pessoal, que constitui orgulho meu. A história se repete. Quantos, com muito maior saber e brilho – menciono, por todos, essa excepcional figura de ser humano e de jurista, Ives Gandra Silva Martins, aqui presente – poderiam saudá-la, professora Isabel Vaz. Todavia, nenhum seria capaz de fazê-lo com o conhecimento pessoal de que me ufano.

Maria Ângela, minha mulher, e eu próprio, conhecemos Isabel, a menina Isabel, desde o começo do seu namoro com o Orlando. Isso há cerca de cinquenta anos. E acompanhamos, a partir daí, o crescimento da novel acadêmica, seja na vida privada, seja na vida pública. Na vida privada, é de Maria Ângela a observação no sentido de que Isabel é uma primorosa mãe de família, que soube, com o Orlando, bem criar e bem educar os seus três filhos, o arquiteto Orlando Vaz Neto, o José Otávio de Vianna Vaz, professor de Direito e advogado, e o arquiteto Oscar de Vianna Vaz, ora residindo na França, concluindo o doutorado na Universidade de Paris, vitoriosos nas carreiras que escolheram. E vai uma revelação que poucos sabem: Isabel é excelente *chef de cuisine*.

Mas Isabel é, na verdade, jurista, cuja ascensão não se deu *per saltum*. Ao prefaciar o seu livro – *Direito Econômico da Concorrência*,²⁹² dei relevo ao fato de que Isabel Vaz não se fez jurista de um dia para o outro. Acompanhei de perto os seus estudos, iniciados nos anos sessenta. O seu primeiro curso, em nível de pós-graduação, na Universidade de Paris, ela o iniciou em 1970 e concluiu em 1971. De lá para cá, não parou de estudar. Os anos oitenta foram os anos da maturação: de volta ao Brasil, Isabel concluiu os cursos de mestrado e de doutorado, na UFMG, conquistando os títulos de mestre e de doutor, após apresentação e defesa da dissertação e da tese, respectivamente.

Os seus livros vieram, então, como consequência natural de uma vida dedicada ao trabalho sério e ao estudo metódico. São livros que traduzem meditação científica, livros embasados na melhor doutrina – a bibliografia indicada contém os melhores nomes do Direito Econômico – livros, sobretudo, que refletem o pensamento maduro da autora a respeito de temas da maior importância, alguns deles pouco versados na literatura jurídica nacional.

O ingresso de Isabel Vaz na Academia Internacional de Direito e Economia dá-se em sucessão ao notável acadêmico, ministro Sebastião Alves dos Reis. Não haveria sucessão melhor. O ministro Sebastião Reis honrou e dignificou a magistratura brasileira, seja como juiz federal neste Estado, seja como ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça. Anotei, em artigo publicado no *Estado de Minas* e no *Correio Braziliense*, que Sebastião Reis, professor de Direito Tributário na UFMG e na PUC/MG, foi jurista de escol. Quando de sua posse e de mais sete ministros, em 1980, dentre os quais o ministro Pereira de Paiva, no antigo Tribunal Federal de Recursos, tive a honra de saudá-los em nome do Tribunal. Revelei, então, que Sebastião Reis era um *scholar*, no estilo harvardiano, e que os meus primeiros passos no campo do direito tributário foram por ele seguramente conduzidos. Homem modesto, disse-me que se emocionara com a revelação que eu fizera. Os verdadeiros juristas, os cientistas, primam pela humildade. Os artigos de doutrina que Sebastião Reis escrevia eram disputados pelas revistas especializadas. Aposentado, por implemento de idade, voltou ao magistério e à advocacia, assumindo, pouco tempo depois, a presidência do Centro Jurídico Brasileiro, entidade criada, como foi dito, por Orlando e Isabel Vaz, para o fim de estudar o Direito. Regularmente, comparecia ao Centro Jurídico, onde elaborava pareceres, artigos de doutrina, palestras e conferências. As suas sentenças, no 1º grau, os seus votos, no Tribunal, fizeram escola. Quando votava, a Corte o ouvia atentamente. Era o mestre que ensinava.

Uma notável jurista, Isabel Vaz, sucede, na Academia Internacional de Direito e Economia, um jurista de escol, Sebastião Alves dos Reis.

292 VAZ, I. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

As academias, assinaei em discurso de posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, onde também convivo com Ives Gandra Martins, são centros de cultura que reúnem os que mais se destacam no estudo e na divulgação do ramo de conhecimento humano que motivou a reunião dos estudiosos. As academias, todas elas, de modo geral – e a nossa Academia não fugiu à regra – inspiram-se na famosa Académie Française, a mais antiga das cinco academias que constituem o Institut de France, criada que foi em 1635, por Luís XIII, a pedido de Richelieu, e que cedo fez história. É de 1652 a *Historie de l'Académie Française*, escrita por Pellisson e que foi continuada, em 1729, pelo padre d'Olivet.

Também esta Academia não fugiu à regra, repito. Composta de 25 juristas e 25 economistas, brasileiros e estrangeiros, foi fundada em 10 de setembro de 1987, por Ives Gandra da Silva Martins, Carlos Alberto Longo, Celso Ribeiro Bastos e Celso Luiz Martone. Logo foram seguidos por Benedito Ferri de Barros, Celso Lafer, Diogo Leite de Campos, Francisco Dornelles, Gilberto de Ulhoa Canto, Mário Henrique Simonsen, Oscar Dias Corrêa, Roberto Campos, Roberto Rosas, Theóphilo de Azeredo Santos, que, com os fundadores, constituíram a primeira Diretoria e o primeiro Conselho da Academia, que tem por objetivo o exame do Direito e da Economia, a partir do ramo legal que cuida da disciplina da macroeconomia, que é o Direito Econômico. Congrega ela professores universitários, brasileiros e estrangeiros, vinculados, direta ou indiretamente, ao Direito Econômico e à Economia.

Constata-se, visualizados os objetivos da Academia Internacional de Direito e Economia, que ninguém melhor do que uma professora de Direito Econômico, de renome internacional, para assumir uma cadeira da Academia Internacional de Direito e Economia.

A grande área de atuação da professora Isabel Vaz situa-se no campo das Ciências Sociais Aplicadas, área Direito, Direito Público e, a especialidade, o Direito Econômico e Empresarial. As suas linhas de pesquisa, de que dão notícia os seus trabalhos científicos, são o Direito da Integração e Relações Internacionais, temas referentes ao Mercosul e às políticas externas, com reflexos na economia brasileira; o Direito Econômico da Concorrência, que abrange o estudo da legislação antitruste no Direito brasileiro e no Direito comparado, compreendendo as normas da Comunidade Europeia e dos Estados Unidos da América, além da jurisprudência administrativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, ela que foi Conselheira desse importante órgão público; e estudos de Direito Empresarial, adotando o enfoque da empresa como instrumento da política econômica.

Além de mestre e doutora em Direito, com enfoque no Direito Econômico – a dissertação de mestrado versou a “tipificação dos contratos internacionais de transferência de tecnologia”, e a tese de doutorado, o “Direito Econômico das Propriedades” – Isabel Vaz, professora licenciada em língua francesa pelo Instituto de Professores de Francês no Estrangeiro, da Sorbonne, Paris (1969-1970), é especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne (1970-1971), e especialista em Direito e Legislação na Política Setorial de Ciência e Tecnologia pela Fundação Brasileira de Direito Econômico, em convênio com a Faculdade de Direito da UFMG e CNPq (1982).

Advogada militante desde 1965, advogada do Município de Belo Horizonte, nos anos de 1973-1984 e 1986-1989, advogada da Superintendência de Desenvolvimento da Capital (SUDECAP), de 1984 a 1986, professora de Direito

Econômico da Faculdade de Direito da UFMG, nos cursos de graduação e de pós-graduação, foi professora, também, de Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Suas pesquisas, em torno do Direito Econômico, ultrapassaram fronteiras. No ano de 1986, como bolsista pesquisadora do CNPq, esteve na Comissão de Informática e das Liberdades, da Universidade de Paris, na Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, na UNESCO, na ONU, no GATT e na OMPI, entre outras organizações. Em julho de 1993, esteve no México, nos Estados Unidos e no Canadá, reunindo dados para estudos sobre o *North American Free Trade Agreement* – NAFTA. Nos meses de maio a julho de 2001, em cumprimento a programa sabático, visitou instituições na área de defesa da concorrência, em Paris e, em Genebra, na Divisão de Solução de Controvérsias da OMC e na UNCTAD, *United Nations Conference on Trade and Development*.

São inúmeros os seus trabalhos jurídicos na área do Direito Econômico. Destaco dois dos seus livros pela relevância dos temas versados: *Direito Econômico das Propriedades*,²⁹³ e o *Direito Econômico da Concorrência*,²⁹⁴ que são de leitura obrigatória de todos quantos lidam com a matéria. O primeiro, *Direito Econômico das Propriedades*, foi prefaciado pelo ministro e membro da Academia Internacional de Direito e Economia, Oscar Dias Corrêa, que, após análise da obra, acentua que a autora conceituou amplamente o direito econômico, não apenas como “direito da intervenção do Estado”, ou simples “direito de conjuntura”, mas pressupondo “cada vez mais, o concerto, o consenso, a participação consentida e consciente dos agentes econômicos, públicos e privados, na realização dos objetivos da Ordem Econômica, à qual se vincula a concretização da justiça social.” E acrescentou o mestre Oscar Corrêa, de saudosa memória, que “essa finalidade superior marca o estudo, no qual excelem as virtudes de *scholar* da Autora, com a precisão conceitual, a preocupação da probidade intelectual, a riqueza da perquirição científica, atenta aos deveres para com a própria finalidade social”, ao concluir pela “democracia política, cuja plenitude há de realizar-se pela implementação da democracia econômica e social, onde a justa retribuição dos fatores de produção proporcione a cada indivíduo um direito mínimo à propriedade dos bens necessários a uma vida digna”.

O *Direito Econômico da Concorrência* proporcionou-me enorme prazer intelectual, pois tive a ventura de lê-lo nos originais, dado que Isabel concedeu-me a honra de prefaciá-lo. Ele foi escrito, anotei, tendo por base o modelo econômico brasileiro, o modelo econômico consagrado na Constituição vigente, sem embargo de buscar inspiração na doutrina estrangeira, no que entendeu ser preciso, inspiração, aliás, necessária, dado que, registrou a autora, “o Brasil precisa aprender a legislar e a aplicar as suas leis como o fazem os países industrializados.” O modelo econômico brasileiro, vale acrescentar, é liberal, sem, entretanto, deixar de adotar adequada regulação. A crise da economia norte-americana, de 2008, demonstrou a necessidade de um mínimo de regulação da economia. Acentuei que esse modelo econômico liberal – a ordem econômica na Constituição –, com vistas à satisfação das necessidades básicas do indivíduo e à criação de oportunidades para realização do valor igualdade, assenta-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa e tem como objetivo assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

293 VAZ, I. *Direito Econômico das Propriedades*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

294 VAZ, I. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

O modelo econômico prestigia a iniciativa privada. A livre iniciativa é fundamento da ordem econômica (C.F., art. 170) e “um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito,” registra Miguel Reale²⁹⁵. Prestigiando a iniciativa privada, a Constituição, entretanto, conforme falamos, optou, leciona Miguel Reale, “por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-á que sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social liberalismo”²⁹⁶.

É segundo esse modelo, que Isabel Vaz, com engenho e arte, sobretudo com cientificidade, examina, em todos os seus ângulos, a livre concorrência, que é princípio da ordem econômica. Ao cabo da leitura do livro, leitura que há de ser feita sem pressa e atentamente, verifica-se que a autora é, na verdade, uma *scholar* no exato sentido do termo. Ela é precisa nos conceitos, é de exemplar probidade intelectual, e o seu discurso teórico é de extremo rigor científico.

É essa professora, essa cientista do direito, que a nossa Academia acolhe em seu seio. Bem por isso, a Casa de Ney Prado e de Ives Gandra, e que foi de Roberto Campos, de Celso Bastos, de Gilberto de Ulhoa Canto, de Oscar Corrêa, de Mário Henrique Simonsen, de Caio Tácito e de tantos outros luminares do direito e da economia, a acolhe com alegria, porque você, Isabel Vaz, vai, pelo seu passado e pelo seu saber, enriquecê-la e dignificá-la.

Seja bem-vinda, professora Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz, devota de Nossa Senhora de Guadalupe, à Academia Internacional de Direito e Economia.

UM BREVE ELOGIO

Ives Gandra da Silva Martins

Nossa nova acadêmica Isabel Vaz é das maiores especialistas, no Brasil, em Direito Econômico. Minas Gerais dá início ao estudo deste ramo jurídico, na busca de sua autonomia, com a “Carta de Caraça” e tem, em Oscar Corrêa e Washington Peluso Albino de Souza, seus dois grandes inspiradores. Isabel Vaz segue a tradição desses mestres e se ombréia aos eminentes pioneiros na pesquisa e no aprofundamento dos princípios próprios e diferenciais do Direito Econômico em relação a todos os demais ramos do direito, sendo, simultaneamente, um ramo de interpenetração e de comportamentalização da Ciência Jurídica no captar a realidade econômica. Cheguei a defini-lo, na sua faceta maior, como a “disciplina jurídica da macroeconomia”, nada obstante também valendo para a regulação microeconômica.

Especialista, Mestre e Doutora em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, foi também professora examinadora na Universidade de São Paulo e na Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Aliás, nesta universidade tornou-se especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social. Foi conselheira do Conselho Administrativo de Defesa da Economia (CADE), em 1989. Entre as instituições de que participa, destacam-se o Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, o Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, da qual é membro honorário, e o Centro Jurídico Brasileiro – CJB, de cuja diretoria participou. Entre

295 REALE, M. Aplicação da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 13.

296 REALE, M. Op. cit.

seus livros, é de se realçar *Direito Econômico das Propriedades* (2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993) e *Direito Econômico da Concorrência* (Rio de Janeiro, Forense, 1993), além de inúmeros capítulos em obras coletivas e em revistas especializadas. É advogada militante, conferencista e parecerista.

Em nossa Academia, fundada em 1986, por 25 economistas e 25 juristas nacionais e internacionais para encontrar um discurso comum no Direito e na Economia, alicerces fundamentais para o Estado Democrático de Direito e o desenvolvimento social e econômico, certamente a nova acadêmica abrillhantará, com sua inteligência e seu talento, a constelação de expoentes guindados ao sodalício, nestas duas décadas e meia, e contribuirá para a produção científica que tem caracterizado a relevância da participação da instituição na reflexão acadêmica voltada à construção de um País melhor.

Alegra-me, pois, receber nesta Casa a novel e admirável acadêmica.

RESUMO DA PALESTRA PROFERIDA

Ideias para uma reforma tributária

A primeira revolução tributária no Brasil deu-se com a edição da E.C. n. 18/65, do Código Tributário Nacional, em 1966, e da Constituição de 1967.

Sistematizou-se o novo ramo do direito, com normas hierarquizadas. Assim é que à maior explicitação do sistema pela Constituição (E.C. 18/65, CF 67 e EC n. 1/69) correspondeu a criação de uma lei – com eficácia de lei complementar – destinada a ordenar a legislação dos diversos entes federativos.

Em 1988, a Constituição federal, promulgada em 5 de outubro, conformou de vez uma ordem tributária – dividida em seis partes: cinco no sistema tributário propriamente dito (artigos 145 a 156) e uma na ordem social (artigo 195) – com princípios gerais (145 a 149), limitações constitucionais ao poder de tributar (artigos 150/152), impostos federais (153 e 154), estaduais (155), municipais (156) e contribuições sociais (195).

Tão logo promulgada a lei suprema, já começaram as críticas, não à parte principiológica, mas à dos tributos em espécie, diversos projetos tendo sido apresentadas pelos governos Collor, Itamar, FHC e Lula, mas nenhum deles logrou êxito.

Atribuo esses fracassos ao fato de tais projetos trazerem conformações globais do sistema, gerando uma “cadeia de anticorpos”, no Parlamento, contrária a sua aprovação, visto que os grupos de parlamentares opositores se autoapoiavam e se revezavam no torpedeamento dessas reformas.

Os principais problemas, então detectados, disseram respeito ao princípio da não cumulatividade, complexidade fiscal, guerra fiscal entre estados e municípios (ICMS e ISS), superposição de incidências (IPI, ICMS, ISS, Cofins, Pis e CIDES), além de outros de menor magnitude.

O fracasso de todos os presidentes em reformar em profundidade a ordem tributária está levando a presidente Dilma a pretender promover uma reforma segmentada, no que faz bem, pois evitará a formação de blocos contrários, que se autoestimulam e autoapoiam para não deixar nenhuma delas avançar.

Tenho para mim que o maior problema reside na guerra fiscal entre os

Estados. Um imposto de vocação nacional, como é o caso do ICMS, não poderia ter sido regionalizado, como foi, desde o antigo IVC, eis que, pelo princípio da não cumulatividade, incentivos dados em um Estado terminam refletindo, nas operações interestaduais, em outros. Em consequência, o Estado que os concede oferta melhores condições de competitividade às empresas estabelecidas em seu território em detrimento das que se encontram sediadas em outros Estados. Imagine-se uma empresa que não pague ICMS em sua unidade federativa, mas gere direito a crédito no outro. O ICMS incidente sobre o produto será apenas aquele do acréscimo cobrado pelo outro Estado, com o que seus produtos ficarão mais baratos do que os produzidos na unidade não incentivada.

Propus, em audiência pública no Congresso Nacional, para terminar de vez com a guerra fiscal de ICMS, a introdução de apenas dois dispositivos: uma alíquota única para todo o Brasil, com o que se evitaria o “turismo de notas fiscais”; e a proibição absoluta de incentivos fiscais no âmbito do ICMS, o que eliminaria a descompetitividade empresarial, por força da concessão de incentivos em um Estado, sem correspondência em outro. Como os Estados NAO DESEJAVAM ACABAR COM A GUERRA FISCAL, a proposta foi rejeitada.

Outro problema é a acumulação de incidências. A União Europeia adota um único tributo circulatório sobre bens e serviços para todos os Estados que a compõem, ou seja, o IVA (imposto sobre o valor agregado). No Brasil, temos, sobre a circulação de bens e serviços, a incidência de variados tributos (IPI, ICMS, ISS, Cofins, PIS, Cides) além dos impostos regulatórios de importação e exportação.

Uma simplificação neste sentido seria interessante. Talvez a criação de um IVA nacional pertencente à Federação, com a incorporação do IPI, ICMS e ISS - como propus ao tempo da revisão constitucional de 1993 - e partilhado entre União, estados e municípios pudesse ser a solução.

Alemanha e Portugal têm no IVA, no Imposto de Renda e no tributo das corporações mais de 90% de sua receita. Nada justifica no Brasil tal complexidade, com 12 impostos, no sistema, com esferas de tributação autônomas (União, Estados e Municípios) e, muitas vezes, superposição de incidências, como no IPI, ICMS, Cofins, PIS, estes últimos tributos incidentes também sobre operações sujeitas ao ISS.

Desoneração da folha de pagamentos é, além disso, outro desafio relevante, visto que o Brasil, em encargos sociais, bate todos os emergentes e a maior parte dos países desenvolvidos.

Não é possível concorrer com a China, Rússia ou Índia, onde os encargos sociais e a carga tributária são quase a metade dos do Brasil, se considerarmos a média dos três países em conjunto (visto que é maior na Rússia e menor na China e na Índia).

Por fim, descomplicar a legislação e simplificar o sistema é fundamental, para que não se perca tanto tempo para cumprir obrigações tributárias. Basta dizer que a média do tempo perdido pelo empresário brasileiro por ano para cumpri-las é de 2.600 horas, sendo pouco mais de 100 horas na Alemanha, 300 horas nos Estados Unidos e, no mundo, em torno de 400 horas.

Enfim, são estes alguns dos pontos que, a meu ver, devem merecer reflexão, para uma futura reforma.

Segunda parte

Pronunciamento da Professora Isabel Vaz, ao ser empossada na Cadeira nº 48 da Academia Internacional de Direito e Economia, sucedendo ao Acadêmico Ministro Sebastião Alves dos Reis

1 AGRADECIMENTOS E SAUDAÇÕES

Boa noite a todos, sejam bem-vindos à sede do Centro Jurídico Brasileiro, para participar dessa solenidade presidida pelo Acadêmico, Desembargador e Professor Ney Prado, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia. Na pessoa de Vossa Excelência, Senhor Presidente, saúdo os demais componentes dessa mesa.

Cumprimento, ainda, o Ministro Adhemar Maciel, Vice-Presidente do Centro Jurídico Brasileiro; o Desembargador José Tarcísio de Almeida Melo; o Juiz Federal Dr. Élder Afonso, a Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira, Digníssima Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; o Presidente do Automóvel Clube de Minas Gerais, Dr. Vicente Tarciso Gonzaga Amorim; o ilustre ex-Governador de Minas Gerais, Senador Francelino Pereira; o Presidente da Academia Mineira de Letras, Dr. Orlando Vaz; senhoras e senhores que nos honram com a sua presença.

1.1 AO PROFESSOR NEY PRADO, PRESIDENTE DA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DIREITO E ECONOMIA

Caríssimo Desembargador, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, Professor, “jurista [...] de formação multidisciplinar, tanto no Brasil como no exterior”, nas palavras do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho e da Professora Samantha Meyer-Pflug.²⁹⁷ Outra não é a opinião de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, que lembra ser a notável personalidade, Ney Prado,

[...] um jurista de sólida formação humanista e lúcida percepção de que os problemas enfrentados pelo mundo jurídico em muito se afastam das questões meramente técnicas do Direito. Sua visão multidisciplinar, que o insere com profundidade no domínio da seara política e empresarial, unindo Direito e Economia, lhe permite ver muito além das fronteiras jurídicas ao apontar caminhos e soluções para os complexos problemas jurídicos²⁹⁸.

297 Martins Filho, I. G. da S.; Meyer-Pflug, S. R. (Coordenadores). A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. Homenagem ao Prof. Ney Prado. Apresentação. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2011. p. 5.

298 Amaral, A. C. R. do. A Advocacia nas Negociações Internacionais e os Princípios da Ordem Econômica Constitucional. In A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. Op. cit., p. 13.

Nesse momento em que a emoção teima em invadir-me o coração, procuro encontrar as palavras adequadas para traduzir a minha gratidão pelo modo cortês, afável e generoso com que Vossa Excelência me acolheu nessa tradicional Casa dedicada à cultura, ao aprimoramento do Direito, da Economia e das instituições jurídicas brasileiras.

Fundada a 10 de dezembro de 1987, a Academia Internacional de Direito e Economia teve no Professor Ives Gandra da Silva Martins, seu idealizador, o primeiro Presidente, eleito para o biênio 1988-1989. Em uma síntese feliz, diria mais tarde o Professor Arnoldo Wald, em seu discurso de posse, para o biênio 2000-2002: “Desde a sua fundação, a Academia tem lutado para submeter o Mercado aos imperativos da Justiça, sem que o legislador se esqueça que, também, as leis econômicas devem ser respeitadas”²⁹⁹.

Eis uma das grandes tarefas que a Academia vem realizando, Sr. Presidente, ao congregiar juristas e economistas de renome entre nós e no exterior.

Presidir a Academia Internacional de Direito e Economia exige, pois, capacidade intelectual, desprendimento e trabalho incansável.

Capacidade intelectual Vossa Excelência demonstrou possuir ao longo de uma carreira brilhante, dedicada ao ensino do Direito e à Magistratura, atuando em Comissões Constitucionais, oferecendo subsídios, ensinamentos e o brilho de sua cultura, expresso em contribuições jurídicas de grande valor e utilidade, no momento da Constituinte de 1986. Toda essa rica e enriquecedora experiência foi trazida para a Academia Internacional de Direito e Economia, como um brinde a adornar as atividades e a fortalecer a conquista dos objetivos dessa gloriosa Instituição.

Desprendimento é outra virtude que as elevadas funções de condutor da Academia exigem. Depois de uma carreira jurídica vitoriosa, Vossa Excelência poderia dedicar-se ao lazer, às viagens, à família, aos amigos. Decidiu, no entanto, colocar o vigor de sua inteligência e as experiências profícuas vivenciadas a serviço de uma entidade direcionada para o bem da Sociedade, para repensar o Direito e a Economia, conferindo novas luzes a sua interpretação.

Trabalho incansável é necessário para bem conduzir os destinos de uma Entidade voltada para o engrandecimento da cultura jurídica, para o acompanhamento da trajetória do Direito positivo brasileiro, sempre carente de acertos e de diretrizes voltadas ao seu aperfeiçoamento. Isso vem sendo conseguido mediante o trabalho de harmonização das leis econômicas e das leis jurídicas, tarefa indispensável à conquista do desenvolvimento e da justiça social.

Essas virtudes e qualidades tornam Vossa Excelência um dirigente à altura dos elevados objetivos da Academia Internacional de Direito e Economia.

É para mim, portanto, motivo de grande honra e alegria ser recebida no seio dessa Instituição, poder conviver mais frequentemente com os ilustres acadêmicos, desfrutar de seus conhecimentos e, eventualmente, contribuir para a conquista dos relevantes objetivos dessa Casa.

Agradeço a Vossa Excelência, Senhor Presidente, a gentil acolhida que sempre me proporcionou, registrando, também, minha gratidão aos demais acadêmicos, que, tão generosamente, sufragaram o meu nome. Acredite, Professor

299 Discurso do Acadêmico Arnoldo WALD, por ocasião da Transmissão de Posse da Diretoria, biênio 2000-2002. In: Academia Internacional de Direito e Economia: Discursos. São Paulo, 2006. p. 19.

Ney Prado, que estarei à disposição dos nobres interesses da Academia, podendo dizer, lembrando Guimarães Rosa, que

[...] mineiro não se move de graça. Ele permanece e conserva. Ele espia, escuta, indaga, protela ou palia, se sopita, tolera, remanheia, perrengueia, sorri, escapole, se retarda, faz véspera, tempera, cala a boca, matuta, destorce, engambela, pauteia, se prepara. Mas, sendo a vez, sendo a hora, Minas entende, atende, toma tento, avança, peleja e faz. Sempre foi assim. Ares e modos. Assim seja³⁰⁰.

Espero, dentro de minhas possibilidades, fazer jus à confiança que em mim depositam os ilustres acadêmicos, prometendo esforçar-me para estar à altura dessa Egrégia Agremiação.

Muito obrigada, Senhor Presidente e senhores membros da Academia Internacional de Direito e Economia.

1.2 AO ACADÊMICO MINISTRO CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Poderia, caro Ministro Carlos Velloso, considerá-lo “cunhado”, pois meu marido, Orlando Vaz, conquistou primeiro, e há mais de cinco décadas, o direito de chamá-lo “irmão”. Foi assim, em um ambiente de fraternidade e de respeito que o conheci, tornando-me sua admiradora e amiga de seus pais, Dr. Achilles e D. Olga Velloso; de sua esposa, Maria Ângela, de seus irmãos e de seus filhos. Não há, pois, como fugir desses “laços de ternura”, atados desde a nossa juventude e permeados de companheirismo, de convivência alegre e saudável, que muito me orientaram e incentivaram nos difíceis e belos caminhos do Direito, que decidi percorrer.

Lembro-me bem, Ministro Carlos Velloso, de que, quando ainda estudante, para testar-me, indagou como eu classificaria a Constituição. Fiquei um tanto embaraçada, pelo inesperado da pergunta, e respondi como pude. Anos mais tarde, ao travar conhecimento com o Professor Bernard Chenot, um dos responsáveis pelo ensino do Direito Econômico na França, ofereceu-me o então Secretário Perpétuo da Academia Francesa, um livro, onde afirmava: “[...] as noções se fazem e se desfazem, cada vez mais depressa, as regras se contradizem, numerosas instituições nascem e vivem, sem que as possamos classificar”.³⁰¹ E acrescentava: “[...] o direito é a arte das boas classificações”³⁰². Dado que “[...] a estabilidade das noções jurídicas é o privilégio das civilizações mortas” – prossegue Chenot –, “uma relativa estabilidade é o luxo dos períodos calmos [...]”³⁰³, restando ao intérprete e ao estudioso do Direito o instrumento indispensável das “boas classificações”.

300 ROSA, J. G. Minas Gerais. Ave, palavra. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1978. p. 221.

301 Cf. CHENOT, B. *Réflexions sur La Cité: 1945-1980*. Préface de Jacques Fauvet. Paris: Éditions Émile-Paul, 1981. p. 18.

302 *Ibid.*, p. 23.

303 *Ibid.*, p. 22.

Sua preciosa lição, Ministro Carlos Velloso, encontraria eco nas palavras de Bernard Chenot, muitos anos depois.

Dedicado, desde cedo, à carreira jurídica, logo galgou os primeiros degraus da Magistratura, tornando-se um dos primeiros juízes federais e titulares de Minas Gerais. Sua maneira nobre, seu modo gentil e atencioso para com todos, aliados a uma reconhecida cultura jurídica, tornaram-no um dos mais respeitados e estimados magistrados brasileiros, orgulho da gente das Minas Gerais.

Estudantes e jovens advogados, quando tinham oportunidade, aproximavam-se dele para dirigir-lhe um cumprimento, ou para oferecer-lhe a primeira obra jurídica, receosos, até um pouco intimidados, por tratar-se do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal. Com um sorriso franco e amigo, a todos recebia, tendo sempre uma palavra de estímulo e de encorajamento aos mais novos, surpreendidos com a sua cordialidade e com a simplicidade que só os sábios possuem.

A seriedade e a sisudez restringiam-se aos momentos em que o Juiz se manifestava, ou àqueles em que o Professor ministrava suas aulas. Fora dessas circunstâncias, acolhia as pessoas com alegre simpatia, permitindo-lhes opinar, ouvindo-as com atenção e interesse.

Quando meu marido e eu nos mudamos com nossos filhos para Paris, o Ministro Carlos Mário telefonou a minha mãe, Rachel Mascarenhas Vianna, oferecendo-lhe seus préstimos enquanto estivéssemos residindo fora. Ela jamais esqueceu esse gesto de consideração e de amizade e sempre o recordava com enorme gratidão.

Sobre o Professor e Ministro que pontificou na mais alta Corte de Justiça do País não é preciso falar. Todos o conhecemos e admiramos a sua cultura, o seu bom-senso nos julgados, a coragem e a compaixão, a sua busca incessante de aproximar a Justiça do cidadão.

Quero, aqui, deixar manifestar-se o coração, pois, para mim, hoje é dia de emoção; é dia de celebrar a alegria, de lembrar coisas e, sobretudo, pessoas alegres, cuja convivência nos faz bem à alma e ao espírito. Recordar esses episódios é tudo isso. É poder confiar na beleza de uma amizade fraterna, é assistir, com o passar do tempo, ao fortalecimento de liames que confortam, que preenchem a existência com a certeza de momentos felizes que permitem sentir, em todos os instantes, que a vida é boa e vale a pena.

Ministro Carlos Velloso: quisera saber dominar palavras bonitas, rimadas, ou metrificadas, e frases candentes e marcantes, tais quais as escritas pelos poetas, pelos contistas e pelos romancistas mais inspirados, a fim de retratar a convivência perfilhada pelos nossos ascendentes, que optaram por estudar o Direito, interpretar a lei, observar a doutrina e conhecer a jurisprudência. Tive eu, então, ainda adolescente, o propósito de permanecer no internato do Curso Clássico do notável Colégio Sacré-Coeur de Marie, onde me preparei, seguindo o seu exemplo e o de Orlando – colegas de turma, em 1963, – na Casa também chamada de Afonso Pena. Tive a felicidade, mercê de Deus, de ingressar na mesma Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em que vocês se formaram. Isso aconteceu há quase meio século. Sou, porém, do campo, sou sertaneja, sou caipira, migrante para a cidade grande, que, às vezes, ainda assusta. Vou, portanto, neste momento, dizer as palavras simples e sinceras do povo do sertão: muito obrigada.

1.3 AO ACADÊMICO PROFESSOR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, PRESIDENTE DE HONRA DA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DIREITO E ECONOMIA

Estamos profundamente honrados, Acadêmico Professor Ives Gandra, com a sua presença entre nós, nesta data. Estimado e respeitado no Brasil inteiro, o senhor é particularmente admirado e querido em Minas Gerais. Daí a alegria com que o recebemos hoje para discorrer sobre o tema “Ativismo Judicial”, conferindo brilho a nossa solenidade e compartilhando conhecimentos jurídicos valiosos com os profissionais do Direito e da Economia.

Ives Gandra, Professor Emérito da Universidade Mackenzie, Presidente de Honra da Academia Internacional de Direito e Economia, é professor de Direito Constitucional, de Direito Tributário, de Direito Econômico e Financeiro e cultiva também a Filosofia, a Música, a Poesia. As primeiras virtudes e qualidades são por demais conhecidas e apreciadas. Prefiro, no entanto, neste momento, recordar alguns versos seus, que estão, creio, no *Livro de Ruth*, linda homenagem que prestou a sua esposa:

Eu sou aquele que ainda sonha flores

E descobre estrelas

Eu sou aquele que ainda busca anjos

Onde existem feras

Eu sou aquele que ainda prega aos fortes

*E defende os fracos.*³⁰⁴

Lúgia Fagundes Telles, da Academia Brasileira de Letras, diz que “ele é um ser voltado para a esperança” e que “às vezes, tenho vontade de bater no ombro do Ives e dizer: me dá coragem para o sonho, o sonho, o sonho”.³⁰⁵

Professor Ives Gandra, que o seu exemplo de vida nos ensine a sonhar flores e a descobrir estrelas, a buscar anjos e a defender os fracos, e nos dê coragem para nunca desistir dos nossos sonhos.

Muito obrigada.

1.4 AO ACADÊMICO PROFESSOR EDVALDO PEREIRA DE BRITO, SECRETÁRIO DA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DIREITO E ECONOMIA

Caríssimo Acadêmico, Professor Edvaldo Pereira de Brito, Secretário da Academia Internacional de Direito e Economia, Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Mackenzie, receba as nossas saudações.

304 Cf. entrevista denominada “Ives Gandra, Vida & Obra” in www.youtube.com/watch?v=VX6L-4-06868ys. Acesso em 15.9.2011.

305 Idem.

Dizem, Professor, que é preciso que os bons se ocupem da Política, para que ela não seja dominada pelos maus. A sua trajetória de pós-graduado em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia, Professor Doutor e Livre Docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo, onde é também Professor Titular de Direito Civil, foi, generosamente posta a serviço da Política, nos diversos cargos que ocupou. Ex-Prefeito, atual Vice-Prefeito de Salvador, ex-Secretário da Justiça, da Educação e da Saúde do Estado da Bahia e ex-Secretário de Negócios Jurídicos do Município de São Paulo.

Ao contemplar esse vitorioso caminho percorrido, lembramo-nos da transcrição que fez das palavras de sua mãe, Edite Pereira, orgulhando-se da influência decisiva que ela teve no seu direcionamento para os estudos. Permita-me recordar parte delas: “Aqui em Muritiba não tem mais estudo, meu filho, vá para a Bahia, porque pé que não anda não dá topada”³⁰⁶.

Em entrevista concedida à repórter Cristiane Monteiro, Assessora de imprensa da ADEP-BA³⁰⁷, e publicada em 14 de setembro de 2010, recordou ainda outras palavras de sua mãe, ouvidas na infância: “*Edvaldo*, meu *fio*, tu *tem* que *estudá* pra ser grande homem”.

Seguindo as palavras simples dessa humilde, porém sábia mulher, o Professor Edvaldo encontrou forças para vencer todos os obstáculos e se transformar em um grande homem e, mais do que realizar o sonho materno, conquistou o respeito e a admiração do mundo jurídico e do político, dentro e fora do Brasil.

Suas conquistas, Professor Edvaldo, representam a mais alta homenagem que poderia prestar a D. Edite, e o mais belo exemplo legado à juventude brasileira, que sonha, mas muita vez, esmorece.

Seja bem-vindo a Belo Horizonte e receba as nossas homenagens.

Muito obrigada.

1.5 AO MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS JÚNIOR

Temos grande prazer em recebê-lo, Senhor Ministro, cumprimentando, em sua pessoa, a família do saudoso Ministro Sebastião Alves dos Reis.

Para mim, é motivo de grande alegria poder contar com a sua presença e a de seus irmãos e esposas e filhos. Também compartilho a emoção da saudade, a lembrança da pessoa amena, de trato cordial e alegre. Ao lado desses sentimentos, não posso omitir também o peso da responsabilidade de suceder o Acadêmico Ministro Sebastião Reis em uma Entidade que congrega alguns dos maiores juristas e economistas do Brasil e do exterior.

Na proposta de estudo da interpenetração entre o Direito e a Economia, encontro um dos campos do saber que mais me atraem, estudiosa que sou do Direito Econômico. Procurar aprender com aqueles de maior bagagem e, dentro de minhas possibilidades, contribuir para o estudo desse fenômeno relativamente recente, serão meus objetivos principais, ao suceder o Ministro Sebastião Alves dos Reis na Academia Internacional de Direito e Economia.

Estejam certos, Senhor Ministro e demais familiares do acadêmico Minis-

306 Parte do discurso do Professor Edvaldo Brito, ao receber o título de Professor Emérito pela Universidade Federal da Bahia, lembrando o início de sua árdua e, ao mesmo tempo, vitoriosa carreira (<http://www.pmdbbahia.com.br/site/?p=16449>. Acesso em 24.9.2011).

307 In: <http://adepbahia.com.br/adep2011/destaque.php?id=112>. Acesso em 26.9.2011.

tro Sebastião Alves dos Reis, que a essa missão dedicarei o melhor dos meus esforços.

Muito obrigada.

2 À MEMÓRIA DO MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS

Um misto de **orgulho**, de **alegria** e de **saudade** é o que experimento nesta hora. Orgulho de passar a ocupar a vaga deixada pelo falecimento do querido Ministro Sebastião Reis, grande jurista, respeitado por seus pares e pela classe dos advogados, amado pela família; alegria, ao ver que os ilustres membros da Academia Internacional de Direito e Economia, à unanimidade, sufragaram o meu nome; e de saudade, ao recordar a pessoa com a qual convivemos por cerca de nove anos, no Escritório e no Centro Jurídico Brasileiro – CJB –, na Capital mineira, na Rua Ceará, nº 1.431.

Presidente do Centro Jurídico Brasileiro, e um de seus fundadores, o Ministro Sebastião Alves dos Reis comparecia diariamente ao escritório, entre 16 e 18 horas. Com seu jeito afável, educado e cortês, costumava bater à porta de minha sala, para um “boa tarde” e um dedinho de prosa.

Mesmo aposentado, nunca deixou de trabalhar e de lecionar, enquanto sua vista lhe permitiu. Muito estimado pelos alunos e, apesar da grande cultura jurídica que possuía, preocupava-se em preparar as aulas, recorrendo, para tanto, ao filho Júnior, então advogado em Brasília, para pedir um acórdão ou outro subsídio interessante para enriquecer suas exposições. Sua cultura, seu zelo e sua sempre renovada responsabilidade para com o magistério fizeram-no alvo de inúmeras homenagens por parte dos alunos do Curso de Direito da FUMEC. Até no “Orkut” o Ministro foi lembrado com carinho, o que o deixou muito orgulhoso. Ao receber essa notícia, ele comentou: “A Lúcia iria gostar de saber...”.

É, pois, com grande saudade que faço tais registros, tendo por consolo o privilégio de com ele ter convivido diariamente, por quase uma década.

2.1 LEMBRANÇAS³⁰⁸

Sebastião Alves dos Reis nasceu em Lamim, no Município de Rio Espera, no Estado de Minas Gerais, a 28 de outubro de 1918, filho de João dos Reis Sobrinho e de D. Maria do Carmo Alves dos Reis. Seus estudos primários começaram na Escola Pública da cidade que o viu nascer.

Em 1932, transferiu-se, com a família, para Belo Horizonte, matriculando-se no tradicional Colégio Arnaldo, estabelecimento de ensino dos Religiosos do Verbo Divino, e ali cursou os cinco anos do ginásial.

Casou-se com a Dr^a Lúcia Leite dos Reis, advogada, com quem teve três filhos: Dr. João Tadeu Leite dos Reis e Dr. Pedro Paulo Leite dos Reis, médicos, e Dr. Sebastião Alves dos Reis Júnior, advogado. Era grande admirador da esposa, dos filhos e das noras, aos quais dedicava um carinho incondicional, mas seu encanto eram os netos: Daniel, Adriana e Marina, filhos de Pedro Paulo e da Dr^a Raquel Pitchon dos Reis, também médica, residentes em Belo Horizonte; e Maria

308 Muitas partes deste texto foram-me transmitidas pelos filhos do Ministro Sebastião Reis, Pedro Paulo Leite dos Reis e o Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior, a quem agradeço a gentileza.

Eduarda e Hugo, filhos de Sebastião Junior e da Dr^a Ana Maria da Trindade dos Reis, advogada, que moram em Brasília.

A mesma atenção dedicou à família de João Tadeu Leite dos Reis, a sua esposa, Sônia Vianna Duarte, e aos seus filhos, Luísa e Renato Duarte, abrigando-os em seu coração generoso.

Gostava de contar os casos e as peripécias das crianças, orgulhoso do carinho que tinham por ele. Ao falar dos netos, ele se transformava, como se se tornasse criança outra vez, para brincar e se divertir no mesmo nível, com os pequenos companheiros. Lembra Sebastião Júnior:

Amava a família antes de tudo. Tinha profunda admiração por minha mãe e, para ele, para ele, seus filhos eram perfeitos... [...]. Nunca se cansava de contar primeiro as histórias dos filhos e, depois, as dos netos. Sempre pronto a um abraço, um beijo. Às vezes, essa demonstração de carinho e de presença significava mais que mil palavras. Esse carinho se estendia às noras. Para ele, o que importava era se seus filhos estavam felizes. Se elas os faziam felizes, ele as amava como se filhas fossem.

O falecimento da Dr^a Lúcia trouxe ao Ministro Sebastião Reis enorme tristeza e grande desgosto. A saúde frágil da esposa era objeto de grandes cuidados. Quando comparecia a alguma solenidade ou recepção, muitas vezes, Orlando e eu o acompanhávamos até a sua casa. Estava sempre preocupado em não se demorar muito, para não deixar a Dr^a Lúcia sozinha.

Esposa e companheira da vida toda, a Dr^a Lúcia, ao partir, deixou muitas saudades no coração do Ministro e de sua família. Ao falar nela, com o afeto de sempre, não conseguia conter as lágrimas. Ao invés da lamentação, porém, o Ministro, como pessoa ativa, sempre ocupada com suas aulas, suas leituras e seus estudos, continuou a sua vida produtiva, útil e fecunda, amparado, certamente, nas boas lembranças da esposa pranteada.

Disciplinado, o Ministro sempre observava as prescrições médicas. Fazia sua caminhada diária nos jardins da Praça da Liberdade e seguia a dieta restritiva de doces e certas guloseimas. Lembro-me do carinho com que foi tratado pelos filhos, no dia do *Bar Mitzvah* do neto Daniel. Na recepção preparada por Pedro Paulo e Raquel, uma mesa cheia de bombons e de chocolates finos atraía a atenção de todos. Pedro Paulo afastou-se um pouco e logo depois voltou com um belo prato de frutas, que colocou diante do pai. Essa lembrança delicada e esse cuidado demonstram a afetividade do relacionamento entre o Ministro e seus filhos.

O Ministro Sebastião, conta o filho Pedro Paulo, sempre sofreu com uma deficiência visual intensa, que não chegou, contudo, a impedi-lo de vencer as dificuldades e de realizar seus mais caros sonhos. Infelizmente, não pôde cursar a Faculdade de Medicina, segundo Sebastião Júnior, mas incutiu em dois dos filhos, João Tadeu e Pedro Paulo, o amor àquele ramo do conhecimento.

Durante seu curso ginásial no Colégio Arnaldo, diz Pedro Paulo, era colega de turma do irmão João, que o ajudava muito. Nas provas práticas de Botânica, como não conseguia visualizar as folhas, o irmão descrevia as características da planta para que ele pudesse responder às questões.

De acordo, ainda, com Sebastião Júnior, o pai tinha duas paixões profissionais: a magistratura e o magistério.

Aprovado em 1º lugar no concurso nacional para Auditor Fiscal da Receita Federal, segundo Pedro Paulo, no exame médico foi reprovado, em razão da deficiência visual. Não desanimou: recorreu aos grandes oftalmologistas da época, ao Dr. Hilton Rocha, inclusive, mas foi um médico do Exército que o declarou apto a assumir o cargo de auditor. Na Receita Federal, chegou a ser Delegado Fiscal, tendo sido, nessa época, nomeado Juiz Federal.

2.2 VIDA UNIVERSITÁRIA E MAGISTÉRIO SUPERIOR³⁰⁹

Em 1944, o Ministro Sebastião Alves dos Reis diplomou-se pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Ao cursar o Doutorado em Direito Público naquela instituição, apresentou oito monografias sobre Direito Constitucional Administrativo, Economia Política, Direito do Trabalho e Filosofia do Direito, obtendo 10, a nota máxima, em todas elas.

Publicou, sobre o tema “A Regulamentação do artigo 151, da Constituição Federal de 1946”, tese apresentada ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

No Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG, apresentou, entre outros, trabalhos sobre direitos individuais, direitos sociais, o pensamento econômico da Grécia pré-socrática, a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, o livre-arbítrio e o determinismo penal, o controle constitucional das leis.

Dedicou-se ao magistério desde jovem, até os últimos anos de sua vida. Essa segunda paixão permitiu a plena realização de um incansável batalhador pela justiça. A seu respeito, afirmou o Ministro Carlos Velloso: Professor de direito, foi jurista de escol, “[...] um *scholar*, no estilo harvardiano [...] e meus primeiros passos no campo do direito tributário foram por ele seguramente conduzidos”³¹⁰.

Comenta o Ministro Carlos Mário Velloso, seu colega na Justiça Federal de Minas Gerais, que, alojados em instalações precárias, no início, não dispunham de gabinete, usando o de uma das Varas da Fazenda Pública, que se encontrava desocupado. Depois do expediente, o Ministro Carlos Mário conduzia, em seu carro, o Ministro Sebastião Reis até sua residência. Ali, ficavam

[...] a conversar, na sua biblioteca, sobre as coisas da vida, sobre o direito tributário, de que era mestre incomparável. De fina sensibilidade, discutia ideias, formulava teses, comentava os acontecimentos. Jamais ouvi de sua boca uma palavra que deixasse mal qualquer pessoa. Li alhures – prossegue o

309 Algumas das informações contidas no item 2 foram extraídas do site “Ministros” do Superior Tribunal de Justiça; do artigo de autoria do Ministro Carlos Velloso, intitulado “Sebastião Alves dos Reis, o homem, o jurista, o juiz”, na página “STF.empauta.com”, no Correio Brasiliense/DF, 22 de agosto de 2008, p. 3-4. Outras foram enviadas pelos filhos do Ministro, o também Ministro Sebastião Alves dos Reis Junior e pelo Dr. Pedro Paulo Leite dos Reis, em correspondências datadas de março de 2010.

310 VELLOSO, C. M Sebastião Alves dos Reis, o homem, o jurista, o juiz. Correio Brasiliense/DF, 22 de agosto de 2008. p. 3.

*Ministro Carlos Mário – que os homens superiores cuidam de ideias; os médios, de fatos; e os inferiores, de pessoas. Sebastião Reis, homem superior, ficava sempre no campo das ideias*³¹¹.

No plano das ideias, brilhou. Participou de inúmeras bancas examinadoras de concursos e de teses, proferiu palestras, pareceres e aulas magistrais. Seus profundos conhecimentos e seu culto ao Direito o transformaram não apenas em um excelente professor, mas em um juiz respeitado e respeitável, sem abandonar as virtudes que sempre o acompanharam: a sabedoria e a modéstia. A seu respeito, afirma ainda o Ministro Carlos Mário Velloso: “Os verdadeiros juristas, os cientistas, primam pela humildade. Os artigos de doutrina que escrevia eram disputados pelas revistas especializadas”³¹².

No mesmo depoimento, afirma o Ministro Carlos Velloso:

*Convém esclarecer que não era ele homem de arroubos. Juiz austero, punha-se longe dos holofotes. Mas há momentos em que o magistrado deve proclamar seus princípios. Era assim que procedia o juiz Sebastião Reis. As suas sentenças, no 1º grau, os votos, no antigo Tribunal Federal de Recursos, fizeram escola. Quando votava, o Tribunal o ouvia atentamente. Era o mestre que ensinava, mas, sobretudo, o grande juiz que tinha por divisa a lição de Vauvenargues, nas suas Reflexões e máximas: “Não se pode ser justo se não se é humano”*³¹³.

Durante o período em que se dedicou ao magistério superior, o Ministro Sebastião Reis ocupou vários cargos e exerceu variadas funções.³¹⁴ Foi Professor da Universidade Federal de Minas Gerais no Curso de Doutorado – Cadeira de Finanças Comparadas – e de Direito Financeiro; de Introdução à Ciência do Direito; de Direito Tributário e Administração Pública.

Na Faculdade Mineira de Direito da PUC, foi Professor de Ciência das Finanças e de Direito Tributário.

Foi também Professor de Direito Administrativo dos Cursos do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em Minas Gerais.

Foi Professor do Curso de Direito Tributário, oferecido pela Fundação Dom Cabral, de Belo Horizonte, para advogados de empresa.

No Departamento de Direito da Universidade de Brasília, o Acadêmico Sebastião Reis lecionou Direito Administrativo e Jurisprudência do Direito Administrativo, no Curso de Bacharelado, e Direito Administrativo, no Curso de Mestrado.

Era membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e da Comissão de Concursos para Procurador da Fazenda Nacional.

311 VELLOSO, C. M. Sebastião Alves dos Reis, o homem, o jurista, o juiz. Correio Brasiliense/DF, 22 de agosto de 2008. p. 2-3.

312 Idem.

313 Idem.

314 Cf. Informativo do STJ.

O Ministro Sebastião Reis foi Sócio-Fundador do Instituto do Direito Financeiro e Sócio-Fundador e Presidente do Centro Jurídico Brasileiro – CJB.

Proferiu também diversas conferências, entre as quais:

- “Planejamento administrativo, atividade financeira e planejamento da União”, no Curso Orçamento-Programa, de iniciativa da UFMG;
- “Sistema Tributário Nacional, o Estado Federal, o Código Tributário Nacional”, no Instituto dos Advogados de Minas Gerais;
- “Direito Internacional Tributário”, na Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte;
- “O imposto de renda na jurisprudência dos Tribunais”, na Escola de Administração Fazendária;
- “O fato gerador do imposto de renda”, no “Fórum Jurídico de Belo Horizonte”;
- “A problemática administrativa contemporânea”, na Faculdade de Administração e Negócios – UNA – Minas Gerais;
- “O imposto de renda e suas repercussões sociais e econômicas”, na Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG;
- “O federalismo econômico e o modelo brasileiro”, na Faculdade Mineira de Direito da PUC;
- “Ações e procedimentos judiciais em matéria tributária”, no Instituto dos Advogados de Minas Gerais;
- “As Universidades Federais e a Justiça Federal”, no Congresso de Procuradores das Universidades Federais, em Belo Horizonte, MG.
- “O histórico do mandado de segurança no Direito brasileiro”, no Departamento de Direito da Universidade de Brasília;
- “Contencioso administrativo na Constituição Federal vigente”, no Departamento de Direito da Universidade de Brasília e na Escola Superior de Administração Fazendária.

Sebastião Alves dos Reis ministrou ainda a aula inaugural do Curso Intensivo de Administração Pública para Assistentes, Assessores e Chefes de Departamento da Rede Mineira de Viação; e a do Curso de Administração Municipal, oferecido pela Faculdade de Ciências Econômicas da UFMG.

Ao longo de sua vida, o Acadêmico Sebastião Reis compôs bancas examinadoras de concursos diversos, cursos de doutorado, de mestrado e de vestibular, entre outros.

2.3 O JURISTA SEBASTIÃO ALVES DOS REIS

É difícil, quando não impossível, nessas poucas linhas, retratar o perfil do jurista Sebastião Alves dos Reis. Assim sendo, neste espaço, recorro algumas ideias do pensador fecundo, de escrita elegante, dizendo a maneira pela qual os magistrados concebiam o Direito:

[...] visualizado como uma projeção do espírito humano, como um momento significativo de nossa experiência social e ética, inspirados

(os magistrados) numa convicção autêntica da dignidade da missão do magistrado de amor às instituições judiciárias, de fidelidade aos elevados ideais de justiça, nos valores que encerra e persegue, unidos da crença no valor transcendental e intrínseco do homem, enquanto valor-fonte de todos os valores³¹⁵.

Referindo-se, ainda, aos membros do Poder Judiciário, afirmou:

Habita em nós aquela convicção amadurecida na experiência e vivência jurídica de que o Direito não é apenas uma intencionalidade, uma imantação para o justo; mas, visto globalmente, é um momento do justo, historicamente realizado, nos limites da contingência humana e que é uma atualização sempre crescente daqueles valores que possibilitam a afirmação de cada homem, segundo sua virtude, no sentido socrático do termo. Paralelamente, estamos certos de que o Direito é uma realidade universal e onde existir o homem aí o encontramos, e que a vida jurídica se desdobra, amplia, afirma e reafirma, numa tensão contínua de valores positivos e negativos, valores polares que se implicam e se exigem num processo essencialmente dialético³¹⁶.

Discorreu, também, sobre os “Princípios Constitucionais”, em discurso de homenagem ao Professor Ives Gandra, ressaltando a importância da reflexão jurídica e a responsabilidade do jurista, que se vê elevado à categoria de “agente impulsor da História”:

Se a reflexão jurídica sempre se faz necessária, mais ainda, se torna imperiosa, nesta hora de profundas transformações jurídicas e sociais, quando o valor econômico irrompe avassaladoramente na ordem social, comunicando-lhe uma dinâmica até então desconhecida, numa reformulação intensa e extensa dos valores tradicionais; nesta conjuntura histórico-cultural, carregada de tensões e conflitos, avulta-se a responsabilidade do jurista, pois as concepções do Direito se inserem numa cos-

315 REIS, S. A. dos. Discurso proferido em nome dos Ministros empossados no Tribunal Regional Federal: Hemílio Galant, José Pereira de Paiva, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro da Rocha Accioly, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e ele, Sebastião Alves dos Reis. Texto inédito, p. 1.

316 REIS, S. A. dos. Discurso proferido em nome dos Ministros empossados no Tribunal Regional Federal: Hemílio Galant, José Pereira de Paiva, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro da Rocha Accioly, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e ele, Sebastião Alves dos Reis. Texto inédito, p. 1

*movisão, são aspectos significativos das concepções da vida, do homem e do universo, e o intérprete e aplicador da lei vê-se alçado à condição de agente impulsor da História, a protagonista do mundo em que vive, participe das decisões que forjam os destinos da humanidade*³¹⁷.

Com espírito agudo, percebe a presença do econômico, ocasionando mudanças e transformações na ordem social, de modo a demandar a ação do jurista, porque as ideias que temos do Direito são, de certa forma, aspectos significativos das concepções da vida, e aquele que aplica a lei passa a impulsionar o curso da História, de modo a participar das decisões que compõem o destino do ser humano.

Identifica o Ministro a existência de tensões e de conflitos, que o jurista é chamado a analisar, a interpretar e a pacificar. Os juízos de valor do Direito influenciam a Economia e são por ela influenciados, cabendo ao jurista o papel ora de mediador, ora de árbitro de situações conflituosas, respeitando a essência de cada um desses ramos do conhecimento.

Sua concepção sobre a interpretação das leis, das normas e dos princípios, destaca a importância da vivência jurídica do homem, como um momento significativo da sua experiência, nos vários estágios da civilização e da cultura, constituindo sempre o Direito uma realidade *in fieri*, em constante “vir a ser”, espelhando as incertezas e oscilações humanas, diante dos desafios que se lhe apresentam³¹⁸.

Por isso, afirma que

*[...] interpretar a lei, uma norma jurídica, um princípio constitucional, predominantemente de cláusulas abertas, não é só uma obra de raciocínio e de lógica, mas, por igual, de inteligência, de experiência ética e social, apresentando-se como uma tarefa axiológica, um trabalho estimativo, de valoração e compreensão, plasmando a matéria-prima da norma numa obra de aprimoramento da ordem jurídica, extraíndo dela todas as virtualidades das suas implicações sociais e humanas, afeiçoando-a às evoluções das necessidades coletivas, do bem comum, fecundando-a, fazendo a lei falar *lex loquens**³¹⁹.

Na peroração desse trabalho, afirma o Ministro Sebastião que toma de empréstimo as conceituações do consagrado juiz Paulo Magalhães Costa Coelho, ao prelecionar: Sim, os princípios são normas dotadas de abstração que, todavia,

317 REIS, Sebastião Alves dos. Princípios Constitucionais – Em homenagem ao Acadêmico Professor Ives Gandra da Silva Martins, n. 1, p. 1. Texto inédito.

318 Cf. REIS, Sebastião Alves dos. Princípios Constitucionais, cit., nº 8.

319 REIS, Sebastião Alves dos. Princípios Constitucionais, cit., nº 9.

são portadoras de núcleos significativos de grande magnitude, de modo que influenciarão toda a orientação das cadeias normativas que derivam do sistema³²⁰.

Assim, “pode-se afirmar que onde há valores de magnitude para o sistema de proposições prescritivas, como é o sistema jurídico, ali há princípios”.³²¹

Uma das mais importantes conclusões desse estudo encontra-se nas palavras que se seguem, ao reafirmarem a força impositiva dos princípios constitucionais, que alguns hermeneutas mais conservadores relutam em admitir:

Os princípios constitucionais são normas jurídicas, mais do que simples regras, dotadas de juridicidade, eficácia e imperatividade, vinculabilidade e aplicabilidade, impondo-se, de maneira categórica e definitiva a todos os poderes públicos (administrador, legislador e juiz) e a todos os cidadãos³²².

Com essas convicções, viveu o jurista, julgou o magistrado, e ensinou o professor, virtudes que moldaram o caráter, a sensibilidade e a cultura do homem Sebastião Alves dos Reis, sintetizando o que Pablo Lucas Verdú denominava “apeço pela Constituição”.

2.4 FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS

O Ministro Sebastião Reis exerceu as seguintes funções administrativas:

- Delegado Fiscal do Tesouro Nacional em Minas Gerais, por duas vezes, nos períodos de 17.4.1961 a 29.8.1962 e de 27.4.1965 a 1967;
- Diretor da Recebedoria Federal de Belo Horizonte, por duas vezes, nos períodos de 1.8.1960 a 16.6.1961 e de 30.8.1962 a 26.4.1965.
- Procurador da Fazenda Nacional, substituto, em Minas Gerais, de 1946 a 1960;
- Delegado Seccional do Imposto de Renda em Curvelo, Minas Gerais.

Assim, no magistério superior, nos diversos cargos que ocupou e nas funções que exerceu, sua conduta exemplar confundia-se com o exercício da magistratura federal, conferindo coerência, dignidade e grandeza à vida de Sebastião Alves dos Reis.

2.4 MAGISTRATURA FEDERAL

O Acadêmico Sebastião Alves dos Reis exerceu o cargo de Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, empossado em abril de 1967, até ser nomeado Ministro do Tribunal Federal de Recursos, por ato do Presidente da República, de 23 de junho de 1980. Naquela Corte, foi membro efetivo do Conselho de Administração.

320 COELHO, Paulo Magalhães Costa. Manual de Direito Administrativo, p. 23 e 28, apud REIS, Sebastião Alves dos. Princípios Constitucionais, cit., nº 21.

321 COELHO, Paulo Magalhães Costa. op. loc. cit..

322 Idem.

Foi também membro efetivo do Conselho da Justiça Federal, no biênio de julho de 1985 a julho de 1987.

Enquanto exercia a Magistratura Federal em Belo Horizonte, foi Diretor do foro da Seção Judiciária de Minas Gerais, entre 1969 e 1970. De 1969 a 1971, exerceu a Diretoria do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Por duas vezes, presidiu a Comissão de Concurso para Juiz Federal.

Foi nomeado Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral no biênio 1985-1987; tornou-se Ministro Efetivo daquela Corte, entre 12.11.1987 e 15.8.1988; e Corregedor-Geral Eleitoral entre 16.8.1988 e 27.10.1988.

Durante sua trajetória, revelaram-se o juiz sempre em busca da realização da justiça, a sua inteligência brilhante, a cultura humanística e a profunda dedicação à magistratura, uma de suas duas paixões profissionais, segundo seu filho, o também Ministro Sebastião Reis Júnior. Lembra este que se casara no dia 8.10.1988, um sábado, 20 dias antes da aposentadoria de seu pai e às vésperas de eleições. Assim conta o filho:

Ele estava no TSE na época, e me lembro de alguns fatos que demonstram como ele encarava a magistratura: eram pouco mais de quatro horas da tarde, pouco antes da cerimônia do meu casamento, e ele, no escritório de casa, pedia-me para ler uns embargos de declaração que tinham chegado por telex e que ele iria apreciar no domingo. Ele não conseguia ler a letra apagada. Em lugar de aproveitar a família que tinha vindo de longe, o clima festivo, ele, ciente de suas obrigações, ficara em casa trabalhando. E no dia seguinte, domingo, em vez de estar no almoço de família, estava no TSE julgando.

Revela, ainda, o Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior, que seu pai não assistiu ao final da Copa de 1970: ele, já naquela época, para se organizar, fixava as datas para as suas sentenças. Havia marcado uma para a segunda-feira, após o domingo da final. Como não havia conseguido terminá-la, foi para o escritório trabalhar durante o jogo e só saiu de lá depois de ter a sentença pronta. Antes do prazer, a obrigação.

O Ministro Carlos Mário Velloso recorda o episódio contado por Mário Genival Tourinho, advogado em uma causa julgada pelo Ministro Sebastião Reis, em 1970, e cuja sentença desagradara ao militar que presidia certo órgão federal:

Teria o militar, de alta patente, apregoado que, se a decisão fosse contrária a sua repartição, providenciaria ele a cassação do seu prolator. Sebastião Reis não se perturbou. Encerrada a audiência, na qual a sentença foi publicada, declarou alto e bom som: “Perco o cargo, mas não perco a honra”³²³.

Corajoso, quando era preciso, não perdeu o cargo nem a honra. Continuou, com serenidade, a viver a sua vida digna, a estudar e a ler, mesmo depois de aposentado na magistratura federal. Todos os dias, ao chegar ao Escritório,

323 VELLOSO, C. M. Sebastião Alves dos Reis, o homem, o jurista, o juiz. STF.empauta.com. Correio Brasiliense/DF, 22 de agosto de 2008. p. 2-3.

comentava algum voto ou alguma decisão do Supremo Tribunal Federal, que acompanhava pelo Canal “TV Justiça”, oferecendo, sempre, a sua apreciação judiciosa sobre o que havia sido decidido.

2.5 CONDECORAÇÃO

O Ministro Sebastião Alves dos Reis recebeu a Grande Medalha da Inconfidência, conferida pelo Governo do Estado de Minas Gerais, em abril de 1987.

2.6 CONCLUSÃO

Uma grande saudade ficou não apenas em seus familiares, mas em todos nós, que o conhecemos e tivemos o privilégio de partilhar alguns momentos de sua vida. Sempre orgulhosos da família que constituíram e souberam tão bem criar e educar, o Ministro Sebastião e a Dr^a Lúcia certamente ficariam envaidecidos com o sucesso dos netos, nos estudos, e dos filhos e das noras, em suas respectivas profissões. Médicos e advogados de renome terão, certamente, feito bater mais forte o coração de seus pais. Recordo, aqui, especialmente, a nomeação, para o Superior Tribunal de Justiça, de Sebastião Alves dos Reis Júnior. Nas suas conquistas pessoais e profissionais, os familiares encontram a melhor maneira de homenagear o Ministro Sebastião Reis.

Faleceu em Belo Horizonte, a 9 de agosto de 2008, menos de três meses antes de completar 90 anos. Poder-se-ia dizer que, ao Ministro Sebastião Alves dos Reis, aplica-se a lição contida no aforismo: “Quando nasceste, só tu choravas e todos sorriam; vive de modo que, quando morreres, todos chorem, e só tu sorrias”.

A sua fisionomia serena e o pranto dos familiares e amigos demonstram a falta que ele nos faz e, ao mesmo tempo, o grande orgulho que sentimos todos, por termos convivido com uma pessoa tão afável, honrada e digna.

Espero poder desempenhar a contento as tarefas que me forem cometidas ao suceder o eminente Ministro Sebastião Reis, na Cadeira que me foi designada e que procurarei honrar, enquanto me permitir Deus ocupá-la.

Familiares do Ministro Sebastião Reis: é preciso frisar que não se trata e nem jamais poderia tratar-se de substituir o Ministro. Pela generosidade dos membros da Academia Internacional de Direito e Economia, passo a ocupar a Cadeira nº 48, na vaga deixada pelo querido Ministro Sebastião, homem probo, professor conceituado, magistrado brilhante e respeitável. Será uma árdua tarefa, desempenhar essa função. Que Deus me inspire e me ajude a estar à altura do nobre e pranteado acadêmico.

Congratulo-me, neste momento, e uma vez mais, com os filhos, as noras e os netos do Ministro Sebastião Alves dos Reis e da Dr^a Lúcia, que souberam formar uma família digna, vitoriosa na profissão, unida no afeto e inspirada pelos exemplos de seus pais.

3 PALAVRAS FINAIS

Presidente Ney Prado, Acadêmico Ministro Carlos Velloso, Acadêmico Professor Edvaldo Pereira de Brito, Acadêmico Ives Gandra, Acadêmico Francisco Rezek, reitero os meus agradecimentos por essa acolhida.

Professor Ives Gandra, não tenho palavras para agradecer a sua generosidade, ao nos brindar com a sua presença em Minas Gerais e com conferência que nos transmite sempre ensinamentos. Sabe o senhor o quanto é querido, admirado e estimado em nossa terra. Poder tê-lo conosco, nesta noite, representa uma honra e um enorme prazer. Nossos convidados, certamente, compartilham comigo a alegria de poder ouvi-lo e de rever um amigo tão querido. Muito obrigada.

4 AOS MEUS AMIGOS

Colegas da Turma de 1967, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ex-alunos, ilustres convidados, senhoras e senhores, todos amigos. Cumprimento, na pessoa da Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira, jovem Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, todos os professores daquela Casa. Saúdo também os colegas e colaboradores do Escritório Orlando Vaz – Advogados Associados, que me alegram com sua presença.

Amigo é aquele que não se explica e nem pede explicação. Amigo está onde menos se espera e onde mais dele se necessita. Amigo não pergunta, adivinha. Amigo não divide, multiplica. Amigo não chora, consola. Amigo não obscurece, clareia. Amigo não vai, fica. Amigo não critica, compreende. Amigo não está por aí, amigo está no coração.

Queridos amigos, obrigada por estarem aqui comigo, no meu coração.

5 À MINHA FAMÍLIA

Quero compartilhar com Orlando, meu marido, com meus filhos, Orlando de Oliveira Vaz Neto, José Otávio de Vianna Vaz e Oscar de Vianna Vaz, o arquiteto desse edifício que nos abriga, com minhas noras e com minhas netas, Rachel, Maria Luíza, Marina, aqui presente, e Ana, a alegria deste momento, a honra de ingressar na Academia Internacional de Direito e Economia.

Trata-se de um sonho há muito acalentado, que agora se realiza, graças à generosidade dos ilustres Acadêmicos. Lembro-me, com saudade e com orgulho, de meus pais, Rachel Mascarenhas Vianna e Oscar de Campos Vianna, aqui representados por meus irmãos, irmãs, cunhados, cunhadas, sobrinhos e demais familiares. A vocês, dedico este Diploma e esta Medalha. Estejam certos de que, em todos os momentos de minha vida, procurei cumprir os meus deveres e não decepcioná-los. Com a minha homenagem, recebam o meu afeto e o meu carinho.

Muito obrigada.

TERCEIRA PARTE

Estudo sobre a interpenetração entre o Direito e a Economia, em homenagem à Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

1 DIREITO E ECONOMIA

1.1 DIREITO

O que é o Direito?

Essa pergunta, de aparência simples, pode transformar-se em questão tormentosa, mesmo para aqueles acostumados a lidar com esse ramo do conhecimento. Lembramo-nos das palavras de Santo Agostinho, que também “experimentava essa provação”³²⁴ e dizia, em relação ao tempo: “O que é, pois, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se desejar explicá-lo àquele que me pergunta, não sei.”³²⁵

Creio que com o Direito não é muito diferente.

Aprende-se, contudo, nos manuais, que a palavra “direito” designa, em primeiro lugar, um corpo de regras que tem por objeto organizar a vida em sociedade, quer dizer, nomeadamente, definir o estatuto das pessoas e regulamentar as relações, econômicas ou não, que se estabelecem entre elas³²⁶.

Em outro sentido, aquela mesma palavra designa também a prerrogativa que cada pessoa pode recolher nesse corpo de regras porque ela reúne as condições de aplicação de uma dentre elas³²⁷.

Em um brevíssimo apanhado, pode-se dizer que a palavra “direito” constitui, como corpo de regras destinado a disciplinar as relações sociais, o que se denomina *direito objetivo*, porque reúne um conjunto de normas formuladas de maneira geral e impessoal, vale dizer, sem referência a este ou àquele indivíduo determinado. É o fenômeno jurídico em estado puro que está em causa, e apresenta, em particular, a questão da essência da regra de direito³²⁸.

Somente depois disso é possível apreender este outro aspecto do mesmo fenômeno, que é a introdução da pessoa, do sujeito de direito no funcionamento prático da regra jurídica, que determina a aparição dos *direitos subjetivos*, vale dizer, dos direitos que os indivíduos auferem do direito objetivo³²⁹.

324 HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.18.

325 “Confessiones”, XIV, 17 apud HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 18.

326 Cf. AUBERT, Jean-Luc. Introduction au Droit. 1ère. Édition: 4e. Trimestre, 1979. Paris: Presses Universitaires de France, 1979. p. 3 (Tradução livre).

327 Cf. AUBERT, Jean-Luc. Ibid.

328 AUBERT, op. cit., p. 3-4

329 AUBERT, op. cit. p. 4

Contentemo-nos, por enquanto, com essas breves notas sobre alguns aspectos do Direito, para retermos, ainda, a *natureza obrigatória* de suas regras e a necessidade de sua *sanção* pela autoridade pública³³⁰, o que não significa, necessariamente, uma punição.³³¹ Voltemos a atenção para a Economia, visto ser o escopo dessas reflexões a interpenetração entre esses dois ramos do conhecimento científico.

1.2 ECONOMIA

Como conceituar a Economia? Melhor dizendo, o que seria adequado reter, dessa ciência tão complexa quanto importante, para os fins colimados neste estudo? Apenas alguns traços específicos que permitam demonstrar a sua contribuição ao estudo do Direito, salientando a necessidade da aproximação entre estas duas disciplinas, como fator de enriquecimento recíproco. O valor da multidisciplinaridade é destacado:

A visão multidisciplinar é o esteio que mais garante o avanço do conhecimento. Dá segurança à direção a ser seguida e reduz as chances de erros na escolha dos caminhos mais profícuos. Permite a visão holística do universo, das suas forças e princípios e, no caso que talvez mais interesse, viabiliza a compreensão da natureza do ser humano e das regras e formas que explicam e permitem sua vida social. Permite, contrapondo-se ao hermetismo da especialização, a real compreensão da interação entre os diversos conhecimentos formados, na maioria das vezes, de forma estanque e com reduzido proveito do potencial pleno de sua utilidade³³².

As pessoas reconhecem que “se os preços sobem, se o investimento marca passo, se o desemprego aumenta, se as riquezas produzidas se multiplicam, se os salários progridem menos do que os preços, trata-se de fatos econômicos”³³³. É quase o mesmo raciocínio aplicável à questão antes lembrada, ao indagar-se o que é o Direito. Todos nós sabemos o que é a Economia, mas quando nos perguntam, talvez tenhamos dificuldade em responder ao interlocutor.

Embora não seja tão difícil entendermo-nos a respeito de uma multidão de fatos classificados como econômicos, existem inúmeras correntes que se debatem sobre a definição de Economia³³⁴.

330 AUBERT, op. cit., p. 7

331 AUBERT, op. cit., p. 7.

332 MARTINS, Eliseu, Professor Titular da FEA, apresentando a obra organizada por ZYLBER-SZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel, Direito & Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2005. Contracapa.

333 GÉLEDAN, A.; BRÉMOND, J. Dicionário Económico e Social. Verbete “Economia”. Tradução de Henrique de Barros do título original “Dictionnaire Économique et Social”. Lisboa: Livros Horizonte, 1988. p. 128.

334 Cf. GÉLEDAN, A. & BRÉMOND, J., Ibid., p. 128.

O ideal seria poder-se fugir do “labirinto das definições” daquele ramo do conhecimento, conforme as expressões de Alain Gélédan e Janine Brémont³³⁵. Contudo, sem a pretensão de grandes aprofundamentos, e para os fins propostos neste escorço, vai-se considerar que a Economia, de acordo com as palavras do saudoso Professor Carlos Galves, é

[...] a ciência que tem por objeto o estudo da atividade econômica do homem. As coisas e os serviços de que precisa, o homem não encontra feitos, ao nível da natureza. Devem ser produzidos. Os que os produzem recebem pagamentos pelo que produzem, e, com o que ganham, adquirem o que outros produzem. O produto deve circular pelo país, a fim de poder ser adquirido e empregado pelos que desejam as coisas e os serviços. E como os homens vivem em sociedade, toda essa atividade ocorre dentro da sociedade humana. E todos esperam que tudo decorra com ordem e com progresso³³⁶.

Nesse conceito, estão compreendidas todas as atividades econômicas que o homem realiza, seja individualmente, seja em regime de produção empresarial, não se excluindo desse círculo abrangente de afazeres a eventual participação do Estado.

Pode-se considerar a grande divisão da economia em *microeconomia* e em *macroeconomia*³³⁷, como uma nova luz lançada sobre o exercício da atividade econômica, a demonstrar que, em dadas situações, qualquer que seja o modelo econômico adotado, o Estado deve ocupar-se da produção de certos bens e da prestação de determinados serviços.

Encerrando-se este tópico, em que se procura demonstrar a importância da interdisciplinaridade para a melhor compreensão tanto do Direito quanto da Economia, recordam-se as expressões do Professor Claude Champaud, segun-

335 Cf. GÉLEDAN, A. & BRÉMOND, J. Op. cit., p. 128.

336 GALVES, C. Manual de Economia Política atual. 15ª ed. revista e atualizada por Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8.

337 Confirmam-se, a propósito, as teorias de John Maynard KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London: MacMillan, 1936, citado por Galves. Para este autor, Keynes mudou a face da Ciência Econômica, a ponto de dizer-se que a história da economia tem duas faces: antes e depois de Keynes. Entende Galves que Keynes, entre outras contribuições, teve o mérito de ter escancarado a visão dos economistas à dimensão da nação e do mundo, em ter revelado a diferença de comportamento dos fatos macroeconômicos em face dos microeconômicos, e em ter mostrado o uso prático que se pode e deve fazer desse saber. Keynes fundou a lógica macroeconômica. Daí dizer-se que a sua obra constitui a maior revolução científica (Lawrence R. Klein, *The Keynesian Revolution*, MacMillan, New York, sec. Ed., 1966; R. Lekachman, *Keynes' General Theory, Reports of Three Decades*, New York: MacMillan, 1964) ocorrida na ciência econômica em todos os tempos. Tudo o que veio depois de sua obra – inclusive críticas a suas teorias –, é sempre feito dentro dessa nova visão, que ele desvendou (Ibid. p. 5).

do o qual *Le juriste qui ne sait que du droit ne connaît pas le Droit*³³⁸. Em uma tradução livre: “O jurista que não sabe senão direito não conhece o Direito”.

Dentro dessa proposta, vale recordar alguns fatos históricos que estão na perspectiva do entrelaçamento entre o Direito e a Economia, para mais adiante, explicitar as razões que determinaram a ruptura dos diques que isolavam aqueles dois ramos do conhecimento. Aqui, um pouco da história das doutrinas políticas é que oferece elementos para a compreensão do fenômeno da interpenetração entre Direito e Economia.

1.3 DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL

Se, ao tempo do Estado liberal, o econômico e o político viviam confinados em compartimentos estanques, acontecimentos de natureza econômica, política e social foram, lentamente, encarregando-se de esmaecer aquelas fronteiras. Apenas para lembrar alguns episódios, reportemo-nos aos avanços tecnológicos introduzidos na produção industrial, que passaram a reunir, em um mesmo lugar, operários junto às fábricas. A proximidade, a comunicação de problemas, as queixas comuns, os baixos salários, a identificação de uma sina desditosa traçada pelas necessidades de otimização da produção, sem garantias sociais, agravada pela insalubridade e pelas condições desumanas de trabalho, representaram como que uma fermentação, cujo resultado fez eclodir uma nova realidade social.

Esses fatos conduziram ao surgimento de um “[...] homem concreto, definido não por sua essência ou por seu parentesco com um tipo ideal, mas pelas particularidades devidas à situação contingente na qual ele se encontra colocado”³³⁹. Trata-se do “homem situado”³⁴⁰, de que nos fala Burdeau, presa e produto do meio em que vive e labora.

338 CHAMPAUD, C. *Le droit des affaires*. Deuxième édition mise à jour. 16e. mille. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. Na verdade, afirma o renomado autor, a propósito do “direito dos negócios como objeto das ciências jurídicas”: Intrinsecamente, le droit n'est pas une science, c'est un art. A cet égard, il est l'objet des sciences juridiques. Etablir cette distinction fondamentale n'est pas donner aux sciences juridiques un rôle mineur. Le juriste qui ne sait que du droit ne connaît pas le Droit. Pour comprendre le sens, apprécier sa valeur et déterminer la portée d'une règle de droit, il faut recourir aux méthodes d'analyse et aux sciences qui permettent de connaître les phénomènes qui l'ont engendrée, ceux qui en conditionnent l'application, et ceux dont elle va provoquer l'apparition. Il convient aussi de maîtriser les techniques opérationnelles et les processus logiques proprement juridiques qui forment le second volet de la connaissance, cette didactique par laquelle le savoir se transmet (CHAMPAUD, 1984, p. 5). Em uma tradução livre: “Intrinsecamente, o direito não é uma ciência, é uma arte. A esse propósito, ele é o objeto das ciências jurídicas. Estabelecer essa distinção fundamental não é atribuir às ciências jurídicas um papel menor. O jurista que não sabe senão direito não conhece o Direito. Para compreender o sentido, apreciar seu valor e determinar o alcance de uma regra de direito, é preciso recorrer aos métodos de análise e às ciências que permitem conhecer os fenômenos que a engendraram, aqueles que condicionam sua aplicação, e aqueles cuja aparição ela vai provocar. Convém também dominar as técnicas operacionais e os processos lógicos propriamente jurídicos que formam a segunda aba do conhecimento, essa didática pela qual o saber se transmite”.

339 Cf. BURDEAU, G. *La démocratie*. Paris: Éditions du Seuil, 1966. p. 29 (Tradução livre).

340 BURDEAU descreve este “ser totalmente novo [que] aparece sobre a cena política”. “[...] é aquele que encontramos nas relações da vida quotidiana, tal como o caracterizam sua profissão, seu modo e seus meios de viver, seus gostos, suas necessidades, as oportunidades que se lhe oferecem. Em resumo, é o homem condicionado por seu meio e que se revela pela observação de sua maneira de ser, não por uma reflexão metafísica sobre o seu ser”. Cf. BURDEAU, G., op. cit., p. 29-30 (Tradução livre).

Não se cogita mais do indivíduo exaltado pelos iluministas, concebido como um ser quase etéreo, ao qual faltava apenas o reconhecimento das liberdades públicas, para se tornar um homem completo. Não, a liberdade e a igualdade formal pouco aproveitavam ao homem situado, impregnado de carências e de fragilidades, de dúvidas e de incertezas quanto ao seu futuro, reclamando, não a ausência do Estado nas relações econômicas – pretendida pela aristocracia – mas a sua presença equilibradora, capaz de trazer para o campo do Direito a solução dos conflitos de natureza econômica e social entre o capital e o trabalho.

Ao mesmo tempo, a universalização do direito ao voto, a teoria marxista e a doutrina social da Igreja, por mais paradoxal que possa parecer, despertaram as consciências para a necessidade de humanização das condições de trabalho. Usufruiu-se uma liberdade contratual escravizante, devido às desigualdades entre as partes do contrato de trabalho, a reclamar do Estado uma atuação reguladora. Lacordaire³⁴¹, nos idos do século 18, já reconhecia: “Onde existe a desigualdade econômica, *c’est la liberté qui opprime, et c’est la loi qui affranchit*”³⁴² (“Onde existe a desigualdade econômica, é a liberdade que oprime e é a lei que liberta”).

O primeiro conflito mundial, ocorrido entre 1914 e 1918, para alguns, decretou a morte do Estado liberal. O direcionamento político de praticamente toda a atividade econômica para o esforço de guerra, diretriz que se repetiria, com maior ênfase e mais dramaticidade entre 1939 e 1945, provocou, entre outras consequências, uma ruptura sem precedentes entre a concepção liberal e a presença estatal na economia.

Aqui não se cuidava, necessariamente, da adoção de uma ideologia da intervenção, de cunho socialista ou comunizante, excludente da propriedade privada, a exemplo do planejamento centralizado imposto pelo Gosplan da ex-URSS. Tratava-se de acudir a uma exigência inafastável de recuperação e de soerguimento das economias dizimadas pelas guerras.

Não haveria capitais privados suficientes para cumprir essa tarefa de reconstrução de fábricas, de indústrias, de pontes, de estradas, de hospitais, de laboratórios de estudos e de pesquisas científicas, de escolas, das cidades, enfim, de países inteiros destruídos pelos artefatos bélicos.

Por outro lado, por haver convocado a população, a civil, inclusive, para a guerra, o Estado viu-se compelido, ao fim dos conflitos, a desenvolver dois tipos de intervenção: a de *direcionamento da economia* para a sua reconstrução, e a de *proteção da população*, lançada, quase sempre, contra a sua vontade, no inferno destruidor dos campos de batalha. Era preciso amparar os mutilados de guerra, prover-lhes o sustento e, muitas vezes, o de famílias e de órfãos desprotegidos. O Estado não poderia quedar-se indiferente a esse drama.

A história de alguns países da Europa nos dá conta da implantação de políticas de planejamento econômico, de nacionalização de empresas e da co-

341 Henri Lacordaire era um dominicano francês, nascido em 1802, em Recey-sur-Ource, Côte d’Or, e falecido em Sorèze, em 1861. Foi um orador notável, promotor e principal titular das conferências de Notre-Dame de Paris (1835); restabeleceu a Ordem dos Dominicanos na França. Foi deputado por Marselha e fundador da Ere Nouvelle, órgão da democracia cristã (1848), tendo deixado logo a cena política para consagrar-se a sua ordem e ao Colégio de Sorèze. Cf. Verbete LACORDAIRE, H. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1998. p. 3464.

342 Apud LAJUGIE, J. ; DELAFAUD, P. Les Systèmes Économiques. 11e. édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. p. 47.

locação de alguns bens de produção, notadamente considerados estratégicos, como os setores de energia, transporte, comunicações, recursos minerais, sob a tutela do Estado.

Inúmeras constituições são promulgadas após a Segunda Grande Guerra,³⁴³ tratando do econômico, de modo a permitir ao Estado assumir suas novas funções dentro da legalidade e dos parâmetros do Estado de Direito.

1.4 JURIDICIZAÇÃO DA ECONOMIA: A INTERPENETRAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA. O ADVENTO DAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS

Neste tópico, vai-se propor a descrição do que se convencionou denominar “juridicização da economia”, fato que ocorreu quando as leis, autorizadas pelas constituições, passaram a reger o fenômeno econômico.

Propõe-se uma comparação entre o conteúdo das leis econômicas e o das leis jurídicas, indicando, sempre que possível, as distinções entre elas e as tentativas do Estado para conformar não as leis econômicas, mas as *atividades* que elas descrevem e explicam, aos valores, princípios e objetivos consagrados na ordem jurídica, melhor dizendo, na *constituição econômica*.

1.4.1 LEIS ECONÔMICAS

Lembro, com orgulho, a obra inovadora do Professor Washington Peluso Albino de Souza, intitulada *Do econômico nas Constituições vigentes*³⁴⁴. O renomado e saudoso professor mineiro, introdutor da cadeira de Direito Econômico na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e um dos pioneiros da disciplina no Brasil, mostra a maneira pela qual o “econômico” passou, a partir de certa época, a figurar como objeto da regulação estatal nas constituições que analisou.

Trata-se, na verdade, do fenômeno da juridicização da *atividade econômica*, entendendo-se por esta expressão o que a Economia, *ciência descritiva*, agrupa sob as rubricas de *produção, circulação, repartição e consumo*.

343 Confirmam-se também as diretrizes adotadas pelas Constituições do México, de 1917, da ex-URSS, de 1918, e de Weimar, de 1919, indicando uma clara passagem do Estado liberal para a consagração do intervencionismo na economia, provocando reflexos importantes no regime das propriedades e nas relações de trabalho. A Constituição mexicana desapropria os bens da Igreja e de inúmeras empresas estrangeiras, atribuindo a propriedade da terra ao Estado (cf. art. 27, caput), que faria a sua repartição. Inaugura uma série de direitos trabalhistas e melhora as condições de trabalho (cf. o longo art. 123, até hoje em vigor). Na Rússia, a “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado” leva às últimas consequências o comunismo científico de Marx e Engels e trata de abolir a propriedade privada dos bens de produção, transferindo-a aos comitês de operários e depois ao próprio Estado. A Carta de Weimar é considerada por muitos constitucionalistas brasileiros intervencionista, pioneira no trato das questões trabalhistas, econômicas e sociais (cf. o art. 165, que criara o “Conselho Supremo da Economia”). Não se podem ignorar, no entanto, as transformações operadas pelas Constituições anteriores, do México e da Rússia, não obstante o prestígio conquistado pela Constituição de Weimar (Confirmam-se comentários mais aprofundados em VAZ, I. Direito Econômico das Propriedades, op. cit., p. 77-118).

344 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas Constituições vigentes*. 2 volumes. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

As leis econômicas descrevem e explicam como são realizadas as atividades econômicas. O Professor Carlos Galves³⁴⁵ afirma que o exame da atividade econômica desenvolvida pelo homem revela que podem nela atuar três tipos de leis:

1) O uso econômico da natureza – classificada como o primeiro fator de produção (o solo, o subsolo, as matérias-primas) – submete-se às leis físicas, químicas, biológicas, que regem e limitam aquele uso. “A lei econômica do rendimento decrescente do fator natural é um exemplo desse tipo de lei: a exploração de um fator natural (solo arável, por exemplo) dá um resultado cada vez menor”, prossegue Galves, “depois de ter passado por um ponto de rendimento ótimo. Essa lei diz que a exploração agrícola do solo não pode ser ampliada ou melhorada indefinidamente: chega a um ponto de rendimento ótimo, e depois a produção decresce, embora se aumentem o adubo, o trabalho, a semente. Qual a causa disso? É que as propriedades do solo impõem esse efeito. O agrônomo explicará quais são essas causas e como operam”.³⁴⁶

2) Também na conduta humana, acrescenta Galves, considerada sob o ângulo interno, aparecem uniformidades de comportamento que produzem reflexos ou efeitos na atividade econômica, manifestando-se “em todos os períodos históricos, em todas as formas de cultura, em todos os sistemas econômicos. Exemplos: todos os sujeitos econômicos dispõem numa certa ordem ou hierarquia a satisfação de suas necessidades: a diminuição da intensidade da necessidade traz como consequência a diminuição do valor dos bens aos olhos do sujeito econômico; o aumento dos ganhos, a partir de certo nível, não é acompanhado por um aumento igual de consumo; sempre se procura obter o máximo de resultados com o mínimo de esforço ou custo”.³⁴⁷

3) Por fim, afirma Galves, existem, nos grupos sociais e nos diversos momentos históricos, “comportamentos ou condutas que a maioria das pessoas tende a seguir: em época de inflação, quase ninguém guarda ou poupa; num país de seguro social perfeito, quase ninguém economiza”.³⁴⁸

Segundo Galves, as leis do item 1 são do tipo *natural*; as do item 2 pertencem ao tipo *psicológico*, e as do item 3, ao tipo *estatístico*.³⁴⁹

As leis dos dois primeiros grupos são permanentes, precisas. As do terceiro são contingentes, e mudam conforme a situação. As do primeiro grupo, diz Galves, são inelutáveis, refletindo mecanismos ou automatismos do mundo natural. As localizadas no segundo grupo, não obstante poderem ser contrastadas pela ação contrária da vontade, “refletem a normalidade da conduta”, servindo de base a cálculos precisos e previdentes. As leis do terceiro grupo são chamadas “leis dos grandes números”, porque refletem a ação da enorme maioria do grupo social e permitem conclusões também válidas.³⁵⁰

No dizer de Carlos Galves, pode-se concluir que, caso queira obter resul-

345 GALVES, C. Manual de Economia Política atual. 15ª ed. revista e atualizada por Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 42.

346 Idem.

347 GALVES, C. Manual de Economia Política atual. 15ª ed. revista e atualizada por Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 42-43.

348 Ibid. p. 43.

349 Cf. GALVES, op. cit., p. 43.

350 Idem.

tados econômicos, o homem deve seguir certas receitas ou modos de operar; se desejar tal ou tal efeito, deve pôr em relação tal ou tal causa. “Essas receitas são as leis econômicas. Elas são ensinadas pelo pensamento econômico, que as vem descobrindo em sua atividade científica, ao longo do tempo”³⁵¹.

As leis econômicas, como se percebe, são descritivas e explicativas da realidade vivenciada pelo ser humano, pelas sociedades e pelos Estados ao longo de sua existência. Elas descrevem e explicam o desempenho da atividade econômica. Não possuem a característica da imperatividade, e nem o seu cumprimento – visto tratar-se de fenômenos naturais – acarreta a imposição de sanções. Demais disso, não se verificando o efeito esperado, a quem atribuir-se a sua causa, visto tratar-se, como afirma Galves, de “mecanismos ou automatismos do mundo natural”?

Interessa, pois, a este raciocínio, não a *Economia pura*, ou a *teoria econômica*, como ciência que estuda “os fenômenos econômicos, desligados de qualquer referência aos fenômenos concretos”³⁵². Não seria possível pensar-se em juridicização da Economia como ciência, e sim da *atividade econômica*, ou *economia*, aqui entendida como o processo dinâmico de transformação criativa de matérias-primas em utilidades, de criação de oportunidades, de aproximação de ofertantes e de procurantes de bens e de serviços úteis. É sobre esse tipo de atividades, outrora exercidas sem qualquer condicionamento legal, que irá incidir a intervenção ou a ação do Estado, a partir daqueles acontecimentos históricos, políticos e sociais antes referidos. O campo de incidência das leis jurídicas será, sob este enfoque, o exercício da atividade econômica e o regime das propriedades que serão utilizadas para o desempenho daquela atividade. Dizendo de outra forma, o objeto imediato das leis jurídicas, no caso, das leis de Direito Econômico, será a juridicização das medidas de política econômica, enquanto seu objeto mediato há de ser a definição do regime das propriedades empregadas no desempenho da produção, da repartição, ou distribuição, da circulação e do consumo.

A escolha dos bens e das atividades que podem ser alocados à iniciativa privada, bem assim daqueles que devem ficar restritos ao patrimônio do Estado e reservados a sua exploração, será estabelecida por medidas de política econômica, cujos princípios e diretrizes gerais devem estar definidos na Constituição. Em um Estado Democrático de Direito, a atuação dos Poderes Públicos na economia há de ser inteiramente baseada nas autorizações e nas vedações constitucionais. Para tanto, o Parlamento precisa autorizar e estabelecer as condições em que ocorrerá aquela atuação, votando as leis jurídicas cujo objeto serão as atividades econômicas, em todos os seus desdobramentos, conforme antes explicitado.

1.4.2 LEIS JURÍDICAS

Diferentemente das leis econômicas, as leis jurídicas se formam pela vontade humana. Os valores, os anseios, os desejos, as aspirações de certa socie-

351 Idem.

352 GALVES, C. Manual de Economia Política atual. 15ª ed. revista e atualizada por Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 7.

dade³⁵³ são percebidos por seus representantes que, investidos do poder de estabelecer as leis, criam os instrumentos normativos destinados a realizar aqueles ideais ou a atingir aqueles fins. Um dos mais legítimos objetivos das leis jurídicas é permitir a convivência harmônica dos homens, tarefa muitas vezes árdua, dado que cada ser humano se julga titular de direitos, interesses e faculdades cuja realização considera legítima, mas que podem conflitar com os de seu semelhante, que se vê dotado de iguais direitos e prerrogativas. Em *The Nature of the Judicial Process*, Benjamin Cardozo afirma que “O propósito último do direito é o bem-estar da sociedade”³⁵⁴. Nem sempre, porém, a regra jurídica encontra aceitação voluntária de seus destinatários, o que obriga o Estado a adotar determinadas estratégias para assegurar o seu cumprimento.

Para que as leis sejam observadas, muitas vezes o legislador as faz acompanhar de sanções, que podem não ser necessariamente representativas de uma punição³⁵⁵, mas a consequência de um ato desejado pelo direito positivo³⁵⁶. É o que acontece, por exemplo, com as chamadas *sanções premiais*, tão comuns nas ações políticas regulamentadas pelo Direito Econômico e que se revelam quando o legislador cria determinado incentivo à prática de um ato, para que o agente econômico se disponha a contribuir para a implementação de uma política econômica. Isso aconteceu, no Brasil, com a lei que concedia redução do imposto de renda aos empresários que criassem oportunidades de trabalho para os jovens, o chamado “primeiro emprego”³⁵⁷. O empresário, se não desejar cumprir o programa, não recebe nenhum tipo de punição por descumprir a lei. Se, ao contrário, aderir à criação do primeiro emprego para os jovens, poderá receber a sanção positiva, representada pela redução do imposto de renda.

353 Confiram-se, por exemplo, as expressões, antes citadas, contidas nos “Artigos da Confederação de 15.11.1777”, nos quais os norte-americanos, por meio de seus representantes, estabeleceram como “evidentes por si próprias” as seguintes verdades: todos os homens são criados iguais; eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos encontram-se a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Os governos são estabelecidos pelos homens para garantir esses direitos e seu justo poder emana do consentimento dos governados. Todas as vezes que uma forma de governo se torna destrutiva desse objetivo, o povo tem o direito de mudá-la e de a abolir. Confira-se a versão do documento para o francês, feita por Thomas Jefferson apud RIALS, Stéphane. *Textes Constitutionnels Étrangers*. Deuxième édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France. 1984, p. 17 (Tradução livre).

354 CARDOZO, B. *The Nature of the Judicial Process* apud POSNER, R A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. p. 40.

355 Confira-se, a propósito, AUBERT, J. *Introduction au droit*, cit., p. 7: *Dire que la règle de droit est une règle obligatoire et sanctionnée par l'autorité publique ne signifie pas pour autant que la règle de droit implique nécessairement punition* (“Dizer que a regra de direito é uma regra obrigatória e sancionada pela autoridade pública não significa por isso que a regra de direito implique necessariamente punição”). Tradução livre.

356 WEBER, M. *Economia y Sociedad – Esbozo de Sociología Comprensiva*. Vol. I, Segunda edición en español. Traducción de José Medina Echavarría, Eduardo García Máynez et alii del título “*Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*” (cuarta edición en alemán – 1956); Fondo de Cultura Económica. México: 1964; parágrafo 17, nº 1, p. 44, afirma: *Es de suyo evidente que en las asociaciones no es la coacción física el único medio administrativo, ni tampoco el normal. Los dirigentes utilizan todos los medios posibles para la realización de sus fines. Pero su amenaza y eventual empleo es ciertamente su medio ‘específico’, y en todas partes, la ‘ultima ratio’ cuando los demás medios fracasan*

357 A Lei nº 10.748/2003 criou o Programa Nacional de Estímulo ao primeiro emprego para os jovens.

Trata-se de uma lei útil à organização social, mas que não se reveste da imperatividade que caracteriza algumas regras jurídicas, e que não podem ser afastadas.

A lei jurídica, a regra de direito, tem vocação para ser cumprida, porque o seu fim último, conforme Benjamin Cardozo, é o bem-estar da sociedade. Para que as leis sejam cumpridas, dispõe o Estado do monopólio da força física, do poder de coerção, estudado, entre outros, por Max Weber³⁵⁸ e Norberto Bobbio³⁵⁹.

Atualmente, contudo, em se tratando de questões econômicas constitucionalmente previstas, ou da implementação dos chamados *direitos econômicos e sociais*, o Estado depara com alguns dilemas. Não pode, simplesmente, assumir a prestação de certos serviços, porque, muitas vezes, seu orçamento não o permite; por outro lado, precisa cumprir os preceitos constitucionais que asseguram determinados direitos aos cidadãos.

Em um Estado Democrático de Direito, que adota como fundamento a livre iniciativa³⁶⁰, não existe amparo legal para obrigar as empresas a participar da densificação de certas normas³⁶¹ que impliquem gastos e dispêndios elevados. Segue-se, então, o caminho da “economia concertada”, tão ao gosto da doutrina francesa, convocando a iniciativa privada a contribuir para a realização de suas políticas econômicas, mediante a concessão de incentivos, de prêmios e de recompensas. Preserva-se o princípio liberal da não intervenção direta, conforme preceitua o art. 173 da Constituição do Brasil, e procura-se, por outro lado, obedecer aos comandos constitucionais definidores dos direitos econômicos, sociais e culturais, a exemplo daqueles enumerados no art. 3º da Carta Magna.

Essa opção pode causar certo desconforto aos constitucionalistas conservadores, que preferem considerar o Estado desonerado da obrigação de assegurar direitos econômicos e sociais, classificando aqueles princípios como não autoaplicáveis. Uma interpretação construtiva da Constituição, contudo, pode contribuir para conciliar regras e princípios aparentemente inconciliáveis – que alguns preferem chamar de contraditórios –, quando, na forma prevista pelo art. 174, o Estado usa as prerrogativas de atuar indiretamente, por meio de incentivos e outros tipos de sanção premial.

É indispensável, sob pena de desvirtuamento da regra jurídica e de imposição de sanções, que o emprego desses benefícios seja acompanhado de rigorosa fiscalização e do compromisso do beneficiário para atingir as metas que justificaram a sua concessão.

358 WEBER, M. A Política como vocação. In: *Ciência e Política: duas vocações*. 3ª ed. Tradução de Leônidas Hegenburg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix Ltda., s. d. p. 56. Nessa obra, o autor afirma que apenas o Estado detém “o monopólio do uso legítimo da força física”, como a possibilidade de “impor a sua vontade” ou de “organizar a sociedade”.

359 BOBBIO, N. O significado da política. In: *O que é a Política*. Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves. Brasília, 1988. p. 21-37.

360 Cf. o art. 1º, inciso IV, da Constituição vigente.

361 “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 1201).

1.4.3 NOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A existência de um Estado classificado como “liberal”, e de constituições em que a regência do fenômeno econômico estava ausente, não impede o reconhecimento da presença de uma “legislação econômica”, fato que, segundo Alex Jacquemin e Guy Schrans³⁶², é antigo. De acordo com esses autores, “os homens logo compreenderam que a ordem jurídica afeta o sistema econômico vigente e é por ele afetada”³⁶³. Segundo esses estudiosos, o funcionamento harmonioso de um sistema econômico determinado requer certo número de regras de direito que assegurem a apropriação e o uso dos fatores de produção, dos produtos e dos serviços.

Outra não é a visão de um dos mais conceituados economistas liberais do século XX, Friedrich A. Hayek, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1974. Ele acreditava que, em se tratando da concorrência, “[...] uma armadura jurídica cuidadosamente concebida é necessária”³⁶⁴, afirmando que “[...] o liberalismo quer que se faça o melhor uso possível das forças da concorrência, enquanto meio de coordenar os esforços humanos [...]”³⁶⁵.

Ao referir-se a “uma armadura jurídica” destinada a reger a concorrência, Hayek não parece repudiar a presença do Estado regulador, mesmo em uma economia de mercado, já que só se pode falar em concorrência onde existir a apropriação privada dos bens de produção e a competição entre produtores e prestadores de serviço.

Essa concorrência, cujo funcionamento é descrito pela Ciência Econômica, para atuar de modo virtuoso, assegurando benefícios à sociedade e ao consumidor, precisa de certos regramentos jurídicos, de modo a tornar-se “livre” das distorções que costumam ocorrer no mercado. Isso apenas ocorre quando ela se torna objeto de regulação jurídica.

Foram, contudo, as constituições promulgadas após a Segunda Grande Guerra, principalmente as dos países diretamente envolvidos no conflito, como

362 Cf. JACQUEMIN, A.; SCHRANS, G. *Le droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1970. p. 5.

363 *Idem*.

364 Cf. HAYEK, F. A. von. *La route de la servitude*. Tradução de G. Blumberg. 2e. édition. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1985. p. 33. No original: “[...] une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire [...]” (Tradução livre).

365 Cf. HAYEK, *ibid.*: O liberalismo “[...] veut qu’on fasse le meilleur usage possible des forces de la concurrence en tant que moyen de coordonner les efforts humains [...]” (Tradução livre).

Alemanha³⁶⁶, Itália³⁶⁷, França³⁶⁸ e Japão³⁶⁹, que trouxeram dispositivos definindo importantes diretrizes para o exercício das atividades econômicas, pelos particulares e pelo Estado, o regime das propriedades e a implementação dos direitos assecuratórios da inclusão social.

A Constituição norte-americana de 1787 não contém direcionamentos de cunho social, que não se encontram nem mesmo em suas emendas mais recentes. Traz, sim, na 14^a Emenda, de 1791, no art. V, dela resultante, a garantia dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, que não seriam abolidos sem o *devido processo legal*³⁷⁰, reminiscência das disposições contidas no art. 39 da *Magna Charta*, de João Sem Terra, de 1215³⁷¹.

Os Estados Unidos, considerados um país liberal por excelência, foram, contudo, palco de uma das mais expressivas formas de intervenção no domínio econômico, ao aprovarem, a 2 de julho de 1890, o *Sherman Antitrust Act*, mais conhecido como Lei Antitruste, seguida por inúmeros outros diplomas legais destinados a coibir práticas de mercado consideradas abusivas, *unfair methods of competition in commerce*³⁷².

Logo após o *crack* da Bolsa de Valores, em 1929, ainda em pleno período liberal, o Governo dos Estados Unidos adotou uma série bastante conhecida de medidas intervencionistas para enfrentar a crise interna que afetou as economias de quase todos os países. Nenhuma dessas medidas estava prevista no corpo da Constituição, mas foram legitimadas pela necessidade de se acudir a uma crise econômica, sem que isso chegasse a abalar a concepção econômico-liberal reinante até hoje naquele país.

366 Cf. a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada pelo Conselho Parlamentar a 23.5.1949, nomeadamente, os seus arts. 1º, 2º, 3º, 12, 14 e 15.

367 Cf. a Constituição da República Italiana de 10.1.1948, nos arts. 2º, 3º, e 41 a 44.

368 Cf. a Constituição da França de 5.10.1958, e seu Preâmbulo, dotado de força constitucional, confirmando, à promulgação de cada nova Constituição, desde a Declaração de Direitos de 1789, a inexistência de ruptura entre os princípios contidos naquela “Declaração” e as novas Cartas Políticas, de acordo com a jurisprudência do Conselho Constitucional. O Preâmbulo da Constituição de 1946, retomado pelo da Constituição de 1958, “viria a ser o instrumento de consagração dos direitos econômicos e sociais [...]”. VAZ, I. Direito Econômico das Propriedades. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 591.

369 A Constituição do Japão, promulgada a 3.11.1946, entrou em vigor a 3.5.1947, trazendo a renúncia expressa a qualquer forma de guerra, proclamando o direito à busca da felicidade, tal como previsto na “Declaração de Independência dos Estados Unidos”, de 4.7.1776, e nos “Artigos da Confederação”, 15.11.1777, a consagração do devido processo legal e a inviolabilidade do direito de propriedade (Cf. VAZ, I. *Ibid.*, p. 544).

370 Cf. SIEGLER, J.; BLAUSTEIN, A.(Org.). *Constitutions of the Countries of the World*. New York: Oceana Publications Inc., 1980.

371 O art. 39 da Carta de João Sem Terra dispunha: “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou desapossado de seus bens, ou declarado ‘fora-da-lei’, ou exilado, ou lesado de qualquer maneira que seja, e nós não iremos contra ele e não enviaremos ninguém contra ele, sem um julgamento leal de seus pares, conforme à lei do país” (DUVERGER, M. *Constitutions et Documents Politiques*. 10e. édition mise à jour. Collection Thémis. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 569 (Tradução livre)).

372 Cf. o histórico da legislação antitruste norte-americana (VAZ, I. *Idem*, Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. p. 76-97). A lei antitruste canadense foi promulgada um ano antes da entrada em vigor do Sherman Act, mas não conheceu a mesma fortuna nem teve a mesma repercussão mundial da legislação e da doutrina norte-americanas.

Normas de natureza e de conteúdo econômico encontram-se ora inseridas no corpo das constituições, ora concebidas no plano das leis ordinárias, com o objetivo expresso de definir as características e de estabelecer as metas da atividade econômica, seja ela desempenhada pelos particulares, seja pelo Estado.

Esse corpo de regras fornece as bases para a noção de Constituição Econômica, aqui entendida como

*[...] o conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais que estabelece os princípios e as regras a serem observados no exercício das atividades econômicas pelos Poderes Públicos e pelos agentes econômicos privados, de modo a concretizar, através de medidas de Política Econômica incidentes sobre o regime das propriedades, os objetivos da ideologia da democracia econômica e social*³⁷³.

O conceito proposto exige algumas considerações. Na primeira parte, refere-se às *normas constitucionais e infraconstitucionais* que, conforme antes afirmado, definem os contornos e os princípios que devem ser observados por todos quantos exerçam atividades econômicas, quer se trate do Estado, quer se cuide de agentes econômicos privados.

Importa lembrar, por outro lado, que as decisões de atuação do Estado no domínio econômico decorrem de *medidas de Política Econômica* que serão projetadas sobre o *regime das propriedades*. As políticas públicas, a seu turno, não podem perder de vista o papel do Estado, de promotor e de incentivador do desenvolvimento econômico e social, tal qual preconizam os incisos do art. 3º da Constituição da República. Segundo este artigo, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); a garantia do desenvolvimento nacional (inc. II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações (inc. IV).

Esses objetivos fundamentais vão ao encontro do disposto no *caput* do

373 VAZ, I. Aspectos da Constituição Econômica na Ordem constitucional em vigor. In: MACIEL, A. F.; DOLGA, L.; BERARDO, L. de F.; FERREIRA E COSTA, M. A.M. (Coordenadores e autores). Estudos de Direito Constitucional: Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malleiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 247-265.

Confirmam-se, entre outros autores que se dedicaram ao tema:

SOUZA, W. P. A. de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1979;

FERREIRA FILHO, M. G. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Editora Saraiva, 1990;

FONT GALAN, J. I. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Madrid: Editorial Tecnos, 1987;

CARVALHO, C. E. V. de. Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

JACQUEMIN, A. ; SCHRANS, G. Le droit économique. Paris: Presses Universitaires de France; MARTINS, G. d'Oliveira. Lições sobre a Constituição Econômica Portuguesa. Vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1984.

art. 170 da Constituição, que define a *ideologia da democracia econômica e social*.

A ideia de democracia econômica remonta ao Preâmbulo da Constituição da França de 1946, como instrumento de consagração dos *direitos econômicos e sociais*, em consequência da revisão dos direitos e das liberdades individuais, inspirados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁷⁴. Paralelamente, o reconhecimento de novos direitos a diferentes grupos de pessoas implicaria o dever de atuação por parte do Estado, devido aos novos encargos assumidos: *c'est le passage du droit-protection au droit-crédance*, reconhecendo às pessoas “direitos de exigir”³⁷⁵ do Estado certo número de prestações positivas³⁷⁶.

Essa concepção é particularmente importante, pois, no Brasil, grande número de constitucionalistas recua ante a dificuldade de reconhecer que o cidadão tem o *direito de exigir* que o Estado atue positivamente para conceder-lhe o que a Constituição garante. É a hipótese, antes mencionada, da passagem do *direito-proteção ao direito-crédito*, muito mais difícil de ser implementado, pois acarreta dispêndios e alteração no regime das propriedades públicas e das particulares. Verbas públicas, contudo, teriam de ser destinadas ao cumprimento da “palavra do constituinte”, que prometeu, entre outras coisas, a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), ou a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III do mesmo artigo da Constituição).

Verbas públicas têm de ser destinadas ao tratamento de esgotos, à oferta de água potável e da moradia segura, ao transporte público, à saúde, à segurança e à escola pública de qualidade. Sem o acesso a esses serviços básicos, a “dignidade da pessoa humana”, classificada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da Constituição), há de tornar-se letra morta.

Com as inúmeras referências constitucionais à necessidade de cumprir a propriedade uma função social³⁷⁷, dúvidas não restam sobre a submissão das propriedades e das atividades econômicas, vale dizer, das empresas, ao cumprimento de uma função social, cujas diretrizes e limitações são definidas pela Constituição.

374 Cf. LAUBADÈRE, A.; DELVOLVÉ, P. *Droit public économique*. Cinquième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1986. p. 247. Charles Debbasch observa, nesta evolução, a substituição da palavra “indivíduo” por “pessoa humana” e, a seguir, o reconhecimento de direitos não mais apenas à pessoa, mas a certos grupos que pareciam particularmente dignos de serem protegidos, principalmente, a família. Cf. DEBBASCH, C. et alii. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Economica, 1983. p. 71.

375 Cf. DEBBASCH, Charles, op. cit.

376 Nesse sentido, conferir SEURIN, J. *Le Constitutionnalisme aujourd'hui: Textes réunis et présentés par J. L. SEURIN. Collaborateurs: FAVOREU, L.; LAVROFF, D.G. et alii. Collection Politique Comparée*. Paris: Economica, 1984. p. 40.

377 Confram-se os arts. 5º, caput, e incisos XXII e XXIII, 170, incisos II e III, da Constituição vigente, que determinam o cumprimento de uma função social tanto às propriedades estáticas quanto às dinâmicas, ficando autorizado até mesmo o Poder Público Municipal a intervir no domínio econômico, na forma do art. 182, para que a cidade também exerça uma função social. Esse dispositivo constitucional permite às autoridades municipais promover ações coercitivas sobre os proprietários – tais como o parcelamento do solo e a edificação compulsórios –, para que os imóveis urbanos desempenhem uma função social.

1.4.3.1 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA FORMAL

O que se quer demonstrar é que a presença do Estado na economia, seja *indiretamente*³⁷⁸, regulando o exercício da atividade econômica, seja assumindo, *diretamente*³⁷⁹, em alguns casos, a prestação de serviços ou a produção de determinados bens, depende de uma série de fatores, que não prescindem de componentes ideológicos e estruturais, oferecendo a oportunidade para as seguintes reflexões:

1^a – O Estado sempre esteve atento ao desenrolar da atividade econômica.

2^a – Fatores políticos, econômicos e sociais determinam a natureza da atuação do Estado, manifestada por meio de *políticas econômicas* mais ou menos intervencionistas, dependendo da gravidade da situação a ser enfrentada.

3^a – Nem sempre a atuação estatal no domínio econômico significa uma opção pela coletivização dos bens de produção, embora isso tenha ocorrido em alguns países, tais como a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e seus países satélites, e na China e em Cuba, até recentemente.

4^a – Quando o Estado de Direito decide atuar no domínio econômico, engendra medidas de política econômica, cuja legitimação exige a criação de um corpo de regras, ora previstas na Constituição, ora autorizadas pela legislação infraconstitucional, sempre levando em conta os princípios constitucionais garantidores da propriedade privada e da livre iniciativa, este último classificado como *fundamento* da República, o que não fez o constituinte por acaso.

5^a – A Constituição econômica engloba, no caso da Constituição brasileira, que é particularmente rica em diretrizes de cunho econômico, todas as regras, princípios e normas destinados a reger a exploração da atividade econômica. Esses princípios e regras não se encontram apenas nos artigos contidos no Título VII da Constituição, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, mas ao longo da Carta Política, como, por exemplo, no art. 1º, incisos III e IV, no art. 3º e incisos, nos arts. 218 e 219, no art. 225 e em outros dispositivos que tratam da disciplina dos fatores de produção. Nessa hipótese, pode falar-se em Constituição econômica formal.

378 Tomando-se como exemplo a Constituição vigente no Brasil, tem-se a hipótese de intervenção indireta no art. 174, que, em seu caput, preconiza: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado [...]”.

379 A previsão de atuação direta no domínio econômico, tal como consta no art. 173, caput, da Constituição de 1988, passou a ser exceção, mas ocorre por meio da criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista, conforme os seguintes dizeres: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nessa Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei [...]”.

1.4.3.2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA MATERIAL

Essas normas, princípios e regras, para serem implementados, demandam a interferência do legislador infraconstitucional, que elabora, para isso, os diplomas legais pertinentes, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei da Reforma Agrária, a Lei de Defesa contra Crimes Ambientais, os Códigos de Águas, de Mineração, as leis que criaram as Agências Reguladoras, e assim por diante. A cada dispositivo constitucional, corresponde, no plano infraconstitucional, um código, uma lei, uma instrução normativa ou uma portaria. Neste passo, é preciso lembrar as competências atribuídas a algumas autarquias para expedir atos normativos, instruções e outros instrumentos infralegais, cuja adequação à lei e à Constituição não pode ser descurada. Aqui se pode falar de *Constituição econômica material*.

1.4.3.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Todas as etapas do processo produtivo, ou seja, todas as fases em que consistem as atividades econômicas, encontram-se, assim, abrangidas, cobertas, reguladas por uma Constituição econômica, operando-se, desta forma, a *constitucionalização da economia*. Ela passa a ser conformada à conquista dos objetivos preconizados pelo caput do art. 170 da Constituição, de acordo com o texto legal que inaugura o Título VII, “Da Ordem Econômica”, onde se lê: “a ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

Esses princípios e essas regras, ao contrário do que parece, não podem abolir a propriedade privada nem tolher a liberdade de iniciativa, um dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o inciso IV, 2ª parte, do art. 1º da Constituição vigente. No mesmo inciso, porém, vêm consagrados os “valores sociais do trabalho”, que impõem temperamentos à livre iniciativa, da mesma forma que a “função social” acarreta certas limitações às faculdades do titular do direito de propriedade, sem, em nenhuma hipótese, pretender a sua abolição.

O que propõe o legislador constituinte, portanto, são freios e contrapesos (*checks and balances*, segundo os anglófonos), entre o liberalismo econômico predominante e a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, a exemplo do que apregoa a doutrina social da Igreja, por meio das encíclicas papais *Rerum Novarum*³⁸⁰, *Quadragesimo Anno*, *Centesimus Annus*, entre outras. Trata-se de propostas que visam a conciliar, pacificamente, a livre iniciativa e os direitos sociais, de modo a preservar a liberdade de empreendimento substanciada na atividade empresarial e a propriedade privada, conduzindo-as ao cumprimento de uma função social.

Isso pode ser conseguido, em se tratando do Direito positivo brasileiro, mediante a observância, entre outras regras, dos princípios enumerados no art. 170 da Constituição. A começar do caput, que retoma os preceitos do inciso IV do art. 1º da Constituição, os quais, por sua vez, deram origem aos diplomas legais citados. Assim, o inciso II do art. 170 da Constituição de 1988 assegura a propriedade privada e define a ideologia adotada na ordem jurídica. Trata-se de uma

380 LEÃO XIII, Papa. *Rerum Novarum*: Carta-Encíclica de Sua Santidade, o Papa Leão XIII, sobre a Condição dos Operários. 14ª ed. Tradução de Manuel Alves da Silva, S. J. São Paulo: Editora Paulinas, 2004.

ordem jurídico-econômica predominantemente capitalista-liberal, com os temperamentos do inciso III, que exige observar-se a função social da propriedade, aqui referida principalmente à empresa. Isso porque se cuida de atividade econômica, e não apenas da propriedade individual, garantida pelo caput do art. 5º e pelo seu inciso XXII, e matizada pelo inciso XXIII do mesmo artigo. Falou-se, por isso, em ideologia da democracia econômica e social.

O inciso IV do art. 170 legitima os controles regulamentares e institucionais das práticas comerciais, mediante, por exemplo, a Lei nº 12.529, de 2011, (o regulamento) e a autarquia competente para sua aplicação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE (a instituição).

O inciso V do artigo citado traz para o campo da atividade econômica, para a propriedade dinamizada em regime de empresa, o direito individual consagrado no inciso XXXII da Constituição, segundo o qual o Estado deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Ao assim fazer, o constituinte, que assegurou a liberdade de iniciativa no inciso IV do art. 1º da Constituição e no parágrafo único do art. 170, impõe ao agente econômico uma série de condicionamentos, obrigações e responsabilidades contidos na Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda com relação à livre iniciativa e à garantia da propriedade privada, pilares da economia de mercado consagrada na Constituição vigente, o constituinte e o legislador infraconstitucional procuraram aperfeiçoar os mecanismos de defesa da livre concorrência, atribuindo-lhe o *status* de *princípio constitucional positivo* (art. 170, inc. IV). Essa posição marca uma evolução legal no trato daquela entidade jurídica, pois, nas constituições passadas, a começar pela de 1946, o princípio diretor da competição era a “repressão ao abuso do poder econômico que visasse ao domínio dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (conforme dispunha o art. 148 do Texto Magno). Não foi diferente com a Constituição de 1967³⁸¹, nem com a Emenda Constitucional N. 1, de 1969³⁸², que traziam, como princípio informador da atividade econômica, a “repressão ao abuso do poder econômico”.

A Constituição de 1988, entre as muitas inovações, disciplinou o exercício da atividade econômica pelo Estado no art. 173, tornando-o uma exceção. No § 4º daquele mesmo artigo, tratou da repressão ao abuso do poder econômico, não sendo crível que não desejasse o legislador constituinte submeter a atividade econômica pública aos mesmos preceitos aplicáveis à iniciativa privada. Corroborar esse entendimento o fato de a atividade econômica pública vir disciplinada no mesmo espaço constitucional e no mesmo plano hierárquico destinado a estabelecer as regras aplicáveis aos agentes econômicos privados, que é o art. 170 da Constituição, em cujo inciso IV vem a consagração de um *princípio de natureza positiva*, qual seja, a *livre concorrência*.

Esse entendimento já havia sido manifestado em obra publicada em 1993, *verbis*:

Em um modelo econômico de “iniciativa du-

381 Na Constituição de 1967, art. 157, I (“liberdade de iniciativa”) e V (“repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”).

382 Na EC N. 1/69, art. 160, I e V, que reproduzem os mesmos princípios mencionados na nota anterior.

alista”³⁸³ como o brasileiro, as normas e instituições componentes do regime jurídico da concorrência aplicam-se tanto aos agentes privados quanto aos agentes públicos quando exploram atividades econômicas. A inserção do comando contido no § 4º do art. 173 da Constituição, que disciplina as atividades econômicas do Estado, reitera esta convicção³⁸⁴.

Assim, atentando-se para a natureza e o alcance desses princípios e dessas regras constitucionais, não é de surpreender-se que o mencionado art. 31 da Lei nº 12.529, de 2011, tenha estendido o dever de observar-se a livre competição em toda e qualquer atividade econômica, seja ela exercida pelo particular, seja ela desenvolvida pelo Estado, em todas as suas manifestações, nos seguintes termos:

Art. 31. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

O disposto neste artigo representa uma grande evolução em favor da livre concorrência, pois muitos Estados, como o Brasil e outros países em desenvolvimento, precisaram, para estimular suas economias, assumir o papel de produtores de bens e prestadores de serviços, criando, para tanto, um poderoso arsenal de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Essas empresas atuavam – e atuam, ainda, embora em menor escala – ao lado das empresas privadas, competindo com elas. A diferença é que, a partir da Constituição de 1988, como já visto, e, notadamente, depois da explicitação daquelas normas inicialmente na Lei nº 8.884, de 1994, todas as atividades econômicas passaram a reger-se pelos postulados da livre concorrência.

Foram, assim, corrigidas muitas distorções. Empresas estatais mineradoras, por exemplo, usufruindo os financiamentos públicos, promoviam concorrência predatória contra as entidades privadas, até que, exauridas, e sem conseguir permanecer no mercado, eram obrigadas a vendê-las para as competidoras estatais. Fatos dessa natureza ocorreram em Minas Gerais, Estado minerador por excelência, que perdeu quase todas as pequenas e médias empresas para alguns dos expoentes da mineração, em prejuízo da atômica daquele mercado, que passou a ser dominado por empresas oligopolistas.

A imposição de observância dos preceitos da livre concorrência pelos agentes econômicos estatais decorre do disposto no § 4º do art. 173 da Constituição, “densificado”, como diria Canotilho, pelo art. 31 da Lei nº 12.529, de 2011³⁸⁵, antes transcrito.

383 VIDIGAL, G. de C. Teoria Geral do Direito Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 17 apud VAZ, I. Direito Econômico da Concorrência, op. cit. p. 262.

384 VAZ, I. op. cit. p. 262.

385 Cf. nota 532 deste texto.

Sob outro aspecto, quer isso significar que, tanto as propriedades estatais quanto as particulares, principalmente aquelas dinamizadas em regime de empresa, devem cumprir uma função social.

O fato de ser o Estado o titular de direitos de propriedade sobre um bem não significa, necessariamente, que ele esteja sendo utilizado segundo os preceitos da função social. Nesse particular, é de salientar-se a importância da Lei nº 12.529, de 2011, que não se destina apenas a proteger a livre concorrência – e isso já seria formidável –, mas a “prevenir e a reprimir as infrações contra a ordem econômica”. Ora, a “ordem econômica” abrange a livre concorrência, a defesa do consumidor, e até mesmo a do meio ambiente, e a sua proteção resulta em benefícios evidentes para o consumidor ou usuário de produtos e de serviços, permitindo a conquista daqueles valores sociais, tais como a dignidade da pessoa humana, o bem-estar, o acesso aos benefícios da ciência e da tecnologia, a inclusão social, em resumo. Dentro, porém, do conceito de “ordem econômica”, localizam-se também as iniciativas econômicas públicas, classificadas como exceção pelo *caput* do art. 173 da Constituição, sendo, no entanto, admitidas quando previstas pela Carta Magna e nos casos necessários “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, tal como definidos em lei, nos termos da Emenda Constitucional Nº 19/98.

Complementando essas diretrizes e reafirmando a sua harmonia com o contexto jurídico nacional, o § 1º do mencionado art. 173 determina a submissão das entidades estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades comerciais ou prestem serviços – a um estatuto estabelecido por lei. Esse estatuto disporá, entre outros assuntos, sobre a função social dessas entidades, a sua sujeição ao mesmo regime das empresas privadas, a licitação, a responsabilidade dos administradores³⁸⁶.

O § 2º do art. 173 veda a concessão, às entidades enumeradas, de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. As relações da empresa pública com o Estado e a sociedade serão definidas em lei, nos termos do § 3º.

Até algum tempo atrás, alguns intérpretes duvidavam da inclusão das entidades estatais no regime da livre concorrência. Sempre entendi, porém, que, a partir do momento em que os princípios básicos da livre competição vêm inseridos no artigo que dispõe sobre as atividades econômicas exercidas pelas entidades estatais, dúvidas não restam de que elas devem submeter-se à lei de proteção da concorrência, conforme antes afirmado.

A constitucionalização da economia possui, pois, entre seus mais altos significados e justificativas, o objetivo de conduzir o desempenho das atividades econômicas públicas e particulares ao cumprimento de uma função social, nos termos antes enumerados.

2 POLÍTICA ECONÔMICA E SUA INCIDÊNCIA SOBRE O REGIME DAS PROPRIEDADES

Já se pode perceber que, para a conquista dos valores econômicos e sociais inseridos na Constituição, é necessário que o Estado atue ora mais, ora menos intensamente sobre o domínio econômico, conforme as medidas

386 Cf. incisos I a V do § 1º do art. 173 da Constituição de 1988.

de política econômica que decidir implementar. O objeto dessa política econômica, no caso, são as propriedades públicas e as particulares. Atividades econômicas, por outro lado, representam a ação humana sobre bens que são suporte de direitos de propriedade, que conferem ao titular, seja o Estado, seja o particular, as prerrogativas de usar, gozar e dispor sobre matérias-primas, recursos naturais, capitais financeiros, bens imóveis, conhecimento científico e tecnológico, *know-how*, patentes, e assim por diante.

Essa atividade produtiva não consiste apenas na exploração daqueles bens com vistas a criar produtos e mercadorias úteis. Compreende, ainda, as fases seguintes do processo produtivo, tais como a circulação, a repartição, a distribuição e o consumo.

As políticas econômicas neste tópico referidas têm como fundamento os princípios inseridos nos incisos I a IX do art. 170 e seu parágrafo único. Eles permitem ao Estado, mediante a atuação do Poder Legislativo, promulgar as leis que visam a promover, entre outros objetivos, a liberdade de iniciativa, a garantia da propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa da livre concorrência, do consumidor, do meio ambiente, a busca do pleno emprego e todos os demais valores decorrentes da interpretação do art. 170 da Constituição. Ora, como todos aqueles princípios pressupõem o exercício de uma atividade econômica que se exerce por intermédio das propriedades, ao implementar suas políticas econômicas, é sobre aqueles bens que elas irão atuar.

Por essas razões, no âmbito do Direito Econômico, todas as políticas econômicas tendentes à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, à defesa da livre concorrência, do consumidor, do meio ambiente, à busca do pleno emprego, à inclusão social, enfim, acabam repercutindo, de modo direto ou indireto, no regime das propriedades.

Retomando-se as prerrogativas do proprietário, quais sejam, os direitos de usar, gozar e dispor de seus bens, quando se trata de implementar uma política de defesa do meio ambiente, ou de defesa do consumidor, aquelas prerrogativas sofrem algum tipo de restrição.

No caso da defesa ambiental, existem restrições ao uso indiscriminado das propriedades imóveis, que podem ser **imposições negativas** ou **positivas**.

Entre as **imposições negativas**, encontra-se a vedação da derrubada de matas ciliares, de destruição da vegetação próxima às nascentes dos rios, da caça ou derrubada de espécies ameaçadas da fauna ou da flora, que restringem as prerrogativas do proprietário.

Entre as **determinações positivas**, tem-se a obrigatoriedade de, em determinadas circunstâncias, previstas no art. 182 da Constituição, no inciso I de seu § 4º, por exemplo, “parcelar ou edificar compulsoriamente” o imóvel urbano, para que ele cumpra uma função social. O legislador constituinte procura, assim, evitar a especulação imobiliária diante do aumento da demanda por moradias, pois é sabido que, quanto menor a oferta de imóveis, ou de qualquer outro bem, maior há de ser o seu preço.

Já o art. 225 da Constituição impõe a quem explorar recursos minerais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica que exigir o órgão público competente, de acordo com a lei³⁸⁷. Essa obrigação decorre do *caput* do art. 225 da Constituição, que assegura a todos o *direito*

387 Cf. o § 2º do inciso VII do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, classificando-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo o Poder Público e a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e as futuras.

Tratando-se da defesa do consumidor, o produtor de bens ou prestador de serviços tem o dever de informar, de maneira clara, ao usuário todas as circunstâncias atinentes ao produto ofertado, incluindo-se a composição dos alimentos, o teor de gordura, de proteínas ou de calorias, além de cercar de toda a segurança o uso e o manuseio de qualquer produto ou serviço ofertado no mercado, sob pena de responsabilização. Ao cumprir essas exigências, o agente econômico terá de desembolsar mais dinheiro, por exemplo, com filtros antipoluição, com embalagens adequadas e seguras, com datas de vencimento dos produtos, e tudo mais que se fizer necessário à defesa dos direitos essenciais do consumidor.

Em consequência do cumprimento dessas obrigações, a propriedade do produtor sobre o seu lucro será, certamente afetada, ao atender às exigências de defesa do consumidor.

Cuidando-se da inclusão social, o portador de necessidades especiais faz jus a equipamentos que possibilitem o seu acesso aos meios de transporte público, às repartições, aos prédios, à segurança nas calçadas, mediante dispositivos no calçamento que alertem para obstáculos, a placas de elevadores escritas em *braille*, para os deficientes visuais, e assim por diante. As edificações de uso comum, tais como prédios comerciais, repartições públicas e outras, precisam pôr à disposição rampas e elevadores, além de toaletes dotados de condições adequadas aos cadeirantes e aos portadores de outras necessidades especiais.

Tudo isso demonstra que as políticas econômicas a serem implementadas com base nas disposições da Constituição econômica incidem sobre o regime das propriedades, quer se cuide de propriedades públicas, quer se trate de bens ou serviços particulares.

3 DIREITO ECONÔMICO: SÍNTESE DA INTERPENETRAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Quando o Estado passa a interferir no domínio econômico, impondo regras, garantias e limites ao exercício da atividade produtiva, desde a extração de matérias-primas até a circulação do produto acabado, entregue ao consumidor, percebe-se a insuficiência dos ramos tradicionais do conhecimento jurídico para reger os novos fenômenos.

Por outro lado, extrapolando as competências previstas pelo Direito Administrativo e pela própria teoria da tripartição de poderes, o Estado começa a abdicar das prerrogativas do *jus imperii*, para criar entidades de natureza jurídica mista, dotadas da competência e da necessária flexibilidade para implementar suas políticas econômicas. Atribui a faculdade de expedir atos normativos, regimentos, instruções, portarias e outros *standards* jurídicos a autarquias, a secretarias especiais, a ministérios, a agências públicas e assim por diante. Torna-se empregador, detentor de direitos de propriedade sobre títulos e ações, controlando empresas e contratando quase no mesmo plano dos agentes econômicos privados.

Essa dualidade de atuação estatal no domínio econômico não cabe mais nos “envelopes” do Direito público nem naqueles do Direito privado, originando o surgimento de um novo ramo do Direito, o Direito Econômico.

A economia projeta seus reflexos no Direito e dele recebe influxos e condicionamentos. O Direito “quer” que a atividade econômica, sem se desvincular totalmente de sua vocação para a liberdade de empreendimento, aceite colaborar com o Estado na implementação de suas políticas econômicas, constitucionalmente preconizadas. Dessa interpenetração entre Direito e Economia surge um novo ramo do Direito, o Direito Econômico, chamado por muitos como “Direito de síntese”³⁸⁸.

Essa síntese consiste exatamente na busca de harmonia entre o conteúdo descritivo dos atos e fatos econômicos e a lei jurídica. Esses fatos passam, a partir de certa época e de determinados fatos históricos e culturais, a sofrer os condicionamentos exigidos pela sociedade moderna, consciente de seus direitos econômicos, sociais e culturais. A sociedade moderna é formada não apenas por indivíduos abstratamente conceituados, mas também de empresários, de consumidores, de usuários, de contribuintes, de ambientalistas, de trabalhadores, de crianças, de jovens e de idosos, todos conscientes de que são sujeitos de direito, credores do Estado e da Sociedade daqueles valores que a Constituição lhes assegura.

O Direito Econômico mostra-se adequado ao cumprimento dessa tarefa, ao fornecer ao Estado os instrumentos jurídicos que legitimam a sua ação interventiva voltada para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Não há que temer o retorno de uma ação estatizante e ditatorial, cujo fracasso assombra até mesmo os socialistas mais empedernidos. Basta que o Estado estabeleça suas políticas econômicas em observância aos fundamentos da República – livre iniciativa e valorização do trabalho – e aos princípios informadores da Ordem Econômica – propriedade privada e função social da propriedade.

Recentemente, o economista James Galbraith, ao comentar as crises financeiras que abalam as economias norte-americana e europeia, afirmou em entrevista: “Temos de compreender que qualquer mercado só funciona dentro de uma moldura regulatória”³⁸⁹, expressão parecida com aquela usada por Friedrich Hayek, há algumas décadas, segundo o qual a concorrência precisa de [...] *une armature juridique soigneusement conçue*³⁹⁰, conforme assinalamos antes.

388 Cf. VASSEUR, M. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. In : Revue trimestrelle de Droit Civil, 1964, p. 1 apud FARJAT, G. Droit économique. Paris: Presses Universitaires de France. 2e. édition, 1982. p. 19 e 29. “Le droit économique est un droit de regroupement et de syntonisation, qui permet aux juristes d'envisager les nécessités de l'économie dans toute leur ampleur et de rendre compte des règles qu'elles ont pu susciter, quelles que soient les disciplines qui, sous des aspects divers, régissent l'activité économique... Ainsi, le droit économique apparaît-il dès aujourd'hui comme une manière d'envisager – et peut-être de sentir, en fonction des nécessités de l'économie – les problèmes du droit”. VASSEUR, M. apud FARJAT, G. op. cit., p. 19: “O direito econômico é um direito de reagrupamento de síntese, que permite aos juristas encarar as necessidades da economia em toda sua amplitude e de conscientizar-se das regras que elas puderam suscitar, sejam quais forem as disciplinas que, sob aspectos diversos, regem a atividade econômica... Assim, o direito econômico aparece desde hoje como uma maneira de encarar – e talvez de sentir, em função das necessidades da economia – os problemas do direito” (Tradução livre).

389 GALBRAITH, J. Entrevista intitulada “É preciso superar dogmas”, concedida ao Caderno EU & Fim de Semana, Valor. Sexta-feira, 30 de setembro e fim de semana, 1º e 2 de outubro de 2011. p. 20-25.

390 HAYEK, F. La route de la servitude, cit. p. 33. “[...] uma armadura jurídica cuidadosamente concebida” (Tradução livre).

Entre os economistas entrevistados, Ha-Joon Chang afirma:

Temos operado uma dicotomia entre Estado e mercado. Isso é muito redutor porque mercados funcionais precisam de Estados funcionais e vice-versa. Ao mostrar que Estados e mercados são só duas, dentre muitas formas institucionais alternativas de organização da atividade econômica [...] e que há muitas complementaridades entre as instituições, a economia institucional revela que a estreita dicotomia mercado-Estado ajuda pouco a entender o mundo real³⁹¹.

É interessante como a economia funciona de modo pendular. Nos anos 1970, grande parte dos doutrinadores liberais apregoava as virtudes do “Consenso de Washington”, documento que propunha a liberalização das economias dos países em desenvolvimento, as privatizações, o fim das políticas protecionistas, a abertura dos mercados, a redução das políticas sociais, o fim da regulação, entre outras medidas, em nome da mundialização da economia. Atualmente, diz Chang:

[...] Os proponentes da finança desregulada argumentam que a crise de 2008 foi um evento único, algo que ninguém poderia ter previsto e, portanto, o sistema (financeiro) só precisa de mudanças marginais, como mais transparência e maiores exigências de capitalização. Acontece que a crise atual é o resultado de 30 anos de desregulação, que criou um sistema tão complexo que não temos mais como controlá-lo. [...]³⁹².

Na verdade, não existem apenas as formas legais tradicionais para estabelecer normas para a vida social. Assim, onde o Estado se retrai, outras forças assumem seu lugar, promovendo a normatização da sociedade, da economia, e assim por diante. A redução, ou a quase extinção da regulação econômica, permitiu às forças do mercado que se impusessem às atividades econômicas, com destaque para o sistema financeiro. Assim, desregulado, ou governado pelo chamado *soft power*³⁹³, o setor financeiro dos Estados Unidos e da Europa experimenta crises seriíssimas, cujos efeitos têm dimensão planetária. É claro que essa crise deve conter outros elementos, porém, a desregulação é apontada pelos economistas como seu fator preponderante.

391 CHANG, H.. “É preciso superar dogmas”, Valor, cit., p. 24, subitem “A polarização Estado-mercado é reducionista”.

392 CHANG, H.. “A polarização Estado-mercado é reducionista”, cit., p. 24 (sem destaque no original).

393 Segundo CHANG, “As economias ricas ainda somam 75% de economia mundial, controlam as principais tecnologias, têm influência desproporcional nas agências internacionais e possuem um estoque fenomenal de soft power”(CHANG, H., Ibid.)..

Contrariamente a esse ponto de vista, existem opiniões, segundo as quais países emergentes como a China, a Índia, a Rússia e o Brasil devem reagir à “tentação protecionista e estatizante” para “escapar ilesos da crise”³⁹⁴.

Assim pensa Ian Bremmer:

*[...] É na interferência excessiva do estado que reside o maior de todos os perigos para os países emergentes. Nos momentos de crise, isso pode parecer justificável, pois tem-se a impressão de que há alguém no comando enfrentando a turbulência econômica. Nessas horas, a ideia estatizante fica ainda mais perigosa*³⁹⁵.

Na verdade, a interferência excessiva – tanto quanto a ausência de regulação – mostra-se danosa e pode provocar distorções nos mercados.

Por outro lado, não existe uma solução única, um modelo universal capaz de resolver esse tipo de crise ou de promover uma regulação virtuosa dos mercados. É muito difícil, no entanto, principalmente para os países emergentes, subtrair-se aos efeitos dessas turbulências verificadas nos mercados internacionais e promover, segundo sua própria realidade, um modelo econômico adequado.

Avulta, assim, a importância de se conceberem as políticas econômicas com base nos preceitos e nos princípios constitucionais. Ela, a Constituição, traz o único roteiro seguro para o direcionamento da economia, permitindo ao Estado, por meio de freios e contrapesos, sopesar as necessidades da Sociedade e atendê-las, mediante a colocação em prática, ou a densificação, das normas atinentes ao exercício das atividades econômicas. É bom lembrar Hayek, ao reiterar a importância de “uma armadura jurídica cuidadosamente concebida”, que acompanhe o processo de maturação das economias emergentes, mas que seja capaz de evitar os riscos de um mercado de características darwinianas, onde, em vez do Estado, quem dita as leis é o mais forte.

CONCLUSÕES

O Direito e a Economia não podem ser tratados como compartimentos estanques do conhecimento. Grande parte dos estudiosos concorda em que a presença excessiva do Estado na atividade econômica e o caminho da estatização representam erros históricos praticados até bem pouco tempo, e precisam ser evitados. Veja-se o fracasso do capitalismo de estado na ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (ex-URSS), e em seus outrora países satélites, e ainda na China e em Cuba. Será, portanto, de bom alvitre pensar-se na situação oposta.

Relembre-se que, em pleno período liberal, para conter os abusos provocados a produtores e a consumidores, pelos grandes trustes, os Estados Unidos editaram o *Sherman Antitrust Act*, a 2 de julho de 1890. O Canadá já havia

394 BREMMER, I. Cientista político e presidente da consultoria Eurasia Group, de Nova York, em entrevista intitulada “Chegou a hora dos emergentes”. Veja, 5 de outubro de 2011. p. 17-21.

395 BREMMER, I. *Ibid.*, p. 20.

promulgado a sua lei antitruste em 1889, mas ela não conheceu o prestígio da lei norte-americana, das que se lhe seguiram, e das instituições destinadas a colocá-las em prática. Essas leis vieram pôr fim ao que se denominava *cut throat competition*, ou *concurrence coupe-gorge*, pelos francófonos. Ninguém nega os benefícios que as leis antitruste trouxeram como garantia à normalidade dos mercados, e como forma de reprimir os abusos do poder econômico praticados por grandes grupos, nos setores bancário, de petróleo, de ferrovias, da indústria cinematográfica, de medicamentos e outros.

Em 1929, após o *crack* da Bolsa de Nova York, ainda ao tempo do liberalismo, para solucionar os problemas do desemprego, da inflação, da fome, da “Grande Depressão”, enfim, o Presidente Roosevelt não hesitou em adotar medidas intervencionistas, concretizadas por meio do *New Deal*, abrigo, mais tarde, muitas ideias keynesianas. Nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser um país capitalista, não obstante tenham criado, há décadas, inúmeras agências reguladoras, como a *Interstate Commerce Commision*, a *Federal Power Commission*, a *Tennessee Valley Authority*, para lembrar apenas algumas das mais antigas.

A diferença entre essas intervenções e as que ocorreram após a Revolução Russa de 1917 parece estar na questão ideológica. As intervenções russas pretenderam suprimir – e suprimiram – a propriedade privada sobre os bens de produção, implantar um capitalismo de Estado, uma administração fortemente centralizada, além de desenvolver um combate feroz aos chamados “inimigos da Pátria”. Nos Estados Unidos e em outros países de capitalismo liberal, as intervenções destinaram-se a coibir práticas anticoncorrenciais, a minimizar os efeitos da crise de 1929, a combater a inflação, o desemprego, a fome. Tão logo houve a normalização daquela situação, cessaram as medidas intervencionistas capazes de comprometer a estrutura e o funcionamento do mercado.

Logo após a queda do Muro de Berlim, em 1989, e o desmoronamento da maior parte dos regimes comunistas, recrudescceu a convicção sobre a necessidade de os países adotarem leis antitruste. A Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE –, com sede em Paris, elaborou leis-modelos de concorrência, dispondo-se a prestar assistência técnica aos países que desejassem implantá-las. A adoção de leis de defesa da concorrência implica certa intervenção nos mercados, ainda que pontual, até que se corrijam as distorções verificadas, mas as punições pela prática de cartelização, por exemplo, podem ser bastante rigorosas. No âmbito da OCDE, que abriga as 30 economias mais desenvolvidas, respira-se um clima de liberalismo, no plano econômico, e de democracia, no campo político.

Acredito que se possa concluir que uma economia saudável, capaz de promover o desenvolvimento econômico, a repartição de riqueza, a dignidade da pessoa humana, a justiça social enfim, não pode prescindir da presença do Estado, nos termos em que preconizada pelo inciso IV do art. 1º da Constituição: livre iniciativa e valorização do trabalho. Esta seria a medida do justo, do “justo econômico”, nas palavras do saudoso Professor Washington Peluso Albino de Souza.

Muito embora a ideia do justo implique juízos de valor, portando certa dose de subjetivismo, este fica afastado, quando se tomam por norte as normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, A. C. R. do. A advocacia nas negociações internacionais e os princípios da ordem econômica constitucional. In MARTINS FILHO, I. G. da S.; MEYER-P-FLUG, S. **A intervenção do estado no domínio econômico: condições e limites.** Homenagem ao Prof. Ney Prado. São Paulo: LTr Editora, 2011.
- AUBERT, J. L. **Introduction au Droit.** 1ère édition. 4e. Trimestre. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.
- BOBBIO, N. O significado da Política. In: **O que é a Política.** Coletânea de textos editada pelo Instituto Tancredo Neves. Brasília, 1988.
- BREMMER, I. Entrevista intitulada “Chegou a hora dos emergentes”. **Veja**, 5 de outubro de 2011. p. 17-21.
- BURDEAU, G. **La démocratie.** Paris: Nouvelle Édition, Éditions du Seuil, 1966.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- CARVALHO, C. V. de. **Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira.** 2007. 191f. (Tese). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.
- CHAMPAUD, C. **Droit des affaires.** Deuxième édition mise à jour. 16e. mille. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.
- CHANG, H. J. “É preciso superar dogmas”, entrevista concedida ao Caderno EU & Fim de Semana. **Valor.** Sexta-feira, 30 de setembro e fim de semana, 1º e 2 de outubro de 2011. p. 20-25.
- CHENOT, B. **Réflexions sur La Cité:** 1945. 1980. Préface de Jacques Fauvet. Paris: Éditions Émile-Paul, 1981.
- DEBBASCH, C. *et alii.* **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.** Paris: Economica, 1983.
- DUVERGER, M. **Constitutions et Documents Politiques.** 10e. édition mise à jour. Collection Thémis. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
- FERREIRA FILHO, M. G. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- FONT GALAN, J. I. **Constitución Económica y Derecho de la Competencia.** Madrid: Editorial Tecnos, 1987.
- GALBRAITH, J. Entrevista intitulada “É preciso superar dogmas”, concedida ao Caderno EU & Fim de Semana. **Valor** – Sexta-feira, 30 de setembro de 2011. p. 20-25.

GALVES, C. **Manual de Economia Política atual**. 15. ed. revista e atualizada por Galeno Lacerda. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GÉLEDAN, A.; BRÉMOND, J. **Dicionário Económico e Social**. Verbetes “Economia”. Tradução de Henrique de Barros do título original. Lisboa: Livros Horizonte, 1988.

HART, H.L. A. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, F. A. Von. **La route de la servitude**. Tradução de G. Blumberg. 2. ed. Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1985.

JACQUEMIN, A. ; SCHRANS, G. **Le droit économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1970.

LAJUGIE, J. ; DELFAUD, P. **Les systèmes économiques**. 11. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

LAUBADÈRE, A. ; DELVOLVÉ, P. **Droit public économique**. Cinquième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1986.

LEÃO XIII, Papa. **Rerum Novarum**: Carta Encíclica de Sua Santidade, o Papa Leão XIII, sobre a Condição dos Operários. 14. ed. Tradução de Manuel Alves da Silva, S.J. São Paulo: Editora Paulinas, 2004.

MARTINS, E. Apresentação. In: ZYLBERSTEIN, D.; SZTAJN, R. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2005.

MARTINS FILHO, I. G. da S.; MEYER-PFLUG, S. R. (Coordenadores). **A intervenção do Estado no domínio econômico**: condições e limites. Homenagem ao Prof. Ney Prado. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2011.

MARTINS, G. d’O. **Lições sobre a Constituição Económica Portuguesa**. Vol I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1984.

MARTINS, I. G. da S. **Ives Gandra, Vida & Obra**. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=VX6L4-06868ys. Acesso em 15.9.2011.

MOREIRA, V. **Economia e Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

POSNER, R. A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

RIALS, S. **Textes constitutionnels étrangers**. Deuxième édition mise à jour. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

SANTO AGOSTINHO. “Confessiones”. In: HART, L. A. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

SEURIN, J. L. **Le Constitutionnalisme aujourd'hui**. Textes réunis et présentés par Jean Louis SEURIN. Collaborateurs: FAVOREU, L. ; LAVROFF, D. G. *et alii*. Paris: Econômica, 1984.

SIEGLER, J.; BLAUSTEIN, A. Constitution of the United States of America. Vol. XVII. In: **Constitutions of the Countries of the World**. New York: Oceana Publications Inc. Editors Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz., 1980.

SOUZA, W. P. A. de. **Do econômico nas Constituições vigentes**. 2 volumes. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

_____. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2002.

VAZ, I. Aspectos da Constituição Econômica na Ordem Constitucional. In MACIEL, A. F.; DOLGA, L.; BERALDO, L. de F.; FERREIRA E COSTA, M. A. M. (Coordenadores e autores). **Estudos de Direito Constitucional: Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

_____. **Direito Econômico das Propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VELLOSO, C. M. da S. Sebastião Alves dos Reis, o homem, o jurista, o juiz. **Correio Brasiliense**, DF, 22 de agosto de 2008.

VIDIGAL, G. de C. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

WALD, A. Discurso. In: **Discursos**. Academia Internacional de Direito e Economia: s/ed. São Paulo, 2006.

WEBER, M. A Política como vocação. In: **Ciência e Política: duas vocações**. 3. ed. Tradução de Leônidas Hegenburg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, s.d.

_____. **Economía y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva**. Vol. I, Segunda edición en español. Traducción de José Maria Echavarría, Eduardo García Maynez *et alii*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1964.

TABELAMENTO DE PREÇO MÍNIMO, ANÁLISE ECÔNOMICA DO DIREITO E A POSSIBILIDADE DE CARTEL: COMO OS TRIBUNAIS JULGAM?

Danilo Ferraz Córdova³⁹⁶

RESUMO: A concorrência no Brasil ainda não alcançou a sua plenitude, a sociedade brasileira ainda necessita compreender melhor os benefícios que ela pode alcançar. Para a compreensão melhor da concorrência é preciso entender a importância do instituto do preço e a liberdade que as pessoas devem ter ao mensurá-lo. É comum acharem normal uma certa restrição do preço, seja colocando um valor máximo ou mínimo, fixando um valor certo ou sugerindo. O tabelamento de preço mínimo já foi analisado diversas vezes pelos tribunais em todo mundo. Este artigo tem como finalidade analisar a experiência norte-americana, europeia e brasileira sobre o instituto do tabelamento do preço mínimo e seu reflexo (anti) concorrencial.

Palavras-chave: Preço mínimo; Análise econômica do Direito; Suprema Corte; Comissão Europeia - CADE.

ASBTRACT: Competition in Brazil has not yet reached its fullness, Brazilian society still needs to better understand the benefits it can achieve. To better understand competition one must understand the importance of price institute and the freedom that people should have in measuring it. It is common for them to find a certain price restriction normal, either by setting a maximum or minimum value, setting a right value, or suggesting. The minimum price tabulation has been reviewed several times by courts around the world. This article aims to analyze the North American, European and Brazilian experience about the minimum price tabulation institute and its (anti) competitive reflection.

Keywords: Minimum price; Economic analysis of Law; Supreme Court; European Commission – CADE.

1 INTRODUÇÃO

Richard A. Posner afirma:

Para mim, o aspecto mais interessante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo

³⁹⁶ Advogado militante. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de Minas Gerais. Professor Universitário. E-mail: danilo@cordovaadvocacia.com.br

do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e teses empíricas das hipóteses. O direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância, e não vejo razão por que ele não devesse ser acessível ao estudo científico. A economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles (POSNER, 2007, p. 275).

A aproximação do Direito com a Economia já é uma realidade, sendo mais enfatizada nas fusões, nas aquisições e nas demais relações empresariais. Nesse ínterim, a Análise Econômica do Direito³⁹⁷ surge com a ideia, portanto, de mostrar que não somente é possível, mas também muito produtivo relacionar o Direito com a Economia.

Apesar do surgimento da Análise Econômica do Direito, ou seja, de um estudo dedicado de forma detalhada na união entre o Direito e a Economia ter ocorrido apenas em meados do século XX, o relacionamento desses dois ramos sempre aconteceu, seja de uma forma mais incisiva ou mais moderada.

David Hume, Adam Ferguson, Adam Smith e Jeremy Bentham (1979) já relacionavam o Direito e a Economia, contudo, sem poder descrever tais estudos como Análise Econômica do Direito.

Os métodos utilizados pelo Direito e pela Economia são distintos, mas, em se tratando de ciências humanas, sua complementaridade não é simples:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática, enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica, enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade (SALAMA, 2010, p. 156).

A Análise Econômica do Direito sempre foi associada com Direito Antitruste e o Direito Concorrencial. Contudo, a partir da década de 1960, alguns trabalhos começaram a associá-la ao: Direito Tributário (Henry Simons), Direito Empresarial (Henry Manne), patentes (Arnold Plant), Direito Contratual (Robert Hale) e utilidade pública e regulação (Ronald Coase) (POSNER, 2007).

O objetivo da Análise Econômica do Direito é descrito por Amanda Flávio de Oliveira da seguinte forma:

Que se busca, através da Análise Econômica do Direito, seria a instituição de um Direito eficiente e que conduza à eficiência, enquanto valor econômico primordial. As normas preferíveis seriam, portanto, aquelas que melhor se enquadrassem nesse parâmetro. Igual-

397 A Análise Econômica do Direito também é denominada "Direito e Economia". Ver: COOTER; U. Direito e Economia. Adotaremos nesse trabalho a primeira expressão.

mente, aos julgadores seria dada a função de compreender as consequências econômicas de suas decisões, atentando-se para a obtenção desse novo critério (OLIVEIRA, 2002, p. 58).

A obra de Richard A. Posner, nessa seara, foi essencial para difundir e arraigar a Análise Econômica do Direito como um método de estudo aplicável a todos os ramos do Direito.

2 A DELIMITAÇÃO DO PREÇO

A delimitação de preço é uma restrição vertical imposta pelo agente econômico a outro agente econômico, pois delimita o preço que este irá revender o seu produto ou precificar o seu serviço para um adquirente ou para o consumidor final. Tal delimitação não será imposta apenas pelo fabricante do produto; ela poderá ocorrer também através de um intermediário, que poderá agir de acordo com as determinações do fabricante ou de acordo com seu próprio convencimento, bem como por uma associação de classe.

A delimitação de preço é ampla. Além da delimitação do preço mínimo, há ainda a delimitação do preço máximo, a fixação do preço e há, também, o preço sugerido.

Porém, no preço mínimo existe a ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços. Na maioria dos casos, é a fixação de preços mínimos (ou rígidos com a função de mínimos) o que oferece riscos anticompetitivos efetivos.

2.1 FIXAÇÃO DE PREÇO MÍNIMO

A fixação de Preço Mínimo ocorre quando há uma determinação deste no produto ou serviço comercializado, não podendo o vendedor ou o prestador de serviço, sob nenhum pretexto, vender abaixo desse limite.

Essa restrição vertical é muito comum nos produtos de luxo. Nesse mercado, o *status* é importante. Assim, para que seja ostentado por seu adquirente, um bem deve ter valor elevado e, por isso, as empresas que atuam nesse ramo não podem permitir a desvalorização do produto. Imaginemos um veículo Ferrari: se o distribuidor revende o automóvel por um preço muito baixo do valor de mercado³⁹⁸, a própria marca poderá ser prejudicada.

Portanto, no mercado de luxo, a delimitação de preço mínimo, que é amplamente utilizada, não deve ser considerada ilícita, haja vista a necessidade do próprio mercado da existência de preços elevados. Logo, a fixação de preço mínimo é considerada, junto com a fixação do preço, uma restrição vertical que pode causar graves danos à concorrência, e conseqüentemente ao mercado.

398 Sabemos que revender uma Ferrari com um preço baixo é quase impossível por duas questões: (i) o alto valor com o que provavelmente o distribuidor adquiriu este veículo do fabricante; e (ii) a alta carga tributária no Brasil em relação à entrada de veículos importados. Contudo, trata-se apenas de uma hipótese para ilustrar a questão.

2.2 OS EFEITOS DA DELIMITAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO

O Direito da Concorrência se preocupa com os efeitos que um ato pode gerar no mercado, neste caso, especificamente, uma restrição vertical, qual seja, a delimitação do preço.

A análise dos efeitos da delimitação de preço é de suma importância, uma vez que sua interpretação deve levar em consideração os efeitos reais produzidos. A qualificação dos efeitos deve ter como base a utilidade, sendo o bom aquilo que traz prazer, e o mau, o que causa dor.

Para Jeremy Benthan (1979), as leis devem ser analisadas de acordo com os efeitos reais que produzem. Leis boas ou justas seriam aquelas que, ao serem aplicadas, produzem efeitos bons e justos; enquanto que as leis ruins ou injustas seriam as que, ao serem postas em prática, causariam efeitos ruins ou injustos (SICHES,1970).

O universalismo ético, ou o que se chama habitualmente utilitarismo, sustenta a posição segundo a qual o fim último é o maior bem geral – que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado o ato ou regra de ação quando isso não ocorrer; e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal (FRANKENA, 1969 p. 30-31).

A probabilidade de cartelizar um mercado que há tabelamento de preço mínimo aumento de forma significativa.

2.3 EFEITO ANTICOMPETITIVO - CARTELIZAÇÃO

No cartel, a delimitação de preço mínimo é uma forma muito segura de monitorar os preços dos participantes, pois evita que alguém traia o acordo e impede qualquer tipo de pressão externa para que reduza o preço.

Todavia, o cartel tem um “calcanhar de Aquiles”, qual seja, a vontade de seus participantes em traí-lo.

Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cesam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável (FONSECA, 2007, p. 98).

Da mesma forma:

O cartel é um acordo muito instável entre

as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado (...) (FONSECA, 2007, p. 95).

A partir do momento em que a possibilidade de trair o cartel é reduzida, essa infração à ordem econômica torna-se atrativa para os agentes econômicos, pois estes não poderão reduzir seus preços abaixo daquele previamente determinado.

Segundo Paulo Márcio Reis Santos (2008, p. 201), “o cartel constitui um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, buscando o aumento dos lucros, mediante a adoção de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços”. Lembra, ainda, o ex-conselheiro do CADE, Ruy Santacruz, que “outras variáveis de mercado também podem ser consideradas cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc.” (SANTACRUZ, 2008, p. 56).

A dificuldade para constituir um cartel é o consenso entre seus participantes para estipular o preço que será seguido por eles, haja vista as peculiaridades de cada um dos agentes econômicos. Porém, na delimitação do preço, a estipulação do preço deixa de ser um problema, e o acordo para realizar um cartel é único e exclusivamente nas questões da concorrência pelo não preço, o que facilita o conluio.

3 AS EXPERIÊNCIAS ESTADUNIDENSE, EUROPEIA E BRASILEIRA NA DELIMITAÇÃO DO PREÇO MÍNIMO

3.1 ESTADOS UNIDOS

A experiência estadunidense está baseada nos seus julgados, haja vista que se trata de um direito da *commom law*. A questão da delimitação do preço é motivo de calorosas discussões tanto na doutrina, quanto nos tribunais desse país.

3.1.1 DR. MILES MEDICAL CO. V. JOHN D. PARK & SONS CO.

O caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* foi o primeiro caso julgado pela Suprema Corte referente à delimitação do preço e se tornou um marco no direito estadunidense.

Apesar de ser um precedente superado pelo caso *Leegin*, é de suma importância a sua análise, uma vez que todos os demais casos se reportam a este. *Dr. Miles Medical Co.* atuava no mercado de medicamentos, porém, não patenteava as suas fórmulas. Seus medicamentos eram vendidos para intermediários e para empresas atacadistas do setor farmacêutico, sendo que estes revendiam para farmácias que, em seguida, os vendiam aos consumidores.

Dr. Miles, contudo, delimitava preço mínimo de revenda junto aos distribuidores e mantinha um sistema para fiscalizar o cumprimento imposto. A empresa *John D. Park & Sons Company* desrespeitou a obrigação imposta e *Dr. Miles*, então, propôs ação judicial contra aquele. Como forma de defesa, *John D. Park* alegou que a delimitação do preço mínimo de revenda era uma cláusula restritiva e esta questão foi levada até à Suprema Corte.

O Juiz Hughes proferiu o voto vencedor, afirmando que as estipulações contratuais impostas por *Dr. Miles* restringiam o comércio. Porém, essa questão foi analisada pela Suprema Corte, principalmente em relação à liberdade do distribuidor em estipular o preço de revenda de um produto no qual tem a propriedade.

Assim, qualquer restrição sobre a alienação é inválido. O direito de alienar é um dos requisitos essenciais do direito de propriedade dos bens moveis, e restrições sobre a alienação têm sido consideradas como ofensivas à ordem pública, que é o melhor meio para a ampla liberdade das coisas que é passar de mão em mão. Geralmente as restrições na alienação de coisas, bens moveis, exceto quando há um tipo muito especial de propriedade envolvido, como escravo ou um bem de família, têm sido consideradas nulas (HUGHES, 1902, p. 10).

A decisão, como se pode observar, é voltada de forma contundente para a liberdade do proprietário sobre a coisa, e não com base no direito antitruste. Contudo, *Sherman Act* não é citado em momento algum no voto.

O Juiz Holmes, voto vencido, proferiu interessante voto sobre o caso:

Eu acho que exageramos no valor e na importância para o público em relação a concorrência no mercado produtor e do distribuidor de um produto (aqui é apenas a distribuição), como ficar um preço justo. O que realmente fixa é a concorrência de desejos contraditórios. Nós, nenhum de nós, podemos ter tanto quanto nos queremos em relação a todas as coisas que queremos. Portanto, temos que escolher. Assim que o preço de alguma coisa que queremos fica acima do limite no qual estamos dispostos a pagar, desistimos de outras coisas para compra-lo, deixamos de compra-lo e compramos outra coisa. É claro, estou falando de coisas que podemos ficar sem. Pode ser necessário que, cedo ou tarde, deve ser tratada como comida em um naufrágio, mas não são os medicamentos do Dr. Miles. (...). O Dr. Miles Medical Company sabe melhor do que nós o que lhe permitirá fazer o melhor negócio. Devemos concordar que o seu preço de varejo é razoável, pois está alegado e o caso está aqui para como exceção, por isso

não vejo nada para permitir minha pretensão de que o público não será melhor servido por uma empresa autorizada a seguir este plano (HOLMES, 1902, p. 23).

Neste caso, a delimitação do preço mínimo de revenda era o enfoque central, porém, a Suprema Corte entendeu que qualquer restrição do comércio praticado pelo fornecedor perante o distribuidor era considerado ilícito *per se*. Este caso constituiu um precedente jurisprudencial para todas as outras restrições verticais, não só para a delimitação de preço de revenda. A doutrina criticou veementemente a decisão da Suprema Corte no referido acontecimento.

Mesmo sendo motivo de críticas, a Suprema Corte, em 1980, ratificou o entendimento proferido no *Dr. Miles*, ao julgar o caso *California Liquor Dealers v Midcal Aluminum*.

3.1.2 LEEGIN CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC. V. PSKS, INC.

A empresa *Leegin Creative Leather Products (Leegin)* atua no mercado de vestimento, sob a marca *Brighton*, fabricando os seus próprios produtos, principalmente acessórios de couro feminino. A colocação dos seus produtos no mercado é feita por pequenos distribuidores, mais especificamente, lojas que revendem diretamente ao consumidor final. A alegação da *Leegin* para a escolha desta forma de revenda se dá no sentido de que estas pequenas lojas têm um melhor atendimento ao consumidor, tendo estes um contato mais próximo que, conseqüentemente, valoriza a marca.

A *Leegin* instituiu um plano para os seus distribuidores, que foi denominado *Brighton Retail Producing and Promotion Policy*. Dentre as várias determinações impostas, havia a obrigatoriedade de seguir a delimitação do preço mínimo de revenda. O preço era estipulado em patamar suficiente para que o revendedor tenha condições de prestar os serviços indispensáveis para a estratégia da empresa.

A *Kay's Closet (PSKS)* aderiu ao plano da *Leegin*, porém, não estava respeitando a delimitação do preço de revenda, vendendo os produtos abaixo do mínimo estipulado. Após diversas advertências feitas, a *Leegin* suspendeu a venda dos seus produtos para a *PSKS*. Então, esta levou o caso aos tribunais, e a Corte Distrital indeferiu qualquer meio de prova que pudesse comprovar a eficiência da restrição imposta, utilizando o precedente do caso *Dr. Miles* e afirmando que a delimitação do preço mínimo de revenda era considerada ilegal *per se*.

O Tribunal do Quinto Circuito afirmou, da mesma forma que a Corte Distrital, que não poderia aplicar a regra da razão, tendo em vista o precedente da Suprema Corte no caso *Dr. Miles*.

O caso foi encaminhado para a Suprema Corte. Tendo em vista a possibilidade deste julgado modificar o secular precedente do *Dr. Miles*, no dia do julgamento diversos estudiosos do direito concorrencial compareceram, dentre eles, Robert Bork, Thomas Morgan, etc.

A Suprema Corte superou o precedente do *Dr. Miles* neste julgado, determinando que as delimitações de preço mínimo de revenda e, também, todas as formas de delimitação do preço de revenda devem, a partir deste julgado, ser analisadas de acordo com a regra da razão.

No voto vencedor, o juiz Kennedy identificou várias eficiências que a utili-

zação da delimitação do preço de revenda poderá ocasionar, dentre elas, o incentivo para os distribuidores investirem em serviços ou em esforços promocionais, aumentando a concorrência entremarcas. Outro incentivo é que assim se evitaria a atuação dos *free riders*, facilita a entrada de novos distribuidores, em que se estimula a concorrência entre marcas.

A Suprema Corte afirmou, pois, que a delimitação do preço de revenda não pode ser considerada ilícita *per se* uma vez que poderá gerar benefícios, mesmo que a restrição vertical tenha possibilidade de gerar mais ineficiências que eficiências, e, por isso, deve ser analisado o caso concreto para que não ocorra injustiças.

Entretanto, a instituição enfatizou que a delimitação do preço de revenda não é considerada lícita *per se*, mas apenas que estes casos serão julgados de acordo com a regra da razão. Os potenciais efeitos anticompetitivos da delimitação do preço de revenda não serão ignorados ou subestimados.

Em voto dissidente, o Juiz Breyer alegou que esta restrição vertical inibe o crescimento de distribuidores mais eficientes, facilitando, assim, a cartelização do mercado. Sobre esse aspecto ressaltou, ainda, um estudo realizado pelo Departamento de Justiça, entre os estados que permitem e proíbem a delimitação do preço de revenda, em que se menciona que os preços são 19 a 27% maiores dos que não permitem.

O Juiz Breyner afirmou que não houve uma mudança significativa para alterar a forma de pensar da Suprema Corte. O único fato que ocorreu entre o caso *Dr. Miles* e este julgado ocorreu em 1970, quando da aprovação do *Consumer Goods Pricing Act*, que revogou expressamente o *Miller-Tydings Amendment* e o **Mcguire Act**, que ratificaram o precedente do caso *Dr. Miles*.

O Direito estadunidense, por ser de *common law*, deve ser analisado através dos precedentes jurisprudenciais. Apesar de existir legislação sobre o assunto, as decisões da Suprema Corte são ricas em suas fundamentações.

3.2 A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

O Tratado da União Europeia, de 2002, no artigo 101, item 1, alínea “a” e “b”, determina expressamente que a delimitação do preço de revenda é proibida e incompatível com o mercado interno, sendo nulos os acordos.

Artigo 101.

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

A Comissão Europeia tem entendimento no sentido de que a delimitação do preço de revenda deve ser visto como um acordo, e, por esse motivo, deve ser analisada com base no artigo 101. Contudo, dependendo do caso concreto, também poderá ser analisada como abuso de posição dominante, à luz do artigo 102, de 2002:

Artigo 102.o

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de

prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Entretanto, no item 3 do artigo 101, dispõe sobre as exceções em que o item 1, do mesmo artigo, não será aplicado:

3. As disposições no n.o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Todos os atos, inclusive as decisões referente ao direito concorrencial, devem ser interpretados de acordo com os preceitos contidos no artigo 2º do Tratado (2002):

Artigo 2.o

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Mem-

bro, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

O Tratado da União Europeia aborda, de forma geral, o direito concorrencial. Para normatizar de forma mais específica as diversas questões que surgem, a Comissão Europeia dispõe dos atos legislativos, que se dividem em três tipos principais: regulamentos, diretivas e decisões.

- Os regulamentos são comparáveis às leis nacionais, mas são aplicáveis em todos os estados-membros;

- As diretivas fixam os objetivos a atingir, mas deixam aos governos de cada país a escolha dos meios para os alcançar através de legislação nacional;

- As decisões dizem respeito a questões concretas e são aplicáveis apenas à pessoa ou à entidade a que se destinam.

Os Regulamentos são diretamente aplicáveis, o que significa que criam direitos e se impõem imediatamente em todos os Estados-Membros no mesmo nível que uma lei nacional, sem que seja necessária qualquer intervenção por parte das autoridades nacionais.

Assim, o Regulamento 17/62 permitiu que a Comissão Europeia instituisse isenções em bloco em determinadas práticas ou mercados, não aplicando as determinações do artigo 101, item 1.

Artigo 3 .

Cessação das infracções

1. Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85 ou no artigo 86 do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.

Sendo esta determinação, seguida pelo Tratado da União Europeia (2002), no seu artigo 103, item 2, aliena "b":

Artigo 103.o

1. Os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.o e 102.o serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as directivas referidas no n.o 1 têm por finalidade, designadamente:

a) Garantir o respeito das proibições referidas no n.o 1 do artigo 101.o e no artigo 102.o, pela cominação de multas e adstrições;

b) Determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;

As isenções por categoria ou individuais, previstas no item 3 do artigo, somente serão aplicadas pela Comissão Europeia. Elas impedem a incidência do artigo 101 do Tratado para determinados mercados ou acordos, porém, as pessoas, tanto física quanto jurídica, podem solicitar para a Comissão Europeia que as isentem também, apresentando, previamente, o ato que pretendem praticar, sendo estas isenções denominadas de individuais.

Com a finalidade de diminuir o excessivo número de pedidos referentes às isenções individuais, a Comissão Europeia, através de Regulamento, realiza as isenções por categoria.

3.2.1 OS REGULAMENTOS E AS DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA

A Comissão Europeia sempre está em constante estudo do mercado e de suas próprias normas, adquirindo experiência nos diversos assuntos, bem como na análise pormenorizada dos casos julgados e dos pedidos de isenções individuais.

A não inclusão da delimitação do preço de revenda nas isenções por categoria não significa que essa restrição é considerada ilícita *per se*, mas que os casos deveriam ser melhor analisados para verificar seus efeitos, da mesma forma que a Suprema Corte estadunidense afirmou quando modificou seu posicionamento para a incidência da regra da razão.

A Comissão Europeia poderia conceder a isenção individual, mesmo não ocorrendo a isenção por categoria, uma vez que aquela é analisada no caso concreto. Em 1997, esta abrandou o posicionamento em relação às restrições verticais, até então rígidos, e adotou o Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária de concorrência. A Comissão reconheceu que as restrições verticais poderiam beneficiar o mercado gerando eficiências, contudo, estas poderiam ser utilizadas de forma abusiva, prejudicando e restringindo a concorrência.

O Livro Verde é expresso ao determinar que as delimitações do preço de revenda (fixo, máximo e mínimo) não devem ser incluídas nas isenções por categoria. Assim, um agente econômico não pode intervir de forma alguma no sentido de assegurar por parte de outros agentes econômicos a observância de um determinado nível de preços a retalho, independentemente de se tratar de preços fixos, mínimos ou máximos.

A Comissão admite que um agente econômico comunique a outros agentes econômicos recomendações de preços desde que, todavia, estas não sejam seguidas de instruções vinculativas ou acompanhadas de medidas que obrigam ou incentivam os retalhistas a não desprezar as referidas recomendações. Sem prejuízo desta condição, as recomendações de preço não são consideradas como restritivas da concorrência.

Em 1998, a Comissão Europeia adotou uma Comunicação relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais, de acor-

do com as determinações do Livro Verde (COM/98/0544). Esta Comunicação abrandou ainda mais a posição da Comissão Europeia em relação à delimitação do preço de revenda, apesar de incluir a delimitação do preço fixo e mínimo de revenda nas denominadas “cláusulas negras”, ou seja, restrições consideradas graves. Em relação às delimitações do preço máximo de revenda, estas passaram a ser consideradas não restritivas da concorrência, além do preço sugerido.

Foi instituído, então, o Regulamento 2790/99, que concede isenção para os acordos em que participam dois ou mais agentes econômicos, nos diversos estágios das cadeias produtiva e distributiva, que disciplinam condições de compra, venda e revenda de bens e serviços que contenham restrições à concorrência previstas no Tratado de Roma, sendo que a participação do fornecedor não poderá ultrapassar 30% do mercado relevante. Porém, em caso de fornecimento com exclusividade, a participação que não deverá exceder esse limite será a do comprador.

Novamente, mesmo com vários argumentos econômicos da Escola de Chicago, tais como eficiência e ineficiência das restrições verticais, as delimitações do preço de revenda fixo e mínimo foram excluídas dessa isenção por categoria. A Comissão Europeia manteve seu posicionamento no sentido de que tais restrições, independentemente da participação dos agentes econômicos no mercado, tendem a causar mais ineficiências.

Em relação à delimitação do preço máximo de revenda e ao preço sugerido, estes foram incluídos na isenção da categoria, contudo, não deverão ser equivalentes à delimitação do preço mínimo ou fixo.

O Regulamento 2790/99 determinava, no artigo 13, que esse Regulamento iria caducar no dia 31 de maio de 2010.

No ano seguinte, a Comissão Europeia apresentou as Orientações em relação às restrições verticais, de acordo com o Regulamento 2790/99, estabelecendo princípios para a análise das restrições. Seguindo a determinação desse Regulamento, as orientações afirmam que a delimitação do preço de revenda, em sua forma fixa e mínima, é considerada uma infração grave, não sendo acobertada pela isenção.

A partir do Regulamento 2790/99, as isenções individuais cessaram. Logo, a Comissão Europeia somente isentaria uma determinada categoria. Contudo, caso ocorresse algum litígio envolvendo um ato específico, a parte poderia solicitar a isenção individual, apesar de não haver mais a isenção individual prévia.

(...) o acordo vertical com efeitos retroactivos a partir da sua data de entrada em vigor se estiverem preenchidas as quatro condições previstas no n. 3 do artigo 81. A empresa notificante não tem que explicar a razão pela qual o acordo não foi comunicado formalmente mais cedo e não lhe será negada a isenção retroactiva devido ao facto de não o ter formalmente verificada anteriormente. Qualquer notificação será analisada pelos seus próprios méritos (Artigo 81 do Regulamento).

Os acordos verticais podem se beneficiar de uma isenção ao abrigo do n. 3 do artigo 81, a contar da data da sua entrada em vigor mesmo se a comunicação

formal ocorrer após essa data. Isto significa que, na prática, não é necessária comunicação formal a título cautelar. Se surgir um litígio, uma empresa pode, ainda, comunicar formalmente - caso que a Comissão pode isentar.

No dia 29 de junho de 2001, a Comissão Europeia condenou a *Volkswagen AG* ao impor preço mínimo de revenda a seus concessionários. A fábrica alemã comunicou aos distribuidores que estes não poderiam vender o novo modelo Passat Variant, lançado no mercado alemão em 6 de junho de 1997, a preços inferiores ao preço aconselhado. Assim, a Comissão Europeia entendeu que essa restrição vertical prejudicou a concorrência entre os concessionários da marca.

A medida contestada no caso em apreço destinava-se a manter para o VW Passat na Alemanha um nível de preço de venda artificialmente elevado. Mais ainda, destinava-se a criar e reforçar para todo o território da Alemanha uma zona de preços elevados, independentemente de o cliente interessado ser proveniente da própria Alemanha ou de outro Estado-Membro.

O Regulamento 2790/99 caducou em 31 de maio de 2010, e foi necessária a elaboração de novo Regulamento. No dia 1º de junho de 2010, entrou em vigor o Regulamento 330/2010, tendo este também prazo para caducar, qual seja, dia 31 de maio de 2022.

O Regulamento 330/2010, todavia, não trouxe modificações em relação à delimitação do preço de revenda. Os preços de revenda mínimo e fixo continuaram de fora da isenção, além de serem considerados infrações graves, e a delimitação de preço máximo e o preço sugerido fazem parte do bloco, desde que estes não correspondam àqueles.

Contudo, o Regulamento 330/2010 exclui de seu alcance os distribuidores com grande participação no mercado. Isso ocorreu devido ao poder que os grandes varejistas adquiriram nos últimos tempos. Antigamente, a pressão exercida na cadeia distributiva de um produto era à jusante. Com os grandes varejistas, esse poder passa a ser à montante. Dessa forma, a Comissão Europeia retira do bloco de isenção os distribuidores com grande participação no mercado.

Novamente, a exclusão das delimitações do preço mínimo e fixo e dos acordos que contenham restrições verticais, realizados entre empresas com participação acima de 30% do mercado, não são considerados ilícitos *per se*, porém, deverão demonstrar, perante a Comissão Europeia que esses atos não ocasionarão efeitos anticoncorrenciais.

As orientações relativas às restrições verticais, de acordo com o Regulamento 330/2010, trouxeram poucas modificações em relação à delimitação do preço de revenda. A novidade dessas orientações diz respeito aos efeitos ocasionados pelas delimitações do preço fixo e mínimo de revenda de forma mais específica, diferentemente das orientações do Regulamento 2790/99, que abordavam os efeitos das restrições verticais, de forma geral, e, de forma mais específica, apenas em relação ao preço sugerido e à delimitação do preço máximo de revenda.

De forma expressa, as orientações afirmam que as delimitações do preço fixo e do mínimo de revenda não se encontram dentre as restrições verticais isentas constantes do Regulamento 330/2010, porém, não consideradas ilícitas *per se*. Há, na verdade, uma presunção de que tais restrições não preenchem as isenções constantes no item 3 do artigo 101 do Tratado.

Cabe às partes a comprovação de que as delimitações do preço fixo e mínimo de revenda constante no contrato de distribuição são susceptíveis de gerar

ganhos de eficiência, demonstrando que as condições para a aplicação do artigo 101, item 3, foram preenchidas.

Da mesma forma que as orientações impõem a obrigação para as partes comprovarem o ganho de eficiência com a restrição, há também a determinação que incumbirá à Comissão apreciar efetivamente os possíveis efeitos negativos sobre a concorrência e aos consumidores para julgar a questão.

Identificam-se as possíveis eficiências da delimitação do preço mínimo e fixo, não se limitando às ineficiências. As eficiências poderão ser geradas, segundo as orientações: (i) quando um fabricante introduz um novo produto no mercado, mas a delimitação do preço somente poderá correr durante o período introdutório de expansão da procura; (ii) campanhas coordenadas de preços baixos a curto prazo (duas a seis semanas); (iii) a margem adicional proporcionada pela delimitação do preço de revenda poderá permitir que os distribuidores forneçam serviços pré-venda; e (iv) a eliminação dos free riders.

A Comissão Europeia tem um posicionamento mais brando que os Estados Unidos em relação à delimitação do preço de revenda, uma vez que este, durante muito tempo, entendeu pela aplicabilidade da regra *per se*.

3.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.3.1 O POSICIONAMENTO DO CADE

Apesar de as determinações legais brasileiras estarem vigentes desde 1962, sua real efetividade começou em 1994, através da Lei nº 8.884, tendo em vista o intervencionismo estatal que ocorria anteriormente, ou seja, há 17 anos. Por isso, há poucas decisões do CADE sobre a delimitação do preço de revenda, e se faz necessário um posicionamento mais efetivo a respeito dessa questão.

O caso analisado pelo CADE, em que foi abordada a delimitação do preço de revenda, foi a formação da *joint venture* denominada *Miller Brewing do Brasil Ltda.* entre a Companhia Cervejaria Brahma e a *Miller Brewing Company*.

A *joint venture* tinha como finalidade a fabricação, importação, exportação e distribuição dos produtos da *Miller*. Entre as obrigações da nova empresa, constava a determinação de que o preço de revenda aos consumidores da cerveja *Miller Genuine Draft* deveria ser, no mínimo, 15% para as latas e 25% para as garrafas superiores ao preço da cerveja “Brahma”.

O CADE entendeu que o ato poderia ser aprovado, desde que fosse excluída a determinação sobre os preços de revenda dos produtos da *Miller*, uma vez que essa estipulação poderia prejudicar a concorrência e caracterizaria acordo entre concorrentes, ou seja, cartel.

No Ato de Concentração nº 122/97, novamente o CADE se deparou com a formação de uma *joint venture* no mercado de cerveja entre a Cervejaria Reunida Skol-Caracu S/A e a *Carlsberg S/A*.

A *joint venture* tinha como intuito a prestação de cooperação e transferência de tecnologia e as condições de fabricação, distribuição, importação e exportação da cerveja *Carlsberg Green Label Beer* e *Carlsberg Draft* pela Skol. No contrato firmado entre os agentes econômicos, previa-se que o preço do produto da *Carlsberg* deveria ser superior em, no mínimo, 15% em relação ao preço dos produtos da Skol.

O CADE entendeu que o ato de concentração seria aprovado. No entanto, a cláusula referente à delimitação do preço de revenda não poderia ser aceita, haja vista que causaria prejuízos para a concorrência, ao estipular prazo de 30 dias para a adequação.

O conselheiro Ruy Santacruz, que foi voto vencido, afirmou que a delimitação do preço de revenda estipulado contratualmente não afeta a concorrência. Trata-se de uma estratégia de mercado da própria *Carlsberg*, ao estabelecer uma faixa de preço mais elevada e que tem por objetivo alcançar um consumidor específico. Após a marca *Carlsberg* ser reconhecida por consumidores específicos de renda mais alta, esse agente econômico poderá operar individualmente no Brasil, desatrelado da Skol.

A Averiguação Preliminar nº 08012.008443/2007-04 foi instaurada através de representação formulada pela Advocacia Geral da União, tendo em vista o tabelamento de preços impostos pelas Representadas (Adidas Brasil Ltda.; Asics Tiger do Brasil Indústria e Comércio; São Paulo Alpargatas S/A [Rainha e Topper e Mizuno]; Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.; Vulcabras do Nordeste S/A).

No parecer, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) configurou esse caso como de delimitação do preço mínimo de revenda, e afirmou que essa restrição geraria efeitos positivos e negativos, se reportando ao caso *Leegin*, decidido pela Suprema Corte estadunidense. Contudo, votou pelo arquivamento da averiguação, tendo em vista a ausência de poder de mercado das representadas, pois nenhuma detinha sequer 20% de participação no mercado.

O CADE acatou a defesa apresentada pelas representadas, que alegaram se tratar de mera sugestão de preço de revenda. Assim, o relator conselheiro, Fernando de Magalhães Furlan, entendeu que o preço sugerido não causaria efeitos negativos no mercado, determinando o arquivamento da Averiguação Preliminar.

O CADE ainda não se posicionou de forma concreta e clara em relação à delimitação do preço de revenda, em todas as suas formas. Essa inércia por parte da instituição poderá gerar insegurança no mercado ou a liberalização das abusividades que os agentes econômicos detentores de poder de econômico poderão praticar.

Outro caso julgado pelo CADE é sobre a SKF (Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44). Neste caso, a SFK do Brasil foi condenada pelo CADE tendo em vista a prática de tabelamento de preço mínimo de revenda. Os conselheiros do CADE, de forma não unânime, decidiram pela ilegalidade da conduta. O Presidente Vinícius Marques de Carvalho, afirmou que:

Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do CADE dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, derivados, por exemplo, de um estímulo a condutas paralelas entre as empresas³⁹⁹.

Recentemente, no dia 18 de junho de 2018, o CADE encaminhou parecer

399 <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-skf-por-fixacao-de-preco-de-revenda>. Acesso em 07.10.2019.

para o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em que discutia uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em relação à Medida Provisória nº 832, de 27 de maio de 2018, que institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. De acordo com o parecer do órgão, o setor de transportes tem “largo histórico de práticas anticompetitivas, com incentivos à prática de cartelização”.

O CADE entendeu que há um risco real de a tabela gerar problemas também para os próprios caminhoneiros, seja porque se aumenta o risco de o cliente decidir internalizar o serviço de frete, a depender dos custos mínimos impostos via tabela, seja porque se cria a possibilidade de, em um cenário com excesso de oferta, parte dos caminhoneiros desistir. “Isso pode criar distorções de competitividade dentro da própria classe de transportadores, em que os cumpridores da norma irão perder competitividade” (CADE, 2018, p. 2).

No texto, o CADE lembra que o tabelamento de preço é uma infração econômica que já foi punida pelo próprio órgão de defesa da concorrência, e cita como exemplo a condenação de tabela de preços de serviços médicos, de transporte de combustíveis e de agências de viagens.

Com preços mais caros e com o frete não obedecendo a lei de oferta e demanda, é esperada uma diminuição da demanda por produtos finais, o que, por consequência, diminuirá o número de fretes e diminuirá as oportunidades de emprego disponíveis.

Tal fenômeno é conhecido, em microeconomia, como geração de peso-morto social, ou seja, trata-se da situação na qual há um desequilíbrio em que a demanda consome menos e a oferta contratualiza menos do que seria socialmente desejável e do que ocorreria, normalmente, caso não houvesse intervenção estatal na economia (CADE, 2018, p. 2).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A precificação ainda é um instituto pouco estudado no mundo jurídico, porém, na economia, diversos autores já estudaram a sua importância para a melhora da concorrência no mercado, bem como qualquer restrição que possa ocorrer.

A concorrência ainda deve ser valorizada pela sociedade brasileira para que melhores serviços e melhores produtos possam atingir a todos, tanto no mercado do consumidor final, quanto durante toda a cadeia produtiva.

Qualquer restrição do preço deve ser muito bem analisada e com muito cuidado, haja vista a possibilidade de efeitos ineficientes e danos para o mercado de forma geral.

O tabelamento de preço mínimo tem uma enorme chance de cartelizar o mercado em que ele é feito, e o cartel é a prática mais danosa para qualquer mercado, bem como a diminuição da possibilidade de escolha do consumidor.

REFERÊNCIAS

- BENTHAM, J. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BISHOP, S.; WALKER, M. **The Economics of EC Competition Law: Concepts Application and Measurements**. London: Sweet and Maxwell, 2002.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations**. European Commission. Brussels. 2002.
- FONSECA, J. B. L. da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FRANKENA, Willian K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- FORGIONI, P. A. **Direito Concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FOX, E. M., SULLIVAN, L. **Cases and Materials on Antitrust**. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1989.
- GONDIM, C. G. **A fixação de preço máximo e mínimo de revenda sob a ótica da regra da razão**. 2005. 145f Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.
- OLIVEIRA, A. F. de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 7ª ed. Ed.: Wolters Kluwer Law & Business. 2007.
- SALAMA, B. M. Apresentação. In: _____ (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OSANTOS, P. M. R. Análise do Cartel das Produtoras de Papelões na Comunidade Européia. In. FONSECA, J. B. L. da (Org.). **O Cartel**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- SICHES, L. R. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.
- WIJCKMANS, F.; TUYTSCHAEVER, F.; VANDERELST, A. **Vertical Agreements in EC Competition Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

DIGITAL CARTELS - THE FUTURE IS ALREADY HERE?

Anton Teslenko, Fatima Konieva⁴⁰⁰

1 INTRODUCTION

In one of the first studies of the phenomenon of anticompetitive agreements conducted back in 1876 by Italian politician and economist L. Franchetti, the author gives an example of a “traditional” cartel of millers who competed with each other in market competition the quality and price of flour, giving customers the opportunity to purchase goods of the best quality and at the most affordable price. Soon, as the author notes, the millers realized that there was a more convenient way to manage their business and instead of competing they switched to an “alliance”, consistently reducing production levels and creating an artificial deficit that allowed them to raise prices well above the normal level with a significant reduction in production costs⁴⁰¹.

The given example perfectly illustrates the “traditional” nature of the agreements restricting competition, inherent to the collusion of competitors since Ancient Rome⁴⁰². Over the centuries, the means and methods used by participants in anticompetitive agreements developed and changed, but *the nature of the conspiracies themselves remained unchanged*.

Awareness of the social danger of such behavior of participants in economic relations has become one of the reasons for the appearance and development of the antimonopoly legislation, which today in Russia (and many foreign countries) prohibits anticompetitive agreements that are aimed at fixing or maintaining prices (in commodity markets) and (or) at the auctions), the division of markets according to the territorial principle, the volume of sales or purchases of goods, the range or composition of sellers or buyers, reduction or termination of production and also to the refusal to conclude contracts with certain market participants.

The transition from analog to digital technologies, which began in the 1980s, or the so-called *digital revolution*, according to scientists, is changing a society with unprecedented speed and unprecedented scale, creating both enormous opportunities and new risks, including threats to cybersecurity, *facilitating*

400 Fatima Konieva, Head of the Division of Digital Investigations of the Anti-Cartel Department of the Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation, LLM.

401 Wainwright T. Narconomics: Crime Syndicate as a Successful Business Model.-M.: RIPOL Klassiyu Group of Companies LLC, Palmira Publishing House, 2019. p. 107-108.

402 Tenishev A, Filimonov A. From the death penalty to negotiable fines: punishment for a cartel // Cartels and other anti-competitive agreements. Problems of prevention, suppression and responsibility: Collection of scientific articles and theses / Under the general. ed. I.Yu. Artemyev, A.G. Lisitsyna-Svetlanova; Scientific Council of the Russian Academy of Sciences on competition protection issues, Federal Antimonopoly Service. -M.: Branch of the Training Center of the FAS Russia, 2017. P. 180.

illegal economic activity and encroachment on privacy⁴⁰³. With this in mind, one of the most topical issues on the anti-cartel agenda is the question – whether the nature of anticompetitive agreements has undergone digital transformation or is it still today exclusively about optimizing the implementation processes of conspiracies⁴⁰⁴.

In this article, we will outline the most characteristic changes that have undergone anti-competitive agreements, give examples of “digital anti-competitive practices”, and also try to answer the main question - whether the nature of anticompetitive agreements has changed into digital anticompetitive practices and algorithms of the era?

2 ANTICOMPETITIVE PRACTICES AND ALGORITHMS⁴⁰⁵

Back in 2016, the FAS Russia conducted an analysis of software products that optimize the pricing of a number of resellers of electronics and household appliances, as well as the development company of one of such products, Revionics, Inc. The analysis found that some resellers use various algorithms that are configured to perform specific tasks when determining retail prices for products sold. For example, algorithms are used to track market prices and rationally follow price leadership⁴⁰⁶.

As the authors of the report on new approaches to protecting competition in the digital age correctly noted, algorithms not only affect how collusion and other anticompetitive practices are implemented, but they also raise questions for antitrust authorities regarding the evolution of antitrust laws in the digital era⁴⁰⁷.

The First cases of using price algorithms for anticompetitive purposes revealed by the Russian antimonopoly authority, have really led to the need to develop reasonable law enforcement approaches to assessing such actions.

One of the first cases⁴⁰⁸, in which the market participants used algorithms for anti-competitive purposes, was the case against LG Electronics RUS, LLC on the illegal economic coordination of LG smartphone resellers. Russian LG subsi-

403 Digital Economy Report 2019. Value Creation and Benefit: Implications for Developing Countries // Printed at United Nations, Geneva- 1910922 (R) - July 2019-379- UNCTAD / DER / 2019 (Overview) / URL: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_ru.pdf [Accessed 03 Nov. 2019].

404 Tenishev A.P., Teslenko A.V. Criminal protection of competition in the context of digitalization 1 / Law. 2019.No5.-p.124-131.

405 The term “algorithm” can refer both to a standardized or automated method for solving a certain class of problems, and to the practical application of this method, encoded in a specific programming language.

406 Digital Era Competition: A BRICS View // Report by the BRICS Competition Law and Policy Center. 2019.- R. 634 / URL: <http://bricscompetition.org/materials/news/digital-eg-competition-brics-rort> [Accessed 03 Nov.2019].

407 Digital Era Competition: A BRICS View // Report by the BRICS Competition Law and Policy Center. 2019. p. 671 / URL: <http://bricscompetition.org/materials/news/digital-er-competition-brics-herort> [Accessed 03 Nov. 2019].

408 Decision of the FAS Russia in the case of violation of antimonopoly legislation No. 1-11-18 / 00-22-17 // URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/ats-14552-18/> [Accessed 03 Nov. 2019].

diary monitored the compliance of the resellers with recommended retail prices, which included, among other things, regular data collection of prices using a special price algorithm, as well as the provision by resellers of information about non-compliance by their competitors with recommended retail prices to the employees of the LG Electronics Rus, LLC who do not comply with the recommended retail prices. The price algorithms were also used by a number of resellers themselves.

As another example, we will take the case against Samsung Electronics Rus Company LLC. According to the decision of the FAS Russia,⁴⁰⁹ the company was found guilty in violation part 5 of article 11 of the Law on the Protection of Competition. This led to the setting and maintaining prices for Samsung smartphones and tablets. Considering the case, FAS Russia established that Samsung Electronics Rus Company LLC monitored the observance of recommended retail prices by the resellers with the Samsung smartphones and tablets, which included, among other things, regular collection of price data using a price algorithm called Price Monitoring Tool⁴¹⁰. Compliance with the recommended retail prices by smartphones and tablets resellers was ensured by applying “sanctions” to violating resellers (reduction in the number of shipped smartphones (tablets) to resellers who did not comply with the recommended retail price). Samsung Electronics Rus Company, LLC acknowledged the violation, did not appeal against the decision of the antimonopoly service and paid the fine.

In both examples, price algorithms were used as the tools of coordination of economic activity. Along with this, the question arises: has the nature of the illegal coordination of economic activity from the use of price algorithms by coordinators changed? The answer is no. It is clear that it is more like optimization of the illegal coordination with the use of digital revolutions achievements but the nature of coordination itself has remained unchanged.

It is important to note that the antimonopoly authority, when making decisions on these cases, made an important conclusion characterizing the evaluation of the use of algorithms in the department’s position regarding algorithms should not be considered as independent evidence of the illegal coordination of economic activity.

This approach was reflected in the recommendations “On Practices in the Use of Information Technologies in Trade, including those Related to the Use of Price Algorithms”, developed by the working group of the Association of Corporate Lawyers in conjunction with the FAS Russia and approved by the Methodological Council of the FAS Russia and the Presidium FAS Russia⁴¹¹.

409 Decision of the FAS Russia in the case of violation of antitrust laws Ne 1-11-11/00-22-19-19 / URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/18354d31-65c5-4e6/-8879-42138e2cfa7e/> [Accessed 03 Nov. 2019].

410 Price Monitoring Tool - a price algorithm developed by AFT Studio, LLC by order of Samsung Electronics Rus Company, LLC for monitoring the prices of goods. According to the classification by Ezrachi-Staku, it can be classifying as № 1 Type “Messenger”. The main function of this algorithm is a regular (daily) review of prices for a particular product of predefined reseller companies. The program daily has sent e-mails from @ pmt.aft.ru domain with the subject “New price alert” to the mail of Samsung Electronics Rus Company, LLC employees. This letter contained reports in .xls format (Excel tables) about changes in prices of monitored goods of pre-defined companies. In case of deviation from the set recommended price, the program marked the cell with colors depending on the change in value.

411 Recommendations “On the Number Included Using Price Algorithms” URL: <https://fas.gov.ru/documents/684828> [Accessed 03 Nov. 2019].

These recommendations stipulate that “first of all, the method and purpose of using appropriate information technologies is subject to assessment, the provision and / or use of which, in the absence of signs or facts of restriction of competition, should be recognized as valid, and the fact that the user of a particular software, or use of pricing algorithms or online platforms itself shouldn't be on its own regarded as an indication of the violation”.

At the same time, despite the fact that the nature of illegal economic activity using price algorithms has remained the same, there is some concern that in the case of “digital” coordination, the risks of concealing illegal coordination of activities increase significantly due to the possible lack of human interaction, which inevitably leads us to another important question - should increased responsibility be provided for this kind of coordination?

Another “related” question is the question of qualifying the actions of the developer of the corresponding algorithm, which is related to the subsequent parts of this article. The norms of the current antimonopoly legislation do not provide liability for developers of relevant algorithms, software and robots, and discussions on this issue, as a rule, come down to the issue of distinguishing between deliberately used and unlawfully developed designs. However, in the case of distinction such algorithms or software tools, can we talk, for example, of complicity in the illegal coordination of economic activity, or should we talk about the independent composition of the offense (crime)?

3 ANTICOMPETITIVE PRACTICES AND SOFTWARE PRODUCTS

The obvious contradiction between “the lack of regulation and the desire of participants in the process to make modern digital tools accessible and convenient for everyone as soon as possible”⁴¹² leads to the fact that parties of anticompetitive agreements are increasingly starting to use various software products for illegal purposes. We are talking about specialized software products developed to achieve the anticompetitive goals of specific economic entities, as well as “legal” commercial developments used to limit competition.

One of the striking examples of what has been said is the actions of cartel participants in the market of sealing/locking mechanisms. The cartel participants and the coordinator actively exchanged information using special software, which made it possible to control the life cycle of any locking and sealing devices from the moment of production and sale to the moment of disposal. The specified software was located in the premises of the coordinator. At the same time, access to the program was available to all cartel participants with the possibility to enter data and monitor the activities of competitors. The purpose of the anticompetitive agreement was price fixing and maintaining, as well as the division of the commodity market to quantity of sales and the composition of buyers (consumers) of locking and sealing devices, used in the rail transport⁴¹³.

In addition, in the practice of the antimonopoly authority, the first cases of

412 Nesterenko A Corporate Law Reform in Russia Continues. *The Law Journal*, n.1, p. 16, 2019,

413 Decision of the FAS Russia in the case of violation of antimonopoly legislation , n.1-11-69 / 00-22-17-17 // URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/22-21248-18/> [Accessed 03 Nov. 2019].

using various project management systems⁴¹⁴ for the implementation of anticompetitive agreements appear. The functionality of such systems varies, however, usually, it includes human resources and financial management, electronic document management, opportunities for strategic planning. Some of these systems have mobile versions and, among other things, allow you to monitor the activities of the organization at all levels of management in online mode. Coordination by the participants of the anticompetitive agreement of their own actions with the use of such systems complicates the identification of such anticompetitive agreements.

Wherein, it should be noted that such developments leave enough marks, not less than traditional methods of interactions of participants in anticompetitive agreements, *and do not affect the nature of such agreements*.

4 ANTI-COMPETITIVE PRACTICES AND AUCTION ROBOTS

Auction robot – is a special software module for automatic submission of price offers at a specific electronic auction on behalf of the auction participant to the price offer limit set by such participant (with the use of electronic digital signature). Despite the fact that auction robots per se are a normal and legal practice of optimizing bidding participation that was repeatedly stressed by the antimonopoly service representatives recently these digital instruments more often began to be used for the implementation of anticompetitive agreements.

For the first time, such practice was recorded by the Office of the FAS Russia in the Murmansk Region⁴¹⁵. Since then, the FAS Russia and its territorial bodies have considered about 10 cases⁴¹⁶ of violation of antimonopoly legislation with the use of robots. An example of the foregoing is the actions of Coral-Med CJSC and Bright Star LLC that violated clause 2 of part 1 of Article 11 of the Law on Protection of Competition, which could lead to price maintenance at 42 auc-

414 Comprehensive software, including the application for task planning, budget, distribution of management, documentation and management of work control, communication, administration (for example, Microsoft Project, Bitrix 24, Wrike, etc.).

415 Decision of the Office of the FAS Russia in the Murmansk Region in case № 05-03-16/6 on violation of antimonopoly legislation.

416 1) Decision of the Office of the FAS Russia in Perm Region in the case of № 707-17-A on violation of antimonopoly legislation; 2) Decision of the Office of the FAS Russia in Yaroslavl Region in the case of № 03-03/04-18 on violation of antimonopoly legislation; 3) Decision of the Office of the FAS Russia in the Leningrad Region in the case of 01-02-A/18 on violation of antimonopoly legislation; 4) Decision of the FAS Russia in the case of № 1-11-166/00-22-17 on violation of antimonopoly legislation; 5) Decision of the Office of the FAS Russia in the Rostov region in the case of № 061/01/11/432/2019 on violation of antimonopoly legislation; 6) Decision of the Office of the FAS Russia in the Republic of Komi in the case of № 02-01/3381 on violation of antimonopoly legislation; 7) Decision of the Office of the FAS Russia in the Republic of Mari El in case № 02-10/16-18 on the violation of antimonopoly legislation; 8) Decision of the Office of the FAS Russia in the Republic of Buryatia in the case of № 05-11/3-2019 on violation of antimonopoly legislation.

tions⁴¹⁷. During the proceeding of the case № 1-11-1974/77-18, the Office of the FAS Russia in Moscow established that undertakings used two behavioral models using auction robots - 1) in a number of auctions, defendants set up robots consistently, pre-determining the winner of the relevant auction (by setting threshold values for robots); 2) in other cases, the participants of the anticompetitive agreement alternately set thresholds with a minimum reduction, provided that the second participant (knowingly the loser) would not use the robot and submit price proposals, as a result of which the first participant received a victory.

Additional evidence in such cases is the use of a single infrastructure (IP-addresses), matches between the file names, accounts, creation and (or) change of files, the detection of an electronic digital signature of one company in the office of competitor, a minimum reduction in the initial maximum contract price and other indirect evidence.

In the examples above and other similar examples, the use of “legal” auction robots in order to implement an anti-competitive agreement was considered by the antimonopoly authority as a means of committing an offense.

Considering that in most of these cases, bona fide bidders did not participate in the auctions, the question arises: is it possible to use robots for anticompetitive purposes in case that “bona fide” participants participate in tenders? Current practice indicates that the answer is yes.

The good example of this statement is the implementation of the anticompetitive scheme “digital ram”, detected by the Office of the FAS Russia in the Krasnodar Region during the consideration of case № 124/2019. Based on the analysis of the available materials, the Office has established signs of the use by one of the bidders for the sale of property of a specially designed auction robot to implement an anticompetitive agreement. So, Participant № 1 made an offer in the amount of 1,773,305.9 rubles, after which Participant № 2 successively made 127 steps, submitting price offers with a difference of 5 seconds using an auction robot. Using a robot in this case has actually limited the ability of other bidders to submit their price offers. As a result, Participant №2 was recognized as the winner, but refused to conclude an agreement, after which Participant № 1 (who submitted the price following the winner) was recognized as the winner, i.e. participants with the use of the auction robot implemented the well-known anticompetitive scheme “ram” reverse dumping (to increase prices). Wherein, from the explanations of Participant № 2, it follows that he repeatedly participated in such tenders (auctions), including using software developed with other persons⁴¹⁸.

Experts note that such actions (exceeding the intensity of requests established by the regulations of electronic trading platforms, creating a parasitic load on electronic trading platforms, etc.), which lead to the exhaustion of system resources of the hardware and software system of the electronic trading platforms

417 Decision of the Office of the FAS Russia in Moscow in the case № 1-11-1974/77-18, <https://br.fas.gov.ru/to/moskovskoe-ufas-rossi/f1b71844-2122-4f65-965f-55fe3cbc4ca4/>; See also: Decision of the FAS Russia in the case of № 1-11-166/00-22-17, <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/ats-30960-18/>; Decision of the Office of the FAS Russia in the Perm Territory dated 09.02.2019 in case № 707-17-A on violation of antimonopoly legislation; Decision of the Office of the FAS Russia in the Komi Republic in case № 02-01/3381.

418 Decision of the Office of the FAS Russia in the Krasnodar Region in the case of № 124/2019 on violation of antimonopoly legislation.

and entail the blocking of computer information posted on the trading platform, are equivalent to the DDOS-attack, when the exposure may impair the availability of the electronic trading platform⁴¹⁹.

In addition, it should be noted that recently a lot of new auction robots that are not integrated into the interface of electronic trading platforms and distributed on a commercial basis appear on the market. Analysis of the capabilities of some of these robots indicates that their functionality is much wider than “legal auction robots” and includes the possibility of using such robots for illegal purposes. The developers of some auction robots⁴²⁰ directly on the official websites indicate their main functionality, which consists “successful use in the bidding of three different companies (these schemes are called “torpedo” or “ram”)", as well as the ability to use the program “through proxies and with the use of proxy programs” that complicates the detection of “digital” marks necessary to prove anticompetitive agreements.

Analysis of the noted programs developed and used exclusively for the realization of anticompetitive practices brings us back to the questions already raised in this article – what is the liability of the developers of the corresponding software tools and should the use of such “illegal” developments entail increased liability for the parties of the anticompetitive agreement? Today, no answers to these questions has yet been taken.

At the same time, we note again that the antimonopoly authority, considering cases of violation of the Law on the Protection of Competition, proceeds from the fact that the use of robots in tenders as itself is not the evidence of the anticompetitive actions.

Let us also pay attention to the fact that despite the active use of the auction robots by the participants of the anticompetitive agreements, the essence and the nature of the cartels themselves have not undergone significant changes, which allows the antitrust authority effectively apply existing legal constructions to suppress such behavior of participants in economic legal relations.

5 CONCLUSION

The exponential increase in the quantity, quality and diversity of relationships between organizations, citizens of social and economic systems, which is characteristic of a new round of development of digital technologies⁴²¹, signifi-

419 Teslenko A., Konieva F., “Robotization» of Bidding - a New Challenge in the Fight Against Cartels? // Actual issues of modern competition law: a collection of scientific papers / Moscow branch of the Russian Bar Association. Commission for the improvement of antimonopoly legislation. – Issue (3) 2019 / ex. Ed. M. Egorova. M.: Justicinform, 2019. – P. 112-121.

420 We do not give specific “names” of the indicated auction robots, but, if necessary, the corresponding sites that contain information on such robots with the possibility of purchase can be easily detected on the Internet.

421 What is a digital economy? Trends, competencies, measurement of Ch-80 [Text]: report to XX Apr. Int. Scientific Conf. on the Problems of Economic and Social Development, Moscow, April 9-12. 2019/G.I. Abdrakhmanova, K.O. Vishnevsky, L.M. Gokhberg and others; science ed. L. M. Gokhberg; National Research University “Higher School of Economics”. – M.: Publishing House of the Higher School of Economics, 2019. P. 4.

cantly modifies business models and leads to the fact that competition today is also changing and acquiring new forms.

However, the current practice of combating anticompetitive agreements allows us to state that, despite the significant “digital leap” of many anticompetitive practices the nature of anticompetitive agreements remains unchanged – the “disruptive” technologies⁴²² have only improved the means and methods used by the conspirators to achieve their own goals. Does this mean that it doesn’t change? With the rapid development of technology and the ever-increasing speed with which technological changes are occurring, answering this question, we agree with the conclusion of A. Tenishev, the Head of the Anti-Cartel Department of the FAS Russia, who made it during the meeting of the Working Group of the International Competition Network in October this year, - “we need to think seriously about the fact that in today’s rapidly changing world, the definition of a cartel cannot remain a dogma, and it’s quite possible that tomorrow a cartel with the aim of artificially creating consumer demand or illegally exchanging big data will be just as dangerous for the economy as price conspiracy and will require a per se ban”⁴²³.

422 Internet of Things, Big Data Analysis, Quantum Computing, Artificial Intelligence, Robotics, Block chain, etc.

423 How does FAS Russia use new digital tools to detect cartel violations? // URL: <https://fas.gov.ru/news/28570> [Accessed 03 Nov.2019].

Esta obra foi composta em fonte
arial, corpo 9.5pt e impressa em
papel 80grs (miolo) e 250grs (capa)
pela Gráfica Editora Garcia Ltda.
Juiz de Fora, 2020.
