Priscila Brolio Gonçalves

**A obrigatoriedade de contratar
como sanção fundada no direito
concorrencial brasileiro**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Calixto Salomão Filho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo – 2008

SUMÁRIO

O objetivo dessa tese é analisar a obrigatoriedade de contratar como remédio para violações da lei antitruste brasileira por meio de práticas conhecidas como “recusas de contratar”. No Brasil, tais práticas somente configuram infração concorrencial se caracterizarem abuso do poder econômico. A dificuldade reside precisamente em definir o que constitui (ou não) *abuso*. A tese procura identificar critérios objetivos para distinguir práticas comerciais legítimas de comportamentos abusivos quando empresas dominantes se recusam a negociar com terceiros, bem como estabelecer parâmetros para a obrigatoriedade de contratar como remédio. O trabalho encontra-se dividido em duas partes. Na primeira, as liberdades de iniciativa e de contratar (seu desenvolvimento conceitual e histórico) são discutidas teoricamente (capítulos I e II, respectivamente), assim como os valores associados à regulação estatal (aí incluído o direito antitruste) e os objetivos específicos perseguidos pela lei concorrencial brasileira. Na segunda parte, diversas modalidades de recusa de contratar são analisadas com detalhe. O capítulo I discute algumas distinções importantes – restrições verticais e horizontais; recusas de contratar concertadas e unilaterais; dependência absoluta e relativa – e apresenta uma proposta metodológica para os capítulos subsequentes, incluindo a análise da exclusividade como justificativa para a recusa. O capítulo dois examina as recusas de contratar verticais em situações não relacionadas a bens ou infra-estruturas essenciais (incluindo as explicações da Nova Economia Institucional e da teoria da Organização Industrial); enquanto que o capítulo três aborda comportamentos horizontais (recusas de contratar concertadas, também conhecidas como “group boycotts”). Ambos os capítulos têm início com discussões sobre os principais efeitos anticompetitivos e justificativas geralmente associados à recusa, seguindo-se o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial outorgado a tais práticas nos EUA e na Europa, sob uma perspectiva comparativa. O capítulo quatro analisa tanto as recusas horizontais quanto as recusas verticais relativas a bens de utilidade pública (“essential facilities”) e apresenta um panorama da chamada “doutrina da infra-estrutura essencial”, tal como inicialmente desenvolvida nos EUA (para recusas de contratar concertadas) e atualmente interpretada naquele país e na Europa. O capítulo também traz debate sobre a aplicação da referida doutrina no Brasil e sobre o potencial conflito entre direito antitruste e regulação específica como instrumentos para combater recusas de contratar ilegais em mercados caracterizados por bens essenciais. O capítulo cinco analisa a legislação, a doutrina e precedentes brasileiros relativos a recusas de contratar horizontais e verticais, associadas ou não a bens de utilidade pública. A conclusão da tese exalta os méritos do sistema adotado no Brasil, que condiciona a existência de infrações antitruste ao conceito de “abuso do poder econômico”, tornando possível uniformizar o tratamento outorgado às recusas de contratar verticais, horizontais, unilaterais e concertadas. Estabelece, também, que recusas adotadas

por empresas dominantes não são ilegais *per se*. Para caracterizar o abuso é necessário avaliar e valorar efeitos anticompetitivos e justificativas objetivas. A teoria econômica ilumina tal análise e auxilia na compreensão da racionalidade de algumas práticas, mas não pode ser utilizada para fins de balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências, já que estas não são admitidas para esse propósito no Brasil. Ainda que a sua execução seja difícil em certos casos, a obrigatoriedade de contratar é o remédio apropriado para as recusas ilícitas. No entanto, as autoridades administrativas de defesa da concorrência têm sido relutantes em adotá-lo. As cortes, por outro lado, têm utilizado essa medida em situações controvertidas, às vezes, inclusive, em sede de tutela cautelar ou antecipatória outorgada a particulares.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze compulsory negotiation as a remedy to violations of the Brazilian antitrust law by means of practices known as “refusals to deal”. In Brazil, such practices only represent anticompetitive behaviour if they characterize abuse of a dominant position. The difficulty resides precisely in defining what is (and what is not) an *abuse*. The thesis focuses on identifying objective criteria to distinguish legitimate commercial practices from abusive behaviour when a dominant firm refuses to negotiate with other firm(s) and on establishing parameters for compulsory negotiation as a remedy. The work is segmented into two parts. In the first one, freedom of initiative and of contract (their conceptual and historical development, worldwide and in Brazil) are theoretically discussed (chapters I and II, respectively), as well as the values associated with state regulation (antitrust law included) and specific objectives pursued by the Brazilian competition law. In the second part, several types of refusal to deal are analysed with detail. Chapter one of the second part deals with some important distinctions - vertical and horizontal restrictions; concerted and unilateral refusals to deal; absolute and relative dependence - and presents a methodological proposal for the subsequent chapters, including the analysis of exclusivity as a justification for the refusal. Chapter two examines vertical refusals to deal in situations unrelated to essential assets or infra-structures (including New Institutional Economy and Industrial Organization’s explanations), while chapter three approaches horizontal behavior (concerted refusals to deal, also known as “group boycotts”). Both chapters begin with a discussion of the main anticompetitive effects and justifications generally associated with refusals to deal and are concluded with the legal treatment and relevant precedents concerning such practices in the US and in Europe, in a comparative perspective. Chapter four analyses both horizontal and vertical refusals to deal in connection to essential facilities and presents an overview of the so called “essential facility doctrine”, as initially developed in the US (with regard to concerted refusals to deal) and currently interpreted in US and in Europe. The chapter also brings a debate about the application of such doctrine in Brazil and the potential conflict between antitrust law and specific regulation as instruments to fight unlawful refusals to deal in markets characterized by essential facilities. Chapter five reviews the Brazilian legislation, doctrine and precedents related to both horizontal and vertical refusals to deal, related or not to essential facilities. The conclusion of the thesis praises the merits of the system adopted in Brazil, conditioning the existence of antitrust violations to the “abuse of dominance” concept, making it possible to unify the treatment rendered to vertical, horizontal, unilateral or concerted refusals to deal. It also states that refusals by dominant companies are not *per se* illegal. To characterize the abuse it is necessary to evaluate anticompetitive effects and objective justifications. The economic theory enlightens such

analysis and helps to understand the rationality of some practices, but it cannot be used for an economic balance of anticompetitive effects and efficiencies, since the “efficiencies defense” is not admitted for this purpose in Brazil. Even though its enforceability is difficult in certain cases, compulsory negotiation is the proper remedy to unlawful refusals to deal. However, the Brazilian administrative antitrust authorities have been reluctant to adopt it. Courts, on the other hand, have used it in controversial situations, sometimes including such measure in preliminary injunctions granted to private parties.

SOMMARIO

L'obiettivo di questa tesi è esaminare la contrattazione obbligatoria come sanzione per la violazione del diritto concorrenziale brasiliano, per mezzo di pratiche conosciute come "rifiuto a negoziare". In Brasile, queste pratiche rappresentano infrazioni concorrenziali solo in caso di abuso di posizione dominante. La difficoltà è precisamente definire che cosa è (e che cosa non è) un *abuso*. La tesi ha come focus l'identificazione di criteri obbiettivi per distinguere il comportamento commerciale legittimo dal comportamento abusivo quando una impresa dominante si nega a negoziare con altre imprese e a stabilire i criteri con cui applicare la sanzione. Questo lavoro è composto da due parti. Nella prima, libertà d'iniziativa e di fare un contratto (sviluppi concettuali e storici, nel mondo e in Brasile) sono dibattuti teoricamente (capitoli I e II, rispettivamente), così come i valori e gli obiettivi specifici della regolazione statale (diritto antitrust incluso). Nella seconda parte, diversi tipi di rifiuto di negoziare sono studiati dettagliatamente. Il Capitolo uno della seconda parte affronta alcune importanti distinzioni – restrizioni verticali e orizzontali; rifiuto di singoli e di gruppi a negoziare; dipendenza assoluta e relativa – e presenta una proposta metodologica per i capitoli seguenti, includendo l'analisi della esclusività come scusa per il rifiuto. Il Capitolo due esamina i rifiuti verticali nelle situazioni non legate alle infrastrutture o ai beni essenziali (includendo le spiegazioni della Nuova Economia Istituzionale e della Organizzazione Industriale), mentre il Capitolo tre esamina i comportamenti orizzontali (rifiuto di gruppi alla negoziazione, anche conosciuti come "group boycotts"). I due capitoli cominciano con una discussione sopra i principali effetti anticompetitivi e le scuse generalmente utilizzati per rifiutare la negoziazione, e si concludono con la presentazione e il confronto tra il trattamento legale e la giurisprudenza più rilevante negli Stati Uniti e in Europa. Il Capitolo quattro tratta dei rifiuti verticali e orizzontali a negoziare, includendo i beni essenziali e presenta un panorama della cosiddetta "essential facility doctrine", come si è sviluppata negli Stati Uniti (legata al rifiuto a negoziare) e la sua interpretazione corrente in questo paese e in Europa. Questo capitolo discute anche l'applicazione della dottrina in Brasile e il conflitto potenziale fra il diritto antitrust e la "regolazione specifica" come strumenti di repressione ai rifiuti illegali a negoziare nei mercati caratterizzati dalla esistenza di beni essenziali. Il Capitolo cinque fa una revisione della legge, della dottrina e della giurisprudenza brasiliane, relative ai rifiuti orizzontali e verticali a negoziare, legati o non legati ai beni essenziali. La conclusione della tesi esalta il sistema brasiliano, dove l'esistenza di una infrazione concorrenziale è condizionata al concetto di "abuso di dominanza", che rende possibile uniformare il trattamento offerto ai rifiuti verticali, orizzontali, unilaterali o di gruppo a negoziare. Si afferma anche che i rifiuti delle imprese dominanti non sono illegali per sé. Per caratterizzare l'abuso è necessario valutare gli effetti anticompetitivi e le scuse obbiettive. La teoria economica facilita questa analisi e aiuta a comprendere la razionalità di alcune pratiche, ma essa non può essere usata per fare un bilancio fra effetti anticompetitivi e

efficienze, perché “l’argomento delle efficienze” non è accettato in Brasile. Pur essendo difficile metterla in pratica in alcuni casi, la contrattazione obbligatoria è una sanzione adeguata ai rifiuti illegali a negoziare. Tuttavia, le autorità amministrative di difesa della concorrenza sono riluttanti ad applicarla. I Tribunali, d’altra parte, l’hanno utilizzata in situazioni controverse, alcune volte includendola in decisioni cautelari date alle parti private.

PROPOSTA DE ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	10
PARTE I – A LIBERDADE DE INICIATIVA E O DIREITO ECONÔMICO	16
I.1. A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE DE INICIATIVA ADOTADA NESTE TRABALHO	16
I.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA E O NASCIMENTO DO DIREITO ECONÔMICO.....	22
I.3. O DIREITO ECONÔMICO, AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E AS DIFERENTES NOÇÕES DE REGULAÇÃO	26
I.4. RAZÕES PARA O DIREITO ECONÔMICO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO.....	32
<i>I.4.1. Objetivos da regulação lato sensu</i>	<i>32</i>
<i>1.4.1.1. Nota sobre a utilidade do debate regulatório</i>	<i>35</i>
<i>1.4.1.2. O debate regulatório tradicional: escolas do interesse público versus escolas econômicas. Regulação, desregulação e “auto-regulação”</i>	<i>37</i>
<i>1.4.1.3. Regulação: tutela de múltiplos valores.....</i>	<i>51</i>
<i>I.4.2. Objetivos específicos do direito da concorrência</i>	<i>56</i>
I.5. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO.....	62
<i>I.5.1. Considerações preliminares sobre o poder. O poder econômico</i>	<i>62</i>
<i>I.5.2. Poder econômico e direito concorrencial: uma relação histórica. O sistema do abuso no Brasil.....</i>	<i>65</i>
<i>I.5.3. Poder econômico versus poder de mercado neoclássico: critérios de identificação do poder no mercado.....</i>	<i>74</i>
<i>I.5.4. O papel da eficiência.....</i>	<i>83</i>
<i>I.5.5. Poder econômico, concorrência e parâmetros para a análise da recusa de contratar</i>	<i>88</i>
II – O CONTRATO, O ESTADO E A LIBERDADE DE CONTRATAR	91
II.1. NOÇÕES DE CONTRATO: DO CONCEITO JURÍDICO À IDÉIA DE CONTRATO COMO OPERAÇÃO ECONÔMICA.....	91
II.2. CONTRATO E IDEOLOGIA: LIBERDADE DE CONTRATAR E DIRIGISMO CONTRATUAL	97
II.3. DIRIGISMO CONTRATUAL E FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO.....	106
PARTE II - A RECUSA DE CONTRATAR E A LIVRE CONCORRÊNCIA	113
I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	114
I.1. A OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAR COMO DECORRÊNCIA DE RECUSAS HORIZONTAIS OU VERTICAIS.....	114
I.2. OUTRAS CLASSIFICAÇÕES PARA AS RECUSAS DE CONTRATAR: RESTRIÇÕES-FIM E RESTRIÇÕES-MEIO	118
<i>I.2.1. Recusa de contratar e exclusividade: dois lados da mesma moeda.....</i>	<i>121</i>
I.3. RECUSAS ENVOLVENDO BENS ESSENCIAIS E NÃO-ESSENCIAIS. ESCLARECIMENTOS SOBRE A ABORDAGEM METODOLÓGICA ADOTADA NESTE TRABALHO PARA FINS DIDÁTICOS	124
II - A RECUSA DE CONTRATAR COMO MODALIDADE DE RESTRIÇÃO VERTICAL EM SITUAÇÕES NÃO RELACIONADAS A BENS ESSENCIAIS.....	127
II.1. AS RESTRIÇÕES VERTICAIS E SUA RACIONALIDADE.....	127
II.2. RACIONALIDADE E EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA RECUSA DE CONTRATAR VERTICAL. ANÁLISE CRÍTICA SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ORGANIZAÇÃO INDUSTRIAL	132
II.3. A RECUSA DE CONTRATAR ENVOLVENDO BENS NÃO-ESSENCIAIS NO DIREITO COMPARADO ...	140
<i>II.3.1. Europa: um enfoque menos formalista para as restrições verticais</i>	<i>140</i>
<i>II.3.1.1. Considerações gerais introdutórias</i>	<i>140</i>
<i>II.3.1.2. Recusas de contratar verticais e o art. 81 do Tratado de Roma</i>	<i>142</i>

II.3.1.3. Recusa de contratar verticais e o artigo 82 do Tratado de Roma	156
II.3.1.4. Síntese do tratamento outorgado às recusas verticais envolvendo bens não-essenciais na Europa: em direção à convergência entre os arts. 81 e 82?	165
II.3.2. Estados Unidos: uniformização em torno da regra da razão.....	169
II.3.2.1. Considerações gerais introdutórias	169
II.3.2.2. O art. 1º do Sherman Act e sua interpretação jurisprudencial no que tange às recusas verticais.....	171
II.3.2.3. Monopolização (ou tentativa de) por meio de recusas de contratar envolvendo bens não essenciais	180
III – A RECUSA DE CONTRATAR HORIZONTAL	188
III.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	188
III.2. A RECUSA DE CONTRATAR HORIZONTAL NO DIREITO CONCORRENCIAL COMPARADO.....	190
III.2.1. Europa	190
III.2.2. Estados Unidos.....	197
III.2.3. Recusas coletivas envolvendo propriedade intelectual: Europa e EUA	202
IV - A RECUSA DE CONTRATAR NOS MERCADOS (MONOPOLIZADOS OU NÃO) CARACTERIZADOS PELA EXISTÊNCIA DE BENS DE UTILIDADE PÚBLICA	205
IV.1. OS MERCADOS CARACTERIZADOS PELA EXISTÊNCIA DE BENS DE UTILIDADE PÚBLICA: SITUAÇÃO TÍPICA DE RECUSA DE CONTRATAR COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA	205
IV.2. DIGRESSÕES SOBRE A DOCTRINA NORTE-AMERICANA DA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL	209
IV.3. A FORMULAÇÃO DA DOCTRINA DA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL NO DIREITO ANTITRUSTE EUROPEU.....	216
IV.4. A APLICABILIDADE DA DOCTRINA DA INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	225
IV.5. RECUSA DE CONTRATAR EM MERCADOS ESPECIFICAMENTE REGULADOS, CARACTERIZADOS POR BEM DE UTILIDADE PÚBLICA	232
IV.5.1. Regulação em sentido estrito versus antitruste: conflito ou coexistência nos setores especificamente regulados?.....	232
IV.5.2. O problema do acesso nos mercados deficientemente regulados envolvendo bens essenciais	241
V – A RECUSA DE CONTRATAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUA INTERPRETAÇÃO DOCTRINÁRIA.....	248
V.1. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	248
V.2. REVISÃO DA DOCTRINA NACIONAL	252
V.3. ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES NACIONAIS EM MATÉRIA DE RECUSA DE CONTRATAR	258
V.3.1. Precedentes envolvendo a recusa de contratar vertical	258
V.3.2. Precedentes envolvendo a recusa de contratar horizontal.....	278
V.3.3. A jurisprudência em matéria de recusa de contratar no Brasil é adequada aos preceitos constitucionais e legais que tratam da concorrência?	288
VI – CONCLUSÃO.....	295
VI.1. ANÁLISE CONVERGENTE DE CONDUTAS: O MÉRITO DO SISTEMA BRASILEIRO	295
VI.2. PROPOSTA DE TRATAMENTO SISTEMÁTICO PARA AS RECUSAS DE CONTRATAR NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....	299
VI.3. OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAR E OUTROS REMÉDIOS.....	316
VII – BIBLIOGRAFIA.....	323

INTRODUÇÃO

A importância do direito da concorrência vem aumentando gradualmente no cenário nacional desde a abertura da economia no início da década de 1990, trazendo consigo uma visível tendência à concentração de empresas em diversos setores. Não apenas a preocupação do Estado com o assunto cresceu – as autoridades de defesa da concorrência já sinalizaram claramente a intenção de controlar as estruturas no mercado e de punir condutas anticompetitivas com rigor –, como também as empresas passaram a dar maior atenção às normas antitruste no país, inclusive buscando utilizá-las como instrumento para a tutela de seus interesses.

Com as privatizações realizadas às vésperas da virada do milênio, aliás, a concorrência foi introduzida em diversos setores antes monopolizados, e mais agentes econômicos passaram a necessitar da legislação antitruste, cuja aplicabilidade abrange praticamente todas as indústrias.

Muito embora a produção doutrinária na área do direito concorrencial tenha aumentado significativamente (confira-se, por exemplo, o número de dissertações e teses sobre o assunto apresentadas à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos últimos 5 anos), ainda são escassos os textos dedicados à análise abrangente de certas condutas restritivas.

Este trabalho tem por objetivo examinar a *obligatoriedade de contratar* como instrumento de repressão ao abuso de poder econômico. Mais precisamente, pretende-se avaliar em que condições é legítima a intervenção do Estado, por intermédio das autoridades (administrativas e judiciais) competentes em matéria de concorrência, determinando que o agente econômico, *contra a sua vontade e como sanção pela prática de uma conduta anticompetitiva*, negocie com terceiros, ou ajustando os termos do contrato para que se torne viável.

A análise recai exclusivamente sobre as práticas conhecidas como “recusas de contratar” ou “recusas de negociar”, ou seja, não abarca a *obligatoriedade de contratar* que possa

advir do controle de estruturas (ou “concentrações”)¹, quando muito abordada marginalmente. A imposição de um contrato a outrem também pode constituir infração antitruste, mas esse assunto não é abordado aqui.

Justamente por constituir uma limitação ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa (que tem *status* de liberdade econômica fundamental e constitui um dos pilares da ordem econômica) e à sua maior expressão na esfera privada, a faculdade de celebrar ou não um contrato², a obrigatoriedade de contratar como sanção constitui tema complexo e polêmico.

O problema pode ser parcialmente solucionado com a adoção de concepções de liberdade de iniciativa e de contrato que não se alinham com os pressupostos da ideologia liberal. Procuramos demonstrar, nos Capítulos I e II da Primeira Parte, que é justamente esse o caso do ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, o direito da concorrência, longe de constituir uma restrição à livre atuação dos agentes econômicos no sistema de mercado, mostra-se necessário e salutar para a continuidade desse sistema.

A concorrência é uma garantia institucional no ordenamento brasileiro e a aplicação da legislação concorrencial, que tem por objetivo prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, é uma forma de viabilizar a função social da propriedade, da empresa e do contrato (Cap. II da Primeira Parte).

Preenchidas as condições pertinentes, é perfeitamente justificável, portanto, a intervenção do Estado nas relações privadas entre os agentes econômicos, por meio do direito concorrencial, de modo a direcionar as atividades da empresa e os contratos delas decorrentes, para que os mesmos não se furtem ao preenchimento ou alcance de sua função social.

¹ A tradicional classificação entre o controle dos comportamentos e o controle das estruturas é adotada por Calixto SALOMÃO FILHO. Nas palavras do autor, “*o primeiro tipo de controle visa a regulamentar e sancionar o chamado abuso do poder econômico, em suas mais variadas formas*”, enquanto que o segundo tipo, que só recentemente passou a ser objeto de preocupação do legislador brasileiro, diz respeito à necessidade de autorização no que diz respeito à formação de estruturas que possam “*vir a gozar de poder de mercado*” (*Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13). A lei brasileira de defesa da concorrência (Lei 8.884/94) encampa os dois aspectos, sendo que o controle de condutas está previsto nos artigos 15 a 53, cabendo ao artigo 20 a tipificação das práticas ofensivas à ordem econômica.

² Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 233.

Ainda assim, na prática, não é fácil caracterizar a negativa (ou recusa) de contratar que afronta a legislação da concorrência e enseja a obrigatoriedade de contratar com fulcro no diploma antitruste, distinguindo-a de comportamentos que não têm aptidão para produzir efeitos anticompetitivos, e que se configuram, portanto, legítimos. Os limites entre as duas situações podem ser muito tênues nos casos concretos.

Procuramos, ao longo desse trabalho, enfrentar a questão e estabelecer parâmetros gerais para orientar a análise concorrencial das recusas de contratar, em suas diversas modalidades.

Cabe ressaltar, para que não subsistam dúvidas sobre o objeto de nossa análise, que a obrigatoriedade de contratar não decorre exclusivamente do direito antitruste, podendo resultar de inúmeras outras situações que, todavia, não serão tratadas neste trabalho.

Nesse contexto, é particularmente importante distinguir entre “abuso do poder econômico”, cuja prevenção e repressão orienta a legislação antitruste brasileira, e “abuso do poder contratual” (ou “abuso de dependência econômica”), que não é coibido pela lei antitruste em nosso país, embora possa ser objeto de outras normas integrantes do ordenamento pátrio.

Assim, é preciso ter claros os princípios que orientam a atividade econômica e que justificam a aplicação do direito da concorrência no Brasil, para que se possa separar, com critério, as práticas que constituem infração à ordem econômica daquelas que, embora possam servir de fundamento para lides privadas (e eventualmente para outras ordens de questionamentos), são irrelevantes para o direito antitruste.

A Primeira Parte deste trabalho encontra-se voltada para esse fim. Além de estabelecer premissas necessárias, adotadas ao longo de todo o texto, a respeito de liberdade de iniciativa e liberdade contratual, ali é que se discutem quais são os *interesses institucionais* afetados pela celebração do contrato, ou pela recusa de fazê-lo, por parte de um *agente com poder econômico*.

No Capítulo I, analisamos as relações entre liberdade de iniciativa e direito econômico. São apresentados conceitos relevantes adotados no restante do trabalho, destacando-se o da própria liberdade de iniciativa e o de direito econômico como regulação, e discutidos os objetivos perseguidos pelo direito econômico no mundo contemporâneo, em especial os valores especificamente associados ao direito da concorrência no Brasil, culminando com a nossa posição sobre a sistemática adotada por essa legislação no país. Ao final do capítulo, esboçamos parâmetros gerais para a análise das recusas de contratar, no contexto de um direito concorrencial voltado para a prevenção e repressão do abuso do poder econômico.

No Capítulo II analisamos diferentes noções de contrato, contrapondo liberdade de contratar e dirigismo contratual e introduzindo a noção de função social. Para encerrá-lo, examinamos a relação entre os interesses institucionais tutelados pelo direito da concorrência, de um lado, e a aplicação da função social do contrato, de outro, no ordenamento jurídico brasileiro.

Na Segunda Parte, analisamos as situações que ensejam a obrigatoriedade de contratar fundada no direito concorrencial, ou seja, as diversas modalidades de *recusa de contratar*, visando conferir-lhes tratamento sistemático.

No Capítulo I, delimitamos que tipo de recusa de contratar é objeto desta tese. Após discorrermos sobre diversas classificações para essa modalidade de prática, justificamos as razões para a abordagem metodológica adotada nos capítulos subsequentes.

Nos Capítulos II e III, discutimos, respectivamente, as recusas verticais e horizontais em setores não caracterizados por infra-estruturas essenciais, com ênfase sobre o direito comparado europeu e norte-americano. No que se refere às recusas de contratar verticais, fica claro que as relações de distribuição respondem pela maioria dos casos controvertidos. No entanto, não tratamos da recusa de contratar envolvendo apenas etapas intermediárias da cadeia produtiva, mas também de condutas que afetam diretamente os consumidores finais de bens ou serviços, e relações que não contam com a intermediação de distribuidores.

No Capítulo IV, abordamos as recusas de contratar, horizontais e verticais, em setores caracterizados pela existência de bens de utilidade pública (infra-estruturas essenciais),

bem como as doutrinas alienígenas sobre o tema. As razões pelas quais reunimos as suas modalidades de recusa (horizontais e verticais) ficam claras no item IV.2 e relacionam-se ao desenvolvimento histórico da doutrina norte-americana. O capítulo culmina com a discussão sobre a utilidade e o papel do direito da concorrência nas situações em que o setor é objeto de regulação específica, podendo, inclusive, abarcar a obrigatoriedade de contratar.

No Capítulo V, discutimos as recusas de contratar à luz do direito brasileiro (legislação, doutrina e precedentes) e avaliamos as decisões mais importantes das autoridades administrativas e judiciais pelo prisma de sua adequação aos preceitos constitucionais aplicáveis, discutidos na Parte I.

Finalmente, na Conclusão (Capítulo VI), exaltamos os méritos do sistema concorrencial brasileiro relativamente aos sistemas comparados que foram objeto de exame, com ênfase sobre a abordagem outorgada às recusas de contratar, e apresentamos proposta de tratamento uniforme para essas condutas no Brasil, observando os princípios que orientaram a promulgação da Lei 8.884/94 e as funções sociais da empresa e do contrato (remetendo à Parte I da tese). O Capítulo é encerrado com uma breve discussão sobre a obrigatoriedade de contratar e outros remédios para a recusa.

PARTE I

Livre-iniciativa, liberdade de contratar e direito da concorrência

I – A LIBERDADE DE INICIATIVA E O DIREITO ECONÔMICO

I.1. A concepção de liberdade de iniciativa adotada neste trabalho

Seria imprudente analisar a obrigatoriedade de contratar quando imposta pela legislação concorrencial sem antes tratar da liberdade de iniciativa, princípio constitucional expresso no *caput* do art. 170 da Magna Carta brasileira de 1988.

Existe, à primeira vista, manifesta contraposição entre ambas as idéias. Como admitir que um agente, no gozo de sua liberdade de iniciativa econômica, possa vir a ser lícitamente compelido a com outrem celebrar contrato?

O objetivo deste capítulo é demonstrar que a obrigatoriedade de contratar é perfeitamente compatível com a liberdade de iniciativa, o que, aliás, não representa nenhuma novidade. A noção de liberdade de iniciativa aqui adotada como premissa explica inteiramente tal circunstância. Com efeito, tem-se adiante evidenciado que o conflito entre atuação estatal e autonomia privada (ou “Direito *versus* Mercado”³, este último com a conotação de “auto-regulação” da economia) é apenas aparente, desaparecendo quando se adota uma concepção mais instrumental e menos ideológica de liberdade de iniciativa.

É certo que, analisado em uma perspectiva histórica, o nascimento do princípio da liberdade de iniciativa encontra-se a serviço da ideologia liberal (associada ao liberalismo econômico), devendo ser compreendido como um dos pilares básicos da economia de mercado e do modo de produção capitalista⁴.

³ Expressão adotada em homenagem aos professores Eros Roberto GRAU e Paula A. FORGIONI, que a consagraram ao instituir, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, disciplinas com tal nomenclatura.

⁴ José Afonso da SILVA (*Curso de direito constitucional positivo*, 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 767-768). O autor explica que a liberdade de iniciativa surgiu “*como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaíam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida*”.

Nessa linha, também é verdade que a liberdade de iniciativa é freqüentemente invocada para justificar pretensões de imunidade, por parte de indivíduos e organizações, à legislação em vigor ou à atuação da Administração Pública (direta ou indireta, em todas as suas esferas).

No entanto, ao contrário do que parece ser o senso comum, a liberdade de iniciativa não constitui direito subjetivo público⁵ ou natural⁶, absoluto e indiscriminadamente oponível a terceiros (principalmente ao Poder Público). A expressão pode ser sinônima de “autonomia privada”, mas não se confunde com “autodeterminação”.

Há que se proceder à necessária distinção entre os dois conceitos, já que dela decorrem as principais conclusões deste trabalho. Enquanto a autodeterminação “*assinala o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses*” e de orientar a própria vida de acordo com as suas preferências (representando, portanto, um valor absoluto da pessoa humana), a autonomia privada é “*um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam*”, e tem lugar sempre que e apenas quando “*o ordenamento – e seja qual for a razão última dessa opção – se abstenha de fixar, de forma impositiva, as regras a que devem obedecer as relações sociais, deixando essa tarefa à livre decisão dos que nelas intervêm...*”⁷

A liberdade de iniciativa, nesse contexto, corresponde a um espaço de atuação livre e autônoma do indivíduo (ou empresa), sendo certo que, por exigência da própria coexistência humana em sociedade, *tal espaço é delimitado conforme o ordenamento* (ou

⁵ Fábio Konder COMPARATO assinala que a caracterização da liberdade de iniciativa como liberdade propriamente dita, e não como direito subjetivo público, assume particular importância prática no meio empresarial brasileiro, “*tradicionalmente inclinado à obtenção de privilégios, estímulos e subvenções*” (Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito público: estudo e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 99-115, grifos nossos).

⁶ Nesse sentido, Luigi FERRI critica a concepção tradicional de autonomia privada, adotada, inclusive, por BETTI, onde a mesma é concebida fora do direito. Em monografia sobre o assunto, FERRI defende que a autonomia privada resulta da lei: “*el concepto de autonomía privada sólo puede ser aceptado y utilizado si se lo formula en términos jurídicos precisos. Entendido como libertad natural o moral de querer o de determinarse de un modo o de otro, es un dato de la realidad que constituye sólo un presupuesto, un antecedente de la fenomenología jurídica. (...) La autonomía privada nos es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas. ¿Intereses privados? El campo donde actúa la autonomía privada es justamente de los intereses privados, y los intereses privados vienen determinados por la vía de exclusión: son todos aquellos intereses cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros, el Estado.*” (*La autonomía*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, cit., pp. 6-7).

⁷ Joaquim de Souza RIBEIRO. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21-22. José Afonso da SILVA. *Curso*, cit., p. 768.

quadro legal, como preferem alguns autores)⁸. A liberdade de iniciativa econômica não foge a essa regra.

Observa-se, ainda, que, no campo econômico, a despeito de ter surgido como corolário liberal, *a liberdade de iniciativa jamais foi absoluta*, nem mesmo por ocasião do seu nascimento.

Com efeito, o princípio da liberdade de iniciativa econômica, originariamente postulado no édito de Turgot⁹, de 09 de fevereiro de 1776, foi acolhido no Decreto d'Allarde, editado na França em março de 1791, já com algumas limitações. O art. 7º do referido Decreto, que preconizava o fim das corporações de ofício, apregoava que as pessoas seriam livres para realizar qualquer negócio ou exercer a profissão, arte ou ofício que lhes aprouvesse, *desde que* estivessem munidas de uma patente (imposto direto), pagassem as taxas exigíveis e se sujeitassem aos regulamentos de polícia existentes. Meses depois, a Lei Le Chapelier, em junho de 1791, proibiu todas as espécies de corporações, mantendo as ressalvas contidas no Decreto d'Allarde.

Assim, mesmo no liberalismo nascente, a concepção de um Estado inteiramente omissor corresponde apenas a um tipo ideal¹⁰.

⁸ Não estamos de forma alguma sustentando que a liberdade pode ser limitada sem qualquer critério, como ocorre em certos regimes extremistas e antidemocráticos. Existem direitos inerentes ao seres humanos que não devem ser suprimidos em nenhuma hipótese, e que, por essa razão, podem até ser chamados “direitos naturais”. Vide, nesse sentido, Randy E. BARNETT (*The structure of liberty: justice and the rule of law*. Oxford: University Press, 2007) e Fábio Konder COMPARATO (*Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia das Letras, 2006; *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4 ed., 2005). Porém, não trataremos da questão neste trabalho.

⁹ Economista e político francês, entusiasta do liberalismo econômico, Turgot foi ministro na França de 1774 a 1776, quando apresentou ao Conselho do rei seis édits, dois dos quais muitos importantes, propondo a supressão da corvéia real e das corporações de ofício.

¹⁰ Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica da Constituição de 1988*, 8 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183 (nossos grifos). A respeito, vide, ainda, Karl POLANYI, um dos principais teóricos do século XX, que, ao estudar os fenômenos que levaram ao nascimento do capitalismo na Inglaterra (seu berço), defende que este sistema sempre esteve ligado à intensa participação do Estado no domínio econômico. Nas palavras do autor, “*a engrenagem de mercados num sistema auto-regulável de tremendo poder não foi o resultado de qualquer tendência inerente aos mercados em direção à excrescência, e sim o efeito de estimulantes altamente artificiais administrados ao corpo social, a fim de fazer frente a uma situação criada pelo fenômeno não menos artificial da máquina*” (*A grande transformação: as origens da nossa época*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 78). No mesmo sentido, Hugh COLLINS pondera que o mercado depende da lei, e que não há tensão entre mercado (como sinônimo do modo de produção capitalista) e os institutos que caracterizam o *Welfare State* (*The modern law of contract*, 2 ed. London: Butterworths, 1993, p. 3, 26-27). Vide, ainda, Klaus J. HOPT (*Restrictive practices and juridification: a comparative study*. In: Gunther TEUBNER (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate antitrust and social welfare law*. Berlim, New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 291-331).

Em outras palavras, embora a ideologia liberal que se consolidou logo nos primeiros anos da Revolução Industrial apregoasse que os indivíduos, ao atuar de forma livre e egoísta, buscando apenas satisfazer os seus próprios interesses, acabavam por proporcionar o bem-estar social¹¹, os beneficiários dessa ideologia não se “arriscavam” a afastar a participação do Estado nesse processo, sabendo que a própria economia de mercado dependia da tutela estatal para existir.

Fica claro, desse modo, que a idéia de uma “liberdade de iniciativa” amplíssima, ilimitada e associada a um mercado disciplinado exclusivamente pela “mão invisível” de Adam SMITH (ou seja, por “leis econômicas naturais”)¹², é inteiramente teórica e ideológica. Aqueles que defendem a completa “retirada” do Estado do campo da atividade econômica ou o fazem ingenuamente ou a serviço de interesses (i.e., imunidades e privilégios) que preferem ocultar sob o discurso político.

Atualmente, no contexto “*de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios)*”, a liberdade de iniciativa “*não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’*. É legítima, quando exercida no interesse da justiça social.

¹¹ Essa ideologia, abraçada por Adam SMITH em *A Riqueza das Nações*, tem raízes nos trabalhos de Bernard MANDEVILLE (*A fábula das abelhas, ou vícios privados, benefícios públicos*, de 1714) e David HUME (*Tratado da natureza humana*, de 1740), e passou a ser conhecida genericamente como utilitarismo. SMITH toma as premissas de que a natureza humana é essencialmente egoísta, mas que os vícios privados acabam por engendrar benefícios públicos (MANDEVILLE), e de que a justiça orienta-se pelo *valor da utilidade* (HUME), conferindo-lhes maior clareza e o pragmatismo de uma teoria. Para o autor, não se pode esperar que os homens auxiliem uns aos outros ou cooperem entre si por benevolência. O trecho a seguir não poderia ser mais ilustrativo: “[i]t is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them about our own necessities but of their advantages” (*The wealth of nations*. New York, The Modern Library, 2000, p. 15).

¹² Natalino IRTI observa que não existem leis naturais (nem mesmo de natureza econômica). Todas as normas são artificiais e advêm de decisões políticas (e, portanto, ideológicas). Para ele, o apelo à “naturalidade” (inclusive das “leis de mercado”) dissimula o objetivo de negação de uma norma (existente ou futura) ou o interesse em uma norma com outro conteúdo. Assim, o apelo às “leis naturais” terá sempre uma função conservadora (ou seja, opõe-se a “naturalidade” da lei antiga à nova norma que se pretende editar) ou progressista (opõe-se a “naturalidade” à norma antiga, com vistas à obtenção de uma norma nova). Desse modo, segundo IRTI, a idéia de “mercado livre” como “mercado sem normas” nasce do interesse de se abolir *certas* normas. Aliás, assim como ocorre com o “direito natural”, o recurso à tecnocracia (ou seja, a habilidades técnicas, alegadamente neutras) para solucionar os conflitos também esconde propósitos políticos (Teoria generale del diritto e problema del mercato. In: *L’ordine giuridico del mercato*. 4 ed. Roma: Editori Laterza, 2003, pp. 9-14).

Será ilegítima, quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”¹³.

Posição semelhante é adotada por Eros Roberto GRAU, que vislumbra no princípio da liberdade de iniciativa dupla face: (i) a liberdade de comércio e indústria (que envolve a faculdade de explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal, *senão em virtude de lei*) e (ii) a liberdade de concorrência (que envolve a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal, a proibição de formas de atuação que mitigariam a concorrência e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições com concorrentes)¹⁴.

É esta concepção de liberdade de iniciativa, voltada à perseguição de um fim maior (a promoção de justiça social), e que tem a proteção da concorrência como pilar – e não como limite – que será adotada ao longo do presente trabalho. Nesse contexto, a obrigatoriedade de contratar estabelecida pelo direito concorrencial não deve causar espanto.

À guisa de esclarecimento final, cabe ressaltar que a compreensão de liberdade de iniciativa ora proposta alinha-se perfeitamente à denominada *visão construtivista do mercado* (já esboçada anteriormente, quando se desmitificou a idéia de uma economia de mercado totalmente independente do Estado e do ordenamento jurídico), que consiste na negação de sua existência como “fenômeno natural” e na sua compreensão como uma

¹³ José Afonso da SILVA. *Curso*, cit., p. 768.

¹⁴ *A ordem econômica*, cit., pp. 184-185. Fábio Konder COMPARATO também atribui duplo sentido à expressão “liberdade de iniciativa”, sendo um deles, que o autor chama de “liberdade de acesso ao mercado”, de garantia de livre criação ou fundação de empresas (à luz do art. 170, par. único, da Constituição Federal), vedados os monopólios públicos quando não especificamente declarados no texto constitucional, e o outro de “liberdade de atuação e permanência no mercado”, ou seja, livre atuação das empresas já criadas, vedadas práticas privadas que importem na eliminação de concorrentes (à luz do art. 173, §4º, da Constituição) e também a interferência estatal abusiva, que resulte na “impossibilidade prática de continuidade da atuação de certas empresas no mercado”. O autor assevera que “[a] supressão da liberdade empresarial, porém, não se confunde, de modo algum, com as restrições de natureza pública ao exercício dessa liberdade, as quais visem à realização dos valores ou finalidade superiores, igualmente expressos como mandamentos constitucionais. A Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deve assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170, caput). É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170 ...” (Regime constitucional, cit., pp. 101-103).

construção racional, política e jurídica, das autoridades e do legislador, a partir da livre concorrência¹⁵.

Essa premissa é fundamental para a tese desenvolvida nestas linhas, na medida em que a livre-concorrência deixa de ser vista como simples política pública (que pode ou não ser implementada, conforme os objetivos dos diferentes governos e as convicções pessoais dos aplicadores da lei, sempre transitórios), passando a ser encarada, necessariamente, como o regime estabelecido para a ordem econômica na Constituição brasileira. Voltaremos a esse aspecto ao analisarmos os fundamentos e objetivos do direito da concorrência no país (itens I.4.2 e I.5.2).

¹⁵ Nesse sentido: Marthe TORRE-SCHAUB. *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marche*. Paris: LGDJ, 2002, pp. 1-14. Segundo a autora, as principais vantagens de se ter o mercado como uma construção dizem respeito à possibilidade de (i) agrupar seus elementos de forma coordenada e coerente, (ii) definir seus limites e, finalmente, (iii) atribuir-lhe um regime. Para maiores detalhes a respeito dos principais significados da expressão “mercado”, vide, ainda, Maria Rosaria FERRARESE (*Diritto e mercato*. Torino: G. Giappichelli, 1992, pp. 17-76). A autora não deixa passar ao largo a idéia de mercado como instituição (instrumento eficaz e duradouro de organização das relações sociais e dos recursos), muito próxima da visão construtivista, inclusive porque, para sobreviver, a instituição “mercado” precisa de proteção externa, função que cabe tradicionalmente ao Direito. No mesmo sentido, o já citado Hugh COLLINS (*The modern law*, cit., *passim*), que fundamenta em tal premissa os seus ensinamentos sobre a teoria contemporânea dos contratos na *common law*.

I.2. A evolução histórica das limitações ao princípio da liberdade de iniciativa e o nascimento do direito econômico

Embora jamais tenha sido incondicional e absoluta, já que, como bem posto por Eros GRAU, “*atuação no domínio econômico o Estado sempre desenvolveu*”, é evidente que a liberdade de iniciativa contempla limitações maiores ou menores de acordo com o período histórico e com a localidade estudada (e seu sistema jurídico), de modo que não se pode afastar a sua historicidade.

A partir do segundo quarto do século XX, as limitações impostas à liberdade de iniciativa passaram a receber tratamento sistematizado, dando origem ao que conhecemos como direito econômico.

O que marca o nascimento desse ramo do direito é a crescente atuação do Estado, de forma sistemática, “*a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos*”, em áreas antes predominantemente atribuídas aos particulares. Até o momento neoconcorrencial ou intervencionista, as atribuições do Estado estavam mais ligadas à produção do direito e à segurança, limitando-se a sua interferência na economia praticamente à defesa da propriedade, essencial ao modo de produção capitalista¹⁶.

Pode-se, portanto, distinguir *dois períodos referentes à atuação do Estado na economia*: no primeiro deles, prevaleceu a chamada “ordem liberal”, que teria como marco inicial o ano de 1776 – data que corresponde a quatro eventos: *na política*, a independência americana; *na economia*, a publicação da “Riqueza das Nações”, de Adam SMITH; *no direito*, a edição do Décret d’Allarde (na França); e *na tecnologia*, a aplicação do princípio da máquina a vapor à movimentação de teares, propiciando a mecanização da indústria têxtil – e que perdurou por cerca de 150 (cento e cinquenta) anos, até a grande Depressão de 1929, quando o então Presidente dos Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, propôs o New Deal; no segundo, iniciado em 1930, predominaram os sistemas econômicos contemporâneos¹⁷.

¹⁶ *A ordem econômica*, cit., pp. 14-15.

¹⁷ Fábio NUSDEO. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3 ed., São Paulo: RT, 2001. pp. 124-137 e 200-224. A respeito, vide, ainda Paulo BONAVIDES. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

A diferença ideológica entre esses dois períodos reside basicamente na separação ou não entre o sistema político e o sistema econômico.

A ordem liberal propunha que tais sistemas fossem segregados (o que, como visto, é utópico), encarregando-se o Estado das decisões políticas, enquanto que o mercado cuidaria das decisões econômicas. Desse modo, o papel proposto para o Estado na ordem liberal era o mínimo necessário, qual seja dar condições para o mercado atuar, exprimindo-se no binômio Direito e segurança, cabendo aos agentes econômicos decidir sobre a utilização dos recursos escassos da sociedade. As principais características da ordem econômica liberal são (i) Constituições clássicas (ou Constituições-garantia), que previam apenas os direitos básicos dos cidadãos, protegendo-os inclusive contra o Estado; e (ii) a codificação do direito privado na Europa Continental (visando instrumentalizar o mercado, assegurando a sua estrutura), concomitantemente a um direito administrativo tímido, de caráter pretoriano. *Não é por acaso que a tradicional dicotomia entre direito público e direito privado teve origem no contexto da ideologia liberal.*

Já nos sistemas econômicos contemporâneos, o Estado é chamado a atuar de forma constante e sistemática. Surgem as constituições programas (ou socialdemocratas), bem como novos ramos do Direito, voltados para setores específicos da atividade econômica. A lei passa a ser interpretada de maneira funcional e finalística, abrindo espaço para a idéia de função social (da propriedade e do contrato), aspectos analisados no item II.3 infra.

Não há como negar, portanto, que a situação que vivenciamos atualmente, marcada pela intensa atuação do Estado na economia, diverge substancialmente daquela que marcou o período “liberal” (cuja duração efetiva, mais curta ou mais longa, é até hoje objeto de controvérsias). De garantidor do direito de propriedade e provedor da segurança, o Estado acabou passando a ator econômico. Pergunta-se, então, como foi que ocorreu essa transformação.

Fábio K. COMPARATO afirma, categoricamente, que o direito econômico nasce com a Primeira Guerra Mundial, que representa de fato o fim do século XIX e a superação de uma certa concepção clássica da guerra e da economia. A guerra, *“até então uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão, e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação”*, assumiu, a partir de 1914,

proporções sociais e totalitárias, submetendo “*a seus fins todas as classes sociais, sem exceção*”, de modo, que, doravante, “*em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizadas pelo conflito armado*”.

Por seu turno, diante da constatação de que a guerra “*não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios*”, a economia transformou-se por completo sob a ação do novo fenômeno bélico. O Estado não podia permanecer “*indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada*”, devendo, “*submetê-los antes de tudo às exigências da guerra*”. Com isso, a atividade econômica passou a ser objeto de “*regulamentação abundante, estrita e minuciosa*”, que em pouco tempo transformou o direito patrimonial clássico, “*abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras*”¹⁸.

Depois da Primeira Guerra, outros fenômenos – a crise de deflação e de superprodução de 1929, a Segunda Guerra, a reconstrução que lhe sucedeu, a corrida armamentista, o movimento de concentração do poder econômico nos países industrializados e a política de desenvolvimento no ‘Terceiro Mundo’ – vieram apenas confirmar a necessidade de um aparato jurídico disciplinando a atividade econômica, tendo sempre em conta os novos objetivos que apareciam¹⁹.

Daí a observação de Fábio NUSDEO, no sentido de que o Estado retirou-se da vida econômica pela “porta da frente” na ordem econômica liberal, retornando pela “porta dos fundos” nos sistemas contemporâneos²⁰.

¹⁸ *O indispensável direito econômico. In: Ensaios e pareceres de direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 455-459.

¹⁹ Para maiores detalhes sobre leis e atos que marcaram a gradativa atuação do Estado na economia, no Brasil e em outros países, vide Eros Roberto GRAU. *A ordem econômica*, cit., pp. 19-20.

²⁰ “*Escorraçado da economia pelos postulados do liberalismo, o poder público dele saiu pela porta da frente, mas acabou por reingressar gradualmente pela porta dos fundos, isto é, esse reingresso não foi sistemático, nem sempre conscientemente desejado, mas fruto de uma necessidade incontornável, à falta de qualquer outra alternativa para lidar com os apontados problemas*” (Curso, cit., p. 164). Luiz Gonzaga de Mello BELLUZZO apresenta uma narrativa mais “romântica” desse fenômeno, em artigo originalmente publicado na Folha de s. Paulo, em 27 de abril de 2003 (O mercado e os direitos sociais. In: *Ensaios sobre o capitalismo no século XX*, São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 63-65). Nas suas palavras, “[a] história dos séculos XIX e XX pode ser contada como uma saga: a resistência das camadas sociais mais desprotegidas contra as forças cegas e supostamente impessoais do mercado. O século XX foi, sem dúvida, palco de uma batalha que, entre mortos e feridos, deixou o saldo positivo da conquista dos direitos sociais. Essa conquista determinou que o reconhecimento do indivíduo como cidadão não mais dependia exclusivamente de sua posição no circuito mercantil. O Estado social, construído a ferro e fogo pelos subalternos, impôs o

Em suma, o direito econômico, surgido a partir da Primeira Grande Guerra, e consolidado, principalmente, na década de 1930, com o *New Deal* norte-americano, firmou-se de forma definitiva e irreversível. Analisamos, a seguir, o papel do direito econômico hoje, bem como que relação tem ele com a obrigatoriedade de contratar no direito brasileiro da concorrência.

reconhecimento dos direitos do cidadão, isto é, da sua autonomia desde o seu nascimento até a sua morte. Ele será investido nesses direitos desde o primeiro suspiro: o nascimento de um cidadão implica, por parte da sociedade, o reconhecimento de uma dívida. Dívida com sua subsistência, com sua dignidade, com sua educação, com seu trabalho, com sua velhice.”

I.3. O direito econômico, as formas de atuação do Estado na economia e as diferentes noções de regulação

Viu-se que, superada a ordem econômica liberal, surge o direito econômico e, com ele, um novo sistema, onde o Estado se faz presente de forma constante nas atividades econômicas.

Dada a realidade da intervenção²¹ do Estado na economia, não é de se estranhar a intromissão progressiva do direito público na esfera de relações historicamente caracterizadas como privadas. Segundo Vicente RÁO, a tendência de “*publicização*” do direito, decorrente da necessidade cada vez maior da intervenção do Estado na esfera do direito privado, acarretando a sua progressiva redução, acentua “*as dificuldades crescentes que se antepõem a qualquer tentativa de distinção perfeita entre esses dois ramos do direito objetivo*”²².

E é bom que seja assim, na medida em que, conforme já observado por Calixto SALOMÃO FILHO, “... *um direito metodologicamente compartimentado entre público e privado, não está apto a regular e imprimir a sociedade rumos e valores sociais capazes de substituir ou ao menos complementar parcialmente a ineficiência do Estado*”²³.

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer de três formas, segundo a classificação tradicionalmente adotada por Eros R. GRAU²⁴:

²¹ Alguns autores criticam a utilização da expressão “intervenção” nesse contexto, preferindo empregar simplesmente os termos “atuação” ou “presença” do Estado na economia, sob a justificativa de que “intervenção” (ou “intervencionismo”), quando associada às atividades do Estado, traz consigo um ranço liberal, por remeter à idéia de “intromissão” e estar associada a um caráter transitório. Nesse sentido, Fábio Konder COMPARATO (Regime constitucional, cit., p. 101). Da mesma forma, Fábio NUSDEO consigna que o Estado, “*até então visto como mero interventor, passa a ter a sua presença reclamada com um agente habitual*” (Curso, cit., p. 1165). Eros R. GRAU discorda desse posicionamento, afirmando ser inócuo o debate a respeito da inconveniência ou incorreção do uso do vocábulo “intervenção” para tratar da atuação do Estado na economia (A ordem econômica, cit., pp. 63, 82-83 e 126). O autor defende que “*intervir é atuar em área de outrem*” sendo que o Estado, quando atua no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, pratica, sim, intervenção. Por se tratar de expressão amplamente disseminada, deixaremos de lado a sua conotação liberal e utilizá-la-emos no presente trabalho como sinônimo de atuação.

²² O direito e a vida dos direitos. 5 ed., atual. São Paulo, RT, 1999, p. 226.

²³ Direito empresarial público. RDM, v. 112, out./dez. 1998, p. 17-18.

²⁴ A ordem econômica, cit., pp. 126-129. Além das situações descritas como intervenção, Eros R. GRAU ressalta que o Estado também atua na economia por meio da prestação dos serviços públicos. Nessa hipótese, não se trata de intervenção, já que o Estado não estaria a atuar na área de outrem (esfera privada), e sim em sua própria (esfera pública). Essa posição baseia-se na distinção que GRAU faz entre atividade econômica em sentido estrito, de um lado, e serviço público, de outro. Ambos constituiriam o que o autor denomina de “atividade econômica em sentido amplo”. Segundo ele, o art. 173 da Constituição Federal Brasileira empregaria a expressão “atividade econômica” em sentido estrito, reportando-se, claramente, à “*atuação do*

- (i) intervenção por absorção (em regime de monopólio) ou participação (em regime de concorrência): o Estado atua diretamente na economia, com as vestes de empreendedor, ou seja, como agente econômico;
- (ii) intervenção por direção: “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório” para os agentes econômicos (v.g., por meio de legislações cogentes que afetam a vida econômica e estabelecem restrições à liberdade dos particulares, como é o caso da legislação antitruste e da legislação de proteção e defesa do consumidor); e
- (iii) intervenção por indução: por meio de normas dispositivas, o Estado cria estímulos, incentivos ou ônus para determinadas condutas ou atividades, indicando ao setor privado como proceder, sem, no entanto, proibir ou determinar práticas (v.g., tarifas com vistas a coibir a importação de certos produtos, incentivos fiscais para determinadas atividades, etc.). O Estado também intervém por indução quando realiza obras ou serviços de infraestrutura, gerando incentivos para investimentos privados em determinadas regiões.

A classificação adotada acima permite-nos distinguir entre as formas “diretas” de intervenção do Estado na economia (intervenção por absorção e por participação) e “indiretas” (intervenção por direção e por indução). Nas últimas, nas palavras do próprio Eros GRAU, o Estado atuaria como *agente regulador da atividade econômica em sentido estrito*²⁵.

Podemos extrair, daí, uma *primeira noção de regulação*, qual seja intervenção do Estado na economia por meio de atividades diretivas (intervenção por direção) ou indutoras

Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado”, enquanto que, por seu turno, o art. 174 adotaria a mesma expressão em seu sentido amplo, referindo-se à “globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador”. Destarte, o Estado somente praticaria “intervenção” na economia quando da realização de atividades econômicas em sentido estrito, jamais por ocasião da prestação de serviços públicos. (A ordem econômica, cit., pp. 91-98).

²⁵ *A ordem econômica, cit., p. 127.*

(intervenção por indução), excluindo-se dessa noção tanto a atuação do Estado por meio da prestação de serviços públicos quanto a intervenção direta no domínio econômico.

Posição distinta é adotada por Calixto SALOMÃO FILHO, que defende uma acepção propositadamente mais ampla de regulação (regulação *lato sensu*), englobando todas as formas de intervenção ou organização da atividade econômica através do Estado, seja através da concessão de serviço público, seja por meio do exercício do poder de polícia²⁶.

Para o autor, um segundo aspecto, relacionado à utilização da expressão “regulação” no campo econômico, põe em destaque a correspondência necessária entre dois fenômenos: a redução da intervenção direta do Estado na economia e o crescimento do movimento de concentração econômica, nessa ordem de importância.

De fato, a privatização de diversos setores antes objeto de monopólio estatal (telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, rodovias, etc.) implicou muitas vezes a transferência de tais monopólios para a iniciativa privada. A expressão “regulação”, desse modo, passou a ser utilizada com maior frequência, referindo-se à legislação (muitas vezes extensa e pormenorizada) que acompanhou os movimentos de privatização e de controle da concentração econômica nos setores agora privados²⁷.

Tem-se, desse modo, uma *segunda* e uma *terceira noções de regulação* (respectivamente jurídica e econômica), não excludentes entre si.

²⁶ *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15. “Na verdade”, justifica-se SALOMÃO FILHO, “o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida, etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação”.

²⁷ Sobre o assunto, vide Mario POSSAS, Jorge FAGUNDES e João PONDÉ. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 99-121, 2001; Bolívar Moura ROCHA. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n.7, p. 47-58, 1998; e Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 238. Os processos de privatização, infelizmente, nem sempre foram precedidos de um arcabouço regulatório adequado e voltado para o desenvolvimento da concorrência em mercados antes monopolizados, o que contribuiu para agravar potenciais problemas concorrenciais. Entre as práticas mais questionadas sob a ótica antitruste encontra-se justamente a recusa de contratar imputada a empresas recém-privatizadas, assunto que será abordado no Cap. IV.5 da Segunda Parte.

Tomando a noção jurídica proposta por Calixto SALOMÃO FILHO e com a qual concordamos, pode-se concluir que a regulação *lato sensu* abrange *tanto* as legislações e normas infralegais que disciplinam as atividades dos agentes econômicos (por exemplo, as leis de defesa da concorrência e de defesa do consumidor), na forma diretiva, indutora ou por meio da concessão de serviços públicos, sem constituir regulamentação direta de variáveis econômicas como preços e quantidades, *quanto* as leis e regulamentos que estabelecem normas e padrões técnicos, metas de universalização, preços, tarifas e controle sobre quantidades produzidas (ou seja, que estabelecem a regulamentação direta e específica de determinados setores, e que chamaremos de *regulação em sentido estrito*)²⁸.

A distinção semântica entre regulação *lato sensu* e regulação *strictu sensu* – duas noções que empregaremos ao longo deste trabalho – traz consequências importantes.

Em primeiro lugar, se o que se tem em mente é a regulação *lato sensu*, pode-se afirmar que *todos* os setores são regulados, sem exceções²⁹. Podem ser mais ou menos regulamentados, porém, sempre regulados. Nesse contexto, *regulação coincide com a própria idéia de direito econômico*.

Já em se tratando de regulação *strictu sensu*, há que se distinguir entre os setores regulados (ou seja, aqueles sujeitos a normas legais e infralegais que estabelecem parâmetros econômicos e técnicos, ou interferem sobre as variáveis ditas “de mercado”, tais como preços, acesso, entrada, etc.), e setores desregulados (nos quais, a despeito de serem aplicáveis diplomas como a lei antitruste, o Estado não atua por meio de regulação específica, seja ela de ordem técnica ou de ordem econômica).

Nesse contexto, a obrigatoriedade de contratar fundada no direito concorrencial é sempre uma medida de regulação em sentido amplo. Porém, somente constituirá regulação em sentido estrito se também estiver prevista em conjuntos de normas regulamentando setores específicos. Voltamos a abordar o assunto no Cap. IV.5 da Segunda Parte, ao tratar de

²⁸ Gesner OLIVEIRA apresenta interessante diferenciação entre regulação técnica (“*estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotadas pelos agentes privados de um setor regulado*”) e regulação econômica (“*estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens ou serviços regulados*”) (*Concorrência; panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64).

²⁹ Nesse sentido, vide Sérgio Varella BRUNA. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003, p. 27.

mercados que justificam o estabelecimento da obrigatoriedade de contratar por meio de regulação *strictu sensu*.

A distinção também é relevante para a compreensão do verdadeiro alcance do chamado “debate regulatório” (vide item I.4.1 abaixo). Isso porque, algumas escolas de pensamento, originadas e desenvolvidas em países adeptos ao sistema de *common law*, empregam a nomenclatura *regulação* no sentido amplo, para defender o esvaziamento do direito econômico (aí incluído o direito da concorrência³⁰), enquanto que operadores menos avisados do direito em nosso país podem concluir que tais doutrinas estão a propor, simplesmente, a redução da regulação específica de alguns setores da economia.

Em segundo lugar, enquanto não há qualquer contradição entre regulação, quando adotada em sentido amplo, e concorrência (sendo a última espécie da primeira), pode existir, *em tese*, contraposição entre regulação em sentido estrito e legislação antitruste, de acordo com os objetivos pretendidos por cada um desses microssistemas³¹ na situação concreta.

³⁰ Os adeptos da denominada Escola de Chicago – que teve origem no trabalho de Aaron DIRECTOR no final da década de 1940 – compartilham desse entendimento, afirmando que as leis antitruste constituem modalidade de regulação governamental e que configuram, juntamente com a regulação *strictu sensu*, “intrusão” no livre mercado. A Escola de Chicago prega fortemente a desregulação dos diversos setores da economia, inclusive por meio do abrandamento do direito antitruste. Para maiores detalhes a esse respeito, vide William E. KOVACIC e Carl SHAPIRO (Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of economic perspectives*, v. 14, n. 1, Winter 2000, p. 53), e também Stephen ROSS (*Principles of antitrust law*, Westbury: The Foundation Press Inc., 1993, pp. 1-2).

³¹ Natalino IRTI utiliza a expressão “microssistema” para designar os corpos orgânicos de normas especiais, dedicados de forma permanente à disciplina de certas categorias de relações jurídicas, dotados de lógica e autonomia próprias, e voltados para a tutela de valores específicos (*L’età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 38-39). A consolidação das leis especiais em “microssistemas” sucedeu a superação da tradicional dicotomia entre Direito Público e Privado, e os fenômenos de decodificação, “publicização” do Direito (RÁO, *O direito e a vida dos direitos*, cit. 226, e SALOMÃO FILHO, *Direito empresarial público*, cit.), e multiplicação das leis excepcionais (gradativamente substituídas pelas leis especiais). São inúmeros os exemplos dos microssistemas que existem hoje, merecendo destaque os diplomas disciplinando mercados objeto de regulamentação específica (telecomunicações, energia, gás e petróleo, etc.). Muito embora o Direito não possa ser compartimentado em subconjuntos estanques, autônomos e completamente independentes de normas que não conversam entre si, a noção de microssistemas contribui para orientar o intérprete sobre que procedimentos adotar para a obtenção de soluções adequadas aos casos concretos, já que não se deve aplicar a um determinado microssistema a lógica e os valores de outro. Não faria sentido, por exemplo, aplicar a legislação trabalhista e os princípios que a orientam às relações (genuínas) entre uma empresa e seus representantes comerciais, assim como não teria lógica aplicar aos contratos atípicos de distribuição a legislação que tutela os representantes. Nesse sentido, por ocasião da entrada em vigor do Novo Código Civil, Paula FORGIONI alertou para os perigos associados à “consumerização” dos contratos comerciais, ou seja, à utilização de princípios que se justificam plenamente nas relações de consumo para a interpretação de contratos alheios a essas situações, e que podem ser fatais nas relações comerciais entre empresas (A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, *RDM*, n. 130, p. 7-38, abril-junho 2003).

Mais adiante, no Cap. IV.5 veremos se e de que modo pode atuar o direito antitruste quando a regulação em sentido estrito *(i)* trata exhaustivamente da obrigatoriedade de contratar, *(ii)* trata da obrigatoriedade de contratar, porém deficientemente, ou *(iii)* não trata da obrigatoriedade de contratar em situações nas quais deveria fazê-lo.

Por ora, feitos os necessários esclarecimentos de natureza conceitual, discutiremos as razões que justificam o direito econômico hoje e, principalmente, que delimitam o seu espaço de atuação. Referida análise precede discussão mais específica sobre os objetivos do microssistema de direito concorrencial, onde apresentamos nosso entendimento não apenas sobre o escopo de tal legislação, mas também sobre o alcance de sua aplicação às situações de recusa de contratar, ensejando a obrigatoriedade que é objeto deste trabalho

I.4. Razões para o direito econômico no mundo contemporâneo

I.4.1. Objetivos da regulação lato sensu

Tomando-se “regulação” no sentido amplo, reputamos que a aparentemente infundável polêmica sobre a importância (ou não) do direito econômico – e, em última instância, do próprio Direito – é um “falso debate”.

Partindo da premissa de que a economia de mercado entraria em colapso se não fosse a atuação do Estado, principalmente por meio do Direito, não procede a dicotomia entre autonomia (mercado) e intervenção (direito econômico ou regulação em sentido amplo).

Tendo-se tornado inevitável, nas economias de livre mercado, a aceitação da intervenção do Estado no domínio econômico e a limitação da esfera da autonomia privada, surge a discussão em torno do papel a ser desempenhado pelo Direito na sociedade contemporânea, em especial no que se refere aos limites da intervenção estatal.

De um lado, é evidente que, em um sistema capitalista, as leis e as políticas públicas não podem fugir completamente da lógica do mercado³². Se assim fosse, seriam criados obstáculos intransponíveis à circulação da riqueza e, conseqüentemente, ao próprio funcionamento da economia de mercado³³ que foi adotada pela Constituição Brasileira de 1998 (cf. artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*).

³² Por lógica de mercado deve-se entender o conjunto de elementos característicos que orientam o comportamento do agente econômico na sua busca pelo *lucro*. Isso não significa adotar os pressupostos que caracterizam a ordem liberal. Particularmente, não implica atribuir ao agente uma racionalidade ilimitada, nos moldes propostos pela teoria econômica neoclássica, já que tanto a habilidade (que o distingue do “homem médio”) quanto o *erro* fazem parte do comportamento do empresário (a esse respeito, vide Paula FORGIONI. A interpretação, cit., pp. 14-16). Porém, não há como negar que a lógica de mercado funda-se em algum grau de racionalidade, ainda que escolhas e comportamentos irracionais não estejam completamente descartados (Jeanne L. SHROEDER, por exemplo, trabalha tanto com o comportamento racional quanto com o comportamento irracional dos agentes econômicos - vide *Economic rationality in law and economics scholarship*, Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper n. 21, Set./2000).

³³ À guisa de esclarecimento, há que se distinguir entre ordem liberal, conforme descrita no Cap. I.2 retro, e economia de (livre) mercado, ou economia capitalista. A última remete, simplesmente, à propriedade privada dos meios de produção e à descentralização das decisões econômicas, como regra, e não é incompatível com a atuação estatal que caracteriza os sistemas econômicos contemporâneos.

De outro lado, é sabido que a lógica do mercado também pode, levada ao extremo, conduzir a resultados nefastos, não apenas sob a ótica social, mas também no que se refere à própria manutenção de uma economia capitalista de livre mercado. O mercado não funciona perfeitamente. Aliás, em alguns setores, o seu funcionamento pode ser tão perverso (por uma série de circunstâncias) que tende a colocar em risco a própria continuidade do mercado em questão³⁴.

Desse modo, serviria o direito econômico hoje apenas para corrigir as denominadas falhas de mercado³⁵? (vide item I.4.1.2 abaixo).

Que justificativas e fundamentos devem ser adotados com vistas a compatibilizar autonomia e intervenção? Em outras palavras, como delimitar o campo da autonomia privada (neste trabalho abordada predominantemente sob o prisma da liberdade de contratar) e definir a exata medida de atuação do Direito, na forma específica de *obrigatoriedade de contratar*, de modo a preservar a economia de livre mercado e atingir os objetivos da ordem econômica?

Procuramos responder a tais questões nos itens subseqüentes.

São várias as escolas de pensamento que se propõem contribuir de forma mais genérica para a discussão, e inúmeras variações têm origem em cada uma delas. Analisamos, a seguir (item I.4.1.2), o debate regulatório tradicional, ou seja, como as principais escolas enxergam a atuação do Estado no campo econômico – em alguns casos, disciplinando

³⁴ O mercado de veículos usados, citado por George AKERLOF, constitui um exemplo clássico de setor em que a assimetria de informações e a falta de “confiança” geram efeitos negativos, fazendo com que os produtos de qualidade sejam vendidos a preços inferiores aos desejáveis, justamente em virtude da existência de produtos de má-qualidade (“lemons”) e da dificuldade de diferenciá-los dos bons. AKERLOF observa, inicialmente, que os veículos de boa qualidade desapareceram do mercado e prognostica que, na medida em que o preço cai, a qualidade também se perde, levando a uma situação em que o próprio mercado de carros usados desaparecerá (The market of lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, ago. 1970, p. 488-500). O artigo ilustra, desse modo, situação em que o funcionamento do mercado, na ausência de regulamentação específica, é prejudicial a sua própria continuidade.

³⁵ Na sintética lição de Fábio NUSDEO, as falhas de mercado correspondem às situações nas quais os pressupostos de funcionamento do mercado não se fazem presentes, tornando-o não operacional. O mercado apresenta 5 falhas principais: (i) problemas relacionados à mobilidade dos fatores; (ii) problemas relacionados ao acesso às informações (assimetria); (iii) concentração econômica; (iv) externalidades (positivas ou negativas); e (v) problemas quanto ao suprimento de bens coletivos (falhas de incentivo) (*Curso*, cit., p. 166). O exemplo de AKERLOF diz respeito à assimetria de informações, de modo que a regulação, no mercado de veículos usados, teria a finalidade de corrigir tal problema.

preços e quantidades, estabelecendo critérios e condições para a entrada de novos competidores, e metas a serem atingidas pelos agentes já atuantes nos mercados – e os objetivos de tal intervenção (que serão posteriormente aplicados à obrigatoriedade de contratar).

Na sequência, precedendo a discussão sobre os propósitos do direito antitruste como microssistema, passamos a abordagens que consideramos menos inflexíveis e mais acertadas a respeito do papel desempenhado pela regulação em sentido amplo no mundo contemporâneo (item I.4.1.3).

Antes disso, porém, explicamos porque tratar do debate regulatório é importante, inclusive para efeitos de análise da recusa de contratar (item I.4.1.1) .

1.4.1.1. Nota sobre a utilidade do debate regulatório

Conforme ficará claro nos próximos itens, não é possível formular uma única teoria e eleger um único objetivo para a regulação estatal. Esta tutela uma multiplicidade de valores, em torno dos quais versa o chamado debate regulatório.

Por que discorrer, então, sobre diversas teorias, aparentemente já superadas? Qual o sentido de nos debruçarmos, tão longamente, sobre um debate que não leva a uma solução definitiva?

Há diversas razões para procedermos dessa forma.

Em primeiro lugar, algumas teorias tratadas no item seguinte infelizmente ainda não se encontram superadas. É comum vermos agentes econômicos e autoridades públicas (aí incluídos funcionários e diretores de agências reguladoras), ou mesmo estudiosos do Direito e da Economia, invocarem certos “princípios”, sendo a busca incessante pela eficiência econômica o principal deles. Também é certo que o fazem, algumas vezes, por ingenuidade, mas há aqueles que lançam mão desse artifício com objetivos previamente definidos (i.e., alcançar um determinado resultado ou decisão), ocultando-os sob discurso ideológico.

Desse modo, buscamos trazer certos elementos históricos para este trabalho, com a finalidade de auxiliar na compreensão de algumas questões, em especial a que propósitos servem certas teorias, passando pela origem que tiveram e culminando com os resultados – muitas vezes nefastos – a que podem levar.

Esse aspecto assume particular importância na análise das situações que justificam a obrigatoriedade de contratar à luz da legislação concorrencial. Conforme ficará claro ao longo desse trabalho, a referida medida de intervenção por vezes deixou de ser adotada em hipóteses nas quais era perfeitamente cabível, sob argumentos diversos, geralmente fundados na ideologia liberal (indevidamente aplicada ao contrato - vide Cap. II da Parte I mais adiante - e ao próprio direito antitruste). A eficiência, por exemplo, já serviu como parâmetro para afastar a obrigatoriedade de contratar em precedentes administrativos

brasileiros envolvendo bens essenciais (vide Cap. V.3.1), gerando conseqüências indesejáveis.

Em segundo lugar, a análise em perspectiva das importantes escolas de pensamento em torno da regulação estatal em geral e especificamente do direito antitruste, ainda que hoje já superadas, enriquece o estudo das fontes aplicadas nos casos concretos (precedentes), que muitas vezes nasceram dessas escolas. Essa análise permite compreender – inclusive para melhor criticar – determinadas posturas adotadas pelas autoridades que formulam, executam e fiscalizam a regulação estatal com base na experiência alienígena ou mesmo em precedentes nascidos nesta mesma jurisdição.

Não nos devemos esquecer, ainda, de que algumas teorias (superadas ou não) voltadas para explicar e justificar a regulação estatal, embora profundamente ideológicas, iluminam o comportamento de regulados, reguladores e políticos (legisladores) em determinadas situações concretas ou momentos históricos, conforme já mencionado.

Por fim, porém não menos importante, é fundamental o debate sobre os valores que orientam a regulação, pois somente ao tomarmos como ponto de partida as escolas que elegem um único valor a ser perseguido pela intervenção estatal é que podemos alcançar o ponto aonde chegamos e defender o acerto da doutrina dos valores múltiplos.

Sabemos que é muito mais fácil – e por isso mais atraente – buscar uma única explicação para fenômenos complexos. Esse subterfúgio nos permitiria confortavelmente fugir dos conflitos aos quais as teorias que preconizam valores múltiplos para a regulação inexoravelmente nos levam.

Por outro lado, a comodidade far-nos-ia abandonar elementos importantíssimos associados a essa modalidade de intervenção estatal, os quais somente enxergamos ao nos rendermos à evidência de que a regulação não persegue um objetivo único, absoluto e universal, como nos poderíamos ver tentados a aceitar.

1.4.1.2. O debate regulatório tradicional: escolas do interesse público versus escolas econômicas. Regulação, desregulação e “auto-regulação”

Genericamente, é possível identificar duas grandes correntes clássicas sobre regulação: (i) a corrente que reúne diversas escolas conhecidas como do Interesse Público (de origem europeia) e (ii) a corrente que agrega as escolas de influência neoclássica ou econômica (de origem norte-americana).

As escolas do Interesse Público vislumbram a regulação como voltada para “a busca do bem público definido de formas diversas”³⁶. Desse modo, a regulação nada teria a ver com a preservação do mercado, preocupando-se apenas com o *interesse público*, cuja definição, ora política, ora econômica, é bastante imprecisa³⁷.

Assim, pode-se afirmar, de maneira geral, que, para essas escolas, o “bem público” motivaria a atuação do Estado na economia, sendo que, havendo necessidade, justificar-se-ia a regulação em sentido estrito.

A principal crítica às escolas do Interesse Público repousa, justamente, na inexistência de um conceito, verdadeiro e coerente, de interesse público, que justifique sistematicamente a intervenção do Estado na economia.

Essa dificuldade levou ao fortalecimento da corrente do direito administrativo continental europeu (na qual também se baseia o direito administrativo pátrio), que valoriza a utilização do regime de *serviços públicos* como principal forma de regulação da economia. Para essa corrente, o Estado regula primordialmente via concessão de serviço público e marginalmente por meio do exercício do poder de polícia³⁸.

³⁶ Calixto SALOMÃO FILHO. *Regulação*, cit., p. 17

³⁷ Sobre esse aspecto, Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO observa, na linha de Dalmo DALLARI, que “o *interesse público* não admite uma ‘definição-tela’, aplicável a qualquer situação em que ele se coloque”, mas “se prende a um substrato cultural disperso pela coletividade (...), ainda que considerando a heterogeneidade desta” (*Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 84).

³⁸ Com efeito, “[s]endo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de público” (Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação*, cit., pp. 20-21).

Ocorre que não é possível transformar agentes econômicos privados em persecutores do bem público, premissa que está por trás da regulação via serviços públicos.

Por seu turno, o exercício do poder de polícia, tal e qual originalmente concebido, pode não ser suficiente para solucionar problemas importantes, como a existência de gargalos em setores caracterizados por bens essenciais (assunto tratado no Cap. IV infra).

Desse modo, as escolas do Interesse Público não explicam satisfatoriamente a regulação no mundo contemporâneo.

Passando à corrente que agrega as escolas de origem ou influência neoclássica, pode-se identificar três diferentes abordagens teóricas principais voltadas a explicar a regulação econômica³⁹.

A primeira delas justifica a regulação estatal com base nas denominadas falhas de mercado. Assim, a regulação teria sido criada “*em resposta a uma demanda do público por correção de práticas de mercado ineficientes ou não eqüitativas*”⁴⁰. Ou seja, reconhecendo que, em alguns setores da economia, a “mão invisível” do mercado não é suficiente para beneficiar consumidores e garantir o bem-estar social, seus defensores admitem a necessidade de intervenção estatal. O bem público, nessa doutrina, encontra-se representado pelo bom funcionamento do mercado.

O que está por trás dessa teoria é a doutrina neoclássica identificada como “Escola de Chicago”⁴¹.

³⁹ George PRIEST (The origins of utility regulation and the “theories of regulation debate”. *The Journal of Law and Economics*, v. XXXVI, n. 1, abr. 1993, p. 289, tradução livre). Vide também Paulo MATTOS e outros. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

⁴⁰ Richard POSNER, *Theories of economic regulation* (1974), trad. port. Mariana Mota Prado. In: Paulo MATTOS e outros, *Regulação econômica*, cit, p. 49-80.

⁴¹ Pedro Mercado PACHECO (*El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 250-65) esclarece, no entanto, que existem diversas tendências (heterogêneas) da análise econômica do Direito, sendo apenas uma delas associada à Escola de Chicago. Na verdade, a análise econômica do Direito originou-se em dois trabalhos elaborados nos anos 1960: o artigo “The problem of social cost”, de COASE (1960), introduzindo a análise de custo-benefício no processo de tomada de decisões jurídicas, e o trabalho de Guido CALABRESI, intitulado “Some thoughts on risk distribution and the law of torts” (1961), ressaltando a aplicação da teoria econômica na definição dos fins a serem perseguidos no Direito da responsabilidade e na avaliação das normas mais eficazes para a obtenção do objetivo fixado como ótimo. Tais idéias foram incorporadas por Richard POSNER na elaboração, em 1973, do seu manual “Economics analysis of law”, responsável pelo desenvolvimento da análise econômica do Direito como

As principais características do pensamento de Chicago referem-se à utilização da análise econômica do Direito (“*Economic Analysis of Law*” ou simplesmente “*Law and Economics*”) e à busca da maximização da eficiência alocativa⁴², tida sempre como benéfica ao consumidor⁴³. Os seguidores dessa Escola combatem veementemente o que chamam de “intrusões” no livre mercado, pregando fortemente a desregulação dos diversos setores da economia, inclusive por meio do abrandamento do direito antitruste⁴⁴.

No que se refere especificamente à análise econômica do Direito, nos moldes da doutrina de Chicago, a proposta consiste, basicamente, em interpretá-lo segundo os pressupostos da teoria econômica e prescrever a eficiência como o fim a ser perseguido pelo sistema jurídico (adoção da racionalidade econômica).

A regulação, em geral, e o direito da concorrência, especialmente, deveriam limitar-se à perseguição de um único objetivo, qual seja a eficiência econômica, evitando a tentativa de conciliação de interesses diversos⁴⁵.

A doutrina de Chicago desempenhou um papel importante na história do direito da concorrência, especialmente nos Estados Unidos, mas não se limitou a surtir efeitos naquele país. Diversas legislações de defesa da concorrência, assim como as autoridades que aplicam essas normas em vários países, sofreram a influência direta ou indireta de Chicago, inclusive por meio da jurisprudência desenvolvida a partir de alguns ensinamentos dessa Escola⁴⁶.

disciplina autônoma. Foi assim que a corrente defendida pela Escola de Chicago ganhou maior projeção que as demais, passando a ser identificada com a própria análise econômica do Direito.

⁴² A eficiência alocativa, ou “ótimo de Pareto” corresponde à situação em que não é possível melhorar a posição de alguém sem que isso implique a piora da posição de outrem. Em outras palavras, uma situação eficiente é aquela relativamente a qual não há alternativas superiores, encontrando-se os recursos alocados da melhor forma possível (Mário POSSAS. *Concorrência schumpeteriana*. In: David KUPFER e Lisa HASENCLEVER. *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, p. 415-429).

⁴³ Nesse sentido, vide R. BORK (*The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. xi).

⁴⁴ Para maiores detalhes a esse respeito, vide William E. KOVACIC e Carl SHAPIRO (Antitrust policy, cit., p. 53), e também Stephen ROSS (*Principles*, cit., pp. 1-2).

⁴⁵ Esse fundamento é explorado insistentemente na obra de R. BORK (*The antitrust paradox*, cit., *passim*).

⁴⁶ W. KOVACIC e C. SHAPIRO destacam que juristas como BORK, POSNER, EASTERBROOK e GELLHORN, e economistas como BOCK, seguidores de Chicago, tiveram o mérito de tomar determinados preceitos analíticos dessa Escola e transformá-los em princípios operacionais que os juízes puderam aplicar prontamente. Reportam, ainda, que em meados da década de 70, muitas das idéias desses doutrinadores passaram a ser aplicadas judicialmente (Antitrust policy, cit., pp. 54-55).

Porém, muitas críticas também foram erigidas, de maneira geral, à análise econômica do Direito tal como proposta pela Escola de Chicago, e especificamente à busca da eficiência alocativa como seu objetivo principal.

Pode-se dizer, em primeiro lugar, que a análise econômica do Direito apóia-se em um pressuposto típico da teoria econômica, a racionalidade, enquanto que a natureza humana é muito mais complexa e nem sempre racional⁴⁷.

Em segundo lugar, a teoria encontra-se impregnada de uma “aura” de certeza e objetividade científicas, emprestadas à análise jurídica e à elaboração de leis e políticas, que geralmente não decorrem de pesquisas empíricas, como seria de se esperar, e sim de premissas não testadas ou não verificáveis, transformando o movimento “Law and Economics” em um verdadeiro “cult”⁴⁸.

Temos, porém, que uma das heranças mais problemáticas da Escola de Chicago diz respeito ao papel atribuído ao Direito, quando da sua “análise econômica”. Isso ocorre não apenas em virtude de se adotar a eficiência alocativa como fim maior a ser buscado pela sociedade, privilegiando-se a maximização da riqueza global em detrimento da sua distribuição⁴⁹, mas também por se empregar o raciocínio econômico (custo *versus* benefício), geralmente em termos pecuniários, para se atingir tal objetivo⁵⁰.

⁴⁷ Jeanne L. SHROEDER, professora da Cardozo Law School, por exemplo, critica o pensamento neoclássico, em especial o trabalho de POSNER, aduzindo que a teoria da escolha racional (racionalidade econômica) é intrinsecamente inconsistente e falsa (por captar apenas um dos aspectos da natureza humana), bem como que a metodologia proposta pelo juiz norte-americano não corresponde àquela efetivamente seguida em suas análises. SHROEDER ressalta que a sua crítica não é dirigida ao estudo da economia ou à aplicação da análise econômica a questões jurídicas, mas sim ao que ela chama de “seqüestro” dos vocábulos “economia” e “racionalidade” por uma ala da academia jurídica que cada vez mais ameaça tornar-se uma “fonte de leis ruins, fundadas em economia ruim” (Economic rationality, cit., p. 3).

⁴⁸ O triunfo do movimento de “law and economics” decorreria, segundo SHROEDER, do fato de parte da crítica endereçada a ele incidir nos mesmos erros do utilitarismo, bem como da tentativa de atacar a “racionalidade econômica” com argumentos racionais (Economic rationality, cit., pp. 4-5).

⁴⁹ Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 27-28. Foi justamente em face dessa crítica que surgiu, nos Estados Unidos, a teoria que ROSS denomina de neopopulista (*neopopulist approach*), substituindo a idéia “consumer welfare” pela de “consumer well-being”. A teoria neopopulista adota como objetivo do direito antitruste o real e efetivo bem-estar do consumidor e não apenas a eficiência alocativa, onde não há garantia de que os ganhos serão repassados (*Principles*, cit., pp. 9-10).

⁵⁰ José Reinaldo LIMA LOPES, após discorrer sobre as (muitas) diferenças e as (poucas) semelhanças entre o raciocínio jurídico (fundado na legalidade) e o raciocínio econômico (fundado na eficiência ou no custo), aduz que “regras de direito funcionam realmente como limites e obstáculos à extensão universal da racionalidade de meios e fins a todos os objetos de interesse da vida. Isto é especialmente visível em casos-limite, o mais exemplar deles sendo a própria vida humana. Cada sujeito humano é infungível, insubstituível do ponto de vista moral. Esta é, aliás, a diferença que Kant encontra entre o preço e a dignidade. O preço é

Nesse sentido, Pedro Mercado PACHECO aduz que o Direito, na visão de Chicago, (i) teria um papel redundante com relação àquele desempenhado pelo mercado, nos setores em que este funcionasse adequadamente e em equilíbrio (sendo, em tais situações, desnecessário); (ii) atuaria no sentido de reduzir as falhas de mercado quando estas estivessem presentes; e (iii) simularia as condições de mercado, quando fosse impossível eliminar as suas falhas⁵¹.

Definitivamente, um papel bastante limitado e, principalmente, alheio a preocupações de caráter social, como inclusão e acesso, que se encontram geralmente associadas ao problema da recusa de contratar. E a lógica utilitária adotada para se atingir o *único* objetivo proposto é manifestamente estranha ao raciocínio jurídico.

Entre as alternativas à análise econômica do Direito, merece destaque a Nova Economia Institucional (NEI), que teve origem em um conjunto de trabalhos econômicos (alguns dos quais elaborados no seio da própria escola neoclássica), e adota os pressupostos da Economia de Custos de Transação⁵²: (i) agentes limitadamente racionais e oportunistas; (ii)

o valor das coisas que se trocam, a dignidade é o valor das coisas que não se trocam. Há no direito tanto regras a respeito dos preços quanto da dignidade. Conforme o caso, o direito (o sistema normativo) determina possibilidades diferentes. Se tudo puder converter-se em preço, desaparece a noção de direito fundamental. Mas se, ao contrário, tudo for considerado parte dos direitos fundamentais, ou da dignidade, processos de redistribuição e reforma social não serão possíveis” (Raciocínio Jurídico e Economia, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2004, p. 142).

⁵¹ *El analisis*, cit., pp. 37-38. Semelhante é a explicação de Maria Rosaria FERRARESE (*Diritto e mercato*, cit., pp. 417-437). Vale mencionar, ainda, que existe uma corrente denominada “Escola Pós-Chicago”, cujos autores demonstram menos confiança no mercado, ou seja, acreditam que as falhas são mais frequentes e graves do que admitem os teóricos de Chicago, e defendem posturas mais intervencionistas e favoráveis à regulação em sentido amplo e ao direito antitruste especificamente (vide Michael JACOBS. An essay on the normative foundations of antitrust economics, *North Carolina Law review*, v. 74, p. 119-266, 1995-1996). Embora esse movimento não fuja à ortodoxia (já que a eficiência alocativa continua sendo a mola propulsora da intervenção estatal na economia), JACOBS demonstra que, ao questionar algumas premissas da teoria de Chicago (v.g., sobre o funcionamento dos mercados), ele expõe as diversas fraquezas de tal teoria, em especial que a mesma encontra-se fundada em bases ideológicas, não corroboradas empiricamente. Assim, a “Escola Pós-Chicago”, e o exaustivo debate com os adeptos da primeira escola, abalou os sentimentos de “estabilidade” e de “cientificismo” associados a ela, mostrando que a escolha, nos casos concretos, entre intervenção e não-intervenção decorre muito mais de convicções ideológicas e de premissas políticas do que de algum tipo de certeza proporcionada pela análise econômica.

⁵² A respeito da teoria dos custos de transação, é indispensável o exame de dois trabalhos de COASE (The nature of the firm [p. 33-55] e The problem of social cost [p. 95-156]. In: *The firm, the market and the law*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990. No primeiro deles, COASE discute o porquê da existência da empresa (firma), em um contexto em que o mercado (entendido como mecanismo de preços) funciona adequadamente. Em outras palavras, se o mercado é eficiente, porque os indivíduos não o utilizam para adquirir todos os produtos e serviços de que necessitam? COASE responde a essa questão, afirmando que a empresa existe justamente em virtude do custo relacionado, em alguns casos, à utilização dos mecanismos do mercado (custos de transação). No segundo artigo, COASE analisa diversos precedentes da jurisprudência inglesa e norte-americana, concluindo que, se não houvesse custos de transação, os problemas dos custos

contratos intrinsecamente incompletos (é impossível prever todas as contingências futuras *ex-ante*); e (iii) inevitabilidade de renegociação *ex-post*⁵³.

Os adeptos da NEI (designados neo-institucionalistas) sustentam que as instituições (entre as quais o Estado) são importantes e suscetíveis de análise. Insatisfeitos ante a elevada “matematização” e a excessiva formalização da teoria microeconômica (que teriam obscurecido, ao invés de iluminar, os fenômenos econômicos), os neo-institucionalistas defendem que a estrutura institucional em que são tomadas as decisões econômicas (v.g., no âmbito dos contratos, das empresas, do Governo, etc.), assim como o tempo e o lugar em que estas se estabelecem, são variáveis que têm um poder explicativo paralelo ao que assumem as preferências individuais, a estrutura do mercado e o sistema de preços na análise econômica convencional. Trata-se, desse modo, de uma abordagem interdisciplinar envolvendo Direito, Economia e Teoria das Organizações⁵⁴.

Não é difícil perceber que o Direito tem muito mais a contribuir nesse cenário do que no contexto da “Economic Analysis of Law”, tal como proposta e desenvolvida pela Escola de Chicago. Permanece, no entanto, a questão da eficiência como único valor perseguido pelas normas, em especial concorrenciais.

sociais seriam resolvidos pelo próprio mercado, e não haveria necessidade de instituições como o Poder Judiciário. Como quase sempre há custos de transação, as instituições (incluindo empresas e Governo) surgem para resolver o problema do custo social. Porém, nem sempre a intervenção governamental é mais eficiente do que o próprio mercado. A medida adotada (ou a instituição criada) pode, em alguns casos, ser mais prejudicial que o próprio problema. COASE defende que a atuação do Estado (em última instância, do próprio Direito) só é aceitável para corrigir imperfeições do mercado se implicar custos menores do que aqueles gerados pela falha em questão (incluindo no balanço os custos de transação).

⁵³ Nesse sentido, Paulo Furquim de AZEVEDO (Contratos: uma perspectiva econômica. In: Décio ZYLBERSZTAJN e Rachel SZTAJN. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-136) esclarece que as dificuldades de se fazer cumprir os contratos dizem respeito à assimetria de informação (dificuldades e custos para obtê-las), à impossibilidade de redação de um contrato que trate de todas as contingências futuras (contratos incompletos), e à dependência econômica, associada à especificidade de ativos (que torna mais grave o problema dos contratos incompletos). Para maiores detalhes sobre o mesmo assunto, vide Paul MILGROM e John ROBERTS (*Economics, organizations and management* New Jersey: Prentice-Halls, 1992, Cap. 5), David SAPPINGTON (Incentives in Principal-Agent Relationships, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 2, p. 45-66, Spring 1991) e Bengt HOLMSTROM e John ROBERTS (The boundaries of the form revisited, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 12, n. 4, p. 73-94, Autumn 1998).

⁵⁴ Pedro Mercado PACHECO. *El analisis*, cit., p. 62. Uma visão sintética da NEI também é fornecida por O. WILLIAMSON (Why Law, Economics, and Organization, UC Berkley School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper n. 37, 2000), e por Elizabeth M. M. Querido FARINA, Paulo Furquim de AZEVEDO e Maria Sylvia Macchione SAES (*Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, pp. 19-52). Os últimos destacam que o enfoque da NEI é diferente, mas não chega a ser hostil à ortodoxia.

A idéia de que a regulação estatal não se encontra voltada para combater falhas de mercado, porém, foi contestada de forma mais enfática e convincente no seio da própria Escola de Chicago, de modo que, a partir das críticas elaboradas pelos seus adeptos é que foram desonvolvidas a segunda e a terceira abordagens de influência neoclássica para explicar o direito econômico no mundo contemporâneo.

Com efeito, segundo POSNER, a teoria que justifica a regulação estatal em sentido amplo com base exclusivamente na correção das falhas de mercado (ou seja, na geração de eficiência econômica) apresenta deficiências. O autor aduz que, se tal teoria estivesse correta, a regulação estatal seria encontrada basicamente em mercados com elevada concentração ou nos quais fossem geradas externalidades, positivas ou negativas. Ocorre, porém, que, após muitos anos de pesquisas teóricas e empíricas, conduzidas principalmente por economistas, verificou-se que *“a regulação não está necessariamente relacionada à presença de externalidades, ou ineficiências, ou estruturas monopolistas de mercado”*. Tal circunstância, somada à constatação de que *“o governo como um instrumento sem custos, fidedigno e efetivo de alteração do comportamento de mercado também já se desfez”*, levariam à conclusão de que a regulação estatal não se encontra associada à correção das falhas de mercado⁵⁵.

Convém observar que, justamente em virtude das críticas recebidas, a teoria acabou sendo reformulada, a fim de incorporar a idéia de que as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos (associados à correção das falhas de mercado), porém acabam sendo mal administradas e, conseqüentemente, seus objetivos nem sempre são atingidos.

O argumento, porém, não foi capaz de arrefecer as críticas, que passaram a apontar, entre outras coisas, para a ausência de evidências substanciais de má administração ou inaptidão burocrática das agências regulatórias e outros órgãos estatais.

Uma nova reformulação da teoria, ainda na linha de que a regulação é uma tentativa bem-intencionada, porém freqüentemente malsucedida, de promover a correção das falhas de mercado, traz dois fatores adicionais anteriormente ignorados: a inviabilidade de muitas tarefas atribuídas às agências regulatórias (solicita-se que façam o impossível, de modo

⁵⁵ Theories, cit., p. 51.

que não é surpreendente que elas falhem) e os custos de fiscalização efetiva do seu desempenho pelo Poder Legislativo.

Juntamente com a idéia de má administração, esses fatores reforçam a idéia de “falhas de Governo”, em contraposição à de “falhas de mercado” que justificariam a regulação estatal⁵⁶. Tais hipóteses coincidem com algumas versões da “teoria da captura”, a segunda abordagem da teoria da regulação nos EUA.

Os adeptos da teoria da captura defendem, em apertada síntese, que as agências reguladoras, embora às vezes criadas para perseguir objetivos de “interesse público” (aqui como sinônimo, evidentemente, de correção de falhas de mercado), acabam, mais cedo ou mais tarde, ficando sob a influência dominante da indústria sujeita à regulação (ou seja, são “capturadas” pelos agentes econômicos dessa indústria)⁵⁷.

A “teoria da captura” não oferece uma explicação satisfatória para a regulação estatal, segundo POSNER. Em primeiro lugar, *“nem toda agência é caracterizada por virtuosidade e probidade; com frequência não existe motivo para a conquista”*. Em outras palavras, algumas agências já nascem para servir a determinados propósitos privados de um determinado setor (v.g., a *Interstate Commerce Commission* - ICC, que teria surgido *“para alicerçar os cartéis de transporte ferroviário”*). Em segundo lugar, nenhuma versão da teoria da captura explica a regulação de mercados distintos com interesses conflitantes pela mesma agência. Por fim, a teoria da captura ignora evidências de que os interesses freqüentemente promovidos pelas agências regulatórias são aqueles dos grupos de consumidores, ao invés daqueles das empresas reguladas.

⁵⁶ A respeito, vide Paulo MATTOS e outros. *Regulação econômica*, cit. p. 11-20.

⁵⁷ POSNER identifica versões distintas da “teoria da captura”. A versão defendida por marxistas e ativistas políticos associa a regulação aos interesses dos grandes negócios capitalistas. A principal crítica a essa vertente diz respeito à sua incapacidade de explicar uma porção significativa da regulação econômica, que, segundo POSNER, atenderia aos interesses de pequenas empresas ou instituições sem fins lucrativos, entre as quais se destacam associações de classe e sindicatos. Já as formulações dos cientistas políticos justificariam a regulação com base na importância dos grupos de interesse na formação de políticas públicas. Conforme observado por POSNER, *“alguns poucos cientistas políticos propuseram ao menos os rudimentos de uma teoria aproveitável”*, qual seja, de que *“com o passar do tempo as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado”*, de modo que *“os propósitos originais do programa regulatório são posteriormente obstruídos por pressões do grupo de interesse”*. Essa formulação da “teoria da captura” em muito se aproxima das versões mais elaboradas da primeira teoria desenvolvida nos EUA, apresentada acima (Theories, cit., p. 57).

Por fim, a terceira abordagem, que ficou conhecida nos Estados Unidos como “teoria econômica da regulação”, ganhou coesão e destaque a partir de um artigo publicado por George J. STIGLER em 1971, ao qual se seguiram intensos debates⁵⁸.

Nesse artigo, STIGLER sustenta, em apertada síntese, que a regulação em sentido estrito (“*regulation by commission*”) seria uma *commodity* e, como tal, sujeitar-se-ia às forças de demanda e oferta: a demanda pelos grupos de interesses afetados e a oferta, em primeiro lugar, pelos legisladores, e, posteriormente, pelos reguladores. Para POSNER, essa teoria – que à primeira vista parece um aperfeiçoamento da teoria da “captura”⁵⁹ – apresenta-se como o caminho mais promissor para pesquisas futuras no campo da regulação em sentido estrito.

STIGLER, evidentemente, não foi o criador da idéia de que a regulação é fruto da interação entre grupos de interesse⁶⁰, mas tem o mérito de abordar essa questão de maneira

⁵⁸ The theory of economic regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Na verdade, segundo Calixto SALOMÃO FILHO (*Regulação*, cit., pp. 22-23), tudo começou efetivamente em 1962, quando STIGLER e FRIEDLAND publicaram um artigo em que procuravam demonstrar a ineficácia da regulação estatal em sentido estrito no setor de energia elétrica (What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, v. 5, n. 1, 1962). A esse trabalho, seguiu-se, 6 anos depois, importante artigo de DEMSETZ (Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, 1968), já sugerindo que a regulação serviria tão-somente à proteção da indústria, afastando-se qualquer motivação de interesse público. A observação de SALOMÃO FILHO encontra paralelo em PRIEST (The origins, cit., pp. 290-293), que destaca diversos trabalhos atacando insistentemente a regulação em sentido estrito (geralmente em setores específicos da economia norte-americana, como é o caso da agricultura, das telecomunicações e dos serviços postais) e, em alguns casos, o próprio direito antitruste, desde o final da década de 1950 e o início da década de 1960. Segundo PRIEST, estas críticas foram solicitadas e encorajadas pelo próprio editor fundador do *Journal of Law and Economics*, Aaron DIRECTOR (também fundador da Escola de Chicago) e seu sucessor Ronald COASE, os quais trabalharam pessoalmente nesse sentido. A ressalva feita sobre a fundação (ou precedentes) da “teoria econômica da regulação” é muito importante, pois, conforme veremos adiante, a contribuição de STIGLER em 1971, ao consolidar a referida teoria, já teria por objetivo promover uma cruzada pela desregulação, ao criticar a intervenção estatal voltada para a defesa de interesses dominantes, geralmente do próprio setor regulado.

⁵⁹ POSNER sugere, no entanto, que a “teoria econômica da regulação” é mais do que uma versão refinada da teoria da captura, já que ela “*rejeita o inexplicado, e freqüentemente falso, pressuposto do propósito virtuoso e probo da legislação; admite a possibilidade de ‘captura’ por outros grupos de interesse que não as empresas reguladas; e substitui a metáfora da ‘captura’, com seu teor inapropriadamente militarista, por uma terminologia mais neutra de oferta e procura. Ela insiste, todavia, juntamente com os cientistas políticos, que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes*”. O autor aduz, ainda, que a teoria econômica “*é mais precisa e bem acabada – mais facilmente comparável e testável com um conjunto de dados empíricos – do que a teoria política [da captura]*” e que adota como pressuposto o fato de as pessoas procurarem promover seus próprios interesses de forma racional (Theories, cit., p. 59).

⁶⁰ Não apenas a teoria da captura, mas também versões mais elaboradas da teoria do interesse público já haviam formulado os rudimentos dessa idéia. A sistematização das linhas de pensamentos sobre a atuação dos grupos de interesse nos processos de decisão política foi, no Brasil, realizada por Fábio NUSDEO. Segundo o autor, existem basicamente quatro grandes correntes nesse sentido: (i) o corporativismo, nascido na Idade Média com as corporações de ofício e retomado, em uma feição mais moderna, no período entre guerras, que propugnava a participação das associações profissionais e econômicas no processo político; (ii)

inédita, transformando as ações desses grupos em “forças de demanda”, e as ações de legisladores e reguladores em “forças de oferta”, como se houvesse um “mercado de regulação”.

Esse “mercado” estaria sujeito às mesmas leis econômicas que disciplinam quaisquer outros, entre as quais a teoria do oligopólio – citada explicitamente por STIGLER ao analisar a regulação no setor de transporte de cargas – e o comportamento dos cartéis – citado por POSNER, que associa os efeitos dos instrumentos regulatórios típicos (controle de entrada no mercado, preços mínimos, imunidade antitruste) aos benefícios auferidos pelos participantes desses acordos⁶¹.

Ao acolher a “teoria econômica da regulação” como campo promissor para o desenvolvimento de outros estudos na mesma direção – a despeito de certas “fraquezas” –, POSNER não disfarça a sua simpatia por essa linha de pensamento. Fazendo menção a artigo precedente de sua autoria (*Taxation by Regulation*, de 1971), ele aduz que “... *muita regulação pode ser produto das coalizões entre o mercado regulado e grupos de consumidores, o primeiro obtendo alguns lucros monopolísticos com a regulação, os outros obtendo preços inferiores (ou serviços melhores) do que aqueles que seriam obtidos em um mercado não regulado – tudo às custas de grupos desorganizados, em sua maioria de consumidores.*”⁶²

o pluralismo liberal (equivalente político à idéia de “mão invisível” na economia), que vê na disputa política dos grupos de interesse o elemento responsável pelas decisões políticas socialmente ideais (ou seja, a livre atuação dos agentes levaria necessariamente às melhores decisões para a sociedade); (iii) o neopluralismo, que defende que as decisões políticas advêm da barganha entre grupos de interesse dominantes e os detentores do poder; e (iv) o neocorporativismo, que sustenta que, no processo democrático, os grupos de interesse colaboram com os partidos e com a burocracia estatal, devendo essa atuação ser institucionalizada. NUSDEO considera que nenhum dos modelos apresentados explica totalmente as decisões políticas. Na verdade, o autor entende que a realidade contempla uma mistura do “neopluralismo” (visão crítica) com a visão menos pragmática do “neocorporativismo” (*Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995, pp. 54-86).

⁶¹ Para POSNER, porém, “[e]xistem duas razões pelas quais o padrão da regulação e o padrão da cartelização privada são diferentes. Primeiro, a demanda por regulação (derivada de seu valor em aumentar os lucros das empresas reguladas) é maior em mercados para os quais a cartelização privada é uma alternativa inviável ou muito cara – mercados desprovidos de alta concentração e outras características favoráveis à cartelização. (...) Em segundo lugar, enquanto a cartelização é puramente um produto das ações de cooperação das empresas, regulação favorável requer, além disso, uma intervenção no processo político. Alguns mercados podem ser capazes de influenciar aquele processo a um custo menor do que outros e esses podem não ser os mesmos mercados que estão aptos a cartelizar por um custo baixo. (...) Isso sugere que pode ser mais barato para mercados com muitos membros obter regulação pública ao invés de cartelizar de forma privada.” (Theories, cit., pp. 62-63).

⁶² Ibid, p. 69.

É preciso compreender, porém, que o artigo de STIGLER – que, à primeira vista pode seduzir, justamente por aparentar ser “crítico” à tutela de interesses dominantes pela regulação estatal específica (idéia praticamente “socialista” em meio ao liberalismo vigente nos EUA) – foi (e continua sendo) utilizado justamente para fortalecer, no plano teórico, a defesa dos grupos de interesse que ele aparentava combater, passando a ser utilizado largamente por juristas e economistas que pregam a total desregulação dos mercados⁶³.

Além do próprio POSNER, diversos outros autores procuraram “refinar” a “teoria econômica da regulação”, promovendo verdadeira cruzada pela desregulação⁶⁴⁻⁶⁵.

É por esse motivo que Calixto SALOMÃO FILHO agrupa na mesma categoria teorias aparentemente distintas entre si (“interesse público”, “captura” e “teoria econômica da regulação”). Como observado por ele, todas elas são de cunho profundamente liberal, prestando-se, em última instância, à defesa dos grupos dominantes de interesse.

É fácil deduzir que tais grupos oscilam consideravelmente entre essas teorias (pendendo em favor de uma ou de outra conforme a perspectiva histórica e conjuntural), ora apoiando a regulação em sentido estrito tal como propugnada pela “teoria do interesse público” (com a finalidade meramente de corrigir falhas de mercado e, com isso, atingir determinados propósitos privados), ora pendendo para a desregulação, com base na teoria da “captura” ou na “teoria econômica” consolidada por STIGLER, quando a “intervenção” estatal realizada não for de seu interesse⁶⁶.

⁶³ A esse respeito, George PRIEST comenta que o debate regulatório (regulação em sentido estrito *versus* desregulação) nos Estados Unidos é visto como um debate entre socialismo e capitalismo. Para o professor de Yale, naquele país, uma comissão permanente, com jurisdição perpétua sobre todos os aspectos das operações de uma empresa ou setor é a analogia mais próxima do planejamento estatal característico das economias socialistas. Por esse motivo, a discussão sobre os efeitos “maximizadores” ou “redutores” de bem-estar derivados da regulação estatal em sentido estrito acaba tornando-se um debate ideológico (The origins, cit., p. 295).

⁶⁴ Vide, por exemplo, Sam PELTZMAN (The economic theory of regulation after a decade of deregulation. Tradução de Tiago Machado CORTEZ. In: Paulo MATTOS e outros. *Regulação econômica*, cit., pp. 81-127). O mesmo autor coordenou, mais recentemente, em conjunto com Clifford WINSTON, uma coletânea de artigos sob o título “Deregulation of network industries: what’s next?” (Washington: Brookings Institution Press, 2000), onde a sua posição pela desregulação é ainda mais enfática. Artigos de teor semelhante foram publicados e compilados por Alfred KAHN (*Lesson from deregulation: telecommunications and airlines after the crunch*. Washington: Brookings Institution Press, 2004).

⁶⁵ A existência de fortes movimentos para a desregulação (especialmente em certos setores) não passou despercebida à doutrina pátria. BELLUZZO, por exemplo, alerta para os perigos (e o grave significado) de um retrocesso no campo dos direitos sociais (O mercado e os direitos sociais, cit., p. 65). Vide, ainda, do mesmo autor, Estado de direito e capitalismo destravado. In: *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*, São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 135-138.

⁶⁶ Calixto SALOMÃO FILHO. *Regulação*, cit., pp. 23-24.

Assim, os movimentos dos agentes econômicos pela regulação ou pela desregulação, e mesmo pela “auto-regulação”⁶⁷, tendem a obedecer a uma lógica predominantemente oportunista, ou seja, pautada apenas na conveniência momentânea e conjuntural de tais grupos de interesse.

Em um curto período de tempo, um determinado grupo de empresas pode ser favorável à instituição de regulação em sentido estrito, impedindo a entrada de outras empresas no seu mercado ou segmento de atuação. Alcançado o objetivo pretendido, entretanto, esse mesmo grupo poderá pender para a desregulação do setor, pleiteando que lhe seja concedida liberdade, por exemplo, para fixar preços de certos serviços (mantida, evidentemente, a reserva de mercado). Ou seja, o mesmo grupo de empresas pode, concomitantemente ou em períodos muito próximos e alternados, movimentar-se em favor e contra a regulação do mesmo setor, já que ambas as políticas lhes podem ser favoráveis em alguns aspectos e desfavoráveis em outros.

Também não é raro agentes econômicos queixarem-se da “captura” de certas agências reguladoras (em alguns casos até originando ou reforçando movimentos pela desregulação) quando estas emitem decisões que lhes são desfavoráveis; no entanto, os mesmos agentes aplaudirão as decisões que lhes proporcionarem benefícios, elogiando a atuação da agência, não com a justificativa de que lhes foi benéfica, evidentemente, mas baseando-se no alegado atendimento ao “interesse público”.

Isso não significa que não se possa identificar, historicamente, períodos de maiores pressões da indústria por regulação, desregulação ou “auto-regulação”, mas tais períodos

⁶⁷No que se refere especificamente à “auto-regulação”, merece reparo, aliás, a própria expressão que, embora amplamente disseminada, não traduz algo coerente. De fato, a “*reprodução das condições de mercado em laboratório*” (Calixto SALOMÃO FILHO. *Regulação*, cit., pp. 23-24), por iniciativa das próprias partes interessadas, não corresponde, em absoluto, a nenhuma modalidade de regulação (vide item I.3 retro), atividade que é de competência exclusiva do Estado. Aproxima-se, sim, da idéia de autotutela. Desse modo, melhor seria utilizar a expressão ordem privada, como faz Michael TREBILCOCK (*The limits of freedom of contract*. Cambridge, Massachussets e Londres: Harvard University Press, 1993, *passim*). Posição divergente é sustentada por Christine PARKER e John BRAITHWAITE, que propõem uma noção amplíssima de regulação, incluindo regras emandas de entidades privadas ou não-governamentais (Regulation. In: CANE e TUSHNET (ed.). *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 119-145). No mesmo sentido, Christine PARKER, Colin SCOTT, Nicola LACEY e John BRAITHWAITE defendem que a regulação é mais ampla que a lei (*Regulating law*. Oxford: Oxford University Press, 2004).

alternam-se no tempo e no espaço segundo as circunstâncias concretas, os interesses em jogo e a melhor forma de atender a estes últimos naquele momento.

Quanto aos seus objetivos, não pretendemos fazer, no estreito escopo desse trabalho, a crítica ou a defesa definitiva da “auto-regulação”, até porque o assunto é complexo e merece cuidadosas reflexões. Vale lembrar, porém, que a prática já foi associada, pela doutrina e pela jurisprudência, a alguns efeitos de natureza anticompetitiva, em certos casos afastando-se, sensivelmente, da idéia de criação de condições ideais de mercado.

Com efeito, os acordos de “auto-regulação” geralmente envolvem empresas participantes dos mesmos mercados (portanto, concorrentes), podendo induzir à realização de ajustes versando sobre fixação de preços e outras condições comerciais, limitação ou controle sobre pesquisa e desenvolvimento tecnológico, etc., podendo configurar abuso do poder econômico (no Brasil, disciplinado nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, além do próprio art. 173, 4º da Constituição Federal)⁶⁸.

De qualquer modo, o ponto é que nem mesmo a “auto-regulação” pode ser considerada como o objetivo ideal de todo agente econômico. Mesmo aqueles que se beneficiariam diretamente de tal prática (se fosse a mesma adotada segundo os seus interesses) poderiam

⁶⁸ No Brasil, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal competente para aplicação da Lei 8.884/94, apreciou essa matéria pelo menos nos seguintes precedentes: (i) Consulta nº. 60/00 e Processo Administrativo nº 08012.000890/2001-11, ambos versando sobre a criação do CENP (Conselho de Executivo das Normas-Padrão) e envolvendo a Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), a Associação Brasileira de Agências de Publicidade (APAP), a Federação Brasileira das Agências de Propaganda (FENAPRO), a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), a Associação Brasileira de Telecomunicações por Assinatura (ABTA), a Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER), a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Central de Outdoor; e (ii) Atos de Concentração 8012.004117/99-67 e 08012.002315/99-50, julgados conjuntamente em 22 de novembro de 2000, envolvendo, respectivamente, a Brasil Álcool S/A e a Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. No julgamento do primeiro caso, o CADE manifestou-se favoravelmente à “*iniciativa de auto-regulamentação do setor*”, porquanto a mesma faria “*parte do processo de desenvolvimento econômico do País*”, salientando, contudo, que o acordo de “auto-regulação” deveria ser ajustado objetivando a adequá-lo às regras concorrenciais vigentes (vide Voto da Conselheira Relatora, acompanhado pelos Conselheiros do CADE, em sessão de julgamento realizada em 22.11.00 - fl. 873 dos autos). O segundo precedente trata, em síntese, da criação da Brasil Álcool S/A (“BrA”) e da Bolsa Brasileira do Álcool Ltda. (“BBA”) por 84 empresas produtoras de álcool carburante. A primeira foi constituída com o objetivo de comercializar, no mercado nacional e internacional, álcool carburante anidro e hidratado, além de açúcar; a segunda, que tinha a exclusividade da comercialização dos produtos acima mencionados, foi criada visando solucionar a crise vivida pelo setor sucroalcooleiro. A finalidade buscada pelas duas sociedades é nitidamente de “auto-regulação”. A despeito de as empresas do setor terem apresentado diversas justificativas para aprovação da operação (ganhos de eficiências econômicas, manutenção de empregos, necessidade de solucionar a crise vivida pelo setor, manutenção de uma matriz energética renovável e menos poluente que os combustíveis fósseis, utilidade dos investimentos públicos já feitos em programas como o Pró-Álcool), os órgãos integrantes do SBDC foram unânimes pela desconstituição dos Atos de Concentração submetidos à análise.

avaliar, em um determinado momento histórico, que as concessões que teriam que ser feitas aos outros agentes econômicos para se atingir um “acordo” não seriam compensatórias da opção pela “auto-regulação”. Não descartamos a hipótese de que, em certos casos, pode até ser mais fácil (ou menos custoso) “capturar” a agência reguladora para obter-se determinadas vantagens do que se chegar a um consenso por meio de “auto-regulação”⁶⁹.

⁶⁹ Ao comparar regulação e cartelização privada, POSNER sugere que os setores que “preferem” ter regulação estatal são aqueles em que a cartelização é mais difícil e custosa (devido ao elevado número de participantes do mercado, entre outras características). Nas palavras do autor, “... *uma característica que desencoraja a cartelização – um grande número de entes cuja cooperação é necessária para criar e manter um cartel – encoraja a regulação. Grandes números têm grande poder eleitoral (e, potencialmente, coercitivo) e também aumentam a probabilidade de uma assimetria de interesses que encorajará ampla participação na coalizão em busca de regulação. Além disso, grandes números, e outros fatores que desencorajam a cartelização privada, aumentam a demanda por legislação protecionista*” (Theories, cit., p. 64). Os mercados cujas condições estruturais ou conjunturais favorecem a cartelização privada seriam, seguindo essa lógica, os mesmos que propiciariam a “auto-regulação” voltada para o atendimento de interesses legítimos.

1.4.1.3. Regulação: tutela de múltiplos valores

Após analisarmos as principais teorias desenvolvidas para explicar a regulação em sentido amplo, verifica-se que nenhuma delas, por si só, presta-se, satisfatoriamente, a justificar tal modalidade de intervenção⁷⁰.

A inexistência de uma única teoria que explique, de maneira isolada, as razões da regulação estatal em sentido estrito não significa, evidentemente, que, em determinados casos concretos, as teorias da captura ou da atuação de grupos de interesse não possam oferecer boas explicações para o comportamento dos reguladores, no âmbito do Poder Legislativo ou Executivo (direto ou indireto). Todavia, ainda que possam explicar, na prática, *algumas* políticas regulatórias ou o comportamento de algumas agências em um determinado momento histórico, as teorias em questão não oferecem a razão teórica e abstrata para a regulação estatal como um todo.

Se o direito econômico contemporâneo não se presta simplesmente a garantir a economia de mercado ou a eficiência alocativa, quais são os seus objetivos?

A tendência dos autores contemporâneos não vinculados às escolas liberais que pregam a “retirada” do Estado da economia ou a busca incessante pela eficiência econômica é associar a regulação à tutela de *múltiplos interesses*, entre econômicos e não econômicos.

Essa linha de pensamento, até por razões históricas, encontra ampla aceitação na doutrina européia, mas a ela também se filiam, atualmente, diversos autores que escrevem sobre a regulação nos Estados Unidos⁷¹.

⁷⁰ A esse respeito, PRIEST observa que os esforços no sentido de enquadrar a regulação nos moldes de uma teoria desviam atenção das relações dinâmicas entre regulador e indústria regulada, que mais se assemelham a um relacionamento ou contrato de longo prazo (The origins, cit., p. 294). Tais tentativas, reforça o autor, não iluminam o comportamento regulador (op. cit., p. 323).

⁷¹ O professor de economia da Universidade de New York, Nicholas ECONOMIDES, por exemplo, destaca os seguintes motivos para a regulação das telecomunicações naquele país: (i) introdução da concorrência em certos mercados; (ii) universalização dos serviços; e (iii) questões técnicas (compatibilidade) (*Telecommunications regulation: an introduction*. [New York], 2004, *passim*). Para uma abordagem mais ampla, independentemente de setores: Eleanor M. FOX e Lawrence A SULLIVAN. Antitrust retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? *New York University Law Review*, v. 62, n. 936, 1987; Eleanor M. FOX. The battle for the soul of antitrust. *California Law Review*, v. 75, n. 3, p. 917-923, maio 1987.

Na verdade, pode-se dizer que essa abordagem evoluiu da corrente chamada “liberal-reformista” de Guido CALABRESI (Yale)⁷², e que as principais características que a distinguem do pensamento de Chicago são: (i) a introdução de uma preocupação distributiva, ao lado da análise da eficiência (alocativa) do Direito; e (ii) o reconhecimento de que a eficiência não é um único valor social (a eficiência seria um dos componentes da idéia de justiça, mas não é o único e nem mesmo o mais importante), devendo ceder espaço a outros objetivos considerados prioritários.

No Brasil, Calixto SALOMÃO FILHO defende claramente a orientação no sentido de associar a regulação estatal a múltiplos interesses. Após consignar que os fundamentos apresentados pelas escolas do interesse público e neoclássica são demasiadamente limitados e reducionistas, por priorizarem apenas um dos aspectos da regulação, levando a teorias incompletas, o autor propõe a convivência entre os aspectos econômicos e sociais da regulação, bem como o reconhecimento de que a preponderância de uns sobre outros varia conforme a natureza do setor regulado. Adverte, porém, que há setores não passíveis de regulação em sentido estrito. Em tais setores, em que são geradas externalidades⁷³ sociais (v.g., educação e saúde), por natureza não deveria haver a prestação da atividade pelos particulares, devendo o Estado ofertar diretamente o serviço, fazendo-o com objetivos redistributivos⁷⁴.

⁷² Pedro Mercado PACHECO considera que a corrente liberal-reformista é uma tendência da própria análise econômica do Direito, que se afasta das premissas da Escola de Chicago. O autor defende, claramente, a reconstrução da análise econômica do Direito com base nessa tendência (*El analisis...*, cit., pp. 54-61 e 274-284). Maria Rosaria FERRARESE adota posição semelhante, situando a teoria defendida por CALABRESI no campo da “Law and Economics”. Para a autora italiana, a Escola de Chicago constituiria a versão forte dessa teoria, enquanto que a versão de Yale seria a versão “fraca” (“soft”) (*Diritto e mercato*, cit., pp. 439-440 e 456-457). Preferimos, no entanto, incluir tal linha de pensamento entre as denominadas “correntes alternativas” à “Law and Economics”, evitando, assim, qualquer confusão de terminologia. Ou seja, empregamos a expressão “análise econômica do Direito” apenas para nos referirmos à corrente majoritária, oriunda da Escola de Chicago.

⁷³ Conforme explicitado por Fábio NUSDEO, externalidades (ou fatores externos) são falhas de mercado relacionadas à transferência de custos ou benefícios para agentes econômicos não responsáveis pela sua ocorrência. Externalidades ou fatores externos *negativos* referem-se à transferência de *custos*; quando existe transferência de *benefícios*, diz-se que há externalidades ou fatores externos *positivos*. (*Curso*, cit., pp. 151-160). Do ponto de vista jurídico, Calixto SALOMÃO FILHO define externalidade como a situação em que “uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica” (*Regulação*, cit., p. 27).

⁷⁴ *Regulação*, cit., pp. 27-28. Nas palavras do autor, “[p]ouco importa se o resultado final será um aumento ou decréscimo da riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista a possibilidade teórica de compensação entre beneficiários e prejudicados (Kaldor-Hicks). O que importa é a existência de relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos”.

Da mesma forma, Sérgio Varella BRUNA sustenta que o debate sobre regulação é um debate sobre valores, os quais, no entanto, não podem ser considerados verdadeiros ou falsos, de modo que a questão sobre a legitimidade do processo administrativo não é passível de solução definitiva ou *ad hoc*⁷⁵.

Posição muito similar é defendida por Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES NETO. O autor discute os fenômenos da globalização econômica e da fragmentação social⁷⁶ (decorrente da multiplicação dos grupos de interesses) – principais processos que interfeririam nos vetores do Estado contemporâneo, levando-o à crise –, bem como da decadência da dicotomia “público-privado”. Conclui que a noção de interesse público não é universal, absoluta ou singular, devendo ser entendida, pelo contrário, como histórica, relativa e heterogênea. Nas suas palavras, “*a noção de homogeneidade do interesse público tem que dar lugar à idéia de heterogeneidade de interesses públicos*”.

Verifica-se, portanto, uma retomada da doutrina do interesse público, sem a pretensão de definir, porém, *a priori*, em que situações esse interesse está presente. Daí o emprego, no plural, da expressão “interesses públicos”, o que evidentemente não significa “*maior tolerância frente aos interesses privados, que se imiscuem e pervertem o funcionamento da máquina pública, favorecendo a indevida apropriação privada dos bens e dos serviços*”.

⁷⁵ BRUNA analisa criticamente os pensamentos de Gerald FRUG, defensor do denominado “realismo modesto” (aceitação da “vida como ela é”), que propõe o abandono da busca de uma explicação para a regulação, e de Thomas O. SARGENTICH, alinhando-se ao último. SARGENTICH identifica três ideais para a regulação estatal, associados, cada um deles, a uma representação principal e a uma expressão alternativa (que nada mais é do que um método indireto para alcançar o valor fundamental correspondente a cada ideal): (i) legalidade (formalismo legal ou, alternativamente, observância dos procedimentos instituídos); (ii) interesse coletivo (instrumentalismo ou, alternativamente, adoção de mecanismos de mercado); e (iii) processo democrático (participação ou, alternativamente, supervisão política dos agentes administrativos) (*Agências reguladoras*, cit., pp. 61-66).

⁷⁶ O autor denomina “fragmentação social” o “*fenômeno, cada vez mais crescente, da emergência de atores sociais e políticos coletivos que refogem à estrutura básica quer da institucionalidade estatal, quer dos mecanismos de representação política próprios da Modernidade. (...) A multiplicação das demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas. Esta pressão mostra-se triplamente desafiadora do Estado, pois as demandas se apresentam (a) crescentes, em face do contínuo aumento das expectativas sociais, (b) gradualmente mais complexas e contraditórias e (c) apontam para a impotência do Estado em responder a elas, quer por exigüidade de recursos, quer por inadequação de fluxos e procedimentos.*” (*Regulação estatal*, cit., pp. 116-117). Mais adiante, MARQUES NETO observa que “[c]omo – mormente num quadro de saturação das demandas sociais e escassez de recursos públicos para o seu atendimento – o acolhimento dos interesses de alguns grupos coloca-se como excludente ao processamento dos interesses de outros, emerge um processo de fracionamento da idéia de universalidade ou de homogeneidade do interesse social.” (p. 120). Esse contexto é ainda mais grave quando atentamos para o fato de que alguns grupos, por natureza, não têm condições de se organizar e pressionar o Estado no sentido de que as suas demandas (geralmente essenciais) sejam satisfeitas. Falamos de populações miseráveis, que sequer participam do processo eleitoral.

públicos”, tampouco que se deve tratar com menos repulsa ou censura o agente público que, ilicitamente, utiliza sua posição para *“fazer prevalecer interesse particularístico, em detrimento da coletividade ou mesmo em prejuízo dos interesses de outros eventuais particulares, menos agraciados pelo interesse ou simpatia de dado gestor”*⁷⁷.

Modificada a idéia de interesse público, altera-se também a forma de atuação do Estado, que precisa conviver com a cada vez mais difícil tarefa de escolher entre valores.

Não há como negar que o reconhecimento da pluralidade de valores a serem tutelados por meio da regulação estatal (em sentido amplo e em sentido estrito) pode gerar conflitos difíceis de serem resolvidos no caso concreto; porém, negar a sua existência também em nada ajuda. A melhor forma de enfrentar isso é lidar com as situações específicas, pois não há como solucionar o conflito *a priori*.

As recomendações que MARQUES NETO dirige ao poder político, das quais compartilhamos integralmente, são as seguintes: (i) mediar os conflitos entre diferentes classes de interesses públicos, agindo no sentido de afirmar os interesses difusos; (ii) implementar, a partir de pautas políticas, os direitos difusos, *especialmente se* estes não estiverem canalizados por meio de grupos ou processos específicos de pressão (o que envolve tanto os interesses dos excluídos sociais como aqueles que, *“pela sua desagregação natural, não conseguem ser autodefendidos”*; e (iii) no cumprimento dessas duas dimensões, respeitar os direitos individuais.

Mais específica e enfaticamente, o autor prega a *republicização* do Estado, atribuindo particular importância ao seu papel de regulador, ao intervir indiretamente (via regulamentação, fiscalização, monitoramento, aplicação de sanções, etc.) e de forma subsidiária e excepcional, em detrimento tanto de um papel restritivo e liberal quanto da *“perspectiva tautológica do Estado Intervencionista (a partir da qual o poder político foi instrumentalizado para o atingimento das necessidades supletivas e compensatórias do regime capitalista)”*.

A regulação no mundo contemporâneo, portanto, sinônima de direito econômico, deve ser pautada por radical transparência (o que implica permanente interlocução com os diversos

⁷⁷ MARQUES NETO. *Regulação estatal*, cit., p. 151.

atores sociais), e orientar-se para a tutela e viabilização das necessidades “*daqueles que não encontram guarida em espaços institucionais de representação e mediação de interesses*”⁷⁸. Assim, devem-se criar mecanismos para que a esfera econômica (por meio da captura, por exemplo) influencie menos a esfera política e incentivos para que ocorra o inverso (a esfera política seja capaz de disciplinar a esfera econômica, com vistas à inclusão social e ao acesso pelo menos a bens e serviços essenciais).

Não é difícil perceber a importância que assume o Direito nesse contexto, em especial o direito econômico. Calixto SALOMÃO FILHO propõe que o Direito, paradigma de estabilidade cuja transformação geralmente decorre de revolução (nos moldes do que ocorreu na Rússia, na França e nos EUA), seja responsável por permitir a modificação radical de uma sociedade. Para tanto, porém, é necessário desvinculá-lo do determinismo econômico e estabelecer objetivos ético-valorativos a serem perseguidos, que sejam próprios daquele Estado ou nação⁷⁹.

Do exposto, pode-se concluir que não há um valor único e absoluto para a regulação estatal em sentido amplo, mas uma multiplicidade de valores, cujo potencial conflito somente pode ser resolvido no caso concreto. E tal solução, para que seja democrática, não pode ser adotada de forma pouco transparente, ou seja, não permite a exclusão de agentes econômicos e de atores sociais do respectivo processo, seja ele legislativo ou administrativo.

⁷⁸ *Regulação estatal*, pp. 164, 179, 183 e 188. No mesmo sentido, Calixto SALOMÃO FILHO prega a participação dos vários grupos sociais afetados pela prestação de um determinado serviço na elaboração das normas (regulamentação) atinentes ao mesmo, etapa necessária no processo de difusão de conhecimento econômico que, para o autor, deve ser capitaneado pelo Direito (Direito como instrumento de transformação social e econômica, *RDPE*, ano 1 n.1, pp. 15-44, jan-mar. 2003).

⁷⁹ Direito como instrumento, cit., *passim*. O autor aduz, por exemplo, que o direito econômico deve perseguir os objetivos de difundir conhecimento e de estabelecer liberdade de escolha para os indivíduos no campo econômico, o que fica muito prejudicado em situações de grande concentração de poder econômico (vide item I.5.2 infra).

1.4.2. Objetivos específicos do direito da concorrência

Tal como já mencionado, o direito da concorrência é uma modalidade de regulação estatal em sentido amplo. Viu-se, também, que a aplicação do direito da concorrência não implica esvaziamento da liberdade de iniciativa. Pelo contrário, o conjunto de normas que conhecemos como direito antitruste veio salvaguardar esse princípio. Resta definir quais são os objetivos perseguidos pelas normas desse microssistema, como tal dotado de lógica e características próprias⁸⁰.

Assim como ocorre com a regulação, parece ser infundável a discussão em torno dos objetivos do direito da concorrência⁸¹. No entanto, não se pode perder de vista que tal conjunto de normas desempenha diferentes funções, dependendo do sistema jurídico e do momento histórico em questão.

⁸⁰ O tema é abordado por Luis Fernando SCHUARTZ, em artigo de maior amplitude, onde o jurista discute a importância da identificação dos chamados “argumentos antitruste”, ou seja, a necessidade de se definir “aquilo que está fora e o que está dentro do jogo, vale dizer: se, independentemente de seu valor de verdade, um dado argumento qualifica-se, em princípio, como argumento antitruste - ou se é algo a ser sumariamente descartado, na melhor das hipóteses como erro escusável de alguém menos avisado”. A recomendação vale para todos os operadores do microssistema antitruste: partes, advogados, economistas independentes e autoridades (Haverá lugar digno para o ‘jurídico’ na teoria e prática do direito antitruste? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 153-182, 2006).

⁸¹ O debate mais conhecido nessa seara envolve as Escolas de Harvard e de Chicago. Os adeptos da primeira defendem que a economia deve ser governada pelo livre mercado e a concorrência deve ser buscada como um fim em si mesmo, evitando-se que particulares venham a restringi-la. Nesse contexto, a legislação de defesa da concorrência visa garantir que o mercado será mantido livre, sem regulação administrativa (ou seja, sem regulação em sentido estrito). Existe, ainda, preocupação com o número de agentes econômicos e com a pulverização do mercado, não de forma absoluta, mas de modo a garantir uma concorrência viável (*workable competition*). Na síntese de Lúcia Helena SALGADO, a Escola de Harvard interpreta a legislação de defesa da concorrência conjugando elementos de eficiência econômica – relacionada à preponderância de empresas individuais, locais e pequenas no mercado – e liberdade. Há, em suma, uma preocupação com a dispersão do poder econômico, evitando-se, porém, privilegiar objetivos populistas (*A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, pp. 16-17). A respeito, vide, ainda, ARREDA e KAPLOW (*Antitrust analysis: problems, text, cases*. 4 ed. Boston: Little, Brown and Company, p. 45); Michael S. JACOBS (An essay, cit.); Paula A. FORGIONI (*Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, pp. 156-157); e José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17. A Escola de Chicago, por seu turno, é comentada no item I.4.1.2 retro. No campo antitruste, essa escola elege como único interesse tutelado o bem-estar do consumidor (ligado à idéia de promoção de eficiência). Esta seria a sua maior arbitrariedade, segundo Calixto SALOMÃO FILHO, que contrapõe a esse posicionamento o pensamento da denominada Escola Ordo-Liberal de Freiburg, nascida na década de 30, na Alemanha, como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar e crítica à concepção econômica nazista que começava a ser aplicada. A crítica ordo-liberal a Chicago está fundada em dois pontos: (i) os pressupostos econômicos da definição de bem-estar do consumidor são meramente teóricos, insuscetíveis de ocorrer na realidade, e (ii) o direito concorrencial não admite a atribuição de qualquer tipo de objetivo econômico pré-determinado, já que “nem todos os seus efeitos podem ser previstos e os desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e aplicação da lei” (*Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 21-30). Sobre os ordo-liberais, vide também Richard WHISH (*Competition law*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 19-20).

Hoje, predomina o entendimento de que não existe uma visão abstrata das finalidades do direito da concorrência, posto que as suas normas dependem de premissas assumidas sobre mercados e governo, ou seja, dependem da política econômica em vigor em uma determinada época e em um determinado local⁸².

Nesse sentido, a tendência dos autores contemporâneos não vinculados às escolas neoliberais que pregam a “retirada” do Estado da economia, e nos mesmos moldes do que proposto para o direito econômico (ou regulação *lato sensu*) no item I.4.1.3 retro, é *associar o direito antitruste e a regulação em sentido estrito à tutela de múltiplos interesses, entre econômicos e não econômicos*.

Essa linha de pensamento, até por razões históricas, encontra ampla aceitação na Europa, onde, como destacado por Maria Rosaria FERRARESE, a relação entre Direito e eficiência é de todo estranha à mentalidade jurídica, habituada a considerar o Direito essencialmente segundo os cânones do normativismo e, portanto, dentro de uma ótica predominantemente política, também relacionada à questão do controle social. A autora acolhe a proposta “ambiciosa” (porém, “não impossível”) de CALABRESI, que sugere integrar à análise econômica do Direito, entre outras, teorias filosóficas e econômicas de distribuição e o estudo científico dos valores⁸³.

P. ARREDA e L. KAPLOW apontam alguns desses outros valores protegidos pelas normas de defesa da concorrência: a distribuição de oportunidades, o controle da concentração do poder político e social, a lealdade nas práticas comerciais e a estabilização econômica⁸⁴.

Por sua vez, S. ROSS assinala que, desde o *Sherman Act*, surgiram, de modo mais nítido, quatro objetivos relacionados ao direito antitruste nos Estados Unidos: a promoção de eficiência alocativa (Escola de Chicago); a transferência de riqueza (proteção dos consumidores contra a exploração por monopólios e cartéis, evitando a concentração

⁸² Nesse sentido, vide Richard WHISH (*Competition law*, cit., p. 17-23). Vide, ainda, S. ROSS. *Principles*, cit., p. 1. No Brasil, porém, a concorrência é garantia institucional, e não pode ser suprimida em prol de políticas econômicas, conforme veremos adiante.

⁸³ *Diritto e mercato*, cit., p. 440.

⁸⁴ *Antitrust analysis*, cit., p. 28-30.

desproporcional de riqueza nas mãos desses últimos); a proteção “jeffersoniana” de pequenos negócios independentes; e a dispersão “madisoniana” do poder econômico⁸⁵.

Em trabalho conjunto, o Banco Mundial e a OCDE também abordam o assunto, contrapondo, de um lado, a doutrina que considera como único propósito das normas de defesa da concorrência a maximização da eficiência econômica e, de outro, as correntes que consideram que o direito concorrencial tutela múltiplos valores, consoante as necessidades, a cultura, a história e as instituições de uma determinada sociedade. Entre esses valores, são citadas a proteção a pequenos negócios, a preservação da livre iniciativa e a manutenção da lealdade e honestidade nas práticas comerciais. Menciona-se, ainda, objetivos transitórios, como é o caso do controle da inflação, da integração regional e do controle do emprego⁸⁶.

O que é considerado pacífico por essas entidades é que o direito concorrencial visa evitar restrições privadas ou públicas que interfiram no processo competitivo, sendo certo que esse processo deve ser protegido não como um fim em si mesmo, mas para atingir outros objetivos.

Essa visão instrumental do direito da concorrência corresponde ao posicionamento adotado pela União Européia. Nesse sentido, segundo Lucia Helena SALGADO, a política de concorrência européia persegue três objetivos: (i) a manutenção da unidade do mercado comum, de modo que a supressão de barreiras aduaneiras e restrições quantitativas no comércio entre os países membros não seja neutralizada pela recriação doméstica de barreiras, por parte das empresas, através de acordos e práticas concertadas; (ii) o impedimento do abuso de poder econômico, que poderia atentar contra a pluralidade na

⁸⁵ *Principles*, cit., pp. 3-8. Segundo o autor, a proteção “jeffersoniana” de pequenos negócios remete ao lema “oportunidades iguais para todos”, defendido por Thomas Jefferson no final do século XIX, buscando privilegiar os pequenos negócios, em detrimento das grandes concentrações. Essa teoria, malgrado não leve em conta as reduções de custos oriundas de economias de escala, é aplicada, ainda hoje, pelas Cortes norte-americanas em alguns casos. Note-se que para os adeptos de Chicago, o Estado deve auxiliar pequenas empresas independentes com subsídios e outros meios diretos, e não através do direito antitruste. Por seu turno, a dispersão “madisoniana” do poder econômico refere-se a outro objetivo não econômico da política antitruste, sustentado por James Madison, que consiste no combate ao poder econômico em si mesmo, como forma de garantir o bom funcionamento do mercado. Richard S. MARKOVITS, por seu turno, enxerga com ceticismo todos esses objetivos (*Antitrust alternatives to delegalization*. In: Gunther TEUBNER (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate antitrust and social welfare law*. Berlim, New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 332-369).

⁸⁶ *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington-Paris, 1999, p. 4.

composição dos mercados; e (iii) o respeito ao princípio da equidade econômica (preservação da igualdade de oportunidades dos agentes econômicos)⁸⁷.

As normas de defesa da concorrência na União Européia, na época da assinatura do Tratado de Roma, tinham o objetivo de auxiliar na formação do mercado comum. Hoje, essas mesmas normas, que exerceram um papel fundamental na criação desse mercado, têm a finalidade de consolidá-lo e mantê-lo. Aliás, como bem observado por Richard WHISH, o ingresso de dez novos países na União Européia em 2004 implica na continuidade desse objetivo como determinante no direito europeu da concorrência⁸⁸.

Conclui-se, portanto, que as normas de defesa da concorrência podem servir a vários propósitos, muitas vezes conflitantes entre si. Nesse contexto, cada sociedade, através do seu respectivo sistema jurídico (de acordo com o momento histórico e conjuntural), faz uma escolha de quais os valores que serão tutelados por essa legislação. Da mesma forma, aos intérpretes e aplicadores da lei, na esfera administrativa ou judicial, compete solucionar os possíveis conflitos entre esses valores, segundo os ditames do próprio ordenamento.

No Brasil, a livre concorrência foi erigida a princípio constitucional, figurando entre os fundamentos da ordem econômica, e tem por objetivo último “*assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social*” (CF, art. 170)⁸⁹.

⁸⁷ As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Série Texto para Discussão*, n. 264. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 1992, p. 14. Richard WHISH (*Competition law*, cit., p. 20-21) comenta que o objetivo de proteção do mercado comum por meio da legislação concorrencial tem efeitos positivos (v.g., encorajar o comércio entre os Estados-membros) e negativos (v.g., cartéis formados em um determinado Estado podem afetar todo o mercado comum). Não há dúvidas, de qualquer forma, que a legislação concorrencial muito contribuiu para a criação e a consolidação de um mercado comum na Europa. Segundo a imprensa local, “*the European Commission has successfully opened up markets and broken monopolies in many areas such as telecoms and aviation, and is currently attempting to tackle national energy giants across Europe*” (SARKOZY scraps competition clause from new Treaty. *Spiegel Online International*. 22 jun. 2007).

⁸⁸ *Competition law*, cit., p. 51. Vale mencionar, por outro lado, que, por insistência do governo francês, uma referência à concorrência nas premissas do novo Tratado europeu foi eliminada, causando grande polêmica sobre o significado de tal movimento. A respeito, vide: SARKOZY, cit., G. PARKER, T. BUCK e B. BENOIT (Key clause dropped from draft EU treaty. *The Financial Times*. Bruxelas, 21 jun. 2007) e B. WATERFIELD e G. JONES. Blair outmanoeuvred by Sarkozy on Treaty. *Daily Telegraph*. Bruxelas, 23 jun. 2007). Muito embora a expressão “concorrência livre e não distorcida” conste de diversas passagens dos textos legais da União Européia, a sua exclusão do rol de objetivos da UE (onde estava inserida desde 1957) foi interpretada pelas autoridades comunitárias de defesa da concorrência como uma abertura para políticas protecionistas (inclusive auxílios estatais) e como um obstáculo à capacidade de persecução efetiva dos cartéis na Europa. Os objetivos do Tratado geralmente são invocados como fundamento pelas cortes européias em suas decisões.

⁸⁹ A esse respeito, Luis Fernando SCHUARTZ (O direito da concorrência e seus fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8884/94. *RDM*, n. 117, p. 57-86, jan./mar. 2000) observa, em primeiro

O legislador constituinte de 1988 encampou no art. 170 diversos valores, cujo fim maior é a promoção de justiça social.

Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, entre os vários princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal, alguns dos quais podem entrar em conflito com os demais, destacam-se três que se sobrepõem, quais sejam a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social, sendo os dois primeiros fundamentos e o terceiro objetivo da ordem econômica. Segundo o autor, mesmo entre esses princípios fundamentais é possível o conflito, sendo certo que “*medidas objetivando a justiça social podem não ser compatíveis com a livre iniciativa e vice-versa*”, prevalecendo “*o princípio mais diretamente afetado pela medida específica em análise*”⁹⁰.

A tarefa do intérprete torna-se menos árdua em se adotando a idéia de liberdade de iniciativa proposta no item I.1 retro, sendo certo, ainda, que, no Brasil, a não-aplicação da legislação de defesa da concorrência somente se justifica nos casos de conflito com outros dispositivos constitucionais tutelando a ordem econômica e, em última instância, a justiça social (artigo 170), não podendo ocorrer meramente em virtude de outros objetivos de política econômica.

A dificuldade reside, justamente, em interpretar concretamente tais preceitos e aplicá-los às hipóteses de recusa de contratar. O capítulo seguinte tem esse propósito, demonstrando que o direito da concorrência no Brasil está histórica e constitucionalmente ligado ao combate ao abuso do poder econômico, devendo, portanto, ser instrumentalizado tendo em vista esse objetivo, perfeitamente coerente com a idéia de promoção de justiça social. A presença de poder, desse modo, torna-se imprescindível na aplicação do direito antitruste,

lugar, que os poderes públicos têm o dever de, “*preservando a estrutura normativa básica do sistema capitalista, influenciar a sua trajetória tendo em vista a realização de justiça social*”. Essa diretriz, no entanto, não é suficiente, por ser demasiado abstrata, para solucionar os problemas específicos relacionados à interpretação e aplicação do direito da concorrência no país. Aliás, assinala o autor, sequer se sabe, teoricamente, se um estado social justo é, ou não, realizável sob condições de uma economia capitalista moderna, e se o direito concorrencial é capaz de lidar com problemas distributivos. Richard S. MARKOVITS, por exemplo, entende que não (*Antitrust alternatives*, cit.). No sentido contrário: J. S. METCALFE, R. RAMLOGAN e E. UYARRA. Economic development and the competitive process. *Centre on regulation and competition Working Paper Series*, Paper n. 36, University of Manchester, dez. 2002. Esse impasse, porém, ao contrário do que se poderia imaginar, não exclui o dever do Estado no sentido de, nas palavras de SCHUARTZ, definir e implementar ao menos *tentativas* de realizar a justiça social através da instrumentalização do direito da concorrência.

⁹⁰ *Regulação*, cit., pp. 131-132.

conforme exposto a seguir, e representa papel fundamental na compreensão da obrigatoriedade de contratar objeto desse trabalho.

I.5. O direito da concorrência como instrumento de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico

I.5.1. Considerações preliminares sobre o poder. O poder econômico

O poder é um dado da realidade e, no campo econômico, constitui regra, não exceção⁹¹.

A concentração do poder econômico acentuou-se de maneira geral a partir da revolução industrial, que veio demonstrar que a riqueza em si é menos importante que a sua efetiva disposição no ciclo produtivo. Em outras palavras, na economia moderna, a questão fundamental não é a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela, devendo ser assim interpretada a tese marxista sobre a concentração do capital, que “*não designa (...) coisas ou bens, nem mesmo uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder*”⁹².

No Brasil, a concentração do poder na esfera econômica existe desde a época da colonização, com a adoção do modelo de monoculturas agrícolas em grandes propriedades rurais, que não passavam de monopólios, e o estabelecimento de uma reserva de mercado

⁹¹ Fábio Konder COMPARATO e Calixto SALOMÃO FILHO. *O poder de controle na sociedade anônima*, 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, *passim*. No mesmo sentido, Sérgio Varella BRUNA constata que o poder econômico é um fator estrutural (*O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo, RT, 2001, p. 171). Não pretendemos, no estreito escopo do presente trabalho, analisar pormenorizadamente o que é poder. Basta, para fins didáticos, estabelecer ou refutar certas distinções entre a noção de poder e outras manifestações sociais. Fábio Konder COMPARATO assinala que, na teoria política moderna, o poder distingue-se da influência determinante (tradução moderna do velho conceito de autoridade), pela falta de coerção que caracteriza esta última (Sociedade e poder. In: Fábio Konder COMPARATO, Calixto SALOMÃO FILHO, *O poder de controle*, cit., pp. XV-XVII, prólogo). Tanto Hannah ARENDT (*Da violência*, tradução de Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1985) quanto Niklas LUHMANN (*Poder*, tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1985) adotam concepções genéricas de poder (entendido como qualquer forma de coerção individual) e o diferenciam da força (em ARENDT, violência), pois esta prescinde da adesão voluntária dos sujeitos que submete. São bastante ilustrativas do pensamento de H. ARENDT os seguintes trechos: “... do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder”; “o domínio pela pura violência (...) advém onde o poder está sendo perdido” (p. 42); “politicamente falando, é insuficiente dizer que poder e violência não são o mesmo. Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente”(p. 44). No entanto, para COMPARATO (Sociedade e poder, cit.), a distinção “entre poder jurídico e força fática é sempre transitória e anormal. Em regra, força e poder se combinam e se exaltam, mutuamente”. Calixto SALOMÃO FILHO é ainda mais enfático, concluindo que ARENDT e LUHMAN, embora tenham tratado especialmente do poder político (e não do poder econômico), são condescendentes relativamente ao fenômeno (Poder econômico: a marcha da aceitação. In: Fábio Konder COMPARATO e Calixto SALOMÃO FILHO, *O poder de controle*, cit., pp. 3-23, introdução do co-autor).

⁹² Fábio K. COMPARATO. Sociedade e Poder, cit., *passim*. No Manifesto do Partido Comunista (In: Karl MARX e Friedrich ENGELS, *Obras Escolhidas*, v. 1, São Paulo, Editora Alfa-Omega, pp. 21-47), MARX identifica o poder econômico como causa de exploração do trabalho e da dignidade humana e fonte de desigualdades sociais, cada vez mais acentuadas.

para os produtos brasileiros na Europa. O fenômeno também se exacerbou com a industrialização (capitalismo industrial), na medida em que os únicos empreendedores nacionais com acesso a crédito (e, portanto, em condições de financiar o nascimento da indústria) eram os próprios agricultores oligopolistas (especialmente de café na Região Sudeste), alguns dos quais posteriormente se tornaram banqueiros⁹³.

Além da concentração de poder na origem (monoculturas agrícolas latifundiárias), o processo de industrialização (tardia) no Brasil também foi marcado pelo protecionismo estatal (e.g., as políticas de proteção aos cafeicultores), incentivando, inclusive, a cartelização na maioria, senão em todos os setores, criando situações similares às de monopólio.

A aceitação do poder como fato social, no entanto, não deve implicar excessiva tolerância do Estado (e das autoridades) relativamente à forma como é exercido e tampouco à sua concentração.

Calixto SALOMÃO FILHO⁹⁴ adverte que a cisão, na filosofia moderna, entre ética (“dever ser”) e realidade (“ser”) manifesta-se mediante a excessiva tolerância quanto aos critérios aceitáveis para o exercício do poder econômico e a conseqüente postura hesitante das autoridades quanto ao seu combate, especialmente no plano estrutural. Tal cisão inspirou, aliás, na esfera jurídica, o positivismo de Kelsen e, mais recentemente, o preenchimento do vazio criado pela exclusão do conteúdo ético-valorativo das normas pela eficiência econômica e outros conceitos manifestamente utilitários⁹⁵. A essa concepção dicotômica de ética e realidade, o professor contrapõe os pensamentos de Hegel e Kant, segundo os quais “*o poder (econômico), ainda que presente, não é imanente*” (ou seja, não há distinção entre ser e dever ser), de modo que o seu exercício deve ser, sim, coibido em determinadas situações.

Em outras palavras, dada a existência do poder econômico e a sua tendência à concentração, há que se lidar com as suas conseqüências. Isso significa que há situações

⁹³ Para maiores detalhes, vide Celso FURTADO. *Formação econômica do Brasil*. 32 ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2003.

⁹⁴ Poder econômico: a marcha da aceitação, cit.

⁹⁵ A esse respeito, vide Richard POSNER. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law, 18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics, Vienna, set. 2001.

em que o Estado deve intervir, a fim de coibir manifestações nocivas de poder econômico na sociedade. Uma das formas que o legislador constitucional elegeu para tal finalidade foi o direito da concorrência. *“O poder econômico é o elemento constitutivo do direito concorrencial. É da existência do primeiro que se cria a necessidade de presença do último”*⁹⁶.

Desse aspecto trataremos na seqüência.

⁹⁶ Calixto SALOMÃO FILHO, Recusa de contratar: disciplina jurídica. In: *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 137-150.

1.5.2. Poder econômico e direito concorrencial: uma relação histórica. O sistema do abuso no Brasil.

Além de prejudicar a livre concorrência, o exercício do poder econômico pode limitar a liberdade de iniciativa dos agentes (quando é capaz de criar barreiras à entrada de concorrentes), falsear informações sobre o mercado e criar centros políticos de poder paralelo, influenciando a atividade normativa. A preocupação institucional com a concorrência, que fez nascer o direito antitruste, implica tornar ilícita a dominação do mercado (quando não fundada na maior eficiência do agente econômico) e aplicar critérios rígidos e formalistas de verificação dos ilícitos concorrenciais, ao menos para os agentes com poder econômico⁹⁷.

Daí a preocupação das legislações de defesa da concorrência relativamente ao poder econômico.

Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, pode-se afirmar que a legislação antitruste surge originalmente com este propósito primordial.

Nos EUA, a preocupação inicial do Congresso Nacional foi com o poder dos monopólios e seus efeitos sobre a concorrência (levando à promulgação do *Sherman Act* em 1890), em seguida ocupando-se da lealdade na competição (*Clayton Act*, 1914).

Charles ROWLEY e Anne RATHBONE discutem justamente o mito criado nos anos 70 nos Estados Unidos, associando a criação do *Sherman Act* à busca de maior eficiência econômica e à correção de falhas de mercado. Os autores demonstram, ao analisar as posições políticas e os discursos que antecederam a aprovação do *Sherman Act*, que o referido diploma tinha como principal escopo a proteção dos concorrentes de menor porte (pequenos negócios, cuja situação financeira tornara-se difícil por conta da atuação de grandes empresas ou trustes), ainda que, no curto prazo, tal proteção resultasse em prejuízo para os consumidores e menor eficiência econômica. Os autores salientam que, em virtude de pressões e incentivos políticos, essa tendência continua permeando a atuação das autoridades antitruste norte-americanas ainda hoje, a despeito de muitos autores

⁹⁷ Calixto SALOMÃO FILHO, *Recusa de contratar*, cit.

neoclássicos invariavelmente enxergarem a busca da eficiência como fim maior da atuação de cortes e autoridades administrativas. O mesmo teria ocorrido com o Clayton Act e com o Federal Trade Commission Act de 1914, ambos configurando respostas legislativas a pressões de grupos de interesses específicos⁹⁸.

Na Europa, parece existir uma verdadeira presunção no sentido de que os mercados não funcionam bem, havendo necessidade de intervenção de autoridades regulatórias *strictu sensu* e antitruste, a fim de garantir a liberdade de iniciativa e a concorrência, contra os monopólios, oligopólios e empresas dominantes⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Vale observar que tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, a legislação antitruste não se encontra *exclusivamente* voltada para o combate à formação e ao exercício do poder econômico, embora essa seja umas das preocupações principais. Nos Estados Unidos, o próprio Sherman Act proíbe práticas restritivas (ainda que não adotadas por agentes detentores de posição dominante), mas suas normas foram posteriormente relativizadas com o advento da denominada regra da razão¹⁰¹, que pressupõe uma análise, ainda que

⁹⁸ *Political economy of antitrust*. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND, *The international handbook of competition*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2004, pp. 173-209. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO diz que “*nos primeiros momentos de aplicação do Sherman Act norte-americano, (...) o ilícito central é a monopolização dos mercados e a única regra da razão admitida é aquela que exclui de certos ilícitos os agentes sem poder econômico nos mercados. Nesse momento inicial, os monopólios são sujeitos a verdadeiro código de conduta, a exemplo de uma regulação econômica. O seu descumprimento pode levar até à divisão das referidas empresas é o que ocorre, exemplificativamente com a Standard Oil no início do século*” (Recusa de contratar, cit., p. 138).

⁹⁹ Essa observação é feita em tom de crítica ao longo do artigo de Marcel CANOY, Patrick REY e Eric VAN DAMME, *Dominance and monopolization*. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND, *The international handbook*, cit., pp. 210-289. O texto aborda as semelhanças e as diferenças entre os sistemas europeu (abuso de posição dominante) e norte-americano (monopolização). Basicamente, na Europa, adota-se a idéia de responsabilidade especial de empresas com poder econômico, sendo vedado o denominado abuso de poder (art. 82 do Tratado de Roma), inclusive na forma de preços chamados “excessivos”. Nos EUA, embora a idéia de responsabilidade especial não seja estranha (nesse sentido, vide item II.3.2.3 da Parte II), o legislador trabalha com os conceitos de monopolização e tentativa de monopolização, alheios à idéia de abuso e mais afetos à noção de *graus de poder*. A exploração “regular” do poder de monopólio (ou seja, os lucros de monopólio) não é considerada ilícita nos EUA, não havendo que se falar em preços abusivos por lá. Em ambas as jurisdições, no entanto, e a despeito do que dispõem os respectivos textos legais, as autoridades hesitam em controlar preços, preferindo soluções estruturais para o problema da dominância. Os autores preferem claramente o sistema antitruste adotado nos Estados Unidos. Voltaremos às especificidades do direito antitruste na Europa e nos EUA, especialmente no que se refere ao combate ao exercício de poder econômico, ao abordarmos a recusa de contratar (Caps. II.3, III.2, IV.2 e IV.3 da Segunda Parte).

¹⁰⁰ Sobre os objetivos da política de concorrência europeia vide item I.4.2.

¹⁰¹ Conforme bem sintetizado por Calixto SALOMÃO FILHO, “a expressão ‘regra da razão’ talvez possa ser incluída entre as mais citadas e, também, entre as menos compreendidas da literatura jurídica, sendo certo que “a sua origem responde por muitas dessas incompreensões” (*Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 141-142). A regra da razão foi aplicada pela primeira vez em 1911, pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Standard Oil Co. v. United States* (221 U.S. 65 [1911]). Naquele precedente, o Juiz WHITE considerou que não é qualquer eliminação da concorrência que deve ser considerada ilícita, mas apenas as

superficial, de poder de mercado. Além disso, o Clayton Act (também atingido posteriormente pela regra da razão) considera diversas condutas ilícitas, independentemente do *status* da empresa praticante.

Na Europa, o artigo 81 do Tratado de Roma (§1) trata de práticas ilícitas, entre as quais acordos entre empresas, decisões de associações e práticas concertadas que tenham por objeto ou efeito a fixação de preços de compra ou de venda de produtos, a limitação da produção ou a divisão do mercado, consideradas incompatíveis com o mercado comum independentemente do *status* do agente econômico envolvido.

O próprio texto legal, no entanto, estabelece válvulas de escape (art. 81, §3), ao dispor que tais práticas poderão ser autorizadas se contribuírem para a melhoria da produção ou da distribuição de produtos, ou para a promoção do progresso técnico, desde que (i) os consumidores sejam contemplados com uma fatia justa dos benefícios alcançados, bem como que (ii) não sejam adotadas restrições que não sejam indispensáveis à obtenção dos benefícios visados e (iii) não haja eliminação da concorrência relativamente à parcela substancial dos produtos em questão. Tais dispositivos permitem a interpretação, adotada em diversas decisões e regulamentos da Comissão e das Cortes Europeias, no sentido de que, via de regra, empresas sem poder econômico não têm capacidade de restringir a concorrência (vide Capítulo II.3.1 da Segunda Parte).

restrições desarrazoadas (*unreasonable*). A abordagem *per se*, que vinha sendo adotada até então, implicava o julgamento de todas as práticas (acordos, contratos, etc.) com base no seu efeito potencialmente prejudicial à concorrência. Assim, a acusação precisava demonstrar às cortes apenas que a prática ocorrera, ficando a defesa desprovida de qualquer argumento sustentável. A justificativa para essa abordagem repousa na presunção de que determinadas práticas afetam negativamente a concorrência, não havendo necessidade de um estudo mais aprofundado do mercado em questão, aumentando os custos da investigação. A regra da razão veio modificar esse critério de julgamento em alguns casos, de modo que as condutas não integrantes da categoria dos ilícitos *per se* passaram a ser analisadas levando em consideração não os *efeitos presumidos* sobre a concorrência, mas o *intento* da parte (a ser aferido objetivamente) e os *prováveis efeitos anticompetitivos* sobre o mercado. Uma nova conotação da regra da razão tem como marco inicial a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, no final da década de 70. Nesse precedente, a regra da razão foi definida como o método em que o intérprete leva em consideração todas as circunstâncias do caso, a fim de decidir se uma determinada prática configura-se ou não como uma restrição desarrazoada à concorrência. As cortes passaram, então, a resumir a regra da razão em termos de distribuição de ônus da prova, adotando o seguinte procedimento: i) a acusação tem o ônus de provar que uma determinada conduta causou ou pode causar substanciais efeitos adversos sobre a concorrência, ii) demonstrado isso, a defesa passa a ter o ônus da prova a respeito de efeitos pró-competitivos da referida prática, iii) logrando êxito a defesa, o ônus da prova retorna para a acusação, a quem incumbe, dessa vez, demonstrar que a restrição em pauta não é razoavelmente necessária para se atingir os tais objetivos ou efeitos pró-competitivos, iv) o último passo é o balanço dos efeitos pró e anticompetitivos. A avaliação de poder de mercado entra na etapa 'i'.

A sistemática do artigo 81 é bem explicada por Richard WHISH, com base na sua interpretação da jurisprudência da Comissão Europeia e das cortes naquela jurisdição. O autor esclarece que o próprio Tratado de Roma elegeu práticas que têm por *objeto* restringir ou eliminar a concorrência (por exemplo, a fixação horizontal de preços), independentemente dos seus efeitos. Nessas situações, as partes não podem defender-se simplesmente por meio da alegação de que seu comportamento qualitativamente não é capaz de gerais efeitos anticompetitivos, embora teoricamente ainda possam alegar que a conduta se encontra excepcionada por preencher os requisitos do art. 81, §3, ou que não afeta o comércio entre os Estados-membros da União Europeia¹⁰². Por outro lado, se a lei não estabelece *a priori* que o objeto de determinada prática é anticompetitivo, há que se demonstrar que efeitos negativos provavelmente dela adviriam em algum mercado relevante, o que acaba exigindo a demonstração do exercício de algum grau de poder pelas empresas investigadas.

Assim, na prática, muitas condutas dependem do exercício de poder econômico, para que se caracterize a sua ilicitude à luz do artigo 81 do Tratado de Roma.

Ainda no que tange ao direito europeu da concorrência, o artigo 82 do Tratado *exige a existência de posição dominante para que se configurem as infrações ali previstas*, entre elas a recusa de contratar como manifestação de dominância.

A respeito do assunto, é muito interessante a posição sustentada por Giorgio MONTI, ao propor a redução do escopo de aplicação do art. 82 do Tratado de Roma, estabelecendo-se um percentual fictício apenas para fins de enquadramento legal dos agentes econômicos, uma vez que a maioria das condutas anticompetitivas já se encontra “coberta” pelo art. 81 do Tratado de Roma, que trata das infrações que, em princípio, independem da existência de poder, mas que, como visto, em sua maioria não passam ao largo de uma análise (ainda que superficial) do status do agente que as adota.

¹⁰² “The parties, for example, to a price fixing agreement, cannot argue that the fixing of prices does not restrict competition, the parties can defend the practice only by proving, in a particular case, that it satisfies the criteria of Article 81 (3). However, it is open for them to argue that, in a quantitative sense, their agreement does not appreciably affect competition or affect trade between member States, because their position in the market is so weak; conceptually this is different matter from arguing that the practice of price fixing is not restrictive of competition” (Competition law, cit., p. 111).

O autor entende que o art. 81 já amplia de maneira suficiente o escopo de aplicação do direito da concorrência na Europa, tornando o art. 82 praticamente desnecessário. Assim, a aplicabilidade do último poderia ficar restrita às hipóteses em que as condutas dos agentes econômicos, embora não se enquadrem em nenhuma das hipóteses do art. 81, têm o condão (potencial) de causar dano ao mercado europeu (em virtude, justamente, da posição dominante da empresa que a adota)¹⁰³. Voltaremos a esse assunto ao discutirmos a recusa de contratar na legislação europeia de defesa da concorrência.

No Brasil, o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal dispõe que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Dispositivo semelhante, estabelecendo a *repressão do abuso do poder econômico*, já constava do artigo 148 da Constituição Federal de 1946, regulamentado com a edição da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962¹⁰⁴.

Desse modo, parece-nos clara a opção do legislador constitucional, desde 1946, pela adoção de normas concorrenciais voltadas para combater o abuso do poder econômico, muito embora a concorrência só tenha sido alçada a princípio da ordem econômica na Constituição de 1967. Ou seja, assim como o objetivo das normas de concorrência na União Europeia está associado à viabilização e à manutenção do mercado comum, no Brasil, as mesmas normas dirigem-se ao controle do poder, de modo a realizar a sua função social (como veremos mais adiante, no Cap. II.3 da Primeira Parte).

E não poderia ser diferente, já que a concentração do poder econômico, e a sua utilização em detrimento de outrem (em última instância da própria sociedade), está ligada a diversos

¹⁰³ The concept of dominance in article 82. *European Competition Journal* [pendente de publicação], 2006. A mesma abordagem é proposta por ROUSSEVA, ao tratar de restrições verticais (vide item II.3.1.4, nota 235).

¹⁰⁴ A despeito disso, a repressão do abuso do poder econômico por meio de diplomas concorrenciais somente se tornou mais efetiva a partir de 1991 (com o início da desregulamentação dos preços) e, principalmente em 1994, com a promulgação da Lei 8.884/94. Até então, prevaleceu forte controle direto de preços pelo governo brasileiro, privilegiando-se legislações alegadamente voltadas para a proteção da economia popular, que deixavam pouco espaço para a aplicação do direito antitruste. A respeito do assunto, vide Pedro DUTRA. Preços e polícia. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 15-20, 1997, e Gesner OLIVEIRA. *Concorrência*, cit., p. 4-5. Um resumo do tema também consta de Priscila B. GONÇALVES (*Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002, p. 272-278).

problemas estruturais no Brasil, constituindo uma das causas históricas para o subdesenvolvimento¹⁰⁵.

Assim, só se pode admitir que a lei ordinária disponha sobre a repressão de atos e comportamentos praticados por agentes que detenham poder econômico, devendo ser assim interpretada a Lei 8.884/94 (ou qualquer outra que a substitua, à luz do art. 173, 4º, da Constituição Federal). O poder econômico é pressuposto para a caracterização de ilícito concorrencial.

Entendemos que empresas não detentoras de poder econômico não são capazes de dominar mercados e de eliminar a concorrência, em nenhuma hipótese. Ou seja, o art. 173, 4º, da Constituição Federal não limita o escopo do art. 170, apenas o esclarece, já que empresas sem poder econômico não possuem obrigações concorrenciais especiais à luz da Magna Carta e, ainda que possam violar outros princípios da ordem econômica, não têm capacidade para ferir a liberdade de concorrência. Na ausência de poder, qualquer tentativa de dominação ou eliminação da concorrência por parte de um agente econômico resulta ineficaz, sendo disciplinada pelo próprio mercado ou coibida por meio de outros microsistemas. Se houver êxito, certamente a avaliação da existência de poder pelas autoridades é que foi feita de maneira equivocada (a esse respeito, vide item 1.5.3 abaixo).

Analisando a jurisprudência administrativa do CADE desde 1994, infere-se que o órgão compartilha do entendimento no sentido de que agentes não detentores de poder econômico não têm aptidão para praticar infrações concorrenciais, pois seus atos jamais gerariam efeitos prejudiciais ao mercado. Existem, evidentemente, posições dissonantes, mas a maioria esmagadora das decisões alinha-se à regra geral¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Celso FURTADO. *Formação econômica*, cit., *passim*.

¹⁰⁶ Nesse sentido, destacamos trechos esclarecedores de algumas decisões: “... a correta exegese da lei de defesa da concorrência pressupõe a presença de poder de mercado para que seja possível seu abuso” (voto do Conselheiro Arthur BARRIONUEVO FILHO nos autos da Representação nº 147/93, em que figurava como Representante o Departamento de Assuntos de Segurança Pública da Secretaria de Polícia Federal e como Representada a Escola de Formação de Vigilantes Tiradentes); “[a]s condutas previstas no artigo 20 e 21 da Lei (...) só podem produzir efeitos nocivos ao mercado, quando os agentes que as praticarem detiverem posição dominante ou poderio econômico significativo. Não há que se falar em prática restritiva da concorrência empreendida por quem não detém parcela significativa de mercado ou poder econômico insuficiente para atuar de forma predatória em um espaço econômico.” (voto do Conselheiro Leônidas R. XAUSA nos autos do Processo Administrativo nº 41/92, em que figurava como Representante a Associação das Empresas de Engenharia e Arquitetura para Centro de Processamento de Dados e como Representada a IBM do Brasil S/A); “cabe ressaltar que a coletividade, verdadeira titular dos bens jurídicos tutelados pela

Calixto SALOMÃO FILHO diverge dessa posição. O professor entende que o direito concorrencial não se resume à regulação do poder econômico no mercado; mesmo em sistemas em que se garanta a existência de concorrência, é preciso garantir que as forças de mercado concorram lealmente.

Nesse contexto, o professor identifica três tipos de condutas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94: (i) aquelas que podem levar à dominação de mercados (ou seja, o poder é resultado, e não pressuposto para o ilícito, por exemplo, acordos entre concorrentes sobre preços e quantidades produzidas); (ii) aquelas que dependem da prévia existência de poder para configurar ilícito (ou seja, o poder é pressuposto); e (iii) aquelas que não dependem de poder (v.g., limitação ou falseamento da concorrência).

Consideramos possível conciliar os dois entendimentos se distinguirmos poder econômico de posição dominante e, especialmente, poder econômico de poder de mercado no sentido neoclássico, tal como, aliás, faz o próprio professor SALOMÃO FILHO.

Com isso, afasta-se, inclusive, eventual inconstitucionalidade de decisão (administrativa ou judicial) ou de lei que, fundada no art. 173, 4º, da Constituição Brasileira, pretenda estabelecer ilícitos concorrenciais independentemente de poder econômico.

Em dissertação de Mestrado, posicionamo-nos contrariamente à adoção de ilícitos concorrenciais *per se* no Brasil¹⁰⁷. Continuamos entendendo que, por determinação constitucional, não é possível definir infrações dessa modalidade na ausência de poder, ou seja, instituir uma sistemática semelhante àquela adotada pelo art. 81, §1, do Tratado de Roma relativamente às restrições graves, conhecidas como *hardcore* (como os cartéis).

Hoje, porém, percebemos que tal orientação, em princípio, poderia frustrar o objetivo de aplicar extensivamente o direito da concorrência como instrumento de diluição do poder e

lei antitruste, não foi prejudicada pela conduta dos supermercados, por estes não possuírem posição dominante da qual pudessem abusar, eliminando, desta forma, seus supostos rivais, não ocorreu qualquer prejuízo a concorrência” (voto proferido pelo Conselheiro Ronaldo Porto MACEDO JUNIOR nos autos do Processo Administrativo nº. 08000.021183/96-70, em que figurava como Representante o Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitarias de São Paulo e como Representados Supermercado Ourinhos Bx Ltda., Supermercado Bergamini Ltda. e Supermercado Center Máster Ltda).

¹⁰⁷ *Fixação e sugestão*, cit., p. 293 e ss.

de promoção de justiça social, ou reduzir a sua importância no combate aos problemas associados a tais objetivos.

Giorgio MONTI, por exemplo, entende que se uma jurisdição acredita na efetividade da política de defesa da concorrência e deseja aplicá-la com rigor para atingir certos objetivos (como a manutenção de um mercado comum europeu, por exemplo), o legislador deve adotar infrações *per se* (ou definir aquelas que têm *objeto* anticompetitivo, como no caso do art. 81 do Tratado de Roma), já que tal procedimento torna mais fácil a persecução e punição de certas condutas, reduzindo o conteúdo das defesas possíveis e, conseqüentemente, os períodos e custos associados às investigações. Trata-se, certamente, de uma abordagem mais pragmática e, em grande medida, mais transparente do que o sistema de repressão ao abuso adotado no Brasil, já que autoridades e agentes econômicos sabem, de antemão, o que é permitido e o que não é. Outra alternativa é a adoção de um sistema misto, como na Europa, conjugando infrações *per se* ou de *objeto* anticompetitivo (ou seja, condutas que em nenhuma hipótese serão toleradas naquela jurisdição) com a idéia (residual) de abuso para comportamentos dúbios, cujos efeitos sobre o mercado são mais difíceis de definir de antemão como lícitos ou ilícitos.

Tudo decorre, em última instância, de uma escolha política para o ordenamento jurídico. Já vimos que o mercado necessita do Estado para funcionar, mas sabemos também que o grau necessário de intervenção estatal varia conforme o sistema e seus respectivos objetivos (vide Cap. I retro). O Estado não pode “retirar-se do domínio econômico”, mas pode limitar-se à prática de certas atividades e ser explicitamente excluído de outras. Assim, se um determinado sistema de mercado acredita plenamente na capacidade da iniciativa privada orientar-se para os objetivos estabelecidos para a ordem econômica e social, não há necessidade de estabelecer uma legislação concorrencial ou, caso ela seja instituída, pode ser mais condescendente com certas práticas (já que as mesmas seriam transitórias e, na maioria das vezes, naturalmente eliminadas, sem qualquer intervenção estatal ou com uma intervenção mínima). Por outro lado, se não há confiança nos mecanismos do mercado para se atingir as finalidades perseguidas, o esperado é que a legislação concorrencial seja bastante rígida.

No Brasil, a Constituição Federal sugere que a economia de mercado, por si só, não é capaz de promover justiça social, mas que pode chegar a essa finalidade com o auxílio de

uma legislação que previna e reprima o abuso do poder econômico. O legislador constitucional foi contraditório, evidentemente, ao reconhecer tal fato e, ao mesmo tempo, aceitar o exercício do poder econômico (proibindo apenas o “abuso”, cuja aferição nos casos concretos é notoriamente trabalhosa e complexa, dificultando a implementação do direito concorrencial). Talvez a Magna Carta de 1988 devesse ter sido mais clara e autorizado a adoção de infrações *per se* à ordem econômica. Não o fez, todavia.

Analisando-se a questão a fundo, entretanto, verifica-se que a interpretação por nós proposta (que exclui a aplicação do diploma antitruste a empresas não detentoras de poder econômico) com base na leitura conjugada dos arts. 170 e 173 da Magna Carta, não implica, necessariamente, estreitar a aplicabilidade do direito antitruste neste país. Isso porque, como contrapartida de um eventual estreitamento decorrente da exclusão constitucional de condutas ilícitas *per se*, é perfeitamente possível, e desejável, conferir à expressão “poder econômico” um significado mais abrangente. Esse aspecto é abordado abaixo.

1.5.3. Poder econômico versus poder de mercado neoclássico: critérios de identificação do poder no mercado

Mais importante do que definir “o que é poder” é compreender como ele se manifesta¹⁰⁸.

No âmbito do direito concorrencial, o poder econômico manifesta-se como *poder no mercado* (aqui entendido como “espaço ideal onde se dá a concorrência”).

Isso significa que a definição do mercado relevante é etapa importante para a aferição do exercício do poder econômico para fins da aplicação do direito antitruste.

A delimitação do mercado relevante é obtida por meio das definições dos mercados de produto e geográfico envolvidos. Seguindo a definição utilizada pelo CADE, um mercado relevante de produto “*compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante de produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.*” (Anexo V, item 1.6.1, que subsistiu à Resolução 15/98, revogada pelo Novo Regimento Interno do CADE)¹⁰⁹.

Por seu turno, o mercado relevante geográfico compreende “*a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente*

¹⁰⁸ Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit. No mesmo sentido, Bertrand de JOUVENEL, *Du pouvoir: histoire naturelle de sa croissance*, Paris, Union Parisienne d’Imprimeries, 1975, pp. 29-38.

¹⁰⁹ As lições de Leonel Pereznieta CASTRO e Renato Roberto Guerrero SERRAU sintetizam os conceitos inerentes à definição do mercado sob o âmbito do produto: “*La definición del mercado según el producto consiste en agrupar todos los productos susceptibles de satisfacer la misma necesidad de los compradores y, por donde, susceptibles de ser considerados parte de un mismo y único mercado. Esta teoría de la ‘intercambialidad razonable de los productos’ surge del examen del comportamiento de los compradores del producto y de la determinación de sus opciones frente a un cambio originado por parte del presunto monopolista, y establece que aun si los productos comparados son significativamente diferentes (formas diferentes, fabricados con tecnologías diferentes, precios diferentes), deben ser considerados como razonablemente sustituibles cada vez que los consumidores los consideren intercambiables y, por tanto, deben incluirse en la definición del mercado del producto relevante*” (*Derecho de la competencia económica*, Cidade do México, Oxford University Press DF, 2002, p. 177).

homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços” (Anexo V, item 1.6.2, da mesma Resolução mencionada acima)¹¹⁰.

Conforme consta do item 2.1, do Anexo II, parte B da Resolução 20/99 do CADE (também revogada pelo novo Regimento, porém com a manutenção dos seus anexos), “*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 duas características, preços e utilização. Por sua vez, em sua dimensão geográfica, um mercado relevante compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços*”.

Segundo a teoria econômica, a definição de mercado relevante deve ser feita segundo o chamado “teste do monopolista hipotético”, que consiste em simular um pequeno, porém significativo (entre 5 e 15%) e não transitório aumento de preços de um produto (via de regra, um aumento mantido por 1 ano) e verificar seus efeitos sobre a lucratividade do agente econômico que o fornece. Tal lucratividade dependerá da substituição do produto pelo lado da demanda (percentual de consumidores que trocam o produto por outro) ou pelo lado da oferta (outras empresas que passam a abastecer o mercado, diante das perspectivas de lucro econômico).

Partindo do menor grupo de produtos e área geográfica possíveis, o que aconteceria se a empresa produtora (monopolista hipotético) aumentasse os seus preços em 10%? Se o aumento de preços não é lucrativo, acrescenta-se aos produtos os seus substitutos próximos (ou, à região, a área próxima), e assim por diante, até que o aumento seja lucrativo. Quando ficar caracterizado um aumento lucrativo, tem-se o mercado relevante de produto e geográfico.

¹¹⁰ Em resumo, segundo os ensinamentos de Sérgio Varella BRUNA, “*a dimensão geográfica do mercado relevante é, ordinariamente, questão intimamente ligada aos custos de transporte e distribuição*” (O poder econômico, cit., p. 94).

O teste do monopolista hipotético apresenta vários problemas¹¹¹.

Em primeiro lugar, definir o que é um “pequeno, porém significativo aumento de preços” é uma etapa que acaba ficando sob discricionariedade (ou, até mesmo, arbitrariedade) do aplicador do teste. Os resultados, evidentemente, podem variar conforme o percentual aplicado, gerando o alargamento ou a restrição indevidos do mercado relevante (de produto ou geográfico).

Em segundo lugar, existe uma dificuldade de aplicar o teste com relação a bens intermediários, ou seja, aqueles que não são vendidos diretamente aos consumidores finais (sendo utilizados integralmente no processo produtivo). Isso porque aumentos dos preços desses produtos são geralmente repassados para as etapas seguintes da cadeia produtiva, tornando certos aumentos lucrativos ainda que o fornecedor não seja um monopolista hipotético (isto é, ainda que haja produtos ou áreas geográficas substitutos no caso concreto).

Em terceiro lugar, o teste deve ser feito sobre o preço competitivo do produto; porém, em muitos mercados, já existe poder econômico sendo exercido, gerando distorções no teste (essa distorção é conhecida como “falácia do celofane”).

Por último, o teste não leva em consideração empresas que atuam em diversos mercados (co-relacionados entre si) e que podem “alavancar” o poder de um para o outro, fazendo-o de diversas formas (inclusive por meio de ameaças explícitas ou veladas de retaliação, quando seus concorrentes são os mesmos em diversos mercados)¹¹².

A despeito de tais objeções, não temos conhecimento da existência de critérios mais adequados ou mais precisos do que o teste do monopolista hipotético para definir mercados relevantes.

¹¹¹ A esse respeito, vide Paul GEROSKI e Rachel GRIFFITH, *Identifying antitrust markets*. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND, *The international handbook*, cit., pp. 290-303.

¹¹² Mais recentemente, as autoridades antitruste, principalmente européias, vêm manifestando preocupação com essa questão. No campo do controle de fusões, por exemplo, não apenas as operações envolvendo mercados verticalmente integrados, mas também as fusões conglomeradas vêm sendo objeto de atenção.

Algumas abordagens menos econômicas ou mais pragmáticas do direito da concorrência propõem a dispensa dessa etapa, ou a sua simplificação. Nos casos de fixação horizontal de preços, por exemplo, prática geralmente condenada como infração *per se*, bastaria verificar se as empresas participantes do acordo concorrem entre si em alguma medida (ainda que seus produtos tenham diferenciação). Assim, temos que é possível, efetivamente, simplificar a definição do(s) mercado(s) relevante(s) ou adotar análises baseadas em múltiplas possibilidades (i.e., quando todas as definições mais prováveis de mercado conduzem à existência de poder) ou na hipótese mais conservadora (para jurisdições que optaram por uma aplicação rígida do direito da concorrência). No entanto, não consideramos recomendável ignorar integralmente esta fase da análise antitruste, pois, como veremos, os efeitos (positivos ou negativos) de uma prática sempre se projetam sobre um ou mais mercados.

Identificado o mercado relevante, passa-se à identificação do poder de mercado.

Para os neoclássicos, poder no mercado é o poder de aumentar preços para maximizar o lucro (comportamento racional-maximizador dos agentes econômicos). Se o poder econômico não está sendo exercido no sentido da racionalidade monopolista (maximização de lucros), ele não existe.

Contudo, a proposição neoclássica de poder de mercado afigura-se excessivamente restritiva, limitando-se à variável preço e à habilidade de aumentá-lo.

Acreditamos que o poder pode manifestar-se de forma mais abrangente do que aquela sugerida pela Escola de Chicago

Com efeito, poder de mercado não é só capacidade de elevar preços. Muitas vezes, mede-se o poder de mercado pela capacidade de implementar condutas anticompetitivas, pela capacidade de manter preços predatórios por certo período de tempo, pela capacidade de coordenação (no caso dos oligopólios), pela capacidade de alavancagem de poder (não há poder em um mercado, mas ele pode ser transferido de outro), pelo controle sobre o nível de inovação da indústria, etc.

Na Europa, o poder de mercado (ou poder econômico) é tratado como sinônimo de dominância, definida nos documentos oficiais da Comissão Europeia como “*a habilidade de uma empresa comportar-se independentemente se seus concorrentes, clientes, fornecedores e, em última instância, do consumidor*”¹¹³. “*Empresas dominantes detendo tal poder de mercado podem fixar preços acima dos níveis competitivos*”, mas não só. Elas podem também “*vender produtos de qualidade inferior ou reduzir a sua taxa de inovação a níveis inferiores àqueles que existiriam em mercados competitivos*”, entre outras coisas¹¹⁴.

Os critérios europeus para a identificação da dominância fundam-se em dois paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia, *United Brands* e *Hoffman/La Roche*. Há controvérsias, no entanto, sobre a intenção da Comissão no sentido de modificá-los, na medida em que o *Discussion Paper* sobre a aplicação do art. 82 do Tratado de Roma, disponibilizado em 2005 pela Comissão, ora refere-se à dominância como “comportamento independente” (remetendo, inclusive, aos precedentes que deram origem a tal posição, bem como ao caso *GE/Honeywell*, mais recente), ora como sinônimo de poder de mercado neoclássico, o que poderia levar alguns intérpretes a concluir que a Comissão estaria pretendendo modificar os fundamentos que vinham sendo utilizados até então (e aceitos pelo Tribunal de Justiça da UE). Da leitura do *Discussion Paper*, no entanto, não se pode depreender tal intenção, que implicaria, como consequência, a redução do escopo de aplicação do art. 82 do Tratado de Roma¹¹⁵.

¹¹³ “Dominance is a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers” (DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, item 20).

¹¹⁴ Marcel CANOY, Patrick REY e Eric VAN DAMME, *Dominance and monopolization*, cit., p. 222. Sérgio Varella BRUNA igualmente esclarece que posição dominante é aquela que confere ao seu detentor “*quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação dos preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante*” (*O poder econômico*, cit. p. 115). No mesmo sentido, Neide Teresinha MALARD esclarece que “[o] poder de mercado ou a posição dominante de uma empresa costumava ser aferida em termos de sua participação relativa no mercado”, sendo certo, no entanto, que, “[a]tualmente, em todos os sistemas jurídicos, a participação relativa é apenas um dentre os vários fatores a serem considerados na verificação do poder econômico de uma empresa. Os demais dizem respeito à estrutura e ao desempenho do mercado e à conduta das empresas que dele participam. Adota-se, assim, uma noção relativa de dominação e não mais absoluta. A participação relativa é o ponto de partida da avaliação, e não de chegada, pois pode subestimar o impacto concorrencial futuro” (voto proferido nos autos do Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração nº 16/94, em que figurava como Requerente a Siderúrgica Laisa S.A., do Grupo Gerdau).

¹¹⁵ Uma análise crítica muito interessante do conceito de dominância no *Discussion Paper* da Comissão Europeia é feita por Giorgio MONTI, professor da London School of Economics. MONTI aponta diversas passagens controvertidas do *Discussion Paper*, e esclarece que a Comissão poderia escolher (de forma mais

A dominância pode ser individual ou coletiva. Na última hipótese, fala-se em oligopólios. Complementando a noção europeia “oficial” de dominância, pode-se dizer que, no caso dos oligopólios, as empresas, em conjunto, ou seja, atuando de forma interdependente (interação estratégica), têm a habilidade de aumentar ou reduzir preços, criar ou reforçar barreiras à entrada nos mercados, reduzir inovações, vender produtos de qualidade inferior e adotar práticas comerciais restritivas (v.g., boicotes)¹¹⁶.

Nos Estados Unidos, o conceito de monopolização está intimamente ligado à existência de “suficiente poder de mercado”. Tal como mencionado (vide nota 99), as autoridades trabalham com a idéia de *graus* de poder de mercado (“*a lot of market power*” e “*a smaller amount of market power*”), evitando o emprego da expressão “abuso”, de difícil caracterização prática.

Sob esse aspecto, a abordagem norte-americana parece-nos mais realista que a europeia, na medida em que parte da premissa de que não existe poder de mercado não exercido

transparente e objetiva, no entanto) entre quatro possíveis conceitos de posição dominante, dois deles (os dois primeiros) claramente presentes no *Discussion Paper*: (i) dominância como poder de mercado neoclássico (ou seja, como poder para aumentar preços); (ii) dominância como poder comercial (independência dos demais oferentes no mercado, e, em última instância, dos consumidores, como em *Hoffman/La Roche* e em *United Brands*); (iii) dominância como o poder de excluir concorrentes e ganhar condições para aumentar preços (uma derivação ou elaboração em torno do poder de mercado neoclássico) e (iv) dominância como critério de aplicabilidade do art. 82 do Tratado de Roma (ou seja, como um critério objetivo, definido *ad hoc*, v.g., um determinado percentual de participação no mercado). O autor entende que, se a Comissão pretende modificar o conceito adotado até então e caminhar em direção a uma concepção mais econômica de dominância (que, no entanto, reduziria o escopo de aplicação do art. 82), perdeu a oportunidade de ser clara a respeito. Pondera que seria interessante a adoção de um critério *ad hoc* (*market share*) para definir a aplicabilidade do art. 82, eliminando, dessa forma, alguns testes econômicos para estabelecer a existência de dominância, o que, no entanto, a Comissão teria afastado. De qualquer modo, na opinião do autor, a redução do campo de abrangência do art. 82 não seria prejudicial ao mercado comum, já que as condutas mais problemáticas do ponto de vista concorrencial já são arroladas no art. 81, como ilícitos que independem da existência de dominância (The concept of dominance in Article 82, cit., *passim*).

¹¹⁶ Richard WHISH (*Competition law*, cit., p. 191,518-526) esclarece que, a partir do caso *Italian Flat Glass*, a Comissão Europeia passou a adotar a idéia de dominância coletiva com interpretação mais ampla (ou seja, não limitada a empresas integrantes do mesmo grupo econômico). Naquele precedente, a expressão “dominância coletiva” foi aplicada a empresas independentes, com comportamentos paralelos, porém não concertados. O autor pondera, no entanto, que tal posição somente ficou esclarecida de forma definitiva no julgamento dos casos *France v. Commission*, *Gencor v. Commission* e *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission* pelas cortes europeias. No último, estabeleceu-se que a dominância coletiva é exercida por empresas legalmente independentes, mas que se apresentam no mercado como uma entidade coletiva, por possuírem conexões (não necessariamente acordos formais) que excluem a efetiva rivalidade entre elas. No caso concreto, tal conexão ficou caracterizada pela existência de uma conferência de frete. O abuso de uma posição de dominância coletiva, porém, não se configura em virtude de simples paralelismo de condutas que, segundo WHISH, é analisado numa etapa anterior, como probabilidade de colusão tácita no controle de fusões (podendo, inclusive, resultar na rejeição da operação). Porém, o nível dos preços paralelos pode ser considerado abuso. A jurisprudência europeia também admite a existência de abuso individual de uma posição coletiva de dominância (v.g., caso *Irish Sugar*).

(enquanto que os europeus, a exemplo dos brasileiros, esforçam-se para distinguir uso de abuso). Nos Estados Unidos, a legislação busca coibir a formação de estruturas monopolistas (monopolização ou tentativa de monopolização), porém não tem a pretensão de controlar preços, uma vez já constituídas tais estruturas (a não ser em setores que justificam a regulação específica, tarefa que não está afeta às autoridades de defesa da concorrência)¹¹⁷.

No Brasil, tal como já mencionado, o direito antitruste está voltado para combater o abuso do poder econômico no mercado (assemelhando-se, quanto a esse aspecto, ao artigo 82 do Tratado de Roma no sistema europeu), sendo certo que este não deve ser considerado apenas como poder de elevar preços. A noção de dominância, apresentada acima, parece-nos um bom critério de conceituação de poder de mercado, também para a prática brasileira (e à luz da legislação pátria). Resta saber, então, como identificar o poder de mercado, e, uma vez identificado, que práticas restritivas adotadas por empresas com esse *status* devem ser sancionadas.

Para Calixto SALOMÃO FILHO, o método mais adequado é o da participação no mercado, que decorre da definição do mercado relevante, para em seguida verificar a participação do agente nesse mercado. O professor ressalva, no entanto, que mesmo empresa com grande participação nas vendas de um produto pode não ter poder para aumentar os preços se existirem (i) vários substitutos ao seu produto ou (ii) vários concorrentes prontos a entrar no mercado tão logo preços mais altos o tornem atraente. Além disso, há que se considerar diversos outros fatores, entre os quais destacam-se o grau de rivalidade (independência), o poder de barganha compensatório e, especialmente, as barreiras à entrada¹¹⁸.

¹¹⁷ Marcel CANOY, Patrick REY e Eric VAN DAMME, op. cit., pp. 222-223.

¹¹⁸ Direito concorrencial: as estruturas, cit., pp. 82-110, 119-122 e 140-167. Sobre barreiras a entrada, vide Joe Staten BAIN (*Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1956) e a denominada teoria dos mercados contestáveis de W. BAUMOL, J. C. PANZAR e R. D. WILLIG (*Contestable markets and the theory of industry structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982). Para os últimos, se (i) a entrada no mercado for livre (ou seja, não há barreiras); (ii) houver inércia (as empresas estabelecidas não reagem imediatamente a reduções de preços; e (iii) a saída for sem custos (custos e investimentos assumidos são reversíveis), não há como exercer poder de mercado (aumentos de preços não serão lucrativos). A simples ameaça de entrada (estratégia de “*hit and run*”) é suficiente para disciplinar o mercado, garantindo preços iguais a custos marginais (não há lucro econômico). Ocorre que essa teoria, além de adotar o conceito neoclássico de poder de mercado (muito limitado, conforme já discutido), não atenta para o fato de que não há mercados perfeitamente contestáveis. V.g. os trabalhos de John SUTTON, incorporando custos irrecuperáveis e diferenciação de produtos aos modelos (Vertical product differentiation: some basic themes.

No mesmo sentido, Fábio NUSDEO aduz que posição dominante não se afere apenas pela participação de mercado (market share), mas por uma série de outros fatores, como o acesso à tecnologia, a capacidade de penetração em todos os segmentos do mercado, o acesso a crédito, a *existência* de barreiras à entrada¹¹⁹.

Em suma, o *market share* e critérios derivados¹²⁰ não são suficientes para medir poder econômico no mercado (ou poder de mercado).

Pode-se dizer que o legislador brasileiro adotou um critério misto na Lei 8.884/94, na medida em que cria uma presunção relativa baseada em critério quantitativo (participação de mercado), o qual, contudo, pode ser integrado (ou até refutado) com critérios qualitativos¹²¹.

Tais critérios não apenas podem ser fartamente encontrados na jurisprudência européia sobre os arts. 81 e 82 do Tratado de Roma como também podem ser identificados em precedentes norte-americanos, no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Anexo à Portaria Conjunta n. 50, de 1º de agosto de 2001, da Scretaria de

The American Economic Review, v. 76, n. 2, p. 393-398, maio 1986; *Sunk costs and market structure: price competition, advertising and the evolution of concentration*. Cambridge: The MIT Press, 1992). O assunto foi recentemente abordado em artigo de Rodrigo Surcan dos SANTOS (A correlação negativa entre número de empresas e tamanho de mercado na indústria brasileira: uma revisão histórica da teoria de John Sutton. Revista do IBRAC, v. 13, n. 2, p. 91-111, 2006). A respeito de poder de barganha compensatório, vide Daniel GOLDBERG. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

¹¹⁹ *Curso*, cit., p. 277.

¹²⁰ São índices derivados da participação de mercado a razão de concentração (CR), que consiste na somatória das participações das maiores empresas da indústria (CR_n = somatória das participações das 'n' empresas), sem levar em consideração a distribuição de *share* entre as mesmas, ou seja, a participação relativa) e o HHI (Herfindahl-Hirschman Index), que consiste na somatória das participações ao quadrado (ao elevar as participações ao quadrado, atribuiu-se maior importância às firmas maiores).

¹²¹ Paula FORGIONI comenta que a lei antitruste brasileira considera, em princípio, que o poder econômico de uma empresa pode ser determinado pela parcela do mercado relevante que controla (art. 20, § 3.º, da Lei 8.884/94). Entretanto, "*nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder*", fazendo-se necessário não apenas comparar a participação de mercado da empresa investigada com a de seus concorrentes (sendo relativa a presunção legal que remete aos 20%), como também verificar o poder econômico efetivo que detém o agente, permitindo-lhe atuar de forma independente e indiferente em relação a outros agentes. Desse modo, ao lado do critério de *market share*, o legislador brasileiro adotou um critério de *market power* (*Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 332-33). Por seu turno, João Bosco Leopoldino da FONSECA entende que a quantificação de 20% fixada pela lei é inadequada, uma vez que na determinação do mercado relevante não interfere somente o critério quantitativo. O autor remete aos paradigmas do Tribunal de Justiça da UE, *Continental Can Company* e o já mencionado *United Brands*, para definir posição dominante com base na adoção de comportamentos substancialmente independentes perante concorrentes, clientes e, em última instância, consumidores (*Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 150).

Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) e nos Anexos à Resolução 20/99 do CADE. Referimo-nos, aqui, à própria estrutura do mercado (oferta e demanda), que inclui considerações sobre o porte econômico dos grupos que ofertam os produtos relevantes (e respectiva saúde financeira) e comportamento dos clientes e dos consumidores finais, às condições de entrada e ao poder de barganha compensatório dos clientes (já mencionados acima) e aos comportamentos pretéritos e presentes no mercado (inclusive, mas não se limitando a preços)¹²².

Esses elementos, no nosso entendimento, encontram-se incorporados ao conjunto de normas que conhecemos como análise antitruste tradicional, e são perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira, coadunando-se com a legislação pátria, em especial com a melhor exegese do artigo 20 da Lei 8.884/94.

¹²² Sobre o último aspecto (comportamentos observados no mercado), uma crítica freqüente à sua utilização diz respeito à alegada circularidade do argumento (nesse sentido, vide Charles F. BARBER. Refusals to deal under the federal antitrust laws. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 103, n. 7, pp. 847-885, maio 1955, p. 871). Ou seja, uma empresa só pode ser punida por abusar do poder econômico (em outras palavras, por adotar um comportamento abusivo), se, efetivamente, tiver poder (caso contrário, o comportamento é inócuo sob a ótica concorrencial, no sistema adotado no Brasil). A identificação do poder, portanto, precede o sancionamento da conduta. Se, no entanto, a análise da conduta passa a integrar a etapa voltada para a identificação do poder, a mesma conduta não poderia ser punida, *a posteriori*, por ser um comportamento abusivo adotado por agente detentor de poder. A análise seria circular, pois o mesmo elemento (a conduta) estaria sendo utilizado para enquadrar o agente em determinada proibição (por ser detentor de poder) e para puni-lo (por abusar do poder). Discordamos da crítica, que acreditamos falsa. Em primeiro lugar, é verdade que apenas quem tem poder consegue implementar certas práticas, de modo que a existência das últimas pode (e deve) ser utilizada como *indicativo de poder* (somado a um conjunto de outras circunstâncias). Em segundo lugar, a análise do abuso de poder não se limita à prova da conduta. A etapa subsequente da análise, uma vez identificado o poder, é mais abrangente, não implicando sancionamento imediato para a conduta (com base na sua mera existência), mas de um juízo sobre as justificativas e razoabilidade da prática, conforme veremos no item seguinte.

1.5.4. O papel da eficiência

Nos itens anteriores, discutimos o que é poder de mercado e critérios para identificá-lo. Não basta, porém, identificar o poder econômico nos mercados. É preciso estabelecer critérios para sancioná-lo¹²³, ou seja, caracterizar o abuso.

Não é aceitável a adoção de concepções simplistas, seja no sentido de que a estratégia dos agentes econômicos é sempre obter o poder de monopólio (Harvard), seja no sentido de que esses agentes estão invariavelmente em busca de eficiência (Chicago). A busca pela eficiência existe, mas também há estratégias anticompetitivas. Voltaremos a esse aspecto ao tratarmos das restrições verticais em geral e da recusa de contratar, na segunda parte da tese.

Também não é suficiente (nem mesmo pertinente), tratando-se de condutas, efetuar simplesmente um balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências, de modo que apenas aquelas práticas resultantes em “saldo final negativo” sejam punidas.

No direito constitucional pátrio, tendo em vista que a concorrência figura como garantia *institucional instrumental*, voltada para a obtenção de *justiça social* (Magna Carta, art. 170), há pouco espaço para uma exegese utilitária do direito concorrencial.

Com efeito, são claramente incompatíveis com qualquer noção de *justiça social* (efetiva) análises reducionistas de custo *versus* benefício, em especial aquelas tendentes a privilegiar, *a priori*, camadas mais favorecidas da população (justamente aquelas que têm êxito em implementar e que se beneficiam dos resultados de práticas restritivas na esfera econômica).

Se, de um lado, a Constituição da República Federativa do Brasil adota o capitalismo como sistema econômico – traindo, segundo COMPARATO, um propósito neoliberal ao separar da ordem econômica a ordem social¹²⁴ –, de modo que não se pode suprimir a concorrência

¹²³ Calixto SALOMÃO FILHO é muito enfático ao distinguir entre os critérios de identificação e os critérios de sancionamento do poder econômico (*Direito concorrencial: as estruturas*, cit., *passim*).

¹²⁴ Aula ministrada em 13 de outubro de 2005 na disciplina “Ética no Mundo Moderno”, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo.

entre os agentes econômicos (tal como preconizado por MARX¹²⁵), de outro lado, ao subordinar a livre concorrência à promoção de *justiça social*, a Magna Carta atribui um valor ético ao direito concorrencial, afastando eventual interpretação utilitária que possa ser associada a esse microssistema de normas.

Observa-se, ainda, que a Constituição Federal determinou que a lei ordinária dispusesse sobre a repressão ao abuso do poder econômico, visando à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º).

Dessa forma, a repressão ao abuso do poder econômico é um *instrumento* expressamente adotado pelo legislador constituinte de 1988 para a promoção da livre concorrência e da livre iniciativa estatuídas no artigo 170 da Magna Carta e que, portanto, também deve servir à finalidade última de promover a justiça social.

Definido constitucionalmente o escopo do direito da concorrência, não caberia à lei ordinária estipular de forma diversa. Assim, jamais poderia a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, afastar-se do fim último de *justiça social* atribuído à ordem econômica (ou tratá-lo como algo utópico e inatingível).

Isso significa que não cabe ao direito brasileiro da concorrência perquirir simplesmente se uma determinada conduta (arts. 20 e 21) é eficiente ou não (nenhuma leitura da Lei 8.884/94 em consonância com a Constituição Federal autorizaria essa interpretação), mas sim se é condizente com a promoção de *justiça social*, o que pressupõe, necessariamente, um juízo ético-valorativo muito mais abrangente (não limitado à utilidade econômica).

E, no nosso entendimento, a Lei 8.884/94 não privilegia indevidamente a eficiência econômica ao tratar de controle de condutas (embora algumas vezes as autoridades antitruste nacionais o façam).

Com efeito, o art. 20 não privilegia a eficiência econômica em detrimento de valores éticos no processo concorrencial. O § 1º ao referido artigo deixa claro que a conquista de mercado resultante de *processo natural*, fundado na maior eficiência do agente econômico

¹²⁵ *Manifesto*, cit., *passim*.

em relação aos seus concorrentes, não caracteriza dominação de mercado; porém, não isenta de punição os agentes que adotem *práticas artificiais e restritivas* para se tornarem, em uma segunda etapa do jogo, mais eficientes (v.g., reduzindo custos marginais, na acepção neoclássica).

Em outras palavras, a conquista de mercado em virtude de maior eficiência é excludente da dominação por meios restritivos, e vice-versa, de modo que a mera obtenção de eficiência econômica não é (ou pode ser) *justificativa* suficiente para a adoção de comportamentos restritivos. Nessa hipótese, os fins não justificam os meios, afastando-se qualquer exegese utilitária.¹²⁶

Isso não implica estabelecer a ilicitude *per se* de determinados comportamentos – nos moldes, por exemplo, de que “*todos os acordos entre concorrentes ou todos os contratos de exclusividade são ilegais*”¹²⁷ –, mas levar em conta os seus potenciais efeitos – a serem aferidos no caso concreto, e *não genericamente* – para a *coletividade* (isto é, não apenas para os envolvidos). Não se trata, desse modo, de um simples “*trade off*” entre o que perdem os consumidores ou concorrentes, de um lado, e o que ganha o agente econômico em questão, de outro.

Em uma análise ético-valorativa devem entrar, também, juízos sobre a *legitimidade* (social) dos objetivos perseguidos pelo agente ao realizar a ação, paradigmas de comportamento social vigentes à época (e eventual escopo do direito antitruste no sentido de *mudar* esses paradigmas), e a adequação entre fins e meios, aferindo-se se o agente poderia ter alcançado esse mesmo fim (legítimo) de maneira menos gravosa.

Essas idéias estão intimamente ligadas à própria noção de *abuso* de poder econômico.

¹²⁶ A esse respeito, Calixto SALOMÃO FILHO aduz que “[no] controle de condutas (...) [a] eficiência consiste exatamente em não produção de efeito anticoncorrencial. (...) Conseqüentemente (...), para que a defesa da eficiência seja aceitável no campo das condutas é necessário demonstrar que o referido ato não pode prejudicar mas, sim, estimular ou favorecer a livre concorrência. Em termos jurídicos, pode-se dizer que a eficiência em matéria de condutas é mais um elemento que permite descaracterizar a materialidade do delito que propriamente uma justificativa para o ato anticoncorrencial” (*Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 147).

¹²⁷ Tal abordagem poderia implicar a inconstitucionalidade da lei ou da decisão tomada, conforme exposto ao final do item I.5.2 retro.

O *abuso* pode ser definido como a má utilização do poder econômico, tanto de forma ativa (ou seja, utilizar o poder econômico em prejuízo da coletividade) quanto de forma omissiva (ou seja, deixar de utilizar o poder econômico em benefício da busca pela justiça social ou de “*dar-lhe destino socialmente útil*”¹²⁸).

Como bem esclarece Sérgio Varella BRUNA, não se pretende, com isso, transformar a empresa privada, naturalmente voltada à obtenção de interesses particulares, em serviço público. O que não se admite é o descuido por parte do titular do poder econômico, de modo que, na busca de seus objetivos particulares, exerça tal poder contrariamente ao interesse da comunidade, inviabilizando o desenvolvimento e a luta pela justiça social. Aliás, é justamente porque os agentes econômicos agem usualmente conforme os seus próprios interesses – e, não no interesse público – que existe a necessidade de um conjunto de normas antitruste, disciplinando o abuso do poder econômico.

O autor destaca que, muito embora o poder econômico em si não seja uma anomalia, a ordem jurídica brasileira determina que a livre concorrência seja a regra, e não a exceção. Conseqüentemente, o poder econômico não deve ser exercido de modo a eliminar ou restringir substancialmente a concorrência. Em outras palavras, o exercício do poder econômico que leva à eliminação total ou de parcela substancial da concorrência em um determinado mercado é considerado uma forma de abuso, ou desvio de função¹²⁹.

Assim, se o agente econômico atua de forma manifestamente restritiva (ainda que em busca da eficiência), prejudicando a coletividade (concorrentes ou consumidores), ou colocando alguns de seus valores em risco, a conduta não pode ser admitida. Igualmente, o agente não pode ser punido por atuar de forma ineficiente (já que o risco e também o erro caracterizam a atividade empresarial), porém *inócua* do ponto de vista concorrencial (ou seja, socialmente neutra, à luz do diploma antitruste).

Não se trata de perscrutar, subjetivamente, o ânimo do agente – ou seja, saber se os controladores da empresa tinham a intenção de prejudicar a outrem, ou se simplesmente

¹²⁸ Sérgio Varella BRUNA. *O poder econômico*, cit., pp. 173-177.

¹²⁹ “O titular de poder econômico, assim, detém a prerrogativa de explorar sua atividade e em contrapartida, a responsabilidade de fazê-lo não só de forma a favorecer o desenvolvimento social, mas também preservando a concorrência e o mercado, elementos indispensáveis do sistema dentro do qual se desenvolve tal técnica de produção social” (BRUNA, *O poder econômico*, cit., p. 177).

atuavam conforme seria de se esperar de todo e qualquer empresário¹³⁰ (sem um propósito consciente de lesar terceiros) –, mas de verificar, objetivamente, se sua atuação ocorreu conforme os valores éticos *da sociedade* naquela época e que informam o direito concorrencial de então (historicidade dos valores), os quais não necessariamente coincidem com os interesses particulares e egoístas do agente¹³¹.

Não se pode negar que existe um limite tênue entre aquilo que é aceitável e até inerente a uma economia capitalista contemporânea e o que constitui abuso do poder econômico. O problema reside justamente em compatibilizar autonomia e intervenção (a exata medida de atuação do Direito), de maneira a preservar a economia de livre mercado e, ao mesmo tempo, buscar atingir o objetivo maior da ordem econômica e claramente ético, que é promover justiça social.

Acreditamos que o exacerbado utilitarismo deve ceder lugar a uma preocupação maior com a *distribuição* da riqueza (ou seja, não apenas com a sua produção), e com a dignidade do ser humano (incompatível com situações de escassez, por vezes absoluta, de certos bens e serviços essenciais ao homem).

¹³⁰ Estamos aqui tratando do conjunto de elementos característicos que orientam o comportamento do agente econômico, na sua busca pelo *lucro*. Tal como já mencionado, isso não significa atribuir-lhe racionalidade ilimitada, nem aceitar que a busca individual egoísta de vantagens econômicas beneficia toda a sociedade. Implica, porém, aceitar que o empresário tem por objetivo a obtenção de vantagens pessoais (ou seja, persegue o lucro), adotando, muitas vezes, comportamentos oportunistas, os quais nem sempre configurarão infração à ordem econômica.

¹³¹ Invocamos novamente as palavras de Calixto SALOMÃO FILHO: “[o]s efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas. Como já visto, por outro lado, a existência desse objetivo só pode ser admitida quando há ao menos a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais” (*Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 110).

1.5.5. Poder econômico, concorrência e parâmetros para a análise da recusa de contratar

Como visto, no Brasil, o legislador constitucional e infraconstitucional adotou o critério do abuso do poder econômico, existindo, portanto, necessidade de identificar o poder para caracterizar a infração à ordem econômica.

A Lei 8.884/94 não é única que tutela a concorrência¹³², mas ela exige que haja poder econômico para que certas condutas dos agentes sejam punidas. Temos que a proteção da lealdade da concorrência (na ausência de poder) não está presente nesta lei, embora seja tutelada em outros diplomas (como é o caso da Lei de Propriedade Industrial).

O poder econômico, porém, não se confunde com a visão neoclássica de poder de mercado (excessivamente limitada, uma vez que atenta apenas à variável preço, e seu aumento). No Cap. 1.5.3 retro discutimos outros parâmetros para a identificação do poder econômico no mercado

Verificado o exercício de poder (após a delimitação dos mercados), faz-se necessário estabelecer critérios para sancioná-lo, ou seja, para caracterizar o abuso.

Como apontamos no item 1.5.4, no direito constitucional pátrio, tendo em vista que a concorrência figura como garantia *instrumental*, voltada para a obtenção de *justiça social* (Magna Carta, art. 170), há pouco espaço para uma exegese utilitária do direito concorrencial, que privilegie critérios com a eficiência produtiva (ótimo de Pareto), em detrimento de outros valores.

No campo das condutas, para selecionar os *comportamentos a serem coibidos*, deve-se, portanto, deixar de lado o tradicional balanço entre efeitos restritivos e ganhos privados do agente econômico.

¹³² A esse respeito, Calixto SALOMÃO FILHO consigna que “a concentração do dispositivo constitucional [art. 173, 4º] na figura do abuso não implica que essa figura seja a única ilícita para a ordem concorrencial. Se assim fosse, não haveria razão para a previsão expressa da liberdade de concorrência no inciso IV do art. 170. É nesse dispositivo que se baseia, por exemplo, a regulamentação da concorrência desleal, que, como visto supra, prescinde da existência de poder econômico” (*Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 107).

No que pertine ao tratamento da obrigatoriedade de contratar à luz do direito brasileiro de defesa da concorrência, a questão-chave é justamente identificar os comportamentos a serem sancionados pelo sistema antitruste, ou seja, separar as situações em que o agente com poder econômico pode exercer a sua liberdade de contratar no sentido de recusar-se licitamente a negociar com outrem, daquelas em que deve ser compelido a celebrar contrato (ou a realizá-lo conforme determinadas regras).

Com a desmitificação dos argumentos que têm a pretensão de emprestar a teorias como a análise econômica do direito rigor e precisão “científicos” (vide item I.4.1.2 retro) - o que não significa afastar preciosas contribuições da Economia para o direito antitruste ou adotar um exacerbado formalismo na análise material de infrações à ordem econômica -, cabe ao intérprete preencher o “vazio” criado com valores que sejam, de fato, socialmente relevantes. Ou seja, substituir a eficiência alocativa (e contas aritméticas) por um paradigma de conduta que leve em consideração fundamentos éticos (cujo conteúdo não é matematicamente quantificável).

Ao analisar-se um conjunto substancial de decisões norte-americanas e européias na esfera antitruste, perceber-se-á que esses fundamentos estão presentes ali, principalmente nas segundas, muito mais do que raciocínios reducionistas e utilitários, de mera quantificação (balanço) entre o lado que perdeu e o lado que ganhou. Mesmo na esfera do controle de fusões, onde o que se faz é uma análise tipicamente preditiva (naquelas jurisdições), verifica-se que, geralmente, o exame de eficiências tem *alguma* relevância somente nos casos em que os efeitos anticompetitivos das operações não são muito elevados. Em outras palavras, até nos Estados Unidos, nação por muitos considerada “modelo” de liberalismo econômico, a concorrência assume um papel superior à de simples instrumento para maximização da eficiência alocativa, denotando-se, de um conjunto significativo de decisões judiciais na área antitruste naquele país, uma preocupação clara com a *pluralidade* de ofertantes e compradores e com a diversidade de produtos e serviços, proporcionando oportunidades de escolha.

No campo dos contratos, entendemos que a adoção de fundamentos “ético-concorrenciais” passa pela consideração da sua *função social*, limitando a liberdade de contratar e, em

certos casos, determinando a sua *obligatoriedade*, à luz da legislação de defesa da concorrência.

A função social do contrato não se confunde com a adoção de condutas filantrópicas pelos agentes econômicos, mas certamente limita a sua esfera de atuação livre.

O detentor de poder econômico (justamente em virtude desse fato, e em contraposição àquele que não o detém) possui certas obrigações (relativamente à sociedade) não exigíveis dos demais. Isso não significa, evidentemente, que esse agente estará sempre obrigado a contratar, mas que, ao contrário de outros (não detentores de poder econômico), não poderá, igualmente, a seu bel-prazer, discricção ou conveniência, recusar-se pura e simplesmente (invocando ideologicamente o princípio da liberdade de iniciativa). A sua liberdade é, sim, mais restrita, em contrapartida a uma situação específica desse agente (titular de poder econômico), a qual, por óbvio, também lhe confere vantagens.

A seguir examinaremos com maior detalhe a faceta da liberdade de iniciativa relacionada à liberdade de contratar e o conceito de função social incorporado à análise concorrencial das recusas de contratar.

II – O CONTRATO, O ESTADO E A LIBERDADE DE CONTRATAR

II.1. Noções de contrato: do conceito jurídico à idéia de contrato como operação econômica

Assim como ocorre com a liberdade de iniciativa, a conceituação de contrato é fundamental para a presente análise e suas conclusões. A depender da acepção de contrato adotada, existe maior ou menor facilidade na aceitação da obrigatoriedade de contratar, quaisquer que sejam as suas justificativas (ou seja, independentemente de estarem fundadas ou não no direito concorrencial). Para aqueles que, por exemplo, vislumbram no contrato um necessário acordo de vontades, não há que se falar no referido instituto nas situações de negociação compulsória, seja no que se refere ao conteúdo do contrato, seja no que tange ao próprio ato de contratar ou não (obrigatoriedade de contratar)

Não se pretende, aqui, esmiuçar as principais teorias existentes sobre o contrato (de cunho filosófico, jurídico ou econômico), até porque tal tarefa foge ao escopo proposto. No entanto, faz-se útil analisar algumas posições mais tradicionais sobre a natureza do instituto, de modo a justificar aquela que será adotada doravante.

O conceito moderno de contrato está intimamente associado à idéia de autonomia de vontade¹³³⁻¹³⁴, a ponto de juristas e economistas liberais ou libertários, que enxergam a desregulamentação dos contratos ou a “auto-regulamentação” dos próprios interesses e da respectiva esfera patrimonial como inerentes ao contrato e necessários à alocação eficiente de recursos nas transações, questionarem se este elemento, expresso no princípio da liberdade de contratar, é essencial ao contrato.

¹³³ Essa definição é adotada, por exemplo, no artigo 1321 do Código Civil Italiano. A respeito, vide Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 23-25.

¹³⁴ Segundo Orlando GOMES, a contribuição dos canonistas para o estudo dos contratos refere-se justamente à idéia de consenso, de um lado (abrindo caminho para a autonomia de vontade e para o consensualismo), e à fê-jurada, de outro (que se refere à necessidade de cumprir as obrigações pactuadas ou *pacta sunt servanta*). Já a contribuição da escola do Direito Natural, racionalista e individualista, diz respeito ao nascimento das obrigações apenas em virtude da vontade livre dos contratantes (*solus consensus obligat*), ou, em outras palavras, de que o acordo de vontades é fonte do vínculo (*Contratos*. 24 ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 5-6). Entre os pandectistas (v.g. SAVIGNY, *Le droit des obligations*. Tradução do alemão por C. Gerardin e P. Jozon. Paris: A. Durand, 1863), a importância conferida à vontade para a formação dos contratos transformou tal elemento em verdadeiro “dogma” (vide crítica de Emilio BETTI em *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1971, *passim*).

Conforme restará demonstrado no item II.2 infra, tal concepção está fortemente ligada à ideologia liberal-individualista dominante à época do processo econômico de consolidação do capitalismo, presumindo-se a igualdade entre as partes (ou seja, a igualdade formal). A situação hoje é muito diferente, já que mesmo ao libertário mais ferrenho é difícil olvidar os processos de fragmentação social e conseqüente multiplicação dos grupos de interesses (item I.4.1.3 supra), acirramento das desigualdades sociais e exclusão que caracterizam o mundo contemporâneo. Esses fenômenos demandam que o Direito busque a igualdade material, a fim de corrigir ou mitigar esses problemas.

Desse modo, assim como ocorre com diversos institutos, a noção de contrato como acordo de vontades é meramente ideológica, e *não técnica*, podendo ser substituída ou suplantada uma vez abandonados os pressupostos liberais nos quais se funda. A esse respeito, tanto Grant GILMORE quanto P. S. ATIYAH demonstram, com base em elementos históricos, como a idéia de contrato como “acordo de vontades” foi construída na *common law*, a partir de questionáveis compilações jurisprudenciais realizadas pelos autores clássicos (fortemente influenciados pela ideologia liberal que fervilhava à época) e de algumas decisões emitidas por juízes igualmente libertários, interpretando de forma bastante controvertida precedentes antigos. Ambos os autores concluem, em apertada síntese, que entre 1770 e 1870, a idéia de contrato como acordo de vontades foi deliberadamente fabricada nos Estados Unidos e na Inglaterra¹³⁵.

Justamente para fugir da concepção liberal, que define o contrato como acordo de vontades, Orlando GOMES adota a sua definição como “negócio jurídico plurilateral”, destacando que, sob a ótica exclusivamente jurídica, contrato é modalidade de ato jurídico, por seu turno espécie de fato jurídico¹³⁶.

¹³⁵ Vide Grant GILMORE (*The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995) e P.S. ATIYAH (*The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979; *An introduction to the law of contract*, 4 ed. Oxford: Clarendon Press, 1989; e *Freedom of contract and the new right*. In: *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 355-385). Para uma análise mais abrangente, englobando a evolução, como um todo, do que conhecemos como “direito privado”, vide Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

¹³⁶ *Contratos*, cit., p. 4.

Um definição jurídica mais completa estabelece que o contrato é negócio jurídico plurilateral voltado para a criação, extinção e transmissão de direitos, *dentro do quadro normativo estabelecido pelo sistema jurídico*¹³⁷.

Essa concepção jurídica de contrato, de natureza claramente positivista (e que já reflete a superação da dicotomia entre direito público e privado, pois o Estado concorre com os contratantes particulares como fonte de normas contratuais), contrapõe-se às concepções *jusnaturalistas* (que auxiliaram a construção do instituto como acordo de vontades na ideologia liberal), já que o contrato, assim como a autonomia privada que ampara a liberdade de contratar¹³⁸, decorre do direito (e não-vice versa). Ou seja, assim como não existe uma autonomia privada inerente aos seres humanos e precedente ao sistema jurídico, não há que se falar em contrato (ou em liberdade de contratar) como direito natural dos indivíduos. O contrato – e o espaço atribuído à liberdade de escolher contrapartes, estabelecer conteúdo e, em última instância, de contratar ou não – é um conceito jurídico, que depende da forma pela qual se encontra disciplinado no ordenamento.

A par de sua conceituação jurídica, no entanto, o próprio Orlando GOMES já propunha que o contrato fosse analisado conforme a sua finalidade e o seu conteúdo lógico, ético-sociológico, político-social, definindo-o, nesse contexto, como instrumento jurídico para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica¹³⁹. Se não houvesse

¹³⁷ Orlando GOMES. *Contratos*, cit., pp. 14-15. O problema já havia sido enfrentado pelo mesmo autor em 1972, ao tratar dos contratos de adesão, os quais, a despeito das peculiaridades, ainda são reputados contrato. “*A conciliação da iniciativa privada com a intervenção direta do Estado determina nova organização jurídica das relações econômicas. O Estado passou a imiscuir-se nas relações entre particulares, limitando a autonomia privada ao ponto de determinar, em grande parte seu mesmo esquema, como se verifica notadamente nas que têm por objeto a venda de certos bens ou o fornecimento de determinados serviços. (...) A inserção automática das determinações do Estado no conteúdo das relações entre particulares implica a integração, nos seus efeitos, de cláusulas vindas de fora*”, o que GOMES denominou concurso de fontes (Contrato de adesão: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972, pp. 39-40). Além de Orlando GOMES vide, no direito comparado, Luigi FERRI (*La autonomia privada*, cit.).

¹³⁸ Vide Luigi FERRI (*La autonomia privada*, cit., *passim*) e Joaquim de Souza RIBEIRO (*O problema do contrato*, cit., *passim*). Mauro ORLANDI também rechaça a tese de que os interesses privados existem independentemente da tutela do Direito e de que a iniciativa privada provê a todos a titularidade de tais interesses. “*La libertà di determinare il contenuto del contratto parrebbe risolversi in autonomia negoziale nel senso più stretto, ossia in potere di trattare e costruire in modo bilaterale e paritario la disciplina del rapporto. Il limite originario dello spazio giuridico autonomo sembra dipendere dalla negoziabilità del contratto e dalla effettiva possibilità, riconosciuta a ciascuna delle parti, di determinare insieme con l'altra il regime dei propri interessi. L'autonomia sembra convertirsi in potere di negoziare, concesso e protetto dallo Stato*”. (Autonomia privada e autorità independenti. In: GEGORIO GITTI. *Autonomia privata e le autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 72).

¹³⁹ *Contratos*, cit., p. 5. No mesmo sentido, Guido ALPA (Il contratto tra passato e avvenire. In: GILMORE, *La morte del contratto*, tradução italiana de Andrea Fusato, Milano: Giuffrè, 1999, pp. XX e XXI) e

operações econômicas, também não haveria contrato. Em outras palavras, o contrato, que se desenvolveu e se consolidou como um instrumento não apenas voltado para a circulação da riqueza (mecanismo instrumental da propriedade), mas também para a sua criação (mecanismo funcional da empresa) na economia capitalista¹⁴⁰, deve ser encarado predominantemente sob a ótica de sua função econômica e social.

Na acepção de BETTI¹⁴¹, a função econômica do contrato corresponde à sua causa. Essa causa (o porquê do contrato) não se confunde com os motivos psicológicos que levaram cada contratante a celebrar a avença (ou seja, não se trata de uma causa particular), mas sim à *causa objetiva* (o escopo prático, socialmente valorável pela sua própria constância e normalidade recorrente, associado a todos os contratos da mesma natureza)¹⁴². Assim, por exemplo, a função econômica dos contratos de compra e venda é transferir a propriedade de bens e direitos (ou, em última instância, fazer circular riqueza na sociedade). Voltaremos a tratar da função econômica do contrato ao abordarmos a sua função social (Cap. III.3 infra).

Vincenzo ROPPO (*O contrato*. Tradução de Ana COIMBRA e M. Januário C. GOMES. Coimbra: Almedina, 1977, pp. 7-15).

¹⁴⁰ Nas palavras de ROPPO, “dentro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia” (*O contrato*, cit., p. 66).

¹⁴¹ *Teoria generale de negozio giuridico*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 169-207. Nas palavras do autor italiano, “[i]n ogni negozio, analizzato nel suo contenuto, su può distinguere logicamente un regolamento d’interessi nei rapporti privati, e, concreta in esso (...) una ragione pratica tipica ad esse immanente, una ‘causa’, un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esse deve rispondere. Causa, ben s’intende, no già in senso fenomenologico, mas teleologico e deontologico, attinente all’esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto”. No mesmo sentido, Luigi FERRI (*La autonomia*, cit., pp. 169-170).

¹⁴² A idéia de contrato socialmente típico encontra-se bastante desenvolvida no trabalho de Maria Helena BRITO. Sustenta a autora portuguesa que existem duas formas de tipicidade contratual: a tipicidade legal, definida pelo legislador (tipos regulados pela lei), e a tipicidade social, que leva em conta justamente a importância de um determinado tipo na realidade social, com base na sua difusão e no interesse econômico que assume. Segundo a autora, a tipicidade social está relacionada àqueles contratos que, malgrado não tenham sido tipificados pelo legislador, encontram-se em tal estado de evolução e difusão na prática negocial e desempenham tão importantes funções econômicas e sociais, que admitem ser tratados como um tipo contratual autônomo (*O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 155-184). A doutrina em geral trata apenas da tipicidade legal, classificando como típicos os contratos que se encontram esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 81). A idéia de tipicidade social está, no nosso entendimento, intimamente relacionada à “*natureza progressiva do direito comercial*”, expressão utilizada por Fran MARTINS para designar a constante transformação a que se submetem os contratos mercantis – muitas vezes forçados a fugir às regras formais do direito civil – em virtude das “*contingências econômicas, políticas e sociais do mundo*” (*Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63). Vale destacar que, ao contrário do que ocorre no direito civil, na seara comercial multiplicam-se os contratos atípicos, oriundos do natural desenvolvimento das atividades comerciais.

Entre os economistas, Paulo Furquim de AZEVEDO assevera que o contrato é um elemento fundamental para a economia, amparando a troca e as relações econômicas de um modo geral¹⁴³.

A existência dos contratos, na teoria econômica, encontra justificativas na criação de *incentivos* para a adoção de comportamentos desejáveis pelas partes, de um lado, e na tentativa de se *coibir* atitudes indesejáveis, de outro. Ao contratar, os agentes econômicos vislumbram ganhos em limitar o seu comportamento individual e independente, com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior¹⁴⁴.

A perspectiva é muito interessante já que, ao contrário de se enxergar no contrato o ápice do exercício da autonomia privada (na sua faceta de liberdade de contratar), vislumbra-se no instituto um *instrumento criado para limitar a esfera de atuação livre das partes*. Daí para a aceitação de que o Estado pode (ou deve) concorrer com as partes para a formação do vínculo ou do conteúdo do contrato abre-se um caminho muito menos tortuoso do que aquele que a ideologia liberal aceitaria admitir.

Dentre as diversas concepções de contrato, consideramos mais acertada aquela que trata do fenômeno como único, porém com diversas facetas ou perspectivas. Seguindo critério identificado em TEUBNER, Joaquim de Souza RIBEIRO¹⁴⁵, que chama a sua proposta de

¹⁴³ “Contratos estabelecem o padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de deveres, que as partes definem por interesse mútuo. É, portanto, por meio de contratos que as pessoas buscam coordenar as suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenuar esses custos resulta em melhora de desempenho econômico das firmas e mercados, com implicações diretas ao desenvolvimento econômico e social.” (Contratos, cit., p. 132). Paulo Furquim de AZEVEDO observa, ainda, que, a despeito de sua importância, o contrato foi apenas tardiamente incorporado ao pensamento econômico (na década de 1960). De forma semelhante: Steven SHAVELL (Economic analysis of contract law. Discussion Paper n. 403, Harvard Law School, fev. 2003). Este autor incorpora, no entanto, a idéia de acordo de vontades ao seu conceito, ao estabelecer que o consenso é condição suficiente e necessária para que exista o contrato, criticando, do ponto de vista da eficiência econômica, “certas doutrinas legais” que resultam na vinculação contratual sem que as partes tenham para tanto assentido.

¹⁴⁴ A respeito, vide David SAPPINGTON. Incentives, cit., *passim*. O autor analisa a contratação, pelo “principal”, de um “agente” com determinadas habilidades ou conhecimento para realizar uma determinada tarefa e discute a aplicabilidade da relação Principal-Agente em várias áreas (relações trabalhistas, indústrias reguladas, hierarquia militar, etc.). As principais razões vislumbradas na teoria econômica para a celebração de contratos são arroladas por Steven SHAVELL, quais sejam, (i) o futuro provisionamento de bens e serviços (garantia de provisionamento); (ii) a realocação ou repartição de riscos, e (iii) a existência de opiniões ou crenças divergentes sobre eventos futuros (Economic analysis of contract law, cit.). Ainda sobre as razões para a contratação, Bengt HOLMSTROM e John ROBERTS citam diversos exemplos bem-sucedidos de complexas e criativas relações de longa duração entre empresas que lograram reduzir os incentivos para o oportunismo e os obstáculos a investimentos (The boundaries of the firm, cit., pp. 73-94). No mesmo sentido: Paul MILGROM e John ROBERTS (*Economics...*, cit., Cap. 5).

¹⁴⁵ O problema do contrato, cit., *passim*. Em Gunther TEUBNER (*Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993. 203 p.): “[n]ot two but three actions – namely, legal, social and economic – coincide in the

construção poliédrica do contrato, propõe a análise do contrato sob três planos principais - de interação entre as partes, de interação com as instituições (inclusive com o mercado) e de interação com a sociedade -, cuja delimitação pode não ser tão nítida, já que as diferentes perspectivas interferem umas sobre as outras, independentemente de outros planos que possam ser identificados.

No plano de interação entre as partes (ou plano individual), por exemplo, tem lugar a análise das obrigações e direitos das partes (v.g., sob a ótica de sua reciprocidade ou equilíbrio econômico financeiro entre as prestações). Tal análise, porém, não pode ser totalmente segregada do plano econômico-institucional, pois este influi nas relações entre as partes, podendo, inclusive, alterar o equilíbrio contratual da avença. Já nas situações de poder econômico, são as obrigações ajustadas entre as partes (por exemplo, uma cláusula de exclusividade), que interferem sobre o mercado e, em última instância, sobre a sociedade com um todo.

Em síntese, o contrato pode ser analisado sob diversos aspectos, sendo possível estratificar a análise em planos, conforme a predominância de tais aspectos.

Esta concepção é particularmente útil para os fins do presente trabalho dado que, sem excluir nenhuma das facetas do contrato, o estudo realizado tem seu foco dirigido para os planos (ou funções) institucional e social do contrato, e não para o contrato como plano de interação entre as partes, embora tal plano seja diretamente afetado pelos demais, como mencionado. Ficam, portanto, excluídas do escopo deste trabalho quaisquer consequências do desequilíbrio de poder contratual (dependência econômica) que não estejam relacionadas ao poder econômico. E afastada a tradicional idéia de contrato como acordo ou conjunção de vontades, sobre o qual o Estado não deve interferir.

institutions of contracts and rights. A contract is always economic communication, since it is an economic transaction; but is also always a legal action, since it not only alters the legal position, but prodevues legal normas. At the same time, as an exchange, it still remains part of the general social communication” (p. 92). Na doutrina brasileira, posição semelhante é adotada por Antônio Junqueira de AZEVEDO, que distingue três funções do contrato: a função individual, a função econômica e a função social (vide, por exemplo, Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54).

II.2. Contrato e ideologia: liberdade de contratar e dirigismo contratual

Levando em consideração a apresentação da liberdade de iniciativa como princípio instrumental da ordem econômica, a constatação de que a intervenção estatal na economia, de forma constante e sistemática, é a única maneira de se preservar o sistema de livre mercado (Capítulo I), bem como a acepção de contrato adotada no item II.1 retro não deve causar estranheza a abordagem dada, a seguir, à liberdade de contratar.

Tal liberdade é expressão, na seara dos contratos, do princípio da liberdade de iniciativa.

Não há nenhuma novidade na constatação de que a liberdade de contratar pode sofrer limitações decorrentes da função social da empresa ou do contrato, culminando, inclusive, com a *obligatoriedade de contratar em certas hipóteses*¹⁴⁶.

Não poderíamos, aqui, deixar de citar o direito antitruste brasileiro (Lei 8.884/94), que arrola, entre as condutas que podem configurar infração à ordem econômica (desde que associadas aos efeitos, ainda que potenciais, descritos no art. 20 do referido diploma), a recusa de contratar: “*recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*” (art. 21, inciso XIII). A isso voltaremos, no entanto, na segunda parte desse trabalho.

¹⁴⁶ Diversos juristas já trataram do assunto, destacando-se as considerações de Orlando GOMES no sentido de que a liberdade de contratar jamais foi ilimitada, estando desde sempre confinada por razões de utilidade social, como a ordem pública e os bons costumes, de modo que “[o] princípio de que toda pessoa pode soberanamente abster-se de contratar sofre exceções cada vez mais importantes e numerosas. Tais exceções ocorrem quando o indivíduo: a) tem de aceitar, sem alternativa, uma proposta ou oferta de contrato; b) tem de concorrer para a formação de um vínculo contratual. Nessas duas situações, diz-se que há obrigação de contratar. Têm-na: a) os que encarregam da prestação dos serviços públicos, ou dos serviços de assistência vital, também chamados de primeira necessidade; b) os que exercem atividade econômica em caráter de monopólio” (Contratos, cit., p. 27). São dignos de transcrição, também, os ensinamentos de Eros R. GRAU e Paula FORGIONI, que observam que “[d]esde a segunda metade do século XIX, o direito dos contratos é afetado por imposições da ordem pública (poder de polícia, a defesa dos bons costumes, imposições ‘protetivas’ do direito do trabalho, a legislação antitruste, v.g.). Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a normatividade do Welfare State, com impacto marcado sobre a disciplina dos contratos. Estes passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia, definida pelo Estado. A doutrina elabora a noção de dirigismo contratual, emerge o instituto dos contratos coativos” (Ainda um novo paradigma dos contratos? In: *O estado, a empresa e o contrato*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21). Sobre as limitações da liberdade de contratar na *common law*, vide P.S. ATIYAH (*An introduction*, cit.; *The rise and fall*, cit.; e *Freedom of contract*, cit.), que identifica um movimento pendular entre períodos de maior e de menor intervenção do Estado no contrato.

Não é possível identificar com clareza uma linha histórica das limitações à liberdade de contratar no direito pátrio. Segundo F. C. de SAN TIAGO DANTAS, provisões limitando a liberdade de contratar já podiam ser pontualmente encontradas na legislação civil e comercial do início do século XIX mas, comparando-se essa legislação com a que veio a ser editada ao final daquele século e início do século XX, “*é fácil observar o aumento quantitativo e qualitativo das normas imperativas, principalmente através do direito especial*”.¹⁴⁷

A intervenção estatal na esfera dos contratos também está longe de configurar um tema inédito na doutrina brasileira e comparada.

Dentre os autores pátrios, Cláudia Lima MARQUES¹⁴⁸, Eros GRAU e Paula FORGIONI¹⁴⁹ têm dedicado diversos textos ao assunto. Merecem destaque, ainda, os clássicos Orlando GOMES (*Contrato de adesão*, cit., 1972) e Werter FARIA¹⁵⁰, pioneiros na identificação de razões associadas à livre concorrência como limitações à liberdade de contratar.

No direito comparado, merecem destaque as clássicas abordagens de Grant GILMORE e de P.S. ATIYAH¹⁵¹, sobre a liberdade de contratar no direito norte-americano e inglês, o livro organizado por Anthony KRONMAN e Richard POSNER¹⁵² (incluindo interessante texto de Max WEBER sobre liberdade de contratar e a substituição da coerção estatal por formas nefastas de coerção pelos particulares)¹⁵³, bem como compilações mais contemporâneas feitas por Eric POSNER, em texto de maior abrangência¹⁵⁴, Paul MILGROM e John ROBERTS (*Economics*, cit.), e Amitai AVIRAM¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Evolução contemporânea do direito contratual. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. São Paulo: Forense, 1953, p. 13-33. No mesmo sentido, vide Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria Andrade NERY. *Código Civil comentado*. 5 ed. Ampliada e atualizada até 15.06.2007. São Paulo: RT, 2007, p. 476.

¹⁴⁸ Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004; Novos temas da teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual, *Revista Ajuris*, n. 100, p. 73-98, dez. 2005; *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5 ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2006; *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007.

¹⁴⁹ FORGIONI. A interpretação, cit.; GRAU e FORGIONI. Ainda um novo paradigma, cit.

¹⁵⁰ *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

¹⁵¹ Vide nota 135.

¹⁵² *The economics of contract law*. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979.

¹⁵³ *Freedom and coercion*. In: Anthony KRONMAN e Richard POSNER. *The economics of contract law*. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979, p. 23-233.

¹⁵⁴ E. POSNER faz uma revisão da literatura econômica e não econômica em matéria de contratos e direito contratual (*contract law*) nos países de língua inglesa, para concluir que, se as diversas teorias econômicas

Entre os autores contemporâneos, Michael J. TREBILCOCK¹⁵⁶, por exemplo, critica o que ele chama de paradigma da ordem privada (que pode ser traduzido como equivalente de “auto-regulamentação” ou tutela dos próprios interesses), aplicado ao contrato.

O paradigma, segundo o autor, encontra-se fundado em diversas razões, tanto econômicas como políticas, incluindo a eficiência e a liberdade individual, oriundas de teorias sobre o papel da propriedade privada e sobre as funções econômicas atribuídas aos contratos (entre as quais a contenção do oportunismo em trocas não-simultâneas, a redução de custos de transação, o preenchimento de lacunas em contratos incompletos, e a distinção entre trocas ineficientes e trocas eficientes).

As críticas de TREBILCOCK, em apertada síntese, são da seguinte natureza: (i) o “homem econômico” e o paradigma do mercado são construções artificiais (POLANYI e outros); (ii) as condições que qualificam a eficiência alocativa (PARETO e KALDOR-HICKS) são indetermináveis; (iii) a concepção tradicional de contrato e a ordem privada não levam em consideração o problema da justiça distributiva; e (iv) nem todas as preferências devem ser tuteladas, pois algumas podem ser nefastas. De maneira geral, o autor critica a predominância que os aspectos individuais ou internos do contrato assumiram no estudo do direito contratual. Porém, ao analisar empiricamente diversas situações em que a ordem privada gerou resultados positivos, o autor conclui que em todas elas havia por trás um *arcabouço legal*.

Desse modo, TREBILCOCK defende que a compreensão do contrato exclusivamente como ordem privada não se sustenta¹⁵⁷.

não explicam a existência dos contratos e o direito contratual, tampouco o fazem a filosofia, a história e, até mesmo, a psicologia. Quando à primeira, o autor elogia a sua contribuição para desmitificar o “voluntarismo” contratual, mas aduz que se trata de um feito antigo, não tendo a filosofia contemporânea contribuído com relevância para o estudo dos contratos (Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 146, 2d series, Chicago, 2002).

¹⁵⁵ The paradox of spontaneous formation of private legal systems. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 192, 2d series, Chicago, jul. 2003.

¹⁵⁶ *The limits*, cit., p. 9-57.

¹⁵⁷ *The limits*, cit., p. 126. Na opinião de TREBILCOCK, o mercado, pelo seus mecanismos, reage ao mérito e à autonomia individuais, e tem condições de libertar vítimas do *status* e da subjugação (ao contrário de reforçar tais condições, como aduzem seus críticos). Por esse motivo, ele prega o acesso às oportunidades do mercado por parte de membros da comunidade que historicamente, como indivíduos ou classes, tiveram tais oportunidades negadas. Ressalva, no entanto, que autonomia e bem-estar não são passíveis de serem obtidos simplesmente por estarem estatuídos, devendo ser perseguidos por meio de *políticas públicas* e regulação que

Estranhamente, porém, parte da doutrina ainda reage negativamente a essa evolução da ideologia do contrato, em especial à idéia de contrato coativo, tomado como outro instituto. Há, até mesmo, quem fale em “crise” ou “morte” do contrato¹⁵⁸. Essa visão “fatalista” espalhou-se principalmente entre administrativistas (ou publicistas) que, ao analisar as peculiaridades dos contratos celebrados com o Poder Público¹⁵⁹, desde há muito minuciosamente regulamentados, concluem que os mesmos sequer configurariam contratos¹⁶⁰.

Orlando GOMES esclarece, com propriedade, as “*ambigüidades e confusões*” que estão por trás do que ele chama de “*crise da noção de contrato*”, originada com a decadência do

minimize os perigos de escolhas nefastas (p. 56-57). Nesse contexto, políticas que interferem na liberdade de contratar não devem causar estranheza.

¹⁵⁸ Nas palavras de Claudia Lima MARQUES (*A nova crise do contrato*, cit., p. 7), os autores franceses Christophe JAMIN e Denis MAZEAUD utilizam a expressão “nova crise do contrato” para denominar o atual momento de insegurança pelo qual passa a teoria contratual (*La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz, 2003). A expressão “morte do contrato”, por seu turno, é empregada no trabalho de Grant GILMORE justamente na tentativa de desmitificar a idéia de que o contrato passou, ou de que está em perigo (*The death*, cit., *passim*). Na verdade, o autor propõe a reinterpretação do direito dos contratos, fora da premissa de acordo de vontades ou liberdade de contratar, e conclui pela absorção da matéria contratual pelo direito da responsabilidade (*tort law*). Tal como bem observado por Guido ALPA no prefácio ao referido trabalho, “[i]l titolo è fittiziamente luttuoso: più che della morte, si parla della vita del contratto, anzi, di tutto l’arco, ascendente e discendente, della teoria generale del contratto”. (*Il contratto*, cit.).

¹⁵⁹ Evitamos, propositadamente, empregar a terminologia “contratos administrativos”, uma vez que a tradicional separação entre contratos administrativos, de um lado, e os demais, de outro, remonta à superada dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Nesse sentido, vide Eduardo Garcia de ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, v. I. 8 ed, Madrid: Civitas, 1997, p. 663-689); Juan Alfonso SANTAMARIA-PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo*, v. II, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecees, 1999, p. 192-195); e Luís Solano Cabral de MONCADA (O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa. Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979).

¹⁶⁰ Orlando GOMES fornece um panorama bem sintético dessa discussão. Esclarece ele que “[a]lguns doutores dizem que a essência do contrato se encontra na liberdade de escolha da outra parte; outros, na liberdade de fixar o conteúdo da relação; e outros, finalmente, na liberdade de contratar ou deixar de contratar, isto é, na liberdade de constituir, ou não, a relação jurídica que se forma por acordo de vontades. A doutrina administrativa inclina-se para a corrente que vê a essência do contrato na liberdade de constituir ou deixar de constituir o vínculo jurídico. Se há obrigação de constituí-lo, a relação respectiva não é contratual”. Mais adiante, o ilustre jurista comenta que “[e]scritores infensos à tese contratualista inclinam-se para uma explicação segundo a qual só a vontade do Estado deve ser tida como fato constitutivo da relação que os contratualistas consideram bilateral na formação. A declaração de vontade do particular, que, para os contratualistas se apresenta como elemento necessário à formação do consenso, não passaria de um simples requisito de eficácia. Não haveria, d’outro modo dizendo, a fusão de vontades próprias dos contratos, nem poderia haver porque são vontades heterogêneas”. De uma forma ou de outra, as particularidades dos vínculos jurídicos com a Administração Pública, em especial a severa limitação à liberdade contratual, segundo alguns autores, “sacrificariam a indigitada natureza contratual dessas relações bilaterais” (Os contratos e o direito público, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, jun. 1977, p. 45-55). O mesmo valeria para os chamados contratos de adesão. Waldemar FERREIRA, por exemplo, na esteira da doutrina de Luigi CARIOTA FERRARA, expunha que tais institutos não caracterizam contrato (*Instituições de direito comercial*. 3 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 3, pp. 30-31).

consensualismo (ou voluntarismo) associado à construção do contrato pelos filósofos europeus, cedendo lugar, no curso do século XX, à idéia de “*estatuto imposto*”.

Trocando em miúdos, a *concepção tradicional* de contrato, associada à idéia de autonomia de vontade, está fortemente ligada à ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do capitalismo. Por esse motivo, a liberdade de contratar é considerada por muitos autores como elemento essencial do contrato, não havendo que se falar nesse instituto nas situações em que tal liberdade é limitada, no que se refere à parte contratante, ao conteúdo do contrato ou, até mesmo, à decisão de contratar ou não.

Já o contrato no direito contemporâneo encontra-se marcado pelo desequilíbrio (cujo reconhecimento toma o lugar ocupado pela igualdade formal), bem como pela modificação na técnica de vinculação (novos processos de formação do contrato, entre os quais se destacam a massificação, a uniformização de suas condições e a despersonalização dos contraentes) e pela *intromissão do Estado na vida econômica (e no contrato)*, limitando legalmente a liberdade de contratar e encolhendo a esfera de autonomia privada.

Nas palavras de Orlando GOMES, e retomando a idéia já apresentada no capítulo anterior, de “contrato positivado”, tem-se que, “[n]o novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o contrato sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos)”¹⁶¹.

A evolução histórica da noção de contrato (historicidade) e a sua relatividade não devem causar estranheza, já que o mesmo processo abarca todos os institutos jurídicos, não constituindo o contrato (um dos mais importantes instrumentos do capitalismo) exceção a esse fenômeno¹⁶².

¹⁶¹ Orlando GOMES. *Contratos*, cit., pp. 14-15.

¹⁶² Vincenzo ROPPO trata com propriedade do assunto, ressaltando que a disciplina jurídica do contrato, que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais, “*corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante opções políticas e, por isso mesmo, contingente e historicamente*

Assiste inteira razão a Guido ALPA, desse modo, quando ele afirma que existem dois modelos fundamentais de contrato: (i) aquele que enfatiza o contrato sobretudo como ato de autonomia privada (negócio reservado às partes), no qual a intervenção externa, do juiz ou do legislador deve ser considerada excepcional; e (ii) aquele em que o “feito” das partes encontra-se sujeito a todas as intervenções externas consentidas pelo ordenamento, podendo ser “criado” pelas Cortes e trabalhado pelo legislador¹⁶³.

Assim, a exemplo das considerações que tecemos de maneira geral sobre a mitigação da liberdade de iniciativa, as crescentes limitações no campo da liberdade de contratar não implicam “um novo paradigma” ou a “morte” do contrato, mas apenas o fim de uma certa concepção do contrato, a concepção liberal¹⁶⁴.

Vale mencionar que, no entendimento de Natalino IRTI, foi justamente na esfera do direito comercial (o direito do mercado, segundo o autor, e, por esse motivo, mais impessoal e mecânico) que se introduziram as maiores limitações à autonomia privada¹⁶⁵.

mutáveis”, de modo que “o próprio modo de ser e de se conformar o contrato como instituto jurídico não pode deixar de sofrer influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isso se exprime através da fórmula de relatividade do contrato (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (*O contrato*, cit., p. 24). O autor também analisa com detalhe a evolução histórica do direito dos contratos, desde os sistemas econômicos arcaicos, até o presente, passando pela codificação do contrato na França (Código de Napoleão), na Alemanha e na Itália e deixa claro que não há que se falar em morte do contrato (*op. cit.*, pp. 7-63; 347-348).

¹⁶³ *Il contratto*, cit., p. XV. No mesmo sentido, transcrevendo ALPA, Eros R. GRAU e Paula FORGIONI. Um novo paradigma, cit., p. 18.

¹⁶⁴ Eros R. GRAU e Paula A. FORGIONI, Um novo paradigma, cit., p. 18. No mesmo sentido, Vincenzo ROPPO. *O contrato*, cit., pp. 335-348, e Joaquim de Souza RIBEIRO. *O problema do contrato*, cit. Adotando-se a distinção entre autodeterminação e autonomia privada empregada pelo último autor (vide Cap. I retro), tem-se que ambas são equivalentes apenas na ideologia liberal. Na verdade, a autonomia privada é um instrumento da autodeterminação, mas com ela não se confunde, a não ser que se queira dar uma conotação valorativa (ideológica) à autonomia privada. Isso não impede que autores contemporâneos continuem sustentando, ideologicamente, que a intervenção do Estado na esfera da liberdade contratual deve ser mínima. A título ilustrativo, merecem destaque as seguintes considerações de Alan SCHWARTZ, autor norte-americano que se dedica ao estudo dos contratos incompletos: “...the state appears to do four things well: enforce contracts; police the contracting process for fraud and duress; supply parties with common vocabularies to use when writing contracts; and supply parties with governance modes for the conduct of transactions or the resolution of disputes. It should do only these things, and not the additional things that it sometimes attempts” (Contract theory and theories of contract regulation, 2002). De maneira similar, Ian AYRES e Robert GERTNER sugerem restringir a intervenção do Estado nas relações contratuais às situações em que tal intervenção é capaz de aumentar a eficiência econômica (Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules, *Yale Law Journal*, October, 1989). Já Anthony KRONMAN admite a utilização do direito dos contratos para fazer justiça distributiva (Contract law and distributive justice. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 472-511, jan. 1980).

¹⁶⁵ *Teoria generale*, cit., p. 23.

E não poderia mesmo ser diferente, visto que o Direito comercial é o campo por excelência da atividade econômica, por encontrar-se, nas palavras de Tullio ASCARELLI, historicamente ligado, em suas origens, com a economia capitalista, apresentando seus institutos uma correlação geral com a economia de massa¹⁶⁶.

O fenômeno de maior intervenção estatal na esfera do direito comercial deu origem a diversas disciplinas jurídicas que, independentemente de constituírem ramos autônomos do Direito, fizeram estreitar a própria abrangência do direito comercial. O direito econômico (vide itens I.2, I.3 e I.4 da Parte I) hoje tutela relações que tradicionalmente integravam o direito comercial (v.g., as relações de consumo e as relações de concorrência).

O esvaziamento do direito civil e do direito comercial e a multiplicação dos diplomas especiais (antes extraordinários) faz surgir importante questionamento, bem identificado por Joaquim de Souza RIBEIRO, e que não se limita a simples formalismo classificatório ou metodológico, para fins didáticos: até que ponto é possível e interessante sistematizar e unificar todas as normas interventivas em matéria contratual? Em outras palavras, existe um “direito da intervenção do Estado no contrato” ou, ao inverso, as intervenções estatais devem ser mantidas como exceções (compartimentadas), em um sistema dual, onde a liberdade de contratar, de um lado, é a regra, e as normas especiais, de outro, constituem exceção, de caráter meramente corretivo de anomalias e abusos?

Temos como premissa que não há que se falar em tal sistema dual, já que a intervenção do Estado na esfera do contrato, assim como a intervenção do Estado na economia, de maneira geral é, hoje, a *regra*, e não a exceção, e assim deve ser. Não apenas, como veremos no capítulo seguinte, para manutenção do *status quo*, do próprio sistema de mercado, como bem observado por Eros R. GRAU e Paula A. FORGIONI, mas também, e principalmente, com *fins efetivamente distributivos*.

Por outro lado, a compartimentação das diversas espécies ou modalidades de intervenção do Estado no contrato – os microssistemas – é válida e interessante, já que certos conjuntos

¹⁶⁶ “De um lado, por isso”, afirma ASCARELLI, “os problemas do direito comercial se coadunam com os problemas mais debatidos de nossa época, como os que respeitam ao intervencionismo estatal e à liberdade de iniciativa, à socialização e à propriedade privada; de outro lado, entretanto, a estrutura técnica dos institutos do direito comercial, parece, com frequência, participar daquela ‘neutralidade’ que é peculiar à técnica, numa medida maior do que acontece com os institutos do direito civil” (Evolução e papel do direito comercial. In: *Panorama do direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1947, pp. 47-52).

de normas têm a sua própria racionalidade e os seus próprios objetivos. Não pretendemos, por óbvio, analisar, no estreito escopo deste trabalho, a possibilidade de sistematização e uniformização dessas regras sob um fundamento ou conjunto de fundamentos comuns e aplicáveis a todas as modalidades de intervenção no contratos (i.e., um macro fundamento para tal intervenção)¹⁶⁷. Nosso objetivo, mais modesto, é analisar de forma sistemática a intervenção nos contratos ditada por normas de defesa da concorrência, estabelecendo os limites e objetivos buscados por este microssistema. Não deixaremos, no entanto, de perscrutar, oportunamente, a relação dessas normas, se alguma, com a tão propalada função social do contrato.

O que importa termos claro por ora, de qualquer modo, é que o dirigismo contratual, longe de ameaçar o contrato em geral (e os contratos comerciais, em especial), garante a sua sobrevivência, da mesma forma que a intervenção do Estado garante o sistema de livre mercado.

O dirigismo nada mais é do que a própria proteção do contrato (e de sua função econômica), conforme bem ilustrado por Eros R. GRAU e Paula A. FORGIONI ao tratar do direito ambiental e do direito do consumidor¹⁶⁸.

Conclui-se, assim, que a intervenção do Estado, por meio de leis coativas (imperativas ou proibitivas¹⁶⁹), na esfera do contrato é legítima, não implicando a morte do instituto. *Assim,*

¹⁶⁷ A propósito de tal unificação, a opinião de Joaquim de Souza RIBEIRO é a seguinte: “[d]o conjunto das intervenções anteriores ressalta à evidência que a busca de uma fórmula unitária, capaz de fornecer um quadro previsional preciso de todos os casos merecedores de uma intervenção tuteladora, é tarefa vã e condenada ao fracasso.” Após analisar alguns critérios propostos pela doutrina para tal unificação (v.g., a disparidade de poder contratual ou dependência econômica), o autor conclui que “a verdade é que não se mostram adequados a fixar os pressupostos de aplicação de um regime limitativo da liberdade contratual, em proteção de uma das partes. Não sendo auto-suficientes para uma justificação global de todas as medidas já positivadas, nem sequer podem aspirar a servir de idéia estruturante de um campo normativo contraposto ao da autonomia privada. De forma que o único ponto de apoio seguro para o critério de intervenção é a constatação empírica de que, em certas áreas ou processos da contratação, o conteúdo do acordo se desvia. De forma típica e sistemática, de uma conformação equilibrada de interesses, sempre em prejuízo da mesma categoria de contraentes” (*O problema*, cit., pp. 170-171).

¹⁶⁸ Os autores defendem que não existe um novo paradigma do contrato, já que “[a]s mudanças no ordenamento não são qualitativas e tampouco se afastam das premissas que moldaram a teoria geral do contrato por conta do Welfare State. A normatização protetiva não advém da solidariedade, como querem alguns, mas da expressão de uma estratégia para a promoção do mercado” (*Um novo paradigma*, cit., pp. 22-23).

¹⁶⁹ Vide classificação de Orlando GOMES (*Contratos*, cit., p. 23). A propósito, adotando-se a distinção do autor entre leis coativas (imperativas ou proibitivas), de um lado, e leis supletivas (ou dispositivas), de outro, temos que, em princípio, apenas as primeiras caracterizariam, formalmente, o dirigismo estatal na seara do contrato. Com efeito, são as leis coativas que estabelecem proibições ou deveres para as partes, seja quanto à própria liberdade de celebrar ou não o contrato, seja no que se refere à pessoa dos contratantes e, ainda,

não deve causar estranheza a intervenção das autoridades de defesa da concorrência na esfera contratual, quando da aplicação da legislação de que são guardiãs.

A única ressalva que fazemos diz respeito, novamente, à questão dos microssistemas: *o legislador há que tomar a devida cautela para não introduzir em determinados sistemas princípios estranhos à sua lógica, comprometendo não apenas a fluência das relações econômicas e o sistema de mercado adotado, mas também a eficácia (e, por que não dizer, a credibilidade) da legislação*¹⁷⁰.

Procuramos, na segunda parte desse trabalho, identificar as hipóteses em que a legislação concorrencial impõe ao agente econômico a celebração do contrato (ou as suas condições e termos). Antes, porém, faz-se mister identificar as relações entre a legislação concorrencial e a noção de função social do contrato.

quanto ao conteúdo da avença (cláusulas obrigatórias ou cláusulas proibidas). Por seu turno, as regras de interpretação são leis supletivas, prestando-se apenas a completar a vontade dos indivíduos, aplicando-se-lhe quando não declarada de forma clara ou explícita. Nesse contexto, as regras de interpretação não implicam restrição da liberdade de contratar, apenas proporcionam maior certeza e previsibilidade, ao solucionar conflitos oriundos de contratos incompletos (como são todos). Não deve o juiz, nesse contexto, a não ser que instado por lei coativa, determinar às partes algo diverso do que foi contratado, a pretexto de “interpretar” o contrato. Posição diversa é sustentada por Grant GILMORE (*The death*, cit., *passim*), e enfatizada por Guido ALPA em seu prefácio ao ensaio daquele autor. No entendimento de ALPA o contrato é exposto à intervenção das cortes (interpretação, integração, etc.) e também à intervenção do legislador (integração, substituição automática de cláusulas, determinações sobre o objeto do contrato, etc.), sendo ambas características da atenuação do princípio da autonomia de vontade (*Il contratto*, cit., p. XIX). Compartilhamos, no entanto, do pensamento de Tullio ASCARELLI, no sentido de que, embora interpretação e atividade legislativa integrem, do ponto de vista histórico, uma mesma “linha evolutiva”, do ponto de vista dogmático as duas são e devem permanecer distintas. Nas palavras do ilustre comercialista: “*la contrapposizione tra l’attività legislativa e quella interpretativa che è e deve rimanere nitida sul terreno dogmatico, esprimendo in sostanza i limiti che, nell’interesse della certezza giuridica e della libertà individuale, sono propri de dell’interpretazione, si traduce naturalmente nel campo storico in una serie di passaggi gradual, in quel passare dalle molecular alle molar notions delle quali parlava Holmes e che conducono dall’interpretazione letterale all’opera del legislatore riformatore*” (Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell’interpretazione. In: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano:Giuffrè, 1952, p. 62).

¹⁷⁰ Nesse sentido, TREBILCOCK, por exemplo, afirma que os chamados monopólios situacionais (derivados de contrato, ou seja, de poder contratual, gerando dependência econômica) devem ser analisados pelos direito contratual, enquanto que os monopólios estruturais (onde há poder de mercado) devem ser analisados pelo sistema social (leia-se, pelo direito concorrencial), encarregado de proporcionar justiça distributiva (*The limits*, cit., p. 101).

II.3. Dirigismo contratual e função econômico-social do contrato

A função social do contrato é um tema em voga na academia. Muito se tem escrito sobre o assunto recentemente¹⁷¹, sob diversos aspectos, desde a publicação do artigo pioneiro de Orlando GOMES¹⁷².

O objetivo deste capítulo é verificar se existe alguma relação entre função social do contrato e obrigatoriedade de contratar por força das normas de defesa da concorrência. Não pretendemos, como já dito, sistematizar todas as hipóteses legais de obrigatoriedade de contratar, em busca de um único fundamento (ou de um conjunto comum de fundamentos) para tais situações, tampouco buscar uma única origem (normativa ou fática) para todas as intervenções do Estado no âmbito das contrato. A questão que ora se busca responder é: a obrigatoriedade de contratar fundada no direito da concorrência interage, de alguma forma, com a noção de função social do contrato?

A “função social” traz consigo a idéia de introduzir a figura da obrigação na estrutura do direito subjetivo. Tanto que a primeira e mais célebre tradução de “função social” refere-se a uma obrigação pura e simples: “a propriedade obriga” da Constituição de Weimar¹⁷³.

No direito positivo pátrio, a expressão “função social” apareceu pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, associada à propriedade (art. 170, inciso III). E não demorou para que a doutrina passasse a tratar de função social da empresa, que nada mais é do que uma tradução para “função social da propriedade dos meios de produção”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Vide, por exemplo, Humberto THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, e Cláudio L. B. de GODOY. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁷² A função do contrato, in *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 101-109. O autor, no entanto, já havia esboçado algumas idéias sobre função social do contrato ao tratar dos limites estatais à liberdade de contratar em *Contrato de adesão* (cit., de 1972) e, posteriormente, em “Os contratos e o direito público” (cit., de 1977).

¹⁷³ Calixto SALOMÃO FILHO. Função social do contrato: primeiras anotações. *RDM*, v. 132, p. 7-24, out./dez. 2003, p. 9.

¹⁷⁴ A respeito, vide Fábio Konder COMPARATO. Função social da propriedade dos bens de produção. *RDM*, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. Do mesmo autor: Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais* São Paulo: RT, ano 85, n. 732. out. 1996. No mesmo sentido: Raquel SZTAJN. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. Na lição de Calixto SALOMÃO FILHO, a idéia de função social da propriedade, estendida à empresa, “é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de

A melhor interpretação para a função social da propriedade continua sendo, a nosso ver, a de impor certas obrigações ao seu detentor. Aliás, esse conceito está perfeitamente em linha, por exemplo, com o estabelecimento de obrigações especiais, pela legislação antitruste, ao titular de poder econômico, conforme discutido no Cap. I.5 da Primeira Parte. A posição ocupada por certos agentes econômicos na sociedade, assim como ocorre com aqueles que ocupam a posição de proprietários, traz consigo contrapartidas, as quais se convencionou chamar de função social.

Essa concepção não é substancialmente diferente daquela que enxerga função social como instrumento para a promoção dos direitos fundamentais, supra-individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal¹⁷⁵.

Na verdade, a terminologia mais apropriada para os direitos fundamentais de natureza constitucional tutelados pela função social da propriedade é de “garantias” ou “interesses institucionais”. Essa nomenclatura é utilizada por Calixto SALOMÃO FILHO, que, no entanto, esclarece que tais interesses devem ser sempre metaindividuais, justamente para distingui-los dos direitos individuais, dos quais os primeiros não são simples extensão¹⁷⁶.

Temos que tais direitos são auto-aplicáveis, ou seja, não dependem de normas infraconstitucionais que disciplinem o seu exercício, conforme posição adotada por autorizada doutrina¹⁷⁷.

impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral neminem laedere. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais” (Função social do contrato, cit., p. 8).

¹⁷⁵ A esse respeito, vide a excelente compilação de Paulo Sérgio Velten PEREIRA. Função social da empresa e do contrato, *Revista eletrônica de ciências jurídicas*, maio 2005.

¹⁷⁶ Função social do contrato, cit. O autor esclarece que a expressão “direitos difusos”, quando empregada sob uma ótica de direito material (tal como fez CAPPELLETTI, em trabalho pioneiro sobre o assunto: *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. Rivista di Diritto Processuale* n. 30, p. 361-402, 1975) é sinônima de interesses institucionais, abarcando, inclusive, o que a doutrina processualística distingue como interesses coletivos. A separação entre direitos difusos e coletivos, aliás, não faz nenhum sentido do ponto de vista material para SALOMÃO FILHO. As garantias institucionais são destinadas concomitantemente à proteção de cada indivíduo e da coletividade (seja ela numericamente determinável ou não). Em todos os casos, porém, “o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual” (p. 17). No mesmo sentido, vide Paulo BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 560 e ss.

¹⁷⁷ Claus-Wilhelm CANARIS. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003; Joaquín Arce de FLOREZ-VALDÉS, *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991; Judith MARTINS COSTA. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002; Gilmar MENDES. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias fundamentais nas relações privadas*. In: *Direitos fundamentais e controle*

Assim, resta evidente que a função social, longe de introduzir elementos filantrópicos no direito de propriedade, corresponde à tutela de *interesses institucionais*, bem identificados a partir da Constituição Federal. Por exemplo, o titular de uma propriedade imobiliária em região de Mata Atlântica deve observar as normas de defesa do meio ambiente, adotando ações e omissões socialmente desejáveis para que o seu direito não interfira negativamente sobre a coletividade (o grupo de pessoas potencialmente afetado por eventuais ações e omissões). Da mesma forma, o titular de uma empresa deve observar os direitos trabalhistas, de modo que a sua propriedade sobre certos bens de produção atenda a respectiva função econômica (gerar riqueza, através da produção de mercadorias) e social (proporcionar distribuição da riqueza também àqueles que participam do processo produtivo, embora não sejam titulares da empresa).

Em última instância, a noção de função social coincide exatamente com a visão de liberdade de iniciativa e autonomia privada já apresentada neste trabalho, qual seja, de *institutos* (ou direitos) *limitados, na origem, por um quadro normativo* (constitucional e legal), que direciona a atuação do legislador, demais intérpretes e dos agentes privados em diversas esferas. Observar a função social da propriedade, nesse contexto, nada mais é do que dar à propriedade a utilização prevista e esperada pela Constituição Federal (ou seja, conforme os dispositivos constitucionais que estabelecem garantias institucionais).

Cabe observar que a função social não se dissocia da idéia de função econômica do contrato. Os contratos (típicos e atípicos) existem para atender a determinados propósitos *objetivos* das partes. Consoante já mencionado, o contrato de compra e venda refere-se à transmissão de bens e direitos entre os sujeitos que dele participam, sendo irrelevantes as razões subjetivas que levaram à sua celebração em um determinado caso concreto. É a isso que nos referimos quando tratamos de função econômica do contrato: as razões economicamente relevantes para a existência de uma operação, formalizada por meio de um contrato (expresso ou tácito). Nesse contexto, a função social do mesmo instituto, embora acrescente alguns elementos ao quadro descrito, não pode modificá-lo no sentido de descaracterizar a finalidade econômica objetiva a ele atribuída. Para ilustrar, no caso discutido, pode-se cogitar de normas cogentes voltadas para a tutela da parte mais fraca

de constitucionalidade: estudos de direito constitucional, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006; Rosa Maria de Andrade NERY. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT. 2000, p. 111 e ss.

(como no direito do consumidor), mas que não devem modificar a estrutura do contrato de modo a aproximá-lo de uma doação (ou seja, descaracterizando a onerosidade da compra e venda).

Assim, a função social do contrato corresponde à sua função econômica e a um *plus*, que consiste não apenas em abstenções por parte dos sujeitos contratantes (no sentido de deixar de utilizar o contrato para prejudicar interesses institucionais), mas também em ações, que podem culminar com a própria obrigatoriedade de contratar, quando esta se mostrar necessária para a tutela de interesses institucionais com guarida no ordenamento jurídico.

Em 2002, o Novo Código Civil passou a disciplinar expressamente a função social do contrato, em seu artigo 421, estatuinto que “[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Na lição de Calixto SALOMÃO FILHO, seguindo a própria marcha do capitalismo, “*de progressiva e crescente divisão do trabalho*” (MARX), a função social passa a ser aplicada não apenas às situações estáticas (propriedade), mas também às relações jurídicas interpessoais (dinâmicas), como é o contrato. A função social passa a dirigir-se à influência do comportamento individual (ou plano de interação entre as partes, na leitura da teoria de TEUBNER por Joaquim de Souza RIBEIRO) sobre os diversos grupos sociais, passando o contrato a ser analisado sob as perspectivas de interação com a sociedade e com o mercado.

Estendendo-se à seara dos contratos as considerações efetuadas sobre a função social da propriedade, pode-se dizer que a *fattispecie* de sua aplicação “*deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele*”¹⁷⁸.

A tutela de tais interesses é direta, difusa e descentralizada, ou seja, não depende de normas legais específicas, podendo fundar-se diretamente no art. 170 da Magna Carta, tal como reconhece implicitamente o próprio art. 421 do Código Civil¹⁷⁹. Tais interesses

¹⁷⁸ Função social do contrato, cit., pp. 9 e 22. O autor é claro em excluir do escopo da função social do contrato a tutela de interesses individuais dos contratantes, os quais, no entanto, são tutelados por outros institutos, v.g., o princípio da boa-fé objetiva e a cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁷⁹ Nesse sentido, vide ainda Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código Civil comentado*. 5 ed. Ampliada e atualizada até 15.06.2007. São Paulo: RT, 2007, p. 475 e ss.

tornam-se mais claros e concretos a partir da identificação da sua disciplina e dos seus destinatários.

A função social do contrato traz implícito um caráter distributivo (de justiça social), que se encontra perfeitamente alinhado à proposta de atribuir ao direito (de maneira geral, e ao direito contratual, especificamente) um papel revolucionário, voltado para transformar a sociedade, impulsionar o desenvolvimento e reduzir desigualdades sociais, por meio da redistribuição da riqueza¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

E nem é preciso ter uma Constituição do tipo intervencionista para que se possa outorgar um caráter reformista ao direito em geral e, particularmente, admitir a função social do contrato (que pode conduzir, em última instância, à transformação social). Mesmo em jurisdições como os Estados Unidos, onde a ideologia liberal é mais disseminada (por influência das diversas escolas liberais que nasceram e se desenvolveram naquele país), a economia é desenvolvida e o sistema jurídico é de *common law*¹⁸², a idéia de função social do contrato não é estranha ou inédita.

¹⁸⁰ Esse papel revolucionário do Direito é muito defendido por Calixto SALOMÃO FILHO. Vide, por exemplo, *Direito como instrumento*, cit., onde o autor mostra que ao Direito teve ser outorgado um papel mais ativo, no sentido de transformar a realidade social (superestrutura), ao invés de apenas aguardar e ser transformado por ela.

¹⁸¹ No que se refere especificamente ao caráter distributivo da função social do contrato, Joaquim de Souza RIBEIRO aduz que o ordenamento jurídico não pode abster-se de corrigir certas formas de desigualdade, já que “... *um desequilíbrio significativo dos graus de autodeterminação dos sujeitos envolvidos reflete-se inevitavelmente na desproteção dos interesses dos menos capazes da sua autotutela. Oferecer a autonomia privada a quem não pode exercê-la com sentido não é prestar um tributo à sua liberdade mas antes deixar os seus legítimos interesses à mercê dos titulares dos interesses contrários.*” (*O problema do contrato*, cit.). Ao contrário de SALOMÃO FILHO, porém, RIBEIRO vislumbra na função social do contrato a tutela da parte mais fraca, posição da qual discordamos.

¹⁸² É possível, até, que nos sistemas de *common law* seja mais fácil conferir ao direito um papel revolucionário, já que a aplicação do direito é ainda mais descentralizada (relativamente aos sistemas de *civil law*), as leis são menos abundantes (já que o sistema baseia em precedentes) e a democracia política reflete-se, inclusive, na escolha dos juizes (que são eleitos pelos próprios cidadãos). Em outras palavras, as decisões judiciais tendem a refletir melhor o que pensa aquela comunidade e, em última instância, os valores predominantes na sociedade como um todo. Ao discutir como são criadas novas normas nos sistemas consuetudinários, Max WEBER defende que a maioria delas advém da criação consciente, com base em dois processos diferentes. O primeiro deles é a ação individual (normas que surgem a partir de indivíduos que têm interesse em disciplinar novas situações ou modificar a forma como uma situação já existente é disciplinada, melhorando a sua posição). A ação individual é executada de forma racional, geralmente com a consultoria de profissionais especializados, e adaptada conforme a reação esperada do Judiciário. Há casos em que não é possível identificar o indivíduo ou grupo de indivíduos que teria modificado a forma de agir, apresentando-se a mudança verificada como resultado uma “ação social” (muitas pessoas implementam a mesma mudança comportamental ao mesmo tempo). Porém, coerentemente com o seu pensamento, o autor entende que a situação mais comum é aquela em que a inclusão de elementos comportamentais novos decorre de uma invenção individual, subseqüentemente difundida por meio de imitação e seleção. O segundo processo citado por WEBER é a chamada “revelação da lei”, processo artificial, cujo resultado é sempre correto, desde que “dado” por uma autoridade com legitimidade para tanto (v.g., o júri no direito inglês), e em estrita observância dos procedimentos e formalidades fixados e reconhecidos para que haja uma “revelação”. A

Ao analisar as teorias que propõem a utilização do direito dos contratos para gerar justiça distributiva, Anthony KRONMAN, por exemplo, demonstra que, mesmo utilizando explicações liberais para o direito dos contratos, bem como os instrumentos e racionalidade liberais (v.g., a eficiência de Pareto), há sentido na adoção, pelo Estado, de medidas de distribuição de riqueza por meio do direito contratual. O autor defende, explicitamente, que o direito tributário não é (e não deve ser) o único instrumento estatal para fins de justiça distributiva, já que, pelo critério da eficiência, pode ser mais interessante adotar o direito contratual ou uma mistura das duas medidas. A adoção de tais métodos não atenta contra o Estado Liberal, segundo o autor, e pode ser empregada, a não ser que se queira caminhar para um Estado Libertário¹⁸³.

Além do caráter distributivo, justamente por ter uma aplicação descentralizada e difusa, conforme preconizado pelo Código Civil, a função social do contrato contribuiu para a descentralização do poder e para a difusão de conhecimento econômico.

Em síntese, as formulações relativas à função social da empresa e do contrato atendem ao importante desígnio de eleger os valores e interesses dignos de tutela pelo ordenamento jurídico (interesses ou garantias institucionais), moldando e delimitando o campo das relações privadas, de forma a melhorar a distribuição dos recursos na sociedade.

decisão do júri é soberana, ainda que seja irracional, desde que tomada com a estrita observância das formalidades estabelecidas para tanto. Submeter uma determinada decisão ao júri é um procedimento consensual que precede o julgamento da situação concreta, motivo pelo qual o acerto da decisão do júri não pode ser questionado, deve ser simplesmente aceito (*Emergence and creation of legal norms, in Law in economy and society*, Cambridge – Massachusetts: Harvard University Press, 1954, pp. 65-97).

¹⁸³ “If one believes it is morally acceptable for the state to forcibly redistribute wealth from one group to another, the only question that remains is how the redistribution should be accomplished. I have described two methods of redistributing wealth, taxation and the regulatory control of private transactions, and have argued that the choice between them ought to be made on the basis of contextual considerations that are likely to vary from one situation to the next. Both methods may be more or less neutral in effect and both are costly to administer. Each necessarily imposes limitations on individual liberty and, on occasion, has incentive effects that make its adoption irrational. These are considerations we must keep in view in choosing between the two methods, but they do not invariably dictate the same choice: instead, they are likely to suggest that sometimes one method, sometimes the other, most often, perhaps, a mix of the two, is the best way of achieving whatever distributional goal we have set for ourselves. I have attempted to show (admittedly, in a casual way) that a blanket preference for taxation is unwarranted, and that contractual regulation will on occasion be the least intrusive and most efficient way of redistributing wealth to those who have a legitimate claim to a larger share of society’s resources. If I am right in thinking this is so, distributive considerations should be permitted to influence our choice of contract rules, as circumstances dictate, and should not be fatly excluded from the domain of private exchange for what are alleged to be principled reasons.” (Contract law, cit.).

O direito antitruste não deixa de ser uma forma (não a única, porém) de realização da função social do contrato, pois é inerentemente distributivo¹⁸⁴. Já vimos que o microsistema de normas concorrenciais, no sistema jurídico pátrio, busca combater a concentração e o abuso do poder econômico, de forma a promover justiça social (objetivo maior da ordem econômica no Brasil) e disseminar conhecimento econômico.

Nesse contexto, o direito antitruste nada mais é do que um conjunto de normas organizadas de forma sistemática, direcionadas à tutela da ordem econômica e baseadas em determinados valores (eleitos pelos legisladores constitucional e infraconstitucional), justificando, por vezes e observados certos critérios, a intervenção do Estado nas relações privadas entre os agentes econômicos, de modo a direcionar as atividades da empresa e os contratos delas decorrentes, para que os mesmos não se furtem ao preenchimento ou alcance de sua função social¹⁸⁵. Em outras palavras, não existe contradição entre a função social do contrato e direito da concorrência. Muito ao contrário: a aplicação do direito da concorrência é um dos instrumentos pelos quais a função social do contrato pode ser concentradamente realizada.

Identificados os interesses institucionais afetados pela celebração do contrato, ou pela recusa de fazê-lo, por parte de um agente com poder econômico (objeto de tutela do direito da concorrência), quais sejam acesso, difusão de conhecimento e justiça distributiva, a segunda parte deste trabalho encontra-se voltada para analisar e sistematizar as hipóteses em que a recusa de contratar configura infração à ordem econômica, fazendo nascer a obrigação de celebrar o contrato.

¹⁸⁴ Nesse sentido, vide Cristoforo OSTI (*Nuovi obblighi a contratte*. Torino: G. Giappichelli, 2004), que vislumbra no direito da concorrência cláusula geral de direito civil.

¹⁸⁵ Essa abordagem é utilizada por Calixto SALOMÃO FILHO ao analisar a recusa de contratar em trabalho mais abrangente sobre as condutas no direito concorrencial. Nas palavras do autor, “*o publicismo da definição da concorrência como interesse institucional já leva à conclusão de que, uma vez bem interpretado e bem aplicado no sentido de proteger um interesse assim definido, o direito concorrencial leve naturalmente à declaração da função social da propriedade de determinados bens (bens de acesso), na medida exata para equilibrar a proteção da concorrência com a liberdade de iniciativa e a função social com a titularidade privada da propriedade*”. (*Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 240-241).

PARTE

II

A recusa de contratar e a livre concorrência

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

I.1. A obrigatoriedade de contratar como decorrência de recusas horizontais ou verticais

A literatura antitruste jurídica e econômica tradicionalmente classifica os comportamentos das empresas em *horizontais* e *verticais*.

Conforme se depreende do Anexo I, Parte A, da Resolução 20/99 do CADE, “*as práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade*”. São exemplos de tais práticas os cartéis, os boicotes e os preços predatórios.

Já as práticas restritivas verticais são definidas na mesma Resolução (Anexo I, Parte B) como aquelas adotadas “*por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)*”.¹⁸⁶ São exemplos de tais práticas a fixação de preços de revenda, os acordos de exclusividade e a recusa de negociação.

A recusa de contratar tanto pode manifestar-se como restrição horizontal quanto como restrição vertical à livre concorrência.

¹⁸⁶ No mesmo sentido é a posição adotada pelo Departamento de Antitruste da American Bar Association: “*A vertical economic relationship connects two markets in the same chain of manufacture and distribution, usually by linking two firms that either do or could stand in the relationship of supplier and customer*” (*Antitrust law developments*. 6 ed., [Chicago], 2007, p. 131). A OCDE, por seu turno, define relações verticais de forma ligeiramente diferente, considerando desde as transações realizadas entre empresas completamente independentes até a integração existente na mesma empresa, situando, entre os dois extremos, acordos contendo as denominadas *restrições verticais*, que limitam a liberdade de uma ou ambas as empresas situadas a montante (v.g., um produtor) ou a jusante (v.g., um distribuidor) na cadeia produtiva e/ou distributiva: “*vertical relationships range from transactions between completely independent enterprises to the integration of two or more levels within a single enterprise. Between these two extremes fall contractual arrangements which restrict the freedom of action of one or both of the upstream (generally speaking, a manufacturer) or downstream firm (usually a distributor)*” (*Competition and trade effects of vertical restraints*. Paris, 1999, p. 4).

Na primeira hipótese, agentes econômicos que concorrem entre si estabelecem algum tipo de acordo ou organização, formal ou informal, excluindo de tal ajuste alguns ou todos os demais concorrentes. É o caso, por exemplo, dos boicotes praticados por associações profissionais ou de produtores, ou por entidades de certificação, padronização e normas técnicas, por exemplo, quando se recusam a aceitar ou certificar novos membros, ou expulsam membros existentes.

Na segunda hipótese, ainda que os agentes econômicos sejam concorrentes, eles também se relacionam verticalmente como fornecedor e adquirente, originando-se daí a restrição à concorrência. Na indústria de telecomunicações, por exemplo, as operadoras concorrem entre si na prestação de diversos serviços de telefonia, mas também possuem relações verticais, tendo em vista que umas demandam de outras certos bens ou serviços que utilizam como insumos em suas próprias atividades. Desse modo, embora exista uma relação horizontal entre os agentes – que é importante, não há como negar, pois indica a racionalidade de certas restrições à concorrência – os problemas concorrenciais são observados nas relações verticais.

A distinção, que parece elementar, não é tão simples, tendo gerado importantes debates nos Estados Unidos e na Europa, jurisdições onde a caracterização do elemento “acordo” e o estabelecimento da sua modalidade (horizontal ou vertical) ainda são importantes para o tipo de análise antitruste a ser efetuada pelas autoridades¹⁸⁷.

No direito comparado norte-americano e europeu, além da tradicional separação entre práticas horizontais e verticais, é possível distinguir entre (i) as recusas em situações de

¹⁸⁷ É bem verdade que tanto nos Estados Unidos como na Europa é possível observar tendência no sentido de tornar o direito antitruste menos formalista e mais orientado para a análise de efeitos sobre o mercado, o que vem ocorrendo gradativamente, inclusive por meio da aproximação entre as análises fundadas na denominada regra da ilicitude *per se* e aquelas amparadas na regra da razão (conceitos discutidos na nota 101 acima). Nesse sentido, merece destaque o procedimento denominado “*quick look rule of reason*” nos Estados Unidos, que se situa entre a ilicitude *per se* e a regra da razão. E, embora tal circunstância possa causar certa perplexidade, existem diversos julgados norte-americanos em que, apesar da menção expressa ao emprego da regra da ilicitude *per se* no caso concreto, a corte não se furtou a analisar a existência de poder de mercado e a avaliar efeitos concorrenciais. Ademais, nas duas jurisdições mencionadas, há uma clara intenção das autoridades antitruste no sentido de interpretar a legislação de forma coerente e racional, o que significa, em muitas situações, outorgar tratamento semelhante a restrições horizontais e verticais, unilaterais e concertadas. Esse aspecto será exposto nos Caps. II.3 e III.2 abaixo e no item VI.1 da Conclusão. Porém, ainda é possível distinguir entre os diferentes tipos de análise, conforme exposto acima. Nos Estados Unidos, por exemplo, certos acordos entre concorrentes caracterizam infração *per se* às leis concorrenciais.

monopolização (EUA, artigo 2º do Sherman Act) ou dominância (Europa, artigo 82 do Tratado de Roma) e (ii) as recusas decorrentes de acordos (horizontais e verticais), onde a demonstração de poder de mercado, *em princípio*, é desnecessária ou mitigada. As últimas encontram-se abarcadas no artigo 1º do Sherman Act, nos EUA, e no artigo 81 do Tratado de Roma, na Europa, podendo-se ainda, em ambas as categorias, segregar entre restrições de compra e restrições de venda.

Essas distinções encontram-se refletidas não apenas na metodologia adotada nos livros-texto de direito antitruste nessas jurisdições - vide, por exemplo, HOVENKAMP¹⁸⁸, ELHAUGE e GERADIN¹⁸⁹, e a ABA SECTION OF ANTITRUST LAW (*Antitrust law developments*, cit.), nos Estados Unidos, e WHISH (*Competition law*, cit.), GOYDER¹⁹⁰, BELLAMY e CHILD¹⁹¹, na Europa -, como também em escritos específicos sobre recusas de contratar. Com efeito, autores norte-americanos e europeus que se propuseram a examinar o assunto geralmente se dedicaram *exclusivamente* ou às recusas verticais (OSTI, *op. cit.*, NIVARRA¹⁹²) ou aos boicotes (MARCHETTI¹⁹³ e SOBEJANO¹⁹⁴). O artigo de 1955 do norte-americano Charles F. BARBER (*Refusals to deal*, cit.), constitui uma das poucas exceções, ao examinar criticamente tanto a recusa unilateral quando a recusa concertada na legislação federal do seu país.

No Brasil, no entanto, não há justificativa para uma separação *a priori* das condutas pelo seu tipo, a não ser por razões didáticas. Como já mencionado, a adoção do sistema da repressão ao abuso resulta *teoricamente* na outorga do mesmo tratamento a todas as infrações, horizontais e verticais, unilaterais e concertadas. Os ilícitos têm invariavelmente como requisito necessário (embora não suficiente) a existência de poder econômico.

Assim, uma análise sistemática das situações em que a legislação antitruste brasileira justifica a obrigatoriedade de contratar não poderia privilegiar as recusas verticais e excluir, por exemplo, os boicotes adotados por associações de classe.

¹⁸⁸ *Economics and federal antitrust law*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985; *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publ. Co., 1994, p. 275.

¹⁸⁹ *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007.

¹⁹⁰ *EC competition law*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁹¹ *Common market law of competition*. 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 1993.

¹⁹² *L'obbligo a contrarre e il mercato*. Padova: CEDAM, 1989. No mesmo sentido: Vincenzo MELI. *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*. Torino: Giappichelli, 2003.

¹⁹³ *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*. Padova: CEDAM, 1969.

¹⁹⁴ *El boicot como acto de competencia desleal contraria a la libre competencia*. Madrid: Civitas, 2000.

Por esse motivo, neste trabalho, serão analisadas tanto as recusas horizontais quanto as verticais, unilaterais ou não. Porém, por motivos meramente metodológicos (inclusive para fins de apresentação e comentários sobre o direito comparado), apresentaremos, inicialmente, as duas modalidades de forma separada. Ao final, retornando ao contexto brasileiro, avaliamos se é possível, efetivamente, adotar a mesma lógica para ambas em nosso país, o que permitiria um tratamento unificado para todas as formas de obrigatoriedade de contratar quando oriundas da lei concorrencial brasileira.

As próximas sessões estão organizadas de forma a refletir essa proposta metodológica. Mas não é só. Há outras classificações importantes em matéria de recusa de contratar.

I.2. Outras classificações para as recusas de contratar: restrições-fim e restrições-meio

Uma outra forma de classificação da recusa de contratar refere-se aos propósitos e ao contexto de sua adoção, de modo a caracterizar “restrição-meio” ou “restrição-fim”.

A recusa como restrição-meio é utilizada para implementar outras restrições, lícitas ou não, tais como ajustes de exclusividade (de compra, de venda ou recíprocos), sistemas de distribuição seletiva, fixação de preços de revenda, vendas casadas, cartéis e políticas de auto-regulamentação adotadas por associações de classe.

A existência de contratos de exclusividade com terceiros¹⁹⁵, por exemplo, é justificativa recorrente para a recusa de contratar. Se os distribuidores se comprometeram a adquirir produtos somente de um determinado fabricante, eles conseqüentemente recusarão distribuir marcas de terceiros. Da mesma forma, um fornecedor que se obrigou a vender exclusivamente a um distribuidor ou grupo de distribuidores, recusará negociar com pessoas não integrantes do respectivo sistema de distribuição.

Igualmente, a recusa de venda pode ser utilizada como sanção ao descumprimento, por parte dos distribuidores, de políticas de fixação de preços de revenda¹⁹⁶, ou como forma de implementação de estratégias de venda-casada, quando o fornecedor de um produto ou serviço se recusa a comercializá-lo separadamente, condicionando a sua aquisição à compra de um outro produto ou à prestação de um outro serviço, conforme Anexo I, parte B, item 5 da Resolução n.º 20/99 do CADE.

Em acordos de cartel, da mesma forma, recusas de contratar concertadas, na forma de boicotes, podem ser empregadas com vistas a conferir maior estabilidade ao acordo, diminuindo os incentivos para deserção por parte dos seus integrantes, à medida que as barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado cartelizado são reforçadas e

¹⁹⁵ Examinaremos o assunto com maior detalhe no item I.2.1 a seguir, devido à sua importância.

¹⁹⁶ A propósito, vide trabalho originado em dissertação de Mestrado (Priscila Brolio GONÇALVES. *Fixação e sugestão*, cit.). O trabalho recebeu, recentemente, interessantes críticas e comentários de Rodrigo Surcan dos SANTOS. Resale price maintenance, suggested retail price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional. *Revista do IBRAC*, v. 13, n. 2, p. 113-152, 2006.

incrementadas as dificuldades à atuação de eventuais concorrentes que não participem do ajuste.

A recusa como restrição-fim, por exclusão, é aquela que não integra um contexto maior de outras limitações, sejam elas vinculadas a um cartel, a um contrato ou a um sistema de distribuição, sejam elas relacionadas a outras estratégias da parte que adota a recusa (como no exemplo da venda-casada).

Essa modalidade normalmente tem lugar nas relações (horizontais ou verticais) entre empresas concorrentes e envolve o acesso a bens essenciais. A recusa que tem por objeto eliminar concorrentes efetivos ou potenciais ou elevar seus custos, e que não está vinculada a um sistema de distribuição ou a um cartel clássico, é geralmente uma infração-fim.

Para fins deste trabalho, não se pretende discutir a recusa de contratar associada a políticas de fixação de preços de revenda ou a estratégias de venda-casada. Quando muito, tais condutas serão abordadas marginalmente. Os potenciais efeitos anticompetitivos e as justificativas da recusa de contratar nessas situações remetem àqueles das condutas principais (restrições-fim) que, embora mereçam referência, fogem ao escopo proposto. A recusa, em tais casos, não é senão um acessório, uma forma (não necessariamente a única ou a mais importante) de garantir ou executar restrições dotadas de racionalidade própria.

Já no que toca aos ajustes de exclusividade (aí incluídos sistemas de seleção de contrapartes, como distribuição seletiva), embora seja restrição-meio, a recusa é da sua natureza. *Pragmaticamente, a celebração desses acordos tem por objeto excluir terceiros* e, muitas vezes, a recusa de contratar é justificada por essa modalidade de política comercial, como veremos nos itens II.2, II.3 e V.3 a seguir.

Ademais, as recusas de contratar associadas a ajustes de exclusividade não divergem das outras modalidades de recusa por nós analisadas, quanto aos potenciais efeitos anticompetitivos sobre o mercado (fechamento e elevação dos custos dos rivais)¹⁹⁷, não justificando tratamento autônomo, como acontece, por exemplo, com a fixação de preços de revenda. A exclusividade é, freqüentemente, a “outra face” da recusa de contratar.

¹⁹⁷ A esse respeito, vide Douglas MELAMED. Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct: are there unifying principles? *Antitrust Law Journal*, n. 73, p. 375-412, 2005-2006.

Assim, nesta tese tratamos tanto das recusas de contratar como restrições-fim como das recusas-meio associadas à implementação de políticas de exclusividade. Outras práticas, como descontos e políticas de fidelidade, também serão discutidas, pois podem resultar em exclusividade de fato e, conseqüentemente, na recusa de negociar com terceiros.

Vale consignar, por fim, que a exclusividade não se relaciona apenas a relações de distribuição, tampouco este trabalho se limita a discutir as recusas de contratar em tais situações, ainda que estas representem um percentual significativo dos casos concretos, como veremos no Capítulo II adiante.

1.2.1. Recusa de contratar e exclusividade: dois lados da mesma moeda

A palavra “exclusividade” é empregada para designar situações muito distintas.

Segundo Paula FORGIONI, “[n]o contrato de distribuição, costuma-se utilizar o termo ‘exclusividade’ para denominar vasto leque de obrigações que podem tocar tanto os fabricantes quanto aos distribuidores, de forma que a mesma palavra é usada para designar veios contratuais diversos”¹⁹⁸.

Em apertada síntese, os *contratos de compra exclusiva* (ou *aprovisionamento exclusivo*) são aqueles pelos quais o adquirente se compromete a não comprar determinados produtos senão a um único fornecedor¹⁹⁹, enquanto que os *contratos de venda exclusiva* (também conhecidos como “*contratos de fornecimento exclusivo*” ou “*de distribuição exclusiva*”, conforme o caso) são aqueles em que o fornecedor atribui algum tipo de exclusividade ao comprador, não sendo necessário, porém, para a caracterização da venda exclusiva, que o fornecedor venda todos os seus produtos para um único comprador (embora isso possa acontecer)²⁰⁰.

O último tipo (exclusividade de venda) “*toca mais de perto à divisão de mercado entre os distribuidores, estando relacionada à concorrência intramarca* (*‘intra-brand competition’*). *Por ela, os distribuidores têm suas atividades confinadas a uma área, onde não atuarão outros da mesma rede*”²⁰¹. As atividades dos distribuidores ou adquirentes nos contratos de

¹⁹⁸ *Contrato de distribuição*, São Paulo, RT, 2005, p. 249.

¹⁹⁹ J. GUYÉNOT comenta que os distribuidores nos contratos de compra exclusiva, em contrapartida pela limitação contratual de sua liberdade comercial, podem obter vantagens, como o financiamento de seu estabelecimento comercial. O autor ainda observa que tal prática é comum nos contratos celebrados entre fabricantes e distribuidores de bebidas (conhecidos como “contratos de cerveja”) (*Concessionnaires et commercialisation des marques: la distribution intégrée*, Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975, p. 18-19). Paula FORGIONI, por seu turno, esclarece que esses ajustes “*identificam-se com o ‘exclusive dealing’ dos norte-americanos (abrangendo o que os europeus chamam de ‘exclusive purchase’ e ‘non compete’)* e interessam mais de perto à concorrência entremarcas (*‘inter-brand competition’*)”, bem como que por essas cláusulas, “*os distribuidores ficam obrigados a adquirir o produto relevante ou um conjunto de produtos de fornecedor único (ou de outros fabricantes por ele indicados)*” (*Contrato de distribuição*, São Paulo, RT, 2005, pp. 249-251). Sobre exclusividade, vide ainda, X. de ROUX e D. VOILLEMOT (*Le droit français de la concurrence et de la distribution*. Paris: Juridictionnaires Joly, 1986. Tomo 1, pp. 149-156) e GUYÉNOT (*Les contrats de concession commerciale: droit français et communautaire de la concurrence*. Paris: Sirey, 1968).

²⁰⁰ Em sentido contrário, ou seja, definindo distribuição exclusiva como a situação em que o fornecedor se compromete a vender toda a produção a um único distribuidor, normalmente atacadista, J. GUYÉNOT (*Concessionnaires*, cit., p. 27-34).

²⁰¹ Paula FORGIONI. *Contrato de distribuição*, São Paulo, RT, 2005, p. 251.

distribuição exclusiva ou fornecimento exclusivo podem, ainda, ser limitadas com base no tipo de cliente ou canal de distribuição (v.g., clientes institucionais ou entidades governamentais). É por esse motivo que nos Estados Unidos as cláusulas dessa modalidade são conhecidas como “restrições territoriais ou de cliente” (nesse sentido, vide item II.3.2 adiante). Naquele jurisdição, o uso do termo “exclusividade” é usualmente associado, portanto, aos contratos de *compra exclusiva*, distinção que não fazemos nessa tese.

O ajuste de exclusividade também pode ser *recíproco*, ou seja, tanto o comprador se compromete a não adquirir produtos senão do vendedor (ou a não adquirir quaisquer produtos concorrentes), quanto o vendedor se obriga a comercializar seus produtos exclusivamente àquele adquirente, ou por meio daquele distribuidor (ainda que apenas relativamente a determinada área ou a determinados clientes).

Diz-se que a *exclusividade* é *dirigida* quando o comprador não se encontra proibido de adquirir todos os produtos concorrentes àqueles fornecidos pelo vendedor, mas apenas marcas ou produtos específicos²⁰².

Na presença de *exclusividade*, como já mencionado, há *recusa de compra ou de venda* por parte dos agentes econômicos envolvidos no ajuste relativamente a terceiros (estranhos à avença), em obediência ao quanto pactuado com o(s) respectivo(s) parceiro(s) comercial(is).

Nas relações de distribuição, a exclusividade também se manifesta por meio de políticas de seleção e descontos.

A *distribuição seletiva* implica a escolha de alguns distribuidores pelo fornecedor, por área, com base em critérios objetivos (qualitativos, quantitativos ou mistos).

A distribuição seletiva encontra-se associada ao objetivo de excluir certos estabelecimentos, conhecidos por concederem descontos ou por venderem mais barato, de

²⁰² A respeito: Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR. *Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 21-32, 1997. Vide ainda o Regulamento 2790/99 da Comissão Européia.

uma rede de distribuição²⁰³. Costuma-se associar a distribuição seletiva a produtos de marca ou de luxo (em que a imagem do estabelecimento é importante), já que a denominação “distribuição seletiva” teria surgido na década de 60, para designar notadamente o comércio de perfumes de luxo, mas o sistema não se limita a tais hipóteses²⁰⁴. Para fins de aplicação da denominada “*doutrina Metro*” na Europa²⁰⁵, por exemplo, a distribuição seletiva pode englobar 3 tipos de produtos, quais sejam produtos tecnicamente complexos (v.g., carros, eletroeletrônicos, computadores, entre outros), produtos de luxo ou com imagem de marca importante e produtos de vida útil muito curta (v.g., jornais e outros periódicos).

A distribuição seletiva também resulta na recusa de contratar, já que distribuidores não credenciados ou autorizados não terão acesso ao produto. Diante da própria natureza do sistema, os contratos de distribuição seletiva geralmente determinam que os distribuidores autorizados comercializem os produtos *somente* a integrantes do sistema ou aos usuários finais.

A diferença relativamente a outras formas de exclusividade reside, basicamente, no número de agentes econômicos envolvidos. No primeiro caso, há um único agente econômico, ainda que sua atuação seja limitada a uma determinada região ou mesmo a um único cliente, ou categoria de clientes. O que importa é que apenas um distribuidor atua naquela região ou nicho de mercado (v.g., um distribuidor de equipamentos para fins específicos de licitações públicas no Estado de São Paulo). No segundo caso, existe uma pluralidade de distribuidores (mais de um, pelo menos) para a mesma região ou categoria de clientes.

Assim, a recusa de negociar com terceiros é da própria essência dos sistemas de distribuição exclusiva ou seletiva. O mesmo raciocínio aplica-se aos contratos de fornecimento de insumos com exclusividade (de compra, de venda ou recíproca), que trazem no seu bojo a exclusão de agentes que não os próprios contratantes.

²⁰³ A esse respeito, vide Giorgio MONTI (*EC Competition Law*. Cambridge: University Press, 2007, p. 347 e ss.)

²⁰⁴ P. TORNEAU (*La concession commerciale exclusive*. Paris: Economica, 1994, p. 12).

²⁰⁵ Vide itens II.3.1.2 e II.3.1.4 adiante.

I.3. Recusas envolvendo bens essenciais e não-essenciais. Esclarecimentos sobre a abordagem metodológica adotada neste trabalho para fins didáticos

Com base na doutrina de Calixto SALOMÃO FILHO²⁰⁶, pode-se distinguir três situações distintas em que a recusa de contratar enseja, potencialmente, a obrigatoriedade de celebrar contrato ou a ingerência estatal no que se refere ao seu conteúdo:

(i) recusa de contratar em mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública (ainda que explorados pela iniciativa privada), sejam tais mercados monopolizados ou não²⁰⁷;

(ii) recusa de contratar em mercados caracterizados por deficiências de informação (mercados secundários como, por exemplo, de peças de reposição e serviços pós-venda); e

(iii) recusa de contratar nas relações contratuais, contínuas ou não, caracterizando-se a dependência relativa do agente econômico.

Nas hipóteses ‘i’ e ‘ii’ acima, o autor caracteriza as situações como de *dependência absoluta*. Na hipótese ‘iii’, como mencionado, a *dependência é relativa*.

Dessa classificação, portanto, é possível extrair outra importante separação para fins didáticos: de um lado, as recusas que têm lugar em mercados caracterizados por bens essenciais, tangíveis e intangíveis (informações, inclusive, como no item ‘ii’ da classificação proposta)²⁰⁸, e que, portanto, criam situação de *dependência absoluta* para aqueles que necessitam de tais bens; de outro lado, as recusas que, embora relacionadas a bens não essenciais, têm lugar em circunstâncias particulares, que colocam aqueles que necessitam de tais bens em situação de *dependência relativa*.

Em ambos os casos, as recusas podem ser verticais e horizontais.

²⁰⁶ A esse respeito, vide *Direito concorrencial: as condutas*, cit., pp. 11-117 e 198-260, bem como *Regulação*, cit., pp. 51-70.

²⁰⁷ O autor segrega as situações de monopólio daquelas em que, embora este não esteja presente, a existência de retornos crescentes de escala (indústrias de rede) impõe a obrigatoriedade de contratar.

²⁰⁸ O conceito de bens essenciais será apresentado e explorado no Cap. IV.1.

Ocorre que, nos mercados caracterizados por bens essenciais, a distinção entre recusas horizontais e verticais é, por vezes, nebulosa, conforme ficará claro ao analisarmos a chamada “doutrina da infra-estrutura essencial”, tal como originalmente formulada nos Estados Unidos (Cap. IV.2). Por essa razão, optamos por iniciar o exame mais detalhado das recusas de contratar à luz do direito concorrencial tratando dos mercados de bens não-essenciais, onde é possível segregar de maneira mais clara as práticas verticais e horizontais.

Na seqüência, abordaremos os mercados de bens essenciais, sem atribuir às práticas horizontais e verticais seções separadas, ainda que ressalvas sobre o tipo de prática sejam efetuadas ao longo do texto, sempre que necessário.

Deixaremos a análise crítica do direito brasileiro (legislação, doutrina e jurisprudência) propositadamente para o final.

Em suma, as próximas seções encontram-se organizadas da seguinte forma: no Capítulo II, tratamos das recusas de contratar verticais em mercados não caracterizados por bens essenciais, ou seja, das hipóteses em que, mesmo na ausência de dependência absoluta (ou “gargalos”), a recusa de contratar vertical pode ser potencialmente lesiva. Ficaré evidente que as situações relacionadas a “restrições-meio” associadas a contratos ou sistemas de distribuição com algum tipo de exclusividade respondem pela esmagadora maioria dos casos discutidos, embora não sejam as únicas.

No Capítulo III, por seu turno, analisamos as recusas de contratar horizontais nos mercados não caracterizados por bens essenciais.

No Capítulo IV, analisamos tão-somente as hipóteses de recusa envolvendo o acesso a bens essenciais, inclusive em mercados regulados. As questões enfrentadas ali dizem respeito à suficiência (ou não) do direito antitruste para resolver o problema referente à recusa de contratar em mercados (monopolizados ou não) caracterizados pela existência de bens de utilidade pública (ainda que explorados pela iniciativa privada). Avaliamos, também, se existe alguma margem para a atuação das autoridades de defesa da concorrência quando tais mercados forem objeto de regulação em sentido estrito.

Finalmente, no capítulo V, discutimos de maneira crítica o tratamento outorgado às recusas de contratar com base no direito brasileiro de defesa da concorrência. O tema volta à baila na Conclusão, onde também procuramos reagrupar e propor um tratamento sistemático às diversas espécies de recusa, inclusive para fins dos remédios a serem adotados.

II - A RECUSA DE CONTRATAR COMO MODALIDADE DE RESTRIÇÃO VERTICAL EM SITUAÇÕES NÃO RELACIONADAS A BENS ESSENCIAIS

II.1. As restrições verticais e sua racionalidade

Em ocasião anterior em que tivemos a oportunidade de analisar as restrições verticais²⁰⁹, apontamos, na doutrina nacional ou comparada, e em textos legais e diretrizes das autoridades de defesa da concorrência nos Estados Unidos e na Europa, definições de restrições verticais tanto como “*acordos entre empresas atuantes em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição*”²¹⁰ quanto como “*condições impingidas por um participante da cadeia vertical sobre outro*” (ou *ações unilaterais impostas*)²¹¹.

Na verdade, a conceituação de restrição vertical acaba decorrendo do enfoque que se quer dar. Quando este enfoque recai sobre acordos ilícitos entre agentes situados em diferentes etapas da mesma cadeia produtiva (Sherman Act, art. 1, nos EUA, e Art. 81 do Tratado de Roma, na UE), adota-se a primeira definição. Se o objeto da análise são condutas adotadas por empresas dominantes (Sherman Act, art. 2, nos EUA, e Art. 82 do Tratado de Roma, na UE), prefere-se a segunda.

Como já mencionamos, no Brasil não existe tal segregação, já que todas as condutas (inclusive na forma de acordos) demandam a existência de poder para a sua caracterização. Assim, preferimos utilizar uma noção mais ampla de restrições verticais, abrangendo tanto os acordos celebrados entre, quanto as práticas impostas unilateralmente por empresas que atuem em diferentes estágios da cadeia produtiva/distributiva.

As restrições verticais são práticas de efeitos controvertidos sobre os mercados afetados.

²⁰⁹ Priscila Brolio GONÇALVES. Fixação e sugestão, cit., p. 143 e ss.

²¹⁰ Vide, nesse sentido, as *Vertical Restraints Guidelines* norte-americanas, revogadas durante a administração Bill CLINTON, e comentários de R. PITOFSKY. (Vertical restraints and vertical aspects of mergers: a US perspective. In: *24th Annual Conference in International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute, 1997. Vide, ainda, o Regulamento 2790/99 da Comissão Européia. No Brasil: Werter FARIA (*Direito da concorrência*, cit., pp. 15-18).

²¹¹ Nesse sentido, E. FOX e L. SULLIVAN (*Cases and materials on antitrust*. Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1989, p. 522).

Por muitos anos, tais práticas foram condenadas pela legislação antitruste nos Estados Unidos, por serem consideradas instrumentos de limitação da liberdade empresarial, exploração de clientes e criação de dificuldades ao acesso de pequenas empresas ao mercado²¹². Da mesma forma, na Europa, durante praticamente duas décadas (até meados da década de 1980), foram duramente combatidas como limitações graves à concorrência entre os Estados-membros e à efetivação do mercado comum.

Entre as explicações que sustentavam essa presunção de ilicitude, merecem destaque as denominadas “teorias de monopólio”, que interpretam as restrições verticais invariavelmente com base nos seus supostos propósitos ou efeitos monopolistas²¹³.

Há dois grupos de teorias de monopólio associadas às restrições verticais.

Em um primeiro grupo encontram-se as teorias que consideram que os efeitos anticompetitivos das restrições verticais são direcionados aos compradores, destacando-se a “teoria da discriminação de preços” e a “teoria da alavancagem” (*“leverage theory”*). Os adeptos da “teoria da discriminação” defendem que o poder de monopólio é imutável, sendo a discriminação de preços apenas uma forma de exercício do mesmo, passando a ocorrer no momento em que os vendedores descobrem como valorar as diferenças de utilidade do produto para os consumidores. Já segundo a “teoria da alavancagem”, o poder de monopólio pode ser aumentado ou estendido, sendo que as restrições verticais contribuem para tanto.

Em um segundo grupo estão as teorias de monopólio que relacionam os efeitos da utilização de determinadas práticas contratuais com a exclusão dos rivais. Assim, os teóricos do segundo grupo defendem que as restrições verticais permitem ao agente econômico aumentar o seu poder de monopólio através da elevação das barreiras à entrada. Na concepção de Oliver WILLIAMSON, as teorias mais recentes nesse sentido são bastante coerentes, v.g, ao relacionar determinadas práticas contratuais ao propósito de aumentar os custos dos rivais²¹⁴.

²¹² E. FOX e L. SULLIVAN. *Cases and materials*, cit., p. 522.

²¹³ Para um síntese do assunto, vide Oliver WILLIAMSON. *The economic institutions of capitalism (firms, markets, relational contracting)*. New York-London, The Free Press-Collier Macmillan Publishers, 1986, pp. 25-27.

²¹⁴ *Ibid*, p. 27.

Há quem, no entanto, sustente que as restrições verticais são geralmente benéficas (ou, na pior das hipóteses, inócuas) do ponto de vista concorrencial. Na verdade, a forma como as restrições verticais eram encaradas pelas autoridades de defesa da concorrência nos Estados Unidos teve uma guinada quando a doutrina econômica de Chicago passou a defender que tais condutas se encontram primordialmente voltadas para a geração de eficiências. Para os adeptos da teoria neoclássica, apenas em pouquíssimas ocasiões as restrições verticais podem conduzir a ineficiências (i.e., quando tiverem o condão de facilitar a organização de cartéis ou quando praticadas largamente em mercados oligopolizados com altas barreiras à entrada). Em todas as demais situações, as restrições verticais seriam pró-competitivas²¹⁵.

Uma visão alternativa a Chicago, embora ainda predominantemente utilitária, advém da contribuição do próprio WILLIAMSON, que desenvolveu sistematicamente *a teoria dos custos de transação*, atribuindo às restrições verticais o papel de *incentivar e preservar as relações contratuais, reduzindo tais custos*. No entendimento do autor, essa explicação deve permear a análise de qualquer problema relacionado direta ou indiretamente a um contrato²¹⁶.

Os custos de transação consistem, basicamente, nos gastos incorridos pelas empresas ao utilizar os mecanismos de mercado, interagindo com outros agentes econômicos a fim de obter os insumos necessários para o desenvolvimento da sua atividade ou a fim de buscar compradores para os seus produtos²¹⁷.

A teoria dos custos de transação permite justificar a substituição do mercado (situação em que os agentes econômicos adquirem de terceiros os bens e serviços de que necessitam, de acordo com a lei da oferta e da demanda) pela integração vertical (os bens e serviços

²¹⁵ S. ROSS. *Principles*, cit., 1993, pp. 225-226.

²¹⁶ Nas palavras do autor: “*whereas it was once common to approach customer and territorial restrictions and related forms of nonstandard contracting as presumptively anticompetitive, transaction cost economics maintains the rebuttable presumption that such practices have the purpose of safeguarding transactions*” (*The economic institutions*, cit., p. 39).

²¹⁷ Essa definição de custos de transação, baseada na acepção de COASE, seria, segundo Elizabeth FARINA, Paulo Furquim de AZEVEDO e Maria Sylvia Macchione SAES, excessivamente restrita e, por esse motivo, insuficiente. Segundo os autores, atualmente os custos de transação devem ser definidos não só pelo uso do mercado, mas pelo uso de qualquer forma organizacional, sendo o mercado um caso particular. Assim, custos de transação seriam “*todos os custos não diretamente relacionados à transformação tecnológica do produto*” (*Competitividade*, cit., p. 56).

utilizados pela empresa são produzidos internamente). Com efeito, as empresas integradas verticalmente beneficiam-se de menores custos de transação e da garantia de disponibilidade dos bens e serviços necessários para a sua atividade. Por outro lado, podem incorrer em maiores custos de produção e distribuição, além de custos administrativos e legais adicionais, relacionados à manutenção de uma estrutura maior e multifuncional.

Uma situação intermediária, *a celebração de contratos de médio e longo prazos de duração com restrições verticais*, possibilita a redução dos custos de transação sem elevar substancialmente outras despesas, como na hipótese de uma integração vertical.

Desse modo, *as restrições verticais estariam voltadas primordialmente para a geração de eficiências, porém de eficiências associadas à redução dos custos de transação* (e não dos custos de produção).

Segundo DOBSON e WATERSON, as restrições verticais continuam, hoje, sendo uma fonte de inesgotáveis debates em matéria de políticas públicas. Não há evidências que suportem que quase todas as restrições verticais devam ser tratadas *a priori* como lícitas (nos moldes propostos por Chicago ou por WILLIAMSON). Os autores reconhecem que tais práticas podem ter efeitos positivos (por exemplo, eliminando distorções de preços, otimizando investimentos e eliminando custos de transação evitáveis), mas ressaltam que também podem gerar fechamento do mercado a novos entrantes e elevação dos custos dos rivais já instalados²¹⁸.

No mesmo sentido, ao tratar de contratos de distribuição²¹⁹, Valentine KORAH e Denis O'SULLIVAN atribuem às restrições verticais tanto efeitos negativos (fechamento do mercado, preços finais mais elevados para os consumidores, elevação dos custos dos rivais, rigidez e facilitação à colusão, e prejuízo à liberdade de iniciativa, especialmente das pequenas e médias empresas) quanto benefícios (endereço de problemas de *free-*

²¹⁸ Vertical restraints and competition policy. In: *Office of fair trading research papers*, n. 12, December 1996. No mesmo sentido, sintetizando tanto os efeitos anticompetitivos de integrações e restrições verticais quanto suas justificativas pró-eficiência, vide Sérgio GOLDBAUM. *Restrições verticais no setor automotivo: barreiras à entrada de novos concessionários*. São Paulo, FGV-SP, 2005 (tese de doutoramento).

²¹⁹ Uma discussão do que constituem juridicamente contratos de distribuição encontra-se em Claudineu de MELO (*Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987) e em GONÇALVES (*Fixação e sugestão*, cit.). Aqui, porém, trata-se de distribuição de forma ampla, ou seja, como fenômeno econômico, de modo a incluir toda e qualquer relação que tenha por escopo o escoamento dos produtos, ainda que formalmente sob um contrato de franquia.

riding, proteção de investimentos e geração de incentivos para a prestação de serviços, economia de custos de transação e solução do problema das margens duplas), dependendo da situação em análise²²⁰.

O estudo das restrições verticais constitui, portanto, campo complexo por excelência, não apenas no que se refere à identificação do poder econômico (já que a verificação da existência do poder passa, necessariamente, pela análise de mais de um mercado), mas também no que concerne à adequada avaliação de justificativas e efeitos.

Note-se que as mesmas restrições verticais podem, em alguns casos, reduzir a concorrência e elevar as barreiras à entrada e, em outros, gerar efeitos completamente opostos. É justamente por essa razão que se tem defendido uma análise caso a caso das restrições verticais. A recusa de contratar vertical não deve fugir a essa regra.

²²⁰ *Distribution agreements under the EC competition rules*. Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2002, p. 17-45.

II.2. Racionalidade e efeitos anticompetitivos da recusa de contratar vertical. Análise crítica sob a ótica da teoria da Organização Industrial

Se o contrato é um instrumento para criar riqueza ou promover a sua circulação na sociedade, viabilizando a economia de mercado, como visto no Cap. II da Primeira Parte, por que, objetivamente, existe a recusa de contratar? Qual é a racionalidade dessa conduta, independentemente dos efeitos que gera na economia?

Deixando de lado enfoques puramente ideológicos, que ressaltam apenas alguns aspectos do contrato e ignoram a sua historicidade - ou seja, que enxergam o contrato e a recusa de contratar como manifestações de uma liberdade quase irrestrita, contexto em que as questões acima sequer fazem sentido -, é natural que se investiguem as razões por trás da recusa de contratar.

Antes de qualquer coisa, há que se repudiar qualquer explicação exacerbadamente reducionista para o fenômeno, entre as quais a de que a recusa de contratar tem sempre por objetivo criar, aumentar ou estender poder de monopólio (as denominadas teorias do monopólio, citadas no item anterior) e a de que a prática está invariavelmente voltada para a obtenção de eficiências (com poucas exceções)²²¹.

Sob a ótica exclusivamente privada, a racionalidade da recusa de contratar vertical abrange diversas justificativas, entre as quais destacamos a inadimplência e outras desavenças

²²¹ Ao analisar criticamente os precedentes *Aspen* e *Kodak* (ambos controvertidos *leading cases* sobre recusa de contratar vertical nos Estados Unidos, que abordaremos oportunamente, ao discutir o tratamento dado à prática no direito comparado), Dennis W. CARLTON defende que o papel das autoridades antitruste deveria ser bastante limitado e que ambos os casos representam escolhas perigosas, por gerarem ineficiências (transferência de propriedade dos acusados para os reclamantes). O autor não chega a considerar que a recusa de contratar não deveria ser jamais objeto de restrições pelas autoridades antitruste (ele apóia as decisões da Suprema Corte norte-americana nos precedentes *Lorain Journal* e *Microsoft I*), mas consigna que a prática se encontra geralmente associada a (i) disputas privadas (*Aspen*); (ii) acordos de exclusividade voltados para uma distribuição mais eficiente de produtos (*Standard Fashion*); (iii) mercados de produtos complementares (*Kodak*) ou economias de escala; e (iv) interdependência dinâmica. Ele salienta que existem efeitos pró-competitivos associados à recusa de contratar nesses casos, quais sejam incentivos para que o fabricante realize treinamento e promoções, desenvolvimento de produtos (*product design*), descontos em quantidade (encorajando pedidos mais eficientes), proteção de propriedade intelectual, redução de custos e inovação. A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal: why *Aspen* and *Kodak* are misguided, *NBER Working Paper Series*, Working Paper n. 8105, fev. 2001. CARLTON exclui expressamente de sua análise as recusas de contratar horizontais e coletivas (boicotes), bem como as negativas de acesso a bens essenciais em indústrias reguladas (que caem no escopo da denominada *Essential Facility Doctrine*). A posição de CARLTON é, evidentemente, de um liberalismo exacerbado, traindo inclinações nitidamente neoclássicas e utilitárias, que não condizem com a legislação antitruste brasileira – e, eventualmente, nem mesmo com a legislação americana.

comerciais, a limitação de capacidade produtiva ou o comprometimento da produção, a incompatibilidade e outras justificativas de caráter técnico ou logístico, alterações de estratégia empresarial e políticas de distribuição e comercialização (v.g., sistemas de distribuição exclusiva ou seletiva).

A importância dos sistemas de distribuição para o escoamento de produtos na economia contemporânea não constitui nenhuma novidade. Diversos autores, entre clássicos e contemporâneos, já trataram do assunto, inclusive sob a ótica jurídica²²².

Existem várias formas pelas quais um produtor ou fornecedor pode fazer com que seus produtos atinjam os consumidores finais. Ele pode participar diretamente de todas as etapas da cadeia produtiva, desde a manufatura até o comércio varejista (integração vertical), atuar por meio de agentes ou representantes comerciais, vender seus produtos a distribuidores independentes ou franqueados, licenciar tecnologia (terceirizando, inclusive, a etapa de produção), comercializar por meio da Internet ou combinar vários métodos²²³.

Os contratos de distribuição são campo fértil para restrições verticais²²⁴, cuja racionalidade é geralmente atribuída à melhoria do escoamento dos produtos, atendendo ora a necessidades do fabricante, ora a necessidades dos distribuidores, quando não de ambos.

Em monografia organizada pela Seção Antitruste da American Bar Association, são apontados os seguintes motivos pelos quais fornecedores recusam-se a contratar com distribuidores (recusa de venda): (i) existência de distribuição suficiente, segundo o ponto de vista do fornecedor; (ii) criação ou manutenção de contrato de distribuição exclusiva, por meio da recusa de credenciar novos distribuidores ou do término do contrato celebrado com distribuidores existentes; (iii) disciplinamento de distribuidores que violam restrições de compra ou de venda e implementação de critérios impostos a distribuidores (tais como

²²² Vide, por exemplo, Werter FARIA (*Direito da concorrência*, cit.); Paula FORGIONI (*Contrato de distribuição*, cit.); Claudineu de Melo (*Contrato de distribuição*, cit). No direito comparado, entre muitos outros: Osvaldo MARZORATI. *Sistemas de distribución comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1990; Laurence AMIEL-COSME. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995.

²²³ Vide Valentine KORAH and Dennis O'SULLIVAN. *Distribution agreements*, cit., p. 3-8.

²²⁴ Nesse sentido, Richard WHISH trata das restrições ancilares, consideradas necessárias para implementar uma atividade comercial, desde que não sejam desproporcionais. Nos sistemas de distribuição, tais restrições encontram-se voltadas, por exemplo, para viabilizar a penetração dos produtos do fabricante em um novo mercado (*Competition law*, cit., 119-121). Vide, ainda, Valentine KORAH e Dennis O'SULLIVAN (*Distribution agreements*, cit., p. 83).

imagem, crédito e quotas de vendas); (iv) alocação de recursos escassos em períodos críticos; e (v) razões não comerciais tais como animosidades ou disputas pessoais²²⁵.

No que tange à recusa de compra, ou seja, à situação em que os distribuidores recusam-se a adquirir de determinado fornecedor, entendemos que, além da existência de exclusividade (imposta ou acordada, tácita ou explícita), as justificativas são igualmente diversificadas, abrangendo desde questões técnicas (incompatibilidade) até questões de logística (por exemplo, dificuldade de administração de estoques), passando pelos já citados problemas comerciais. É evidente que, ao administrar seu negócio, o distribuidor avaliará a rentabilidade do mesmo levando em conta a conveniência ou não de trabalhar com uma multiplicidade de marcas e, ainda que opte por um modelo com vários fornecedores, verificará quantas marcas é viável e interessante estocar e comercializar.

Especificamente no que toca aos contratos de exclusividade, de compra ou de venda, encontram-se geralmente associados à melhoria na distribuição de produtos, ao combate ao problema do *free riding*, à proteção a investimentos específicos do fabricante (ou dos distribuidores) e à redução de custos de transação.

Mas, como anteriormente mencionado, não estamos tratando apenas de contratos de distribuição (ou seja, da relação entre fornecedor e distribuidor), embora seja certamente uma das hipóteses mais comuns de recusa envolvendo bens não essenciais. A recusa de contratar abrange situações em que o vendedor de determinado insumo se recusa a abastecer determinado comprador (ou compradores) e vice-versa. Essas situações, embora sempre digam respeito a agentes econômicos que integram uma mesma cadeia produtiva – relacionando-se verticalmente, caso contrário não caberia a sua análise sob a ótica das “recusas verticais” –, não configuram contratos de distribuição.

²²⁵ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, Monograph n. 9, *Refusals to deal and exclusive distributorship*, 1983, p. 1-3. De forma semelhante, entre nós, Paula FORGIONI: “as razões que impelem o agente econômico ao rompimento unilateral do contrato de distribuição [e conseqüente recusa de contratar] podem ser as mais variadas, por exemplo, visar à manutenção da sua reputação, liberando-se de um distribuidor desidioso ou eliminar free riders que incitam o não-investimento pelos demais revendedores. Mas, concomitantemente, a denúncia pode significar uma retaliação contra aquele que não aderiu a um plano anticoncorrencial ou recusou-se a seguir determinações que lhe seriam prejudiciais. Ademais, o fornecedor pode pretender tomar para si ou para outrem o mercado conquistado pelo distribuidor” (*Contrato de distribuição*, cit., pp. 448-449).

De qualquer modo, ainda que a recusa possa ser explicada com base em uma política de distribuição exclusiva, por exemplo, implementada pelo agente econômico com o intuito de reduzir seus custos (ou seja, aumentar a eficiência), há que se verificar se tal política não constitui um ilícito concorrencial, devido à sua potencialidade lesiva²²⁶.

Isso porque, na presença de poder econômico, mesmo quando não existe a finalidade de eliminar rivais ou restringir a concorrência, os efeitos potenciais da prática podem ser anticompetitivos.

No Brasil, como já mencionado, essa abordagem encontra-se respaldada no *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94 (vide Cap. I.4 da Parte I retro).

Com todas as ressalvas feitas na Parte I, acreditamos que a teoria econômica e, em especial, a teoria da Organização Industrial, podem contribuir para a compreensão do comportamento dos agentes econômicos e seus efeitos e desempenhar um papel importante na análise da recusa de contratar.

Embora sempre exista a necessidade de relativizar (e, às vezes, até desconsiderar) a busca da eficiência²²⁷ à luz de outros valores eleitos pelo ordenamento, a nova economia industrial constitui um avanço relativamente ao pensamento neoclássico ao reconhecer que os mercados não funcionam de forma perfeita²²⁸.

²²⁶ Segundo ASKER, por exemplo, os contratos de distribuição exclusiva de cervejas (que resultam na recusa dos distribuidores em negociar com outros fabricantes e distribuir seus produtos) geram reduções de custos, devendo-se, no entanto, analisar qual é a fonte dessa vantagem. Em se tratando do bloqueio à entrada de outros competidores (fechamento do mercado ou *foreclosure*), devem as autoridades intervir e coibir a prática. Já se a redução de custos for oriunda da eliminação do *free-riding* e da proteção a investimentos específicos do fabricante ou dos distribuidores, qualquer intervenção poderia piorar a situação dos consumidores e da indústria, mostrando-se, portanto, indesejável. Ao analisar a indústria de cervejas de Chicago, ASKER encontrou evidências de que o uso de contratos de distribuição exclusiva: (i) diminuiu os custos das empresas, por incentivar investimentos nos canais de distribuição por parte dos fabricantes, (ii) incentivou os distribuidores a oferecer melhores serviços, e (iii) não teve o efeito de afastar os rivais existentes do mercado (ou de elevar barreiras à entrada). Desse modo, o autor concluiu que se houvesse uma intervenção da autoridade antitruste, esta poderia elevar preços para o consumidor e reduzir a lucratividade da indústria (*Measuring cost advantages from exclusive dealing: an empirical study of beer distribution*. Harvard University, jan. 2004).

²²⁷ Para a teoria da Organização Industrial, as legislações de defesa da concorrência *não* devem prevenir ou reprimir condutas *eficientes* dos agentes econômicos (nesse sentido, vide CHURCH e WARE, *Industrial Organization: a strategic approach*. Boston, Irwin McGraw-Hill, 2000).

²²⁸ Nas palavras de Elizabeth M. M. Q. FARINA, “a Teoria da Organização Industrial trata da concorrência em mercados concentrados, enfatizado dois aspectos fundamentais das empresas capitalistas modernas: primeiro, as estratégias de concorrência e crescimento determinam e, ao mesmo tempo, são condicionadas pela estrutura da indústria onde se inserem; segundo, é possível a criação e exercício de poder de monopólio em um mundo onde impera a livre iniciativa” (Programa da disciplina Organização

Mais especificamente, a teoria da Organização Industrial afasta a idéia de concorrência perfeita e também o conceito neoclássico de monopólios; ainda assim, considera possível teorizar sobre o comportamento dos agentes econômicos em mercados concentrados e desenvolver modelos com utilidade prática, lançando luz sobre diversos assuntos (v.g., as teorias mais recentes que propõem abordagens mais realistas sobre preços predatórios, permitindo a aplicação, pelas autoridades administrativas e judiciais, de normas concorrenciais antes consideradas letra morta nesse campo).

Ao analisar a recusa de contratar, a teoria da Organização Industrial distingue as condutas que não têm aptidão para produzir efeitos anticompetitivos (e que se configurariam, portanto, legítimas), daquelas resultantes em impactos negativos no mercado (e que constituem afronta à legislação de defesa da concorrência, se adotadas por agentes detentores de poder econômico).

Daí se depreende que não há lugar para uma análise *subjetiva* de justificativas para a adoção da recusa de contratar vertical sob a ótica da teoria da Organização Industrial. Essa conclusão alinha-se com a proposta anteriormente apresentada neste trabalho, no sentido de interpretar a frase “*por objeto ou efeitos, ainda que não alcançados*” no *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94 como a exigência de uma *vontade objetiva* de limitar a concorrência ou dominar mercados, que se traduz, simplesmente, na potencialidade de que tais efeitos sejam alcançados.

Assim, por um lado, os potenciais efeitos anticompetitivos relacionados a tal modalidade de recusa de contratar resumem-se da seguinte forma:

- (i) eliminação de concorrentes efetivos (impedindo o acesso a fontes de matéria-prima ou aos canais de distribuição) ou elevação de seus custos (elevação dos custos dos rivais); e

Industrial I, 2º Semestre de 2005). De forma semelhante, CHURCH e WARE enunciam: “*Industrial Organization or Industrial Economics is the study of the operation and performance of imperfectly competitive markets and the behavior of firms in these markets. It is the field of economics concerned with markets and firms where the applicability and explanatory power of the theory of perfect competition is questionable because for some reason there is insufficient competition. And of course determining when and why competition will be insufficient is central to industrial organization*” (*Industrial Organization*, cit., pp. 7-9).

- (ii) criação ou elevação artificial das barreiras à entrada de potenciais concorrentes (elevação dos custos para entrada no mercado).

Para a teoria da Organização Industrial é necessário que haja poder para que tais efeitos sejam passíveis de ser atingidos²²⁹, com o que concordamos, conforme exposto no Capítulo I.5 da Primeira Parte, com a ressalva de que poder não deve ser entendido apenas como a capacidade de elevar preços (sentido neoclássico).

Por outro lado, tomando como pressuposto o funcionamento imperfeito dos mercados, a teoria da Organização Industrial admite que a prática esteja direcionada à solução (legítima) dos seguintes problemas²³⁰:

- (i) concorrência predatória (canibalização) entre distribuidores (por meio do estabelecimento de uma rede de distribuidores exclusivos ou de distribuição seletiva, recusando-se o fabricante a negociar com terceiros);
- (ii) adoção de condutas oportunistas (*free-riding*) por parte de distribuidores que fornecem maiores descontos (*retail price discounters*) sobre distribuidores que ofertam serviços de pré e pós-venda (e que contribuem para o incremento da reputação do fabricante);
- (iii) necessidade de economias de escala na distribuição;
- (iv) adoção de condutas oportunistas (*free-riding*) por parte de outros fabricantes sobre a imagem do produto, a propaganda ou os investimentos realizados por um determinado fabricante (inclusive na rede de distribuição); e

²²⁹ Calixto SALOMÃO FILHO discorda e critica essa posição: “[também] *em matéria de recusa de contratar reproduz-se a tão conhecida e cega confiança no poder de mercado como critério básico de ilicitude. Na doutrina e jurisprudência internacionais o poder no mercado, por diferentes justificativas, é o critério essencial para determinação da licitude, ou não, da recusa de contratar. O poder de mercado é, sem dúvida, relevante como critério básico de ilicitude da recusa de contratar. Não é, no entanto, o único, e tampouco um critério suficiente*” (Condutas, p. 235). O professor acrescenta que, em matéria de recusa de contratar, “*essa fixação na idéia de poder no mercado traz consigo uma agravante: conduz a uma explicação unitária de um fenómeno por natureza plurívoco*”.

²³⁰ A esse respeito, vide DOBSON e WATERSON. *Vertical restraints*, cit., p. 5 (tabela 2).

- (v) concorrência predatória entre fabricantes.

Mais do que justificativas de ordem subjetiva, que implicariam a impossível tarefa de perscrutar o ânimo dos administradores da empresa engajada na recusa, tais explicações devem ser aferidas *objetivamente*. Em outras palavras, não basta que tais circunstâncias sejam invocadas pelos agentes econômicos, há que se demonstrar que os problemas que demandam solução por meio da recusa de contratar (quando adotada por agentes detentores de poder econômico, frise-se novamente) estão efetivamente presentes no mercado em questão e que a recusa (direta ou derivada de um ajuste de exclusividade, por exemplo) é a forma mais adequada e menos onerosa para a sociedade a ser adotada no caso concreto. Ainda assim, haverá situações excepcionais em que tais justificativas não poderão ser aceitas. A isso voltaremos oportunamente, ao tratar dos mercados caracterizados por bens de utilidade pública (Cap. IV) e na conclusão (Cap. VI).

Vale repetir que essa análise não passa pelo chamado balanço de eficiências, já que, como anteriormente mencionado, a lei antitruste brasileira, em decorrência da própria Constituição Federal (que elegeu a justiça social e não a eficiência produtiva como fundamento da ordem econômica), não estabelece tal procedimento na análise de comportamentos restritivos.

Considerando todos os aspectos relacionados à recusa de contratar vertical, DOBSON e WATERSON propõem a seguinte abordagem para distinguir entre condutas legítimas e condutas anticompetitivas: (i) identificação de sinais de poder de mercado do fabricante ou do distribuidor (ou seja, no mercado a montante ou a jusante); (ii) avaliação dos efeitos da prática sobre a concorrência nos mercados; (iii) análise dos indicadores de eficiência.

À luz da legislação brasileira e das considerações acima, referido teste poderia ser aplicado pelas autoridades pátrias, *com a exclusão do terceiro tópico*. Além disso, a primeira etapa do teste (“identificação de sinais de poder de mercado do fabricante ou do distribuidor”) deve considerar diversos aspectos, e não apenas a capacidade de elevar preços.

Abordamos, na seqüência, o tratamento outorgado à recusa de contratar envolvendo bens não essenciais no direito da concorrência europeu e norte-americano, sendo certo que a maioria dos casos refere-se a relações de distribuição exclusiva ou seletiva.

II.3. A recusa de contratar envolvendo bens não-essenciais no direito comparado

II.3.1. Europa: um enfoque menos formalista para as restrições verticais

II.3.1.1. Considerações gerais introdutórias

A partir de 1985 e, principalmente, após a reforma realizada em 1999 (e concluída em 2002, com o Regulamento 1400/2002, que disciplina especificamente a distribuição de veículos automotores e serviços correlatos), a União Européia vem tratando das restrições verticais associadas a sistemas de distribuição de forma menos rígida.

Na verdade, as autoridades européias passaram a analisar tal modalidade de restrições com um viés predominantemente econômico, que leva em consideração a racionalidade da prática sob a ótica empresarial e seus efeitos sobre o mercado comum, porém sem deixar completamente de lado a idéia de que certas práticas simplesmente não devem ser adotadas (as chamadas restrições *hardcore*).

A tendência de racionalização da aplicação do direito antitruste europeu foi confirmada e reforçada com a edição, em dezembro de 2005, do denominado *Discussion Paper* da Comissão Européia, que trata da aplicação do artigo 82 do Tratado de Roma aos chamados “abusos exclusionários”.

Assim, pode-se dizer que, depois de um longo período de tratamento rigoroso das restrições verticais de distribuição sob a ótica concorrencial, que incluía o tratamento de um grande número de práticas como ilícitos *per se* ou *hardcore*, sob a justificativa de permitir a formação do mercado comum, as autoridades adotaram um *sistema misto*, que privilegia a avaliação de efeitos, sem, porém, eliminar totalmente a proibição que recai sobre algumas práticas, consideradas particularmente prejudiciais ao mercado comum, mesmo na ausência de poder de mercado, como é o caso das proibições de importações ou exportações paralelas por distribuidores situados em determinados Estados-membros²³¹.

²³¹ Houve condenações em virtude dessa modalidade de prática, à luz do artigo 81 do Tratado de Roma, entre muitos outros, nos casos *Basf versus Commission* (decisão de 1999, envolvendo medicamentos), *Volkswagen AG versus Commission* e *Opel* (decisões de 2000, envolvendo veículos automotores), *Nathan-Bricolux*

Recusas de contratar verticais associadas a sistemas de distribuição podem afrontar tanto o art. 81 quanto ao art. 82 do Tratado de Roma.

(envolvendo materiais educacionais) e *Nintendo*. Restrições indiretas a importações paralelas (por exemplo, incentivos para que os produtos fossem adquiridos apenas de distribuidores autorizados naquele território, como a oferta de garantia) também foram punidas, como no caso *Zanussi*.

II.3.1.2. Recusas de contratar verticais e o art. 81 do Tratado de Roma

Conforme já mencionado no item I.5.2 retro, o artigo 81 do Tratado de Roma proíbe *acordos* que tenham por *objeto* ou *efeito*²³² eliminar ou limitar a concorrência (efetiva ou potencial), sendo certo que desde os primórdios da aplicação do Tratado as autoridades deixaram claro que o dispositivo se aplica aos acordos verticais²³³.

A interpretação dada a *acordos* via de regra é extensiva a práticas unilaterais adotadas como decorrência de acordos previamente celebrados entre dois ou mais agentes econômicos, especialmente de distribuição. Desse modo, em diversas ocasiões, a Comissão Européia puniu, à luz do artigo 81, recusas de negociar unilaterais tendo como contexto contratos de distribuição exclusiva ou seletiva com cláusulas de limitação territorial à atuação dos distribuidores (vedação a importações paralelas)²³⁴.

²³² Vale reiterar que o legislador europeu elegeu práticas de objeto anticompetitivo, independentemente dos seus efeitos (efetivos ou potenciais). Para tais práticas, a análise de mercado e a própria definição de mercados relevantes são bastante simples, embora ainda seja necessário verificar se a prática limita a concorrência de forma apreciável e se afeta potencialmente o comércio entre os Estados-membros.

²³³ Vide, nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Bosch* (1962). Tal entendimento foi posteriormente confirmado em três casos decididos em 1966: *Société Minière versus Maschinenbau Ulm*, *Grundig e Consten versus Comissão*, e *República Italiana versus Conselho e Comissão*.

²³⁴ Divergindo da própria jurisprudência até então, a Corte de Justiça Européia decidiu, no caso *Adalat* (Casos C-2/01 e C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure EV and Commission of the European Communities v Bayer AG*, decididos em 2004) limitar a idéia de acordo para fins de aplicação do art. 81 do Tratado de Roma. Segundo Luis F. Souto SOUBRIER, a Corte vinha consistentemente reconhecendo a existência de um acordo em afronta ao art. 81 com base simplesmente em acordos prévios concluídos pelas partes (v.g., um acordo de distribuição) ou em uma interpretação abrangente de aquiescência tácita. Em *Adalat*, porém, a Corte consignou que a mera coexistência entre um acordo de distribuição prévio e condutas unilaterais subsequentes não bastam para caracterizar um acordo; há que se demonstrar o nexo de causalidade entre os mesmos. O entendimento foi confirmado em *Volkswagen II* (Caso C-74/04, *Commission v Volkswagen*, decidido em 2006). Assim, a Corte indicou que, se houver evidências de que os distribuidores não aceitaram o “convite” (expresso ou tácito) do fornecedor para aderir a uma política, não há que se falar em acordo (The concept of an agreement and beyond: how to block parallel imports of pharmaceuticals to protect the heart of competition. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law: a critical assessment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, pp. 81-142). É cedo, porém, para afirmar que, após a *Adalat* e *VW*, existe um novo parâmetro para identificar acordos à luz do art. 81 do Tratado de Roma. Richard WHISH, por exemplo, vê a mudança com cautela. É possível que a decisão *Adalat*, menos que alterar a visão da Corte Européia sobre a exegese do art. 81, endereçou preocupações setoriais, dando-lhes soluções que não serão reiteradamente seguidas em outros casos (a despeito de *VW*). Note-se que há substanciais diferenças de política regulatória para medicamentos nos países membros da UE. No caso *Adalat*, os preços do produto na França e na Espanha eram 40% inferiores aos preços no Reino Unido, fazendo com que a subsidiária local do Grupo Bayer perdesse parcela substancial do seu faturamento para importações paralelas desses países. Em virtude da impossibilidade de aumentar preços na França e na Espanha (devido à regulamentação dos medicamentos nesses países), a Bayer proibiu a sua subsidiária alemã de vender aos distribuidores franceses e espanhóis mais da metade do que estavam acostumados a adquirir, calculando que esse montante correspondia às vendas internas nos dois países (havia regulamentação a respeito, direcionando uma quota para o mercado interno). A prática foi questionada pelos distribuidores espanhóis à luz do art. 81 do Tratado de Roma e a Bayer multada pela Comissão. A Corte de Primeira Instância, porém, reverteu o resultado, tendo sua decisão confirmada pelo Tribunal. A prática foi considerada unilateral (e a Bayer não tinha posição dominante para ser processada com base no art. 82). Não foi

Em princípio, não há necessidade de se demonstrar poder de mercado para que uma empresa possa ser punida com base no art. 81, porém, a interpretação corrente da Comissão e das Cortes Europeias, espelhada nos Regulamentos em vigor, do Conselho e da Comissão, acabou estabelecendo verdadeiro *teste de dominância*, ainda que simplificado, para a análise de recusas de contratar à luz do art. 81.

Com efeito, *em primeiro lugar*, encontra-se em vigor, na Europa, o Regulamento nº 1215/1999 do Conselho. Tal regulamento estabelece regras gerais para a adoção, pela Comissão Europeia, de normas disciplinando isenções por categoria (*block exemptions*).

Há divergências sobre o efeito exato das isenções, individuais ou por categoria. Manuel SERENS, por exemplo, entende que as isenções declaram aplicável a exceção prevista no artigo 81, §3, do Tratado de Roma, considerando válidas práticas que, a despeito de limitar, impedir ou falsear a concorrência no mercado comum (art. 81, §1), contribuem para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, reservando aos usuários finais uma parte equitativa do lucro daí resultante, sem impor restrições indispensáveis à consecução dos objetivos perseguidos pelas partes ou eliminar de forma substancial a concorrência²³⁵. Já Richard WHISH defende que as isenções se aplicam tanto a situações em que uma determinada prática incide no art. 81, §1, mas encontra-se excepcionada pelo art. 81, §3, quanto a situações em

caracterizada a existência de um acordo entre os distribuidores (mesmo aqueles que cumpriam a nova política de quotas) e a Bayer. Para SOUBRIER, a existência de acordo, após Adalat, deveria ser estabelecida a partir dos seguintes critérios: (i) conduta unilateral que decorre de ajuste prévio (distinguindo-se de conduta unilateral que foi implementada independentemente dos termos do ajuste prévio); (ii) na inexistência de ajuste prévio nos termos da conduta implementada, prova expressa de ajuste autônomo disciplinando a conduta ou concordância tácita (porém, nesse caso, a simples continuidade do relacionamento comercial, em cumprimento à estipulação do fornecedor, e a inexistência de reclamação não são suficientes). O autor considera suficientes para demonstrar acordo tácito a implantação de sanções pelo fornecedor somada à continuidade da distribuição pelo distribuidor, mas não é o que diz a decisão *Adalat* (*The concept*, cit.).

²³⁵ *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva: práticas nacionais e práticas comunitárias*. Coimbra: Coimbra, 1993, pp. 57-59. A respeito da exegese do art. 81, §3, Richard WHISH esclarece que a “*melhoria na distribuição ou produção de bens*” ou o “*progresso técnico ou econômico*” devem beneficiar a sociedade com um todo (o mercado comum) e não apenas as partes. Uma interpretação estreita do dispositivo é no sentido de que somente a eficiência econômica importaria para fins do referido dispositivo legal, uma mais ampla permitiria englobar outros objetivos. Já a determinação de que os ganhos sejam repartidos com o consumidor, segundo o autor, só pode significar que a concorrência não deve ser substancialmente eliminada, pois é ela que garante que o consumidor não terá prejuízos (via preços maiores ou outras perdas). Finalmente, o art. 81, §3 estabelece que as restrições estabelecidas devem ser indispensáveis para atingir o objetivo perseguido pelo agente econômico, sendo que as chamadas “cláusulas negras” (e.g., atribuição de exclusividade territorial absoluta e fixação de preços de revenda) nunca preenchem tal requisito (*Competition law*, cit., p. 152-156).

que a prática sequer incide na proibição do art. 81, §1 (ou seja, não tem objeto ou efeito anticompetitivo)²³⁶.

O que mais importa, no entanto, é compreender que o estabelecimento de regras disciplinando as isenções por categoria – objeto de Regulamentos específicos da Comissão – acabou por estabelecer critérios baseados na existência de poder de mercado à luz do art. 81 do Tratado de Roma (i.e., isentando *acordos envolvendo empresas com participação de mercado inferior a 30%*, entre outros requisitos, quantitativos e qualitativos).

O assunto encontra-se disciplinado no Regulamento 2790/99 da Comissão Europeia, que trata dos acordos verticais como um todo, tendo revogado os Regulamentos 1983/83/CEE e 1984/83/CEE, referentes aos acordos de venda exclusiva e compra exclusiva, bem como o Regulamento 4087/88/CEE, que disciplinava os contratos de franquia. O Regulamento 1400/2002 disciplina especificamente a distribuição de veículos automotores e serviços correlatos e segue a mesma racionalidade aplicável aos demais acordos verticais, muito embora enderece algumas preocupações adicionais, específicas do setor.

Em resumo, para os acordos de *compra exclusiva* ou para aqueles em que, ainda que a exclusividade não esteja expressamente ajustada, há previsão de descontos por quantidade ou fidelidade, ou estabelecimento de quantidades mínimas, tornando improvável que o distribuidor comercialize outras marcas²³⁷, incide a isenção por categoria sempre que a

²³⁶ *Competition law*, cit., p. 152-156. De uma forma ou de outra, até pouco tempo atrás, as isenções (individuais ou por categoria) eram a única forma de se aplicarem concretamente as exceções previstas no §3 do art. 81, atribuição exclusiva das autoridades comunitárias, de modo que cortes e órgãos administrativos dos países membros, embora pudessem aplicar o artigo 81, §1, não podiam conceder isenções. Diversas reformas foram implementadas no que se refere a esse aspecto. Inicialmente, a Comissão regulamentou as isenções por categoria de modo a reduzir o grande número de notificações individuais que lhe eram submetidas. Em um segundo momento, com a edição do Regulamento 2790/99, a Comissão passou a dispensar as notificações prévias solicitando isenções individuais para acordos não passíveis de obter o benefício da isenção por categoria. Com isso, as restrições verticais que não se enquadravam nas normas previstas no Regulamento da Comissão passaram a admitir uma análise *a posteriori*, no bojo de procedimentos instaurados para apurar violações ao art. 81, §1, sendo as isenções obtidas com efeito retroativo. Mais recentemente, as notificações para fins de obtenção de isenções individuais foram completamente abolidas pelo Regulamento 01/2003 do Conselho (conhecido como “*Modernisation Regulation*” ou Regulamento de Modernização), que entrou em vigor em 1º de maio de 2004. Com essa última modificação (que já estava prevista no “*Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE*”, publicado pela Comissão em 1999), o art. 81, §3, do Tratado de Roma tornou-se diretamente aplicável, inclusive pelas autoridades e cortes nacionais dos países-membro. Os agentes econômicos que quiserem ter segurança quando à licitude dos termos dos seus acordos verticais à luz da legislação europeia de defesa da concorrência devem elaborar seus contratos de forma a preencher os requisitos previstos no Regulamento 2790/99 ou no Regulamento 1400/2002, conforme o caso.

²³⁷ A respeito, vide Valentine KORAH and Dennis O’SULLIVAN (*Distribution agreements*, cit., p. 18).

participação do fornecedor não exceder 30% (trinta por cento) no mercado no qual venda os bens ou preste os serviços objeto do contrato e que a participação do comprador não ultrapassar 30% (trinta por cento) no mercado em que adquire bens ou serviços objeto do contrato. Ademais, se houver cláusula de não-concorrência (por exemplo, impedindo que o distribuidor concorra no mercado a montante, onde atua o fornecedor), esta não pode ser superior a cinco anos, para que a isenção seja aplicável.

Nos acordos de *compra exclusiva* elegíveis à obtenção de uma isenção por categoria, o fornecedor pode restringir vendas não passivas²³⁸ de um distribuidor no território exclusivo de outro ou em área reservada para o próprio fornecedor, bem como proibir que atacadistas vendam no varejo; porém, não deve limitar as vendas dos clientes do distribuidor.

Para os acordos de *distribuição exclusiva*, aplica-se o mesmo percentual de 30% como teto de participação de mercado para o fornecedor e para o distribuidor, e a isenção por categoria não será concedida se houver restrições de vendas passivas para consumidores de outras regiões, ou restrição de vendas passivas e ativas em outros territórios, em se tratando de um sistema misto, abarcando contratos de distribuição seletiva e exclusiva.

No que se refere aos contratos de *distribuição seletiva*, as isenções por categoria podem ser aplicadas a hipóteses não enquadradas na chamada “*doutrina Metro*” (que excluiu a aplicabilidade do Art. 81, §1)²³⁹, desde que, além de observado o já mencionado critério de

²³⁸ “Vendas passivas” são aquelas que o distribuidor acaba efetuando sem envidar maiores esforços para tanto, ou seja, o distribuidor não anuncia o produto fora de sua região de atuação e não realiza nenhum investimento no sentido de atrair consumidores localizados ali. As vendas passivas são mais frequentes nas regiões fronteiriças (v.g., um distribuidor cuja área de atuação é limitada à Alemanha, mas cujo estabelecimento se encontra próximo da França, tende naturalmente a atrair consumidores franceses, que podem adquirir seus produtos sem grandes custos de locomoção), ou no que se refere a consumidores em trânsito (em regiões turísticas, por exemplo). Já as “vendas ativas” são aquelas que o distribuidor conta realizar, para tanto realizando investimentos. Em outras palavras, o distribuidor oferta diretamente seus produtos a um grupo ou em uma região, esforçando-se para ter aquela clientela.

²³⁹ A “doutrina Metro” foi construída a partir do precedente Metro I (Caso 26/16, julgado em 1977) e estabelece parâmetros para que um determinado contrato ou sistema de distribuição seletiva seja considerado lícito à luz do Art. 81, §1, do Tratado de Roma (ou seja, os contratos que preenchem tais requisitos não se enquadram nas hipóteses de ilicitude do dispositivo em questão). Os parâmetros fixados pela “*doutrina Metro*” são: (i) o contrato ou sistema deve abarcar a distribuição de produtos que efetivamente demandam distribuição seletiva (produtos de luxo, produtos tecnológicos ou produtos de vida curta, como jornais); (ii) o contrato ou sistema deve contemplar apenas critérios qualitativos para a seleção dos distribuidores e a política adotada deve ser aplicada uniformemente a todos os potenciais clientes, de forma não discriminatória (ou seja, se um determinado distribuidor preenche os critérios, pode aderir à rede, não havendo limitações quanto ao número total de distribuidores por região, ou quanto a aspectos como faturamento, estoques mínimos, etc., geralmente tratados como quantitativos), e (iii) as restrições não devem ir além daquilo que for objetivamente necessário para proteger a qualidade do produto (proporcionalidade). Tais fundamentos foram

participação de mercado, não haja limitações de vendas passivas ou ativas para usuários finais, nem no que se refere ao fornecimento de produtos entre os membros da rede.

Para obter uma isenção por categoria, os contratos de distribuição seletiva podem conter proibição geral aos distribuidores de vender marcas concorrentes, no entanto tal proibição não deve recair sobre marcas ou concorrentes específicos (exclusividade dirigida). Se houver ajustes desse tipo, a isenção ainda será outorgada, porém não se estenderá a tais pactos, que poderão ser objeto de questionamento específico. O mesmo se aplica a ajustes de não-concorrência.

Também são elegíveis para fins de isenção por categoria contratos de distribuição seletiva que contenham ajustes (i) vedando que os distribuidores negociem com revendedores não autorizados, e (ii) impedindo os distribuidores de revender componentes adquiridos para a prestação de serviços de manutenção diretamente a clientes que possam utilizá-los para fabricar o mesmo tipo de produto do fornecedor. Não é permitido, entretanto, impedir que os distribuidores vendam componentes para empresas independentes que concorram na prestação de serviços de manutenção ou reparação dos produtos.

Em todos os casos (compra exclusiva, distribuição exclusiva e distribuição seletiva), há que se levar em conta o efeito cumulativo, gerado pela existência de redes paralelas (independentes) de contratos de distribuição. De fato, se diversos fornecedores em um mercado oligopolizado adotarem contratos de exclusividade ou outras restrições, o efeito de fechamento será muito semelhante àquele gerado por uma única rede de distribuidores exclusivos de uma empresa dominante. O efeito cumulativo, no entanto, é considerado improvável se a participação dos cinco maiores concorrentes for inferior a 50%. Da mesma forma, a Comissão Européia considera que fornecedores com menos de 5% de participação de mercado não contribuem para o efeito cumulativo, ainda que este exista.

Em nenhuma das situações mencionadas, a isenção por categoria é aplicável se houver restrições *hardcore* nos contratos, tais como fixação de preços de revenda ou proibição de importações ou exportações paralelas.

aplicados aos casos *Lancôme SA versus Etos* (1980), *L'Oréal NV versus de Nieuwe AMCK* (1980) e *AG Telefunken versus Commission* (1983), entre outros.

As isenções por categoria também não se aplicam a acordos verticais entre concorrentes, exceção feita aos acordos não-recíprocos que, nos termos da Comunicação 2000/C 291/01 da Comissão, que estabelece “Orientações relativas às restrições verticais”, *“são, por exemplo, os acordos em que um fabricante se torna distribuidor dos produtos de outro fabricante, sem que este último se torne distribuidor dos produtos do primeiro fabricante”* (item 27).

A Comunicação ainda dispõe, nos termos do item 4 do artigo 2º do Regulamento 2790/99, que os acordos não recíprocos entre concorrentes são abrangidos pela isenção sempre que *“(i) o comprador tenha um volume de negócios que não exceda 100 milhões de Euros, ou (ii) o fornecedor seja um fabricante e distribuidor de bens, enquanto o comprador é apenas um distribuidor e não igualmente um fabricante de bens concorrentes, ou (iii) o fornecedor seja um prestador de serviços que opera a vários níveis de comércio, enquanto o comprador não fornece serviços concorrentes ao nível do comércio em que adquire os serviços contratuais. A segunda exceção abrange situações de distribuição dupla, isto é, situações em que o fabricante de determinados bens opera igualmente enquanto distribuidor dos bens em concorrência com distribuidores independentes dos seus bens. Um distribuidor que fornece especificações a um fabricante para a produção de determinados bens com a marca do distribuidor não é considerado um fabricante destes bens com marca própria. A terceira exceção abrange situações semelhantes de distribuição dupla, mas neste caso em relação aos serviços, sempre que o fornecedor é também um prestador de serviços ao mesmo nível do comprador”*.

No que se refere especificamente aos contratos de distribuição de veículos automotivos e serviços correlatos, o Regulamento 1400/2002, nos moldes do Regulamento que versa sobre acordos verticais em geral, prevê a outorga de isenção por categoria com base no critério de participação de mercado (estabelecendo teto de 30% para acordos de distribuição exclusiva e de 40% para acordos de distribuição seletiva²⁴⁰) e na inexistência de restrições *hardcore*.

²⁴⁰ A exceção fica por conta dos contratos de distribuição seletiva baseados em critérios exclusivamente qualitativos (nos moldes da “doutrina Metro”, vide nota 239), para os quais não há limite de participação de mercado.

O Regulamento, porém, estabelece regime mais rígido do que aquele aplicável aos demais acordos verticais, ao vedar, por exemplo, a combinação de distribuição exclusiva e seletiva, e ao estabelecer diversas obrigações adicionais às partes. Merece destaque a determinação para que as partes permitam que terceiros (os chamados operadores independentes) tenha acesso a informações técnicas, ferramentas, *softwares*, treinamento, programas de diagnóstico, etc., que lhes possibilitem prestar serviços de manutenção e reparação dos produtos, aspecto que não tem equivalente no Regulamento 2790/99²⁴¹.

É manifesta, ainda, a preocupação do Regulamento com a independência dos distribuidores de veículos, que têm direito a um site de referência na *Internet*, a vender mais de uma marca no seu *showroom*, a prestar serviços pós-venda a produtos de terceiros e a realizar vendas ativas fora de seus territórios²⁴².

Rígidos ou liberais os critérios para a outorga de isenções por categoria, o certo é que as recusas de negociar com terceiros baseadas em acordos que se beneficiam de tais isenções serão lícitas na Europa. E, para a grande maioria dos casos, a concessão da isenção depende, entre outros parâmetros, de uma *avaliação de poder de mercado*, baseada no critério de participação de mercado, dos envolvidos e dos seus concorrentes.

Outra medida que importa a realização de algum tipo de teste de poder de mercado ou dominância à luz do artigo 81 do Tratado de Roma é a denominada regra “*de minimis*”, que, basicamente, isenta de ilicitude acordos verticais considerados de menor importância. Tal regra consta genericamente das “Diretrizes em matéria de restrições verticais” (Comunicação 2000/C 291/01, editada pela Comissão na esteira do Regulamento 2790/99), e estabelece que acordos verticais sem restrições *hardcore* firmados entre empresas *cujas*

²⁴¹ Segundo Giorgio MONTI, o Regulamento de distribuição de veículos automotivos e serviços correlatos é claro ao dispor que o fornecedor perde o benefício da isenção por categoria caso se recuse a negociar com terceiros o fornecimento de componentes e informações técnicas (*EC Competition Law*, cit., p. 384 e ss).

²⁴² O tratamento mais rígido conferido aos contratos de distribuição de veículos na Europa, *vis-a-vis* as regras aplicáveis aos demais acordos verticais, encontra justificativa na dificuldade de integrar os mercados nacionais desses produtos. Richard WHISH observa que, a despeito dos esforços que há muitos anos vêm sendo engendrados pelas autoridades, ainda há significativa diferença nos preços dos veículos automotivos entre os Estados-membros da UE. Tais diferenças são mantidas por meio de diversas práticas restritivas (sob os arts. 81 e 82 do Tratado de Roma), principalmente com vistas a impedir exportações de países com preços mais baixos para países com preços mais altos (*Competition law*, cit.). Valentine KORAH e Dennis O’SULLIVAN observam que mesmo com a política consistente da Comissão e das cortes europeias, no sentido de condenar tais restrições - v.g., os casos *BMW* (1979), *Ford* (1985), *Volkswagen* (2000 e 2001), *Opel Netherlands* (2000), *Daimler Chrysler* (2001) e *Triumph Motorcycle* (2000), no último caso atingindo uma empresa com participação de mercado de apenas 5% na UE e 10% no Reino Unido -, as práticas são surpreendentemente repetidas (*Distribution agreements*, cit.).

participação nos respectivos mercados não ultrapasse 10% (dez por cento) não violam o art. 81, §1º, do Tratado de Roma.

Decorrido cerca de um ano da publicação das Diretrizes, a Comissão Européia editou a Comunicação 2001/C 368/07, relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 81, §1, do Tratado de Roma (*“de minimis”*).

A referida comunicação, aplicável a acordos verticais, a decisões de associações de empresas e a práticas concertadas, mantém os patamares de isenção relativos aos acordos verticais estabelecidos no Regulamento 2790/99 e nas Diretrizes, e ainda estipula que acordos verticais sem restrições *hardcore* firmados entre empresas não concorrentes *cuja participação nos respectivos mercados não ultrapasse 15% (quinze por cento)* beneficiam-se da isenção. Para empresas concorrentes (ou havendo dúvidas a respeito de serem ou não concorrentes), o liminar é de 10%. Adicionalmente, exige-se que não haja efeitos cumulativos, na forma de acordos paralelos ou similares que restrinjam 30% ou mais do mercado. Ainda assim, fornecedores ou distribuidores que individualmente detiverem menos de 5% de participação de mercado não contribuem para o efeito cumulativo.

A Comissão Européia entende que os acordos de menor importância geram impacto insignificante no mercado, devido à posição fraca das partes envolvidas. Nesses casos, portanto, a recusa de contratar fundada em contrato de distribuição com terceiro presume-se lícita. Não obstante, a Comissão reserva-se o direito de analisar tais acordos, se entender que podem gerar algum impacto à concorrência.

Assim, os acordos verticais que preencherem os requisitos aplicáveis terão o benefício das isenções por categoria. Os acordos que não preencherem todos os requisitos para obter a isenção por categoria, mas que estiverem enquadrados na regra *“de minimis”* também se presumem lícitos. Em ambos os casos, recusas de contratar adotadas tendo como panorama acordos de distribuição elegíveis não são ilícitas. Para as demais hipóteses, tem lugar uma análise individual.

Para fins de análise individual de recusas de contratar à luz do art. 81 do Tratado de Roma, excetuando-se, mais uma vez, as restrições *hardcore* relacionadas à proibição de importações paralelas (e recusas fundadas em tais restrições contratuais), que dificilmente serão aceitas (a despeito da polêmica decisão da Corte de Primeira Instância no caso *Glaxo Spain*, comentada mais adiante), o fechamento do mercado é avaliado com base nas participações das empresas atuantes, na parcela de mercado afetada, na duração do contrato e na maturidade do mercado²⁴³. A metodologia de análise adotada pela Comissão encontra-se pormenorizada no item 120 e seguintes das já citadas “Diretrizes em matéria de restrições verticais” (Comunicação 2000/C 291/01).

Para ilustrar, merecem destaque os diversos casos que ficaram conhecidos como “guerra dos sorvetes”, envolvendo grandes fabricantes de sorvetes ligados à Unilever, de um lado, e estabelecimentos varejistas situados em diversos países europeus, de outro.

Os fabricantes forneciam geladeiras gratuitamente (em comodato) aos varejistas, exigindo, em troca, que nelas somente fossem acondicionados produtos das suas marcas. Em muitos casos, os varejistas também concordavam em comercializar nos seus estabelecimentos *apenas* as referidas marcas, instituindo-se *contratos de aprovisionamento exclusivo* com os fornecedores Unilever.

Tal sistema foi questionado quando a empresa Mars, que produzia sorvetes em barra, na França, para serem comercializados na Europa, concluiu que a venda dos seus produtos na Alemanha estava sendo dificultada, de forma anticoncorrencial, pelos acordos de exclusividade existentes entre empresas do Grupo Unilever e uma multiplicidade de varejistas. A Mars fez reclamações à Comissão Européia, que iniciou investigações.

Em *Schöller Lebensmittel GmbH & Co KG* (Caso 93/405, julgado em 1994), a Comissão Européia condenou a empresa, fabricante de sorvetes, por entender que a exclusividade de produto nos estabelecimentos varejistas feria o art 81, §1, do Tratado de Roma. A Comissão concluiu que restrições adotadas por empresa com participação de mercado superior a 20% na Alemanha produzia efeitos apreciáveis sobre a concorrência entre os Estados-membros da então Comunidade Européia.

²⁴³ Vide Richard WHISH. *Competition law*, cit., p. 602-604.

Com efeito, em virtude de proibição contratual, os revendedores alemães não podiam adquirir produtos de fornecedores concorrentes da *Schöller*, ficando excluída, por conseguinte, a concorrência entre marcas. As obrigações pactuadas entre fabricante e varejistas dificultavam ou impediam o desenvolvimento de estruturas de comercialização independentes de sorvetes, necessárias para permitir o acesso de novos concorrentes ao mercado em questão ou a consolidação de concorrentes já estabelecidos. Deste modo, os contratos de fornecimento conduziam ao fechamento do mercado alemão em relação aos produtos provenientes de outros Estados-membros, como, por exemplo, os sorvetes da Mars fabricados na França, sendo suscetíveis de afetar substancialmente o comércio.

A *Schöller* afirmava que os contratos de fornecimento produziam efeitos benéficos para ela e para os estabelecimentos comerciais, compensando aqueles que abdicavam da sua liberdade comercial. No entanto, a Comissão entendeu que não bastava que os acordos fossem vantajosos apenas para as empresas participantes; eles deveriam, antes, trazer vantagens objetivas para todos (inclusive consumidores), o que não ocorria no caso concreto.

O dispositivo da decisão proferida pela Comissão Europeia não aborda a questão da exclusividade de geladeiras, embora o arrazoado tenha sido hostil a tal restrição.

Idêntico foi o caso *Langnese-Iglo GmbH*, em que a empresa foi multada por acordar a exclusividade de vendas de seus sorvetes com estabelecimentos comerciais alemães, restando proibida a prática investigada.

No caso *HB Icecream*, outra subsidiária da Unilever, a Comissão emitiu um “statement of objections”²⁴⁴, com base nos arts. 81 e 82 do Tratado de Roma, consignando que, embora pudesse efetivamente melhorar a distribuição de produtos, a exclusividade de geladeiras excluía completamente a concorrência em estabelecimentos varejistas onde não fosse possível alocar mais de um equipamento. A HB comprometeu-se a modificar a sua política e a Comissão arquivou a investigação.

²⁴⁴ O “statement of objections” ou comunicação de objeções é um documento escrito que a Comissão Europeia endereça a pessoas físicas ou jurídicas antes de adotar uma decisão formal que afete negativamente os interesses daquelas. Trata-se de uma obrigação da Comissão fundada no princípio da ampla defesa, dando às empresas investigadas a oportunidade de apresentar os seus argumentos antes de ser tomada qualquer decisão final (vide, nesse sentido, art. 27 do Regulamento 01/2003 do Conselho da União Europeia).

Seguiu-se um litígio com a Mars, tendo a HB obtido uma liminar na Irlanda para impedir que a concorrente aliciasse varejistas, convencendo-os a colocar seus produtos nas geladeiras da HB, já que poucos estabelecimentos estavam dispostos a desfazer o acordo com esta empresa, que respondia por parcela substancial da demanda. De fato, a HB Ice Cream Ltd. era a principal fabricante de sorvetes na Irlanda, tendo entrado no mercado há muitos anos, enquanto que a Mars passou a comercializar seus produtos naquele país apenas em 1989. À medida que os varejistas começaram a conservar os produtos da Mars em geladeiras concedidas pela HB, esta última passou a exigir o cumprimento da cláusula de exclusividade.

A Mars voltou a reclamar à Comissão, que reabriu as investigações em face da Van den Bergh Foods Ltd., sucessora da HB, e condenou a exclusividade de geladeiras.

A despeito de reconhecer que a prática melhorava a distribuição de sorvetes, a Comissão concluiu que ela limitava substancialmente a concorrência, pois outorgava uma vantagem indevida às empresas já estabelecidas (as primeiras a adotar a conduta). Em sua decisão, a Comissão Européia considerou, ainda, que a prática restringia a liberdade dos varejistas, na medida em que estes não podiam armazenar produtos de concorrentes em geladeiras patrocinadas pela investigada. A Comissão constatou que geralmente não era viável manter mais de uma geladeira nos estabelecimentos e que era pouco provável que as geladeiras da Van den Bergh Foods fossem substituídas por outras, o que impedia a comercialização dos produtos concorrentes, acarretando fechamento do mercado. Quanto às alegadas eficiências, a Comissão Européia, sem proceder a qualquer análise quantitativa, concluiu que não compensavam os prejuízos que a prática acarretava, e que as vantagens propaladas poderiam ser obtidas *sem* exigência de exclusividade.

Como resultado, a Comissão declarou ilícitas com base nos arts. 81, §1, e 82 do Tratado de Roma as cláusulas de exclusividade de geladeira nos contratos de distribuição celebrados entre a Van den Bergh Foods, de um lado, e varejistas que não possuísem geladeira própria ou fornecida por outros fabricantes de sorvetes, de outro. A Comissão também declarou inaplicável à espécie a exceção contida no art. 81, §3, do Tratado.

A Van den Bergh Foods ficou proibida de oferecer uma ou mais geladeiras a varejistas que não tivessem nos respectivos estabelecimentos os seus próprios equipamentos (ou equipamentos de terceiros), bem como de manter tais geladeiras sem cobrança direta, devendo a empresa, ainda, notificar os varejistas da decisão e informá-los de que as cláusulas de exclusividade nos contratos celebrados eram nulas.

A Van den Bergh Foods recorreu, mas a decisão da Comissão foi integralmente mantida pela Corte de Primeira Instância, e posteriormente pelo Tribunal de Justiça da Europa.

A questão sobre os efeitos concorrenciais da exclusividade de geladeiras voltou à baila, posteriormente, no mercado de bebidas carbonatadas (refrigerantes). Dessa vez, a solução, embora consensual, foi mais rigorosa do que aquela adotada na decisão de *Van den Bergh Foods*.

Em junho de 2005, foi celebrado um termo de compromisso de cessação de prática entre a Coca-Cola e suas engarrafadoras, de um lado, e a Comissão Européia, de outro (Caso COMP/39.116/B - Coca-Cola), encerrando cinco anos de investigações. Comprometeram-se as investigadas a ceder 20% do espaço em suas próprias geladeiras – quando disponibilizadas sem encargos a pontos de vendas que não possuísem outros equipamentos equivalentes – para a colocação de quaisquer produtos, inclusive concorrentes da Coca-Cola. Para os espaços de temperatura ambiente, ficou proibida a exclusividade de vendas. Ademais, ficou ajustado que a Coca Cola e suas engarrafadoras cessariam de determinar, nos contratos fechados com pontos de vendas: (i) a proibição de o estabelecimento comprar refrigerantes de outras marcas; (ii) a fixação de percentagem mínima para aquisição de Coca Cola; (iii) a concessão de descontos condicionados pelo atendimento de metas de aquisição ou pela superação das mesmas; e (iv) a venda casada entre marcas de refrigerante Coca Cola.

Ainda na seara dos ajustes de exclusividade, em *Nutrasweet*, a Coca-Cola e a Pepsi foram induzidas pela Comissão Européia a abandonar *contrato de compra exclusiva* com a maior produtora mundial de aspartame. Tratava-se de exclusividade de fato, tendo em vista que o contrato previa o fornecimento de quantidades fixas pela Nutrasweet, que, no entendimento da Comissão, provavelmente correspondiam à maioria das compras de aspartame das empresas, se não todas.

De forma semelhante, em *Shotton Paper Co.*, a Comissão persuadiu a empresa investigada a limitar a 85% das suas necessidades as compras de um certo tipo de papel para reciclagem efetuadas junto a dois grandes fornecedores (ou seja, a empresa deveria comprar os 15% remanescentes de um terceiro fornecedor ou grupo de fornecedores), mesmo diante de um fechamento de mercado entre apenas 10 e 15 % e baixas barreiras à entrada.

Em todos os casos citados acima, é possível detectar preocupação com a existência de poder econômico, refletida na análise, ainda que simplificada, das participações de mercado ou do porte das empresas investigadas, vis-à-vis a posição detida por suas concorrentes. Os efeitos das condutas também se mostraram relevantes nas investigações, buscando as autoridades, invariavelmente, coibir o fechamento do mercado, ainda que em percentuais modestos.

Assim, pode-se dizer que recusas de negociar, ainda que unilaterais, fundadas em acordos de fornecimento ou distribuição, são geralmente analisadas à luz do artigo 81 do Tratado de Roma com base em algum tipo de avaliação de poder e na potencialidade de efeitos anticoncorrenciais. Essa conclusão é válida para a concessão de isenções por categoria, para a aplicabilidade da regra *de minimis* e para as análises individuais.

Verifica-se, nesse contexto, que a adoção de critérios que não levem em conta esses aspectos, como é o caso da chamada “*doutrina Metro*”, tendem a perder espaço²⁴⁵.

Mesmo a análise das denominadas restrições *hardcore* - que, por terem *objeto* anticompetitivo, não admitem uma defesa baseada na negativa de efeitos dessa natureza, recebendo tratamento rigoroso - vem sendo suavizada no sentido de admitir um exame, ainda que superficial, do mercado e de efeitos anticompetitivos.

No polêmico caso *Glaxo Spain* (Caso T-168/01, de 2006), a Corte de Primeira Instância Européia modificou implicitamente entendimentos anteriores, ao decidir que o critério da

²⁴⁵ Nesse sentido, Giorgio MONTI sugere que a “*doutrina Metro*” seja abandonada, em favor da adoção uniforme do Regulamento 2790/99 na análise dos sistemas de distribuição seletiva (*EC competition law*, cit., pp. 369-371).

razoabilidade deveria ter permeado a análise antitruste no caso concreto, que envolvia restrições territoriais (sistema de *dual-pricing*, ou precificação diversa conforme o território, com limitação de importações paralelas) e recusa de fornecer as quantidades demandadas pelos distribuidores em caso de violação da política comercial adotada.

A Corte assinalou que a decisão levava em conta as particularidades do setor (indústria farmacêutica, regulada em muitos países-membros) e destacou que restrições territoriais ainda são consideradas como práticas de objeto anticompetitivo. Entretanto, apesar de entender que havia acordo no caso concreto, caracterizado pela concordância dos distribuidores com a política da Glaxo, a Corte considerou que a análise não deveria ter parado por aí (como de praxe). Isso porque o acordo em questão não tinha objeto anticompetitivo, e sim efeitos dessa natureza, devendo então ser analisado à luz do art. 81, §3, do Tratado de Roma. A Corte devolveu o caso à Comissão para que esta fizesse tal análise. Todas as partes apelaram e aguardam a decisão do tribunal.

A doutrina e a própria Comissão Européia ficaram inicialmente perplexas com a decisão da Corte de Primeira Instância, e ainda procuram avaliar as suas conseqüências no que se refere à análise de restrições territoriais (especialmente restrições a importações paralelas) à luz do art. 81 do Tratado de Roma, caso a decisão seja confirmada pelo Tribunal Europeu²⁴⁶. Seria precipitado, desse modo, concluir que foi alterada a interpretação do art. 81 quanto às recusas de contratar oriundas de exclusividade territorial na União Européia. Vale deixar consignado, porém, que ventos de mudança sopram sobre aquele continente.

²⁴⁶ Luis F. Souto SOUBRIER, por exemplo, em artigo focado nas restrições ancilares à concorrência na indústria farmacêutica, analisa a decisão com cautela e assinala que, como conseqüências de Glaxo, caso confirmada a decisão da Corte de Primeira Instância, (i) restrições territoriais não são *per se* na indústria farmacêutica, (ii) mas serão analisadas conforme efeitos sobre o mercado (caso a caso, portanto), segundo parâmetros rígidos ou conservadores (*“low threshold”*), (iii) enfatizando-se o papel a ser desempenhado pelo art. 81 (3). (*The concept*, cit.)

II.3.1.3. Recusa de contratar verticais e o artigo 82 do Tratado de Roma

O artigo 82 do Tratado de Roma encontra-se voltado, entre outras coisas, para combater a recusa de contratar vertical, inclusive em decorrência de acordos, quando houver dominância. Assim, pode ser utilizado tanto nas situações em que não é possível caracterizar um *acordo*²⁴⁷, quanto nas hipóteses de ajustes (v.g, exclusividade de compra ou de venda) passíveis de enquadramento como *atos unilaterais* de empresas dominantes (nesse sentido, vide *Hoffman-La Roche* e *United Brands*)²⁴⁸, ou ainda como dominância coletiva.

A existência de dominância (já conceituada no Cap. I.5.3 retro) é o critério fundamental para a aplicação do art. 82, exigindo-se, ainda, que a empresa seja dominante em parte substancial do mercado comum. Vale destacar que empresas beneficiárias de isenções por categoria à luz do art. 81 do Tratado de Roma e dos Regulamentos 2790/99 ou 1400/02 não podem ser processadas por abuso de posição dominante com fulcro no art. 82, a não ser que a isenção seja previamente revogada, conforme entendimento da Corte Européia no precedente *Tetra Pak Hausing SA versus Commission* (Caso T-51/89, julgado em 1990).

Cabe ressaltar que nem todas as condutas restritivas adotadas por empresas dominantes constituem abuso punível à luz do dispositivo legal em exame. É certo que a dominância (individual ou coletiva) confere aos seus detentores responsabilidade especial, impondo-lhes obrigações e cautelas que não incidem sobre os demais agentes econômicos, que não gozam de tal posição privilegiada. Porém, tal responsabilidade especial tem limites.

A extensão da aplicabilidade do art. 82 do Tratado de Roma vem sendo objeto de profundas discussões na Europa. Em dezembro de 2005, a Comissão Européia publicou um documento denominado *Discussion Paper*, tratando da aplicação do referido dispositivo a

²⁴⁷ Tal como já mencionado, até os casos *Adalat* e *Volkswagen II*, a Comissão e as cortes vinham reiterada e consistentemente condenando proibições de importações paralelas, com destaque para produtos farmacêuticos e veículos, utilizando um conceito bem alargado de acordos. As decisões nos dois casos restringiram a interpretação dada a acordos, mas ainda é cedo para afirmar que novos critérios foram estabelecidos.

²⁴⁸ Em *United Brands*, o produtor recusou-se a vender a um distribuidor não exclusivo que queria engajar-se em campanha publicitária de produtos concorrentes. A Comissão entendeu que havia dominância e que a recusa estava direcionada para desincentivar o distribuidor. Em *Hoffman-La Roche*, a empresa dominante outorgou descontos a inúmeros compradores, obtendo como contrapartida a concordância destes em adquirir dela toda ou a maior parte de sua demanda por vitaminas.

abusos exclusionários. Além de discutir o conceito de dominância²⁴⁹ (individual e coletiva), barreiras à entrada, poder de compra compensatório e defesas possíveis à luz do art. 82, o documento arrola as diversas práticas que podem ser caracterizadas como abusivas.

No capítulo sobre exclusividade (tratada sob a rubrica de “*single branding and rebates*” no item 7 do *Discussion Paper*), a Comissão deixa claro que empresas dominantes podem adotar obrigações de exclusividade e sistemas de descontos, desde que estes não acarretem o fechamento do mercado a concorrentes efetivos ou potenciais. A existência de posição dominante por parte de um fornecedor já é suficiente para fazer com que os distribuidores, mesmo na ausência de medidas que incentivem a fidelidade, efetuem a maior parte de suas compras da empresa dominante. Isso porque para uma parcela substancial da demanda nesse mercado, não há bons substitutos para o produto (ou produtos) da empresa dominante. Assim, os distribuidores precisam ter os produtos em estoque, a fim de satisfazer as preferências dos consumidores, seus clientes, e atingir uma escala viável de negócios.

Nesse contexto é que devem ser examinados os efeitos concorrenciais da exclusividade à luz do art. 82 do tratado de Roma. O mesmo tipo de análise proposto para exclusividade explícita abarca práticas que, embora não expressas, induzem ao mesmo resultado (exclusividade de fato), tais como políticas de fidelização e descontos.

A Comissão distingue entre sistemas de descontos *condicionais* e *incondicionais*. Nos primeiros, os descontos dependem do comportamento de compra do distribuidor (por exemplo, descontos por quantidade) e podem ser aplicáveis a todas as compras (i.e., a partir de um volume determinado, todas as compras efetuadas em um certo período, inclusive aquelas que antecederam a obtenção do volume estabelecido, beneficiar-se-ão de um desconto) ou apenas às compras a partir de um determinado patamar (i.e., o desconto vale para as compras acima do volume estabelecido, não atingindo as anteriores). Nos últimos, os descontos independem do comportamento de compra do distribuidor, como ocorre para descontos oferecidos a certos clientes ou a certos canais de vendas,

²⁴⁹ Segundo o *Discussion Paper*, a dominância é improvável nas situações em que a participação de mercado da(s) empresa(s) investigada(s) é inferior a 25%, presumida a partir de 40%, e quase certa a partir de 50%.

relativamente aos quais o fornecedor pretende estreitar relações ou para os quais dirigiu investimentos, por exemplo.

Nos sistemas de descontos condicionais abrangendo todas as compras (com efeito retroativo sobre as compras que precederam o volume estabelecido), quanto maiores forem o percentual de desconto concedido e o volume de compras necessário para a incidência do desconto, maior a probabilidade de fechamento de mercado. Isso porque os distribuidores procurarão concentrar *todas* as suas compras de um determinado produto no mesmo fornecedor, dominante, a fim de se beneficiarem do desconto, e tendem a deixar de adquirir produtos de outros fornecedores. Geralmente, em situações de dominância, os fornecedores concorrentes da empresa dominante – que já não conseguem disputar a integralidade da demanda de um distribuidor por um determinado produto, pois o distribuidor não abrirá mão de estocar as marcas dominantes –, concorrem justamente pelo fornecimento de quantidades viáveis a clientes individuais. Ou seja, concorrem para ser a segunda ou terceira marca no estabelecimento, ao lado da(s) marca(s) dominante(s). Os sistemas de descontos condicionais sobre todas as compras podem desencorajar a coexistência entre a(s) marca(s) dominante(s) e suas concorrentes, levando os distribuidores a aumentar as suas compras do fornecedor dominante até a totalidade de sua demanda e a *recusar comprar produtos concorrentes*.

O *Discussion Paper* propõe que a melhor defesa para um fornecedor dominante, nesses casos, é demonstrar que o volume estabelecido em sua política de descontos por quantidade não é alto a ponto de desencorajar que os estabelecimentos comerciais adquiram produtos concorrentes. O mesmo se aplica ao próprio desconto. A Comissão Européia propõe fórmulas relativamente simples para calcular a probabilidade de fechamento do mercado, incorporando variáveis como preços (com e sem descontos) e quantidades economicamente viáveis do produto a serem adquiridas por um determinado estabelecimento.

Nos sistemas de descontos condicionais que não abrangem todas as compras, mas incidem apenas a partir de um determinado patamar (também chamados de sistemas de descontos condicionais incrementais), há que se verificar, outrossim, o tamanho de desconto e o volume a partir do qual é concedido. Se tal volume for próximo àquele que o estabelecimento comercial já adquire historicamente, o fornecedor está criando incentivos

para que o distribuidor aumente suas compras, e conseqüentemente para que *deixe de comprar produtos concorrentes*. Uma variável importante que a Comissão leva em consideração na análise concorrencial de tais sistemas é o nível do preço após os descontos, já que tal preço pode ser predatório (as fórmulas para calcular se há predação também são sugeridas pela Comissão, em seção específica do *Discussion Paper*).

Um fornecedor dominante pode, igualmente, oferecer descontos em troca de serviços prestados pelos distribuidores aos seus clientes ou ao próprio fornecedor. Nessas hipóteses, que integram o contexto dos *descontos condicionais*, entende a Comissão ser improvável a configuração de abuso concorrencial.

Os sistemas de descontos incondicionais podem igualmente levar ao fechamento, cabendo, inclusive, perquirir se o fornecedor elegeu certos distribuidores para se beneficiarem de descontos justamente porque tais distribuidores se encontravam suscetíveis a direcionar suas compras a concorrentes do fornecedor. O exemplo apresentado pela própria Comissão diz respeito a distribuidores localizados em regiões de fronteiras entre Estados-membros da UE, que podem mais facilmente adquirir produtos de fornecedores estrangeiros. Nesse caso, a análise da probabilidade de fechamento é qualitativa, abarcando as justificativas para a adoção da política de descontos incondicionais e para a escolha de determinados beneficiários. Nesse contexto, se a política for direcionada a todos os compradores, de diversos canais, é menos provável que tenha por objetivo ou por efeito eliminar a concorrência, a não ser que os descontos sejam predatórios.

Por fim, se a empresa dominante não aplica sua política de exclusividade, fidelidade ou descontos, qualquer que seja ela, a todos os compradores, mas a alguns seletivamente, há que se averiguar as causas de tal comportamento, especialmente se os compradores atingidos pela política são particularmente importantes para as possibilidades de entrada ou expansão de concorrentes efetivos, pelo tipo de canal, localização ou forma de distribuição dos produtos, por exemplo. Com isso, pode-se aferir, ainda, se a política está dirigida a algum cliente ou concorrente específico. No último caso, é provável que reste caracterizado o abuso.

Sistemas de fidelização de clientes e políticas de descontos foram condenados à luz do artigo 82 do Tratado de Roma nos casos *Hoffman-La Roche* (em que a empresa

comprometia grande parte dos pedidos dos clientes por meio de descontos por fidelidade, configurando, portanto, um sistema de descontos condicionais) e em *Michelin*.

Mais recentemente, o programa de descontos e fidelização de agências de viagem adotado pela British Airways, maior empresa de aviação no Reino Unido, foi considerado anticompetitivo pelas cortes européias, por induzir os destinatários a comercializar com exclusividade os produtos da referida empresa, em detrimento de concorrente (Caso C-95/04). Além de prêmios e bônus, os agentes de viagem ainda recebiam verbas sob contratos de *merchandising*, de modo que passaram a ter fortes incentivos para deixar de negociar com a referida concorrente.

No capítulo do *Discussion Paper* que trata especificamente da recusa de fornecer por parte de empresas dominantes, por seu turno, a Comissão distingue, inicialmente, entre recusas que têm por objeto implementar outras práticas, por meio de retaliação, de um lado, e recusas efetivamente exclusionárias, de outro. As primeiras são restrições-meio, voltadas para a implementação de acordos de exclusividade ou políticas de venda casada. Embora reconheça que podem ter efeitos anticompetitivos, a Comissão não as analisa, senão nas seções dedicadas às respectivas condutas-fim, quando adotadas por empresa dominante. As últimas, que a Comissão analisa detalhadamente ao longo do item 9 do Discussion Paper, estão geralmente voltadas para a exclusão de concorrente(s) da empresa dominante e são classificadas em três categorias distintas: (i) término de relação comercial pré-existente, (ii) recusa de fornecimento de produtos, informações ou licenciamento de propriedade intelectual e (iii) recusa de acesso a bens de utilidade essencial (*essential facilities*) ou redes.

Trataremos aqui da primeira e da segunda, pois a última será discutida no Capítulo IV. Para todas elas, de qualquer modo, a Comissão recomenda que a análise antitruste se baseie em um exame detalhado dos fatos e do contexto econômico, bem como de aspectos regulatórios (regulação em sentido estrito) eventualmente aplicáveis ao caso concreto.

A recusa de dar continuidade a relações comerciais entabuladas previamente pode ser considerada abusiva do ponto de vista concorrencial à luz do art. 82 do Tratado de Roma caso concorram quatro requisitos.

Em primeiro lugar, o comportamento da empresa dominante deve ser caracterizado como término de relacionamento comercial, o que inclui não apenas comportamentos explícitos e inequívocos, mas também práticas como o retardamento na entrega de produtos ou na prestação de serviços, a imposição de condições gravosas ou desleais à contraparte ou a cobrança de preços excessivos. A imposição de condições comerciais gravosas à contraparte também caracteriza a recusa de contratar, sendo certo que no *Discussion Paper* tal prática é chamada de “*constructive refusal to supply*” (item 219).

Em *segundo lugar*, como não poderia deixar de ser, a prática deve advir de empresa com posição dominante (individual ou coletiva).

Em *terceiro lugar*, a prática deve ser suscetível de afetar a concorrência. Isso não significa que há necessidade de demonstrar que a concorrência será completamente eliminada do mercado, mas deve ser afetada de forma não insignificante. Ainda que o impacto da exclusão de um distribuidor do mercado a jusante seja aparentemente pequeno (por exemplo, em virtude da existência de diversos outros distribuidores em tal mercado), há que se analisar se a exclusão daquele agente econômico terá o condão de facilitar a colusão (expressa ou tácita) entre os demais, situação em que fica caracterizada a suscetibilidade de prejuízo à concorrência.

Por fim, a recusa deve ser objetivamente justificável. Se estiver fundada, por exemplo, na incapacidade do distribuidor em cumprir as suas obrigações, ela é legítima. Da mesma forma, o fornecedor pode justificar-se com base em eficiências, inclusive se for a sua intenção ingressar no mercado a jusante, para melhorar a distribuição do produto e reduzir custos. Nesse caso, porém, terá que demonstrar que os consumidores finais estarão em melhor situação.

Esse é um dos pontos mais controvertidos, no nosso entendimento, do *Discussion Paper*. Embora a Comissão tenha incluído a denominada “defesa baseada em eficiências” entre as chamadas justificativas objetivas para uma prática restritiva, tal defesa não tem sido aceita pelas cortes europeias (v.g. o caso Microsoft, comentado no capítulo que trata das recusas envolvendo bens essenciais na Europa). Trata-se de uma proposta da Comissão, no entanto, para consideração futura de todos os afetados pela aplicação do direito antitruste

na Europa, inclusive pelas cortes, com vistas a uniformizar a aplicação dos arts. 81 e 82 do Tratado.

No que se refere à recusa de iniciar o fornecimento de produtos, a Comissão também se reporta a quatro requisitos, sendo três deles equivalentes à situação de término de relação comercial pré-existente (caracterização da conduta como recusa, ainda que indiretamente, dominância e suscetibilidade de prejudicar a concorrência) e o remanescente referente à indispensabilidade do produto ofertado pela empresa dominante.

Verifica-se, desse modo, que a Comissão Européia se volta para a idéia de bens essenciais, que será discutida no item IV.3, ao tratar de recusas de iniciar o fornecimento de produtos. Tal constatação, porém, não deve causar surpresa, se considerarmos que na Europa o conceito de infra-estrutura essencial foi alargado para comportar uma vasta gama de situações não compreendidas na doutrina da infra-estrutura essencial desenvolvida nos Estados Unidos.

De qualquer modo, os requisitos de indispensabilidade do produto e de suscetibilidade de prejuízo à concorrência são traduzidos, nos precedentes europeus, pela reiterada proibição de recusas que possam concretamente resultar na eliminação de empresa no mercado *downstream*. Vide, nesse sentido, os casos *Commercial Solvents versus Commission* (Casos 6/73 e 7/73, julgados em 1974), *Hugin versus Commission* (Caso 22/788, julgado em 1979) e *Napier Brown – British Sugar* (1990). Em *BB/Boosey and Hawkes* (1988), a Comissão Européia condenou empresa que recusou fornecer insumos (equipamentos) a um distribuidor que anunciou sua entrada no mercado a montante. As autoridades, ainda, prestam atenção à identidade do concorrente em risco de ser eliminado²⁵⁰.

Em sua defesa, as empresas dominantes podem mostrar que o distribuidor ou comprador a quem recusam fornecimento não atenderia as contrapartidas necessárias para integrar a sua rede de distribuição, bem como que a recusa é necessária e razoável para proteger investimentos efetuados.

²⁵⁰ Vide, também, *Centre Belge d'Etudes de Marche Tele-Marketing SA (CBEM) v Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion SA (CLT)*, de 1985, envolvendo a recusa de fornecer conteúdo televisivo.

No caso de propriedade intelectual²⁵¹, os mesmos requisitos devem ser preenchidos, não existindo, *a priori*, uma obrigação de negociar relacionada a tais direitos. O abuso pode ser caracterizado, por exemplo, quando a recusa impede o desenvolvimento de um mercado em que o direito de propriedade intelectual é insumo indispensável, prejudicando os consumidores. Se o concorrente que demandou acesso ao insumo o faz porque pretende desenvolver produtos ou serviços não explorados pela empresa dominante detentora do direito de propriedade intelectual, é ainda mais provável que se configure um abuso²⁵². A recusa envolvendo direitos de propriedade intelectual geralmente é analisada tendo em vista o interesse dos consumidores, que não podem ser privados de inovações a serem trazidas por concorrentes da empresa dominante detentora dos direitos. Esse assunto volta a ser abordado ao tratarmos da doutrina da infra-estrutura essencial na Europa (Cap. IV.3).

No que se refere especificamente a informações, ainda que configurem segredo de empresa ou de indústria, a Comissão entende que empresas dominantes têm a obrigação de fornecê-las nas hipóteses em que forem necessárias para fins de interoperabilidade entre mercados distintos (como em *Microsoft*).

Finalmente, o *Discussion Paper* aborda *mercados secundários*, que compreendem produtos ou serviços complementares, demandados somente após a aquisição de um produto tido como “primário”. Exemplos típicos são peças e componentes de produtos duráveis, cartuchos de tinta ou toner para equipamentos como impressoras e copiadoras e softwares de *upgrade*.

A principal discussão envolvendo mercados secundários, segundo a Comissão Europeia, refere-se à definição do mercado relevante e à influência que preços e outras variáveis competitivas no mercado secundário exercem sobre o mercado primário.

²⁵¹ A respeito do tema, vide Laura MARCHEGIANI. *Opere 'utili' e libertà della concorrenza*. Milano: Giuffrè, 2006.

²⁵² Nesse sentido, vide caso *Radio Telefis Eireann (RTE) v. Commission*, julgado em 1991, onde a Corte de Primeira Instância estabeleceu que a recusa de uma transmissora de televisão irlandesa em conceder licenças a terceiros para que estes pudessem desenvolver guias semanais de programação (abrangendo as três emissoras na região) era abusiva, por impedir o desenvolvimento de um novo produto e implicar alavancagem de poder para um mercado derivativo. BELLAMY e CHILD contrapõem o caso a *AB Volvo v. Erik Veng*, de 1988, onde a Corte entendeu que direitos de propriedade intelectual não estavam sendo exercidos de forma abusiva, pois a Volvo não recusava o fornecimento de peças a reparadores independentes, apenas proibia a fabricação e comercialização de peças protegidas por desenho industrial de sua propriedade (*Common market law of competition*. 4 ed. London: Sweet and Maxwell, 1993, pp. 632-633).

As autoridades preocupam-se com o grau de dependência dos consumidores dos produtos ou serviços secundários, uma vez que tenham adquirido um produto ou serviço primário de um determinado fornecedor. Há situações em que, ainda que o mercado primário seja competitivo, o fornecedor tem condições de exercer poder no mercado secundário. Isso acontece, por exemplo, se o produto secundário do fornecedor for insubstituível e o custo de substituição do produto primário (que não se refere apenas ao preço de um novo produto, mas a outros investimentos como treinamento, instalação, etc.) for elevado. Em tais circunstâncias, os mercados primário e secundário constituem efetivamente mercados relevantes distintos e o fornecedor no mercado primário tem condições de exercer dominância.

O grau de informação disponível para os potenciais consumidores exerce um papel muito importante para se aferir a dominância nos casos concretos de mercados secundários. Se houver grande transparência, potenciais consumidores saberão, de antemão, que, a despeito de os preços de um determinado fabricante no mercado primário serem mais atraentes, a escolha de tal fabricante não necessariamente é a melhor, pois os preços das peças de reposição e serviços de manutenção do produto desse fabricante nos mercados secundários são mais elevados. Em tais condições, os fornecedores no mercado primário preocupam-se com suas respectivas reputações, fator, no entanto, que se pode tornar menos importante se o fornecedor estiver saindo do mercado (embora ainda possa ter preocupação com a sua reputação em outros mercados, nos quais pretenda entrar ou permanecer).

Além das situações apresentadas no *Discussion Paper*, recusas de contratar verticais adotadas por empresas dominantes foram punidas na Europa por resultarem em divisão de mercados e proibição de importações paralelas, como no caso *British Leyland v. Commission*, de 1986, no setor de veículos automotivos. Ali, a investigada foi condenada por abusar de sua posição dominante ao dificultar a reimportação, pelo Reino Unido, de veículos adaptados para a mão inglesa. A British Leyland recusava a emissão dos necessários certificados de adequação dos veículos para a mão inglesa, ou cobrava taxas proibitivas para que fossem emitidos.

II.3.1.4. Síntese do tratamento outorgado às recusas verticais envolvendo bens não-essenciais na Europa: em direção à convergência entre os arts. 81 e 82?

Após minucioso exame da forma com que vêm sendo interpretados os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma no que se refere a recusas de contratar verticais, não há como olvidar a tendência de convergência entre os dois dispositivos no direito comunitário europeu contemporâneo, especialmente no que se refere aos acordos verticais.

O art. 81, em princípio, trata de acordos e dispensa a avaliação de poder de mercado. O art. 82, por seu turno, abarca principalmente práticas unilaterais e impõe a existência de dominância para que haja condenação. Na prática, porém, condutas unilaterais são analisadas à luz do art. 81, que passou a incorporar, para a grande maioria dos casos, um teste de dominância, a exemplo do que ocorre com as práticas sob o art. 82, enquanto que acordos também podem ser analisados à luz do art. 82.

Ainda que os patamares que impedem que uma prática se beneficie das chamadas isenções por categoria à luz do art. 81 sejam menos rígidos que os requisitos necessários para configurar dominância sob o art. 82 do Tratado de Roma, ambas as análises adotam como premissa a avaliação de *market share* e outros critérios tradicionais de medição de poder de mercado.

Para os acordos verticais, a única diferença que permanece entre os dois dispositivos diz respeito à adoção da defesa baseada em eficiências, admissível à luz do art. 81, §3, do Tratado, porém inaceitável à luz do art. 82. Como resultado, em tese, o mesmo acordo poderia ser reputado lícito com base em uma análise antitruste individual fundada no art. 81 e ilícito com base no art. 82 do mesmo diploma. Na prática, porém, essa situação nunca ocorreu e não acreditamos que venha a ter lugar.

Um acordo anticompetitivo à luz do art. 82 do Tratado de Roma jamais preencheria os requisitos do art. 81, §3, como bem apontado por Ekaterina ROUSSEVA. O inverso também é verdadeiro, isto é, um acordo que preenche os requisitos do art. 81, §3, nunca

seria considerado abusivo com base no art. 82. A autora entende que, com a modernização do art. 81 e a inclusão de testes de poder de mercado nas análises fundadas nesse dispositivo, passou a existir sobreposição com o que dispõe o art. 82 no que se refere aos acordos verticais. O caso *Van den Bergh Foods* é exemplo claro de tal situação, evidenciando a completa prescindibilidade do art. 82 no que tange a essas práticas. Para ROUSSEVA, o art. 82 deveria ser mantido apenas para coibir práticas puramente unilaterais de empresas dominantes²⁵³.

Há, no entanto, aqueles que discordam da *convergência* e, principalmente, da capacidade de a Comissão Européia modificar a sua interpretação do art. 81, passando a efetuar-la de forma mais econômica e racional²⁵⁴.

É evidente, a nosso ver, que existe uma aproximação entre os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma, muito em virtude da regulamentação emanada pela Comissão e da interpretação que Cortes e autoridades administrativas conferem aos dispositivos. Porém, ainda é possível distinguir entre o tratamento outorgado às recusas de contratar verticais, já que:

- (i) as recusas fundadas em práticas de exclusividade previamente acordadas entre partes não detentoras de posição dominante serão analisadas com base tão-somente no art. 81 do Tratado de Roma, podendo beneficiar-se de isenção por categoria ou, caso não sejam elegíveis, ser objeto de defesa fundada no art. 81, §3, do Tratado de Roma, que admite a realização de um balanço entre efeitos anticompetitivos e benefícios;

²⁵³ Modernizing by erradicating: how the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review* n. 42, p. 587-638, 2005. Em outro texto, Ekaterina ROUSSEVA analisa a reforma proposta para o art. 82 no *Discussion Paper* da Comissão Européia, e conclui que, a despeito da intenção da Comissão de introduzir conceitos como eficiência alocativa e "*meeting competition defence*" no referido dispositivo, sob a rubrica de justificativas objetivas, o tratado não permite tal abordagem, que foi expressamente afastada no recente caso *Microsoft*, ainda que sob protestos de grande parte da doutrina, em especial por entusiastas da análise econômica do direito (*Abuse of dominant position defences: objective justification and article 82. EC in the era of modernization*. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law*, cit., p. 377-431).

²⁵⁴ Nesse sentido, vide Maurizio GAMBARDELLA e Francesco Maria SALERNO. Os autores entendem que os novos regulamentos em matéria de acordos verticais da Comissão Européia ainda estão muito presos a formalismos, denotando a continuidade da política que precede a ambos (*Vertical Agreements: was the Commission's response adequate? On the Commission's ability to reform long-standing policies*. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law*, cit., p. 175-206).

- (ii) as recusas unilaterais somente poderão ser questionadas à luz do art. 82 do Tratado de Roma, não podendo, segundo a orientação da jurisprudência da Corte de Justiça Européia (e a despeito das críticas de parte da doutrina e das dúvidas propostas do *Discussion Paper*), escusar-se com base em eficiências compensatórias.

É imprescindível que algumas questões sejam respondidas para que se possa enquadrar determinada prática em uma das hipóteses acima. Em primeiro lugar, há que se ter clareza sobre os elementos que caracterizam um acordo, para fins de enquadramento da prática na hipótese 'i'. Ademais, é fundamental estabelecer as condições necessárias para caracterizar dominância para enquadramento de uma recusa unilateral sob a hipótese 'ii'.

As recusas situadas entre os dois extremos apresentados acima podem ser objeto de investigação tanto sob o art. 81 quanto sob o art. 82 do Tratado de Roma, e diversas questões permanecem em aberto, além daquelas já apresentadas. Sobre as condições aptas para caracterizar a dominância, por exemplo, como lidar com situações em que as participações de mercado das empresas envolvidas excedem, porém não em muito, o patamar de 30%, tornando o contrato inelegível para fins de uma isenção por categoria?

Existe uma zona cinzenta, por exemplo, para os acordos verticais envolvendo empresas com participação de mercado entre 30% e 40%. Embora não sejam passíveis de obter uma isenção por categoria, não necessariamente envolvem participações de mercado elevadas a ponto de invocar um exame sob o art. 82. E, ainda que o art. 82 se aplique, a sua utilização é desnecessária, pois o acordo já enseja uma análise com base no art. 81 e seus parágrafos.

Desse modo, conforme bem observado por ROUSSEVA, não acarretaria nenhum mal a supressão do art. 82 como instrumento concorrencial de controle dos *acordos verticais*, remanescendo, porém, a sua utilidade no que concerne às práticas puramente unilaterais, inclusive as recusas de contratar.

Nessa hipótese, entretanto, é difícil avaliar se os mesmos parâmetros seriam adotados nas análises das recusas de contratar unilaterais e das recusas decorrentes de acordos. A própria autora reconhece que o art. 82 não contempla um balanço de eficiências e outras defesas aceitas pelo art. 81, §3, de modo que o tipo de investigação a ser implementada e os seus

resultados possivelmente dependeriam da caracterização ou não de um acordo, ou seja, de um aspecto exclusivamente formal. Voltamos a essa discussão no item VI.1 da Conclusão.

II.3.2. Estados Unidos: uniformização em torno da regra da razão

II.3.2.1. Considerações gerais introdutórias

A exemplo do que ocorre na Europa, a legislação antitruste nos Estados Unidos distingue entre condutas decorrentes de acordos, de um lado, e condutas adotadas por empresas detentoras de posição dominante, de outro, estando as primeiras disciplinadas principalmente no artigo 1º do Sherman Act e as segundas no artigo 2º do mesmo diploma legal.

No que se refere ao tratamento dos acordos verticais, as semelhanças não param por aí. As cortes norte-americanas também fizeram movimentos para estender o conceito de acordo (art. 1º) a condutas unilaterais derivadas (v.g., precedentes *Parke, Davis & Co.* e *Russell Stover*²⁵⁵), embora de forma mais tímida do que na Europa e a despeito do polêmico precedente *Colgate*²⁵⁶.

Doutrina e jurisprudência norte-americanas igualmente caminharam no sentido de distinguir entre acordos de compra e de venda exclusivas. Nos EUA, porém, não existe tratamento específico para os sistemas de distribuição seletiva, como ocorre na Europa. Mas as restrições de natureza territorial, durante muito tempo, foram objeto de análises conservadoras pelas autoridades norte-americanas, tal como no velho continente.

No que tange ao art. 2º do Sherman Act, que trata de monopolização e da sua tentativa, representando o equivalente norte-americano do abuso de posição dominante (vide item I.5.3 da Primeira Parte), a sua aplicabilidade estende-se a acordos, inclusive verticais, exatamente como acontece do outro lado do Atlântico.

²⁵⁵ Em *United States v. Parke, Davis & Co.* (362 U.S. 29), de 1960, por exemplo, a Suprema Corte, limitando a chamada *Doutrina Colgate*, entendeu que condutas adotadas simultaneamente por diversos distribuidores e provas de que os mesmos mantinham contato com o fabricante que, por seu turno, reportava as conversas mantidas a outros distribuidores, garantindo a aderência dos mesmos à sua política, eram elementos suficientes da existência de um acordo. Em *Russell Stover* (1981), a FTC entendeu que uma política anunciada pelo fabricante no sentido de terminar relações contratuais com distribuidores que concediam descontos, juntamente com o amplo adimplemento por partes destes, justificava a conclusão de que existia “*unwilling compliance*”, e conseqüentemente, havia um acordo (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Refusals to deal*, cit., p. 14-20).

²⁵⁶ Em *Colgate*, a Suprema Corte norte-americana procurou estabelecer critérios para distinguir entre recusas de contratar tipicamente unilaterais e recusas oriundas de acordos. O precedente é confuso e, embora tenha sido contrariado no seu mérito por *Parke, Davis & Co.* e *Russell Stover*, jamais foi completamente superado. Voltamos a tratar do precedente *Colgate* mais adiante, no item II.3.3.2.

Por outro lado, há substanciais diferenças entre o direito norte-americano e o direito europeu quanto à aplicação de diversos princípios e doutrinas, sendo os EUA geralmente mais liberais relativamente às restrições verticais.

II.3.2.2. O art. 1º do Sherman Act e sua interpretação jurisprudencial no que tange às recusas verticais

Com base no artigo 1º do Sherman Act, a jurisprudência norte-americana estabelece importante distinção entre acordos verticais de preços, historicamente tratados como ilícitos *per se*, até a superação da regra para preços máximos em 1997 (*Kahn*) e, mais recentemente, para preços mínimos (*Leegin*), e os demais acordos verticais, tratados pela regra da razão desde 1977, com a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Continental T.V. Inc. v GTE Sylvania Inc.*, que versava sobre o término unilateral de uma relação de distribuição, tendo em vista o estabelecimento de um contrato de exclusividade territorial entre o fornecedor e um novo distribuidor.

Os acordos de exclusividade de vendas, entendidos como aqueles pelos quais um fornecedor outorga a um distribuidor o direito de ser o único revendedor de seus produtos ou prestador de serviços em uma determinada área geográfica (vide item I.2.1 dessa Segunda Parte), são tratados expressamente sob a regra da razão nos EUA desde 1967, com a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Arnold, Schwinn & Co.* (388 US 365). Naquela decisão, restou consignado, quanto ao mérito concorrencial da prática, que *“o fabricante de um produto cujas marcas substitutas ou equivalentes estejam prontamente disponíveis no mercado pode selecionar os seus clientes, e para este fim ele pode franquear certos distribuidores para os quais, exclusivamente, ele venderá seus produtos. Se a restrição parar nesse ponto – se nada mais estiver envolvido além do confinamento vertical das vendas do próprio fabricante aos distribuidores selecionados -, e se produtos concorrentes estiverem prontamente disponíveis a outros, a restrição, baseada nesses fatos apenas, não violaria o Sherman Act”*.

A decisão encontra-se fundamentalmente respaldada na idéia de liberdade contratual, que daria ao fabricante de um produto o direito de contratar a sua revenda com quem preferisse. Enfatiza-se, ainda, a existência da concorrência intermarcas, ou seja, de produtos substitutos ao produto comercializado pelo fabricante. Em tais condições, portanto, é lícito o acordo que dispõe que o fornecedor não pode estabelecer-se naquela região ou vender a outros distribuidores no mesmo local.

Ocorre que a própria decisão *Arnold, Schwinn & Co.* proibiu restrições territoriais e outras limitações estabelecidas no caso concreto, porque afetavam a liberdade dos distribuidores de dispor dos produtos conforme a sua vontade. Assim, as proibições de revenda dos produtos fora da área designada pelo fabricante ao distribuidor (restrições territoriais) ou a revendedores não autorizados (restrições de clientes ou de categorias de clientes) passaram a ser tratadas como ilícitos *per se*.

Dez anos mais tarde, o precedente foi superado pela decisão da Suprema Corte no citado caso *GTE Sylvania*, de 1977. Entendeu então a Corte que estabelecer uma regra *per se* com base na natureza da restrição é geralmente indesejável, bem como que era apropriado o retorno à regra da razão “*que governou as restrições verticais de maneira geral antes de Schwinn*”, precedente que teria gerado uma ruptura “*abrupta e inexplicável*” com a política adotada.

Com isso, restou fixada a regra da razão para a análise de ajustes de exclusividade, inclusive nas situações de restrições territoriais e de clientes. O mesmo raciocínio é aplicado a outras restrições que induzem à exclusividade territorial, tais como cláusulas estabelecendo compensação entre distribuidores por vendas realizadas fora das suas respectivas áreas de atuação.

Com base no precedente *GTE Sylvania*, aliás, as cortes norte-americanas passaram, via de regra, a considerar lícitas à luz do artigo 1º do Sherman Act restrições verticais no âmbito da mesma marca, pois estas não afetariam a concorrência entre as diversas marcas de produtos. Em poucos casos, apenas, tais restrições foram consideradas ilegais.

Em *Graphic Prods. Distribs. v. ITEK Corp.*, por exemplo, restrições territoriais impostas por um fabricante com participação de mercado entre 70% e 75% foram consideradas anticompetitivas pelo Décimo-primeiro Circuito Federal, por enfraquecerem a concorrência intramarca, considerada importante no caso concreto²⁵⁷. Em *Eiberger v. Sony Corp.*, restrições adotadas por um fabricante com 12% de participação de mercado foram consideradas desarrazoadas, tendo em vista que, segundo o Segundo Circuito, as restrições

²⁵⁷ 717 F.2d 1560, 1578 (11th Cir. 1983).

não tinham justificativas comerciais válidas e não havia pressões competitivas intermarcas que compensassem a redução da concorrência intramarca²⁵⁸.

Tal como já mencionado, acordos de distribuição exclusiva implicam na recusa do fornecedor em comercializar seus produtos a outros revendedores. Tal recusa também se manifesta quando o fabricante termina o relacionamento comercial com certos distribuidores para contratar exclusivamente com outros. Nos EUA, a análise da licitude da recusa de contratar nessas situações acompanha o tratamento outorgado às restrições verticais que a originaram (restrições-fim), ou seja, submete-se à regra da razão.

O mesmo tratamento é outorgado aos *acordos de compra exclusiva*, por meio dos quais um distribuidor concorda, por um período, em adquirir determinados produtos de apenas um fornecedor, deixando, portanto, de comercializar produtos ou marcas concorrentes. Tais acordos existem não apenas quando a exclusividade se encontra explicitamente convencionada entre as partes, mas também quando o distribuidor compromete parcela substancial de suas compras por meio de um contrato com um fornecedor, ou quando adere a uma política de preços ou descontos que desincentiva aquisições de outros fornecedores.

Tais práticas apenas geram preocupação concorrencial nos EUA quanto têm o condão de gerar fechamento do mercado para fornecedores concorrentes, incapazes de recorrer a outras formas de distribuição para escoar seus produtos e serviços sem incorrer em custos adicionais significativos.

Além de violar o artigo 1º do Sherman Act, os acordos de compra exclusiva podem enquadrar-se no artigo 3º do Clayton Act, se tiverem o condão de “*substancialmente limitar a concorrência*” ou “*tenderem a criar um monopólio*”. As previsões do Clayton Act, no entanto, referem-se apenas à distribuição de produtos, e não se aplicam à prestação de serviços ou ao acesso a bens intangíveis.

Ademais, aplica-se o artigo 5º do *Federal Trade Commission Act* aos acordos de compra exclusivos que não violem o Clayton Act, mas que tenham o condão de fechar o mercado para um número significativo de pontos de vendas.

²⁵⁸ 622 F.2nd 1068, 1077-81 (2d Cir. 1980).

Assim, recusas de contratar com base em acordos de *compra exclusiva* adotados por empresas não detentoras de poder de monopólio (e que, portanto, não se enquadram no art. 2º do Sherman Act) podem ser questionadas à luz do art. 1º do mesmo diploma legal, bem como com base no Clayton Act (art. 3º) e no FTC Act (art. 5º).

Em apertada síntese, para que uma recusa de contratar possa ser considerada ilegal à luz do artigo 1º do Sherman Act, faz-se necessário que (i) decorra de um contrato, combinação ou concertação, (ii) restrinja desarrazoadamente o comércio²⁵⁹, ou, conforme a interpretação predominante das cortes nos EUA, tenham o condão de produzir efeitos anticompetitivos. O mesmo se aplica a recusas decorrentes de acordos de compra exclusiva questionados à luz do Clayton Act e do FTC Act.

Sobre o primeiro requisito, há que se destacar a denominada *Doutrina Colgate*, que remonta à decisão do referido precedente em 1919 pela Suprema Corte (Caso 250 U.S. 300). A recusa de contratar naquele caso derivava de uma política de fixação de preços mínimos de revenda, imposta unilateralmente pela Colgate aos seus distribuidores. Embora não se esteja tratando de fixação de preços aqui, a doutrina é muito importante para a análise de restrições verticais em geral que tenham por consequência a recusa de contratar. Restando totalmente descaracterizado o elemento “acordo”, a prática não pode ser considerada ilícita à luz do art. 1º do Sherman Act. Ainda poderá ser questionada à luz do art. 2º do mesmo diploma, porém os requisitos para que reste demonstrada a ilicitude são mais difíceis de ser preenchidos.

A despeito das inúmeras críticas a ela dirigidas, em especial o apego a critérios excessivamente formais e o fato de estabelecer distinção muito tênue entre conduta unilateral e conduta concertada²⁶⁰, a *Doutrina Colgate* não foi completamente superada e

²⁵⁹ Douglas BRODER esclarece que a legislação norte-americana estabelece a necessidade de se demonstrar que a restrição em questão afeta o comércio *entre* os estados da confederação; porém, historicamente, são raras as defesas bem sucedidas baseadas na não demonstração de tal efeito (*A guide do US antitrust law*. London: Sweet and Maxwell, 2005, p. 75).

²⁶⁰ Herbert HOVENKAMP, por exemplo, pondera que a *Doutrina Colgate* é incoerente e de difícil aplicação prática, já que a distinção entre a fixação unilateral e acordada de preços de revenda não passa de mero formalismo. “*The Colgate doctrine is probably the unforeseen result of a badly drafted indictment, which neglected to ‘charge Colgate with selling its products to dealers under agreements which obligated the latter not to resell except at prices fixed by the company’.* Rather, the indictment alleged 1) that Colgate entered into sales contracts with retailers; 2) that it separately announced an intention not to make such contracts with retailers who sold for less than Colgate’s posted retail prices; 3) that it subsequently refused to deal with price cutters, as it announced. In an age overly inclined toward legal formalism, it was quite easy for

continua orientando o comportamento das cortes norte-americanas em situações de recusa de contratar inequivocadamente unilaterais, ainda que decorrentes de acordos verticais preexistentes (ao contrário, portanto, do entendimento que predomina na Europa), e não adotadas por empresas detentoras (ou em busca) de poder de monopólio, situações que se enquadram no art. 2º do Sherman Act e que são excluídas pelo próprio precedente *Colgate*:

“In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, *the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell*” (nosso destaque).

Não há como negar, porém, que os critérios adotados na decisão *Colgate* para que se chegasse à conclusão de que a conduta em análise no caso concreto era unilateral foram modificados em decisões posteriores da Suprema Corte, como, por exemplo, *United States v. Parke, Davis & Co.* (362 U.S. 29), de 1960 (vide nota), e *Monsanto v. Spray-Rite Service Corp.* (465 U.S. 752), julgado em 1984. Neste último, após diversas considerações a respeito da prova requerida para enquadrar um acordo vertical de fixação de preços como uma violação ao § 1 do *Sherman Act*, a Corte decidiu que a Monsanto havia ido além do quanto permitido em *Colgate*, de modo que a sua conduta se enquadraria como acordo²⁶¹.

Já no que se refere à demonstração de efeitos anticompetitivos, a jurisprudência norte-americana houve por bem afastar a ilicitude da recusa de contratar em situações em que, embora restasse caracterizado o *intento* de prejudicar a concorrência, não havia efeitos nesse sentido, e não era concebível que tais efeitos fossem produzidos²⁶². Nesse sentido, as cortes levam em consideração as justificativas apresentadas para a prática, mas a acusação

the Court to separate the sales contract on the one hand from Colgate's apparent 'unilateral' refusal to deal on the other” (*Economics*, cit., p. 259, nota 6).

²⁶¹ “[T]he correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the manufacturer and distributor. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective” (FOX e SULLIVAN. *Cases and materials*, cit., p. 562).

²⁶² Vide ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust law developments*, cit., pp. 162-163). O trabalho faz referência aos seguintes casos que tramitaram nas cortes federais nos EUA: *Jeanery Inc. v. James Jeans, Inc.*, 849 F.2d 1148, 1156 n.7 (9th Circuit, 1988); *Fuchs Sugars & Syrups, Inc. v. Amstar Corp.*, 602 F.2d 1025, 1030 (2d Cir. 1979); *Lamb's Pátio Theatre v. Univrsal Film Exch.* 582 F.2d 1068. 1070 (7th Cir. 1978); *H&B Equip. Co. v. International Harvester Co.*, 577 F.2d 239, 246 (5th Cir. 1978); *Northwest Power Prods. v. Omark Indus.*, 576 F.2d 83, 90 (5th Cir. 1978); *Edward J. Sweeney & Sons v. Texaco, Inc.*, 478 F. Supp. 243, 264 (E.D. Pa. 1979), *aff'd*. 637 F.2d 105 (3rd Cir. 1980).

ainda pode provar que mesmo objetivos comerciais legítimos constituem pretexto para a eliminação da concorrência.

Efeitos anticompetitivos são geralmente identificados, conforme já mencionado acima, em situações de risco de arrefecimento da concorrência intermarcas (pelo enfraquecimento dos distribuidores que negociavam marcas concorrentes, por exemplo) e apenas excepcionalmente nos casos em que a concorrência intramarca é a única prejudicada. A existência de efeitos anticompetitivos foi expressamente afastada em situações em que o número de distribuidores permaneceu igual (a despeito de terem certos distribuidores sido substituídos por outros e sofrido sérios prejuízos nos seus negócios)²⁶³, em situações de redução do número de distribuidores²⁶⁴, e mesmo em situações em que não havia fontes alternativas de suprimentos e o fabricante decidiu sair do negócio (como em *United Brands*²⁶⁵) ou reduziu a sua capacidade de abastecimento de distribuidores em virtude de uma crise de falta de oferta (como em *International Paper* e em *Mobil Oil Co.*²⁶⁶).

No que tange à exclusividade de compra, a existência de efeitos anticompetitivos é aferida por meio dos denominados testes de substancialidade.

No precedente *Standard Oil Co. v. United States* (337 US 293, *Standard Stations*, julgado em 1949), a Suprema Corte norte-americana aplicou o teste que ficou conhecido como “teste de substancialidade quantitativo”, que media os efeitos anticompetitivos, ou fechamento de mercado, gerados pela exclusividade com base predominantemente no percentual do mercado relevante objeto da prática. Se houvesse substancialidade, o acordo deveria ser considerado anticompetitivo. No caso concreto, o percentual de 6,7% do mercado relevante foi considerado “fechamento substancial”, em um mercado relevante onde os demais concorrentes também adotavam a prática. Assim, foi levado em

²⁶³ Nesse sentido, vide *Burdett Sound, Inc. v. Altec Corp.*, 515 F.2d 1245, 1249 (5th cir. 1975); *Crane & Shovel Sales Corp. v. Bueynis-Erie Co.*, 854 F.2d 802, 806 (6th Cir. 1988); e *Ace Beer Distributors v. Kohn, Inc.*, 318 F.2d 283 (6th Cir. 1963). No caso *Rutman Wine Co. v. J. Gallo Winery*, 829 F.2d 729, 735 (9th cir. 1987), itens 734 e 735, a Corte aduz expressamente que as leis antitruste não foram desenhadas para proteger concorrentes. De forma semelhante decidiu a corte em *Fine v. Barry & Enright Prods.*, 731 F.2d 1394, 1398-99 (9th Cir. 1984), ressaltando que a acusação deve provar a existência de prejuízo ao mercado e à concorrência, não bastando que traga prejuízos individuais como prova.

²⁶⁴ Vide, por exemplo, *Electronics Communs. Corp. v. Toshiba Am. Consumer Prods.*, 129 F.3d 240 (2d Cir. 1997), em que a conduta do fabricante ao substituir uma rede de revendedores por um único distribuidor exclusivo foi considerada lícita à luz do Sherman Act.

²⁶⁵ *International Rys. of Cent. Am. V. United Brands Co.*, 532 F.2d 231, 239-41 (2d Cir. 1976).

²⁶⁶ *White Bag Co. v. International Paper Co.*, 579 F.2d 1384, 1386-87 (4th cir. 1974) e *Nebraska-Iowa Car Wash, Inc. v. Mobil Oil Corp.*, 1976-I Trade Cas (CCH).

consideração o fato de que o mercado se encontrava sob fechamento de 65%, considerando-se os contratos de todas as grandes empresas petrolíferas²⁶⁷.

Doze anos mais tarde, a Suprema Corte tomou um caminho diferente ao analisar o caso *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, adotando teste que ficou conhecido como “de substancialidade qualitativo” ao deixar de considerar anticompetitivo um acordo de exclusividade de compra de carvão no valor de 128 milhões de dólares, pelo prazo de 20 anos. Embora o acordo fechasse apenas 0,77% do mercado relevante, não foi este o elemento determinante para a decisão na Corte ao considerar o acordo lícito, mas sim as condições competitivas do mercado, características das operações das partes e o preenchimento do “interesse público”, com o pronto e amplo abastecimento de carvão a diversas utilidades públicas²⁶⁸.

A análise de contratos de compra exclusiva sob a regra da razão a partir de *Tampa Electric* passaram a abranger as seguintes etapas: (i) avaliação de evidências de que comprador e vendedor realizaram o tipo de acordo que potencialmente teria efeitos anticompetitivos, não havendo necessidade, porém, de que a exclusividade seja explícita (podendo restar caracterizada simplesmente mediante programas de fidelidade, preferência e descontos, ou pelo comprometimento de parte substancial das compras de um distribuidor ou conjunto de distribuidores); (ii) análise do percentual de fechamento gerado pela prática, já que, embora este não seja o principal elemento da análise antitruste, fixou-se um percentual abaixo do qual efeito anticompetitivos são improváveis (entre 20% e 30%²⁶⁹); e (iii) análise das condições de mercado (principalmente acesso dos concorrentes existentes aos consumidores e entrada de novos concorrentes), da duração do contrato e das justificativas para a adoção de exclusividade no caso concreto.

²⁶⁷ O mesmo tipo de teste foi utilizado para aferir a ilicitude de uma conduta à luz do art. 5º do FTC Act em *Brown Shoe Co.* (62 FTC 679, julgado em 1963. A Comissão entendeu que a prática da segunda maior fabricante de sapatos nos EUA era anticompetitiva, pois gerava o fechamento de um número substancial de pontos de vendas, que deixavam de ser uma opção para o escoamento de produtos dos concorrentes da referida empresa.

²⁶⁸ A FTC também passou a adotar o “teste de substancialidade qualitativo” ao analisar condutas à luz do art. 5º do FTC Act. Em 1982, em sua decisão em *Beltone Electronics Corp.*, a Comissão não se satisfaz com a análise do percentual de fechamento do mercado (7-8% do total de pontos de vendas e 16% do total de vendas), e houve por bem analisar a duração dos contratos, condições de entrada, e a existência de justificativas razoáveis para a exclusividade.

²⁶⁹ Segundo a ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, o percentual de 20% de fechamento de mercado abaixo do qual um contrato de exclusividade de compra estaria resguardado (*safe harbour*), existe desde o início dos anos 1970. Porém, com a decisão *Jefferson Parish*, tal percentual passou a ser de 30%. Abaixo desse patamar, as cortes tenderão a desde logo descartar a ilicitude da prática, sem maior aprofundamento da análise (*Antitrust law developments*, cit., p. 217).

Cabe ressaltar que não há necessidade de demonstrar a suscetibilidade de efeitos anticompetitivos para as recusas de contratar (de compra, de venda ou recíprocas²⁷⁰) que decorram de ilícitos *per se*, o que, como visto, não acontece com as recusas que advêm de exclusividade.

É importante observar, ainda, que, em se tratando de acordos caracterizados como horizontais, ainda quando não sejam relativos a preços, a acusação não necessita demonstrar efeitos anticompetitivos, já que a regra aplicável também é a da ilicitude *per se*. Trataremos das recusas horizontais de contratar separadamente. Por ora, basta discutirmos os critérios para que, à luz da jurisprudência norte-americana, um acordo seguido de recusa de contratar seja caracterizado como vertical.

A primeira questão que surge diz respeito às situações em que o fabricante também atua na etapa de distribuição, ou seja, é verticalmente integrado no mercado à jusante (situação descrita como *dual distributorship* pela doutrina norte-americana e européia). Se tal fabricante se recusa a negociar com outros distribuidores, tal recusa é horizontal ou vertical? Atualmente, após o precedente *Sylvania*, a maioria das cortes considera que tal recusa deve ser tratada como vertical nos Estados Unidos, pois ela afeta os interesses e a capacidade do fabricante como fornecedor de produtos, e não como distribuidor, posição com a qual concordamos.

Outra discussão diz respeito às hipóteses em que o fabricante se recusa a negociar com um certo distribuidor depois de outro(s) ter(em)-lhe solicitado a implementação de tal

²⁷⁰ A exclusividade recíproca não se confunde com a prática conhecida como “reciprocidade” (ou “*reciprocal dealing*”, nos EUA). Enquanto no primeiro caso tanto o comprador como o vendedor se comprometem a contratar com exclusividade (de modo que o comprador não adquirirá os mesmos produtos de terceiros, e o vendedor não os ofertará a outros compradores), no segundo caso o comprador condiciona a aquisição de produtos junto ao vendedor à condição de que este também adquira produtos ofertados por ele, comprador. A ABA SECTION OF ANTITRUST LAW observa que a reciprocidade jamais foi analisada pela Suprema Corte norte-americana à luz do art. 1º do Sherman Act (ou seja, na ausência de poder de mercado), embora uma operação que representava probabilidade de reciprocidade tenha sido considerada ilegal à luz do art. 7º do Clayton Act. Ademais, nenhuma decisão decretando a ilegalidade da prática foi reportada desde meados da década de 1980. Cortes inferiores, no entanto, chegaram a aplicar a regra da ilegalidade *per se* à reciprocidade, a exemplo do que ocorre com a venda casada, por entender que a lógica seria a mesma nos dois casos (nesse sentido, vide *United States v. General Dynamics Corp.*, 258 F. Supp. 36, 1966). Já a exclusividade recíproca é analisada sob a regra da razão, aplicando-se as regras descritas neste capítulo tanto no que tange à exclusividade de compra quanto no que se refere à exclusividade de vendas.

comportamento. Essa situação caracteriza-se como um boicote e a jurisprudência predominante nos EUA recomenda que seja tratada como recusa horizontal.

Em *United States v. General Motors Corp.* (384 US 127), julgado em 1960, o término da relação contratual entre o fabricante e um distribuidor, por insistência de outros, foi analisada como recusa de contratar horizontal. Mesmo quando a resolução do contrato ocorre a pedido de um único distribuidor, a conduta é passível de enquadramento sob uma ótica horizontal, conforme o precedente *Cernuto*²⁷¹. Tal precedente, no entanto, foi questionado pelo Juiz POSNER em *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*²⁷², com base nas dificuldades de se determinar em que circunstâncias o término de um relacionamento comercial resultou de pressões de terceiros e não da própria vontade do contratante.

Segundo POSNER, se dois ou mais distribuidores concordam em pedir a um fornecedor comum para que se recuse a abastecer um terceiro devido ao seu comportamento agressivo em matéria de preços, existe nitidamente uma conspiração horizontal ilícita. Porém, se não há um acordo entre distribuidores, e o fornecedor tem razões para encerrar uma relação comercial independentemente de distribuidores que procuram livrar-se de um concorrente agressivo, trata-se de relação vertical, e a ilegalidade não é *per se*.

Ainda assim, segundo a monografia n. 9 da ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, seria possível identificar em *Cernuto* uma seqüência de eventos passível de estabelecer causalidade entre a reclamação do distribuidor e a recusa de contratar por parte do fornecedor, causalidade esta que não existiria em *Valley Liquor*.

O fato é que, nos EUA, a distinção entre condutas horizontais e verticais pode fazer toda a diferença, ao determinar que tipo de análise será adotada no caso concreto. Analisamos criticamente esse aspecto no item VI.1. da Conclusão.

²⁷¹ 595 F.2d 164 (3d Cir. 1979).

²⁷² 678 F.2d 742 (7th Cir 1982).

II.3.2.3. Monopolização (ou tentativa de) por meio de recusas de contratar envolvendo bens não essenciais

São dois os requisitos para caracterizar o ilícito de monopolização com base no artigo 2º do Sherman Act: a existência de poder de monopólio (vide discussão a respeito no Cap. I.5.3 da Primeira Parte) e a prática de conduta exclusionária. Já para configurar a tentativa de monopolização, parte-se da conduta exclusionária (i) para a demonstração de dois elementos adicionais: propósito específico de monopolização (ii) e probabilidade efetiva (“*dangerous probability*”) de obtenção de poder de monopólio (iii).

No caso dos acordos verticais, poder-se-ia questionar, em princípio, a própria utilidade de investigações com base no art. 2º do Sherman Act, já que tais práticas podem ser investigadas não apenas à luz do art. 1º do Sherman Act, mas também com base no FTC Act e no Clayton Act, sendo certo que, em princípio, o nível de prova necessário para a condenação em todas essas situações é menor do que aquele exigido sob o art. 2º do Sherman Act. Em outras palavras, pode parecer sem sentido utilizar o art. 2º do Sherman Act para recusas decorrentes de acordos, partindo-se da premissa de que uma condenação seria mais facilmente obtida com base no art. 1º, que não exige a existência de poder e monopólio ou a elevada probabilidade de que tal poder seja alcançado por meio da conduta (e não havendo dificuldades de se demonstrar a existência do acordo)²⁷³.

Ocorre que em casos importantes as cortes norte-americanas entenderam que, a despeito de não restar configurada uma violação ao art. 1º do Sherman Act, a conduta em questão infringia o art. 2º do mesmo diploma legal.

Em *Microsoft (United States v. Microsoft Corp.*, julgado em 2001 pela Corte Distrital²⁷⁴), por exemplo, restou consignado que o patamar de fechamento de mercado para que um acordo de exclusividade gere preocupações concorrenciais que justifiquem a continuidade de uma análise antitruste à luz do art. 1º do Sherman Act é muito maior do que o patamar de fechamento exigido à luz do art. 2º, justamente porque o art. 1º avalia condutas de

²⁷³ Na Europa, como visto acima, esse tipo de preocupação tem levado alguns doutrinadores a sugerir a supressão do art. 82 do Tratado de Roma como instrumento de controle dos acordos verticais.

²⁷⁴ 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). A respeito, vide ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust law developments*, cit., p. 250.

empresas sem posição dominante e que, portanto, têm menor potencial anticompetitivo. Nesse sentido, a corte distrital esclareceu que dificilmente percentuais de fechamento de mercado inferiores a 40% ou 50% serão considerados, por si sós, problemáticos à luz do art. 1º do Sherman Act; a situação muda, no entanto, se a empresa for detentora de poder de monopólio e estiver sendo investigada à luz do art. 2º. No caso concreto, porém, a decisão deixou de especificar que percentual do mercado de *browsers* seria objeto de fechamento pela Microsoft.

Na sequência, o Terceiro Circuito Federal adotou posição semelhante em *LePage's Inc. v. 3M Co.*²⁷⁵, ao admitir as acusações formuladas em face da 3M com base no artigo 2º do Sherman Act, a despeito de ter um júri popular rejeitado as mesmas acusações com base no art. 1º do Sherman Act e no art. 3º do Clayton Act. A corte entendeu que o fechamento de mercado decorrente dos contratos de exclusividade adotados pela 3M era intensificado pela política de descontos da empresa em questão, que claramente detinha posição dominante no mercado.

Tais considerações evidenciam que existe, à luz da legislação antitruste norte-americana, mais especificamente, do art. 2º do Sherman Act, uma responsabilidade especial atribuída às empresas dominantes, a exemplo do que ocorre na Europa. Demonstram, ainda, que faz sentido processar com base nesse dispositivo empresas que se recusam a contratar com terceiros no contexto de acordos verticais.

Ambas as conclusões aplicam-se integralmente às recusas fundadas em acordos de compra exclusiva celebrados por empresas com poder de monopólio, em uma ponta ou na outra.

Embora a Suprema Corte nunca tenha esclarecido expressamente os parâmetros para a aplicação do art. 2º do Sherman Act a contratos de compra, muitas cortes inferiores, baseando-se na decisão de *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, que recusou analisar violações ao Sherman Act, arts. 1º e 2º, após ter afastado a incidência do art. 3º do Clayton Act no caso concreto, passaram a considerar lícitos tais acordos à luz do art. 2º, caso não implicassem violação aos arts. 1º do Sherman Act ou 3º do Clayton Act. No entanto, essa posição ficou superada com os julgamentos de *Microsoft* e *3M*, que também envolviam exclusividade, porém de distribuição, de modo que, *mesmo quando o fechamento de*

²⁷⁵ 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

mercado não é suficiente para enquadrar uma prática sob o art. 1º (ou no 3º do Clayton Act, no caso de exclusividade de compra), é possível declarar a sua ilicitude à luz do art. 2º, que exige poder de monopólio, porém percentual de fechamento mais modesto.

Políticas de descontos e programas de fidelidade também podem ser questionados à luz do art. 2º, pois, dependendo de suas características, podem implicar exclusividade de fato.

No que tange especificamente à caracterização de uma recusa de contratar (fundada ou não em acordos verticais) como conduta exclusionária para fins do art. 2º do Sherman Act, há grande preocupação nos Estados Unidos em distinguir condutas simplesmente agressivas de condutas anticompetitivas, já que ambas podem ter como efeito eliminar rivais do mercado, mas apenas a segunda deve ser combatida²⁷⁶. É possível identificar na doutrina e na jurisprudência norte-americanas duas posições divergentes.

A primeira delas, fundada no precedente *Colgate*, em especial na frase “*in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly*”, defende que empresas detentoras de poder de monopólio, ou que possam alcançar tal poder por meio de condutas exclusionárias, devem abster-se de certas práticas, como é o caso da recusa de contratar, ainda que fundada em acordo vertical com terceiros. Em outras palavras, existiria, para tais empresas, verdadeira obrigação de contratar, decorrente da responsabilidade especial ou qualificada que lhes é imposta como contrapartida da posição que gozam no mercado. Em última instância, essa corrente propõe uma aplicação bastante alargada da doutrina da infraestrutura essencial, estabelecendo a obrigatoriedade de contratar sempre que uma empresa for monopolista, ou seja, quando seus produtos não tiverem substitutos prontamente disponíveis no mercado, conforme o arrazoadado de *Schwinn*.

A segunda corrente sustenta que as empresas monopolistas, assim como quaisquer outras, têm o direito de recusar vendas e dispor livremente de seus produtos e serviços. Tal posição encontra-se endossada no precedente *Byars v. Bluff City News Co.*²⁷⁷, onde um

²⁷⁶ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust law developments* ..., cit., p. 241.

²⁷⁷ 609 F.2d 843, 862 (6th Cir. 1980). Em 1966, Benjamin SHIEBER já repudiava essa interpretação do direito norte-americano. O autor assinala que “[à] liberdade da empresa de escolher seus fregueses e fornecedores com ou sem razão alguma deve-se contrapor o interesse da comunidade na concorrência. Este interesse, cremos nós, pesa mais do que o interesse pessoal e social na liberdade de cada empresa escolher seus fregueses e fornecedores, particularmente quando se leva em consideração que as empresas de que estamos falando, e cuja recusa em negociar pode resultar em dominação dos mercados ou eliminação da

distribuidor independente de periódicos questionava a licitude da recusa de fornecimento por parte de um distribuidor concorrente, tendo a corte decidido que mesmo em casos de recusa por parte de monopolistas, há que se analisar as razões comerciais para a conduta. Assim, um monopolista ainda teria o direito de escolher seus clientes e fornecedores, embora seja prudente que quando se recusar a negociar com outrem, faça-o apenas mediante uma justificativa comercial legítima, especialmente se a empresa for a única fonte de um determinado produto²⁷⁸.

A posição que prevalece atualmente nos Estados Unidos parece ser a segunda, mais liberal, embora não haja qualquer impedimento para que as cortes e a FTC, voltando a apegar-se ao precedente Colgate, entendam oportuno endurecer seu posicionamento. O direito antitruste é utilizado como política pública nos EUA, de modo que a sua implementação varia conforme o momento político.

Ainda no que tange ao requisito “conduta exclusionária”, ou seja, “*adquirir ou manter poder de monopólio por meio de uma conduta exclusionária*”, a jurisprudência norte-americana leva em conta três diferentes aspectos: (i) intento; (ii) justificativas e (iii) efeitos prováveis.

No que tange ao intento, ao contrário do que ocorre nas análises à luz do art. 1º do Sherman Act, trata-se de um elemento que exerce um papel importante nas investigações sob o art. 2º do mesmo diploma legal. No entanto, esse critério vem sendo analisado como sinônimo de *efeitos prováveis sobre o mercado* (confundindo-se, desse modo, com o critério ‘iii’), e não sob uma ótica subjetiva, que implicaria perscrutar o ânimo do agente para aferir a sua intenção de monopolizar o mercado ou manter a sua posição de monopólio por meio da conduta.

Desse modo, não resta configurado o *intento* se a empresa não tiver poder de monopólio ou condições de obtê-lo por meio de suas condutas ou, ainda, se as condutas não tiverem capacidade de gerar exclusão.

concorrência, não são, na sua grande maioria, empreendimentos pessoais, mas sociedades cujo interesse precípua, senão único, é produzir, vender e lucrar” (Abusos do poder econômico, cit., p. 188).

²⁷⁸ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Refusals to deal*, cit., p. 42.

Quanto às justificativas, há que se verificar se são legítimas, para tanto valendo a mesma observação feita à luz do art. 1º do Sherman Act, no sentido de que objetivos comerciais razoáveis podem mascarar propósitos ilegais. Daí a idéia de que os efeitos prováveis prevalecem sobre as justificativas comerciais em certas circunstâncias, como voltaremos a discutir na Conclusão. Adicionalmente, há que se observar a proporcionalidade entre os objetivos perseguidos e os meios adotados para a sua consecução. Empresas monopolistas devem sempre buscar os meios menos restritivos para atingir os seus objetivos.

Finalmente, voltando à questão dos efeitos, embora respeitável doutrina venha sugerindo a aplicação de uma análise mais simplificada dos mesmos sob o art. 2º do Sherman Act, no sentido de considerar uma conduta como exclusionária ou predatória sempre que a mesma não fizer sentido econômico para a empresa investigada senão em virtude da eliminação ou redução da concorrência²⁷⁹, a mais recente jurisprudência norte-americana (v.g., a decisão da corte distrital em *Microsoft*, em 2003, e a decisão da FTC em *Rambus*, em 2006) continua aplicando testes que efetuam o tradicional balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências para aferir a licitude de uma prática.

Nesse sentido, a jurisprudência norte-americana a respeito do art. 2º do Sherman Act afasta-se totalmente da forma como a jurisprudência européia interpreta e aplica o art. 82

²⁷⁹ Vide, nesse sentido Gregory WERDEN, Identifying exclusionary conduct under section 2: the ‘no economic sense’ test. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 413, 2006, e R. Hewitt PATE, The common law approach and improving standards for analysing single firm conduct. *Remarks before the Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, out. 2003. Einer EUHAUGE também propõe rever os critérios para a análise da monopolização. Segundo ele, a monopolização como infração ao art. 2º do Sherman Act deveria restar caracterizada sempre que o monopolista, por meio de suas condutas, reduzir a eficiência de seus rivais (independentemente do aumento ou não de sua própria eficiência). O efeito exclusionário pode derivar exclusivamente da maior eficiência obtida pelo monopolista, situação em que não há infração, ou de práticas que reduzem a eficiência dos rivais, aumentando ou não a eficiência do monopolista, situação em que se configura a violação. ELHAUGE entende que, em princípio, o monopolista não deve ser obrigado a dividir a sua propriedade (material ou imaterial) com rivais; porém, também não pode discriminar entre eles. Nas suas palavras, “... the requirement of proving a causal link between the exclusionary conduct and the relevant monopoly power means that power should not be just over the defendant’s own output or prices, but a power to affect marketwide output or prices”. O autor critica os parâmetros existentes para a avaliação da monopolização e de sua tentativa, que se relacionam à própria eficiência e ao sacrifício de lucros no curto prazo, em benefício do longo. No primeiro caso, ele aduz que uma conduta ineficiente pode ser inócua do ponto de vista antitruste (não devendo ser coibida) e, ainda, que a eficiência pode decorrer justamente da exclusão dos rivais (e não da conduta adotada), justificando uma intervenção fundada no diploma concorrencial. No segundo caso, sustenta que o sacrifício de lucros no curto prazo não é por si só uma ofensa ao Sherman Act, podendo resultar benéfica e desejável, da mesma forma que é possível excluir rivais sem necessariamente sacrificar lucros no curto prazo. ELHAUGE entende que o critério alternativo por ele proposto encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que vem consistentemente condenando à luz do art. 2º do Sherman Act práticas discriminatórias adotadas por monopolistas (e.g., *Lorain Journal*, *Kodak* e *Aspen*) e no precedente *Microsoft* (Defining better monopolization standards. *Satanford Law Review* v. 56, p. 253-344, nov. 2003).

do Tratado de Roma. É interessante notar, porém, que enquanto a Comissão Européia sugere aproximar a análise do modelo tradicionalmente adotado nos EUA, incorporando o balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências (vide *Discussion Paper*), pode-se defender justamente o caminho inverso, qual seja o abandono do balanço dos efeitos de uma prática (vide item I.5.4 da Primeira Parte e item VI.2 da Conclusão).

É possível arrolar diversos exemplos de recusas de contratar analisadas sob o art. 2º do Sherman Act. A ABA SECTION OF ANTITRUST LAW destaca, inicialmente, recusas de negociar com clientes ou fornecedores desleais²⁸⁰. Trata-se de uma das práticas mais antigas a gerar processos antitruste com base em restrições verticais à luz do art. 2º, merecendo destaque os casos *Lorain Journal Co. v. United States* (342 US 143), julgado em 1951, e *United States v. Dentsply International* (399 F.3d 181, 3d Cir.), julgado em 2005.

No primeiro, o editor do único jornal em determinada localidade foi condenado por recusar negociar anúncios com empresas que também anunciavam seus produtos e serviços por meio de uma rádio recém-estabelecida na cidade. A Suprema Corte entendeu que o jornal em questão, cujo monopólio havia sido contestado pela entrada da rádio, estava tentando recuperar a sua posição privilegiada por meio de um boicote unilateral e ilegal, imposto aos anunciantes, que não podiam se privar de publicar seus anúncios no jornal.

No segundo caso, um fabricante dominante de dentes artificiais foi condenado por violar o art. 2º do Sherman Act ao proibir seus distribuidores independentes de comercializar marcas concorrentes. O Terceiro Circuito, revertendo decisão da corte distrital, entendeu que os distribuidores possuíam fortes incentivos econômicos para continuar comercializando a marca dominante, em detrimento de marcas concorrentes.

Em *United States v. Microsoft Corp.* (253 F.3d 34, D.C. Cir. 2001), a empresa foi condenada por ameaçar clientes e fornecedores com recusas de negociar, que a corte considerou estarem voltadas para a manutenção do monopólio da Microsoft no mercado de sistemas operacionais. Com efeito, a Microsoft ameaçou deixar de distribuir a tecnologia da Intel e interromper negociações com a empresa caso esta não suspendesse sua política de cooperação com a Sun e com a Netscape no sentido de desenvolver um ambiente “Java”

²⁸⁰ *Antitrust law developments*, cit., p. 245-247.

que a Microsoft considerava concorrente de seu sistema operacional “Windows”. A Microsoft ainda ameaçou a Apple de suspender o desenvolvimento da versão do software “Office para Macintosh”, caso a Apple não deixasse de comercializar o browser concorrente “Netscape”, devendo distribuir exclusivamente o “Internet Explorer”.

Em outro caso envolvendo tecnologia, no entanto, *Intergraph Corp. V. Intel Corp.*, a Intel foi inocentada de uma acusação baseada no art. 2º do Sherman Act, entendendo o Circuito Federal que a sua recusa em oferecer à primeira assistência técnica e acesso em primeira mão aos seus novos produtos não era ilegal, tendo como justificativa legítima o fato de a autora estar processando civilmente a Intel. Novas investigações, no entanto, foram instauradas recentemente em face da empresa pelo Estado de Nova Iorque, com vistas a apurar violações à legislação de defesa da concorrência, especialmente condutas voltadas para a exclusão da AMD, sua rival, do mercado mundial para microprocessadores²⁸¹.

Ainda no que se refere à tecnologia, vale destacar que recusas verticais de licenciar propriedade intelectual não recebem tratamento diferenciado nos Estados Unidos.

Embora seja da essência do direito a uma patente, por exemplo, excluir os demais da produção, utilização ou comercialização de uma invenção, sem anuência do seu proprietário, não podendo o direito antitruste estabelecer uma exceção genérica a esse princípio (v.g., uma obrigação de licenciar), o caráter intangível da propriedade intelectual também não pode constituir uma exceção à aplicação do direito antitruste às hipóteses em que tal intervenção é cabível. É essa a principal mensagem contida nas “Diretrizes em matéria de Propriedade Intelectual” da FTC e do DOJ.

Assim, a ABA SECTION OF ANTITRUST LAW consigna que mesmo em situações em que o proprietário de uma patente de invenção com poder de monopólio se recusa a utilizá-la e também a licenciá-la a terceiros, não existem razões, em princípio, para estabelecer uma obrigatoriedade de contratar abrangente à luz do art. 82 do Sherman Act.²⁸²

²⁸¹ NOVA YORK inicia inquérito antitruste sobre Intel. *Reuters*. Nova York, 10 jan. 2008.

²⁸² *Antitrust law developments*, cit., p. 1124. Nesse aspecto, o direito antitruste norte-americano diverge do europeu, que considera relevante na avaliação da recusa de contratar envolvendo propriedade intelectual a perspectiva de desenvolvimento de produtos e aplicações não explorados pela empresa detentora do direito (vide item IV.3).

Nesse sentido, em *Hartford-Empire Co. V. United States* (323 U.S. 386), de 1945, a Suprema Corte reverteu decisão proibindo que a empresa investigada solicitasse o registro de novas patentes relativamente às quais não tivesse intenção de utilizar ou licenciar a terceiros. A mesma racionalidade já havia orientado a Suprema Corte em *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.* (210 US 405), julgado em 1908.

A exceção fica por conta do *Copyrights Act* norte-americano, que contempla provisões determinando *a priori* o licenciamento compulsório em determinadas situações (17 U.S.C. §§ 111(d), 115 e 116).

Na jurisprudência americana, são raros os casos em que, fora das hipóteses previstas expressamente no *Copyrights Act*, houve determinação de licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual fundado no art. 2º do Sherman Act.

Uma dessas decisões excepcionais ocorreu no caso *Kodak (Image Technical Services v. Eastman Kodak Co., 504 U.S. 451)*, julgado em 1992. Ali, além da discussão em torno da definição do mercado relevante e da caracterização da monopolização, que tornou o caso conhecido em sua primeira versão, em 1927²⁸³, e cuja racionalidade foi mantida em 1992, a corte determinou o licenciamento de patentes, rejeitando o argumento da *Kodak* no sentido de que existiria um interesse comercial legítimo associado à recusa no caso concreto. Na verdade, a Corte entendeu que a *Kodak* não tinha, efetivamente, a intenção de proteger suas patentes, ao recusar fornecer e licenciar peças a terceiros, já que, dos milhares de produtos objeto do pleito, apenas 65 eram efetivamente patenteados.

Posteriormente, no já citado caso *Microsoft*, o Circuito Federal consignou que “*direitos de propriedade intelectual não conferem um privilégio para violar as leis antitruste*”.

Por fim, recusas de contratar analisadas à luz da chamada doutrina da infra-estrutura essencial, ainda que decorrentes de acordos verticais, serão abordadas no Cap. IV.

²⁸³ Em 1927, a Kodak, fabricante monopolista de filmes para máquinas fotográficas, tentou conquistar o mercado *downstream* de revenda de filmes no varejo, por meio da recusa de fornecer seus produtos a estabelecimentos independentes (não vinculados à Kodak) neste último mercado. A Corte americana condenou a empresa por entender que a mesma procurava alavancar seu poder de mercado para usufruí-lo no varejo, em detrimento dos seus concorrentes, mantendo tal posicionamento na investigação posterior contra a Kodak, realizada em 1992.

III – A recusa de contratar horizontal

III.1. Considerações gerais

Após a análise do complexo campo das restrições *verticais* que podem acarretar a obrigatoriedade de contratar, e todas as suas nuances, poder-se-ia imaginar que o exame das recusas *horizontais* seria muito mais simples.

As recusas *horizontais*, como já mencionado (vide Cap. I.1 da Segunda Parte), envolvem acordos entre empresas atuantes no mesmo mercado, sendo os efeitos sobre tal mercado predominantes na respectiva análise. Na verdade, melhor designar tais recusas de *concertadas*²⁸⁴ (ou de *boicotes coletivos*²⁸⁵), já que também vimos que as recusas verticais podem envolver empresas que, embora interajam como compradora e vendedora, são concorrentes em determinada etapa da cadeia. Aliás, não é raro que casos de obrigatoriedade de contratar fundada em recusas verticais envolvam concorrentes.

Exemplos de recusas concertadas são os já mencionados boicotes praticados por associações profissionais ou setoriais, ao recusarem aceitar novos membros ou excluírem participantes, bem como restrições adotadas por entidades de certificação, padronização e normas técnicas, ao negarem certificação ou aprovação de produtos ou serviços.

²⁸⁴ Recusas concertadas são definidas pela HARVARD LAW REVIEW como “acordos entre duas ou mais pessoas no sentido de não fazer negócios com terceiros, ou de negociar com eles apenas sob condições específicas” (Concerted refusals to deal under the federal antitrust laws. Harvard Law Review, v. 71, n. 8, p. 1531-1541, jun. 1958).

²⁸⁵ Alberto Emparanza SOBEJANO esclarece que o termo boicote surgiu na Irlanda, em 1879, para designar o movimento organizado por arrendatários de terras no sentido de romper todas as relações econômicas e sociais com o capitão chamado Charles Cunningham Boycott, que representava o proprietário das terras e exercia as suas funções com brutalidade, despertando a repulsa dos arrendatários. O movimento ganhou proporções de uma revolta e levou o capitão Boycott à ruína. A despeito de sua denominação recente, porém, o fenômeno do boicote é anterior à era moderna, remontando à Idade Média (*El boicot*, cit., p. 25-27). O autor conceitua boicote, para fins concorrenciais, como a situação em que um sujeito ou grupo rescinde ou nega iniciar relações com outro sujeito ou grupo, como consequência de um pedido nesse sentido recebido de uma terceira parte, cujo objetivo é irrogar prejuízo direto ou indireto ao sujeito ou grupo boicotado (p. 31). O boicote, portanto, é um fenômeno *trilateral*, distinguindo-se por essa razão da recusa de contratar (p. 64). SOBEJANO entende que o boicote pode ser individual ou coletivo, mas que sempre dependerá da *instigação* de um terceiro. Para fins desse trabalho, porém, adotamos conceituação distinta de boicote, tal como consagrada no direito concorrencial, onde o ato pode ser realizado diretamente pelas pessoas que têm interesse nos seus resultados, ou seja, sem envolver terceiros. Nesse sentido, Piergaetano MARCHETTI (*Boicottaggio*, cit., p. 2) define boicote como uma “conspiração contra alguém resultando na recusa de com ele relacionar-se”, sendo o boicote econômico aquele que interessa para fins do direito concorrencial (p. 4). Quando adotado diretamente pelos beneficiários de seus efeitos, chama-se boicote direto; quando adotado por terceiros, fala-se em boicote indireto. Embora tal concepção admita boicotes individuais e coletivos, a nomenclatura é geralmente associada a ações da última modalidade.

Ocorre que as recusas horizontais, assim como as verticais, podem ter justificativas e efeitos *dúbios* sobre a concorrência. É justamente por essa razão que, mesmo nos países em que tais práticas são tradicionalmente tratadas com maior rigor pela legislação e pela jurisprudência (como ocorre nos EUA e na Europa), alarga-se cada vez mais o espaço de aplicação da regra da razão. Essa tendência acompanha a compreensão de que nem todos os acordos horizontais são anticompetitivos por natureza²⁸⁶.

No direito comparado norte-americano e europeu, as recusas concertadas são predominantemente analisadas com base no art. 1º do Sherman Act e no artigo 81 do Tratado de Roma.

No entanto, com o alargamento do campo reservado para a regra da razão, têm ganho espaço nos Estados Unidos recusas analisadas à luz do art. 2º do Sherman Act. A doutrina da infra-estrutura essencial naquele país, aliás, tem suas raízes em investigações de recusas concertadas fundadas no referido dispositivo.

Já no que concerne à Europa, a análise das recusas concertadas com fulcro no art. 81 é predominante, ainda que tais práticas possam, em tese, enquadrar-se também na noção de dominância coletiva e ser objeto de investigações baseadas no art. 82. Essa constatação alinha-se com a tendência de uniformização do direito antitruste europeu e na proposta de limitar a aplicação do art. 82 a condutas unilaterais (ROUSSEVA).

²⁸⁶ Essa percepção levou as autoridades de defesa da concorrência na Europa e nos Estados Unidos a elaborar diretrizes para a análise dos impactos competitivos dos acordos de cooperação horizontal. Nos EUA, foi publicado um guia conjunto da Federal Trade Commission e do Departamento de Justiça para a análise de cooperações entre concorrentes (*“Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”*, 2000). Na Europa, o assunto é objeto da Comunicação 2001/C 3/02 da Comissão Européia, que esclarece os Regulamentos 2658/2000 e 2659/2000, sobre a aplicabilidade do artigo 81, §3, do Tratado de Roma a certos acordos de especialização e de pesquisa e desenvolvimento, respectivamente.

III.2. A Recusa de contratar horizontal no direito concorrencial comparado

III.2.1. Europa

As recusas de contratar concertadas na Europa são geralmente tratadas como modalidade de cartel²⁸⁷, embora a doutrina também utilize, ainda que de forma não consagrada como nos Estados Unidos, a palavra boicote.

Richard WHISH²⁸⁸, por exemplo, define boicotes como recusas de contratar concertadas (ou horizontais), que podem estar associadas a cartéis. O objetivo do boicote, nesse caso, é justamente buscar impedir a entrada de novos concorrentes, o que poderia dismantelar o cartel e reduzir os preços, independentemente da vontade dos participantes do acordo. Assim, os integrantes de um cartel têm incentivos para celebrar contratos de exclusividade com distribuidores, impedindo-os de negociar com terceiros, e para boicotar revendedores que venham a negociar com não-participantes do cartel e eventuais novos entrantes.

GOYDER, por seu turno, destaca o papel das associações de classe nas práticas horizontais, inclusive recusas de contratar concertadas. Ele pondera que, em alguns casos, como aquele que ficou conhecido como investigação “do cimento” (ou *Cement case*) na Europa, uma associação foi criada com o único e exclusivo propósito de implementar e monitorar o cartel²⁸⁹. No entanto, outras situações existem, em que as respectivas associações profissionais ou setoriais, ao lado de contribuir para acordos ilícitos entre seus membros, desempenham funções legítimas e necessárias.

A jurisprudência européia contempla diversos casos envolvendo a recusa de membros de associações profissionais ou setoriais negociarem com não-membros, impedindo importações e o comércio entre Estados-membros. Tais práticas foram reiteradamente condenadas à luz do art. 81 do Tratado de Roma.

²⁸⁷ Nesse sentido, vide D. G. GOYDER. *EC competition law*, cit., p. 140-162.

²⁸⁸ *Competition law*, cit., p. 499.

²⁸⁹ *EC competition law*, cit., p. 156.

Em *FEG/TU*, julgado em 2000, por exemplo, a Comissão Europeia condenou a associação holandesa de equipamentos eletroeletrônicos (*Association of Wholesalers for Electrical Fittings - FEG*) com base no art. 81, §1, por recusar a filiação de empresa britânica (com base na insuficiência de faturamento registrado pela referida empresa na Holanda). A filiação constituía requisito para que as empresas atacadistas pudessem adquirir produtos dos fornecedores individuais de equipamentos (inclusive importadores). Na verdade, a Comissão detectou que a FEG e sua maior e mais influente participante, a TU, utilizavam seu poder de barganha para celebrar contratos de exclusividade de compra com fornecedores de equipamentos e com outra associação, a NAVEG, que congregava os importadores dos produtos em questão. Desse modo, empresas não-integrantes da FEG ficavam totalmente alijadas do mercado, pois não conseguiam adquirir produtos (nacionais ou importados) para revenda.

De forma semelhante, em *FRUBO v. Commission*, julgado em 1975, associações de importadores e atacadistas de frutas que controlavam juntos 75% das vendas de maçãs, peras e frutas cítricas na Holanda estabeleceram uma rígida política que limitava a importação de tais frutas aos leilões realizados em Rotterdam (exclusividade). Com isso, Rotterdam tornava-se praticamente a única rota de importação dos produtos. Importadores e atacadistas que violassem as regras das associações eram excluídos dos leilões. A política foi considerada ilegal e as associações condenadas.

Nos dois casos, verifica-se que políticas de não-filiação ou exclusão por parte de associações setoriais são consideradas preocupantes do ponto de vista concorrencial na Europa, especialmente se aliadas a ajustes de exclusividade de compra ou de venda obtidos pelas associações, criando uma reserva de mercado para os seus membros.

Recentemente, em outubro de 2007, a Comissão Europeia multou a organização VISA por violar o art. 81 do Tratado de Roma, ao recusar admitir o Banco Morgan Stanley nos seus quadros, sem justificativa objetiva. A exclusão do Morgan Stanley foi considerada anticompetitiva por impedir, entre 2000 e 2006, que o banco emitisse cartões de crédito com a bandeira VISA, que responde por cerca de 60% das transações realizadas com cartão de crédito no Reino Unido. Com isso, a VISA limitou a concorrência no mercado altamente concentrado de prestação de serviços relacionados à aceitação de cartões de crédito a estabelecimentos comerciais no Reino Unido, privando tal mercado dos

benefícios que seriam proporcionados pela atuação de mais um banco, do porte do Morgan Stanley.

Por sua vez, associações que, a despeito de não limitarem a filiação aos seus quadros por terceiros, demandam de seus integrantes que comercializem seus produtos exclusivamente para, ou adquiram insumos apenas da referida entidade também ensejam acusação de recusa de contratar concertada ou boicote, como ocorreu em *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek v. Commission*, julgado em 1981.

Naquele caso, uma cooperativa holandesa de produtores de queijo insistia em que seus membros adquirissem certos insumos exclusivamente junto à cooperativa, sob pena de expulsão. A Corte entendeu que a prática violava o art. 81 do Tratado de Roma, pois os cooperados deixaram de adquirir os insumos de terceiros ou de fabricá-los em suas próprias instalações. Como a cooperativa respondia por 90% do mercado de queijo na Holanda e era virtualmente a única fornecedora dos insumos naquele país, a prática limitava a concorrência entre os Estados-membros, por meio de um boicote “branco” aos fornecedores de insumos para a fabricação de queijo situados em outros países da União Européia.

Há registros, ainda, de boicotes adotados para manter política de fixação de preços de revenda, como em *VBVB e VBBB v Commission* (Casos 43/82 e 63/82, ambos julgados em 1984). Na ocasião, ignorando pleitos no sentido de que livros constituíssem uma exceção à rígida política antitruste adotada relativamente à fixação de preços de revenda, a Corte de Justiça condenou um acordo entre duas associações comerciais belgas de editores, estabelecendo preços de revenda dos produtos e recusas de contratar concertadas no que se referia a distribuidores que não observassem tais preços. Muito embora a fixação de preços de revenda de livros fosse então permitida na Bélgica, a Corte entendeu que o referido acordo afetava o comércio entre os Estados membros.

Embora o foco na doutrina e na jurisprudência européias sejam inegavelmente as recusas de contratar concertadas de objeto ilícito, como ilustrado acima, Richard WHISH reconhece que tais práticas podem ter objetivos comercialmente legítimos, v.g., de normalização e certificação. Assim, recusas de contratar perpetradas por associações têm o condão, por exemplo, de impedir que pessoas destreinadas participem de uma determinada

profissão ou atividade, que adotem condutas consideradas anti-éticas ou indesejáveis, ou que distribuidores desqualificados trabalhem com certos produtos ou marcas.

Merece destaque, nesse sentido, o caso *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (C309/99) em que a Corte Européia decidiu em favor da investigada, a ordem dos advogados holandesa, mantendo política daquela entidade no sentido de proibir sociedades mistas de advogados e contadores. A proibição foi considerada razoável e necessária para a correta regulamentação da profissão dos advogados.

Em outro caso, recentemente julgado pela Corte de Justiça Européia (2006), *Meca-Medina v. Commission* (C519/04), nadadores profissionais acionaram as regras adotadas pelo Comitê Olímpico Internacional em matéria de *doping* com base no art. 81 do Tratado de Roma. Os nadadores haviam sido suspensos por 4 anos das competições, em virtude da utilização de substâncias proibidas.

É importante destacar que a Corte, com base nos precedentes *Walrave v. Association Union Cycliste Internationale* (36/74), de 1974, e no próprio *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, de 1999, conheceu do processo, reconhecendo expressamente que regras *anti-doping* têm efeitos econômicos e concorrenciais, já que esportes também constituem atividade econômica, assumindo a forma de emprego remunerado ou de prestação de serviços mediante remuneração (assim como ocorre com os advogados, por exemplo). Quanto ao mérito, porém, a Corte entendeu que as regras em questão limitavam justificadamente a liberdade de atuação dos nadadores e a sua capacidade de competição, estando fundadas em objetivos legítimos.

GOYDER, no entanto, alerta para o risco de associações profissionais ou comerciais buscarem reduzir a concorrência e elevar barreiras à entrada por meio do controle de *standards* e certificação²⁹⁰. Mesmo associações voltadas para objetivos legítimos de saúde e segurança podem ter suas metas desvirtuadas ou abusadas, com efeitos negativos sobre a concorrência.

²⁹⁰ *EC competition law*, cit., p. 159-160.

Ao tratar dos acordos de normalização e dos acordos ambientais na Comunicação 2001/C 3/02²⁹¹, a Comissão Europeia demonstra estar ciente dos tênues limites entre práticas voltadas para estabelecer regras de compatibilidade, interoperabilidade e segurança (inclusive ambiental), sem impactos concorrenciais negativos, de um lado, e condutas que têm por objeto ou efeitos limitar ou excluir a concorrência (ainda que não tenham sido desenhadas para tal finalidade), de outro.

Com efeito, a Comunicação esclarece que acordos ambientais e de normalização dificilmente violarão o art. 81, §1, do Tratado de Roma se a fixação de normas for aberta, não-discriminatória, transparente, neutra do ponto de vista tecnológico, justificável e não acompanhada de restrições que limitem a concorrência efetiva ou potencial. Ademais, os acordos só devem abranger os elementos estritamente necessários à realização dos seus objetivos²⁹².

A *contrario sensu*, acordos pelos quais associações de fabricantes ou de distribuidores fixam normas (inclusive de natureza ambiental) e exercem pressões sobre terceiros para que não comercializem ou adquiram produtos que não respondam a estas normas são violações quase certas ao referido dispositivo²⁹³. Acordos ambientais e de normalização não devem servir como instrumento para dissimular práticas que seriam normalmente

²⁹¹ Os acordos de normalização são definidos pela Comunicação como aqueles que têm por objetivo principal a definição de requisitos técnicos ou de qualidade associados a produtos, processos ou métodos de produção, atuais ou futuros, podendo abranger a normalização de diferentes qualidades ou dimensões de um produto ou especificações técnicas de mercados em que a compatibilidade e a interoperabilidade com outros produtos ou sistemas são essenciais. Condições de acesso a uma marca de qualidade específica ou à autorização por parte de um organismo regulador também podem ser consideradas normalização (item 159). Por seu turno, os acordos em matéria de ambiente são aqueles nos termos dos quais as partes se comprometem a atingir uma redução da poluição, em conformidade com a legislação sobre o ambiente ou com os objetivos ambientais, devendo as suas medidas estar diretamente ligadas à redução de um poluente ou de resíduos identificados como tal na regulamentação em causa. Acordos que provocam redução da poluição enquanto efeito secundário de outras medidas não se enquadram na categoria (item 179). A Comunicação não se aplica a normas relativas à prestação de serviços profissionais, tais como as normas de admissão em profissão liberal.

²⁹² A Comunicação específica, por exemplo, que para acordos que impõem normas em um setor em que apenas um outro concorrente propõe solução equivalente, obrigando as partes a boicotarem a alternativa, seria necessário provar claramente a razão pela qual tais normas são indispensáveis.

²⁹³ No caso dos acordos ambientais, por exemplo, a Comissão esclarece que aqueles que definem o desempenho ecológico de produtos ou processos produtivos, influenciando de forma reduzida as decisões de compra, ou mesmo eliminando certas categorias de um determinado produto, imediata ou progressivamente, do mercado, sem no entanto, atingir parcela substancial do mercado geográfico relevante não são abrangidos pelo artigo 81, §1, do Tratado de Roma (item 186). Da mesma forma, acordos que dão origem a uma verdadeira criação de mercado, como acordos de reciclagem, normalmente não restringem a concorrência, se as partes não estiverem em condições de realizar as atividades isoladamente, ou seja, existindo outras alternativas possíveis ou concorrentes (item 187).

proibidas, tais como fixação de preços, limitação da produção, repartição de mercados ou exclusão de concorrentes existentes ou potenciais.

Da mesma forma, a Comunicação elucida que acordos ambientais e de normalização podem restringir a concorrência quando impedem as partes de desenvolver normas alternativas ou de comercializar produtos que não respeitam a norma em causa, ou ainda quando outorgam a certos organismos o direito exclusivo de proceder a ensaios de conformidade com as normas.

Acordos ambientais ou de normalização que concedem às partes o controle conjunto sobre a produção ou sobre a inovação, limitando a concorrência entre as partes a partir das características dos produtos, restringindo a diversidade dos mesmos e de processos produtivos ou afetando terceiros (fornecedores ou compradores dos produtos), também são suscetíveis de infringir o art. 81, §1, aplicando-se-lhes, porém, uma análise de poder de mercado e de efeitos prováveis sobre os mercados relevantes, *vis-a-vis* os objetivos perseguidos pelo acordo, nos termos do art. 81, §3. Essa dinâmica é aplicável, inclusive aos acordos pelos quais as partes atribuem quotas individuais de poluição.

Os princípios estatuídos na Comunicação 2001/C 3/02 já vinham sendo consistentemente aplicados pela própria Comissão Europeia e pelas cortes.

No caso *Comunidade v. Anseau-Navewa*, por exemplo, julgado pela Corte de Justiça Europeia em 1982, associações de produtores, importadores e distribuidores de máquinas de lavar na Bélgica, ao lado de uma associação de empresas fornecedoras de água naquele país, foram condenadas por violar o art. 81 do Tratado de Roma. A última associação tinha entre seus objetivos aprovar normas técnicas referentes ao fornecimento público de água, e máquinas de lavar somente poderiam ser instaladas na Bélgica se possuísem um certificado de atendimento a tais regras, que era outorgado exclusivamente por meio das primeiras associações. Estas, ademais, limitavam a filiação de fabricantes e importadores de máquinas, os quais não tinham condições de obter os certificados. A recusa limitava as importações paralelas de máquinas e não logrou obter uma isenção com base no art. 81, §3. No mesmo sentido, também envolvendo a certificação de lavadoras de roupas e de louças: *IAZ International Belgium NV v. Commission*, julgado em 1983.

Decisão semelhante foi adotada no caso *van Marwijk v. FNK e SCK*, julgado pela Comissão em 1995, que envolvia a segurança de guindastes. A associação holandesa de operadores de guindastes móveis (*FNK*), que também controlava a agência de certificação de segurança de tais produtos, foi punida juntamente com a última por dificultar o acesso ao mercado holandês por parte de empresas estrangeiras.

Em suma, não há como negar que as associações setoriais ou profissionais podem ser muito importantes para diversas finalidades, especialmente disciplinar um sem-número de profissões e atividades. Ademais, as restrições adotadas por estas associações podem ser necessárias (ancilares) para a obtenção dos objetivos legítimos perseguidos nas situações concretas. Existem, por outro lado, restrições desnecessárias ou excessivamente onerosas. Por essa razão, a Comissão Européia, como as cortes norte-americanas, geralmente analisa os casos à luz do princípio da proporcionalidade entre fins e meios, especialmente no sentido de coibir normas discriminatórias que criem reservas nacionais de mercado e afetem o comércio entre os Estados-membros da União Européia. Essa técnica foi adotada em *CECIMO* (1978) e em *British Dental Trade Association* (1988), ambos os casos envolvendo associações condenadas com base no art. 81 do Tratado de Roma por estabelecer regras discriminatórias relacionadas a nacionalidade e reserva de mercado.

Finalmente, há que se destacar que, como bem observado por GOYDER²⁹⁴, as recusas de contratar concertadas adotadas por associações profissionais ou setoriais praticamente não são analisadas à luz do art. 82 do Tratado de Roma, a despeito de geralmente congregarem empresas que, em conjunto, detêm parcela significativa dos mercados onde atuam. Ou seja, boicotes coletivos poderiam ser levados às autoridades antitruste com base na idéia de dominância coletiva, já explorada no item I.5.3 da Primeira Parte. No entanto, privilegia-se uma análise à luz do art. 81, na explicação do referido autor, justamente para fugir da necessidade de discutir dominância.

Acreditamos que, propositadamente ou não, uma abordagem à luz do art. 81 beneficia as empresas investigadas, que podem defender-se fazendo uso das exceções previstas no art. 81, 3, inclusive no que se refere a eficiências, defesa que as cortes não aceitam em investigações fundadas no art. 82.

²⁹⁴ *EC Competition law*, cit., p. 162.

III.2.2. Estados Unidos

Conforme antecipado, a análise das *recusas de contratar concertadas* não é mais simples do que o estudo das *recusas verticais*. Neste capítulo, trataremos da recusas concertadas sob o art. 1º, do Sherman Act e de sua interpretação na jurisprudência norte-americana. As recusas concertadas examinadas à luz do art. 2º do Sherman Act são discutidas separadamente, no capítulo que trata da doutrina da infra-estrutura essencial nos EUA (Cap. IV.2).

Existe uma certa confusão no que concerne à regra aplicável às recusas concertadas analisadas sob o art. 1º do Sherman Act. Embora tais práticas tenham sido caracterizadas como ilícitos *per se* pela Suprema Corte norte-americana nos primeiros casos de aplicação do referido dispositivo legal a boicotes, a mesma Corte, posteriormente, passou a tratar algumas modalidades de recusa concertada sob a regra da razão. Porém, as situações que ensejam a adoção da regra da razão não estão claramente definidas na jurisprudência, sendo certo que as próprias cortes, inclusive a Suprema, adotam posicionamentos por vezes contraditórios ou nebulosos.

A ilicitude *per se* dos boicotes coletivos foi estabelecida em *Klor's Inc. v Broadway-Hale Stores* (359 U.S. 207), julgado em 1959, embora a Suprema Corte norte-americana viesse aplicando consistentemente a regra em casos anteriores, tais como *Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. United States* (234 U.S. 600, de 1914), envolvendo recusas concertadas por parte de varejistas no sentido de negociar com atacadistas que vendiam produtos diretamente aos consumidores finais, e *Fashion Originators' Guild v. FTC*, relacionado a uma associação que proibia a venda, por parte dos seus integrantes, de bordados a lojas que também comercializassem mercadorias copiando o estilo bordado, bem como a venda de tecidos a fabricantes que vendessem a lojas que copiavam o estilo bordado (312 U.S. 668, de 1941).

No caso *Klor's*, a referida empresa, que comercializava rádios, televisões e outras utilidades domésticas, foi vítima de um boicote por parte dos fabricantes e distribuidores desses produtos, em conluio com a *Broadway-Hale Stores*. A prática foi condenada independentemente de seus efeitos sobre o mercado, ou seja, não foi levado em

consideração o fato de existirem outras lojas na região, comercializando o mesmo tipo de produtos, e o grau de fechamento gerado, de modo que os consumidores não seriam prejudicados com o boicote, apenas a empresa *Klor's*.

A Suprema Corte foi muito clara ao consignar que recusas concertadas por parte de comerciantes, boicotando outros comerciantes, sempre se enquadraram como práticas proibidas, que não podem escusar-se com base em alegações sobre a sua razoabilidade no caso concreto, ou pelo insucesso da acusação em demonstrar que as mesmas implicaram fixação de preços, limitação da produção ou deterioração da qualidade de produtos ou serviços. Tais práticas sempre foram banidas, aduziu a Suprema Corte em sua decisão, mesmo quando tinham como objetivo reduzir preços ou temporariamente estimular a concorrência.

Durante os 25 anos que se seguiram à decisão *Klor's*, as cortes aplicaram a regra *per se* a boicotes coletivos.

Todavia, em 1985, ao decidir o caso *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.* (472 U.S. 284), a Suprema Corte afirmou que nem todas as recusas de contratar horizontais devem ser analisadas pela regra da ilicitude *per se*. A discussão em *Northwest Wholesale Stationers* versava sobre a expulsão de um membro da associação, sem explicações, aviso prévio ou oitiva do mesmo. Até então, as cortes vinham decidindo que tais situações deveriam ensejar garantias procedimentais adequadas, outorgadas ao agente que corre o risco de expulsão. Em *Northwest Wholesale Stationers*, porém, a Suprema Corte consignou que, a não ser que houvesse poder de mercado ou algum elemento que evidenciasse prejuízo à concorrência, a expulsão de um associado não poderia ser considerada ilícita *per se*.

A regra criada foi reforçada um ano depois em *FTC v. Indiana Federation of Dentists* (476 U.S. 447, de 1986), onde a Suprema Corte afirmou que a ilicitude *per se* atribuída a boicotes coletivos não deveria ser indevidamente ampliada, limitando-se a casos de poder de mercado por parte dos vendedores ou compradores engajados na prática, de modo a desencorajar negócios com um concorrente. No caso em questão foi aplicada uma regra da razão sumária (denominada “quick look”) e a Corte entendeu que o boicote (proibição aos membros da associação de apresentar raios-X dos seus pacientes a seguradoras) era ilegal.

Em *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association* (493 U.S. 411), julgado em 1990, porém, a Suprema Corte voltou a ressaltar que certos boicotes desenhados para afetar preços e sem justificativas plausíveis no sentido de aumentar a eficiência e tornar os mercados mais competitivos são ilícitos *per se, independentemente da posição ostentada pelas empresas envolvidas na prática*. No caso concreto, o boicote tinha por objeto aumentar a remuneração dos advogados que representavam criminosos indigentes pelos Estados membros da confederação.

Assim, estabeleceu-se uma distinção entre os boicotes coletivos “clássicos” (conforme nomenclatura empregada pelas cortes inferiores a partir de *Superior Court Trial Lawyers Association*), ou seja, aqueles voltados para a implementação de infrações *per se*, como fixação de preços e outros acordos ilegais dirigidos ao enfraquecimento de concorrentes, de um lado, e as demais recusas de contratar concertadas, de outro, sendo apenas os primeiros analisados pela regra da ilicitude *per se*. Nos casos concretos, no entanto, os limites entre as duas situações são muitas vezes tênues²⁹⁵.

Para ilustrar, entre as práticas que as cortes norte-americanas não enquadram como boicotes clássicos estão as recusas derivadas de acordos de auto-regulamentação, ligas e associações esportivas, boicotes não-econômicos²⁹⁶ e joint-ventures cooperativas entre empresas concorrentes (resultando na exclusão de terceiros).

A ABA SECTION OF ANTITRUST LAW denomina de “*industry self-regulation*” acordos realizados por meio de associações profissionais ou setoriais com o objetivo de promulgar ou estabelecer padrões para produtos ou serviços²⁹⁷.

²⁹⁵ A respeito, vide Douglas F. BRODER. *A guide do US antitrust law*, cit. p. 67.

²⁹⁶ Um exemplo típico de boicote não-econômico questionado com base no art. 1º do Sherman Act é o caso *Missouri v. National Organization for Women* (1980), onde um boicote foi organizado contra estados norte-americanos que não ratificaram a *Equal Rights Amendment*. A corte federal entendeu que tal boicote, por fundar-se em razões políticas e sociais, não violava a lei antitruste, encontrando-se sob proteção da Primeira Emenda ou da “*Doutrina Noerr*” (que implica imunidade antitruste limitada a esforços individuais ou coletivos voltados para influenciar a ação governamental – vide ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust law developments*, cit., pp. 1284 e ss.). Boicotes alegadamente não-econômicos, entretanto, podem ter efeitos anticompetitivos, como reconheceu a Suprema Corte em *FTC v. Superior Court Trial Lawyers*. Neste trabalho, não discutiremos os boicotes motivados por legítimas razões políticas e sociais, analisados sob a “*Doutrina Noerr*”.

²⁹⁷ *Antitrust law developments*, cit., p. 114. Conforme mencionado no item I.4.1.2 da Primeira Parte, entendemos que tais acordos não constituem regulação propriamente dita.

Nos Estados Unidos, as cortes geralmente analisam tais acordos com base na regra da razão, determinando que regras, critérios e ações disciplinares voltados para a auto-regulamentação de um setor, indústria ou profissão acabam por estabelecer recusas de contratar, que devem ser examinadas *vis-a-vis* a legitimidade do objetivo perseguido e a proporcionalidade entre meios e fins. Tratando-se de padrões e normas técnicas, são analisados com base na sua objetividade, isenção, aptidão para lidar com os problemas propostos e proporcionalidade da medida adotada relativamente à finalidade perseguida.

Em *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indiana Head Inc.* (486 U.S. 492), julgado em 1988, a Suprema Corte considerou ilegal a conduta de uma associação que, influenciada por um de seus membros, editou código de segurança (relativamente a fogo) considerado não isento, já que contemplava especificações técnicas que beneficiavam indevidamente os produtos da empresa em detrimento dos produtos de concorrentes. No mesmo sentido já havia sido a decisão da Suprema Corte em *American Society of Mechanical Engineers v. Hidrolevel Corp.* (456 U.S. 556, de 1982).

Em *United States v. American Bar Association*, concluído em 2001, a ordem dos advogados norte-americanos acabou celebrando um acordo com o Departamento de Justiça (DOJ) comprometendo-se a abandonar condições e critérios que, no entendimento da acusação, implicavam recusa de negociar e limitavam a concorrência por parte de escolas e universidades não aprovadas pela ABA. Em decorrência do acordo firmado, a ABA efetuou diversas modificações nos seus processos de certificação de faculdades e universidades.

No que se refere a associações e ligas esportivas, as cortes norte-americanas reconhecem a legitimidade das mesmas, inclusive para fins de elaboração de regras e estabelecimento de critérios para disciplinar a conduta de times, jogadores e proprietários de casas de apostas, controlar a utilização de drogas e álcool, estabelecer as regras dos jogos e dos campeonatos, estabelecer critérios para a elegibilidade e recrutamento de profissionais e determinar a exclusividade de jogadores relativamente aos seus respectivos times²⁹⁸.

²⁹⁸ Para maiores detalhes a respeito, vide ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust law developments*, cit., p. 119-122.

Por outro lado, associações esportivas foram condenadas por violar o artigo 1º do Sherman Act em *Law v. NCAA* (1998), relativo à remuneração de técnicos de basquete nas ligas universitárias, *Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. NBA* (1992), relativo a limitações impostas sobre o número de jogos televisionados (onde a justificativa de evitar o *free-riding* foi aceita, porém as medidas adotadas foram consideradas desproporcionais e desnecessárias), *Los Angeles Memorial Coliseum Commission v. NFL* (1984), relativo a limitações territoriais impostas aos times, e *Sullivan v. NFL* (1994), relacionado a limitações sobre o controle público sobre a franquia do New England Patriots. Em todos eles, boicotes resultavam das restrições estabelecidas.

Finalmente, merecem destaque os processos de investigação de recusas de contratar concertadas no setor de saúde nos Estados Unidos.

São freqüentes os questionamentos em torno de políticas de hospitais (em conjunto com associações ou com o corpo médico), entidades profissionais ou cooperativas, que decidem excluir profissionais de seus quadros, inclusive com base em incompetência ou conduta anti-ética. As cortes vêm reiteradamente afirmando a legalidade de tais recusas (v.g., em *Gordon v. Lewistown Hospital*, de 2005).

Da mesma forma, são abundantes as queixas em matéria de códigos de ética e outras normas de conduta editados por associações de profissionais, resultando na exclusão (ou não-admissão) daqueles que não se adaptam aos parâmetros estabelecidos. Tais casos são geralmente analisados com base na regra da razão. Para ilustrar, em *Nilavar v. Mercy Health System* (2005), um acordo de exclusividade entre um hospital e um grupo de radiologistas foi considerado lícito, por não prejudicar a concorrência, e em *Bocobo v. Radiology Consultants* (2004), a exclusão de um radiologista da associação que congregava médicos dessa especialidade foi mantida, por não acarretar impacto negativo no mercado relevante.

Segundo a ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, boicotes que têm por justificativa plausível a contenção de custos e que, portanto, têm o condão de incrementar a eficiência e aumentar a concorrência são geralmente aceitos, enquanto que esforços no sentido de obstruir tentativas ou propostas de redução de custos geralmente constituem ilícito à luz do art. 1º do Sherman Act.

III.2.3. Recusas coletivas envolvendo propriedade intelectual: Europa e EUA

As recusas individuais de licenciar propriedade intelectual no direito comparado foram discutidas entre os casos de dominância (Europa) ou monopolização (EUA), e voltarão à baila no capítulo sobre a doutrina da infra-estrutura essencial européia, já que é nesse contexto que são geralmente situadas.

Por seu turno, as recusas de contratar concertadas envolvendo propriedade intelectual são tratadas pela doutrina norte-americana e européia em capítulos ou seções distintas nos manuais de antitruste²⁹⁹.

Nos Estados Unidos, as recusas concertadas de licenciar propriedade intelectual são analisadas com base no art. 1º do Sherman Act.

Em *United States v. Krasnov* (355 U.S. 5, de 1957), duas vendedoras dominantes de acabamentos para móveis fizeram um acordo para encerrar uma disputa referente a violações a direitos de propriedade intelectual. Por meio dele, ambas se comprometiam a não licenciar seus direitos a terceiros sem o prévio consentimento da outra parte. A Corte Distrital, em decisão confirmada pela Suprema Corte, entendeu que o acordo era ilícito, tendo em vista a concorrência de duas circunstâncias: (i) poder de veto sobre direitos de licença titulados por terceiro, e (ii) ajuste contratual suscetível de limitar a competição e excluir terceiros. A partir de *Krasnow*, a maioria das cortes inferiores passou a tratar recusas concertadas de licenciar propriedade intelectual como um ilícito *per se*.

Merecem destaque, ainda, recusas coletivas que advêm dos chamados “*pools*” de patentes. Os *pools* nada mais são que acordos onde os detentores de diferentes patentes ajustam licenciá-las reciprocamente ou em conjunto a terceiros (não integrantes do *pool* em questão).

²⁹⁹ Nesse sentido, vide ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust law developments*, cit., p. 1127 e seguintes, e D.G. GOYDER. *EC Competition law*, cit. p. 312 e seguintes.

Distinguem-se dois tipos de *pools*: de um lado, aqueles que envolvem patentes que não podem ser utilizadas sem a violação da(s) patente(s) de terceiros (as chamadas “*blocking patents*”), de outro, aqueles que envolvem patentes concorrentes, que podem ser utilizadas individualmente pelos seus proprietários, ou seja, independentemente de outrem (“*competing patents*”). No primeiro caso, existe *a priori* um objetivo claramente legítimo para a existência do *pool*, enquanto que no segundo as razões devem ser perscrutadas para cada caso concreto.

O que importa consignar, de qualquer modo, é que, na linha da decisão proferida em *Krasnov*, *pools* envolvendo exclusividade, ou seja, que proíbem os seus participantes de licenciar suas patentes a terceiros ou de utilizá-las independentemente do *pool*, violam o art. 1º do Sherman Act, não havendo necessidade de se demonstrar poder de mercado. Foi nesse sentido a decisão da Suprema Corte em *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine* (395 U.S. 100), de 1969.

A *contrario sensu*, *pools* que apenas disciplinam a utilização e o licenciamento de patentes complementares de forma conjunta pelos seus integrantes, sem limitar a atuação individual dos mesmos ou *a priori* excluir terceiros, são lícitos.

Na Europa, por seu turno, D.G. GOYDER dá destaque o caso *GEMA*, no qual a Sociedade de Direitos de Atuação Alemã (*German Performing Rights Society*, um tipo de associação para coleta de direitos autorais para seus membros), ao lado de uma vasta gama de restrições, proibia que indivíduos estrangeiros integrassem o conselho da sociedade, além de vedar completamente a filiação de gravadoras estrangeiras³⁰⁰. Não se trata, porém, de recusa de contratar concertada girando diretamente em torno dos direitos de propriedade intelectual, mas sim de conduta adotada por proprietários de tais direitos, como bem salienta GOYDER, com efeitos restritivos sobre a circulação dos últimos entre os Estados-membros da União Européia. De qualquer modo, a Comissão Européia decidiu o caso em 1971, entendendo que em vários aspectos as práticas atentavam contra o art. 82 do Tratado de Roma.

O artigo 82 também foi aplicado em face de uma organização estabelecida na Alemanha (GLV v. Commission, de 1983) para a proteção de direitos autorais e coleta de royalties

³⁰⁰ *EC Competition law*, cit. p. 313.

referentes a gravações de som ou imagem de *performances* efetuadas pelos seus membros, que eram compartilhadas em bases equânimes com os fabricantes das respectivas gravações. A GLV era a única organização do gênero na Alemanha, e recusava-se a admitir nos seus quadros artistas não residentes na Alemanha. Com isso, restringia a livre circulação dos direitos autorais entre a Alemanha e os demais países da UE.

Pode-se afirmar, desse modo, que recusas concertadas envolvendo, direta ou indiretamente, direitos de propriedade intelectual, constituem uma exceção, na Europa, à investigação das recusas horizontais com base exclusivamente no art. 81 do Tratado de Roma.

Na sequência, discutimos as recusas de contratar horizontais e verticais em mercados considerados de bens essenciais ou de utilidade pública.

IV - A RECUSA DE CONTRATAR NOS MERCADOS (MONOPOLIZADOS OU NÃO) CARACTERIZADOS PELA EXISTÊNCIA DE BENS DE UTILIDADE PÚBLICA

IV.1. Os mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública: situação típica de recusa de contratar como infração à ordem econômica

A existência de bens de utilidade pública, especialmente em mercados de monopólios (naturais ou não) ou de economias crescentes de escala (que diferenciam as chamadas “indústrias de rede”) dá ensejo à caracterização da mais clássica hipótese de recusa de contratar como ilícito concorrencial.

Em tais circunstâncias, tem lugar o denominado *problema do acesso necessário*, que não passou despercebido a Orlando GOMES. O autor, já em 1973, afirmava que tinham obrigação de contratar os que se encarregam da prestação dos serviços públicos e dos serviços de primeira necessidade, bem como aqueles que exercem atividade econômica em caráter de monopólio³⁰¹.

O problema tem duas vertentes: de um lado, o acesso, pelos concorrentes do detentor de um bem essencial, ao referido bem (os concorrentes precisam do acesso a esse bem para prestar determinados serviços ou oferecer determinados produtos nos mercados à jusante na cadeia produtiva); de outro, o acesso dos consumidores finais a um determinado bem ou serviço considerado essencial (o bem é essencial para o consumo).

A primeira vertente do problema do acesso é aquela que se relaciona com a recusa de contratar do ponto de vista da legislação antitruste (também abarcada em diversas políticas regulatórias *strictu sensu*). Nessas hipóteses, o acesso pode ocorrer por meio da *interconexão* a uma rede, mas não é necessário que assim seja.

A segunda vertente diz respeito à questão da *universalização* de um determinado bem ou serviço. Sob esse prisma, constituem bens essenciais – e, portanto, universais – os direitos

³⁰¹ *Contratos*, cit., p. 27.

individuais e coletivos previstos no art. 5º da Constituição Federal, os direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência (CF, art. 6º), os direitos à nacionalidade (CF, art. 12) e os direitos políticos (arts. 14 a 17), na forma e nos limites da Magna Carta Brasileira.

A legislação infraconstitucional reforça o caráter essencial de certos bens ou serviços. É o caso, por exemplo, do art. 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), que dispõe sobre os direitos básicos desse grupo, e do art. 2º, incisos I e II, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9472/1997), que trata da universalização dos serviços disciplinados naquele diploma. Observa-se que essa vertente do problema do acesso é abordada em diversos modelos de regulação setorial em sentido estrito.

Abordaremos a seguir a questão do acesso, pelos concorrentes de uma empresa detentora de um bem de utilidade pública, ao insumo em questão, inclusive por meio de interconexão. O problema do acesso necessário a bens e serviços essenciais pelos consumidores finais (universalização) não será tratado aqui.

Segundo SALOMÃO FILHO, o conceito de bem ou infra-estrutura essencial (*essential facility*) diz respeito às “*situações de dependência de um agente econômico com relação ao outro, nas quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabiliza sem o acesso ou fornecimento do essencial*”. O autor esclarece que, “[e]m sua formulação inicial essas hipóteses coincidiam com os casos de monopólio natural ou com outros casos de monopólio decorrentes de razões estruturais e nos quais não há como presumir que o mercado seja capaz, por si, de dar solução a essas falhas”³⁰²⁻³⁰³

³⁰² *Direito concorrencial: as condutas*, cit., pp. 112-113.

³⁰³ A teoria do monopólio natural, bastante antiga, já tinha sido abordada por STUART MILL, em 1848, quando verificou que certos serviços de utilidade pública não poderiam ser oferecidos de forma competitiva. Outros estudos de economistas do século XIX mencionavam o problema que, contudo, só recebeu tratamento sistemático com o trabalho de R. ELY (*Outlines of Economics*. New York: Mac Milan, 1937, *apud* Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 192, nota 54). Monopólios naturais podem existir por razões físicas ou econômicas. Exemplos de causas da impossibilidade física são a existência de fontes de insumos únicas ou exclusivas ou a existência de tecnologia protegida por patente ou por segredo industrial bem protegido. Por sua vez, a impossibilidade econômica decorre de características particulares inerentes a um determinado ramo da indústria que tornam a competição ruínoza ou autodestrutiva, tais como, por exemplo, os custos irrecuperáveis. A. KAHN conceitua monopólio natural como a situação em que determinada indústria pratica economias de escala, com custos decrescentes decorrentes do aumento da produção, até o ponto em que supre a demanda total, enquanto que TRAIN define a mesma situação como aquela em que os custos de produção justificam práticas de preços em que o mercado é melhor atendido com

Ocorre que a aplicação da idéia de bem essencial acabou se flexibilizando para todas as situações nas quais, embora não haja monopólio, os retornos crescentes de escala tornam a duplicação daquele bem impossível (fática ou juridicamente), economicamente inviável ou desprovida de incentivos. Exemplo clássico dessa hipótese diz respeito às redes (naturais ou artificiais, físicas ou virtuais)³⁰⁴.

Ora, quanto mais usuários tiver uma determinada rede, mais útil ela se torna para seus usuários efetivos e potenciais, reduzindo-se os incentivos para a busca de redes alternativas pelos próprios usuários e, conseqüentemente, para a construção de novas redes pelos concorrentes, diante da redução das perspectivas de retorno ou do alongamento dos prazos para tanto³⁰⁵.

Cumprir observar que o caráter de infra-estrutura essencial atribuído a um determinado bem pode variar conforme o contexto histórico e as circunstâncias específicas de cada localidade. Um determinado bem pode ser considerado essencial durante um período histórico (curto ou longo) e deixar de sê-lo no período subsequente, em virtude, por exemplo, de evoluções tecnológicas (e vice-versa). Da mesma forma, um bem pode ser essencial em uma localidade particular e, ao mesmo tempo, não ter essa condição em outra. Para ilustrar, o transporte ferroviário pode ser essencial para o escoamento de certos produtos entre duas regiões brasileiras e não o ser para outras duas, servidas por bacia fluvial ou rodovias em boas condições de uso e capazes de oferecer preços competitivos.

um único fornecedor (*apud* Isaac BENJÓ. A urgência do aparato regulatório no Estado Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 3-14, abr. 1997). De qualquer forma, a teoria econômica moderna considera que, no caso dos monopólios naturais, a entrada de novos competidores, além de inviável, é também desaconselhável, uma vez que a existência de custos irrecuperáveis muito altos faz com que as empresas atuantes tenham interesse em aumentar a produção, e, se a demanda for variável, como normalmente ocorre nesses mercados, haverá certamente crises de superprodução, levando à guerra de preços e concorrência predatória. Assim, o mercado voltaria, naturalmente, à situação de monopólio.

³⁰⁴ Cabe ressaltar que, a despeito da flexibilização ocorrida, a noção de bem essencial não pode ser aplicada sem a observância de critérios rígidos. Foi nessa linha, por exemplo, a decisão do CADE (por maioria) ao deixar de reconhecer a “essencialidade” do canal de TV aberta da Rede Globo, frustrando o pleito da DirecTV nos autos do Processo Administrativo n.º 53500.000359/99, conforme veremos no Cap. V.3.1.

³⁰⁵ Nas palavras de SALOMÃO FILHO, “quanto mais consumidores fazem parte da rede, mais útil é ela para o próximo consumidor. Dessa forma, não há qualquer estímulo, seja do ponto de vista do custo ou da utilidade, para o consumidor escolher a rede concorrente (a não ser que a rede concorrente agregue novos serviços, o que vem crescentemente acontecendo). A sua construção é, então, inconveniente. Se assim é, então as redes já construídas passam a desempenhar um papel fundamental. Só nelas poderá se desenvolver qualquer tipo de concorrência e só através delas o consumidor poderá ser atendido. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm” (Regulação, cit., p. 43).

Em alguns mercados, onde o acesso físico vem gradativamente perdendo importância com o desenvolvimento de novas tecnologias³⁰⁶⁻³⁰⁷, até mesmo a falta de incentivos para a construção de novas redes pode ser relativizada, e é possível que algum dia as redes (ou grande parte delas) deixem de constituir bem essencial.

Enquanto isso não ocorre, há que se lidar com o problema do acesso.

³⁰⁶ No setor de telecomunicações em geral, o desenvolvimento de novas tecnologias (v.g., a exploração das microondas, o surgimento da tecnologia digital de transmissão e comutação, a incorporação de recursos computacionais às redes e sua digitalização), fez com que vários segmentos novos surgissem e outros deixassem de ser considerados monopólios naturais, contribuindo para uma significativa diminuição nos custos de investimento na área, com efeitos positivos para a concorrência. No exemplo da telefonia fixa, tem-se a convergência, que consiste na possibilidade (impulsionada pelos avanços tecnológicos) de prestação de diversos tipos de serviços com base em uma única infra-estrutura ou plataforma, por exemplo, a oferta de serviços de TV por assinatura (imagem), Internet de alta velocidade (dados) e telefonia móvel ou fixa (voz), a partir da mesma rede. Já há quem sustente que tecnologias mais novas (sem fio, como Wi-fi e Wi-MAX) seriam capazes de substituir plenamente o acesso físico às redes tradicionais, permitindo que os sinais de telecomunicações cheguem até seu destino, ou seja, até o local específico em que se encontra o usuário (seja uma residência ou uma unidade empresarial), sem passar pela última milha. A alegação é contestada por outros, que consideram que os custos de se instalar equipamentos para transmissão sem fio, de modo a garantir a mesma cobertura das redes tradicionais, embora inferiores àqueles que seriam incorridos na duplicação da rede física, não justificariam os respectivos investimentos.

³⁰⁷ No direito comparado, VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR apontam estudos divergentes nas décadas de 50, 60 e 70 sobre a continuidade do monopólio natural no setor de telecomunicações, especialmente no que se refere à telefonia fixa de longa distância. Parte desses estudos defendia que era viável o ingresso de novos concorrentes para operar essa modalidade, em virtude do desenvolvimento da tecnologia de rádio (microondas) após a Segunda Guerra Mundial. Outros insistiam no sentido de que os prestadores ainda se beneficiavam com significativas economias de escala, justificando a idéia de manutenção do monopólio natural. No caso dos serviços locais, os autores apontam que não ainda está claro se para os pequenos usuários residenciais (menores volumes e baixas velocidades de transmissão) é viável economicamente adquirir serviços de novos *players* (por exemplo, prestadoras de serviços de TV a cabo), utilizando tecnologias alternativas (*Economics of regulation and antitrust*. 3 ed. Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 469).

IV.2. Digressões sobre a doutrina norte-americana da infra-estrutura essencial

Foi justamente a questão do acesso necessário a bens essenciais que deu origem à denominada doutrina da infra-estrutura essencial (*Essential Facility Doctrine*) no direito antitruste norte-americano³⁰⁸.

A sua formulação original remonta ao caso *United States versus Terminal Railroad Association of St. Louis*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1912 (224 US 383 [1912]). Naquela ocasião, restou expressamente consignado que a criação de obstáculos ao acesso a determinadas instalações (no caso concreto, uma ponte e um *ferry* para linhas férreas que passavam sobre o rio Mississipi, detidos em regime de monopólio pela associação ré) poderia ser caracterizada como um ilícito antitruste.

Os requisitos para a aplicação do precedente em questão passaram a ser dois: (i) a situação de dependência com relação a um bem; e (ii) a impossibilidade de superar essa dependência por meio da construção ou aquisição de bens próprios.

O caso *United States versus Terminal Railroad Association of St. Louis* é peculiar porque envolve, segundo grande parte da doutrina³⁰⁹, recusa de contratar concertada e predominantemente horizontal, e não vertical, conforme aplicações posteriores que

³⁰⁸ Há quem sustente que não existe uma “doutrina” da infra-estrutura essencial nos Estados Unidos, na medida em que a mesma não se encontra oficialmente reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, embora tenha sido (e continue sendo) reiteradamente aplicada pelas cortes inferiores. A esse respeito, vide os comentários de Vassilis HATZOPOULOS (*Refusal do deal: The EC Essential facilities doctrine* In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law*, cit., p. 333-375). A ABA SECTION OF ANTITRUST LAW consigna que a própria Suprema Corte, ao decidir o caso *Trinko* (540 U.S. 398), em 2004, observou que nunca reconheceu (assim como jamais rejeitou) a doutrina da infra-estrutura essencial no que se refere à recusa unilateral por parte de um monopolista no sentido de negociar com um rival (*Antitrust law developments*, cit., p. 261), ou seja, a aplicação que tornou a doutrina em questão mais conhecida ainda não tem o aval da Suprema Corte, que manteve seu silêncio sobre o assunto na decisão proferida em *Trinko*. No entanto, a partir das formulações iniciais do que viria a ser a referida doutrina pela Suprema Corte em casos de recusas concertadas, conforme esclarecido neste capítulo, os circuitos federais fixaram critérios objetivos para a sua aplicabilidade, que ficaram amplamente conhecidos, não apenas nos Estados Unidos mas em todo o mundo, com o paradigmático caso *MCI Corp. versus AT&T*. E mesmo após a decisão da Suprema Corte em *Trinko*, muitas cortes federais continuam a utilizar a doutrina da infra-estrutura essencial em casos de recusas unilaterais adotadas por empresas monopolistas. Vide, nesse sentido, *MetroNet Servs. Corp. V. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124, 1129-30 (9th cir. 2004), onde a doutrina foi reconhecida, porém considerada inaplicável ao caso concreto, com decisão confirmada pela Suprema Corte (544 US 1049) em 2005, e *Nobody in Particular Presents, Inc. v. Clear Channel Communs*, 311 F. Supp. 2d 1048, 1113 (D. Colo., 2004), reconhecendo e aplicando a doutrina.

³⁰⁹ Vide, por exemplo, Vassilis HATZOPOULOS. *Refusal do deal*, cit.

tornaram a doutrina da infra-estrutura essencial mais conhecida nos Estados Unidos e no restante do mundo.

No caso concreto, as empresas participantes da associação investigada detinham vinte linhas férreas e, após utilizar a associação para adquirir a ponte e o *ferry* que constituíam a única forma viável de cruzar o Rio Mississippi a oeste, passaram a ter condições de boicotar terceiros. Em outras palavras, empresas não participantes da associação, inclusive potenciais entrantes, ficariam excluídas do(s) mercado(s) de transporte ferroviário caso o acesso às facilidades adquiridas pela associação lhes fosse negado. Nesse contexto, a Suprema Corte, embora tenha considerado lícita a aquisição dos ativos, determinou que a associação permitisse *acesso razoável* à ponte e ao *ferry* a ferrovias não proprietárias dos mesmos³¹⁰.

A mesma lógica foi aplicada no também horizontal caso *Associated Press* (326 US 1), julgado em 1945, onde uma associação de serviços de notícias recusava-se a admitir a livre filiação de empresas jornalísticas concorrentes. Na verdade, os estatutos da associação outorgavam direito de veto aos participantes que, desse modo, podiam barrar concorrentes de integrarem a associação.

Terminal Railroad Association of St. Louis e *Associated Press* são hoje considerados casos típicos de boicote em grupo (vide Cap. III retro), o que não impediu, no entanto, que contribuíssem para a construção jurisprudencial da doutrina da infra-estrutura essencial.

Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, formulação semelhante foi aplicada pela Suprema Corte em duas decisões subseqüentes, ambas envolvendo recusas verticais, segundo a doutrina – *Otter Tail Power Co. versus United States* (410 US 366), e *Aspen Skiing Co. versus Aspen Highlands Skiing Co.* (472 US 585), mas o caso tido como paradigmático, e cujo raciocínio informou diversas decisões subseqüentes, só veio muitos anos mais tarde no setor de telecomunicações³¹¹. Trata-se do caso *MCI Corp. versus AT&T*.

³¹⁰ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Refusals to deal*, cit., p. 37. Vide, ainda, ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust law developments*, cit., p. 261.

³¹¹ *Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 112. No mesmo sentido, vide HOVENKAMP, *Federal antitrust policy*, cit., p. 275.

Os critérios para a aplicação da doutrina da infra-estrutura essencial, tal como formulada no caso AT&T, foram:

(i) controle de um bem essencial por uma empresa detentora de posição dominante, sendo tal bem necessário para que outros agentes econômicos possam desenvolver suas atividades nos mercados *downstream*³¹²;

(ii) impossibilidade (técnica, econômica ou legal) de duplicação do referido bem pelos agentes econômicos concorrentes ou de fontes alternativas para o fornecimento do bem essencial³¹³;

(iii) recusa de acesso ao bem essencial por parte de seu detentor, sendo certo que tal recusa pode restar caracterizada indiretamente, por exemplo, por meio do estabelecimento de condições comerciais (inclusive preços) desarrazoadas para o acesso pleiteado; e

(iv) viabilidade de fornecimento do acesso ou ausência de um motivo comercial legítimo para a recusa³¹⁴.

Verifica-se, portanto, que *a doutrina da infra-estrutura essencial desenvolvida nos Estados Unidos preocupa-se com a tentativa de “alavancagem” de posição dominante detida em mercados caracterizados pela existência de bens ou instalações essenciais para mercados*

³¹² Verifica-se que tal critério foi considerado preenchido em *Aspen Highlands Skiing Co. versus Skiing Corp.*, onde o Décimo Circuito considerou que o acesso a *resorts* de esqui vizinhos ao *resort* da denunciante era necessário, já que sem ele nenhum *resort* seria competitivamente viável na região. Já em *McKenzie v. Mercy Hospital*, o mesmo Circuito entendeu que o acesso às instalações de um hospital não era essencial para que um médico pudesse exercer suas atividades de forma competitiva, pois este poderia atender a maioria dos pacientes na sua clínica ou consultório (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust law developments*, cit., p. 263).

³¹³ Nesse sentido, vide, por exemplo, a decisão do Sétimo Circuito em *Fishman v. Estate of Wirtz* (807 F.2d 520, 7th Cir. 1986), onde o autor pleiteava acesso ao estádio de Chicago para exercer os direitos que lhe outorgava a franquia da NBA sobre o Chicago Bulls. Embora os réus tenham apresentado como evidência da viabilidade econômica de um novo estádio o fato de eles próprios terem acabado de construir uma nova arena em Chicago, a corte entendeu que o estádio não era duplicável senão mediante custos desarrazoados *vis-à-vis* o valor do contrato cuja implementação ele tornaria viável. Não fazia sentido, no caso concreto, esperar que o autor tivesse que ingressar concomitantemente em dois mercados, de modo que o acesso foi outorgado pela corte. Em *Laurel Sand & Gravel, Inc. v. CSX Transportation*, no entanto, o Quarto Circuito deixou claro que não basta que o acesso a uma determinada infra-estrutura seja simplesmente mais econômico que outras alternativas, os custos das alternativas disponíveis devem ser proibitivos para que reste caracterizado o segundo elemento da doutrina da infra-estrutura essencial.

³¹⁴ A possibilidade de uma defesa baseada em “razões comerciais legítimas” será discutida na Conclusão. Nos EUA, tais razões foram rejeitadas no caso *MCI v. AT&T*, porém acabaram sendo acolhidas em outro caso envolvendo empresas de telefonia, *Southern Pacific Communications v. AT&T Corp.*, 740 F.2d 980 (D.C Cir. 1984).

competitivos, geralmente situados à jusante na cadeia de produção. Note-se que a doutrina aplica-se sempre a condutas questionadas sob o art. 2º do Sherman Act, já que a existência de poder de monopólio é um dos seus elementos. A respeito do art. 2º do Sherman Act, vide itens I.5.3 da Primeira Parte e II.3.2.3 da Segunda.

Em outras palavras, se o mesmo agente econômico participa de dois mercados verticalmente relacionados, sendo um deles caracterizado pelo controle desse agente sobre bem ou infra-estrutura essencial, para o qual não há bons substitutos, há incentivos para que ele procure estender, mediante a recusa de contratar, o seu poder econômico para o outro mercado, onde atuam empresas que necessitam do bem essencial, em concorrência com o detentor da infra-estrutura. Assim, o principal efeito da recusa de contratar sobre o mercado-alvo, quando não for o fechamento desse mercado, é a elevação dos custos dos rivais da empresa controladora da infra-estrutura.

Note-se, porém, que, mesmo nos casos considerados horizontais, *Terminal Railroad Association of St. Louis* e *Associated Press*, se não é possível vislumbrar tecnicamente dois mercados relevantes distintos, em estágios diferentes da cadeia produtiva, é viável, pelo menos, identificar um insumo essencial (a ponte e o *ferry*, no primeiro caso, e a rede de notícias, no segundo) sem o qual a concorrência por parte de terceiros torna-se impossível, independentemente da regular comercialização de tais bens em regime de oferta e demanda. Assim, temos que, no final das contas, exceção feita ao número de participantes da recusa, não há diferença substancial entre tais precedentes, por exemplo, e o caso *Aspen Skiing Co.*, onde empresa proprietária de três locações para a prática de esqui em Aspen foi compelida pela Suprema Corte a incluir um quarto *resort*, de propriedade de empresa independente, nos pacotes de esqui por ela comercializados.

Ou seja, a existência de dois mercados relevantes (claramente identificados) ou de apenas um, assim como a caracterização da recusa como horizontal (quando adotada coletivamente por integrantes de uma associação) ou vertical (quando adotada individualmente por uma empresa ou grupo) não parecem afetar substancialmente a forma como a doutrina da infra-estrutura essencial é aplicada nos Estados Unidos.

A aplicação ou não de tal doutrina, no entanto, é muito influenciada por outros elementos, de natureza político-ideológica, bastante característicos, aliás, do direito antitruste norte-

americano, fazendo com que alguns autores daquele país caracterizassem seus movimentos como “pendulares”³¹⁵. Tais elementos geralmente se manifestam na avaliação, pelas cortes, da essencialidade de um bem e das justificativas apresentadas para a recusa.

Com efeito, tomando-se os critérios apresentados em *MCI v. AT&T*, processo que resultou no desmembramento da última empresa e na imposição de diversas obrigações aos agentes econômicos que advieram de tal medida estrutural, verifica-se que são rigorosamente os mesmos utilizados na decisão *Trinko*, porém com resultados diametralmente opostos.

Se deixarmos de lado decisões de cortes inferiores (como foi *MCI v. AT&T*, onde a celebração de um acordo entre as partes evitou que o processo chegasse à Suprema Corte) e considerarmos apenas decisões da última instância, verifica-se que os mesmos critérios foram responsáveis por desfechos tão distintos como aqueles que advieram de *Aspen Skiing Co.* e *Trinko*.

Ambos os casos compartilham a circunstância de não ter a Suprema Corte empregado expressamente a doutrina da infra-estrutura essencial. Da mesma forma, tanto *Aspen Skiing Co.* quanto *Trinko* discutiram recusas de contratar adotadas por empresa individual com poder de monopólio reconhecido, fugindo das situações descritas anteriormente, de recusas concertadas. Mas os elementos comuns param por aí.

Em *Aspen Skiing Co.*, a Suprema Corte determinou que a empresa detentora de três entre quatro locações para a prática de esqui em Aspen, no Colorado, mantivesse um acordo de comercialização conjunta do acesso às locações com o quarto resort no local, um concorrente de menor porte. As três locações operadas pela empresa com poder de monopólio foram consideradas necessárias para que a *Aspen Highlands Skiing Co.* se mantivesse no mercado, já que a comercialização do acesso às suas instalações, de forma autônoma e independente, era comercialmente inviável. Por diversas temporadas, a *Aspen Highlands Skiing Co.* e a monopolista *Aspen Skiing Co.* ofereceram um pacote aos

³¹⁵ Nesse sentido: Robert PITOFISKY. Antitrust at the turn of the twenty-first century: a view from the middle. *Saint John's Law Review*, v. 76, p. 583-586, 2002; Timothy J. MURIS. How history can inform practice in modern U.S. competition policy. *Law and Economics Working Paper Series*. George Mason University School of Law, 2004; e Eleanor M. FOX. Antitrust retrospective, cit. William KOVACIC resume e analisa criticamente doutrina “do movimento pendular”, enfatizando a continuidade e a evolução em vários aspectos da política antitruste norte-americana (The modern evolution of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust law journal*, v. 71, p. 377-478, 2003).

esquiadores que dava direito a todas as locações de esqui. No entanto, a *Aspen Skiing Co.* decidiu subitamente descontinuar o acordo, sem para tanto apresentar uma justificativa comercial razoável.

Em *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, por sua vez, a Suprema Corte decidiu que a recusa da *Verizon* em oferecer acesso a sua rede sob condições razoáveis não implicava um ilícito. É interessante observar que a Suprema Corte afastou o argumento de que haveria imunidade antitruste no caso concreto, por ser o mercado regulado pelo Telecommunications Act de 1996 (vide item IV.5.1 abaixo). A despeito disso, consignou que o intérprete deve ser cauteloso ao identificar as circunstâncias pelas quais a recusa de um monopolista contratar com seus rivais pode violar o art. 2º do Sherman Act. Na situação em exame, ao contrário daquela analisada em *Aspen Skiing Co.* (que a Corte caracterizou como o “limite da responsabilidade” atribuída a uma empresa monopolista à luz do art. 2º do Sherman Act), a ré não havia voluntariamente celebrado um acordo com seus rivais, permitindo-lhes acesso à sua rede. Aliás, tal acesso jamais teria sido concedido, não fosse a regulação aplicável, afirmou a Corte³¹⁶. Em especial, diferentemente dos *tickets* de *Aspen*, a Suprema Corte entendeu que os serviços relacionados ao acesso que a *Verizon* alegadamente recusou prestar a seus rivais não se encontravam disponíveis para o público e só poderiam ser prestados a despesas e esforços consideráveis.

A partir de *Trinko*, algumas decisões de instâncias inferiores passaram a considerar que não existe uma obrigação especial por parte de um monopolista relativamente a contratar com seus concorrentes, conforme discussão apresentada no item II.3.2.3 retro.

A análise paralela dos casos *Aspen Skiing Co.* e *Trinko* causa perplexidade. Se considerarmos exclusivamente a natureza dos bens aos quais era pleiteado acesso nos dois casos, bem como a sua necessidade para que houvesse concorrência, *Trinko* certamente seria um caso mais adequado para a aplicação da doutrina da infra-estrutura essencial que *Aspen Skiing Co.* Neste, os diferenciais certamente foram o histórico (ou seja, o

³¹⁶ É interessante observar que a racionalidade apontada por Einer ELHAUGE (vide nota 279 acima) parece ter efetivamente orientado a Suprema Corte em *Trinko*. Com efeito, ao apontar a importância, para análise da recusa de contratar no caso concreto, do fato de não ter a empresa investigada se engajado voluntariamente em relações com seus concorrentes, a Suprema Corte acabou acolhendo como parâmetro de licitude sob o art. 2º do Sherman Act a não discriminação de rivais.

relacionamento preexistente entre as partes) e a ausência de justificativa para a recusa. A despeito disso, é possível sustentar que os concorrentes da *Verizon* necessitavam mais da rede da empresa do que a concorrente da *Aspen Skiing Co.* necessitava do pacote conjunto de *tickets*. No primeiro caso, a concorrência era virtualmente *inviável* sem o adequado acesso à rede, enquanto que, no segundo, embora fosse *difícil* para a *Aspen Highlands* concorrer sem participar do pacote em questão (conforme reconhecido pelo Corte), a concorrência ainda era possível, podendo a empresa reduzir seus preços ou procurar incluir outros diferenciais que tornassem o seu produto mais atraente. Não estamos advogando o equívoco da decisão proferida em *Aspen*, mas destacando o que nos parecem ser incoerências na jurisprudência da Suprema Corte. A análise efetuada deixa a impressão de que a Corte se arrependeu da decisão em *Aspen*, porém não quis reverter o precedente, esforçando-se, ao revés, para diferenciá-la de *Trinko*.

De qualquer modo, a despeito de a doutrina da infra-estrutural essencial continuar sendo aplicada por instâncias superiores, o seu futuro ainda é incerto. A orientação que se extrai da decisão *Trinko* é de um tratamento bastante liberal às recusas de contratar nos Estados Unidos no momento atual, ainda que adotadas por empresas monopolistas e relacionadas a bens essenciais.

Na Europa, como veremos a seguir, a orientação é bastante distinta.

IV.3. A formulação da doutrina da infra-estrutura essencial no direito antitruste europeu

Vassilis HATZOPOULOS³¹⁷ entende que é possível falar em uma “doutrina” da infra-estrutura essencial na Europa, na medida em que a ela a Comissão Europeia se referiu expressamente ao aplicá-la em diversos casos concretos, além de ter em outras ocasiões utilizado seus critérios, embora sem tratar da doutrina explicitamente. O autor reconhece o emprego de uma doutrina europeia da infra-estrutura essencial em diversas decisões da Comissão, a partir dos casos envolvendo acesso a infra-estruturas portuárias, *B&I/Sealink* e *Sea Containers/Stena Sealink*, onde o acesso pleiteado pelas Representantes foi outorgado, aplicando-se a mesma política a portos controlados pelo governo. Posteriormente, outras instalações consideradas essenciais foram objeto de acesso compulsório por determinação da Comissão Europeia em processos de natureza antitruste: aeroportos (casos *London European/Sabena*, *British Midland/Era Lingus*, *FAG-Flughfen Frankfurt/Main AG*, *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*), ferrovias (casos *Night Services* e *Eurotunnel*, o último revertido pela Corte que, no entanto, não repudiou a doutrina), e direitos de propriedade intelectual (caso *Microsoft*).

As cortes europeias, por seu turno, sempre foram mais reservadas quanto a reconhecer expressamente a doutrina. Apesar disso, aplicaram seus critérios em diversos casos (v.g., *Oscar Bronner* e *IMS Health*), além de confirmar decisões da Comissão Europeia que a adotavam.

Ademais, a doutrina da infra-estrutura essencial é aplicada nos Estados-membros da União Europeia, destacando-se casos envolvendo a concessão de acesso a dados de usuários para fins de elaboração de listas telefônicas por concorrentes das empresas incumbentes, acesso a instalações aeroportuárias e acesso a bens intangíveis (propriedade intelectual, por exemplo, processo relacionado ao acesso à plataforma da Apple para música digital, negado em virtude de não ser a Apple detentora de posição dominante).

Assim como nos EUA os casos que dizem respeito à doutrina da infra-estrutura essencial foram levados às cortes à luz do art. 2º do Sherman Act, na Europa tais casos são todos

³¹⁷ *Refusal do deal*, cit.

relacionados ao art. 82 do Tratado de Roma (para maiores detalhes, vide item II.3.1.3 da Segunda Parte).

Na Europa, porém, a expressão “infra-estrutura essencial” apareceu na jurisprudência somente em 1992, com o julgamento do caso *Sealink/B&I - Holyhead* pela Comissão. A acusação envolvia uma operadora portuária (Sealink), que também explorava serviços de *ferry* tendo como partida e destino a Irlanda. A concorrente da Sealink, B&I, denunciou que a operadora organizava os serviços portuários de modo a causar o máximo desconforto e inconvenientes para seus clientes-concorrentes no mercado de serviços de transporte via *ferry*, caracterizando tal conduta recusa de contratar indireta. A operadora foi condenada e a Comissão Européia determinou modificações na sua organização.

Segundo Richard WHISH, além da utilização da expressão “infra-estrutura essencial”, referindo-se ao caráter dos bens a que se pleiteava acesso no último caso (instalações portuárias), não haveria diferenças entre a doutrina aplicada no caso *Sealink* e o precedente *Commercial Solvents*, também questionado com base no art. 82 do Tratado de Roma.

Em *Commercial Solvents* (Casos 6/73 e 7/73, julgados em 1974, ECR 223 1974), requeria-se acesso a insumos, e não a uma infra-estrutura, mas a idéia por trás da forma como foi aplicado o direito antitruste seria a mesma, segundo o autor³¹⁸. A Zoja, fabricante de uma substância usada no tratamento de tuberculose, dependia do fornecimento de matéria-prima da *Commercial Solvents*, que detinha posição dominante no mercado desse insumo. A fornecedora, porém, passou a recusar-se a fornecer à Zoja quando criou uma subsidiária para atuar no mercado *downstream* e concorrer com a referida empresa. O efeito da recusa seria a eliminação de *toda* a concorrência no mercado *downstream*.

No mesmo sentido, WHISH qualifica o caso *Hughin v. Commission* como precursor da doutrina européia da infra-estrutura essencial em setores não caracterizados pela existência de infra-estrutura. Naquele caso, a *Hughin* descontinuou o fornecimento à empresa *Lipton* de peças de reposição para máquinas registradoras, devido à sua intenção de operar no mercado de serviços de reparo de tais máquinas (assim como em *Commercial Solvents* a

³¹⁸ *Competition law*, cit., p. 670. Já GOYDER é mais cauteloso ao tratar da doutrina da infra-estrutura essencial, limitando-a aos casos onde o acesso negado efetivamente envolvia infra-estruturas (*EC competition law*, cit.).

empresa investigada deixou de fornecer insumos quando decidiu verticalizar-se a jusante). A decisão condenatória foi anulada pela Corte de Justiça, que considerou que a Comissão Européia não havia demonstrado que a prática afetava o comércio entre os Estados-membros.

Em *Kyocera*, a Comissão retomou a discussão sobre a obrigatoriedade de contratar em situações envolvendo mercados primários e mercados secundários (vide item II.3.1.3 da Segunda Parte), concluindo que a forte concorrência no mercado *upstream* impedia comportamentos restritivos no *aftermarket*.

Entretanto, é com base na decisão da Comissão Européia em outro caso envolvendo *infra-estrutura* portuária, *Sea Containers/Stena Sealink*, que são identificados os elementos da doutrina européia da infra-estrutura essencial³¹⁹:

- (i) existência de um bem essencial (único ou muito difícil de duplicar, e necessário para qualquer agente que queira atuar em um determinado mercado), não necessariamente uma rede ou infra-estrutura típica;
- (ii) distinção entre o mercado da infra-estrutura e o mercado no qual a mesma é utilizada como insumo (e no qual aquele que demanda acesso atua ou pretende atuar)³²⁰;
- (iii) recusa injustificada de acesso por parte de seu controlador, podendo tal recusa caracterizar-se inclusive em situações em que o acesso, embora não seja diretamente negado, seja dificultado a ponto de tornar-se inviável;
- (iv) suscetibilidade de eliminação da concorrência, em se concretizando a recusa; e
- (v) utilização da infra-estrutura em um novo produto ou aplicação.

³¹⁹ Nesse sentido, vide Vassilis HATZOPOULOS. *Refusal do deal*, cit.

³²⁰ Vassilis HATZOPOULOS (*Refusal to deal*, cit.) consigna que esse critério deve ceder lugar a outro, mais realista e econômico, segundo o qual a infra-estrutura não tem necessariamente um mercado no qual é explorada, ou em que os mercados se confundem. Aliás, na Europa, as Cortes já tendem a se afastar da posição tradicional, e a existência de dois mercados perde importância como elemento da doutrina da infra-estrutura essencial, tal como se verifica nos EUA.

Relativamente à doutrina norte-americana, verifica-se que os dois últimos elementos são inéditos.

Na verdade, a suscetibilidade de eliminação da concorrência é um elemento que poderia, em princípio, ser dispensado, pois já se encontraria implícito no critério que trata da essencialidade do bem. Se o bem é indispensável para a atuação de um agente econômico no mercado, infere-se que não há bons substitutos, de modo que a concorrência não é viável sem o acesso.

Segundo o já mencionado *Discussion Paper* da Comissão Europeia sobre a aplicação do art. 82 do Tratado de Roma, o produto não será indispensável se houver substitutos ou se for legal ou economicamente possível para outras empresas produzirem-no. A Comissão consigna que, no caso de uma infra-estrutura, resta caracterizada a essencialidade se a sua duplicação for impossível, muito difícil ou economicamente inviável.

Para propriedade intelectual, a essencialidade caracteriza-se pela impossibilidade de os concorrentes voltarem-se para tecnologia alternativa ou inventarem em torno da propriedade existente, situação que é muito provável quando o direito protegido torna-se *padrão* ou quando a interoperabilidade é necessária para que a empresa permaneça ou entre no mercado.

A questão associada à concorrência remanescente no mercado, porém, não é tão simples. Imagine-se, por exemplo, um mercado oligopolizado onde os diversos concorrentes se encontram verticalmente integrados à montante, sendo, portanto, controladores das infra-estruturas disponíveis para a prestação de um determinado serviço a jusante. Ocorre que não há outras infra-estruturas disponíveis no exemplo apresentado, de modo que um potencial entrante teria que ter acesso à infra-estrutura de um dos concorrentes para iniciar a sua atuação no mercado a jusante. Em sendo negado tal acesso, qualquer entrada restaria inviável. Porém, o nível de concorrência no referido mercado permaneceria como antes, não havendo eliminação de nenhum dos concorrentes efetivos. Que solução traria a doutrina da infra-estrutura essencial nesse caso? E qual seria o desfecho se, ao invés de diversas infra-estruturas, existisse apenas uma, controlada por um único agente econômico, mas compartilhada por outros concorrentes?

Diante das perguntas acima, uma discussão recorrente no que tange ao critério “eliminação da concorrência” no direito europeu refere-se ao nível de concorrência remanescente, ou, em outros termos, ao nível de concorrência desejada para o mercado a jusante.

“*How much competition is enough?*”, pergunta-se HATZOPOULOS. O próprio autor consigna que o corolário da doutrina é manter *concorrência suficiente* no mercado a jusante, em benefício dos consumidores, levando-se em consideração, para tanto, não apenas critérios quantitativos (quantos concorrentes devem existir no mercado), mas também elementos qualitativos (quais concorrentes e que tipo de concorrência). Esse último aspecto leva em conta, inclusive, as condições relacionadas ao agente que demanda acesso (i.e., se é um agente importante para a concorrência, se é forte o suficiente para criar e manter participação de mercado que justifique a entrada, e se preenche as condições comerciais e técnicas para beneficiar-se do acesso).

Na prática, entretanto, aferir o que é “*concorrência suficiente*” constitui tarefa de grande complexidade e que pode resultar em elevada subjetividade por parte do intérprete. Voltaremos a esse aspecto ao discutir a aplicabilidade da doutrina da infra-estrutura essencial no direito brasileiro e a conveniência da sua utilização.

Já no que tange ao critério que associa a doutrina da infra-estrutura essencial na Europa a novos produtos ou aplicações, HATZOPOULOS considera-o impraticável e incoerente, já que seria muito difícil definir o que é novo, conceitualmente e nos casos concretos. Ademais, não faria sentido estabelecer que uma empresa dominante que controla infra-estrutura essencial seja obrigada a contratar quando houver a perspectiva de inauguração de um novo mercado e não tenha tal obrigação em se tratando de mercados preexistentes, onde seus concorrentes já atuavam. O autor observa que a Microsoft, por exemplo, passou a negar acesso à sua tecnologia apenas quando decidiu ingressar em mercados onde inicialmente não atuava.

Temos, porém, que esse critério, embora adotado no caso IMS Health (vide abaixo, neste mesmo capítulo) não é exigível para todas as situações em que a doutrina é invocada na Europa. Embora tenha desempenhado um papel importante em *Microsoft* e *Oscar Bronner*, sequer foi mencionado em outros casos de acesso, como *Deutsche Telekom* e *Telefônica*.

Nesse sentido, Richard WHISH observa que a doutrina de infra-estrutura essencial na Europa se aplica a concorrentes efetivos e novos entrantes³²¹.

O aspecto mais importante e inovador, no entanto, da doutrina da infra-estrutura essencial na Europa, relativamente à doutrina norte-americana, diz respeito às obrigações que geralmente acompanham a obrigatoriedade de acesso. Com efeito, na Europa, quando a doutrina é aplicada, é comum encontrar, na respectiva decisão, disposições sobre condições de acesso, que devem ser razoáveis, e, principalmente, não discriminatórias. É evidente que aquele que pleiteia acesso deve pagar por ele, porém o preço deve ser razoável, sob pena de ser mantida, indiretamente, a recusa de contratar. Além disso, a transparência (quanto às condições técnicas e comerciais relacionadas ao acesso) é uma obrigação recorrente, e as decisões que determinam acesso obrigatório se preocupam em estabelecer regras nesse sentido quando necessário. Tais regras também estão direcionadas para facilitar o monitoramento das decisões pelas autoridades.

Essas preocupações não existem no direito norte-americano, circunstância que é observada e criticada por Calixto SALOMÃO FILHO, e à qual voltaremos no próximo item.

Ao se analisar a jurisprudência européia sobre a aplicação da doutrina da infra-estrutura essencial, tem-se que pedidos de acesso foram denegados nos casos *Tiercé Ladbroke v. Commission*, *European Night Services v. Commission* e *Oscar Bronner v. Mediaprint*.

No primeiro deles, por exemplo, uma operadora belga de apostas em corridas de cavalo pleiteava acesso a corridas televisionadas na França (som e imagem), para que seus clientes pudessem efetuar apostas sobre elas. As autoridades entenderam que a recusa não eliminava a competição no mercado de apostas, bem como que a atuação da operadora de apostas era restrita ao território belga, de modo que a recusa não afetava o comércio entre os Estados-membros. Ademais, a transmissão das corridas francesas não era essencial para a atividade da operadora de apostas.

Tanto em *European Night Services v. Commission* quanto em *Oscar Bronner v. Mediaprint*, as autoridades entenderam que havia opções para os agentes econômicos que demandavam acesso.

³²¹ *Competition law*, cit., p. 607.

No último, a Mediaprint, controladora dos principais jornais de circulação diária na Áustria, recusou negociar com Oscar Bronner GmbH & Co. KG condições comerciais pelas quais esta poderia utilizar o seu sistema de entrega a domicílio para distribuir o jornal Der Standard (com 3,6% de participação de mercado em termos de circulação e 6% em termos de anúncios). A peculiaridade do caso reside no fato de que a Mediaprint distribuía um jornal de outro concorrente. Desse modo, a Oscar Bronner sustentou a existência de discriminação, além de argüir que o sistema de distribuição ao qual demandava acesso era uma infra-estrutura essencial, cuja duplicação era economicamente inviável para uma empresa com pequena vendagem como ela. A Mediaprint defendeu-se com base no argumento de que o jornal de terceiro por ela comercializado não concorria diretamente com seus produtos, mas os complementava. A Corte aceitou a defesa da Mediaprint e considerou lícita a sua conduta, ressaltando que o acesso ao sistema de distribuição em análise não era essencial para que a Oscar Bronner concorresse no mercado, tanto que a empresa vinha aumentando suas vendas, a despeito de não utilizar referido sistema.

Assim, em todos os casos citados, as decisões finais denegando o acesso requerido fundaram-se na constatação de que os insumos não eram essenciais.

Em outras situações, as autoridades estabeleceram a obrigatoriedade de contratar, v.g., nos já citados casos *B&I/Sealink*, *Sea Containers/Stena Sealink*, *London European/ Sabena* (envolvendo a recusa de uma operadora aérea em disponibilizar acesso a uma nova entrante ao seu sistema eletrônico de reservas), *British Midland/Era Lingus*, *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG* (no qual a Comissão Européia determinou que a proprietária e operadora do aeroporto de Frankfurt permitisse a competição no mercado de serviços de movimentação em solo, rejeitando argumento de defesa relativo à interferência indevida em direitos de propriedade), *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*.

Merecem destaque, ainda, casos em que houve licenciamento compulsório de propriedade intelectual, com base no art. 82 no Tratado de Roma, como *Magill* e, posteriormente, *NDC Health/IMS Health*.

Em *Magill*, três operadoras de televisão (BBC, ITP e RTE) foram condenadas por recusar disponibilizar listas com as suas programações para uma nova entrante no mercado de

revistas de programação de TV. Além de aplicar a doutrina da infra-estrutura essencial a direitos de propriedade intelectual, a decisão merece destaque por levar em conta a concorrência potencial, atendendo a uma empresa que até então não atuava no mercado.

Em *NDC Health/IMS Health*, a Comissão Européia determinou o licenciamento a concorrentes de *copyrights* sobre o banco de dados da *IMS Health*, do qual a indústria farmacêutica se tornara completamente dependente. A Comissão ressaltou que o banco de dados não era um produto de formato altamente complexo (ou seja, não implicava “grande invenção” por parte da *IMS Health*) e que os laboratórios farmacêuticos auxiliaram a empresa a construí-lo. O referido banco de dados, porém, acabou-se tornando padrão para toda a indústria e seria muito caro para as empresas farmacêuticas criarem produto alternativo em cooperação com terceiros, de modo que a concorrência com a *IMS Health* estaria totalmente eliminada caso o acesso aos *copyrights* não fosse outorgado.

Em 1984, a IBM já havia feito um acordo com a Comissão, comprometendo-se a fornecer informações proprietárias a concorrentes, para fins de interface com os produtos dos últimos. Também se relacionavam a informações proprietárias os casos *Decca Navigation System*, no setor de equipamentos eletrônicos para navegação marítima, onde a questão da compatibilidade com equipamentos concorrentes era fundamental, e *Tetra Pak II*, em que a Comissão determinou o fornecimento de especificações para que terceiros produzissem embalagens compatíveis com as máquinas Tetra Pak.

Mais recentemente, na decisão *Microsoft* (confirmada pelo Tribunal Europeu no início de 2007), a Comissão determinou à empresa que disponibilizasse as informações necessárias para que terceiros pudessem desenvolver *softwares* compatíveis com o sistema operacional “Windows”. Com isso, a Comissão reconheceu que a Microsoft não poderia utilizar seus direitos de propriedade intelectual e argumentos ideológicos como a liberdade de contratar (vastamente explorados na defesa da empresa) para impedir que terceiros desenvolvessem produtos compatíveis com o “Windows” em mercados complementares. A Microsoft foi punida por procurar estender a sua posição de monopólio, exercida no mercado de sistemas operacionais, a mercados correlatos, onde a concorrência atuava de forma mais eficaz. As eficiências apresentadas pela empresa foram rejeitadas.

Por outro lado, permaneceu protegido o código fonte do sistema operacional “Windows”, reconhecendo a Comissão que os esforços da Microsoft na criação de tal produto garantiam à sua proprietária o direito de explorá-lo com exclusividade, ainda que temporariamente, conforme a racionalidade da legislação de propriedade industrial, não cabendo o seu compartilhamento com concorrentes da Microsoft no mercado de sistemas operacionais, mesmo que mediante adequada remuneração.

Já em *Renault v. Erik Veng* e *Volvo v. Erik Veng*, terceiros que pleiteavam acesso a direitos de propriedade intelectual da Renault e da Volvo não tiveram sucesso, mas a Corte Européia ressaltou a necessidade de fornecimento de peças a empresas independentes, para que estas pudessem atuar no mercado a jusante de serviços de reparação de veículos.

Finalmente, a jurisprudência da Comissão e das Cortes européias não deixa dúvidas sobre a aplicabilidade da doutrina a setores regulados, conforme decisões em *Deutsche Telekom* e *Telefonica*. No item IV.5 abaixo discutiremos o papel do direito antitruste nesses casos, especialmente quando o acesso necessário se encontra de antemão disciplinado na regulação específica, tal como ocorre nas Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho em matéria de telecomunicações (vide Diretiva 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrônicas e recursos conexos), eletricidade (2003/54), gás natural (2003/55) e transporte ferroviário (2004/40/EC).

Para concluir, a doutrina da infra-estrutura essencial na Europa não é mera transposição da doutrina norte-americana. Na Europa, surpreendentemente, parecem existir critérios aplicados com relativa coerência e uniformidade, enquanto do outro lado do Atlântico o futuro da doutrina, no momento, é bastante incerto após a decisão proferida pela Suprema Corte em *Trinko* (vide item anterior).

Ainda que ambas as doutrinas “sobrevivam” conforme suas formulações mais conhecidas (nos EUA, em *MCI v. AT&T*, e na Europa em *Oscar Bronner*, *IMS Health* e *Microsoft*), a doutrina européia é mais abrangente, menos conservadora e mais completa que a norte-americana, dirigindo-se potencialmente a um número maior de situações (i.e. abrangendo insumos e não apenas infra-estruturas) e contemplando soluções mais abrangentes, ao incorporar obrigações adicionais mais severas à obrigatoriedade de contratar.

IV.4. A aplicabilidade da doutrina da infra-estrutura essencial no direito brasileiro

Postas as formulações associadas às doutrinas norte-americana e européia das *essential facilities*, cabe perguntar se encontram aplicação no direito pátrio, para as situações de recusa de contratar associadas a mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública.

Ao tratar especificamente da formulação norte-americana, Calixto SALOMÃO FILHO aduz que o seu ponto fraco repousa justamente na falta de exigência para que seja fornecido acesso em *igualdade absoluta de condições*, dando ensejo à utilização de uma série de justificativas pelos agentes econômicos, de natureza subjetiva ou de difícil aferição prática, entre as quais se destaca o sempre presente argumento da eficiência alocativa. Além disso, a “*tradicional aversão da doutrina concorrencial à invasão das liberdades – contratual e de iniciativa – do particular*” levaria à compensação da disciplina considerada excessivamente ‘interventiva’ da *essential facility doctrine* pela “*amplitude desmesurada e assistemática atribuída à discriminação lícita entre concorrentes*”³²².

O problema é endereçado pelo direito antitruste europeu, que, como mencionado no item acima, contempla a não-discriminação e a transparência como elementos associados à doutrina da infra-estrutura essencial naquela jurisdição. Em outras palavras, a doutrina européia não padece da incompletude associada à doutrina norte-americana, uma vez que prevê, além do acesso obrigatório, outras medidas voltadas para tornar tal acesso efetivo.

Ainda assim, por permitir a adoção de justificativas por vezes subjetivas e dar ensejo a argumentos de cunho excessivamente liberal, a doutrina da infra-estrutura essencial, assim como o próprio direito antitruste, são insuficientes, nos dois continentes, para resolver o problema do acesso em mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública, que constituem, portanto, campo da regulação por excelência³²³.

³²² Vide Calixto SALOMÃO FILHO. *Regulação*, cit., pp. 52-55.

³²³ *Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 236. A mesma conclusão não se aplica ao problema do acesso da população aos bens e serviços essenciais, que anteriormente foram caracterizados como de “universalização”. Em tais situações, além da prestação do serviço ou oferta do bem diretamente pelo Estado, haveria necessidade, segundo SALOMÃO FILHO, de políticas públicas ativas, as quais, diante da inércia dos Poderes Executivo ou Legislativo, poderiam, inclusive, ser determinadas pelo Poder Judiciário. Tal questão é deveras instigante, mas não a analisaremos pormenorizadamente aqui, parecendo-nos, em princípio, tratar-se

Note-se que, segundo SALOMÃO FILHO, o objetivo da regulação, nessa hipótese, não é o de corrigir uma falha de mercado, mas o de estabelecer uma pluralidade de escolhas e permitir amplo acesso ao conhecimento econômico, proporcionado pela garantia institucional da concorrência.

Desse modo, a regulação (desde que, evidentemente, bem elaborada, aplicada e fiscalizada), implicando justamente o reconhecimento da função social da propriedade do bem em questão (vide Cap. II.3 da Primeira Parte), afastaria não apenas a possibilidade de discriminação no que se refere ao acesso, garantindo, ativamente, condições equânimes de uso de um bem essencial, geralmente uma rede, mas também a utilização de argumentos de cunho exacerbadamente ideológicos ou subjetivos a justificar a negativa de acesso nos casos concretos.

Existem, ainda, outras razões para que se considere que a regulação específica é instrumento mais apropriado que a aplicação do direito antitruste para lidar com a questão do acesso em mercados caracterizados por bens de utilidade pública. Tivemos oportunidade de discutir o assunto com maior detalhe em artigo de outubro de 2007³²⁴. Em suma, entendemos que a regulação se encontra apta, em tese, a proporcionar soluções mais céleres e eficazes aos problemas gerados pela atuação dinâmica dos agentes econômicos, inclusive em virtude das condições estruturais dos próprios mercados.

Com efeito, a regulação opera *ex ante*, prevenindo situações que podem ser extremamente gravosas em se tratando da negativa de acesso a bens essenciais, enquanto que o direito antitruste atua predominantemente *ex post*, podendo, em certos casos, resultar intempestivo, com prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao processo competitivo e aos consumidores.

de matéria afeta à intervenção do Estado na economia e também à regulação (em sentido amplo e em sentido estrito), porém alheia ao escopo do direito antitruste. Como visto retro, este microssistema tutela a *escolha* (ou seja, a competição, com todos os valores a ela associados), enquanto que a idéia de universalização está ligada a uma etapa anterior: dar acesso à população aos bens e serviços considerados fundamentais para a sua existência digna e para o seu desenvolvimento.

³²⁴ Defesa da concorrência nos mercados de telefonia fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 1, 2008 [pendente de publicação].

Embora não se possa descartar a possibilidade de as agências reguladoras demandarem períodos igualmente longos para garantir acesso a um bem essencial ou tomar as providências necessárias para evitar que tal acesso seja negado de forma indireta (por meio de práticas discriminatórias e pouco transparentes, por exemplo), é difícil imaginar que a implementação e a fiscalização de políticas regulatórias efetivamente exijam mais tempo do que um processo antitruste, cercado das necessárias garantias do contraditório e da ampla defesa.

Já tivemos oportunidade de consignar que “*a regulação é o meio mais adequado para a apresentação de respostas imediatas às dificuldades que surgem e à inegável capacidade de adaptação dos agentes econômicos a novas situações*”³²⁵, inclusive o aperfeiçoamento de práticas anticompetitivas.

Ademais, endereçando a questão da adaptação dos agentes econômicos e do aperfeiçoamento de práticas restritivas, cabe mencionar que as agência reguladoras, como destinatárias iniciais da legislação da indústria que tutelam, bem como de seus próprios regulamentos e normas infralegais, podem aperfeiçoá-los quando necessário, e interpretá-los de maneira a neutralizar o oportunismo dos agentes regulados.

As autoridades reguladoras geralmente têm sobre as cortes e autoridades antitruste administrativas as vantagens da maior especialização e da proximidade com o mercado e com os agentes regulados. Embora tal proximidade possa trazer consigo o risco da

³²⁵ Defesa da concorrência, cit. A esse respeito, merece destaque a indústria de telecomunicações, no Brasil e no mundo. A jurisprudência do setor encontra-se repleta de exemplos de recusas de contratar que evoluíram de formas mais diretas para modalidades bastante complexas, em que a negativa pura e simples de acesso cedeu lugar a práticas discriminatórias que, embora tecnicamente ainda caracterizem recusa, são geralmente de difícil verificação ou comprovação prática. Vide, nesse sentido, a evolução das práticas adotadas pela AT&T nos Estados Unidos, a partir dos antecedentes do citado caso *MCI v. AT&T* em Joseph D. KEARNEY (From the fall of the Bell System to the Telecommunications Act: regulation of telecommunications under Judge Greene, *Hastings Law Journal*, v. 50, p. 1395-1472, August 1999). No Brasil, são bastante ilustrativos os diversos litígios envolvendo as operadoras de telecomunicações em torno da interconexão às redes, os quais se referem inicialmente ao acesso das operadoras de longa distância às redes das concessionárias locais - recusa de interconexão por parte das últimas, geralmente sob justificativas técnicas (vide Processos 53500.004370/2002, 53.500.006.798/2002, 53500.004458/2002, e 53500.000492/2003) -, e evoluem para a alegada adoção de condições discriminatórias, em detrimento dos concorrentes nos mercados *dowstream* de serviços telefônicos e de transmissão de dados (v.g., Processos Administrativos 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002, todos arquivados pelo CADE por insuficiência de provas; e Processos Administrativos 53500.002288/2001, 53500.002287/2001 e 53500.005770/2002, todos suspensos em virtude de compromisso de cessação de prática firmado entre a ANATEL e as respectivas Representadas).

“captura” (vide discussão a respeito no item I.4.1.2 da Primeira Parte)³²⁶, a solução, uma vez verificado o problema, não é simplesmente substituir a regulação pelo direito da concorrência, e a agência reguladora pela autoridade antitruste, mas criar mecanismos que eliminem ou mitiguem o problema, fortalecendo a instituição. Não nos parece que haja, aprioristicamente, razões que justifiquem defender a maior neutralidade das autoridades antitruste (cortes, inclusive) face às agências reguladoras.

As agências reguladoras também têm o papel de compatibilizar concorrência e outros objetivos presentes em setores caracterizados pela existência de bens essenciais, se isso for necessário, enquanto que as autoridades antitruste geralmente não possuem tal competência. A concorrência e outros possíveis objetivos da regulação dificilmente estarão em conflito, mas a possibilidade não pode ser descartada.

Pelas razões arroladas, entendemos que a regulação específica, aplicada por agências criadas e aparelhadas para tal finalidade, oferece às situações de recusa de contratar envolvendo bens essenciais solução superior à simples aplicação do direito antitruste (por meio da doutrina da infra-estrutura essencial ou qualquer outra fórmula)³²⁷.

Em outras palavras, a doutrina em debate, mesmo na acepção mais abrangente assumida no direito europeu, é insuficiente para a tutela da concorrência em tais mercados, já que se baseia na análise antitruste tradicional e não endereça adequadamente o problema do acesso. E o legislador europeu está ciente disso, já que a maioria dos setores tipicamente caracterizados pela existência de infra-estruturas de utilidade pública (telecomunicações, eletricidade, transporte e gás) é objeto de regulação *strictu sensu* que contempla o acesso e suas condições naquela jurisdição.

³²⁶ Ao comentar sobre a doutrina das *essential facilities* na Europa, por exemplo, VASSILIS HATZOPOULOS (*Refusal do deal*, cit.) deposita pouca confiança na isenção das agências regulatórias naquela jurisdição, em contraposição às autoridades de defesa da concorrência. Na percepção do autor, o problema não se repete nos EUA, onde a tradição das agências é mais forte e mais arraigada do que na Europa.

³²⁷ Posição divergente é sustentada por VASSILIS HATZOPOULOS (*Refusal do deal*, cit.), que situa a doutrina européia da infra-estrutura essencial em uma zona intermediária entre o controle *ex-ante* de concentrações (e, acrescentamos por nossa conta, da própria regulação em sentido estrito) e o controle *ex-post* do art 82 do Tratado de Roma. O autor defende que a doutrina é capaz de evitar que abusos ocorram, tornando-os impossíveis, de cuja posição discordamos. No nosso entendimento, apenas a regulação, quando bem desenhada e fiscalizada por autoridades atentas e capazes, tem o condão de evitar (ou minimizar) o risco de abusos. A doutrina da infra-estrutura essencial aplica medidas *ex-post*, após o abuso ter ocorrido (e o acesso ter sido negado). Aliás, a caracterização da recusa de acesso é um dos elementos exigidos na própria formulação da doutrina, seja nos EUA, seja na Europa.

Finalmente, deve-se destacar que o ordenamento brasileiro contempla soluções capazes de coibir a recusa de contratar lesiva à concorrência.

Com efeito, a legislação brasileira adotou a figura do *abuso do poder econômico*, que, embora intrincada, tem potencial para conduzir o intérprete pelos caminhos de uma análise adequada das condutas infratoras da ordem econômica (entre elas a recusa de contratar). Não há motivos, portanto, para que nossas autoridades se socorram de doutrinas alienígenas sem maior reflexão, principalmente da formulação norte-americana, mais conhecida, porém menos próxima do direito nacional.

Tanto nos Estados Unidos quanto na Europa as legislações de defesa da concorrência divergem do sistema pátrio por distinguir, pelo menos *a priori*, entre práticas resultantes de acordos ilegais *per se* (EUA) ou de objeto anticompetitivo (Europa), de um lado, e práticas adotadas por empresas dominantes ou com poder de monopólio, de outro. Assim, em ambas as jurisdições, as autoridades podem-se dar ao luxo de interpretar de forma mais condescendente os artigos 2º do Sherman Act e 82 do Tratado de Roma, já que práticas restritivas que daí escaparem provavelmente serão sancionadas com base nos arts. 1º e 81 dos citados diplomas. Na Europa, inclusive, vimos que há propostas de analisar certas modalidades de recusa de contratar apenas com base no art. 81, dispensando-se o art. 82.

No Brasil, diferentemente, se as autoridades empregarem uma análise muito liberal e condescendente relativamente à recusa de contratar adotada por empresas com posição dominante, adotando, por exemplo, critérios do direito comparado sem maior cautela, não há como sancionar a conduta com base em outro dispositivo da lei antitruste.

O simples fato de não figurar o nosso país entre as nações mais adiantadas e desenvolvidas do globo já é motivo suficiente para que apliquemos com rigor o direito antitruste nacional e façamos uso de políticas regulatórias específicas. *A experiência brasileira já mostra que a concentração do poder econômico e condutas daí decorrentes não proporcionam ao país riqueza ou desenvolvimento nas áreas econômica e social.*

Ademais, a mera substituição de critérios fundados na legislação brasileira por doutrinas alienígenas traz os riscos de (i) interpretação inadequada dos parâmetros que estão sendo

efetivamente utilizados no direito comparado (e das razões que justificaram a adoção dos mesmos), e (ii) conferir excessivo crédito a formulações que, mesmo nos países de origem, encontram-se sob questionamento e modificação.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a doutrina em debate, além de ter sido aplicada de forma pouco esclarecedora nos precedentes mais recentes, não é, até o momento, reconhecida pela Corte Suprema.

Além da figura do abuso do poder econômico (que ainda carece de uma interpretação exaustiva, reiterada e consistente pelas autoridades administrativas e, principalmente, pelo Poder Judiciário), há que se fazer uso no Brasil da idéia de função social da propriedade (arrolada expressamente no art. 1º da Lei 8.884/94) e do contrato, ao tratarmos da recusa de contratar nos mercados caracterizados pela existência de bens essenciais.

A aplicação conjunta desses conceitos – abuso do poder econômico e função social –, não apenas no que se refere à recusa de contratar, mas de forma extensiva a outras condutas restritivas, certamente delimitaria um campo muito interessante de aplicação do direito da concorrência em um país como o Brasil.

Em síntese, ainda que a melhor solução para os mercados caracterizados pela existência de bens essenciais seja a regulação específica, a inexistência da mesma não deve constituir motivo para a admissão de condutas restritivas de acesso ou discriminatórias quando de sua concessão.

Em tais hipóteses, o direito antitruste brasileiro, reforçado pela concepção mais ampla de função social da propriedade e do contrato, deve ser aplicado de maneira a resolver efetivamente o problema do acesso, ainda que isso implique uma intervenção ativa das autoridades no mercado em questão. Assim, *a aplicação da legislação brasileira de defesa da concorrência, dentro de um panorama mais abrangente de “função social” dos bens de utilidade pública e dos contratos relacionados a esses bens, é uma solução bastante superior à simples justaposição da doutrina da infra-estrutura essencial (especialmente da formulação norte-americana) ao nosso sistema.*

Conclui-se, portanto, que a doutrina da infra-estrutura essencial aplicada às situações de recusa de contratar nos mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública:

- (i) não é suficiente para introduzir satisfatoriamente a concorrência nesses mercados, configurando-se a regulação específica (devidamente elaborada, aplicada e fiscalizada) como solução superior, inclusive, a própria aplicação do direito antitruste;
- (ii) mesmo para os mercados não regulados – nas situações em que o governo deixou de atentar para a importância da regulação específica ou, por qualquer motivo, decidiu não fazer uso de tal ferramenta –, tal doutrina é inferior aos princípios abarcados na legislação pátria, que contempla as idéias de abuso do poder econômico e função social.

IV.5. Recusa de contratar em mercados especificamente regulados, caracterizados por bem de utilidade pública

IV.5.1. Regulação em sentido estrito versus antitruste: conflito ou coexistência nos setores especificamente regulados?

Como explicitado acima, os mercados caracterizados por bens de utilidade pública constituem campo fértil para a caracterização da recusa de contratar como infração concorrencial. Na verdade, o ideal seria que tais mercados fossem sempre objeto de regulação específica, pelos motivos arrolados no item IV.4 acima, evitando-se, assim, a recusa ou a discriminação no acesso.

Se a regulação não for a solução adotada, o direito antitruste ainda pode ser de grande valia, sendo certo que a legislação pátria oferece importantes ferramentas para os intérpretes – os institutos do abuso do poder econômico e da função social do contrato -, ainda carentes de uma exegese profunda e detalhe pelas cortes e pelas autoridades administrativas.

Por outro lado, caso a regulação *strictu sensu* seja a solução adotada, a pergunta que permanece é se ainda haveria espaço para a aplicação do direito antitruste.

Em tese, há possibilidade de *conflito*, justamente em razão de serem múltiplos e relativos os valores imediatos tutelados pelo direito antitruste e pela regulação em sentido estrito. É bem verdade que ambos devem estar voltados, em última instância, para a promoção da justiça social. No entanto, ainda que instrumentos a serviço de uma mesma finalidade maior, *regulação e direito antitruste são ferramentas distintas*, basicamente modalidades de intervenção estatal que operam de maneira diferente.

Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, enquanto o direito antitruste atua de forma essencialmente passiva, “*controlando formação de estruturas e sancionando condutas*”, a regulação estatal em sentido estrito intervém de maneira ativa, criando utilidade pública, sendo certo que a concorrência é justamente um dos valores imediatos perseguidos, aliás, o mais importante deles e, portanto, inafastável. Isso porque “*a proteção da concorrência*

*leva à descoberta de verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor 'concorrência' influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a e, em seguida, permitindo seu conhecimento. (...) A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, descobrirá sozinho a solução mais adequada para as suas necessidades”*³²⁸.

Em suma, a concorrência permite conhecimento e escolha, devendo, portanto, ser considerada como o valor mínimo (embora não seja o único) da regulação “*naqueles setores em que se considera possível atribuir a agentes econômicos privados a iniciativa econômica*”.

O mais interessante é que, ao analisar outros valores associados à regulação, que constituem inclusive instrumentos de política econômica em sentido estrito, Calixto SALOMÃO FILHO conclui que o nível de incompatibilidade entre eles e o valor institucional da concorrência é muito menor do que se poderia imaginar³²⁹. Não examinaremos em detalhe, aqui, os instrumentos de política econômica citados pelo autor, nem discutiremos a classificação do antitruste e da regulação em sentido estrito como instrumentos de política econômica ou garantias institucionais. Para os fins propostos para este trabalho, basta que se consigne que concordamos com a observação de que a concorrência não é necessariamente incompatível com outros objetivos usualmente associados à regulação estatal em sentido estrito, entre os quais se destacam o acesso, a distribuição da riqueza, a pesquisa e o desenvolvimento tecnológicos.

³²⁸ *Regulação*, cit., pp. 31 e ss. Na lição de Neil AVERITT e Robert LANDE, “[o] direito antitruste e o direito do consumidor dividem um mesmo objetivo já que ambos são destinados a facilitar o exercício da soberania do consumidor ou para efetivar o poder de escolha do consumidor. Este poder de escolha do consumidor existe quando duas condições fundamentais estão presentes: 1) deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e 2) os consumidores devem poder escolher livremente entre estas opções. (...) As normas antitruste visam a assegurar que o mercado permaneça competitivo e que, assim, uma considerável gama de opções, livre de práticas como a fixação de preços ou fusões anticompetitivas, esteja a disposição dos consumidores. As normas de defesa do consumidor visam a assegurar que consumidores possam efetivamente escolher entre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações como fraude ou a retenção de informação material” (A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n. 45, ano 12, jan.-mar. 2003, p. 27.

³²⁹ Nesse sentido vide *Regulação*, cit., pp.101-128.

A importância do valor “concorrência” e a constatação de que a sua tutela, mesmo no âmbito da regulação em sentido estrito, não é incompatível (pelo menos na maioria dos casos) com os demais objetivos perseguidos pela regulação não passou despercebida ao legislador, constitucional e ordinário.

A Constituição Federal, ao tratar dos princípios informativos da ordem econômica (art. 170), bem como da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º), não estabelece imunidade antitruste explícita para quaisquer setores, situação corroborada pelo que dispõe o artigo 15 da Lei 8.884/94³³⁰.

Daí a conclusão no sentido de que os setores especificamente regulados não são imunes à aplicação do direito antitruste.

Ocorre, porém, que quando há regulamentação específica de um determinado assunto, levando em consideração inclusive os aspectos concorrenciais envolvidos, e sendo tal regulamentação aplicada e fiscalizada pelo órgão governamental competente, o espaço para a atuação das autoridades de defesa da concorrência fica sensivelmente limitado.

A questão que se coloca, nesse contexto, não é propriamente sobre a existência de um conflito entre regulação e direito antitruste, mas sim sobre os *limites* de incidência de cada modalidade de intervenção e, especialmente, os limites de atuação de cada autoridade. Existe justificativa (e espaço) para a aplicação subsidiária do direito concorrencial nos setores regulados (em sentido estrito)?

Algumas teorias desenvolvidas no direito alienígena propõem critérios para a solução dessa questão.

Merece destaque, em primeiro lugar a denominada “teoria das imunidades implícitas” (*“Implied Exemptions”*), que teve grande desenvolvimento na doutrina norte-americana,

³³⁰ “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”.

sobretudo na década de 50, com o crescimento da regulamentação industrial baseada em poderes de fiscalização e controle atribuídos às comissões regulatórias independentes³³¹.

Na lição de Calixto SALOMÃO FILHO, a imunidade implícita somente pode ser reconhecida em duas hipóteses:

(i) quando for possível presumir a intenção do legislador de substituir o sistema concorrencial pela regulamentação e fiscalização estatal; nesse caso, a imunidade decorre da extensão dos poderes atribuídos ao órgão regulador; ou

(ii) “*ainda que os poderes do órgão não sejam tão extensos a ponto de permitir a presunção de incompatibilidade com o sistema antitruste*”, quando tais poderes forem *profundos* o bastante, ou seja, quando o órgão regulador for obrigado, em suas decisões, a levar em consideração também os aspectos concorrenciais da questão³³².

O autor cita como exemplo da adoção do último critério a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *United States vs. RCA* (359 U.S. 333, 1959), em que o Departamento de Justiça contestou em juízo, argumentando violação ao direito antitruste, a operação aprovada pela agência reguladora Federal Communications Commission (FCC). A alegação de imunidade concorrencial aduzida pela RCA foi rejeitada pela corte, uma vez que o órgão regulador teria aprovado a operação sem levar em conta quaisquer aspectos concorrenciais. Segundo SALOMÃO FILHO, a solução teria sido diversa, ou seja, a imunidade provavelmente teria sido outorgada a RCA se a FCC tivesse, efetivamente, avaliado os impactos concorrenciais da operação no mercado.

De uma forma ou de outra (ou seja, quer estejamos tratando de poderes extensos, quer de poderes profundos), é necessário que “*a delegação de poderes regulamentares feita à*

³³¹ A esse respeito, vide Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., p. 209. A aplicação da referida teoria é assim descrita pela ABA Section of Antitrust Law: “[w]here antitrust enforcement would ‘disrupt’ or be ‘repugnant’ to a pervasive regulatory scheme, the court may hold that the activity is impliedly immune” (*Antitrust Law Developments*. 6 ed., [Chicago], 2006, p. 1298).

³³² Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 210-212. O autor acrescenta que “[a] análise da profundidade dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão”. Além disso, “é necessário também que o órgão encarregado da regulamentação e fiscalização seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores ao que é possível imaginar que o Judiciário, ou as agências de controle da concorrência possam ter”.

agência ou órgão governamental” seja “tão ampla a ponto de tornar aquela determinada atividade econômica incompatível com o sistema concorrencial”.

O ordenamento jurídico pátrio admite a teoria da imunidade antitruste implícita baseada na *extensão* ou na *profundidade* dos poderes conferidos ao órgão regulador competente, e não contempla outra solução para o conflito aparente entre direito antitruste e regulação específica.

A primeira modalidade (extensão do poder regulamentar) é associada à realização daquelas atividades econômicas definidas como serviço público, desenvolvidas pelos particulares nos regimes de concessão ou permissão (CF, art. 175)³³³.

A segunda modalidade (profundidade do poder regulamentar) diz respeito às situações em que a regulamentação não substitui completamente a livre interação dos agentes econômicos no mercado, mas estabelece algumas diretrizes e normas a serem observadas neste processo. É o que ocorre nos setores privatizados na década de 1990, tais como energia elétrica e telecomunicações, antes tratados formalmente como serviço público³³⁴.

Desse modo, a doutrina das imunidades implícitas é uma boa ferramenta, também no Brasil, para estabelecer os limites de atuação das autoridades reguladora e antitruste nos setores regulados em sentido estrito.

³³³ Nas exatas palavras de SALOMÃO FILHO, “[o] sistema de concessão e permissão de serviço público não é, ao menos no caso típico, compatível com o mercado, pois o Estado tudo regula: tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado. A concessão e a permissão são, via de regra, atribuídas a um só agente econômico, criando-se portanto um monopólio, cuja fiscalização e controle é responsabilidade do órgão que outorga a concessão ou a permissão. Nesse caso, portanto, a análise da extensão do poder regulamentar é suficiente para tornar inaplicáveis a essas atividades – até porque inúteis – os princípios concorrenciais” (*Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 213-214).

³³⁴ Mario POSSAS, Jorge FAGUNDES e João PONDÉ observam que “os setores de infra-estrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, em que a concorrência, mediante a entrada de novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado, tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto a regimes de regulação, como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país. A integração harmônica entre essas duas dimensões não é uma tarefa fácil, embora ambas sejam necessárias para limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição” (*Defesa da concorrência e regulação em setores de infra-estrutura em transição*, in Mario Luiz POSSAS (coordenador), *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*, São Paulo: Singular, 2002, pp. 189-190). No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO refere-se a tais situações como “sistemas híbridos”, que alinham “ao sistema tradicional das concessões e permissões (acompanhadas por vezes até mesmo dos instrumentos típicos – controle estatal do preço e quantidade produzida) uma tentativa de introdução do sistema concorrencial. A introdução do sistema concorrencial é limitada, no entanto, pela constante preocupação com as imperfeições estruturais dos respectivos mercados...” (*Direito concorrencial: as estruturas*, cit., pp. 213-214).

O próprio CADE já enfrentou a questão referente à intervenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) nos mercados especificamente regulados por outras agências governamentais, manifestando-se no sentido de que tal intervenção é cabível apenas nas hipóteses em que *“o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado”*.³³⁵

O entendimento adotado pelo CADE reforça a idéia de que a deficiência na supervisão ativa do mercado pelo órgão regulador, bem como a existência de lacunas regulatórias – quando o sistema estabelecido não previu um conjunto de regras específicas de atuação dos agentes no mercado, ou quando este conjunto permite uma margem de atuação livre dos agentes econômicos – são condições necessárias para a atuação das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

A contrario sensu, quando um determinado assunto se encontra disciplinado de forma específica pela agência reguladora – levando em conta, inclusive, aspectos concorrenciais – e a agência em questão supervisiona adequadamente a aplicação das normas por ela editadas, as condutas adotadas pelos agentes econômicos em observância estrita ao

³³⁵ *“Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. (...) A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação.”* (trecho do voto proferido pelo Conselheiro Relator Marcelo Calliari nos autos do Processo Administrativo n.º 08000.021660/96-05, em que figurava como Representante a Associação Municipal de Transportes – AMUT de Belo Horizonte e como Representada a BHTRANS). Ainda mais além foi o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo ao analisar o pedido de Medida Preventiva formulado pela Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel em face da Telefonica, da Telemar e da Brasil Telecom (Processo 08700.003174/2002-19). Após invocar precedentes do próprio CADE, o Conselheiro entendeu por bem afastar a preliminar de incompetência do CADE suscitada pelas Representadas, que afirmavam que a sua conduta não poderia ser apreciada pelo CADE *“pois a TU-RL é fixada e homologada pela ANATEL”*. Merecem destaque os seguintes trechos da decisão proferida pelo então Conselheiro: *“... não existe competência da ANATEL para o exercício das funções judicantes próprias do CADE. A lei apenas cometeu à ANATEL competências para o exercício das atividades instrutórias de fiscalização. Ao fazê-lo, diga-se de passagem, não estabeleceu sequer que sua competência seria privativa ou exclusiva (...) Não se trataria aqui, caso concedida fosse a Medida Preventiva, de substituição da autoridade regulatória pela autoridade antitruste, com a conseqüente invasão de competência. Tratar-se-ia, caso configurada a hipótese, de intervenção pontual que não incidiria sobre a regulação abstrata da matéria, o que estaria defeso ao CADE fazer. (...) Não é defeso ao CADE, na dimensão excepcional em que a hipótese é tratada, modificar os efeitos concretos de uma normatização, pontualmente, para torná-la compatível com a legislação de defesa da concorrência e os princípios constitucionais que a fundamentam e, desta forma, redefinir provisoriamente o campo de atuação da empresa concessionária”*.

comando regulatório são imunes à atuação dos órgãos encarregados da aplicação do direito antitruste, aos quais restaria, tão-somente, a emissão de recomendações aos entes reguladores, caso se entenda que uma determinada política não atinge a finalidade perseguida, violando os ditames concorrenciais.

Nesse sentido, ao apreciar a Averiguação Preliminar n.º 08000.025952/96-54, em que a Inspeção Regional da SDE em São Paulo representou contra o Departamento de Aviação Civil – DAC, a então Conselheira Relatora Lúcia Helena Salgado ponderou que “[n]o caso dos autos, trata-se de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão”.

Mais recentemente, ao analisar o Pedido de Medida Preventiva 08700.001639/2003-88, formulado pela Telecomunicação de São Paulo S.A. (TELESP) em face da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), consignou o Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, em despacho referendado pelo Plenário, que “para que o CADE tenha plena competência de atuação em um setor regulado, dois requisitos têm que ser observados: (i) existência de lacuna regulatória e (ii) comprovação de conduta anti-concorrencial no vácuo da lacuna”.

Bem diversa é a situação em que os agentes econômicos, aproveitando-se da ausência de regulação ou de lacunas no modelo regulatório existente, implementam práticas infratoras da ordem econômica. Nessa hipótese, conforme já bem decidido pelo CADE há quase uma década, existe uma “competência residual da agência de concorrência”³³⁶.

Ao lado da teoria das imunidades implícitas, erige-se a denominada “doutrina da ação estatal” (“*State Action Doctrine*”). Essa doutrina, baseada no federalismo norte-americano,

³³⁶ Voto vogal emitido pelo então Conselheiro Antônio Fonseca, nos autos do Processo Administrativo n.º 07/93, em que figurava como Representante a CEBRACAN e como Representada a RODONAL.

desenvolveu-se a partir do precedente *Califórnia Retail Liquor Dealers Association versus Midcal Aluminium Inc.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1980.

Na verdade, a *State Action Doctrine* propõe os mesmos critérios da teoria das imunidades implícitas, com um componente adicional, relacionado justamente à questão da autonomia dos estados norte-americanos.

A doutrina da ação estatal também tem aplicabilidade prática no direito pátrio, coincidindo com as hipóteses em que Estados, Distrito Federal e Municípios concedem a particulares a exploração de serviços públicos no âmbito de suas competências.

Essa posição foi adotada expressamente pelo CADE por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº. 08012.006207/98-48, em que a Álcalis representou contra a CEG S/A e a Riogás S/A. No referido precedente, o CADE reconheceu não ter poderes para modificar, diretamente, a política tarifária de uma agência de regulação estadual, cabendo-lhe apenas recomendar a mudança da sua política, uma vez que a mesma estaria em desconformidade com a legislação antitruste.

Para concluir, podemos afirmar que:

- (i) a regulação estatal em sentido estrito, realizada pelos entes integrantes da federação brasileira na esfera de sua competência (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), está voltada para a obtenção de uma pluralidade de objetivos, entre os quais se destaca a implementação da concorrência, em setores em que, por razões estruturais ou não, a mesma não existe ou tende a desaparecer;
- (ii) ao se optar pela regulação específica de um determinado setor, conferindo-se amplos poderes regulamentares às autoridades reguladoras (no sentido de serem tais poderes *extensos* ou *profundos* o suficiente), a ação das autoridades de defesa da concorrência fica substancialmente limitada;
- (iii) mais especificamente, poderão atuar as autoridades de defesa da concorrência nos setores regulados nas hipóteses de (a) inexistência ou deficiência na

fiscalização ativa do mercado pelo órgão regulador, *(b)* presença de lacunas na regulação (permitindo ao agente econômico atuar com certa margem de liberdade), e *(c)* desconsideração, pela política regulatória, dos aspectos concorrenciais, a despeito de figurarem estes entre os objetivos da regulação daquele setor (ou seja, quando a regulação não atingir o necessário critério de amplitude, deixando de atuar de forma suficientemente extensa ou profunda).

No capítulo seguinte, analisamos o que pode fazer a autoridade antitruste no caso de recusa de contratar em setores especificamente regulados.

IV.5.2. O problema do acesso nos mercados deficientemente regulados envolvendo bens essenciais

Demonstrada a inferioridade da *essential facility doctrine* relativamente ao direito pátrio (tanto para os setores regulados quanto para os não regulados), bem como que existe espaço para que a autoridade antitruste analise e interfira em conflitos relacionados ao acesso nos mercados especificamente regulados, resta saber quais os limites de tal atuação.

É possível formular duas hipóteses em que teria lugar o questionamento sobre os limites de atuação da autoridade antitruste:

- (i) o mercado é especificamente regulado, mas a regulação não dispõe sobre a obrigatoriedade do acesso; ou
- (ii) o mercado é regulado, a regulação prevê o acesso obrigatório, mas não disciplina adequadamente as suas condições, abrindo espaço para a atuação dos agentes econômicos e para a adoção de condutas discriminatórias, comportamento que, como visto, pode caracterizar recusa indireta de negociar.

Note-se que a primeira hipótese é bastante improvável nos dias de hoje. A maioria dos regulamentos setoriais de que se tem conhecimento dispõe sobre o acesso obrigatório. Já a segunda hipótese é até freqüente, especialmente em alguns setores, que classificamos, aqui, como “deficientemente regulados”. Como, então, devem atuar as autoridades antitruste?

Essa questão é particularmente importante no contexto atual brasileiro.

Após as privatizações realizadas em diversos setores de infra-estrutura (telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, rodovias, etc.), transferindo, muitas vezes, monopólios estatais para as mãos da iniciativa privada, multiplicaram-se as questões concorrenciais decorrentes das relações de dependência – em muitos casos absoluta –, já existentes entre Estado e particulares, mas que passaram, agora, a envolver apenas esses últimos.

O problema é agravado em virtude de os processos de privatização nem sempre terem sido precedidos de um arcabouço regulatório adequado e voltado para o desenvolvimento da concorrência em mercados antes monopolizados, bem como pela deficiência das agências reguladoras criadas para alguns setores – que não se encontram devidamente aparelhadas para fiscalizar os agentes econômicos.

A jurisprudência internacional encontra-se repleta de exemplos, no mercado de telecomunicações e em outros mercados regulados, caracterizados pela existência de bens de utilidade pública, em que as autoridades de defesa da concorrência puniram agentes por impedir ou dificultar o acesso de concorrentes às suas redes ou outros insumos essenciais, muitas vezes contribuindo para aprimorar o arcabouço regulatório.

O caso mais paradigmático é o histórico precedente norte-americano envolvendo a AT&T (já citado no item IV.2 retro). Muito embora tal caso tenha sido iniciado em 1974 (seus antecedentes remontam ao início da década de 1950) e concluído há mais de 20 anos (a decisão homologatória do acordo firmado entre as partes foi proferida em 1982), até hoje ele é exaustivamente citado pela doutrina em diversos países. Na verdade, o desfecho do caso foi fundamental para a promulgação do Telecommunications Act em 1996 nos EUA e alguns de seus princípios são aplicados até hoje e influenciam políticas legislativas e regulatórias em diversas jurisdições. Não pretendemos, aqui, discuti-lo em detalhe, mas é importante destacar alguns aspectos particularmente interessantes para a análise ora efetuada.

Conforme destacamos em artigo recente³³⁷, o caso *AT&T* gira em torno da recusa indireta de acesso aos concorrentes da empresa às redes locais e interurbanas da mesma, por meio da adoção de condições comerciais discriminatórias - geralmente proibitivas - ou do emprego de justificativas de ordem técnica para impedir a sua efetivação.

O acordo celebrado entre as partes em 1982, aprovado com algumas alterações pelo Juízo, previa restrições de natureza estrutural – desinvestimentos, comprometendo-se a AT&T a desfazer-se de suas 22 operadoras locais, que foram agrupadas em sete empresas *holding*

³³⁷ GONÇALVES. Defesa da concorrência, cit.

com atuação regional (as denominadas *Regional Bell Holding Companies* ou *Baby Bells*) - e comportamental (regras de acesso e proibição de atuação em determinados mercados)³³⁸.

Como bem resumido por VISCUSI, VERNON E HARRINGTON JR.³³⁹, a racionalidade do acordo era separar os serviços prestados em regime de monopólio dos serviços prestados em regime de concorrência, ou, parafraseando Joseph D. KEARNEY³⁴⁰, separar estruturalmente empresas com capacidade para impedir a concorrência (monopólio sobre as infra-estruturas de telecomunicações locais) daquelas que tinham incentivos para tanto, por atuar nos mercados mais lucrativos a jusante (i.e., equipamentos, serviços longa distância e serviços de valor agregado).

Após um longo monitoramento da decisão pelo Poder Judiciário, que, juntamente com a decisão de 1982, implicou regulação em *sentido estrito* da indústria de telecomunicações nos Estados Unidos, foi promulgado o Telecommunications Act de 1996. Em síntese, o referido diploma, além de revogar o acordo celebrado no caso *AT&T*, autorizou as *Baby Bells* a operar os serviços móveis de longa distância e permitiu à *AT&T* voltar a oferecer serviços de telefonia local. Por outro lado, manteve a limitação à atuação das *Baby Bells* na longa distância fixa, condicionando a retirada de tal restrição à comprovação, pelas interessadas, do atendimento a uma extensa lista de requisitos (entre eles a abertura para a concorrência nos mercados locais, a interconexão e o *unbundling*), bem como à segregação das atividades em subsidiárias integrais e à demonstração de que a entrada traria benefício público³⁴¹.

O estudo do caso *AT&T* oferece importantes lições no que se refere à interação entre direito antitruste e regulação em sentido estrito.

³³⁸ Basicamente, as *Baby Bells* foram proibidas de operar quaisquer outros serviços além da telefonia local, enquanto que a *AT&T* permaneceu encarregada da prestação de serviços de longa distância e deixou de prestar serviços locais. Ademais, as *Baby Bells* foram proibidas de fabricar equipamentos para consumidores e outras operadoras, mas mantiveram-se no mercado de venda dos mesmos, e continuaram explorando serviços de listas telefônicas.

³³⁹ *Economics of regulation and antitrust*, cit..

³⁴⁰ From the fall of the Bell System to the Telecommunications Act: regulation of telecommunications under Judge Greene, *Hastings Law Journal*, v. 50, p. 1395-1472, August 1999.

³⁴¹ As operadoras locais têm hoje aprovada a sua atuação na longa distância fixa em todos os estados norte-americanos. Tal circunstância é criticada por Nicholas ECONOMIDES, que considera que os mercados locais não operavam de forma competitiva por ocasião das aprovações (*Telecommunications regulation*, cit., *passim*).

Em primeiro lugar, ao expor as práticas da AT&T, aperfeiçoadas do tempo, o processo antitruste em questão reforça a idéia de que a regulação específica é a melhor solução para lidar com o problema do acesso em setores caracterizados pela existência de bens essenciais.

Conforme já tivemos oportunidade de observar, “[a] *ausência de uma intervenção ex-ante das autoridades até a década de 1980 nos EUA certamente levou aos problemas concorrenciais enfrentados naquele país na referida indústria, e que tiveram que ser corrigidos, temporariamente, pelo Poder Judiciário. Se existisse uma política regulatória (efetivamente implementada pelas autoridades competentes), provavelmente não teria sido necessário aplicar à AT&T remédios estruturais radicais (cisão), que, ao final, mostraram-se fundamentais para conter o exercício do poder econômico no sentido de, reiteradamente, obstaculizar a atuação da concorrência e a sua introdução em certos mercados*”.

Ademais, fica evidente que a autoridade antitruste tem muito a contribuir quando a regulação é omissa, inadequada ou insuficiente para coibir a adoção de práticas anticompetitivas relacionadas ao acesso. Os antecedentes do caso *AT&T* deixam claro que a regulação emanada da FCC e demais agências ou comissões estatuais criadas para disciplinar os mercados de telecomunicações nos Estados Unidos padeciam desses problemas.

Finalmente, a atuação das autoridades antitruste no caso concreto influenciou de forma marcante a regulação posterior, determinando que importantes elementos concorrenciais, em especial a idéia do acesso necessário, fossem levados em conta na política regulatória. É possível que, não fosse a intervenção da autoridade antitruste, levando o caso às cortes, os Estados Unidos não teriam chegado à promulgação do Telecom Act de 1996, ou esta lei não teria o conteúdo que teve.

Situações semelhantes ocorreram em outras jurisdições e em outros setores objeto de regulação.

No Brasil, as autoridades de defesa da concorrência também puderam cooperar com a agência reguladora do setor de telecomunicações e auxiliar no aperfeiçoamento da regulação.

Com efeito, ao levar em conta princípios concorrenciais contidos em um conjunto de decisões preliminares do CADE no setor, a ANATEL acabou por adotar decisões semelhantes até mais ousadas e abrangentes e a propor diversas mudanças, algumas já incorporadas, da regulação do acesso às redes de telefonia sob controle das concessionárias locais, utilizadas como insumos para a prestação de diversos serviços³⁴².

Em suma, embora a regulação específica seja instrumento mais apropriado que o direito antitruste para solucionar satisfatoriamente o problema do acesso em mercados caracterizados por bens de utilidade pública, pelas razões já expostas acima, o direito antitruste ainda pode desempenhar importante papel.

A Lei 8.884/94 confere poderes para que as autoridades atuem (conforme interpretação do art. 15, em consonância com os artigos 170 e 173, §4º da Magna Carta). A nossa exegese de tais dispositivos, retomando as noções e doutrinas discutidas neste capítulo, é de que ambos conferem às autoridades concorrenciais, no que tange aos setores especificamente regulados, poderes para intervir sempre que (i) a fiscalização ativa do mercado pelo órgão regulador for inexistente ou deficiente, (ii) houver lacunas na regulação (permitindo ao agente econômico atuar com certa margem de liberdade), (iii) os aspectos concorrenciais, a despeito de figurarem entre os objetivos da regulação daquele setor, tiverem sido desconsiderados pela política regulatória (ou seja, quando a regulação não atingir o necessário critério de amplitude, deixando de atuar de forma suficientemente extensa ou profunda).

Assim, em não havendo imunidade antitruste explícita, não há como negar que as autoridades antitruste brasileiras devem intervir sempre que a regulação, embora existente, mostrar-se inadequada ou insuficiente para coibir a adoção de práticas anticompetitivas pelos agentes econômicos. A concorrência é um dos fins da regulação em sentido estrito (não necessariamente o único e nem sempre o mais importante), e não pode ser ignorada

³⁴² Para maiores detalhes a esse respeito, vide GONÇALVES. Defesa da concorrência, cit.

quando da elaboração de políticas regulatórias específicas pelo Estado. Se isso ocorrer, as autoridades antitruste não devem vacilar no exercício de suas competências legais.

Essa constatação assume contornos ainda mais importantes em determinados setores (mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública) onde a combinação entre certas estruturas de mercado e uma política regulatória firme e bem fiscalizada pelas autoridades competentes é essencial.

Em tais hipóteses, temos que as autoridades antitruste devem adotar uma postura rigorosa, valendo-se de todas as medidas que estiverem ao seu alcance, dentro dos limites previstos pela Lei 8.884/94, para estabelecer a concorrência.

Tais medidas não se restringem àquelas que constituem o escopo da doutrina norte-americana da infra-estrutura essencial. O direito antitruste brasileiro, reforçado pela concepção mais ampla de função social da propriedade e do contrato, possibilita a obtenção de uma solução superior à da referida doutrina, e deve ser aplicado de maneira a resolver efetivamente o problema do acesso, ainda que isso implique uma intervenção ativa das autoridades no mercado em questão, intervenção esta que, como já mencionamos, é autorizada pela Lei 8.884/94³⁴³.

Desse modo, observados os princípios da legalidade e proporcionalidade, adequando-se meios e fins (Lei 9.784/99, art. 2º), as autoridades não devem recear que as medidas por elas adotadas – entre as quais se destaca a obrigatoriedade de contratar - sejam consideradas excessivamente interventivas ou “usurpadoras” da liberdade de iniciativa, como se tem visto em certos discursos. Observamos que até o desmembramento de

³⁴³ Para que não parem dúvidas a respeito disso, reproduzimos, aqui, alguns dispositivos previstos no art. 24 da referida Lei: “Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; (...) IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”.

empresas é expressamente previsto pela lei antitruste brasileira, a exemplo do que ocorreu no caso *AT&T*.

É evidente que tal solução drástica deve ser excepcional. Temos que para a maioria dos casos de acesso a bens essenciais, a imposição de medidas comportamentais como a obrigatoriedade de contratar, acompanhada de obrigações referentes à transparência e às condições de acesso, garantindo que a obrigatoriedade não será contornada sob justificativas técnicas ou comerciais descabidas no caso concreto.

Vale observar, ainda, que, nos termos do que dispõe o art. 7º, inciso X, da Lei 8.884/04, compete ao Plenário do CADE *requisitar* dos órgãos do Poder Executivo Federal e *solicitar* das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as *medidas necessárias ao cumprimento da referida lei*.

Assim, além de punir os agentes econômicos que, valendo-se de lacunas ou deficiências na regulação, ou mesmo da falta de fiscalização pelas autoridades, infringem a ordem econômica, pode o CADE emitir *determinações* às autoridades reguladoras, quando federais, e *solicitações* no caso das autoridades estaduais, municipais e do Distrito Federal, as quais, no nosso entendimento, poderão, ainda que provisoriamente, apresentar-se substitutas de medidas regulatórias (por exemplo, até que a autoridade reguladora amolde, ela mesma, o regulamento pertinente). Voltaremos a esse aspecto ao tratar de remédios, na Conclusão.

V – A RECUSA DE CONTRATAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUA INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA

V.1. Legislação aplicável

No Brasil, a recusa de contratar *pura e simples* encontra-se prevista no inciso XIII do artigo 21 da Lei 8.884/94:

“XIII – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (...)”

O dispositivo legal transcrito abarca apenas a *recusa de venda*, sendo certo que a *recusa de compra* também pode configurar infração à ordem econômica. A inexistência de previsão expressa na lei, no entanto, não prejudica a análise da conduta e não compromete a caracterização da recusa de compra como ilícita (se for este o caso), seja porque o rol do art. 21 é meramente exemplificativo, seja porque a conduta em questão pode ser enquadrada sob outros dispositivos legais, como, por exemplo, limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (art. 21, inciso IV), criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (art. 21, inciso V) ou impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (art. 21, inciso VI).

A recusa de contratar (do lado do comprador e do vendedor) também se caracteriza quando, embora não haja negativa expressa em negociar, o agente cria dificuldades ou exige condições tais à celebração do contrato que a outra parte se vê compelida a desistir do ajuste. Tal situação encontra-se descrita no inciso XIV do artigo 21 da Lei 8.884/94:

“XIV – dificultar ou romper a continuidade ou o 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; (...)”

Ou seja, embora o agente econômico consinta formalmente na celebração do contrato, somente o faz mediante condições desarrazoadas ou desproporcionais, por ele fixadas unilateralmente, de modo que é como se se recusasse a contratar.

Esta conduta é abordada no Anexo I sobre “Práticas Restritivas: definições e classificação”, Parte B (“Práticas Restritivas Verticais”), item 4, que subsistiu à Resolução 20/1999 do CADE, no restante revogada pelo Novo Regimento Interno do Conselho (Resolução 45, de 28 de março de 2007), sob o tópico “recusa de negociação”:

“o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço, estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento”.

Note-se que disposições semelhantes constam expressamente da legislação europeia de defesa da concorrência, estabelecendo o art. 82 do Tratado de Roma que *“é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste”*, sendo que tais práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em *“...[s]ubordinar 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 objeto desses contratos”*³⁴⁴.

Não faremos distinção de tratamento entre a recusa de contratar pura e simples e a recusa descrita no art. 21, inciso XIV. A classificação apresentada, no entanto, é útil para

³⁴⁴ A Comissão Europeia aplicou tal doutrina, entre outros, nos casos *Istituto/IMC and Angus, Almelo, Soda-ash/Solvay* e *Van den Bergh Foods*, este analisado no Cap. II.3.1.2 da Segunda Parte.

demonstrar que, no Brasil, *a recusa pode restar configurada mesmo em situações em que não é explícita ou direta.*

Finalmente, no que se refere às recusas concertadas (também conhecidas como recusas horizontais ou boicotes – vide Cap. III.1), além dos dispositivos citados, podem subsumir-se nos três incisos iniciais do art. 21 da Lei 8.884/94, que tratam de forma geral de condutas concertadas:

“ I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (...)”

Ao tratar das práticas horizontais, o já referido Anexo I sobre “Práticas Restritivas: definições e classificação” da Resolução 20/1999 do CADE não dedica maiores esclarecimentos sobre recusas concertadas ou boicotes. Tais práticas, conforme antecipamos ao analisar o direito comparado europeu, podem ser simplesmente tratadas como “cartéis”, mas as diretrizes do CADE referem-se, ainda, a “ilícitos de associações profissionais”, caracterizando-os como “*quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais*”. Exemplos foram apresentados ao tratarmos da jurisprudência estrangeira.

A lei que precedeu a Lei 8.884/94, qual seja, a Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, trazia dispositivos iguais ou muito semelhantes àqueles estabelecidos no diploma atual em matéria de recusa de contratar.

Já a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962 (que criou o CADE) não tratava especificamente da recusa de contratar vertical, embora contivesse normas equivalentes àquelas previstas no art. 21, incisos IV, V e VI da Lei 8.884/94.

Antes da Lei 4.137/62, o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938 proibia, entre diversas práticas consideradas ofensivas à economia popular, a celebração de ajustes que resultassem na exigência de que o comprador não adquirisse produtos de outro vendedor; ou seja, vedada a exclusividade de compra. Benjamin SHIEBER observa, porém, que, a despeito da amplitude dos dispositivos do Decreto-Lei, eles não foram executados. Nas palavras do autor *“o decreto-lei n. 869 teve repercussão no campo de regulamentação dos preços e supressão dos artificios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste”*³⁴⁵. A exceção ficou por conta do parecer emitido pelo então Consultor-Geral da República, Dr. Aníbal Freire, ao analisar consulta da Standard Oil Company of Brasil. No parecer, o Consultor recomendou a exclusão de cláusulas restritivas contidas nos contratos entre a consulente e postos de gasolina, o que foi acolhido no despacho do Presidente Getúlio Vargas³⁴⁶.

Finalmente, vale mencionar que tramitam hoje no Congresso Nacional dois projetos de lei (PL 5877, do Poder Executivo, e PL 3937/04, do deputado Carlos Eduardo Cadoca - PMDB-PE, apensados no Senado Federal) em matéria de infrações à ordem econômica.

Os projetos destinam-se a reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e prevêem a substituição da Lei 8.884/94 ou diversas alterações à mesma, incluindo o acréscimo de práticas comerciais como infração à ordem econômica, a alteração dos critérios para notificação de atos de concentração, a modificação das autoridades competentes e suas atribuições e modificações processuais. No entanto, quanto ao mérito, não há alterações dignas de nota que digam respeito à recusa de contratar, ou seja, os projetos mantêm os mesmos dispositivos previstos atualmente na Lei 8.884/94.

³⁴⁵ *Abusos do poder econômico: direito e experiência anti-truste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: RT, 1966, p. 6.

³⁴⁶ Trata-se de interessante exemplo da aplicação do direito pátrio, em meados do século XX, ilustrando a intervenção estatal no contrato, por razões concorrenciais. O assunto é abordado de forma teórica no Cap. II da Primeira Parte.

V.2. Revisão da doutrina nacional

Ao comentar o art. 21, inciso XIII, da Lei 8.884/94, que trata da recusa de venda, Fábio Ulhøa COELHO afirma peremptoriamente que “[n]as relações de direito comercial (...) continua em plena vigência o princípio da autonomia de vontade. Nenhum empresário é obrigado, por qualquer norma jurídica em vigor no Brasil, a contratar a venda de suas mercadorias ou a prestação de seus serviços com outro empresário intermediário de fornecimento. O fabricante tem o direito de simplesmente não querer vender os seus produtos a determinado comerciante, por motivos subjetivos, particulares, pessoais, que só a este dizem respeito”³⁴⁷.

O destaque que o autor confere a “outro empresário intermediário de fornecimento” justifica-se porquanto é vedado recusar vendas a consumidores (tal como caracterizados na Lei 8.058/90 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor), nos termos do que dispõe os artigos 35 e 39, inciso IX, do referido diploma.

Segundo o autor, “apenas se configura ilícita a recusa de venda se esta for o instrumento de política empresarial restritiva; quer dizer, se, através da recusa, puder se verificar o efeito de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, então haverá infração concorrência. Caso não ocorram esses efeitos, sequer potencialmente, a recusa de venda não tem importância para o direito antitruste”.

Outros doutrinadores brasileiros efetuaram exames mais aprofundados de certas modalidades de recusa.

Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, por exemplo, preocupa-se com a recusa de contratar discriminatória, ou seja, aquela associada a cláusulas de exclusividade dirigida, quando adotada por empresas detentoras de posição dominante, mormente oligopólios. Isso porque tal prática, segundo o autor, reduz o número de parceiros possíveis, reforçando a dominância do oligopólio e erigindo (ou incrementando) as barreiras à entrada no mercado³⁴⁸.

³⁴⁷ *Direito antitruste brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 77-78.

³⁴⁸ Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 21-32, 1997.

Mauro GRINBERG, por seu turno, é tolerante relativamente à recusa quando justificada por acordos de distribuição seletiva ou exclusiva ou contratos de concessão comercial. Na opinião do autor, nesses casos, o que importa é a concorrência entre os produtos ou marcas (ou seja, a concorrência entre os fabricantes) e não entre os distribuidores³⁴⁹. Tal posição encontra grande respaldo na doutrina norte-americana, em especial nos autores neoclássicos, como Herbert HOVENKAMP.

Já Paula FORGIONI³⁵⁰, ao tratar dos contratos de distribuição, distingue a recusa de contratar resultante de abuso de dependência econômica (extinção do contrato, porém sem efeitos externos) da recusa que produz efeitos sobre a concorrência, e que, conseqüentemente, importa para o direito antitruste. O primeiro tipo enseja preocupações de cunho eminentemente privado, em especial no que se refere ao ressarcimento dos investimentos realizados pelas partes (ou seja, compensação da parte lesada). Nessa situação, entretanto, não é possível imaginar a continuidade do contrato, sob qualquer argumento (prevalece a liberdade de contratar). O segundo tipo, além de gerar pretensões reparatórias, pode acarretar multa administrativa (art. 23 da Lei 8.884/94) e uma ordem de cessação da prática (que implica verdadeira obrigatoriedade de contratar, na situação examinada).

A professora identifica efeitos concorrenciais intra e intermarcas (ou “entremarcas”, nas palavras de FORGIONI). No primeiro caso, os efeitos anticompetitivos estariam condicionados à identificação de um mercado relevante onde atuam os distribuidores, evidenciando-se a posição dominante do fornecedor em seu respectivo mercado, e o abuso mediante a eliminação seletiva (por meio da recusa de contratar) de parte dos distribuidores, com vistas a estabelecer preços de monopólio aos remanescentes (e conseqüentemente aos usuários finais). Ou seja, eliminada ou limitada a concorrência entre os distribuidores da marca do fornecedor (intramarca), este último teria condições de exercer mais facilmente o seu poder de mercado, aumentando os preços pagos pelos usuários finais³⁵¹.

³⁴⁹ Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 65-68, agosto 1996.

³⁵⁰ *Contrato de distribuição*, cit., pp. 493-499.

³⁵¹ “Em alguns casos (...), em que há posição dominante no mercado a montante, a ruptura de um contrato de distribuição pode significar a eliminação de um anteparo ao exercício abusivo dessa posição. Tomemos,

No segundo caso, potenciais efeitos nocivos estão associados à eliminação do canal de distribuição, criando-se dificuldades ao escoamento dos produtos de um concorrente ou à elevação dos seus custos (na medida em que o ingresso no mercado a montante fica condicionado à criação de uma rede própria de distribuição, ou seja, ao ingresso concomitante no mercado a jusante), bem como à implementação de políticas anticompetitivas *entre* os fornecedores (v.g., a ruptura é adotada como sanção a distribuidores que deixam de adotar preços de revenda fixados em conluio pelos fornecedores).

Para FORGIONI, a existência de serviços de pós-vendas (mercados secundários), especialmente quando o produto vendido no mercado primário (a montante) é de elevado valor, faz com que o término do contrato de distribuição implique prejuízos potenciais à concorrência entremarcas *e* intramarca. Com efeito, o fornecedor pode ter o intuito de explorar ele mesmo o mercado a jusante (ou seja, o mercado secundário), eliminando a concorrência intramarca, o que lhe permitiria abusar dos consumidores. Além disso, pode interessar-lhe impedir que seus concorrentes se beneficiem de profissionais especializados nos serviços pós-vendas, elevando, assim, as barreiras à entrada no mercado a montante e restringindo a concorrência intermarcas.

Desse modo, ao contrário de Mauro GRINBERG, a profa. Paula FORGIONI exalta a importância da concorrência intramarca, ao lado da concorrência entre marcas de diferentes fornecedores.

Calixto SALOMÃO FILHO enumera e classifica as hipóteses em que a recusa de contratar (ilícito da modalidade “negociação compulsória”, na classificação por ele proposta para as condutas restritivas da concorrência) pode ser mais prejudicial ao sistema econômico, com

*por exemplo, um fornecedor exclusivo de determinado insumo para a fabricação de plásticos. Se houver vários distribuidores concorrendo entre si, a concorrência intramarca poderá significar benefícios para os consumidores, derivados, inclusive, da pressão dos próprios distribuidores junto ao fornecedor por melhores condições de venda. A eliminação da concorrência intramarca (ou dos distribuidores com maior poder de barganha) poderá facilitar a imposição de preços monopolistas pelo fornecedor. Em suma: o fornecedor elimina a concorrência intramarca (e eventuais benefícios para os consumidores que dela derivam) para explorar o mercado diretamente, de forma monopolista”. (Contrato de distribuição, cit., pp. 495-496). A respeito da importância da concorrência intra-marca (e seus benefícios nos mercados de bens de consumo), bem como das possíveis correlações (positivas ou negativas) entre a concorrência intramarca e a concorrência intermarcas, vide também R. STEINER (Intrabrand competition: stepchild of antitrust. *The Antitrust Bulletin*, New York, v. XXXVI, n.1, p. 155-200, Spring 1991).*

base na verificação da natureza do sujeito ativo e na origem dos bens por ele detidos, os quais indicam a gravidade e a reversibilidade da situação de dependência entre os agentes econômicos. SALOMÃO FILHO procura, também, analisar a intenção por trás da recusa de contratar com base na relação jurídica (contínua ou descontínua) entre os agentes, e qualificar as justificativas para a recusa com base na caracterização da relação como horizontal ou vertical³⁵².

O autor destaca como campo fértil para o estudo da recusa de contratar a relação entre mercados primários e secundários. Até que ponto, inquire, o produtor de um bem é capaz de controlar o mercado de peças de reposição do mesmo ou o mercado de serviços de manutenção *“através da negativa de venda de peças de reposição ao consumidor sem a aquisição do serviço de manutenção ou então, a negativa de venda de peças a prestadores de serviço de manutenção ‘independentes’, desse modo promovendo a sua própria prestação de serviços autorizada”*?

Essa discussão constitui o cerne do caso Kodak nos EUA, que, no Brasil, foi praticamente reproduzido no precedente Powertech *versus* MATEC (a esse respeito, vide item V.3.1 adiante). Por trás dela, reside a importância da informação na economia moderna.

Com efeito, em se tratando a prestação dos serviços de manutenção um mero acessório do produto principal (de alto nível tecnológico), é razoável admitir que apenas o produtor tem aptidão e as qualificações necessárias para consertar o próprio produto. A recusa, em tais situações, seria perfeitamente legítima.

Por outro lado, tratando-se de produtos mais simples, não haveria justificativa para que o fornecedor procurasse evitar a prestação de serviços de manutenção por terceiros “não autorizados”. A recusa, então, constituiria um meio de dominar os mercados secundários de fornecimento de peças e serviços de manutenção.

Ao contrário de Paula FORGIONI, Calixto SALOMÃO FILHO entende que a questão não se resume à delimitação (ou não) de um único mercado relevante. O autor propõe que em tal situação se investigue *“se existem consumidores que vinham revelando preferência*

³⁵² *Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 236-246.

pela existência de provedores independentes de serviços de manutenção”. Em caso afirmativo, depreende-se que tais serviços têm utilidade para um grupo de consumidores, de modo que a sua supressão denota-se prejudicial a eles, gerando dependência com relação ao fabricante e sua rede autorizada³⁵³.

Desse modo, SALOMÃO FILHO atribui a dependência à desinformação e não ao poder no mercado (em sua definição neoclássica). No entanto, a desinformação é uma evidência de poder no mercado (não em sua acepção neoclássica, mas como definido no Cap. I.5.3 da Primeira Parte). Se houvesse diluição do poder, haveria maior disponibilidade de informação, na medida em que os produtores concorreriam pela qualidade dos produtos e também dos serviços de pós-venda (v.g., maiores prazos de garantia, seguros contra danos causados ao produto, etc.). Acreditamos, dessa forma, que o problema reside, mais uma vez, na concentração do poder, que não pode ser definido conforme a limitada proposta neoclássica. Ou seja, a existência de mercados primários e secundários não altera as questões que devem ser respondidas pela análise antitruste da recusa de contratar, e às quais voltaremos na Conclusão.

À exceção de SALOMÃO FILHO, a doutrina pátria não examinou a recusa de contratar de forma sistemática, ou seja, de modo a englobar as condutas horizontais (boicotes ou recusas concertadas) e as práticas verticais³⁵⁴.

Quem faz essa análise é Benjamin SHIEBER, professor da Universidade de Louisiana, nos Estados Unidos, que efetuou um estudo comparativo do direito e da experiência antitruste no Brasil e nos EUA³⁵⁵.

SHIEBER aborda tanto a exigência de exclusividade para revenda quanto os boicotes à luz do art. 2º, inciso I, letra ‘g’, da Lei 4137/62 (que identifica como forma de abuso do poder

³⁵³ SALOMÃO FILHO acrescenta que “a totalidade ou grande parcela dos consumidores não chega sequer a cogitar dos custos de manutenção no momento da aquisição de um bem de consumo. Não têm a possibilidade de saber qual a frequência e nem o preço a manutenção, o que depende de cálculos complexos que só o próprio produtor ou algum ‘consumidor profissional’ pode fazer” (*Direito concorrencial: as condutas*, cit., p. 210).

³⁵⁴ Em dissertação de mestrado, Patrícia Regina Pinheiro SAMPAIO analisa de forma sistemática as recusas verticais (*Recusa de contratar no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz do direito da concorrência*. São Paulo: USP, 2006).

³⁵⁵ *Abusos do poder econômico*, cit., pp. 156-159 (sobre exclusividade) e 177-189 (sobre boicotes).

econômico a dominação de mercados ou eliminação da concorrência por meio da “*criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa*”).

Os acordos de exclusividade de revenda são abordados superficialmente pelo autor, que, em 1966, não dispunha de precedentes nacionais em matéria de exclusividade de revenda para comentar. Assim, ele se limita a analisar a jurisprudência norte-americana da época.

Já os boicotes são analisados com maior riqueza de detalhes pelo professor norte-americano. É importante ressaltar que, para SHIEBER, a expressão “boicote” corresponde tanto a recusas de contratar concertadas como a recusas unilaterais. O autor destaca interessantes exemplos de ambas, como a obstrução à criação de uma empresa produtora de café solúvel para exportação em grande escala (denunciada pelo Vice-Presidente da Federação das Associações Rurais do Estado de São Paulo em matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo em 18 de agosto de 1963 - pág. 21), na modalidade boicote coletivo, e a recusa individual de produtores de matérias-primas para as indústrias de medicamentos ou de alimentos venderem a qualquer empresa do ramo, na modalidade unilateral (ensejando proposta de emenda, não aprovada, ao então projeto que passou a ser a Lei 4137/62).

Finalmente, há que se consignar que, desde Benjamin SHIEBER, não existe literatura específica em matéria de recusas concertadas do ponto de vista concorrencial no Brasil, a não ser comentários esparsos sobre casos, especialmente em matéria de ilícitos praticados por associações profissionais no setor de saúde (onde há vasta literatura não-jurídica sobre os efeitos da cláusula de exclusividade adotada por cooperativas médicas, porém poucos textos jurídicos e ainda menos com enfoque efetivamente concorrencial), e comentários gerais em textos tratando de cartéis³⁵⁶.

³⁵⁶ Sobre a cláusula de exclusividade no setor de saúde brasileiro: Fernando de Magalhães FURLAN. As cooperativas médicas sob o enfoque da defesa do consumidor e da concorrência. In: *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex, 2004, p. 27-33; C. J. WOLF (Regime da unimilitância nas “cooperativas” Unimed. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 113, out. 2003; Carlos Octávio OCKÉ-REIS (Novos modelos de gestão na saúde privada. IPEA, Texto para Discussão n°. 1167. Rio de Janeiro, fev. 2006; e E. B. CARVALHO (*A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas* [Dissertação de Mestrado]. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2003). Sobre cartéis, vide os trabalhos de João Paulo G. LEAL (Cartéis. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 47-86, 2001); Ivo Teixeira GICO JR (*Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007) e Rodrigo Surcan dos SANTOS. *Condutas colusivas horizontais: uma análise crítica da aplicação de conceitos econômicos na interpretação da legislação de defesa da concorrências no Brasil*. São Paulo: USP, 2006 (dissertação de mestrado).

V.3. Análise crítica de precedentes nacionais em matéria de recusa de contratar

V.3.1. Precedentes envolvendo a recusa de contratar vertical

Nos últimos anos, vimos proliferar decisões judiciais envolvendo demandas relacionadas à recusa de contratar vertical e à ruptura de contratos celebrados entre agentes econômicos por prazo indeterminado³⁵⁷. Na maioria das vezes, trata-se de processos voltados para a solução de lides privadas, porém *há registro de casos em que as partes invocaram a Lei 8.884/94 como fundamento para tutelar seus direitos*.

Em 2002, por exemplo, a empresa Apolo Petróleo Ltda. invocou o art. 170, *caput* e inciso IV da Constituição Federal, bem como o artigo 21, inciso XIII da Lei 8.884/94, em conjunto com o artigo 20 do mesmo diploma, ao ingressar em juízo em face da Petroquímica União S.A. - PQU, pleiteando o fornecimento de certos tipos de solventes, utilizados pela Apolo como insumos. A despeito de ter a PQU apresentado defesa fundada em sua liberdade de contratar e na existência de fontes alternativas de abastecimento para a autora, além de problemas comerciais e regulatórios, o Juízo monocrático emitiu decisão liminar estabelecendo obrigatoriedade de contratar, mantida por maioria pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. As seguintes razões integraram o voto condutor da lavra do Juiz Heraldo de Oliveira Silva:

³⁵⁷ Sobre demandas de cunho reparatório referentes à ruptura de contratos de distribuição, destacam-se as seguintes decisões: TJRS. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 590017778. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior. Julgado em 12.06.1990 (Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, v. 1, t-11, p. 249-256, 1990); TJRS. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 596134965. Relator: Araken de Assis. Julgado em 28.11.1996 (Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, v. 2, t-28, p. 276-282, 1996); TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 596024331. Relator: Paulo Roberto Hanke. Julgado em 13.08.1997 (Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, v. 2, t-33, p. 75-81, 1997); TJRS. 15ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70000504258. Maurício Jacobsen Blanco Comércio e Representações e Renner Dupont Tintas Automotivas e Industriais Ltda. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Julgado em 01.11.2000; TJRS. 15ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70001354885. Floresta Distribuidora de Bebidas Ltda. e Cervejarias Reunidas Skol Caracu S.A. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 20.12.2000. TACMG. 3ª Câmara. Apelação Cível n.º 225.851-7. Relator Juiz Duarte de Paula. Julgado em 11.12.1996 (BAASP 2012/55-56-e, 21.07.1997); STF. 1ª Turma. Recurso Extraordinário n.º 95.052-4-RS. Relator: Min. Nêri da Silveira. Julgado em 26.10.1984 (BAASP 1453/257, 22.10. 1986); e STJ. 4ª Turma. Recurso Especial n.º 39.761-8-SP. Kellogg Brasil & Cia., FRA-MI Comercial Ltda e Tigre Distribuidora de Alimentos. Relator: Min. Fontes de Alencar. Julgado em 04.03.1999.

“Evidentemente que existem outras empresas no mercado que produzem esses mesmos produtos (...), mas no Estado de São Paulo a agravante é a produtora desses produtos (...) e a concessão da tutela antecipada visa manter o fornecimento (...). Há que ser levada em consideração a igualdade de participação no mercado, evitando-se que uma única empresa possa ter controle de quem deve ou não receber determinados produtos, e agir de acordo com seus interesses, essa é a interpretação da Lei, e não somente a explanada na inicial do agravo, uma vez que é necessária a dilação probatória, para se aferir a real necessidade de se manter o mercado abastecido de determinados produtos. A preocupação de intervenção estatal no mercado tem grande relevância, tanto é que o constituinte fez inserir na Constituição de 1988 o equilíbrio na produção de determinados produtos, e a manutenção do mercado, nos termos dos artigos 170 e 177 da Constituição Federal, evitando que possa haver distorções ou preponderância de umas empresas para com as outras, e quem sofrerá com toda essa intervenção é a própria sociedade, pois retirar-se-á a concorrência, e se deixará a mercê de poucos a fixação dos preços.” (Agravo de Instrumento n. 1.179.750-5, Décima Primeira Câmara, j. 12.06.2003)

Mais adiante, o voto condutor registra que o Judiciário deve estar atento à livre concorrência, evitando que determinadas empresas possam interferir na criação ou extinção de outras, dependentes de certas mercadorias, cuja aquisição em outras fontes é de sabida dificuldade e custo elevado. O voto remete à existência de petroquímicas em diversas regiões do país, inferindo, ainda que implícita e intuitivamente, a existência de diferentes mercados relevantes do ponto de vista geográfico.

Verifica-se que a decisão se afastou claramente da denominada ideologia liberal associada ao contrato e à liberdade de iniciativa, sendo esse um dos aspectos mais interessantes da mesma. O Tribunal salientou que a discussão sobre a utilidade pública dos produtos em questão deveria ser feita oportunamente nos autos. No entanto, não houve oportunidade para decisão quanto ao mérito da ação, pois a autora acabou desistindo do processo.

A atuação do Ministério Público nessa seara também se faz notar por meio da instauração de inquéritos civis e ações coletivas.

Em 2003, o Ministério Público Federal no Estado de São Paulo promoveu diversas ações civis em face de seguradoras de veículo (individualmente), com vistas a obrigá-las a permitir que seus clientes tivessem livre escolha de oficinas mecânicas. O Ministério Público apurou que tais seguradoras determinavam ou incentivavam os seus segurados e os terceiros envolvidos em sinistros com os seus segurados a reparar seus automóveis em oficinas autorizadas ou credenciadas junto à respectiva seguradora. O fundamento dessas demandas era primordialmente consumerista, porém também foram invocadas marginalmente razões concorrenciais associadas à recusa de negociar com oficinas não credenciadas. Muito embora as seguradoras tenham justificado as suas políticas com base na redução de custos, houve decisões de primeira e de segunda instâncias estabelecendo às seguradoras a obrigação de contratar a reparação de veículos objeto de sinistros com oficinas não integrantes de suas redes autorizadas³⁵⁸.

O mesmo problema foi levado ao conhecimento do SBDC, nos autos do que hoje constitui o Processo Administrativo 08012.008224/98-38, instaurado em atenção à representação da Associação Brasileira dos Reparadores Independentes de Veículos - ABRIVE em face de diversas seguradoras. A Secretaria de Direito Econômico - SDE, no entanto, rejeitou de plano a acusação de que o credenciamento de oficinas constituía ilícito concorrencial, por excluir ou limitar os serviços prestados por terceiras empresas aos segurados das investigadas. Tal prática somente teria efeitos potencialmente negativos sobre o mercado se as seguradoras adotassem uma política conjunta de credenciamento (recusa concertada de negociar com as oficinas não credenciadas). Assim, a investigação prosseguiu para que se apurasse a existência de estipulação conjunta de critérios de credenciamento de oficinas pelas investigadas, além da fixação conjunta de remuneração paga pelas seguradoras às oficinas e da influência de sindicatos de seguradoras na alegada uniformização.

Vale destacar que, ao afastar do Processo Administrativo a acusação original de recusa de contratar unilateral, a SDE antecipou que a mesma não configurava abuso de posição

³⁵⁸ Nesse sentido, vide decisão proferida nos autos do Processo n.º 947644-0/3, Recurso de Apelação, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

dominante, não apenas porque as seguradoras individualmente não dispunham de poder de mercado, mas também porque tinham apresentado justificativas comerciais e econômicas razoáveis para a prática. No entendimento da SDE, a política das seguradoras no sentido de proceder à seleção das oficinas que poderiam prestar serviços de reparo aos seus clientes visava selecionar parceiros com os quais houvesse concordância sobre preços e condições como capacitação técnica, procedimentos operacionais, tempo de reparo de veículo, etc., atendendo aos objetivos últimos de uniformizar a qualidade dos serviços, reduzir o número de negociações e proteger as seguradoras contra comportamentos oportunistas das reparadoras. Conforme consta da decisão, *“...contando com uma rede já formada de oficinas conveniadas, as seguradoras têm como monitorar a qualidade dos serviços prestados, bem como prever e programar os custos incorridos com indenizações. Nesse sentido, verifica-se que tal prática, quando adotada de forma independente por cada uma das representadas, constitui um fator que gera benefícios ao consumidor, fomentando a concorrência entre as seguradoras por preço e qualidade (concorrência entre marcas). Nesse ponto, deve-se ressaltar que para o consumidor, não só o preço dos prêmios e da franquia importam, mas também a qualidade dos serviços prestados pelas oficinas autorizadas pelas seguradoras é um elemento importante”*.

A apuração de recusa concertada por parte das seguradoras não havia sido concluída pela SDE até o momento de entrega dessa tese.

Ainda em matéria de decisões judiciais versando sobre recusas verticais, mais recentemente, em 2005, as empresas Cobraço - Comercial Brasileira de Aço Ltda. e Cobraço Serviços Ltda., ambas sediadas em Belo Horizonte, ingressaram em juízo em face da Belgo Siderurgia S.A. (Processo nº 0024.06.984815-8, em trâmite perante a 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte), com vistas a obter a cessação de condutas alegadamente restritivas da mesma, bem como a reparação dos danos que teriam sofrido em virtude de tais condutas. A ação envolve acusações de cartel entre a Belgo e suas concorrentes no mercado de vergalhões para a indústria de construção civil, no qual as autoras atuam como distribuidora e prestadora de serviços, respectivamente, e denúncias de discriminação via preços, rompimento de relações comerciais e recusa de vendas. A ação encontrava-se longe de solução quanto ao mérito no momento da entrega deste trabalho. No entanto, em sede de tutela antecipada, as autoras obtiveram decisão judicial, confirmada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

(Agravos 1.0024.06.984815-8/008), determinando não apenas que a Belgo fornecesse os produtos pleiteados pelas autoras (obrigatoriedade de contratar), nas quantidades desejadas, mas também regulando os preços pelos quais tais produtos deveriam ser comercializados.

No âmbito administrativo, a apresentação de reclamações e representações à SDE tendo por objeto a recusa de contratar vertical e a ruptura de relações comerciais de longo prazo não é nova. Embora grande parte dessas denúncias não chegue sequer a se transformar em averiguação preliminar ou processo administrativo – inúmeros procedimentos acabam arquivados no âmbito da própria Secretaria – alguns casos importantes e paradigmáticos chegaram ao CADE para julgamento.

No passado, pelo menos até o final da década de 1990, prevalecia claramente a adoção de pressupostos neoclássicos, havendo nítido receio por parte das autoridades no sentido de limitar a liberdade dos agentes. Com efeito, a jurisprudência do CADE registrou, muitas vezes sem maior aprofundamento da análise antitruste, o entendimento de que o simples rompimento de relações comerciais é irrelevante sob a ótica da Lei 8.884/94³⁵⁹.

Não estamos sugerindo que todas as decisões anteriores a 2000 sejam permissivas com agentes econômicos detentores de poder ou que as condutas investigadas implicaram efeitos anticompetitivos. Há que se levar em consideração, inclusive, que a implementação do direito concorrencial no Brasil só ocorreu mesmo a partir da Lei 8.884/94 (a despeito do texto das legislações anteriores), data em que o CADE foi alçado a autarquia independente. Parece-nos, no entanto, que as decisões de então, mesmo aquelas posteriores a 1994, são pobres ao arrolar os motivos pelos quais as investigações não prosseguiram, ficando a impressão de que bastaria um agente econômico apresentar uma justificativa comercial razoável para que a recusa fosse considerada legítima.

Mesmo no que se refere a bens que tipicamente caracterizam infra-estrutura essencial, a atuação das autoridades na década de 90 foi tímida.

³⁵⁹ Nesse sentido, vide votos proferidos nos autos das Averiguações Preliminares 159/88, 08012.005197/98-51, 08012.005197/98-51 e 08000.022244/94-36, bem como nos autos do Processo Administrativo 125/92 e da Representação 131/93, entre outros.

Um exemplo bem ilustrativo dessa situação é proporcionado pelo exame do posicionamento externado pelo CADE quando da análise da queixa da Petroquímica Triunfo S/A nos autos do Ato de Concentração 54/95, envolvendo a Companhia Petroquímica do Sul (COPE SUL), a OPP Petroquímica S/A, a OPP Polietilenos S/A e a Ipiranga Petroquímica S/A. Destacam-se os seguintes trechos do voto proferido pela então Conselheira do CADE, Lúcia Helena SALGADO:

“Em primeiro lugar, a doutrina e a jurisprudência têm indicado que, a princípio, mesmo que detenha poder de monopólio, uma firma não tem o dever de cooperar com suas rivais, fosse assim estaria sendo revertido o significado primeiro do direito da concorrência, tão de perto associado à livre iniciativa.

A ausência desse dever de transacionar é também contrapartida do direito de escolher associados e clientes. Esse direito é, logicamente, qualificado, e nessa qualificação pesam razões econômicas, negociais, que podem justificar a recusa de venda ou exclusão. Além disso, uma conduta não pode ser caracterizada como exclusionária simplesmente considerando seus efeitos sobre o competidor. É preciso considerar os impactos sobre os consumidores e se a competição foi restringida de forma desnecessária”.

No referido Ato de Concentração, foi fundamental o argumento de que a eliminação ou enfraquecimento de um concorrente não equivale necessariamente à eliminação da concorrência. A aprovação foi condicionada e houve a assinatura de um compromisso de desempenho pelas requerentes da operação; porém, as obrigações ali contidas fizeram com que a Triunfo, outrora importante concorrente nos mercados de produtos petroquímicos de segunda geração, passasse a integrar a franja dos respectivos mercados. Ou seja, em situação concreta em que o CADE excepcionalmente identificou uma recusa de contratar vertical como potencialmente lesiva à luz da recém editada Lei 8.884/94, os impactos da prática sobre a concorrência foram subestimados na decisão final e os remédios adotados não se mostraram à altura do problema.

Mais recentemente, já na década de 2000, a recusa de contratar no setor petroquímico voltou à baila no SBDC, permeando a análise do Ato de Concentração entre a Copene Petroquímica do Nordeste S.A. e a Odebrecht Química S.A. (AC 08012.005799/2001-92), envolvendo o pólo de Camaçari. Assim como no caso Copesul, as empresas da segunda geração petroquímica que não se tornaram verticalmente integradas com a Copene reclamavam de condutas discriminatórias e da recusa de fornecimento de produtos às condições comerciais usuais e esperadas. As denúncias foram sumariamente arquivadas pela SDE e, nos autos do Ato de Concentração, a decisão do CADE foi ainda mais liberal do que em Copesul, pela aprovação sem restrições da operação. As empresas independentes de segunda geração acabaram sendo posteriormente incorporadas pela Braskem, nova controladora da Copene e integrante do Grupo Odebrecht. Com a verticalização, deixou de haver incentivos para a recusa e condutas discriminatórias.

Vale menção ainda, no mesmo setor, investigação que trata de discriminação e recusa de contratar indireta adotada pela Petrobrás em face da Refinaria de Petróleo Ipiranga e da Refinaria Manguinhos (Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98). A SDE rejeitou as denúncias e descaracterizou a recusa indireta, ao aceitar as justificativas da Petrobrás e legitimar a sua política de preços, considerada objetivamente justificável. Os autos encontram-se no CADE para julgamento.

Também pende de decisão no SBDC caso em que a Sourcotech, empresa fabricante de sais de pilocarpina, uma substância utilizada em colírios para o tratamento de glaucoma, denunciou a Merck S.A. com base na recusa desta última em lhe vender folhas de jaborandi, insumos essenciais para a fabricação dos sais, também comercializados pela Merck (Processo Administrativo nº 08012.000391/98-86). A Merck seria a única empresa no território nacional atuante no mercado de folhas de jaborandi, de modo que a única opção da Sourcotech à Merck seria ingressar ela própria nesse segmento. O caso desperta particular interesse porque a Merck alegou, em sua defesa, que havia deixado completamente de comercializar folhas a terceiros, pois passou a utilizar a integralidade da produção de forma cativa. Posteriormente, a empresa desfez-se de suas próprias plantações, passando a adquirir as folhas de terceiros. Além de justificativas objetivas para a recusa, a Merck alegou a inexistência de prejuízos aos consumidores finais de colírios, tendo em vista a concorrência existente entre diversos fabricantes de tais produtos, empregando substâncias distintas. O julgamento do mérito do referido processo seria

esclarecedor não apenas no que se refere ao tipo de justificativa admissível para a recusa de contratar por parte de uma empresa monopolista, como também no que tange à análise de efeitos gerados sobre a concorrência, em especial se devem ou não ser considerados efeitos gerados em etapas intermediárias da cadeia produtiva, sem impactos aparentes sobre o consumidor final. No entanto, considerando o tempo transcorrido da abertura do processo, é provável que, em virtude de prescrição, outras considerações sobre o mérito jamais venham a ser emitidas.

Entre os processos administrativos já julgados em matéria de recusa de contratar, posteriores a 2000, merece destaque o caso DirecTV *versus* Globo (Processo n. 53500.000359/99). Nele se discutiu, entre outros aspectos, a definição de um bem (o canal aberto Globo) como *essencial* ou não.

O caso versava sobre a recusa da Globo de disponibilizar o sinal do seu canal aberto à DirecTV. O mesmo sinal era disponibilizado para concorrentes da DirecTV no mercado de serviços de televisão por assinatura, inclusive empresas que integravam o Grupo Globo³⁶⁰.

O CADE, por maioria, vencido o Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca³⁶¹, arquivou o processo.

Em resumo, entendeu o CADE que o sinal da TV aberta Globo era inegavelmente uma vantagem competitiva, porém não constituía insumo essencial para a DirecTV, que vinha conseguindo sobreviver a essa desvantagem concorrencial e competir no mercado de TV a

³⁶⁰ Em apertada síntese, a DirecTV alegava que a Globo lhe recusava a distribuição da programação de TV aberta sem qualquer justificativa. A Globo não respondia aos reiterados pedidos da DirecTV manifestando interesse em negociar a transmissão do sinal da TV aberta Globo via satélite. Ao mesmo tempo, a Globo autorizava a distribuição do referido sinal pela Sky, empresa em que as Organizações Globo detinham participação acionária e que concorria diretamente com a DirecTV. Sustentava a última que a programação da TV aberta Globo era imprescindível para a sua sobrevivência no mercado de TV por assinatura. Em sua defesa, a Globo aduziu que a recusa de venda se encontrava justificada pela sua política de exclusividade, que por seu turno buscava assegurar a rentabilidade das emissoras locais, cujo faturamento advinha, em sua maior parte, de anunciantes também locais. Além disso, argumentou a Globo que a lei não a obrigava a negociar o sinal de sua TV aberta a transmissoras de TV a satélite e que a programação do referido canal não era imprescindível para a sobrevivência da DirecTV no mercado, não obstante constituísse inegavelmente uma vantagem competitiva. Finalmente, dizia a Globo que não existia nexo causal entre as vendas da Sky e da DirecTV e a transmissão do sinal da TV aberta da Globo.

³⁶¹ Sustentava o relator que a programação da TV aberta Globo era um insumo essencial, imprescindível para a sobrevivência da DirecTV no mercado. Em seu voto, João Bosco Leopoldino da Fonseca impunha à Globo obrigatoriedade de contratar com a DirecTV, nas mesmas condições contratadas com a Sky, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1 milhão, além de multa sobre o faturamento da empresa.

satélite. Conforme se depreende do voto do Conselheiro Thompson Almeida Andrade, acompanhando o voto da Conselheira Hebe Romano³⁶², favorável aos argumentos da Globo:

“Supor que o insumo é essencial implica em aceitar neste caso que a TV por satélite que não tenha o sinal da Globo não teria condições de fazer uma combinação de canais disponibilizados que gere nos assinantes um nível de utilidade, dada uma restrição orçamentária do assinante e dado o preço da assinatura, pelo menos igual à utilidade produzida, nas mesmas condições, pelo conjunto de canais oferecidos pela SKY. Em outras palavras, não haveria como compensar a inexistência de um canal com o sinal da Rede Globo oferecendo um conjunto de outros canais, seja aumentando o seu número, seja melhorando a qualidade dos disponíveis ou ambos, seja, ainda, reduzindo os custos da assinatura”.

Consignou o CADE que ter uma vantagem concorrencial obtida de forma legítima faz parte do jogo da concorrência e que, para que exista concorrência, não é necessário que os concorrentes sejam iguais; aliás, é saudável que sejam diferentes. Ficou claro que o órgão não pretendia alargar o conceito de infra-estrutura essencial, tal como ocorreu em certo período na Europa, filiando-se a autoridade brasileira à concepção norte-americana mais liberal de infra-estrutura essencial. Da mesma forma, não foi considerado determinante o fato de que a Globo disponibilizava o sinal a outras empresas independentes, como a TVA, por exemplo, já que a regulação específica determinava a obrigatoriedade de contratar no caso de prestadoras de serviços de TV assinatura por cabo, sendo omissa relativamente aos serviços via satélite, como aqueles prestados pela DirecTV. Posteriormente, a DirecTV foi adquirida pela Globo, em operação aprovada pelo CADE. Outras empresas ingressaram no mercado de TV por assinatura via satélite e não temos conhecimento de reclamações quanto à disponibilização do sinal aberto da TV Globo.

³⁶² Os Conselheiros Afonso Arinos de Melo Franco Neto e Celso Campilongo também concluíram que o sinal da Globo não era essencial para a DirecTV, mas ambos sugeriram que o acompanhamento dos mercados envolvidos seria útil.

Na mesma época de DirecTV *versus* Globo, o CADE também arquivou o Processo Administrativo 08000.022500/96-66, envolvendo denúncias da American Express – AMEX em face da VISA do Brasil Empreendimentos Ltda., pela prática de exclusividade com instituições financeiras, levando-as a recusar negociações com a AMEX, e a expulsar do seu sistema bancos que passassem a emitir cartões de crédito com essa bandeira. As denúncias, na verdade, resultavam de processos instaurados contra a VISA no âmbito internacional, e do receio de que as mesmas práticas viessem a ser implementadas no Brasil. A VISA cessou globalmente a prática e emitiu cartas comunicando aos bancos que estes não se encontravam impedidos de emitir ou vender cartões de crédito desenvolvidos por bandeiras concorrentes. Por ocasião do julgamento do caso, em 2002, o CADE entendeu que a prática de exclusividade caracterizava, em tese, abuso do poder econômico, pois eliminava a concorrência entre as empresas emissoras de cartões de crédito e privava os consumidores de uma oferta maior de produtos. Porém, a VISA jamais chegou a implementar a conduta restritiva no Brasil, motivo pelo qual o arquivamento do processo foi decretado.

Já entre as condenações de recusas verticais de contratar, citamos os precedentes SDE *ex officio versus* Santos Brasil, Libra e outras, Messer Grieshem do Brasil Ltda. *versus* S.A. White Martins, Power-tech *versus* MATEC e Microsoft.

O primeiro caso, discutido nos autos do Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, versa sobre *recusa indireta de contratar*. A acusação foi inicialmente formulada como uma prática concertada, porém a decisão final do CADE não estabeleceu a existência de conluio, apenas de ações verticais paralelas por parte das empresas investigadas. Na verdade, ao longo do processo, não se falou explicitamente em recusa de contratar³⁶³, embora esse aspecto tenha ficado evidente no voto condutor da decisão final do CADE.

O problema dizia respeito à cobrança de uma taxa aos denominados terminais portuários retro-alfandegados (“TRA”), pelas empresas investigadas, para liberar contêineres desembarcados de navios atracados nos terminais marítimos das últimas. Os TRA eram contratados como entrepostos pelos donos das cargas, e prestavam serviços de

³⁶³ Às investigadas foram imputadas as seguintes práticas, tipificadas no art. 21, incisos IV, V, X e XXIV, da Lei nº 8.884/94: i) limitar ao acesso de novas empresas ao mercado; ii) criar dificuldades ao funcionamento de empresas concorrentes; iii) regular mercados por meio de acordos para limitar ou controlar a prestação de serviços; e d) impor preços excessivos.

armazenagem destas no Porto de Santos. Os mesmos serviços eram prestados pelas empresas investigadas, com o diferencial de que elas, por possuírem terminais marítimos onde os navios atracavam, manuseavam as cargas a partir do costado dos navios. As empresas investigadas recusavam-se a entregar as cargas para armazenagem nos TRA se estes não efetuassem o pagamento de taxas de liberação. Os TRA reputavam as taxas indevidas, e aduziam que as mesmas não correspondiam a nenhum serviço prestado pelas investigadas, existindo apenas para aumentar seus custos e eliminá-los do mercado. Em outras palavras, seria um caso típico de recusa de contratar indireta. O relator Luis Carlos Delorme Prado entendeu que a única razão para a sobrevivência dos TRA era o processo administrativo em trâmite, que acabou “regulando” as taxas cobradas pelas empresas investigadas, impedindo-as de elevá-las a ponto de excluir os TRA. O CADE decidiu pela condenação, impondo às representadas a obrigação de contratar, ou seja, de entregar as cargas aos TRA, *sem a cobrança de nenhuma quantia*. A questão encontra-se atualmente *sub judice*.

No segundo caso (PA 08000.022579/97-05), a White Martins era acusada de abusar de seu poder econômico, por meio da celebração de um contrato com cláusula de exclusividade com a Ultrafertil, recaindo sobre excedentes de gás carbônico (adquiridos pela White Martins junto à Ultrafertil), com a conseqüente recusa de fornecimento de tais excedentes à Representante Messer. Como agravante, a Messer acusava a White Martins de adquirir quantidades de gás muito superiores àquelas que a sua planta produtiva teria capacidade para processar, o que resultaria em um desperdício (açambarcamento) de tais insumos.

A White Martins acabou condenada pelo CADE, que acatou os seguintes argumentos: (i) a White Martins era detentora de poder econômico e tinha condições de abusar do mesmo (dadas as condições estruturais do mercado relevante); (ii) a aquisição de gás carbônico junto a outras fontes existentes não era impossível, mas implicaria elevados custos para a Messer; (iii) a White Martins adquiria excedentes que eram em parte desperdiçados (um comportamento, nas palavras do Conselheiro Relator Celso Campilongo, “*acintosamente antieconômico*”), impedindo, com isso, o ingresso da Messer (e outros concorrentes potenciais) no mercado; (iv) não havia eficiências oriundas do contrato de exclusividade entre a White Martins e a Ultrafertil.

A discussão sobre a recusa de contratar envolvendo mercados primários e secundários, por seu turno, foi realizada pelo CADE por ocasião do julgamento do caso Power-tech *versus* Matec (Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42). Tratava-se, ali, de analisar se a recusa da Matec em fornecer a prestadores de serviços independentes (inclusive a Power-tech) insumos para que estes fossem capazes de consertar os produtos fornecidos pela Matec (centrais telefônicas PABX) configurava infração à ordem econômica.

Em seu voto, o então Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior analisou: (i) se os consumidores consideravam o bem (centrais telefônicas) e os serviços de manutenção como produtos distintos ou se os últimos são reputados no cálculo dos custos do primeiro; (ii) se as informações necessárias para a aferição dos custos dos produtos estavam disponíveis para os consumidores e os custos associados à sua obtenção eram excessivamente elevados; (iii) se existia fechamento do mercado decorrente de altos custos associados à troca dos equipamentos caso ocorresse um aumento dos preços dos serviços de manutenção; e (iv) como se dava a competição entre as empresas.

O Conselheiro afastou as justificativas apresentadas pela Matec – eficiências, basicamente associadas à utilização de rede credenciada para prestação de serviços pós-vendas, proteção de direitos de propriedade intelectual e impedimento de condutas oportunistas (por parte das prestadoras independentes relativamente às prestadoras credenciadas e por parte das primeiras relativamente a investimentos realizados pela fabricante) – e entendeu que a prática era anticompetitiva. Isso porque, embora pudessem existir condutas oportunistas (*free riding*), o mercado de prestação de serviços pós-venda não favorecia tais condutas, e havia nos autos evidências de fechamento do mercado. Além disso, o combate ao oportunismo, na opinião do CADE, poderia ser feito de forma menos gravosa à concorrência, sem passar pela recusa de vendas.

Por fim, Macedo Júnior usou as lições de Calixto SALOMÃO FILHO para concluir que havia abuso do poder econômico no caso concreto, decorrente da prática de negociação compulsória, associada à dependência econômica não apenas da Representada, mas também dos consumidores finais das centrais telefônicas, relativamente à Matec.

As principais lições que podemos extrair do referido voto são as seguintes:

(i) justificativas baseadas em direitos de propriedade (inclusive intelectual) não são suficientes para afastar uma condenação, caso efeitos anticompetitivos sejam produzidos no mercado; e

(ii) os objetivos buscados pelos agentes econômicos ao adotar práticas restritivas podem ser inferidos a partir dos efeitos das práticas, ainda que potenciais. Se o resultado provável de uma prática for o fechamento do mercado, eventuais eficiências não são suficientes para justificar o comportamento e evitar o seu sancionamento.

No caso Microsoft, por seu turno, julgado em 2004, a referida empresa e sua distribuidora TBA foram condenadas por abusar de suas posições dominantes, ao limitar a distribuição de *softwares* e serviços pós-venda ao Governo Federal. A Microsoft firmou ajuste de exclusividade com a TBA, estabelecendo que a empresa era a única autorizada a distribuir seus produtos para todas as entidades governamentais federais, dentro e fora de Brasília. Com isso, a Microsoft recusava-se a fornecer produtos a outros distribuidores para que estes participassem de licitações federais e, como resultado, tais procedimentos passaram a ser dispensados relativamente às compras de produtos Microsoft. A empresa ainda se recusava a vender diretamente ao Governo.

Conforme o relatório “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005), “*ao examinar o arranjo da Microsoft com a TBA, o CADE concluiu que o produto de mercado relevante era a venda ou o licenciamento de software e serviços de informática e que o mercado geográfico relevante era nacional. Neste mercado, constatou-se que a Microsoft tinha uma participação dominante de 90%. Do ponto de vista do CADE, a ação da Microsoft ao criar uma posição exclusiva para a TBA era anticoncorrencial. Ao eliminar procedimentos licitatórios nas vendas ao governo, os benefícios ao consumidor, decorrentes da concorrência entre marcas, foram diminuídos sem eficiências compensatórias suficientes em um mercado onde não havia concorrência entre marcas. Às autoridades governamentais de licitação foi negada a oportunidade de escolher entre competidores que proviam não apenas software da Microsoft, mas também serviços associados. A Microsoft argumentou que poderia escolher integrar a distribuição e vender diretamente ao governo federal, e que, portanto, interpor a TBA como distribuidora exclusiva não causava dano econômico. A resposta do CADE foi que o sistema estabelecido pela Microsoft para vendas ao governo envolveu distribuição por*

meio de um intermediário exclusivo, não por vendas diretas pela Microsoft. O CADE observou que quando um monopolista vende por meio de um único distribuidor, o preço final é maior e a produção total é menor que quando um monopolista vende diretamente ao comprador. O CADE concluiu que uma decisão de criar uma distribuidora exclusiva obrigava a Microsoft a estabelecer preços máximos de revenda ou de outra forma melhorar o efeito ineficiente de ‘duplomonopólio’ que surgiria”.

As eficiências argüidas pela Microsoft (incentivar investimentos pelo distribuidor, evitar o *free riding*) foram afastadas uma a uma pelo CADE, que ainda refutou as justificativas para a exclusividade em relação à TBA, considerando que a Microsoft possuía múltiplos distribuidores em outras regiões e que teria adequado seus critérios de credenciamento para que apenas a TBA tivesse as qualificações necessárias no Distrito Federal. O CADE entendeu que a verdadeira justificativa para a escolha da TBA como única distribuidora para fins de vendas a entidades federais era eliminar a concorrência intramarca, no caso concreto, viável mediante licitações. Ambas as empresas foram multadas, mas o CADE não estabeleceu a obrigatoriedade de a Microsoft estabelecer outros distribuidores ou comercializar diretamente seus produtos para o Governo Federal.

A exemplo do processo em face de Santos Brasil, Libra e outros, o caso foi levado ao Poder Judiciário, encerrando-se, porém, tempos depois, com um acordo entre o CADE e as empresas investigadas, versando sobre a multa aplicada.

Ainda em matéria de recusa de contratar fundada em contratos de exclusividade, vale destacar o Processo Administrativo n. 08012.009991/98-82, que tratou da representação da Participações Morro Vermelho Ltda., controladora do Shopping Center Jardim Sul, em face do Condomínio Shopping Center Iguatemi e do Shopping Center Reunidos do Brasil Ltda., julgado pelo CADE em dezembro de 2003, restando proibida a conduta dos Representados.

O Shopping Center Iguatemi, na cidade de São Paulo, proibia seus lojistas de instalarem lojas em outros shoppings da cidade. Segundo o relatório intitulado “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005), “*o Iguatemi tinha uma participação de 30,9% nas rendas provenientes de aluguel de lojas em shoppings no mercado geográfico relevante de São Paulo e uma participação de 29% na renda de*

vendas em shoppings. O CADE concluiu que o Iguatemi tinha poder de mercado suficiente para limitar a concorrência entre shoppings por meio de dispositivos de exclusividade. Uma multa de 1% do faturamento bruto do Iguatemi foi imposta. O caso foi seguido no início de 2005 por um caso de exclusividade similar contra o Shopping Center Norte (SCN), também localizado na cidade de São Paulo, mas em um diferente mercado geográfico relevante. O SCN, que tinha uma participação de 69,9% no valor do aluguel de lojas e uma participação de 71,6% no faturamento das lojas em seu mercado, proibiu seus lojistas de operar outro ponto de vendas em um raio de mil metros do SCN. O CADE considerou esta condição como indevidamente restritiva e multou o SCN em 1% de seu faturamento bruto”.

Dentre os fundamentos que embasaram o reconhecimento da infração à ordem econômica no primeiro caso pelo CADE tem-se (i) a identificação de posição dominante no mercado *upstream*, (ii) a constatação da existência de fechamento de mercado; e (iii) o afastamento dos argumentos dos Representados sobre a racionalidade de sua conduta. Destacam-se os seguintes trechos do voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer:

“... ao impor cláusula de exclusividade, [o Shopping Iguatemi] subverteu a lógica inerente à autonomia da vontade típica das economias de mercado, impedindo que os lojistas possam voluntariamente instalar-se em shopping centers que (...) identificou como seus concorrentes. Com isto, além de prejudicar os lojistas, que vêem a sua possibilidade de expansão limitada, (...) também trouxe limitações e prejuízos aos shopping centers por ela identificados como concorrentes, uma vez que os impede de contratar uma série de lojistas para compor um tenant mix mais diversificado.

(...) dúvida não há que, em relação às lojas instaladas no Iguatemi e que contém cláusula de exclusividade, o fechamento é completo. Em outras palavras: há um completo impedimento de acesso a determinadas lojas por parte de determinados shopping centers. Como não se faz possível em um mercado tão diferenciado e tão sujeito a sutilezas e subjetivismos, avaliar um grau de

substituibilidade perfeito, e como podem ser variadas as estratégias de cada shopping center e o valor que cada um dá à presença de determinada loja, não há como se deixar de concluir que o impedimento de acesso a determinadas lojas já é suficiente para causar limitações e prejuízos à atuação de concorrentes, bem como limitações à atuação dos próprios lojistas”.

No mesmo sentido, em 2007, o CADE rejeitou proposta de celebração de termo de compromisso de cessação de prática e condenou o Shopping Center Iguatemi por adotar cláusulas de raio, modalidade de exclusividade dirigida, induzindo lojistas a recusarem contratar com o Shopping Eldorado, localizado nas redondezas.

Problemas relacionados à recusa de contratar também foram endereçados de maneira consensual na esfera administrativa, merecendo destaque o compromisso de cessação de prática celebrado em 2003 entre a SDE e a Helibrás. As investigações contra a última foram instauradas pela SDE a partir das reclamações de que a empresa, distribuidora exclusiva de um certo tipo de helicóptero no Brasil, estaria recusando-se a disponibilizar manuais técnicos e peças de reposição para terceiros prestadores de serviços de manutenção dos produtos. Com isso, os adquirentes dos helicópteros comercializados pela Helibrás ficavam reféns dos serviços pós-venda da mesma empresa, remetendo às mesmas questões que caracterizaram o caso Kodak nos EUA e, posteriormente, Powertech *versus* Matec no Brasil. Nos termos do relatório “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005), “[a] SDE outorgou uma medida preventiva, nos termos do Artigo 52, que requeria que a Helibrás fornecesse as peças e manuais necessários a interessados. Após buscar junto ao poder judiciário, repetidas vezes, a reversão da medida cautelar da SDE, a Helibrás manifestou interesse de celebrar um acordo com a SDE, nos termos do Artigo 53, comprometendo-se a atender os mesmos provimentos do mandado. A SDE concluiu que o acordo era apropriado, pois nenhuma investigação havia sido realizada em várias questões, incluindo-se se os manuais estariam disponíveis por outras fontes e se havia razões técnicas ou de segurança para a recusa de venda de peças sobressalentes”. O CADE aprovou o acordo em 2004.

Vale mencionar, igualmente, o recente julgamento do caso Associação NeoTV *versus* Globo (Processo Administrativo n. 08012.003048/01-31), em que diversas operadoras de

TV por assinatura queixaram-se à autoridades do SBDC a respeito da exclusividade de certos canais de conteúdo esportivo outorgada às empresas integrantes dos chamados “Sistemas Sky” e “Net”, com resultante recusa de disponibilizar tais canais a todos os demais concorrentes nos mercados de prestação de serviços de TV paga. O processo foi instaurado para apurar abuso de poder econômico por meio das práticas listadas no art. 21, incisos IV, V, VI, XII e XIII da Lei 8.884/94, quais sejam limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, criar dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, discriminar adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de condições operacionais de venda ou prestação de serviços e recusar a venda de bens ou a prestação de serviços dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Após anos de instrução, o CADE acabou aceitando celebrar compromisso de cessação de prática com a Globo, sendo certo que o seu conteúdo incluiu a determinação no sentido de que a Globo comercializasse, em bases não-discriminatórias, seus canais de conteúdo esportivo, incluindo-os no seu pacote de canais, até o final de 2008, bem como que, até a mesma data, ofertasse às operadoras não integrantes do seu grupo econômico os canais de esportes do sistema *pay-per-view*. O TCC ainda dispunha que a partir de 2009 a Globo não poderia ter exclusividade de exibição sobre mais de dois torneios principais de futebol (ou sobre mais de três, caso não escolhesse simultaneamente o Campeonato Brasileiro e a Copa do Brasil).

No entanto, as reclamações da NeoTV continuaram após o julgamento, tendo havido, inclusive, novo pedido de Medida Preventiva, sumariamente arquivado pelo CADE.

Um pouco anterior aos casos Helibrás e NeoTV é o termo de compromisso de cessação entre o CADE e a Souza Cruz, porém o caso arrastou-se até 2007, em virtude de denúncias de descumprimento do termo e continuidade das práticas restritivas.

O ajuste resultou de um processo em que a Philip Morris representou em face da Souza Cruz (Processo Administrativo n. 08012.003303/98-25). Naqueles autos, o SBDC analisou os efeitos da exclusividade de vendas (resultando, conseqüentemente, na recusa de estabelecimentos atacadistas e varejistas comercializarem marcas de cigarros fabricadas ou distribuídas pelas empresas concorrentes da Representada) sobre a concorrência e os

consumidores. A conclusão pela existência de impactos negativos dessa prática, não compensados por eficiências, é unânime nos pareceres da SDE, da SEAE e da Procuradoria do CADE, bem como no voto proferido pelo então Conselheiro relator Mércio Felski, que precedeu a celebração do TCC. Em apertada síntese, concluiu-se que:

- (i) a Representada detinha posição dominante, qualquer que fosse a definição geográfica dos mercados relevantes;
- (ii) havia barreiras significativas à entrada de novos fabricantes de cigarros e também empecilhos ao ingresso de varejistas e atacadistas nos mercados de revenda (varejo e atacado);
- (iii) a exclusividade de vendas implicava a elevação das barreiras à entrada de novas empresas fabricantes de cigarros, bem como prejuízos diretos à concorrência (bloqueio dos canais de distribuição, excluindo o acesso dos concorrentes aos destinatários finais dos seus produtos) e aos consumidores (privação da marca de sua preferência ou necessidade de procurá-la, afetando o direito de escolha e aumentando os custos associados à obtenção do produto)³⁶⁴;
- (iv) não havia “eficiências” associadas à conduta da Representada que pudessem compensar os efeitos prejudiciais à concorrência e aos consumidores representados pelos contratos de exclusividade de vendas.

Ocorre que, a despeito da opinião exarada pela sua Procuradoria, desfavorável à celebração de um TCC, o CADE optou por deferir o pedido da Representada, promovendo negociações que culminaram com a celebração do compromisso em setembro de 2000. O Conselheiro Relator considerou o TCC como “*caminho mais recomendável*” do ponto de vista do princípio da eficiência que rege a Administração Pública, já que teria o condão de evitar uma demora excessiva na resposta ao mercado sobre as práticas investigadas, diante do tempo já decorrido desde a representação inicial (quase dois anos) e da possibilidade de

³⁶⁴ Tal conclusão alinha-se com recentes paradigmas internacionais no mercado de cigarros. Em fevereiro de 2005, a Comissão de Concorrência da África do Sul emitiu parecer nos autos da Representação promovida pela fabricante de cigarros Japan Tobacco International em face da BAT (British American Tobacco), reputando anticompetitiva a exclusividade de vendas adotada pela Representada, empresa detentora de posição dominante. No Chile, decisão semelhante foi proferida pela Suprema Corte.

a Souza Cruz recorrer ao Judiciário, questionando eventual decisão condenatória do CADE. Além disso, havia uma percepção de que a cessação espontânea da prática seria mais eficaz para restaurar a concorrência no mercado do que uma eventual intervenção do CADE em fase de execução de sua decisão.

Com a assinatura do termo, assumiu a Souza Cruz as seguintes obrigações: (i) abster-se de exigir ou celebrar acordos (verbais ou escritos) que contenham cláusula de exclusividade de vendas de cigarros com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários e, ainda, com os estabelecimentos atacadistas da rede Makro; (ii) não impedir a venda e a exposição de produtos concorrentes; (iii) não praticar qualquer ação que resulte em boicote aos estabelecimentos varejistas que desejarem adquirir marcas concorrentes de cigarros para revenda; (iv) rescindir cláusulas de exclusividade de venda de produtos nos seus contratos de *merchandising* ou de vendas com todos os estabelecimentos varejistas mencionados; e (v) informar semestralmente o CADE das providências tomadas.

Posteriormente, houve denúncias de que a empresa representada continuaria adotando algumas das práticas que se comprometeu a cessar (muitas vezes de forma velada). Em junho de 2006, o processo administrativo foi arquivado definitivamente pelo CADE, apesar de ter o Plenário reconhecido o descumprimento de algumas obrigações pela Souza Cruz. Segundo consta da decisão final exarada da Presidência do órgão, erros incorridos pelo órgão durante a fase do monitoramento do TCC impediriam que a Souza Cruz fosse multada e que o processo retomasse seu curso.

Mais recentemente, a SDE remeteu ao CADE processo que averiguava, a pedido da Cervejaria Schincariol, os efeitos concorrenciais de programa de fidelidade por parte da AMBEV, no setor de cervejas (Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10). O programa premiava estabelecimentos varejistas com base nas quantidades de cervejas e refrigerantes AMBEV por eles adquiridas. A conclusão da Secretaria foi no sentido de que o programa gerava efeitos anticompetitivos, ao incentivar que os pontos de vendas adquirissem com exclusividade produtos da AMBEV, ou seja, que se recusassem a vender produtos de concorrentes nos seus estabelecimentos. O programa foi caracterizado como exclusividade de fato, a exemplo de precedentes europeus e norte-americanos comentados no Cap. II acima.

A exclusividade de vendas e práticas correlatas, capazes de gerar exclusividade de fato, são objeto de processos em trâmite na SDE, não apenas no setor de cervejas, mas em outros setores como sorvetes. A Secretaria, no entanto, não tem privilegiado a análise desses casos, muitos dos quais, a exemplo de processos envolvendo outras modalidades de restrições verticais, já se encontram há alguns anos em fase de instrução.

V.3.2. Precedentes envolvendo a recusa de contratar horizontal

A maioria dos precedentes no Brasil em matéria de recusa de contratar horizontal refere-se a recusas adotadas por associações profissionais no setor de saúde. Talvez essa seja a área em que mais decisões judiciais tenham sido proferidas.

No âmbito administrativo, predomina o entendimento de que a proibição dirigida a médicos e outros profissionais de saúde no sentido de que, uma vez filiados a uma entidade, sejam também membros de outras associações concorrentes ou para eles prestem serviços – a denominada unimilitância – deve ser analisada segundo as circunstâncias do caso concreto e os efeitos prováveis sobre o mercado. Se uma determinada cooperativa ou entidade congrega praticamente todos os profissionais de uma mesma localidade, proibindo-os de prestar serviços a outras cooperativas ou associações, existe risco concreto de fechamento do mercado para concorrentes e a prática é vedada.

A recusa de contratar coletiva no contexto de associações profissionais no setor de saúde, desse modo, surge sempre que (i) profissionais filiados a uma determinada associação recusam-se a prestar serviços a outras entidades ou que (ii) associações de profissionais recusam-se a filiar médicos ou outros prestadores de serviços que prestem serviços a terceiros, ou descredenciem associados por esse motivo.

Embora as restrições adotadas por associações profissionais estejam entre as primeiras práticas reiteradamente condenadas pelo CADE, existe uma tendência recente no sentido de privilegiar a análise econômica, em detrimento de posturas mais formalistas adotadas no passado. Nesse sentido, nos casos que ficaram conhecidos por envolver as “Unimeds”, as autoridades vêm definindo os mercados relevantes geográficos com maior rigor – tais mercados são geralmente considerados municipais - e avaliando com detalhe o grau de fechamento gerado pela política.

No já citado relatório “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005), tais tendências são assim sintetizadas:

“As Unimed, encontradas na maioria das cidades do Brasil, são associações cooperativas de médicos que tradicionalmente impediram seus médicos associados de serem contratados por outros planos de saúde. A já tradicional política antitruste do CADE é atacar tais cláusulas onde a participação local de mercado de médicos da Unimed é alta. As decisões do CADE contra as Unimed desde o último Relatório envolveram associações nas cidades de São Paulo, Araguari, Uberlândia e Macapá. Em um caso de 2002, contra uma Unimed no Estado do Rio Grande do Sul, o CADE concluiu que as multas impostas nos casos anteriores não foram efetivas para dissuadir a imposição de cláusulas de exclusividade. O CADE então impôs uma multa de aproximadamente US\$75.000, mais que o dobro das multas anteriores” (p. 23).

Recentemente, foi encaminhado ao CADE, para julgamento, com recomendação de condenação pela SDE, o Processo Administrativo 08012.008228/2006-14, que se desenrola em face da Unimed Votuporanga/SP. O processo versa sobre a exclusão de dois médicos que teriam desrespeitado a cláusula de exclusividade na prestação de serviços imposta pela cooperativa. A SDE concluiu pela anticompetitividade da conduta após constatar que, dos 178 médicos registrados junto ao Conselho Regional de Medicina na área de Atuação da Unimed, 118 eram cooperados da Unimed Votuporanga (*“um expressivo percentual de 66%”*, segundo a SDE) e proibidos de prestar serviços a outras empresas, bem como que as barreiras à entrada no setor de saúde suplementar em municípios de baixa densidade demográfica são elevadas. Além disso, pesaram para a formação do convencimento da SDE a duração do contrato (por prazo indeterminado), a probabilidade de práticas colusivas e a pouca disponibilidade de médicos na região.

A recomendação da SDE e suas conclusões quanto aos efeitos anticompetitivos da exclusividade imposta por cooperativas e associações a prestadores de serviços de saúde foram acolhidas pelo CADE em pelo menos três outros casos recentes³⁶⁵.

Nas cortes federais, por seu turno, a questão ainda é controvertida.

³⁶⁵ Vide Processo Administrativo nº 08012.000629/2006-26, em face de Unimed de Santa Bárbara D'Oeste e Americana Cooperativa de Trabalho Médico, Processo Administrativo nº 08012.008060/2004-85, Ministério Público do Estado de Pernambuco *versus* Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Pernambuco COOPANEST/PE; e Processo Administrativo nº 08012.010712/2005-22, Agência Nacional de Saúde Suplementar *versus* Unimed de Assis - Cooperativa de Trabalho Médico.

Muitos julgados analisaram a questão com ênfase sobre seus efeitos concorrenciais, exaltando as normas contidas na Lei 8.884/94 e outros diplomas que disciplinam a atuação dos agentes econômicos no mercado, e proibindo a prática sempre que detectado risco efetivo de fechamento de mercado e prejuízos à concorrência como uma instituição³⁶⁶.

Por outro lado, diversas decisões privilegiaram os aspectos privados das relações examinadas, ao consagrar a dicotomia público *versus* privado³⁶⁷, e manifestaram entendimento no sentido de que o profissional que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procuram, sendo lícita, porém, a proibição de vinculação a outra entidade congênere. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em todas as suas decisões até o momento.

³⁶⁶ Nesse sentido, vide julgado do Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3), ao decidir ação civil pública ajuizada em face da UNIMED de Bauru, com objetivo de compeli-la a não aplicar determinação contida no seu regimento interno, impondo aos médicos cooperados o dever de exclusividade e impedindo a sua filiação a outros convênios, planos de saúde ou seguro-saúde, sob pena de exclusão da cooperativa (AC 754268 - 200103990560535/SP, Rel. Juiz Mairan Maia, Sexta Turma, DJ de 27/11/2006). Em apertada síntese, a Turma entendeu que “[p]or força da cláusula de exclusividade, dos 511 médicos inscritos no Conselho Regional de Medicina, 474 são sócios cooperados da UNIMED, num total de 90% da totalidade dos médicos da região”, sendo certo que a “conduta tipifica infração à ordem econômica, por prejudicar a livre concorrência, dominar o mercado relevante de prestação de serviços médicos, por exercer de forma abusiva posição dominante e por impedir o acesso de novas empresas no mercado”. De forma similar, em meados de 2007, o Juiz da 5.^a Vara da Justiça Federal em Brasília proferiu sentença confirmando a legalidade da decisão do CADE que impôs sanções à Unimed Rio Claro, em virtude da prática da cláusula de exclusividade entre seus médicos associados. A Unimed Rio Claro pretendia anular a decisão do CADE, sob o argumento de que a cláusula de exclusividade obedece ao princípio da fidelidade cooperativista, não estando sujeita à legislação concorrenciais. Ao julgar improcedente o pedido da Unimed, o Juiz destacou que a adoção de exclusividade por um plano de saúde com posição dominante acabaria por relegar outros planos a uma posição periférica no mercado. No Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1), a jurisprudência dominante é mais rígida e formalista, na medida em que considera a exigência de exclusividade ilegal sob a ótica da concorrência, independentemente de uma análise mais aprofundada do mercado. Nesse sentido: AMS 2000.34.00.007656-9/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ de 16/10/2003, e AMS 2000.34.00.007650-2/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 04/12/2002).

³⁶⁷ Nesse sentido, vide decisão do TRF-1, estatuinto que “a relação entre a cooperativa e o profissional que a ela se filia é regulamentada pelos seus estatutos, que contêm normas fundamentais sobre organização, direitos e deveres das partes, impostas àqueles que se filiam à cooperativa”, sendo perfeitamente “possível que a cooperativa, visando à concorrência, estipule, em seus estatutos, a exclusividade do profissional em relação a outras entidades concorrentes”. Sobre a liberdade de contratar, a decisão deixou consignado que “é matéria atinente ao interesse privado e deve ser irrestrita até o momento em que se configure o domínio de mercado, uma vez que o interesse privado não pode se sobrepor ao público. Há, portanto, que se manter as relações privadas como tal, sem ingerência externa, até que suas ações atinjam o interesse público, em violação ao princípio da livre concorrência, quando então devem ser limitadas pelo órgão competente (Lei 8.884/94, art. 20, I)” (AMS 1999.34.00.030902-1/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, DJ de 23/05/2003).

No Recurso Especial 261.155/SP, julgado em 10.03.2004 pela Segunda Seção do STJ, por exemplo, a Ministra Nancy Andrichi adotou a regra da razão e consignou que:

“Primeiro, a Unimed, em suas diversas cooperativas formadas para a prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde, compete no Brasil com rivais formidáveis em tradição, qualidade e porte financeiro; umas derivam da sua penetração no mercado do tempo em que atuam no setor; outras derivam de alianças firmadas com instituições financeiras e congêneres de porte, isso quando não representam, claramente, empresas criadas e geridas pelo próprio grupo financeiro já consolidado. Disso resulta concluir ser acirrada a competição no setor.

Segundo, a competitividade existente no mercado de serviços de plano de saúde implica reconhecer a necessidade de prestação desse serviço em âmbito nacional, porquanto coberturas meramente estaduais ou regionais são, cada vez mais e mais, insuficientes ao atendimento das necessidades do consumidor, dado que: (a) certos tratamentos médicos são oferecidos apenas nos grandes centros urbanos, e (b) a modalidade crescente das pessoas, decorrente da facilitação dos meios de transporte e da conjuntura do mercado de trabalho, torna exigível a prestação em âmbito nacional.

Terceiro, considerando que a prestação em âmbito nacional é essencial à manutenção da competitividade da prestadora de plano de saúde, deve-se concluir que a Unimed, cuja penetração de mercado está concentrada em determinados centros regionais, possui baixo grau de competitividade no setor, em especial se comparada com sociedades prestadoras de plano de saúde em âmbito nacional.

Do exposto, pode-se concluir que a cláusula da exclusividade exigida pela Unimed não caracteriza abuso de posição dominante, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, porquanto tal prática não inviabiliza a entrada de concorrentes de porte na região indicada no processo em análise (interior do Estado de São Paulo).

Ao contrário, bem aplicada a regra da razão na hipótese, deve-se concluir que a cláusula de exclusividade adotada pela Unimed mais propicia do que

restringe a competitividade no setor, porquanto aumenta a rivalidade econômica existente entre a Unimed e as prestadoras de plano de saúde de porte, em especial aquelas que atuam em todo o mercado nacional e que, por esta razão, não deixarão de ingressar a atuar de forma competitiva nos mercados regionais onde a Unimed se faz presente com maior grau de atuação”.

A decisão deixou de lado a dimensão geográfica do mercado sob a ótica da demanda, enfatizando que a concorrência se dá no âmbito nacional, e afastou as dificuldades de entrada de novos concorrentes em municípios onde a maioria, senão a totalidade dos profissionais, encontra-se comprometida com uma determinada prestadora de serviços médicos. Não abordou, ademais, possíveis prejuízos dos consumidores situados em município dominado pela Unimed, impossibilitados que estariam de adquirir planos de abrangência local de outras operadoras³⁶⁸.

Outras decisões do mesmo tribunal fundam-se no argumento de que a exclusividade coaduna-se com o cooperativismo. Em outras palavras, em sendo o cooperado sócio, não se pode exigir que concorra consigo mesmo. Temos, no entanto, que julgados que se apóiam exclusivamente em tais razões ignoram o diploma antitruste, furtando-se à mais importante discussão nessa seara, que pressupõe analisar a exclusividade à luz do princípio instrumental da liberdade de iniciativa e da garantia institucional da liberdade de concorrência e de interpretar os dispositivos constitucionais e legais que vedam o abuso do poder econômico. Tais decisões sequer permitem efetuar um balanço entre efeitos positivos e negativos da prática debatida, conforme seria esperado de uma análise antitruste fundada em pressupostos liberais³⁶⁹.

³⁶⁸ No mesmo sentido foram as decisões proferidas nos autos dos Recursos Especiais 431106/SP (relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 14.02.2005), 261.155/SP (relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03/5/2004), 126.391/SP (relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 27.09.1999), e 367.627/SP (relatado pela Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 24.06.2002).

³⁶⁹ Nesse mesmo sentido, vide decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer movida pela Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. em face da Unimed Porto Alegre Cooperativa de Trabalho Médico, que se encontra assim ementada: “o Estatuto da entidade UNIMED está em consonância com a Lei de regência das sociedades cooperativas (Lei 5.764/71), sendo a ela, neste aspecto inaplicável a Lei 9.656/98, pois que o contrato mantido não envolve relação de credenciamento entre os profissionais e a cooperativa, mas de sociedade. Traço distintivo entre a figura do contratado ou credenciado por empresa operadora de planos ou seguros de assistência à saúde. Os médicos não são empregados e nem credenciados da UNIMED, sim membros titulares da sociedade. Entre duas sociedades concorrentes, o associado de uma não pode fazer jogo anético junto à outra. A

Finalmente, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou sobre o assunto. Ou seja, ainda há muito campo para debate no que se refere às recusas de contratar concertadas decorrentes de cláusulas de exclusividade ou unimilitância adotadas por associações profissionais no Brasil, especialmente no setor de saúde.

Ainda neste setor, deixando de lado, porém, as recusas concertadas decorrentes de cláusulas de unimilitância, o CADE arquivou caso interessante envolvendo acusações de boicote de empresas seguradoras e operadoras de planos de saúde a hospitais no Rio de Janeiro. O caso é peculiar porque as acusadas, impossibilitadas de negar o boicote comprovado nos autos, defenderam-se praticamente em uníssono com base no argumento de que a prática ocorrera em resposta a um aumento concertado dos preços dos serviços médicos e hospitalares naquele estado da federação, fato também claramente demonstrado no processo. Deu-se o arquivamento em virtude de prescrição, de modo que os argumentos de mérito não foram analisados. Teria sido uma excelente ocasião, de qualquer modo, para avaliar até que ponto o CADE acataria defesa fundada em poder de barganha compensatório, em se tratando de restrição horizontal, cujos efeitos sobre o mercado e sobre os consumidores finais eram dúbios. Isso porque, se de um lado, as empresas investigadas evitaram que os preços dos seus serviços tivessem que ser corrigidos em virtude do aumento dos seus custos, de outro, podem ter contribuído para a redução na qualidade dos serviços prestados.

Ao final de 2007, o CADE teve a oportunidade de analisar argumento idêntico, em caso de recusa de compra em outro setor. Com efeito, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.002911/2001-33, instaurado em face da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e Lubrificantes - FECOMBUSTÍVEIS e do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região – RECAP, o CADE condenou boicote adotado pelos postos de combustíveis de Campinas à aceitação de cartões de crédito. A conduta, confessada pelos sindicatos investigados, foi justificada como uma reação ao que

“GOLDEN CROSS’ e a ‘UNIMED’ são duas gigantes do mesmo ramo, por isso mesmo concorrentes entre si e a concorrência é salutar à população, mas esta deve ser leal (arts. 170-IV e 173, § 4.º, Constituição Federal). A Ordem Pública manda estimular o sistema cooperativista como boa forma de associativismo, porque sem fins lucrativos (Arts. 174, § 2.º e 199, § 1.º, Constituição Federal). A livre concorrência, prevista na Constituição, importa no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com observância, no entanto, das regras que a lei estabelecer (art. 5.º, XIII, Constituição Federal)” (TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70005528237, Quinta Câmara Cível, relator Desembargador Clarindo Favretto, j. 27.02.03).

FECOMBUSTÍVEIS e RECAP entendiam como um “cartel das operadoras de cartões de crédito”. O CADE entendeu, por unanimidade, que havia posição dominante e que a conduta possuía efeitos deletérios, gerando perda de bem-estar do consumidor, que acabou privado de uma modalidade lícita de pagamento. No voto, o relator Conselheiro Luis Fernando Schuartz afastou o argumento do poder de barganha compensatório, por considerá-lo inaplicável a restrições *hardcore*, e rejeitou defesas mais ideológicas, que invocavam o princípio da liberdade de contratar e a doutrina *Noerr*, oriunda do direito norte-americano (vide Cap. III.2.2) e aplicável a boicotes não econômicos.

Na mesma indústria de combustíveis, o CADE já havia multado, em 2004, a Associação de Revendedores de Combustíveis de Brasília, por incitar acordo entre seus membros para que estes deixassem de comercializar certos tipos de diesel especialmente refinados. Trata-se, pois, de caso de recusa de vendas, além de outras acusações. Conforme consta do relatório “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005), *“a motivação para tal acordo foi uma portaria baixada pelo Departamento Nacional de Combustíveis exigindo que o diesel refinado fosse vendido pelo mesmo preço do diesel comum sempre que este não estivesse disponível em um posto de abastecimento. Os revendedores acordaram em parar de vender diesel refinado imediatamente para evitar vendê-lo pelo preço do diesel comum”*.

A recusa concertada de vendas também foi e é objeto de processos na indústria de cimento. No Procedimento Administrativo nº 10168.003455/2002-06, por exemplo, a SEAE emitiu parecer alertando para a existência de uma estratégia de fechamento de mercado, implementada por meio de uma recusa concertada, por parte das cimenteiras, de vender certos tipos de cimento usualmente adquiridos pelas concreteiras independentes, prejudicando-as ao elevar seus custos. A SDE, por seu turno, instaurou processo administrativo a partir da opinião da SEAE para investigar as condutas das cimenteiras.

Paralelamente, a SEAE e a SDE manifestaram-se desfavoravelmente ao então Projeto ABNT NBR 12655, que recentemente veio a se tornar norma da ABNT, por proibir adições minerais ao cimento, sob justificativas técnicas e de segurança (rechaçadas pelas Secretarias com base em laudos independentes), beneficiando as cimenteiras e impedindo

que cimentos mais baratos continuassem a ser adquiridos pelas concreteiras³⁷⁰. A aprovação da referida norma institucionalizou a recusa de venda de tais cimentos por parte das cimenteiras, mas não temos notícias de medidas das autoridades em face da ABNT.

No setor automobilístico, por seu turno, foi arquivada investigação em face da Anfavea, da General Motors do Brasil Ltda., da Volkswagen do Brasil Ltda., da Ford Motor Company Brasil Ltda. e da Fiat Automóveis S.A. por abuso de posição dominante envolvendo, entre outras práticas, a recusa de contratar referente à suspensão de linhas de financiamento às concessionárias (AP 08012.000487/2000-40)³⁷¹.

Entre os casos envolvendo recusas concertadas de contratar cujo julgamento foi concluído no final de 2007, merecem destaque os Processos Administrativos 08012.005669/2002-31 (Ministério Público Federal *versus* Associação Nacional das Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV e Sindicato Nacional dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Veículos e Pequenas e Micro Empresas de Transporte Rodoviário de Veículos – SINDICAM) e 08012.009088/99-48 (Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal *versus* Abbot e outros, também conhecido como “caso dos genéricos”).

No primeiro, os investigados eram acusados de duas modalidades mais amplas de práticas, na síntese do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz: condutas concertadas visando restringir a concorrência entre as empresas filiadas, de um lado, e condutas concertadas com vistas a obter o fechamento do mercado para concorrentes das empresas filiadas, de outro. Na última categoria, incluía-se a conduta, imputada à ANTV e ao SINDICAM, de

³⁷⁰ Do documento emitido pela SEAE e pela SDE consta que “na medida em que as concreteiras, especialmente as independentes, para atender as especificações requeridas por seus clientes, tenham que comprar cimentos com as adições já incorporadas, estas correm o risco de pagarem preços mais elevados do que o fariam se elas mesmas pudessem fazer as adições na fabricação do concreto. Atualmente, as concreteiras contam com a vantagem de poderem negociar o preço da escória de alto forno, cinzas volantes, dentre outras, com seus próprios fornecedores. O risco que se corre com a implantação da nova NBR 12655 é de que esta patrocine uma redução da competitividade das concreteiras por meio de elevação de seus custos. Além disso, as cimenteiras podem também ter seu poder de mercado elevado perante os fornecedores dos materiais destinados às adições, com um possível exercício de poder de mercado, em seus respectivos mercados relevantes geográficos. A julgar pela estrutura concentrada do mercado de cimento, já descrita por esta Seae em pareceres referentes a atos de concentração e condutas, pode-se presumir que a indústria cimenteira não tem incentivos para repassar adiante possíveis reduções de custos decorrentes de reduções dos preços das matérias-primas utilizadas na fabricação do cimento” (Nota Técnica Conjunta nº 07 SEAE/MF - SDE/MJ, Brasília, 31 de janeiro de 2006).

³⁷¹ Vide a respeito Thompson A. ANDRADE e Roberto Teixeira ALVES. Distribuidoras de veículos vs. montadoras: condutas anticompetitivas e relações verticais. In: César MATTOS (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 347-364.

não filiar terceiros em seus quadros. A recusa de filiação, por seu turno, teria o condão de impedir que empresas independentes prestassem serviços de transporte para as principais montadoras do país. O processo foi arquivado por falta de provas das condutas, inclusive no que se refere ao boicote. Na decisão, não foram analisados os efeitos da prática, pois o CADE, por unanimidade, entendeu que não havia evidências de que terceiros haviam pleiteado filiação aos quadros da associação e do sindicato investigados, e que, ademais, existiam provas de que empresas não-filiadas efetivamente prestavam serviços de transporte a grandes montadoras.

Na esfera judicial, porém, onde o assunto começou, a questão ainda não se encontra resolvida, mas há decisões de primeira e segunda instâncias (em sede de tutela antecipada) estabelecendo a obrigatoriedade de contratar na ação promovida pelo Ministério Público Federal em face da ANTV, do SINDICAM e da General Motors do Brasil Ltda. O comando dirige-se à General Motors do Brasil, e fixa percentuais mínimos (quotas) de serviços a serem adquiridos junto a transportadores de veículos não filiados à ANTV e ao SINDICAM (entre 10% e 15%, dependendo da planta da General Motors).

No segundo caso, diversos laboratórios farmacêuticos foram condenados por maioria no CADE, pela suposta tentativa de boicotar produtores e distribuidores de medicamentos genéricos. A conduta imputada às empresas foi depreendida a partir de um documento que teria sido lavrado em reunião entre os gerentes dos laboratórios. A SDE concluiu que os laboratórios estavam preparando um boicote que, porém, não tinham tido oportunidade e tempo hábil de implementar, tendo em vista que o processo administrativo foi iniciado poucos dias após a reunião em questão. A Secretaria sugeria a condenação por tentativa e aplicação de multa mínima, pois os efeitos da alegada conduta – o boicote em si – já teriam sido estancados mediante a prolação de uma Medida Preventiva, estabelecendo a obrigação de “não-boicotar”. No CADE, porém, os dois conselheiros e a presidente, que compuseram a maioria, defenderam que alguns atos já haviam sido praticados pela ABIFARMA, então associação que congregava os laboratórios farmacêuticos, por meio de propaganda alegadamente contrária aos medicamentos genéricos. No voto condutor, da lavra do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos, foram arroladas, ainda, razões que explicariam a racionalidade anticompetitiva da conduta. Em apertada síntese, as empresas investigadas, ainda que tivessem, em alguns casos, interesse na produção e distribuição de medicamentos genéricos, teriam o objetivo comum de barrar a comercialização dos

produtos fabricados por outras empresas, e com isso reduzir a concorrência e manter as suas margens de lucro. Assim, as empresas foram condenadas e recorreram ao Poder Judiciário, onde já tramitava uma ação civil pública com objeto idêntico ao do processo administrativo. No momento da entrega deste trabalho, liminares tinham sido concedidas para suspender a decisão condenatória.

V.3.3. A jurisprudência em matéria de recusa de contratar no Brasil é adequada aos preceitos constitucionais e legais que tratam da concorrência?

Antes de discutirmos a jurisprudência apresentada nos itens anteriores para buscar tendências (ou apontar a falta delas) e efetuar críticas, é importante fazer algumas ressalvas.

A aplicação do direito concorrencial é relativamente recente no Brasil, tendo-se intensificado a partir da edição da Lei 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia federal. As autoridades administrativas de defesa da concorrência intensificaram as suas atividades a partir de 1997-1998, conforme demonstram relatórios anuais de gestão e outros documentos públicos contendo estatísticas oficiais. Por volta do ano 2000, aumentou o número de *decisões de mérito* de casos importantes no campo das *condutas*, sendo possível apontar como marco o julgamento, em outubro de 1999, do Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48 (SDE *ex officio* versus CSN, COSIPA e USIMINAS), envolvendo acusação de cartel no setor de aços planos. Tal decisão provavelmente corresponde à primeira condenação importante do CADE, não apenas em razão do porte das Representadas, mas também em virtude da qualidade dos argumentos de acusação e defesa, caracterizando uma típica investigação antitruste. Até então, a esmagadora maioria dos casos acabava sendo arquivada por vícios processuais, falta de provas (em virtude de uma instrução deficiente, muitas vezes inexistente), ou por prescrição na esfera administrativa³⁷².

É possível afirmar, desse modo, que a atuação constante das autoridades administrativas de defesa da concorrência, tendo à frente a persecução de objetivos claros e não relacionados

³⁷² Tais problemas ainda não se encontram completamente sanados. Recentemente, a SDE remeteu diversos processos ao CADE, no setor de saúde, com decisões de arquivamento baseadas na prescrição. As decisões foram mantidas pelo CADE, por ocasião do reexame obrigatório dos casos. No entanto, são nítidos os esforços das autoridades no sentido de (i) separar acusações de natureza concorrencial (que merecem a abertura de investigações) daquelas que apenas veiculam lides privadas, e (ii) instruir e dar andamento aos processos e averiguações instaurados, e (iii) conferir solução aos casos, não apenas por meio de decisões quanto ao mérito, mas também pela via consensual. Tais esforços encontram-se refletidos não apenas no número de investigações concluídas por ano, mas também nas atividades e normas internas da SDE e do próprio CADE, estabelecendo mecanismos com vistas a agilizar os procedimentos e criar canais de cooperação, inclusive com outras autoridades.

à proteção da economia popular, tem apenas uma década de existência, ou seja, um pouco menos que a Lei 8.884/94.

Ademais, há grande rotatividade não apenas entre as autoridades com poder de decisão (os Conselheiros do CADE, por exemplo, exercem seus mandatos por no máximo quatro anos, e muitas vezes permanecem apenas por dois) como também no corpo de funcionários. Para ilustrar, apenas recentemente o CADE passou a contar com um quadro próprio de gestores concursados. Vale lembrar, ainda, que precedentes (administrativos ou judiciais) não vinculam decisões posteriores do CADE. E, ao contrário do que ocorre em outras jurisdições, no Brasil não há o costume de se editar diretrizes que, mesmo não sendo vinculativas, acabam, em última instância, sendo observadas pelo menos pelas autoridades que as promulgaram e servindo de parâmetro para os agentes econômicos.

Como resultado de tudo isso, além de não existir uma grande amostragem de decisões administrativas com base nas quais é viável identificar tendências ou orientações claras, não há grande continuidade na aplicação de políticas antitruste pelas próprias autoridades. Em outras palavras, não se pode afirmar categoricamente que o CADE e outras entidades do SBDC posicionam-se de uma ou outra maneira no que se refere aos assuntos discutidos nessa tese. Feita essa ressalva, tem-se que, ainda assim, *alguns padrões mais gerais podem ser observados nas decisões veiculadas acima e serão apontados mais adiante.*

Na esfera judicial, o cenário não é mais promissor.

A atuação tímida e recente das autoridades administrativas, a relativa juventude da Lei 8.884/94 (comparativamente à idade dos diplomas em outras jurisdições), a falta de experiência ou o desconforto de muitos advogados especializados em contendas judiciais com o direito antitruste, e a falta de confiança, de advogados e agentes econômicos, na capacidade do Poder Judiciário para solucionar tais questões ainda contribuem para que poucos casos sejam discutidos judicialmente.

Embora não seja necessário o ingresso na esfera administrativa para posterior discussão judicial de condutas sob a ótica da concorrência, existe, no nosso entendimento, uma relação positiva entre a atuação das autoridades do SBDC e a quantidade de demandas judiciais em matéria antitruste.

Por exemplo, casos de práticas horizontais, inclusive de cartéis clássicos, têm aumentado gradativamente nas cortes e juízos estaduais e federais, fenômeno que se deve, aparentemente, ao fato de que as próprias autoridades têm processado e condenado diversas empresas nos últimos anos. O aumento do rigor nas análises e das decisões condenatórias tem, de um lado, suscitado questionamentos judiciais por parte das próprias investigadas e de terceiros e, de outro, incentivado não apenas demandas buscando ressarcimento, como também o ingresso de outros agentes em juízo, em diversos setores.

Acreditamos que o mesmo ocorrerá com a recusa de contratar vertical e outras práticas dessa natureza quando as autoridades administrativas lhes dedicarem mais tempo. E, no que mais e mais decisões judiciais forem proferidas, a confiança de advogados e partes na habilidade do Poder Judiciário, assim como a própria habilidade e experiência, tendem a crescer também, aumentando, por seu turno, as demandas fundadas na lei antitruste. Desse modo, como já ocorre na Europa, as autoridades administrativas no Brasil poderão, quiçá dentro de alguns poucos anos, escolher com critério os casos aos quais pretendem se dedicar (e direcionar os seus escassos recursos), deixando para a iniciativa privada a discussão judicial dos demais. A cultura da concorrência no Brasil somente estará disseminada com a desconcentração da análise e julgamento dos processos em matéria antitruste, como já acontece nos Estados Unidos e, de certa forma, na Europa, cabendo aos tribunais superiores a tarefa de uniformizar a jurisprudência.

Hoje, porém, são proporcionalmente poucas e esparsas as decisões judiciais sobre práticas restritivas à luz da legislação de concorrência. Assim, ainda que seja possível capturar menções aos artigos 170, caput e inciso IV, e 173 §4º da Constituição Federal, ao próprio diploma antitruste em vigor e a argumentos concorrenciais em diversos julgados do Poder Judiciário, não há que se falar em tendências uniformes e coerentes.

Se limitarmos nosso exame às decisões dos tribunais superiores (STJ e STF), apenas uma modalidade de recusa de contratar, entre as diversas aqui discutidas, tem sido reiterada e consistentemente analisada e decidida pelo Poder Judiciário, qual seja, aquela pertinente às recusas concertadas envolvendo cooperativas médicas, constituindo a única hipótese em que se pode falar em “jurisprudência”.

Os diversos julgados do STJ discutindo boicotes a outras entidades de saúde por cooperativas como as Unimed e a exclusão de profissionais que se recusaram a cumprir a denominada cláusula de unimilitância (ou exclusividade) não nos permitem, no entanto, antecipar qualquer conclusão a respeito de futuros posicionamentos das cortes (e do próprio STJ) no que se refere a outras modalidades de recusa, ainda que horizontais. Vale notar que parte considerável das decisões analisadas funda-se exclusivamente na natureza das cooperativas investigadas e na legislação especial que trata das mesmas, dedicando menos atenção ao direito concorrencial.

Isso não nos impede de acompanhar com atenção certas decisões judiciais bastante arrojadas, estabelecendo a obrigatoriedade de contratar em situações controvertidas, como nos casos PQU e Belgo, e nos processos judiciais envolvendo seguradoras de automóveis.

Entre os casos originados na esfera administrativa, encontram-se *sub judice*, além daqueles envolvendo as Unimed, os processos discutindo cláusulas de exclusividade e de raio adotadas por *shopping centers*, bem como as condenações nos setores de terminais de carga no Porto de Santos e o caso dos genéricos. Em *Messer Grieshem do Brasil Ltda. versus S.A. White Martins* e *Power-tech versus MATEC*, as acusadas pagaram as multas que lhes foram aplicadas sobre os respectivos faturamentos. No caso *Microsoft/TBA*, as empresas fizeram acordo com o CADE e pagaram as suas multas com redução em juízo. Os casos que se encontram em juízo, por turno, aparentemente estão longe de uma decisão final quanto ao mérito. Alguns correm o risco de terem suas decisões anuladas em virtude de vícios processuais e cerceamento de defesa verificados durante a fase administrativa, de modo que o posicionamento do Poder Judiciário quanto às questões de fundo pode jamais vir a ser conhecido.

Voltando à seara administrativa, ao examinarmos um conjunto de precedentes das autoridades antitruste nacionais em matéria de recusa de contratar vertical, observamos que:

- (i) não há decisões de mérito dignas de nota em matéria de acesso obrigatório em mercados regulados. A questão da recusa indireta chegou a ser abordada tangencialmente no setor de telefonia, porém acabou sendo objeto de compromissos de cessação entre as empresas investigadas e a ANATEL,

posteriormente homologados pelo CADE. Já tivemos oportunidade de ressaltar em ocasião anterior os méritos da cooperação entre autoridades antitruste e regulatória, ao intervir pontualmente para coibir a recusa de contratar e, posteriormente, interagir com as autoridades regulatórias e contribuir claramente para o aperfeiçoamento da regulação específica, desejável nas situações de bens essenciais;

- (ii) até 2000, prevalece a adoção de pressupostos neoclássicos (tanto para a identificação quanto para o sancionamento do poder de mercado), havendo claro receio de limitar a liberdade dos agentes (nesse sentido, citamos o precedente *Triunfo vs. Copesul*). Os casos de arquivamento nesse período caracterizam-se por decisões pobres quanto aos motivos pelos quais as investigações não prosseguiram e ampla aceitação de justificativas comerciais para a recusa (mesmo em mercados caracterizados por infra-estruturas essenciais);
- (iii) no casos após 2000, as autoridades identificaram a existência de poder de mercado em *Amex vs. VISA*, *DirecTV vs. Globo*, *Messer vs. White Martins*, *Philip Morris vs. Souza Cruz* (cf. pareceres da SEAE, da SDE e da procuradoria do CADE, bem como voto do Relator), *Power-tech vs. Matec*, *Shopping Jardim Sul vs. Shopping Iguatemi* (e demais processos envolvendo *shopping centers*), *NeoTV vs. Globo* (cf. pareceres da SEAE e da SDE) e o caso dos terminais portuários. Para tanto, combinaram o critério da participação de mercado, barreiras à entrada, e outras circunstâncias dos casos concretos. No caso dos terminais portuários, foi nítida a preocupação com a capacidade das representadas para exercerem poder econômico por meio do aumento de preços (critério neoclássico); nos demais, outras variáveis foram mais importantes (v.g., a diversificação dos produtos ou serviços nos casos envolvendo *shopping centers*, cigarros e conteúdo televisivo);
- (iv) a Lei 8.884/94 não privilegia indevidamente a eficiência econômica ao tratar de controle de condutas em geral, e da recusa da contratar em especial, mas as autoridades antitruste nacionais às vezes o fazem. Mesmo nas hipóteses de condenação, as autoridades adotaram a premissa de que a conduta analisada não

apresentava um “balanço positivo” entre efeitos anticompetitivos e eficiências compensatórias (nesse sentido, Philip Morris *vs.* Souza Cruz, Microsoft e os casos envolvendo *shopping centers*). A exceção fica por conta de Messer *vs.* White Martins e Power-tech *vs.* Matec, onde a *ausência de justificativas objetivas* para a recusa, patente nos votos condutores, teve preferência sobre o *balanço concorrencial*, embora este também estivesse presente;

- (v) em alguns casos, as autoridades acataram a premissa de que os objetivos buscados pelos agentes econômicos ao adotar práticas restritivas podem ser inferidos a partir dos efeitos das práticas, ainda que potenciais. Se o resultado provável de uma prática for o fechamento do mercado, eventuais eficiências não são suficientes para justificar o comportamento e evitar seu sancionamento. Nesse sentido: Power-tech *vs.* Matec, Microsoft e, em certa medida, Shopping Jardim Sul *vs.* Shopping Iguatemi. Esta orientação alinha-se mais à nossa proposta (vide Conclusão) do que o tradicional balanço de efeitos;
- (vi) entre 2000 e 2007, as autoridades acolheram soluções consensuais em casos importantes (Souza Cruz, Helibrás e NeoTV *versus* Globo), mas levaram a julgamento um número maior (DirecTV *versus* Globo, Amex, Santos Brasil, Powertech *versus* Matec, Messer *versus* White Martins, Microsoft e *shoppings*). De um total de doze casos, três resultaram em compromisso de cessação, dois em arquivamento e sete em condenação. Entretanto, em pelo menos dois dos casos com Compromisso de Cessação de Prática (Globo e Souza Cruz), as reclamações sobre práticas restritivas prosseguiram após a celebração do compromisso e há dúvidas sobre a adequação e o sucesso da solução consensual naquelas hipóteses.

Finalmente, no que se refere às recusas horizontais, verifica-se um abandono de posições mais formalistas no passado, que privilegiavam aspectos poucos importantes do ponto de vista concorrencial, caminhando-se em direção a um tratamento mais racional das práticas, refletido no maior cuidado no que se refere à definição dos mercados relevantes e à análise de efeitos sobre o mercado. Algumas práticas ainda tendem a ser analisadas como restrições *hardcore* (v.g., os casos FECOMBUSTÍVEIS e Genéricos), mas espera-se que mesmo para estas as autoridades acabem abandonando a regra da ilicitude *per se*. Não

existe, a rigor, uma diferença substancial entre Amex e FECOMBUSTÍVEIS, especialmente se o foco desviar-se da distinção vertical *versus* horizontal e recair sobre os efeitos das práticas.

No último caso, particularmente, as justificativas apresentadas pela associação investigada (o fato de se tratar de um boicote por tempo limitado, como reação ao aumento das taxas cobradas pelas administradoras de cartão de crédito aos estabelecimentos filiados) foram sumariamente descartadas.

Em síntese, pode-se afirmar a respeito das recusas horizontais no Brasil que:

- (i) recusas concertadas adotadas por associações profissionais no setor de saúde têm sido reiteradamente condenadas pelo CADE. Uma vez superadas posições mais formalistas, as condenações têm-se baseado nos efeitos de fechamento de mercado gerados por tais práticas nas localidades em que são implementadas;
- (ii) as cortes analisaram diversos casos de unimilitância e suas decisões demonstram, além do apego a argumentos privatistas, que as autoridades tendem a interpretar os dispositivos constitucionais e legais em matéria de concorrência de forma excessivamente ideológica, traindo as convicções políticas dos julgadores, e evitando discussões mais técnicas, infelizmente ainda não enfrentadas;
- (iii) as recusas concertadas consideradas “boicotes clássicos” são tratadas de forma rigorosa, sendo que as autoridades, além de não considerar eficiências para fins de balanço (como geralmente o fazem para as demais modalidades de recusa), deixam de lado (a nosso ver indevidamente) as justificativas apresentadas pelos agentes econômicos (v.g., a decisão em FECOMBUSTÍVEIS).

VI – CONCLUSÃO

VI.1. Análise convergente de condutas: o mérito do sistema brasileiro

Ao adotar o sistema do abuso do poder econômico para caracterizar todos os ilícitos concorrenciais, o direito pátrio foge de algumas ciladas enfrentadas hoje nos Estados Unidos e na Europa, cujas legislações de defesa da concorrência distinguem entre ilícitos decorrentes de acordos, de um lado, e outras práticas anticompetitivas, unilaterais ou não, adotadas por empresas detentoras de poder de mercado, de outro.

Tanto nos EUA quanto na Europa, tal distinção é histórica, porém faz cada vez menos sentido do ponto de vista prático, acarretando, por outro lado, que recursos e esforços sejam despendidos em tarefas como demonstrar a existência de acordos, às vezes tácitos e de difícil aferição, ao invés de se conferir maior enfoque aos potenciais efeitos de uma determinada prática sobre o mercado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, as cortes norte-americanas procederam a complicado “malabarismo jurídico” para evitar tornar letra morta o art. 2º do *Sherman Act* em situações em que a prática objeto de investigação também se enquadrava no art. 1º, como é o caso da recusa de contratar resultante de contratos de distribuição com exclusividade. Nesse sentido, nos precedentes *United States v. Microsoft Corp* e *LePage’s Inc. v. 3M Co.*, discutidos no item II.3.2.3 da Segunda Parte, as cortes estabeleceram que acordos de exclusividade não violam o art. 1º do *Sherman Act*, a não ser que impliquem elevado patamar de fechamento de mercado. Ao mesmo tempo, patamares muito inferiores foram suficientes para que se reconhecesse a ofensa ao art. 2º da mesma lei. Desse modo, empresas dominantes como Microsoft e 3M acabaram sendo inocentadas com base no art. 1º e condenadas com base no art. 2º. É certo que a preocupação das cortes era sinalizar que acordos de exclusividade entre empresas não detentoras de poder econômico dificilmente afrontarão o diploma antitruste. Porém, é difícil compreender que uma prática que preenche os requisitos de subsunção ao art. 2º não o faça com relação ao art. 1º, onde a exigência em matéria de provas é menor.

As autoridades européias têm fugido desse tipo de distinção entre os arts. 81 e 82 do Tratado de Roma. Normalmente, acordos condenáveis com base no art. 82 também o são à luz do art. 81 (v.g., o caso *Van den Bergh Foods Ltd.*, que fez parte da chamada “guerra dos sorvetes”), embora o contrário não seja verdadeiro

Verifica-se na Europa, aliás, tentativas recentes de uniformizar a interpretação das diversas normas do Tratado de Roma, para que práticas condenáveis à luz de mais de um dispositivo legal, como ocorre com as recusas de contratar, não recebam tratamento contraditório, gerando insegurança jurídica³⁷³.

Nesse contexto, práticas até recentemente consideradas anticompetitivas pelo seu objeto, com base no art. 81 do Tratado de Roma, passam hoje por uma análise, ainda que superficial, de poder de mercado e de efeitos potenciais sobre a concorrência entre os Estados-membros da União Européia. E, embora o artigo 82 não admita o denominado balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências compensatórias como excludente de ilicitude, ainda é possível analisar as eficiências em uma etapa anterior, para distinguir comportamentos exclusionários de condutas lícitas e legítimas. Continuam existindo ilícitos *hardcore* condenados com base no art. 81, mas cada vez em menor número e com mais amplas possibilidades de defesa.

Assim, ambos os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma comportam análise de poder de mercado e permitem, em algum momento, que sejam consideradas justificativas e eficiências de uma prática (no art. 82, que fique claro, como excludente da anticompetitividade dos efeitos da conduta, e não como circunstância compensatória).

No que concerne especificamente às recusas de contratar na Europa, viu-se que práticas unilaterais, como é o caso de recusas de fabricantes no sentido de comercializar seus produtos a distribuidores engajados em importações paralelas, situação muito comum nas indústrias farmacêutica e automobilística, já foram analisadas e condenadas sob o art. 81 do Tratado de Roma, em virtude da extensiva interpretação conferida jurisprudencialmente

³⁷³ Não podemos deixar de mencionar tentativas no sentido oposto, principalmente, buscando manter a distinção entre os arts. 81 e 82 do Tratado de Roma. São nesse sentido interpretações que atribuem ao art. 82 o combate à denominada “superdominância” (nesse sentido, D. G. GOYDER, *EC Competition*, cit.), nos moldes da interpretação dada pelas cortes norte-americanas ao art. 2º do Sherman Act. De maneira geral, porém, os esforços são no sentido de compatibilizar os citados dispositivos legais, como evidencia o *Discussion Paper* da Comissão Européia.

a acordos. Da mesma forma, acordos verticais já foram objeto de questionamento e condenação à luz do art. 82. Recusas concertadas também podem ser questionadas à luz de ambos os dispositivos e devem receber tratamento uniforme.

O movimento não passou despercebido à doutrina, aos advogados e economistas especializados em direito concorrencial europeu, e aos próprios aplicadores da lei (cortes e autoridades administrativas), e não faltam propostas de unificação do conteúdo dos arts. 81 e 82 do Tratado de Roma, em reforma muito mais abrangente do que a proposta no Discussion Paper da Comissão Européia. Economistas mais entusiasmados tendem a pregar a completa eliminação do art. 81 (e das complexas nuances jurídicas que foram criadas em torno de conceitos abertos estabelecidos na referida norma), enquanto que juristas mais pragmáticos ou avessos à análise econômica propõem a eliminação do art. 82.

A tendência à adoção da regra da razão ou mecanismos semelhantes também é muito clara na jurisprudência européia e na norte-americana.

Se aceitarmos, desde logo, como fato a flexibilização do tratamento outorgado às restrições relativas a importações paralelas na Europa, todas as recusas verticais são analisadas segundo tais critérios, nos Estados Unidos e naquela jurisdição, tanto sob os artigos que tratam de acordos (art. 1º do Sherman Act e art. 81 do Tratado), quanto sob aqueles que tratam de monopolização ou abuso de posição dominante (Art. 2º do Sherman Act e 82 do Tratado de Roma). As recusas concertadas que ainda são consideradas ilícitos *per se* nos EUA ou de objeto anticompetitivo na Europa vêm-se tornando mais raras. Na Europa, alguns tipos de boicotes, quando detectados, ensejam exaustiva avaliação à luz do art. 81, §3. Nos Estados Unidos, apenas os boicotes clássicos ainda são ilícitos *per se*.

No Brasil, vale repisar mais uma vez, todas as práticas exigem como requisito a existência de poder econômico e não existe, em princípio, a preocupação de se demonstrar o preenchimento de critérios formalistas como a caracterização de um acordo ou o enquadramento de uma prática como horizontal ou vertical. Tal circunstância encontra-se destacada no relatório “Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” (BID, OCDE, 2005):

“A prática analítica de se dividir as condutas anticoncorrenciais em cinco categorias (acordos horizontais per se e não per se, acordos verticais per se e não per se e conduta unilateral envolvendo monopólio ou abuso de posição dominante) não é empregada no Brasil. Como observado, a distinção per se/não per se não aparece porque o CADE requer que haja poder de mercado para que haja infração. Além do mais, acordos verticais são efetivamente eliminados como classe porque o CADE não faz distinção (como na lei antitruste americana) entre o grau ordinário de poder de mercado necessário para enquadrar violações verticais envolvendo empresas não-dominantes, e o aumento de poder necessário para enquadrar um abuso monopolista” (pp. 20-21).

Assim, no que tange especificamente às práticas que ensejam obrigatoriedade de contratar fundada na legislação concorrencial, nada impede que tenham tratamento uniforme e coerente em território nacional, independentemente de resultarem de acordo ou serem unilaterais, e de serem caracterizadas como horizontais e verticais. Basta que haja poder econômico (cuja identificação já foi discutida no item I.5.3 da Primeira Parte) e que haja suscetibilidade de efeitos prejudiciais à ordem econômica (vide itens I.5.4 e I.5.5 da Primeira Parte, e item II.2 da Segunda). O mérito do sistema brasileiro é justamente esse, possibilitar a convergência.

Discutiremos, a seguir, se tal uniformização é viável e de que forma deve ocorrer.

VI.2. Proposta de tratamento sistemático para as recusas de contratar no direito concorrencial brasileiro

Conforme exposto no Cap. I.5 da Parte I e reforçado no item VI.1 retro, a análise da recusa de contratar (assim como de quaisquer outras práticas) à luz da Lei 8.884/94 e do art. 173, §4º, da Constituição Federal Brasileira, pressupõe a existência de poder econômico.

Esse poder não se confunde com a limitada acepção neoclássica de poder de mercado (que equivale à capacidade de elevar preços), mas abrange diversas outras facetas, entre as quais citamos a capacidade de controlar o nível de inovação da indústria, a capacidade de atuar independente de clientes, fornecedores e da reação de concorrentes e a capacidade de coordenação (no caso dos oligopólios).

Os agentes detentores de poder econômico, justamente por usufruírem tal *status*, têm sua liberdade de iniciativa limitada em grau superior àquele relativo aos demais agentes, o que equivale, no Brasil, à mesma idéia de “responsabilidade especial da empresa com poder econômico” do sistema europeu e, em certa medida, de interpretações menos liberais do art. 2º do Sherman Act norte-americano (v.g., SHIEBER).

A referência à Europa e aos Estados Unidos, porém, não pode resultar na necessidade, em nosso país, de que os agentes detenham participações de mercado elevadas a ponto de caracterizar a chamada “super-dominância” (que corresponde a participações de mercado no mínimo superiores a 50%), na Europa, ou “monopolização” na sua acepção mais liberal, nos Estados Unidos.

Não devemos olvidar que nessas jurisdições condutas de empresas sem elevada participação de mercado são coibidas e sancionadas pelos artigos 81 do Tratado de Roma e 1º do Sherman Act, respectivamente, caso não possam ser caracterizadas como dominância ou monopolização, enquanto que no Brasil não existe essa alternativa. Desse modo, o legislador brasileiro acertou ao estabelecer o patamar de 20% de participação de mercado para a presunção relativa de dominância em território nacional, acrescentando que esse percentual deve ser adequado (para mais ou para menos) conforme as características do setor.

Mas não basta que a recusa de contratar seja adotada por agentes com poder econômico para que se justifique o sancionamento da conduta. Há necessidade de se caracterizar o abuso.

Para tanto, não cabe a realização de um balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências associadas à recusa de contratar no caso concreto, com base em contas aritméticas e gráficos (os famosos “triângulos e retângulos” dos modelos econômicos). Impõe-se, ao revés, a adoção de um juízo ético-valorativo para orientar a análise dos processos em matéria concorrencial, conforme já exposto no item I.5.4 da Primeira Parte.

A lei distingue entre a dominação de mercado que resulta de maior eficiência daquela que decorre de condutas anticompetitivas, ainda que o agente, posteriormente, passe a atuar de forma mais eficiente. Assim, a eficiência deve ser causa da posição ostentada pelo agente, e não consequência. Até porque a eficiência nada mais é do que uma forma de alocação dos recursos (v.g., os recursos estão alocados de forma mais eficiente porque o agente reduziu custos de produção), podendo resultar tanto da própria prática adotada (por exemplo, da forma com que foi organizada a distribuição), como da eliminação da concorrência ou da aquisição de poder econômico (estando apenas indiretamente relacionada à prática).

Assim, a mera obtenção de eficiência econômica não é (e não pode ser) *justificativa suficiente* para a adoção de comportamentos restritivos por parte de empresas dominantes. Nessa hipótese, os fins não justificam os meios, afastando-se qualquer exegese utilitária, que, definitivamente, não foi acolhida pelo art. 20 da Lei 8.884/94, ao contrário, aliás, do que ocorre com o artigo 54 do mesmo diploma ao tratar do controle de concentrações, que admite de forma limitada o chamado balanço concorrencial³⁷⁴⁻³⁷⁵.

³⁷⁴ A disparidade de tratamentos outorgados às condutas e aos atos de concentração não é, de forma alguma, incoerente. O controle de fusões é geralmente prévio à realização dessas, e as autoridades efetuam uma análise perspectiva sobre os efeitos decorrentes da operação em exame. Faz sentido, desse modo, avaliar efeitos negativos e eficiências, daí obtendo um saldo que orientará a decisão final sobre a aprovação ou não do ato. Já o controle de condutas ocorre *a posteriori*, de modo que as autoridades analisam retrospectivamente os efeitos sobre o mercado (ou examinam-nos no momento em que estão ocorrendo). Se os efeitos forem anticompetitivos, a existência de eficiências é irrelevante para fins de exclusão da ilicitude da prática.

³⁷⁵ A respeito dos limites da análise de eficiências em sede de atos de concentração, vide Luis Fernando SCHUARTZ. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. *RDA*, v. 245, maio/ago. 2007.

Ao introduzir os Anexos I e II, que tratam, respectivamente, da definição e classificação das práticas restritivas e dos critérios básicos para a sua análise, a Resolução 20/99, cujos anexos subsistem, nos termos do Novo Regimento Interno do CADE, alinha-se com um pensamento excessivamente liberal, dispondo que, ao se analisar uma prática sob a ótica concorrencial (arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94), “*é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.*” Ou seja, conforme consta do Anexo II, “*de acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios*”.

Trata-se de dispositivos ilegais, na medida em que tornam o art. 20 excessivamente condescendente com práticas restritivas³⁷⁶, ao adotar a interpretação neoclássica da regra da razão (tal como formulada em *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* e que predomina, hoje, nos EUA). Tal como já mencionado, a eficiência deve ser levada em conta como *excludente* da dominação de mercados e não como justificativa para práticas restritivas. A conquista de mercado resultante de *processo natural*, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus concorrentes, não caracteriza dominação de mercado; *a contrario sensu*, a conquista de mercado que não resulta de maior eficiência do agente, mas de *práticas artificiais e restritivas* configura infração à ordem econômica.

Se a eficiência – ou, mais precisamente, o saldo líquido alegadamente positivo de uma prática – não pode ser o critério a orientar a caracterização ou não do abuso do poder econômico, há que se buscar outros valores, ou seja, um paradigma adequado de conduta.

Temos que a caracterização ou não do *abuso* do poder econômico encontra-se estreitamente relacionada às *justificativas admissíveis para certas práticas*. Algumas justificativas são perfeitamente aceitáveis em se tratando de agentes econômicos não detentores de poder. Já aqueles que o detêm precisarão de mais para justificar as suas

³⁷⁶ Tal circunstância não foi vislumbrada quando de nossa dissertação de Mestrado, que discutia a fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição (Fixação, cit.). Naquele trabalho, aceitávamos, sem questionamento, a proposta da Resolução 20/99 do CADE.

práticas, se estas tiverem o condão de gerar efeitos anticompetitivos. Essa idéia encontra paralelo no direito europeu, mais precisamente no art. 82 do Tratado de Roma, que introduz o conceito de *conduta objetivamente justificável* (vide item II.3.13 da Segunda Parte). No Brasil, essa concepção advém diretamente do art. 173, §4º, da Constituição Federal.

Com efeito, se todas as condutas restritivas adotadas por agentes com poder econômico fossem ilícitas, a noção de abuso restaria completamente esvaziada. Imagine-se, por exemplo, que, em virtude de graves problemas técnicos em uma de suas plantas produtivas, uma empresa monopolista não seja capaz de honrar suas obrigações, deixando desabastecidos clientes no mercado a jusante. A recusa de contratar, nessa hipótese, não pode configurar infração concorrencial, pois não existe abuso. Há, portanto, que se perquirir sempre as razões para o comportamento adotado pelo agente.

Pela ótica exclusivamente privada, a racionalidade da recusa de contratar abrange diversas justificativas, entre as quais destacamos a inadimplência e outras desavenças comerciais, a limitação de capacidade produtiva ou o comprometimento da produção, a incompatibilidade e outras justificativas de caráter técnico ou logístico, a padronização e a segurança de produtos e serviços (v.g., normas que impeçam a comercialização de determinados produtos ou que os tornem menos competitivos), o controle de atividades profissionais (como nos exemplos envolvendo advogados e atletas – vide item III.2.1 retro), alterações de estratégia empresarial e políticas de distribuição e comercialização (v.g., sistemas de distribuição exclusiva ou seletiva).

A análise de justificativas, por outro lado, não pode sobrepujar o exame dos *efeitos* (ainda que potenciais), ou seja, a potencialidade lesiva da recusa de contratar sobre o mercado. Ainda que a recusa possa ser explicada com base em uma política de distribuição exclusiva, por exemplo, há que se verificar se tal política não constitui ela mesma um ilícito concorrencial. Quanto mais graves forem os efeitos associados a uma prática, mais cuidadosa deve ser a análise de justificativas. Precedentes nacionais e internacionais evidenciam que justificativas técnicas aparentemente razoáveis podem esconder políticas comerciais com objetivo e efeitos potenciais de impedir ou eliminar a concorrência.

De maneira geral, se o agente econômico investigado tem dificuldades de demonstrar as razões de uma prática comercial, recorrendo, para tanto, a pareceres e consultorias *a posteriori*, contratados exclusivamente para fins de defesa administrativa ou em juízo, as suas justificativas devem ser tomadas com cautela. Justificativas construídas posteriormente, contemplando explicações que os próprios executivos não são capazes de fornecer, ou que os documentos da empresa não estão aptos a demonstrar, deveriam ser consideradas inócuas para fins de uma investigação antitruste.

As justificativas para a recusa, ademais, devem guardar estreita relação com os efeitos potenciais da prática. Isso significa observar a *proporcionalidade* entre objetivos perseguidos e meios adotados para a sua consecução. Já tivemos a oportunidade de afirmar que empresas monopolistas devem sempre buscar os meios menos restritivos para atingir os seus objetivos, ainda que legítimos.

Na verdade, quaisquer justificativas devem passar pelo crivo da verossimilhança e da razoabilidade, e levar em conta a *legitimidade social* dos objetivos perseguidos pelo agente, paradigmas de comportamento social vigentes à época (e o eventual objetivo de *mudar* esses paradigmas por meio do direito concorrencial) e, como mencionado, a proporcionalidade – deixando de lado, no entanto, a perniciosa idéia de que se deve evitar uma intervenção no mercado ou no contrato privado a todo custo, como sói ocorrer em certas decisões administrativas e judiciais.

A intervenção estatal, quando cabível, atua tanto no sentido de resguardar o sistema de mercado quanto de forma a orientá-lo para a concretização da justiça social. E, consoante já explicitado no Cap. 1.6 retro, o direito concorrencial é justamente uma forma de realizar a função social da empresa e do contrato.

A análise antitruste da recusa de contratar pode assumir contornos bastante complexos, especialmente porque a adequada avaliação de justificativas e efeitos pode ser intrincada. Quanto ao último aspecto, vale observar que as mesmas restrições podem, em alguns casos, reduzir a concorrência e elevar as barreiras à entrada e, em outros, gerar efeitos completamente opostos. A doutrina e a jurisprudência analisadas deixam isso muito claro.

No campo das restrições verticais, por exemplo, identificamos algumas contribuições que a teoria da Organização Industrial pode trazer para a compreensão do comportamento dos agentes econômicos detentores de poder e seus efeitos em se tratando da recusa de contratar.

De um lado, a referida teoria aponta como potenciais efeitos anticompetitivos relacionados à prática a eliminação de concorrentes efetivos (impedindo o acesso a fontes de matéria-prima ou aos canais de distribuição) ou a elevação de seus custos (elevação dos custos dos rivais), e a criação ou elevação artificial das barreiras à entrada de potenciais concorrentes (elevação dos custos para entrada no mercado).

De outro, tomando como pressuposto o funcionamento imperfeito dos mercados, a teoria da Organização Industrial admite que a recusa de contratar esteja direcionada à solução legítima de problemas como concorrência predatória entre distribuidores, adoção de condutas oportunistas (*free-riding*) por parte de distribuidores e fornecedores, necessidade de economias de escala na distribuição, concorrência predatória entre fabricantes, etc.

O mesmo vale para as recusas horizontais, que às vezes servem para manter a estabilidade de cartéis, mas também podem ter justificativas legítimas, como disciplinar a atuação de atletas e profissionais liberais.

As nossas críticas à teoria da Organização Industrial referem-se, basicamente, à adoção da concepção neoclássica de poder de mercado, e à eleição da eficiência alocativa como critério básico para a caracterização do ilícito, inadmissível no direito brasileiro.

Assim, se substituirmos a análise de poder de mercado proposta pelos neoclássicos (limitada aos preços) por uma investigação mais abrangente sobre as formas de manifestação do poder econômico, nos moldes assinalados há tempos pela jurisprudência das cortes européias (o que não significa excluir totalmente parâmetros como a participação de mercado e a capacidade de elevar preços, mas simplesmente analisá-los conjuntamente com outros) e excluirmos a possibilidade de um balanço *a posteriori* entre prejuízos concorrenciais e eficiências, é possível adotar muitos dos argumentos explorados nos escritos de Organização Industrial para avaliar a recusa de contratar vertical.

O que não se pode perder de vista é que a teoria econômica em geral, aí incluída a teoria da Organização Industrial, procura explicar o comportamento dos agentes, mas não é exata ou infalível. A principal diferença relativamente ao Direito, ademais, é que este, ao prescrever ou sancionar práticas, busca confirmar ou modificar paradigmas de comportamento, ainda que ineficientes, irracionais ou antieconômicos. O Direito, já afirmou Calixto SALOMÃO FILHO³⁷⁷, tem potencial para modificar a sociedade e para induzir padrões de comportamento que nem sempre são aqueles a que os agentes econômicos querem obedecer.

Uma proposta abrangente para a análise de todas as recusas de contratar (horizontais e verticais) deve, a nosso ver, contemplar as seguintes etapas: *(i)* caracterização da recusa e avaliação preliminar das justificativas para tanto; *(ii)* identificação do(s) mercado(s) relevante(s); *(iii)* identificação do exercício de poder de mercado (levando em consideração, inclusive, a estrutura do mercado como um todo, e não apenas o porte ou situação agente investigado, barreiras à entrada e rivalidade, conforme esperado de uma análise antitruste tradicional); e *(iv)* análise aprofundada dos efeitos e justificativas para a recusa no caso concreto.

A primeira etapa permite a realização de uma triagem inicial, afastando-se desde logo casos mais óbvios, que claramente escapam ao escopo da legislação antitruste (v.g., problemas evidentes de inadimplemento). Em havendo dúvidas, no entanto, a análise deve prosseguir. Cabe observar que a caracterização da recusa pode ser complexa nas situações em que é indireta.

A segunda e a terceira etapas permitem verificar se o agente investigado é suscetível de responsabilização com base na lei de defesa da concorrência. Se não houver poder econômico, as investigações não devem ter seguimento.

A quarta etapa corresponde à análise dos efeitos da conduta propriamente ditos. Se os efeitos (ainda que potenciais) forem anticompetitivos, e não justificáveis com base em uma explicação verossímil e proporcional (ou seja, não cabe qualquer explicação comercial para afastar a ilicitude da recusa, como preconizava a jurisprudência mais antiga do CADE), a conduta deve ser condenada. Não deve haver espaço, como já mencionado, para um

³⁷⁷ Direito como instrumento, cit.

balanço entre efeitos potenciais e eficiências, por todas as razões já expostas, e porque essas dificilmente são repartidas com os usuários finais na presença de poder econômico e de práticas restritivas. A presença de concorrência é a única forma de garantir que usuários finais se apropriem de eficiências, qualquer que seja a sua natureza.

Essa etapa pode ser fracionada em duas. Se não houver suscetibilidade de efeitos anticompetitivos, a investigação acaba. Se houver, volta-se às justificativas, porém estas devem ser encaradas com rigor. Tal como já mencionado acima, a idéia de *abuso* refere-se justamente à impossibilidade ou descabimento das justificativas apresentadas.

Note-se que propositadamente não se efetuou distinção entre recusas horizontais e verticais. Isso decorre do fato de não se vislumbrarem razões para tratamento diferenciado, mesmo no que diz respeito aos boicotes conhecidos como “clássicos” (e que não passam de recusas de contratar concertadas associadas a acordos *hardcore* entre concorrentes). Tais práticas somente serão ilícitas na presença de poder econômico dos seus participantes (em conjunto) e se puderem resultar efeitos potencialmente lesivos ao mercado. A única diferença no que se refere a todos os demais casos de recusa diz respeito à maior facilidade de se demonstrar a potencialidade lesiva (já que tais práticas têm a si historicamente atribuídos efeitos negativos) e às dificuldades de se apresentar justificativas razoáveis e verossímeis, que tenham condições de ser pelo menos investigadas.

É preciso escapar da tentação – geralmente experimentada por advogados mais pragmáticos – de criar parâmetros muito rígidos e definitivos, os chamados “testes” de licitude ou ilicitude, pois isso tende a engessar e prejudicar a análise dos casos concretos, fundada, em última instância, no princípio do livre convencimento do julgador. Explicações que em determinadas circunstâncias se afiguram plausíveis para justificar a recusa de contratar, em outras situações denotam-se forçadas ou inverossímeis. Por outro lado, as análises não se podem estender por tempo indeterminado ou perder-se em discussões e cálculos econômicos complexos (“guerras de pareceres”, como muitas vezes acontece), impossíveis de verificação prática, pois há um momento em que deixam de resultar úteis.

Feitas as necessárias ressalvas, considerando todas as situações de recusa analisadas nos capítulos anteriores, inclusive nos diversos casos concretos narrados, identificamos alguns aspectos adicionais que podem auxiliar as investigações.

Começando pela natureza do bem ou serviço, acreditamos que, *tratando-se de bens de utilidade pública*, cuja definição foi apresentada em IV.1 acima e discutida em diversos precedentes europeus e norte-americanos (vide itens IV.2 e IV.3), *a recusa de contratar envolvendo agentes econômicos concorrentes deve gozar de uma presunção relativa de ilicitude*.

Os setores caracterizados por bens de utilidade pública (ou essenciais) são geralmente objeto de regulação em sentido estrito, estando a concorrência entre os objetivos perseguidos pelas normas regulatórias. Na verdade, é mesmo recomendável que seja assim, pois a aplicação do direito antitruste, pelas razões expostas no item IV.4, é inferior à adoção de regulação específica nesses mercados. Isso não significa que não possam surgir problemas concorrenciais, conforme apontado no Cap. IV.6. Se esses problemas aparecerem (em virtude de falta de regulação específica ou lacunas da mesma), eles devem ser endereçados pelas autoridades concorrenciais, até porque a recusa de contratar nessas hipóteses tem *grande probabilidade* de gerar efeitos negativos sobre o mercado.

A presunção relativa de ilicitude proposta não implica modificar a análise antitruste, mas inverter o ônus da prova no que se refere à potencialidade de efeitos concorrenciais negativos.

O agente econômico que se recusa (direta ou indiretamente) a fornecer acesso a um bem ou serviço essencial a uma empresa que com ele concorre em algum mercado relevante deve ter o ônus de demonstrar que tal prática não afronta a legislação concorrencial, por não carregar, no caso concreto, potencialidade lesiva. Ou seja, uma vez identificado o poder econômico e demonstrada a essencialidade do bem, incumbe ao agente investigado a prova de que efeitos negativos não são suscetíveis de se verificar no caso concreto. Foi o que ocorreu, por exemplo, em Oscar Bronner (Europa) e no caso DirecTV vs. Globo (Brasil). Nas demais hipóteses, é a autoridade (ou a parte contrária) quem deve demonstrar a potencialidade lesiva.

No que tange às justificativas objetivas, não existe inversão, pois a empresa investigada será sempre responsável por apresentá-las, comprová-las e demonstrar que são proporcionais e aceitáveis na espécie, independentemente da natureza do bem em questão.

Por outro lado, há que se ter cuidado com a indevida ampliação da idéia de bens ou serviços de utilidade pública. A própria doutrina da infra-estrutura essencial na Europa assumiu conotação mais abrangente do que nos Estados Unidos (vide item IV.3) - e excessiva para alguns³⁷⁸. No Brasil, o conceito já foi utilizado de forma bastante controvertida na tentativa de caracterizar bens como conteúdo televisivo. Justamente porque a recusa de contratar relativamente a bens de utilidade pública deve gozar de uma presunção relativa quanto aos seus efeitos anticompetitivos, não cabe alargar sobremaneira o conceito de tais bens.

O exemplo europeu, devido à proximidade entre a legislação brasileira e o art. 82 do Tratado de Roma, bem como à forma criteriosa com que a jurisprudência européia trata dos bens e infra-estruturas essenciais, deveria ser estudado e compreendido, pois tem a contribuir para o direito brasileiro. Isso não significa justapor doutrinas alienígenas à realidade brasileira e aos casos concretos levados às autoridades administrativas e judiciais em nosso país (possibilidade que afastamos e criticamos no Cap. IV.4), mas aproveitar os benefícios proporcionados por um estudo sério do direito comparado.

Ainda no que se refere aos bens essenciais, acreditamos que não deve haver distinção com base na sua tangibilidade. Em outras palavras, insumos como informações e direitos de propriedade intelectual, assim como bens tangíveis, podem ser de utilidade pública. Nos casos *Kodak II* (EUA), *IMS* (Europa) e *Microsoft* (EUA e Europa), por exemplo, direitos de propriedade intelectual foram considerados essenciais para a concorrência em mercados correlatos e para o desenvolvimento de novos produtos de interesse geral.

Ao tratar do direito europeu, HATZOPOULOS propõe, ainda, que sejam efetuadas as seguintes questões adicionais para permear a análise sobre o acesso obrigatório a um bem ou infra-estrutura essencial: (i) a facilidade foi construída com recursos privados? (ii) a facilidade é essencial devido a esforços do proprietário?

³⁷⁸ Vide Richard WHISH. *Competition law*, cit., p. 670. Não concordamos, porém, que na Europa isso esteja acontecendo.

Tais questões referem-se às justificativas passíveis de ser acolhidas em situações de recusa. O autor aparentemente entende que bens construídos com recursos próprios e que resultaram de uma invenção do proprietário merecem maior proteção. Estabelecer a obrigatoriedade de contratar em tais hipóteses seria uma forma de coibir investimentos, inclusive em pesquisa e desenvolvimento, deixando-se de premiar a criatividade. Nesse sentido, ELHAUGE defende a legitimidade da recusa, a não ser que haja discriminação, ou seja, que o proprietário permita o acesso a uns, mas não a outros. A discriminação seria irracional e indicaria objetivo anticompetitivo, enquanto que a recusa ampla e irrestrita não. O autor sintetiza bem seu raciocínio quando aduz que devem ser coibidas práticas que reduzam a eficiência dos rivais, pouco importando se aumentarão ou não a eficiência do próprio agente.

O argumento de HATZOPOULOS é tentador, apesar de fundar-se em razões que decorrem da ideologia liberal. Em um sistema de livre mercado, há que se premiar esforços inovadores, permitindo-se que alguém goze, ainda que temporariamente, de um monopólio sobre um bem ou bens tangíveis e intangíveis. Para muitos, a concorrência é isso mesmo, SCHUMPETER sendo o maior expoente dessa corrente. Tal raciocínio autorizaria uma política mais condescendente com relação à recusa de contratar envolvendo certos insumos essenciais, especialmente aqueles de natureza intangível. Não foram suficientes, porém, para absolver a *Microsoft* nos Estados Unidos e na Europa.

Embora não possamos afastar completamente a utilidade das perguntas arroladas pelo autor europeu, pois em alguns casos as respostas podem ser determinantes para o desfecho do caso, entendemos que não devem pautar de forma absoluta a etapa da análise antitruste que diz respeito aos efeitos anticompetitivos. As perguntas sobre a origem dos recursos e sobre os motivos associados à essencialidade de um bem ou serviço referem-se a justificativas suscetíveis de manter uma recusa, e já expusemos nosso entendimento no sentido de que tais justificativas, na presença de poder econômico e efeitos anticompetitivos, devem ser muito bem analisadas e proporcionalmente sopesadas.

No caso *Oscar Bronner*, por exemplo (vide Cap. IV.3), foi mais importante para a formação do convencimento da Corte Européia o fato de que a rede de entrega a domicílio da Mediaprint não era essencial para que a denunciante concorresse no mercado de jornais

diários do que a constatação de que tal rede havia sido desenvolvida com recursos exclusivos da empresa dominante investigada. O último aspecto foi levado em conta, mas não parece ter sido o diferencial desse caso para *IMS* ou *Microsoft*.

Não basta, dessa forma, que o agente invoque direitos de propriedade e o princípio da liberdade de contratar. Porém, a recusa pode estar fundada em investimentos, e na necessidade de exploração exclusiva de um bem por um período limitado de tempo, de modo a amortizá-los e compensá-los. Nesse contexto, ELHAUGE tem razão ao apontar que não faz sentido compartilhar o bem com algumas empresas independentes e não com outras, a não ser que a empreitada tenha sido conjunta (v.g., uma *joint-venture*). A *Microsoft*, por exemplo, licenciava seus produtos a terceiros, de modo que, quando se recusou a disponibilizá-los a algumas empresas, suas concorrentes mais próximas ou mais “ameaçadoras”, a *justificativa para a recusa* não pôde ser aceita. No caso da *IMS*, foi determinante o fato de os softwares terem sido desenvolvidos com a reiterada colaboração da indústria farmacêutica (ou seja, os esforços e investimentos não eram exclusivamente da *IMS* e fazia sentido determinar o seu compartilhamento).

Há situações em que mesmo que os investimentos tenham sido efetuados exclusivamente por uma empresa, a utilidade pública do bem (uma ferrovia, por exemplo) é tal que o acesso por concorrentes torna-se obrigatório, o que não significa que não ocorrerá mediante adequada remuneração. Tais hipóteses são aquelas em que geralmente haverá regulação, mas as autoridades de defesa da concorrência devem estar preparadas para intervir se necessário for. O mesmo se aplica a uma tecnologia ou a normas de certificação que, pelos esforços dos seus proprietários, tenham adquirido papel fundamental para a atuação em uma determinada indústria.

Em suma, a origem dos investimentos ou recursos e o fato de um bem essencial ter assim se tornado mediante esforços criativos do proprietário não podem, por si sós, justificar a recusa de contratar. Tais argumentos podem constituir boas justificativas em certos casos, mas não devem invariavelmente ser considerados aptos a suplantarem a importância dos efeitos anticompetitivos, analisada caso a caso, e a responsabilidade especial que se atribui ao detentor de poder econômico.

Passando aos setores não caracterizados por bens essenciais, sempre que uma recusa de contratar, horizontal ou vertical, tiver o condão de privar concorrentes de bens (insumos ou canais de distribuição) desse tipo, a pergunta esperada no terreno dos efeitos diz respeito ao grau de fechamento do mercado (ou de elevação dos custos dos rivais, casos estes, muito embora tenham condições de permanecer no mercado, para tanto incorram em custos muitos superiores), que deve ser demonstrado pela acusação. Não existe um número mágico, devem ser levados em conta aspectos quantitativos e qualitativos. A experiência européia aponta, ainda, para a importância dos efeitos cumulativos, mas uma empresa sem posição dominante não pode ser penalizada pela preexistência de práticas restritivas no mercado, se as suas condutas não tiverem o condão de contribuir para o cenário encontrado.

No que tange às justificativas, como já antecipado, devem ser analisadas caso a caso, em sua razoabilidade e verossimilhança, assim como ocorre em mercados de bens essenciais.

Para ilustrar, tratando-se da distribuição de produtos, justificativas razoáveis para contratos de compra exclusiva (e conseqüente recusa dos distribuidores carregarem produtos concorrentes) referem-se à complexidade dos bens (que pode explicar a necessidade de especialização dos distribuidores nos mesmos) ou à necessidade de o fabricante efetuar investimentos substanciais na distribuição, que não devem ser apropriados por concorrentes ou distribuidores que não investiram. Em assim sendo, geralmente haverá um número razoável de distribuidores, mas não um excesso de lojas. O excesso de lojas indica a tentativa do fornecedor de tomar totalmente uma região para si, impedir o acesso de concorrentes (atuais ou potenciais) ao mercado ou elevar seus custos, e não apenas segurar os investimentos. Em suma, a exclusividade de compra voltada para incentivar investimentos e evitar o *free-riding* geralmente é necessária quando se trata de produtos mais complexos, e não no que tange a produtos perecíveis³⁷⁹. Causa estranheza, desse modo, a exclusividade de compra pactuada com estabelecimentos revendedores de sorvetes, bebidas e cigarros, que são no mais das vezes multimarcas. Por seu turno, a prática é mais facilmente justificável no setor automobilístico.

³⁷⁹ Nesse sentido, vide DOBSON e WATERSON (*Vertical restraints*, cit.) e GOLDBAUM (*Restrições verticais*, cit.)

Nos ajustes de venda ou distribuição exclusiva, o fornecedor não abastece todos os pontos de vendas, apenas alguns, de acordo com sua política. A prática usualmente se relaciona com a proteção da marca do fabricante ou com a necessidade de prestação de serviços pré e pós-venda. São situações em que geralmente importa quem é o distribuidor. Muito embora os problemas decorrentes de ajustes de distribuição exclusiva encontrem-se limitados em grande parte a disputas entre diferentes elos da cadeia produtiva, não afetando consumidores finais, há situações em que estes podem ser prejudicados, como mostra o caso envolvendo a Microsoft e a TBA no Brasil. Ali a nomeação de um distribuidor exclusivo tinha o condão de elevar o preço dos produtos finais, segundo apurado pelas autoridades, sendo inferior sob a ótica concorrencial à comercialização direta dos produtos pela própria Microsoft.

De maneira geral, nossa proposta para análises antitruste envolvendo sistemas de distribuição com algum tipo de exclusividade é de que sejam abandonadas posturas condescendentes e ideológicas, fundadas em interpretações equivocadas dos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência, dirigindo-se o foco aos efeitos (atuais ou potenciais) causados por práticas restritivas adotadas por empresas dominantes. Isso significa, do ponto de vista prático, que se o agente com poder econômico escolheu a forma mais onerosa do ponto de vista concorrencial para implementar o contrato e atingir objetivos comerciais legítimos, as autoridades podem e devem intervir para corrigir o problema. Ou seja, *o agente com poder econômico não tem discricionariedade para escolher a forma concorrencialmente mais onerosa para a sua distribuição, pois isso caracteriza abuso, vedado pela legislação.*

A última pergunta que identificamos como pertinente diz respeito à distinção entre as relações contratuais contínuas e descontínuas³⁸⁰ e suas consequências (se alguma) para a análise das justificativas para a recusa de contratar.

³⁸⁰ Na década de 1960, Ian MACNEIL, inspirado em alguns trabalhos prévios de MACAULAY, desenvolveu a importante abordagem relacional dos contratos (em contraposição à abordagem tradicional ou “discreta”). O enfoque relacional propõe analisar o contrato não mais como um ajuste pontual, bilateral e sinalagmático entre as partes, e sim levando em consideração um contexto muito mais amplo: o ambiente em que as transações se desenvolvem, o histórico das relações entre as partes e suas expectativas, o contexto econômico. Em outras palavras, o contrato deixa de ser visto meramente como fruto de um encontro entre oferta e demanda no mercado, e passa a ser visto como relação. Segundo MACNEIL, a abordagem relacional requer 3 etapas: “(1) *acquiring an overall grasp of the essential relations of which the transactions are an integral part*; (2) *working through the interaction of the pertinent transactions with the remainder of the relations until the limitations of transactional analysis are firmly established*, and (3) *engaging in whatever detailed discrete analysis is desired, subject to whatever constraints the first steps suggest*” (Relational

Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, nas relações contínuas, existe sempre a dependência, que pode ser absoluta (v.g., o fornecedor é um monopolista) ou relativa. No entanto, temos que a dependência, por si só, não contribui para o exame do abuso de poder econômico. Sem poder econômico (que deve ser exercido no mercado, e não na relação contratual), a dependência não é relevante para fins de uma análise antitruste, devendo ser discutida em outras esferas.

De qualquer modo, para o autor a diferença é concorrencialmente relevante porque, enquanto que nas relações contratuais preexistentes, *“o rompimento unilateral, injustificado por qualquer razão contratual ou econômica, é elemento indicador de uma intenção de exclusão”* (cabendo ao agente econômico que se recusa a contratar a demonstração das razões pelas quais age dessa forma, ou seja, a prova de que seu objetivo não é anticompetitivo), o mesmo não ocorre nas relações descontínuas, cabendo ao prejudicado o ônus de demonstrar os efeitos anticompetitivos (ainda que potenciais) da prática contra si dirigida.

Em outras palavras, o autor entende que deve ser estabelecida uma presunção relativa de ilicitude para as situações de rompimento de relações contínuas.

Embora concordemos que há necessidade de distinguir entre a recusa adotada no âmbito de relações contratuais preexistentes (em especial aquelas de longo prazo) daquela que é praticada em relações descontínuas ou por iniciar, conforme o *Discussion Paper* da Comissão Europeia sobre o art. 82 do Tratado de Roma, divergimos de SALOMÃO FILHO quanto à presunção de ilicitude.

contract theory: challenges and queries, *Northwestern University Law Review*, Spring 2000). No Brasil, os contratos relacionais foram analisados detalhadamente por Ronaldo Porto MACEDO JR. Na acepção deste autor, as *relações descontínuas* caracterizam-se pelo fato de que cada uma das transações realizadas é *“separada das transações a ela anteriores, contemporâneas ou subseqüentes”*, de modo que *“cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois que tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos”*. As relações descontínuas são também impessoais, pois *“nenhuma importância é conferida à qualidade das partes contratantes, sua pertinência a classe, status, grupo, família ou situação social”*. Ademais: *“[t]odos os elementos essenciais e termos constitutivos do contrato são estabelecidos no presente, nenhuma importância ou relevância substantiva se conferindo à performance das partes na definição dos efeitos da quebra o descumprimento contratual”* (*Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 106).

Se, de um lado, a preexistência de relações contratuais evidencia que em algum momento houve interesse naquele contrato, descartando ou reduzindo a força, por exemplo, de argumentos sobre a irracionalidade ou ineficiência da relação contratual, de outro, não se pode simplesmente presumir, ainda que de forma relativa, que o rompimento foi impulsionado por razões anticompetitivas.

O que distingue, no nosso entendimento, a análise da recusa de contratar em relações contínuas e descontínuas não é a presunção de ilicitude no caso da primeira, e sim a *natureza das justificativas* apresentadas (e sua plausibilidade no caso concreto) e o *exame dos efeitos potenciais nos mercados envolvidos*.

No primeiro caso (relações contínuas), a recusa pode razoavelmente fundar-se em motivos derivados da própria relação contratual (inadimplemento de obrigações, violação do dever de boa-fé objetiva, problemas de relacionamento, etc.) e em outras razões econômicas mais genéricas (alterações substanciais no mercado, impondo uma modificação das estratégias comerciais de uma das partes ou de ambas), reorganização empresarial (em virtude de fusão ou aquisição, ou de razões *interna corporis*), reposicionamento estratégico de uma das partes (ou de ambas) no mercado. Não cabem, por outro lado, justificativas associadas ao comprometimento da produção, à medida que relações de longo prazo presumem, justamente, o planejamento e o comprometimento comercial das partes (não cabe, por exemplo, o fornecedor recusar-se a abastecer um distribuidor habitual com contrato de longo prazo, alegando simplesmente que a sua produção foi integralmente alienada a outrem; tal justificativa é tão pouco plausível nesse caso que depõe contra a legitimidade da recusa do fornecedor). Além disso, o histórico do relacionamento das partes pode, com riqueza de detalhes, lançar luz sobre o real objetivo dos agentes econômicos. No que se refere aos efeitos, as autoridades antitruste devem-se perguntar se o rompimento acarretará a eliminação de agente econômico do mercado, bem como, em caso afirmativo, qual o impacto da referida exclusão.

Já no segundo caso (relações descontínuas), não cabem justificativas baseadas na relação preexistente entre as partes (que não ocorre); porém, cabem justificativas referentes à reputação comercial e outras motivações de natureza econômica (inclusive o comprometimento da produção ou ausência de capacidade ociosa, a não ser quando adotadas estrategicamente pela empresa que se recusa). Quanto ao exame dos efeitos, há

que se verificar, principalmente, em não havendo relação contratual preexistente, quais os impactos sobre a concorrência potencial.

Novamente, os argumentos acima aplicam-se tanto às relações verticais quanto às horizontais. Desse modo, a expulsão de um agente econômico de associação profissional que integrava até então (relações horizontais contínuas e preexistentes) será lícita do ponto de vista concorrencial por razões muito diferentes daquelas que justificam a rejeição legítima de um novo integrante pela mesma associação (relações descontínuas).

Para concluir, a análise concorrencial de todas as modalidades de recusa de contratar, sejam elas horizontais ou verticais, depende da existência de poder econômico e do exame de efeitos e justificativas. Os efeitos, ainda que potenciais, são necessários para que se configure uma infração, porém não são suficientes. As justificativas distinguem, em última instância, condutas *abusivas* de condutas *legítimas*, razão pela qual devem ser verossímeis, razoáveis e proporcionais. A natureza do bem em questão e das relações contratuais entre as partes é relevantes para fins de análise de efeitos, invertendo o ônus da prova quanto à potencialidade lesiva..

A obrigatoriedade de contratar deve ser adotada como remédio sempre que um agente com poder econômico engajar-se em recusa direta ou indireta, gerando (ou com potencial de gerar) efeitos negativos sobre a concorrência no mercado, sem apresentar justificativa plausível ou aceitável para tanto. Em tais circunstâncias, a obrigatoriedade de contratar não constitui ingerência infundada ou excessiva sobre a esfera privada dos indivíduos e coaduna-se com o princípio instrumental da liberdade de iniciativa (inclusive no âmbito das relações contratuais), com a garantia institucional da concorrência e com a função social da propriedade e do contrato.

Definidas as situações em que a obrigatoriedade de contratar é cabível como remédio concorrencial, analisaremos, a seguir, alguns aspectos práticos relacionados à sua implementação, e alternativas existentes.

VI.3. Obrigatoriedade de contratar e outros remédios

O tema central dessa tese é a obrigatoriedade de contratar. A imposição de semelhante obrigação é o principal remédio que se espera seja adotado em situações de recusa de contratar, salvo nas hipóteses em que o decurso do tempo impede completamente a sua efetividade, v.g., em situações em que a concorrência – mais concretamente, a(s) empresa(s) vítima(s) da recusa de contratar - já se encontra alijada do mercado e impossibilitada de a ele retornar, não restando outra alternativa às autoridades senão a aplicação de multa, de modo a desestimular comportamentos futuros.

As autoridades administrativas e judiciais têm meios para fazer cumprir medidas como a obrigatoriedade de contratar, uma vez impostas.

Convém observar que tanto para decisões administrativas quanto para decisões judiciais, a legislação aplicável (Código de Processo Civil e Lei 8.884/94) prevê a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, de modo que a sua conversão em perdas e danos somente terá lugar se a execução específica ou a obtenção do resultado prático perseguido tornarem-se impossíveis.

Em primeiro lugar, é possível impor multa diária, compelindo o agente econômico a executar especificamente a sua obrigação. Essa penalidade não se confunde com a multa aplicada sobre o faturamento da empresa, que tem caráter punitivo. A multa diária deve ser aplicada e efetivamente exigida (ou seja, cobrada) pelas autoridades, de maneira que seu valor tenha o condão de induzir o comportamento esperado por parte do agente econômico. Por essa razão, ela não constitui *bis in idem* relativamente à multa sobre o faturamento. Na verdade, a aplicação de multa diária é cabível e necessária mesmo nos casos solucionados consensualmente, na esfera administrativa ou judicial, em que geralmente não há imposição de multa sobre o faturamento.

Em outras palavras, nos mesmos moldes da reforma processual civil realizada entre 1994 e 1995 na seara da execução das obrigações de fazer e não fazer³⁸¹, a multa diária da Lei

³⁸¹ A respeito da referida reforma processual, Araken de ASSIS comenta que “[o] advento do Código Civil francês consagrou o adágio *nemo potest cogi ad factum*, princípio ideológico basilar daquele ordenamento, o qual vedou, na execução do facere, o emprego de constrições pessoais sobre o devedor. Em consequência,

8.884/94 não tem por escopo punir³⁸², mas sim garantir que o administrado cumprirá obrigações assumidas perante a autoridade antitruste ou por ela impostas.

No cálculo da multa diária aplicada em um determinado caso concreto, portanto, deve-se levar em consideração, além dos limites legais, o objetivo de evitar que o agente econômico faça um cálculo aritmético e que conclua, a partir dele, ser mais interessante a manutenção da prática anticompetitiva. A lei antitruste brasileira traz mecanismos para evitar isso, prevendo multas diárias em torno de 100 mil reais, bem como a possibilidade de que venham a ser dobradas em caso de reincidência. No caso de multas impostas diretamente pelo Poder Judiciário, o Código de Processo Civil não prevê qualquer piso ou teto, mas deixa claro que o valor fixado deve ser adequado para garantir o cumprimento da obrigação (nesse sentido vide arts. 461 e 461-A).

Ainda que a simples condenação (desde que mantida, evidentemente) já possua um elemento dissuasório, e que agir em desconformidade com uma decisão administrativa ou judicial sempre represente um ônus para a reputação do agente econômico – o que evidencia a importância de medidas que lidam com a opinião pública, como fazer publicar a decisão condenatória (ou seu extrato) em jornais de grande circulação – , *a imposição de*

a efetivação específica desta classe de obrigações restou inviabilizada. O inadimplemento do obrigado gerava apenas perdas e danos. Contra as repercussões práticas dessa regra, os tribunais franceses desenvolveram o expediente de aplicar, em casos tais, multa de valor extraordinário, extremamente gravosa, com o fito de premir a vontade do obrigado. Tal sanção indireta ao inadimplemento, atuando o princípio psicológico do menor esforço, conduz, na maioria das vezes, ao cumprimento pontual. Tem razão, pois, José Frederico Marques, para quem ‘a sanção pecuniária é instrumento executivo, meio e modo de forçar o cumprimento da obrigação’, e em que pese cooptar a vontade do obrigado. Ela provoca intercâmbio patrimonial e, por isso, refoge ao âmbito dos poderes cautelares do órgão judiciário. Segundo Jean Vincent, comentando a disciplina legal posteriormente outorgada à astreinte, nela ocorreu a absorção das ‘soluções adquiridas na jurisprudência’. Em França, a astreinte é definitiva – insuscetível de revisão – ou provisória (cominatória), quer dizer, é ou não limitada no tempo e, portanto, tem valor final determinado, e aplicada de ofício pelo juiz da execução. Liquida-se a pena tão- logo constatado o atraso ou o descumprimento, total ou parcial, do devedor. Se provisória a pena, o órgão judiciário poderá suprimi-la e moderá-la, adequando-a, assim, à expressão econômica da obrigação. Mas, definitiva a astreinte, o obrigado somente se livrará do pesado ônus em virtude de força maior ou de caso fortuito, porque a pena possui valor adrede estabelecido, tenha ou não o credor obtido, entretantes, o adimplemento in natura. Nesses termos, aduz René Savatier, a astreinte coíbe ‘uma situação ilícita, p. ex., as precipitações poluentes de certa indústria em águas públicas (non facere)’, ou coage ‘o poeta a compor o prometido soneto (facere), mediante a virulência da pena pecuniária’. Todavia, alcançado o inadimplemento ou tornando possível esse resultado, ao juiz se faculta diminuir a pena, evitando o enriquecimento injustificado do credor. (...) De qualquer modo, a astreinte representa meio executório poderoso, aplicável vantajosamente para executar de modo específico obrigação de fazer infungível. Só indevida resistência à esta imprescindível técnica executiva pode deturpar e refrear sua aplicação” (Manual do Processo de Execução, 4 ed., São Paulo, RT, p. 427).

³⁸² Nas palavras de Ada Pellegrini GRINOVER, “[a] imposição dessas multas não configura medida de execução forçada, entendida esta como constrição sobre o patrimônio do obrigado. Trata-se, isto sim, da chamada execução indireta, caracterizada por atos de pressão psicológica sobre o devedor, para persuadi-lo ao adimplemento da obrigação” (Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, *Revista da Ajuris*, v. 22, n. 65, p. 13-30, nov. 1995).

multa diária em valor que efetivamente desencoraje a continuidade de uma prática anticompetitiva, bem como a sua execução, se cabível, é fundamental para a efetividade da decisão.

Em não gerando resultados a aplicação da sanção cominatória, o Poder Judiciário poderá, relativamente à decisão administrativa ou judicial, substituir o ato da parte, ou adotar as providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento. Entre tais providências, poderá o juiz determinar a busca e apreensão de bens, a remoção de pessoas e coisas e o desfazimento de atos jurídicos (por exemplo, tornando sem efeitos a expulsão de membros por uma associação ou o rompimento de um contrato).

Se, ainda assim, não for possível implementar a decisão administrativa ou judicial determinando a obrigatoriedade de contratar, circunstância que dependerá das particularidades do caso concreto, o Poder Judiciário ainda tem a seu dispor a possibilidade de determinar intervenção na empresa (cf. Lei 8.884/94, art. 63, dispondo que a execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessário). No Brasil, esse tipo de atuação é inédita em matéria concorrencial, mas determinações semelhantes foram determinadas pelas autoridades européias para garantir a implementação da decisão proferida no caso Microsoft, para ilustrar.

A intervenção implica a nomeação de um interventor pelo Poder Judiciário, e a indicação clara e precisa das providências a serem tomadas por tal pessoa e respectivo prazo (não devendo, porém, exceder 180 dias), podendo ser revogada antes do prazo estabelecido, uma vez comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou. O interventor é remunerado conforme valor arbitrado pelo Poder Judiciário (e pago pela empresa executada) e fica responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade. Durante a intervenção, o Juiz poderá afastar de suas funções os administradores da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento das providências de competência do interventor, substituindo-os conforme estabelecido no contrato social da empresa. Em situações excepcionais, se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o juiz determinará que este assuma a administração total da empresa. O interventor é responsável pela elaboração de relatórios periódicos, por meio dos quais prestará contas de seus atos.

Em hipóteses extremas, restando infrutífera a intervenção ou sendo esta inviável por qualquer razão, pode-se ainda recorrer a medidas estruturais, como *“cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”* (art. 24, V, da Lei 8.884/94).

Acreditamos que tais medidas não devem ser impostas de plano, porém devem ser consideradas em casos de reincidência ou nos quais o agente econômico venha, comprovadamente, frustrando há tempos a execução de decisão administrativa ou judicial que estabeleça a obrigatoriedade de contratar, concorrendo para tanto a estrutura integrada da empresa ou grupo econômico. De qualquer modo, devem ser observadas as circunstâncias do caso concreto. No precedente norte-americano *AT&T*, por exemplo, o desmembramento da empresa investigada foi pactuado após sucessivas investigações e medidas regulatórias, todas incapazes de solucionar definitivamente o problema da recusa de contratar em setor caracterizado por infra-estrutura essencial, reconhecendo-se que a estrutura verticalmente integrada da *AT&T* gerava incentivos praticamente “irresistíveis” para a continuidade dos ilícitos.

Desse modo, observados os princípios da legalidade e da proporcionalidade, adequando-se meios e fins (Lei 9.784/99, art. 2º), as autoridades não devem recluir que as medidas por elas adotadas sejam consideradas excessivamente interventivas ou “usurpadoras” da liberdade de iniciativa.

Uma última questão associada à obrigatoriedade de contratar refere-se à necessária distinção, para fins de execução da decisão, entre as situações em que a obrigatoriedade alcança a própria empresa investigada e aquelas em que envolve terceiros, que não foram sujeitos no processo.

Por exemplo, quando um grupo seletivo de distribuidores de um determinado fornecedor se recusa a negociar com um concorrente do último, em virtude de ajustes de exclusividade, não é difícil processar a todos e executar especificamente a decisão em questão. No caso *Microsoft/TBA*, por exemplo, a primeira foi investigada juntamente com o seu distribuidor exclusivo. Há casos, porém, em que uma política de exclusividade, explícita ou tácita, implica a recusa de contratar por parte de um sem número de agentes econômicos. Isso

ocorreu nos processos que ficaram conhecidos como “guerra dos sorvetes” na Europa e em Philip Morris *versus* Souza Cruz no Brasil. O mesmo raciocínio aplica-se a associações e outras entidades coletivas, se houver necessidade de punir ou estabelecer obrigações diretamente aos seus membros.

Se, de um lado, pode parecer muito complexo processar a todos os envolvidos, porque isso causaria excessiva delonga e tumulto processual, de outro, é inadmissível impor a terceiros que não participaram do processo a obrigatoriedade de contratar, pois isso implicaria alterações na sua esfera jurídica e econômica, sem a observância da garantia constitucional do devido processo legal. Adicionalmente, a experiência mostra que a opção de processar exclusivamente a empresa que se beneficia da exclusividade pode resultar inócua. Tanto no caso dos sorvetes como no processo em face da Souza Cruz, as empresas fabricantes foram obrigadas a expedir cartas aos varejistas, liberando-os da obrigação de exclusividade e autorizando-os a comercializar produtos de terceiros. Em ambos, no entanto, os resultados ficaram aquém do esperado, permanecendo os estabelecimentos receosos de comercializar produtos concorrentes, conforme expressamente reconhecido pelas autoridades europeias no último caso no mercado de sorvetes (*Van den Bergh Foods*). Não podemos nos esquecer que as investigadas tinham poder econômico e elevado *market share* (o que tornava seus produtos praticamente indispensáveis para os varejistas e elevava o seu poder de barganha), que a exclusividade perdurou anos, gerando benefícios privados para os estabelecimentos, e que práticas veladas e difíceis de detectar poderiam facilmente ter sido implementadas. Assim, seria até ingênuo esperar que a revogação de cláusulas explícitas de exclusividade resolvesse o problema da recusa de contratar. Natural, sim, verificar que os processos viraram verdadeiras “guerras”, arrastando-se por anos, sem solução definitiva.

A questão merece maiores reflexões e não constitui o objeto desta tese. Achamos merecido, no entanto, apontá-la, bem como deixar consignado que não nos parece existir outra alternativa que não passe pela inclusão dos agentes responsáveis pela recusa no processo instaurado em face da empresa efetivamente responsável por aquela, ainda que isso inicialmente gere delongas e tumulto nos autos. Tais agentes, ainda que não individualmente detentores de poder econômico, podem exercer dominância coletiva (conforme melhor interpretação do art. 82 do Tratado de Roma, na Europa), por meio de condutas paralelas, nos moldes do que ocorre em um cartel. Desse modo, se houver condenação, cabe a imposição de obrigatoriedade de contratar a eles, bem como a

execução específica de tal obrigação. É viável, nesse contexto, o estabelecimento de quotas ou percentuais de compras a serem efetuados pelos distribuidores, nos moldes do que ocorreu *Shotton Paper Co.* na Europa e no processo judicial envolvendo a General Motors no Brasil. Por outro lado, recomenda-se que a punição aplicável a esses agentes se limite à obrigatoriedade de contratar sempre que restar demonstrado que foram compelidos, jurídica ou economicamente, a acatar cláusulas restritivas (ou seja, que não lhes seja imposta multa sobre o faturamento).

Por fim, há que se considerar que o CADE tem agido de forma tímida no que se refere à imposição da obrigatoriedade de contratar em processos de sua competência. Nos processos julgados em matéria de recusa vertical, a obrigatoriedade constou claramente de 2 (dois) termos de compromisso de cessação, nos processos NeoTV *versus* Globo e Helibrás. Constou, ainda, das condenações em face das empresas operadoras portuárias em Santos e da White Martins. Não constou, porém, dos casos MATEC e Microsoft. Nos processos envolvendo exclusividade com varejistas (Philip Morris *versus* Souza Cruz e os casos dos *shopping centers*), até por estes não integrarem o pólo passivo do feito, o CADE limitou-se a determinar, ou ajustar, a eliminação das respectivas cláusulas contratuais e a emissão de cartas pelas empresas acusadas aos estabelecimentos, liberando-os formalmente da obrigação. No entanto, como já mencionado, a efetividade de tais medidas é limitada, não havendo que se falar em obrigatoriedade de contratar por parte dos estabelecimentos.

Nos casos horizontais, à exceção dos casos envolvendo as Unimeds, onde as condenações geralmente determinavam o restabelecimento das relações contratuais entre médicos expulsos e as cooperativas, também não houve imposição de obrigatoriedade de contratar. Pode-se dizer que a medida não era aplicável, pois os boicotes analisados ou foram temporários (nos casos dos combustíveis) ou nunca foram implementados efetivamente (no caso dos genéricos).

Já o Poder Judiciário, nas poucas ocasiões em que determinou a obrigatoriedade de contratar, certificou-se de que a medida seria devidamente implementada, havendo registros, inclusive, da expedição de mandados de busca e apreensão (no caso Belgo).

O CADE deveria seguir esse exemplo e preparar-se para exigir a execução específica das obrigações que pactua ou impõe, sempre que decidir pelo cabimento da obrigatoriedade de contratar.

Finalmente, os setores especificamente regulados não devem constituir exceção a essa proposta.

Como já antecipamos no item IV.5.2, as autoridades administrativas podem e devem estabelecer a obrigatoriedade de contratar (e os meios para a sua concretização, citados acima) nesses mercados, se a regulação em sentido estrito for deficiente e possibilitar problemas de acesso que caracterizem infração concorrencial, substituindo, inclusive, medidas regulatórias específicas (até que estas sejam implementadas ou modificadas pelas agências competentes). O mesmo vale para as autoridades judiciais.

Partindo-se da concepção instrumental de liberdade de iniciativa adotada neste trabalho, em consonância com a nossa Constituição Federal, que não vê a concorrência como um limite à liberdade, mas sim como uma forma de concretizá-la, em busca da justiça social, não é difícil aceitar que as autoridades de defesa da concorrência podem, sim, intervir de maneira mais ativa nos mercados, ainda que regulados. Tal posição é ainda mais justificável quando tratamos de mercados caracterizados pela existência de bens essenciais, considerado o acesso questão fundamental.

Não há um valor único e absoluto para a regulação em sentido estrito, assim como não existe um único objetivo imediato para o direito antitruste. A despeito disso, toda a regulação estatal, inclusive o próprio direito antitruste, devem estar voltados para a promoção de justiça social, perseguida em qualquer hipótese. E a justiça social não prescinde dos efeitos distributivos que, certamente, estão longe de ser alcançados em situações de monopólio associadas a bens essenciais, em que os agentes econômicos recusam ou dificultam o acesso necessário. Nesses casos, regulação em sentido estrito e direito da concorrência constituem dupla garantia para a sociedade.

VII – BIBLIOGRAFIA

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Vertical restrictions upon buyers limiting purchases of goods from others*. American Bar Association Section of Antitrust Law Monograph n. 8. [Chicago], 1982. 98 p.

_____. *Refusals to deal and exclusive distributorships*. American Bar Association Section of Antitrust Law Monograph n. 9. [Chicago], 1983. 64 p.

_____. *Antitrust law and economics of product distribution*. [Chicago], 2006. 413 p.

_____. *Antitrust law developments*. 6 ed., [Chicago], 2006. v. 1 e 2. 1959 p.

AKERLOF, George A. The market of lemons: quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 84, p. 488-500, ago.1970.

ALPA, Guido. Il contratto tra passato e avvenire. In: Grant GILMORE. *La morte del contratto*, tradução italiana de Andrea Fusato, Milano: Giuffrè, 1999, p. IX-XXVII.

AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995. 404 p.

ANDRADE, Thompson A., ALVES, Roberto Teixeira. Distribuidoras de veículos vs. montadoras: condutas anticompetitivas e relações verticais. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, p. 347-364.

AREEDA, Phillip, KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: problems, text, cases*. 4 ed. Boston: Little, Brown and Company. 1067 p.

ARENDT, Hannah. *Da violência*, tradução de Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985. 64 p.

ASCARELLI, Tullio. A idéia de Código no Direito Privado e a tarefa da interpretação. In: *Problemas das sociedades anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1946, p. 8-16.

_____. Premissas ao estudo do direito comparado. In: *Problemas das sociedades anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1946, p. 1-13.

_____. Evolução e papel do direito comercial. In: *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1947, p. 11-52.

_____. Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione. In: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1952, p. 55-78.

_____. Antigone e Porzia, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Torino, ano II, n. 7, p. 755-766.

- ASKER, John. *Measuring cost advantages from exclusive dealing: an empirical study of beer distribution*. Harvard: Harvard University, 2004. 45 p. Disponível em: http://pages.stern.nyu.edu/~jasker/Paper2_ExclusiveAdvantages.pdf, acessado em 25.01.2008.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 4 ed., São Paulo: RT, 1997, 1155 p.
- AVERITT, Neil W, LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. Tradução de Lucas Farias Annes e Fernanda Girardi. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n. 45, ano 12, p. 27-49, jan./mar. 2003.
- AVIRAM, Amitai. The paradox of spontaneous formation of private legal systems. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 192, 2d series, Chicago, jul. 2003.
- ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. 791 p.
- _____. *An introduction to the law of contract*, 4 ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. 495 p.
- _____. Freedom of contract and the new right. In: *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 355-385.
- AYRES, Ian e GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 87-130, out. 1989.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38-54
- _____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade das partes (parecer). In: *Estudos e pareceres de Direito Privado*. Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-172.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos: uma perspectiva econômica. In: Décio ZYLBERSZTAJN e Rachel SZTAJN. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-136.
- BAIN, Joe Staten. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1956. 329 p.
- BANCO MUNDIAL, OECD. *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington-Paris, 1999. 150 p.
- BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.
- BARBER. Charles F. Refusals to deal under the federal antitrust laws. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 103, n. 7, pp. 847-885, maio 1955.

- BARNETT, Randy E. *The structure of liberty: justice and the rule of law*. Oxford: University Press, 2007. Livro eletrônico. Disponível em www.oxfordscholarship.com, acessado em 22.10.2007.
- BAUMOL, William, PANZAR, John C., WILLIG, Robert D. *Contestable markets and the theory of industry structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- BELLAMY, C. W., CHILD, Graham D. *Common market law of competition*. 4 ed. London: Sweet & Maxwell, 1993. 1381 p.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. O mercado e os direitos sociais. In: *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*, São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 63-65.
- _____. Estado de direito e capitalismo destravado. In: *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*, São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 135-138.
- BENJÓ, Isaac. A urgência do aparato regulatório no Estado Brasileiro, *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 3-14, abr. 1997.
- BERNSTEIN, Lisa. Opting out the legal system: extralegal contractual relation in the diamond industry, *Journal of legal studies*, v. 21, p. 115-157, 1992.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1971. 500 p.
- _____. *Teoria generale de negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. 626 p.
- BID, OCDE. *Lei e Política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2005. 143 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961. 240 p.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993. 479 p.
- BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. 319 p.
- BRODER, Douglas F. *A guide to US antitrust law*. London: Sweet and Maxwell, 2005. 426 p.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, São Paulo: RT, 2001. 190 p.

- _____. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003. 285 p.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.
- CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. In: OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 167-190.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. 165 p.
- CANOY, Marcel, REY, Patrick, VAN DAMME, Eric. Dominance and monopolization. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND, *The international handbook of competition*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 210-289.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale* n. 30, p. 361-402, 1975.
- CARLTON, Dennis W. A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal: why Aspen and Kodak are misguided. In: *NBER Working Paper Series*, Working Paper n. 8105, fev. 2001. Disponível na página do National Bureau of Economic Research na Internet: <http://www.nber.org/papers/w8105>, acessado em 24.01.2008.
- CARNELUTTI, Francesco. La certezza del diritto. In: OÑATE, Flavio Lopez de. *La certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 191-206.
- CARVALHO, E. B. *A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2003. (dissertação de Mestrado)
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito commercial brasileiro*, v. VI, livro IV, parte 1. 3 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. 518 p.
- CASTRO, Leonel Pereznieta, SERRAU, Renato Roberto Guerrero. *Derecho de la competencia económica*. Cidade do México: Oxford University Press DF, 2002.
- CHURCH, J., WARE, R. *Industrial Organization: a strategic approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000. 743 p.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. In: *The firm, the market and the law*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 33-55
- _____. The problem of social cost, *The firm, the market and the law*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 95-156.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.
- COLLINS, Hugh. *The modern law of contract*, 2 ed. London: Butterworths, 1993. 399 p.

- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-472.
- _____. Função social da propriedade dos bens de produção. *RDM*, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.
- _____. Ordem econômica na constituição brasileira de 1998. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais* São Paulo: RT, ano 85, n. 732. out. 1996.
- _____. Regime constitucional do controle de preços no mercado. In: *Direito público: estudo e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 99-115.
- _____. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4 ed., 2005. 577 p.
- _____. Sociedade e poder. In: COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XV-XVII.
- _____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia das Letras, 2006. 720 p.
- COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 597 p.
- COSTA, Marcos da, MENEZES, Paulo Lucena de, MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos; comentários à Lei nº 8.884/94 e estudos doutrinários*. São Paulo: América Jurídica, 2003. 465 p.
- DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1, p. 55-65, abr. 1968.
- DOBSON, Paul W. e WATERSON, Michael. Vertical restraints and competition policy. In: *Office of fair trading research papers*, n. 12, dez. 1996.
- DUQUE, Bruna Lyra. O direito contratual e a intervenção do Estado. São Paulo: RT2007. 187 p.
- DUTRA, Pedro. Preços e polícia. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 15-20, 1997.
- ECONOMIDES, Nicholas. *Telecommunications regulation: an introduction*. [New York], 2004. 45 p. Livro eletrônico. Disponível em <http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/redirect-safely.php?fname=../pdffiles/phpj4.pdf>, acessado em 25.01.2008.
- ELHAUGE, Einer. Definig better monopolization standards. *Stanford law review*, n. 56, p. 253-344, nov. 2003.

- ELHAUGE, Einer, GERADIN, Damien. *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007. 1231 p.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 8 ed, v. I, Madrid: Civitas, 1997, p. 663-689.
- FARIA, Werter. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. 186p.
- _____. *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. 144p.
- FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido, AZEVEDO, Paulo Furquim de, SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997. 286 p.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato*. Torino: G. Giappichelli, 1992. 472 p.
- _____. Mercati e globalizzazione: gli incerti cammini del diritto. In: *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna: Mulino, 2000, p. 57-99.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 175-185, jul./dez. 1992.
- _____. *Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 21-32, 1997.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. 3 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 3.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. 446 p.
- FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce de. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991. 190 p.
- FONSECA, Antonio. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 334 p.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998. 435 p.
- _____. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro, *RDM*, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.
- _____. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005. 624 p.
- FOX, Eleanor M. The battle for the soul of antitrust. *California Law Review*, v. 75, n. 3, p. 917-923, maio 1987.

- FOX, Eleanor M., SULLIVAN, Lawrence A. Antitrust retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? *New York University Law Review*, v. 62, p. 936-988, 1987.
- _____. *Cases and materials on antitrust*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1989. 935 p.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. 440 p.
- FURLAN, Fernando de Magalhães. As cooperativas médicas sob o enfoque da defesa do consumidor e da concorrência. In: *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex, 2004, p. 27-33
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32 ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2003, 256 p.
- _____. *Formação econômica da América Latina*. Rio de Janeiro: Lia, 1969, 366 p.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O novo Estado Industrial*, tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. 296 p.
- GAMBARDELLA, Maurizio, SALERNO, Francesco Maria. Vertical Agreements: was the Commission's response adequate? On the Commission's ability to reform long-standing policies. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law: a critical assessment*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 175-206.
- GEROSKI, Paul, GRIFFITH, Rachel. Identifying antitrust markets. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND. *The international handbook of competition*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 290-303.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007. 540 p.
- GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995. 182 p.
- GITTI, Gregorio. *Autonomia privata e le autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2006, 234 p.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. 203 p.
- GOLDBAUM, Sérgio. *Restrições verticais no setor automotivo: barreiras à entrada de novos concessionários*. São Paulo, FGV-SP, 2005 (tese de doutoramento).
- GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006. 309 p.

- GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: RT, 1972. 161 p.
- _____. Os contratos e o direito público, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, junho 1977, p. 45-55.
- _____. A função do contrato. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 101-109.
- _____. *Contratos*. 24 ed., atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 536 p.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrencias*. São Paulo: Singular, 2002, 319 p.
- _____. Defesa da concorrência nos mercados de telefonia fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista do IBRAC*, v. 15 n. 1, 2008 [pendente de publicação].
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, 327 p.
- GRAU, Eros Roberto, FORGIONI, Paula A. Ainda um novo paradigma dos contratos? In: *O estado, a empresa e o contrato*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15-23.
- _____. *O estado, a empresa e o contrato*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia-geral da União. In: *Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*, Del Rey, 2005, p. 87-118.
- GRINBERG, Mauro. *Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 65-68, agosto 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, *Revista da Ajuris*, v. 22, n. 65, p. 13-30, nov. 1995.
- GRYNBAUM, Luc. *Le contrat contingent*. Paris: L.G.D.J, 2004.
- GUYÉNOT, Jean. *Les contracts de concession commerciale: droit français et communautaire da la concurrence*. Paris: Sirey, 1968. 689 p.
- _____. *Concessionnaires et commercialisation des marques: la distribution intégrée*, Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975. 210 p.
- HARVARD LAW REVIEW. Concerted refusals to deal under the federal antitrust laws. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 8, p. 1531-154, 1jun. 1958.

- HATZOPOULOS, Vassilis. *Refusal do deal: The EC Essential facilities doctrine* In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law: a critical assessment*. Oxford and Portland, Oregon: Har Publishing, 2007, p. 333-375.
- HAUSMAN, Jerry, CRANDALL, Robert. Competition in US telecommunications services: effects of the 1996 legislation. In: PELTZMAN, Sam, WINSTON Clifford. *Deregulation of network industries: what's next?* Washington: Brookings Institution Press, 2000, p. 73-112.
- HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações no Brasil*. São Paulo: Singular, 2001. 255 p.
- HOLMSTROM, Bengt, ROBERTS, John. The boundaries of the form revisited, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 12, n. 14, p. 73-94, Autumn 1998.
- HOPT, Klaus J. Restrictive practices and juridification: a comparative study. In: Gunther TEUBNER (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate antitrust and social welfare law*. Berlim, New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 291-331.
- HOVENKAMP, Herbert. *Economics and federal antitrust law*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1985. 414 p.
- _____. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publ. Co., 1994, 259 p.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: UNESP, 2001. 714 p.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999. 220 p.
- _____. Teoria generale del diritto e problema del mercato. In: *L'ordine giuridico del mercato*. 4 ed. Roma: Laterza, 2003, p. 57-95.
- JACOBS, Michael. An essay on the normative foundations of antitrust economics, *North Carolina Law review*, v. 74, p. 119-266, 1995-1996.
- JAMIN, Christophe, MAZEAUD Denis. *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Dalloz-Sirey, 2003. 260 p..
- JOUVENEL, Bertrand de. *Du pouvoir: histoire naturelle de sa croissance*. Paris: Hachette, 1972. 463 p.
- KAHN, Alfred. *Lesson from deregulation: telecommunications and airlines after the crunch*. Washington: Brookings Institution Press, 2004. 88 p.
- KEARNEY, Joseph D. The fall of the Bell System to the Telecommunications Act: regulation of telecommunications under Judge Greene, *Hastings Law Journal*, v. 50, p. 1395-1472, ago. 1999.

- KORAH, Valentine, O'SULLIVAN Dennis. *Distribution agreements under the EC competition rules*. Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2002. 425 p.
- KOVACIC, William. The modern evolution of U.S. competition policy enforcement norms. *Antitrust law journal*, v. 71, p. 377-478, 2003.
- KOVACIC, William E., SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of economic perspectives*, v. 14, n.1, p. 43-60, Winter 2000.
- KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 472-511, jan. 1980.
- KRONMAN, Anthony, POSNER, Richard. *The economics of contract law* (org.). Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979. 273 p.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*, tradução espanhola de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LEAL, João Paulo G. Cartéis. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 8, p. 47-86, 2001
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Raciocínio Jurídico e Economia, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Poder*, tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985. 122 p.
- MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MACNEIL, Ian R. Relational contract theory: challenges and queries, *Northwestern University Law Review*, Spring 2000.
- MANDEVILLE, Bernard De. The fable of the bees: or, Private vices, public benefits. Oxford: Oxford University Press, 1924.
- MARCHEGIANI, Laura. *Opere 'utili' e libertà della concorrenza*. Milano: Giuffrè, 2006. 323 p.
- MARCHETTI, Piergaetano. *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*. Padova: CEDAM, 1969. 475 p.
- MARKOVITS, Richard S. Antitrust alternatives to delegalization. In: Gunther TEUBNER (ed.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate antitrust and social welfare law*. Berlim, New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 332-369.
- MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

- _____. Novos temas da teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual, *Revista da Ajuris*, n. 100, p. 73-98, dez. 2005
- _____. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5 ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2006. 1342 p.
- _____. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, 558 p.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. 237 p.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 542 p.
- MARTINS COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. 862 p.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. In: *Obras Escolhidas*, v. 1, São Paulo, Editora Alfa-Omega, p. 21-47.
- MARZORATI, Osvaldo. *Sistemas de distribución comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1990. 349 p.
- MATTOS, Paulo e outros. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo, Editora 34, 2004, 304 p.
- MELAMED, Douglas. Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct: are there unifying principles? *Antitrust Law Journal*, n. 73, p. 375-412, 2005-2006.
- MELI, Vincenzo. *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*. Torino: Giappichelli, 2003. 293 p.
- MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987. 188 p.
- MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias fundamentais nas relações privadas. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 483 p.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- METCALFE, J. S., RAMLOGAN, R., UYARRA, E.. Economic development and the competitive process. *Centre on regulation and competition Working Paper Series*, Paper n. 36, University of Manchester, dez. 2002.
- MILGROM, Paul, ROBERTS, John. *Economics, organizations and management* New Jersey: Prentice-Halls, 1992.

- MONCADA, Luís Solano Cabral de. O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa. Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979.
- MONTI, Giorgio. The concept of dominance in article 82. *European Competition Journal* [pendente de publicação], 2006. Disponível em <http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/monti/ECJdominancepaper.pdf>, acessado em 25.01.2008.
- _____. *EC Competition Law*. Cambridge: University Press, 2007. 527 p.
- MURIS, Timothy J. How history can inform practice in modern U.S. competition policy. *Law and Economics Working Paper Series*. George Mason University School of Law, 2004. Disponível em http://ssrn.com/abstract_id=545184, acessado em 28.01.2008.
- NELLA, Luca di. *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. 441 p.
- NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9 ed., atualizada até 01.03.06. São Paulo: RT, 2006. 1536 p.
- _____. *Código Civil comentado*. 5 ed. Ampliada e atualizada até 15.06.2007. São Paulo: RT, 2007. 1566 p.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT. 2000. 261 p.
- NIVARRA, Luca. *L'obbligo a contrarre e il mercato*. Padova: CEDAM, 1989. 273 p.
- NORTH, Douglass C. Institutions, transaction costs, and the rise of merchant empires. In: *The political economy of merchant empires*, New York: Cambridge University Press, 1991, p. 22-40.
- NOVA YORK inicia inquérito antitruste sobre Intel. *Reuters*. Nova York, 10 jan. 2008. Disponível em <http://br.reuters.com/article/internetNews/idBRN1020358720080110>. Acessado em 15.01.2008.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995. 226 p.
- _____. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3 ed., São Paulo: RT, 2001. 376 p.
- OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Novos modelos de gestão na saúde privada. IPEA, Texto para Discussão n°. 1167. Rio de Janeiro, fev. 2006. Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2006/td_1167.pdf, acessado em 14.01.2008.
- OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. *Competition and trade effects of vertical restraints*. Paris, 1999. 150 p.

- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência; panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, 218 p.
- OÑATE, Flavio Lopez de. *La certeza del diritto*. Milano: Giuffré, 1968. 308 p.
- ORLANDI, Mauro. Autonomia privada e autorità indipendenti. In: GITTI, Gegerio. *Autonomia privata e le autorità indipendenti*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 65-89.
- OSTI, Cristoforo. *Nuovi obblighi a contratte*. Torino: G. Giappichelli, 2004. 357 p.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PARKER, Christine, BRAITHWAITE, John. Regulation. In: CANE, P. e TUSHNET, M. (ed.). *Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 119-145
- PARKER, Christine, SCOTT, Colin, LACEY, Nicola, BRAITHWAITE, John. *Regulating law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. 289 p.
- PARKER, George, BUCK, Tobias e BENOIT, Bertrand. Key clause dropped from draft EU treaty. *The Financial Times*. Bruxelas, 21 jun. 2007. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/0/8f4a5126-2033-11dc-9eb1-000b5df10621.html>, acessado em 25.01.2008.
- PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro, *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, p. 5-52, jul. 1997.
- PATE, R. Hewitt. The common law approach and improving standards for analysing single firm conduct. *Remarks before the Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, out. 2003. Disponível em www.usdoj.gov/atr/public/speeches/202724.pdf, acessado em 26.01.2008.
- PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. Tradução de Tiago Machado CORTEZ. In: Paulo MATTOS e outros. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo, Editora 34, 2004, p. 81-127.
- PELTZMAN, Sam, WINSTON Clifford. *Deregulation of network industries: what's next?* Washington: Brookings Institution Press, 2000. 199 p.
- PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Função social da empresa e do contrato. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, maio 2005. Disponível em: www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp, acessado em 26.01.2008.
- PITOFISKY, Robert. *Vertical restraints and vertical aspects of mergers: a US perspective*. In: 24th Annual Conference in International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, 1997. Disponível em www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.htm, acessado em 24.01.2008.

- _____. Antitrust at the turn of the twenty-first century: a view from the middle. *Saint John's Law Review*, v. 76, p. 583-594, 2002.
- POLANYI. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 349 p.
- POSNER, Eric A. Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? *John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 146* (2d series). Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, acessado em 24.01.2008.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. 722 p.
- _____. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law, University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper n. 53, 1998. Disponível em www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_51-75/53.Posner.Values.pdf, acessado em 24.01.2008.
- _____. *Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law*. 18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics. Viena, set. 2001.
- _____. Theories of economic regulation, trad. port. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo e outros, *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo, Editora 34, 2004, p. 49-80.
- POSSAS, Mario. *Dinâmica e concorrência capitalista: uma interpretação a partir de Marx*. São Paulo: Hucitec-Unicamp, 1989. 178 p.
- _____. *Concorrência schumpeteriana*. In: KUPFER, David, HASENCLEVER, Lisa (org.). *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, p. 415-429.
- POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge, PONDÉ, João Luiz. *Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n.3, p. 3-46, 2001.
- _____. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n.8, p. 99-121, 2001.
- PRIEST, George. The origins of utility regulation and the “theories of regulation debate”. *The Journal of Law and Economics*, v. XXXVI, n. 1, p. 289-323, April 1993.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed., atual. São Paulo: RT, 1999.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. 712 p.
- ROCHA, Bolívar Moura. *Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n.7, p. 47-58, 1998.

ROPPO, Vincenzo. *O contrato*, tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1977. 371 p.

_____. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. 1066 p.

ROSS, Stephen F. *Principles of Antitrust Law*. Westbury: The Foundation Press Inc., 1993. 606 p.

ROUSSEVA, Ekaterina. Modernizing by erradicating: how the Commission's new approach to article 81 EC dispenses with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review* n. 42, p. 587-638, 2005.

_____. Abuse of dominant position defences: objective justification and article 82. EC in the era of modernization. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law: a critical assessment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 377-431.

ROUX, Xavier de, VOILLEMOT, Dominique. *Le droit français de la concurrence et de la distribution*. Paris: Juridictionnaires Joly, 1986. Tomo 1, 394 p.

ROWLEY, Charles, RATHBONE, Anne. *Political economy of antitrust*. In: Manfred NEWMANN e Jürgen WEIGAND, *The international handbook of competition*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 173-209.

SALGADO, Lucia Helena. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Série Texto para discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, 1992 (mimeografado).

_____. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997. 205 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998. 359 p.

_____. Direito empresarial público. *RDM*, n. 112, p. 9-18, out./dez. 1998.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. 159 p.

_____. *Recusa de contratar: disciplina jurídica*. In: *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 137-150.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. 334 p.

_____. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *RDPE*, ano 1, n.1, p. 15-44, jan./mar. 2003.

_____. Função social do contrato: primeiras anotações. *RDM*, n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003.

- _____. Poder econômico: a marcha da aceitação. In: COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-23.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Recusa de contratar no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz do direito da concorrência*. São Paulo: USP, 2006 (dissertação de mestrado).
- SANTAMARÍA-PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, v. II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecees, 1999.
- SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. Evolução contemporânea do directo contratual. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. São Paulo: Forense, 1953, p. 13-33.
- SANTOS, Rodrigo Surcan dos. A correlação negativa entre número de empresas e tamanho de mercado na indústria brasileira: uma revisão histórica da teoria de John Sutton. *Revista do IBRAC*, v. 13, n. 2, p. 91-111, 2006.
- _____. Resale price maintenance, suggested retail price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional. *Revista do IBRAC*, v. 13, n. 2, p. 113-152, 2006.
- _____. *Condutas colusivas horizontais: uma análise crítica da aplicação de conceitos econômicos na interpretação da legislação de defesa da concorrências no Brasil*. São Paulo: USP, 2007 (dissertação de mestrado).
- SAPPINGTON, David E. M. Incentives in Principal-Agent Relationships, *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 2, p. 45-66, Spring 1991.
- SARKOZY scraps competition clause from new Treaty. *Spiegel Online International*. 22 jun. 2007. Disponível em: <http://www.spiegel.de/international/europe/0,1518,490136,00.html>, acessado em 25.01.2008.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da Lei 8884/94. *RDM*, n. 117, p. 57-86, jan./mar. 2000.
- _____. Haverá lugar digno para o ‘jurídico’ na teoria e prática do direito antitruste? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 153-182, 2006.
- _____. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do Direito perante a Economia e a política da concorrência. *RDA*, v. 245, maio/ago. 2007.
- SCHUMPETER, J. *Teoria do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. 329 p.
- _____. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. 512 p.

- SCHWARTZ, Alan. Contract theory and theories of contract regulation, 2002. Disponível em: http://esnie.u-paris10.fr/pdf/textes_2002/Schwartz_indus.pdf, acessado em 27.01.2008.
- SCHWARTZ, Marius. Telecommunications reform in the United States: promises and pitfalls. In: WELFENS Paul J.J., YARROW, George. *Telecommunications and energy in systemic transformation: international dynamics, deregulation and adjustment in network industries*, Heidelberg-New York: Springer 1996.
- SCHROEDER, Joanne L. Economic rationality in law and economics scholarship, Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper n. 21, set. 2000. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=245488\(01-03-2.002\)](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=245488(01-03-2.002)), acessado em 25.01.2008.
- SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva: práticas nacionais e práticas comunitárias*. Coimbra: Coimbra, 1993. 120 p.
- SHAVELL, Steven. Economic analysis of contract law. Discussion Paper n. 403, Harvard Law School, fev. 2003.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência anti-truste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: RT, 1966. 201 p.
- SIDAK, J. Gregory. The failure of good intentions: the WorldCom fraud and the collapse of American Telecommunications after Deregulation, *Yale Journal on Regulation*, v. 20, p. 207-260, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 871 p.
- SMITH, Adam. *The wealth of nations*. New York: The Modern Library, 2000. 1155 p.
- SOBEJANO, Alberto Emparanza. *El boicot como acto de competencia desleal contraria a la libre competencia*. Madrid: Civitas, 2000. 237 p.
- SOUBRIER, Luis F. Souto. The concept of an agreement and beyond: how to block parallel imports of pharmaceuticals to protect the heart of competition. In: Giuliano AMATO e Claus-Dieter Ehlerman. *EC competition law: a critical assessment*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 81-142.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.
- STIGLER, George J., FRIEDLAND, Claire. What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, v. 5, n. 1, p. 1-16, out. 1962
- SUTTON. John. Vertical product differentiation: some basic themes. *The American Economic Review*, v. 76, n. 2, p. 393-398, maio 1986

- _____. *Sunk costs and market structure: price competition, advertising and the evolution of concentration*. Cambridge: The MIT Press, 1992. 577 p.
- SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. 225 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.
- TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993. 203 p.
- TORRE-SCHAUB, Marthe. *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marche*. Paris: LGDJ, 2002, p. 1-14.
- TORNEAU, Philippe le. *La concession commerciale exclusive*. Paris: Economica, 1994. 111 p.
- TREBILCOCK, Michael. *The limits of freedom of contract*. Cambridge, Massachussets e London: Harvard University Press, 1993. 310 p.
- US DEPARTAMENT OF JUSTICE. *Vertical restraints guidelines*. [Washington], 1985.
- VISCUSI, W.; VERNON, J., HARRINGTON JR., J. *Economics of regulation and antitrust*. 3 ed. Cambridge: The MIT Press, 2000. 864 p.
- WATERFIELD, Bruno, JONES, George. Blair outmanoeuvred by Sarkozy on Treaty. *Daily Telegraph*. Bruxelas, 23 jun. 2007. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2007/06/22/weu622.xml>, acessado em 25.01.2008.
- WEBER, Max. *Law in economy and society*, tradução inglesa de Edward Shils. Cambridge: Harvard University Press, 1954. 363 p.
- _____. *Freedom and coercion*. In: Anthony KRONMAN e Richar POSNER. *The economics of contract law*. Boston e Toronto: Little, Brown and Company, 1979, p. 230-233.
- WERDEN, Gregory. Identifying exclusionary conduct under section 2: the 'no economic sense' test. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 413, 2006.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York-London: The Free Press-Collier Macmillan Publishers, 1986. 450 p.
- _____. Calculativeness, trust, and economic organization. In: *Mechanisms of Governance*, Oxford: Oxford Press, 1996, p. 250-275.
- _____. Why Law, Economics, and Organization, UC Berkley School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper n. 37, 2000. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=255624, acessado em 25.01.2007.

- WHISH, Richard. *Competition law*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. 1097 p.
- WOLF, C. J. Regime da unimilitância nas “cooperativas” Unimed. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 113, out. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4213>), acessado em 14.01.2007.
- WIEACKER, Franz *História do direito privado moderno*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 768 p.