

O CONTROLE DAS CONDUTAS NA TEORIA CONCORRENCIAL

1. Introdução: ratio da disciplina dos comportamentos e interação com o controle das estruturas. 2. Novas teorias comportamentais e sua aplicação ao antitruste: 2.1 O embate tradicional – 2.2 As novas teorias comportamentais: o pensamento econômico “pós-Chicago”: 2.2.1 A teoria dos mercados contestáveis – 2.2.2 A teoria dos jogos – 2.2.3 A nova Economia Institucional: 2.2.3.1 Os custos de transação – 2.2.3.2 As teorias econômicas críticas ao dogma neoclássico da racionalidade econômica: a) A teoria dos comportamentos estratégicos – b) A teoria da racionalidade limitada – 3. Os comportamentos na teoria jurídica: 3.1 A estrutura do ilícito: ato, elemento volitivo e efeito – 3.2 Gênese e função das regras sobre controle dos comportamentos na Lei Concorrencial brasileira.

1. Introdução: ratio da disciplina dos comportamentos e interação com o controle das estruturas

Talvez não seja exagerado dizer que o controle dos comportamentos anticoncorrenciais é um dos mais descuidados campos do Direito Brasileiro. Poucos são os trabalhos compreensivos sobre o tema e escassa tem sido, até agora, a atenção das autoridades encarregadas da aplicação do direito antitruste para esse ramo do direito concorrencial. Parece não haver, sobretudo, uma preocupação em compreender sistematicamente o significado econômico-jurídico dos comportamentos anticoncorrenciais.

Essa preocupação sistemática é muito importante em face da atual Lei Concorrencial brasileira (Lei 12.529/2011). Assim como ocorria à luz da antiga Lei de Concorrência, na sistemática da atual lei os ilícitos são definidos através de fórmulas gerais, no *caput* de um dispositivo (art.

36), deixando-se para um de seus parágrafos (§ 3º) a concretização, a título exemplificativo, das fórmulas gerais antes descritas.

Os estudos dos comportamentos anticoncorrenciais têm também um outro significado fundamental. Compõem, ao lado do controle das estruturas, o sistema de proteção concorrencial. É através da aplicação simultânea e conjunta de ambos os subsistemas (controle estrutural e comportamental) que a proteção concorrencial ganha eficácia (v., a respeito da relação entre ambos, supra, Parte I, Capítulo III, item 2). Essa relação simbiótica leva a importantes complementariedades e esferas parcialmente coincidentes de aplicação que geram, por vezes, dúvidas aplicativas.

No Direito Brasileiro o dilema (regras de estruturas/regras de condutas) se fazia sentir, por exemplo, com relação aos acordos entre concorrentes, na lei anterior (Lei 8.884/1994), que permitia, em função da formulação ampla do art. 54, a análise estrutural de todos os atos de cooperação, inclusive acordos entre concorrentes. Esse artigo servia, nesse sentido, como regra da razão para análise dos acordos.¹ A nova lei (Lei 12.529/2011) adotou sistemática diversa. Como visto supra (Parte I, Capítulo III, subitem 2.3), os acordos entre concorrentes deixam de estar sujeitos à disciplina estrutural para serem tratados e disciplinados como conduta anticoncorrencial.

2. *Novas teorias comportamentais e sua aplicação ao antitruste*

2.1 *O embate tradicional*

Pode-se dizer que, se os anos 1970 foram para a teoria econômica tradicional² os anos de grande embate sobre as estruturas, a partir da segunda metade dos anos 1980 a atenção se deslocou para o controle dos comportamentos. Não é difícil entender o porquê.

Como já analisado anteriormente, nos anos 1970 operou-se nos Estados Unidos da América um grande embate entre duas teorias no campo do controle das estruturas: a chamada Escola Neoclássica de Chicago e a Escola Estruturalista de Harvard (v., a respeito, supra, Parte I, Capítulo II, nota 5).

1. V., a respeito, C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 343 e ss.

2. A referência à “teoria econômica tradicional” é proposital. Como visto na Parte I, Capítulo I, a contestação da teoria jurídica neoestruturalista à visão econômica tradicional do antitruste é muito mais ampla e profunda.

Mas, como também já visto, a partir sobretudo do final dos anos 1970 a Escola de Harvard perde importância, pois seus defensores aceitam grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago. Severas críticas podem ser feitas a esses pressupostos, pois, quando filtrados pela análise jurídica, têm sua aplicação prática bastante restringida. Apesar disso, é inegável que a Escola Neoclássica de Chicago é hoje prevalente na doutrina econômica que trata da questão concorrencial.³

Note-se, no entanto, que essa prevalência se dá em um campo bastante específico: o da análise das estruturas. Com efeito, como já ressaltado, as duas teorias supradescritas incluem-se no campo da chamada organização industrial. Preocupam-se, portanto, com as estruturas de mercado. Ambas procuram analisar e explicar, de modos diversos, as relações entre as medidas da estrutura industrial (concentração) e os preços e lucros.⁴ Para tanto, a primeira (Chicago) dá maior ênfase à eficiência econômica; e a segunda, à existência de condições estruturais de concorrência.

2.2 *As novas teorias comportamentais: o pensamento econômico “pós-Chicago”*

O embate supradescrito pode ser incluído, hoje em dia, entre as clássicas polêmicas do direito concorrencial, mas dele poucos traços se encontram na literatura mais recente.

A verdadeira contestação recente a Chicago, que faz com que a doutrina econômica predominante (mesmo de origem liberal) a Escola Neoclássica seja considerada ultrapassada, parte da modificação do foco das atenções. As novas teorias econômicas, baseadas em recentes desenvolvimentos dos métodos econométricos e dos métodos analíticos, passam a se interessar pelo comportamento de empresas individuais ou de setores ou subsetores industriais isolados.⁵ Desnecessário dizer que a consequência, no plano jurídico, é o deslocamento do controle das estruturas para o controle dos comportamentos.

3. Cf. R. Posner, “The Chicago School of antitrust analysis”, *University of Pennsylvania Law Review* 127/925 (1979).

4. V., a respeito, J. Bresnahan e R. Schmalensee, “The empirical renaissance in industrial economics: an overview”, *Journal of Industrial Economics* 35/371 (1987).

5. Cf.: J. Bresnahan e R. Schmalensee, “The empirical renaissance in industrial economics: an overview”, cit., *Journal of Industrial Economics* 35; e também J. B. Baker, “Recent developments in economics that challenge Chicago School views”, *Antitrust Law Journal* 58/645 (esp. p. 653), 1989.

Isso não significa que o controle das estruturas esteja superado. Vivas estão, por exemplo – e é importante que estejam –, as polêmicas entre os defensores das ideias neoclássicas de Chicago e os defensores das ideias ordoliberais de Freiburg. A contestação jurídica às ideias econômicas de Chicago, mesmo tratando-se de estruturas, continua mais viva que nunca. Significa, apenas, que é no campo do controle dos comportamentos que se situam, hoje em dia, as polêmicas econômicas mais relevantes. Significa também, como já foi mencionado, que em muitos casos parece possível dar uma resposta comportamental a problemas estruturais.

Três são as teorias principais que, de diversos modos e em diversos campos, compõem essa visão “pós-Chicago”: a teoria dos mercados contestáveis (*contestable markets*), a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (*transaction costs*), com suas diversas consequências econômicas pontuais.

2.2.1 A teoria dos mercados contestáveis

A chamada “teoria dos mercados ‘contestáveis’” é talvez a mais famosa das teorias contemporâneas sobre o sistema antitruste.⁶ Provavelmente é também uma das teorias mais conservadoras, já que, rigorosamente falando, ainda segue a linha da organização industrial clássica. Procura, como suas predecessoras, estudar a estrutura do mercado como um todo.

Nas análises clássica e neoclássica não há tentativa de explicar endogenamente a natureza da estrutura industrial. As estruturas são os dados, e a análise antitruste é o problema. Na teoria dos mercados contestáveis a estrutura é determinada endogenamente e simultaneamente com os preços, quantidade ofertada e outras decisões das empresas pelas quais ela é constituída.⁷

Isso faz com que a teoria dos mercados contestáveis proponha uma visão dinâmica das referidas estruturas. Consideram-se os mercados não como são, mas, sim, como podem ser, em função da concorrência potencial existente. O mercado é “contestável” exatamente porque existe uma

6. Essa teoria foi exposta inicialmente nos seguintes escritos: W. J. Baumol, J. Panzar e R. D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York, 1982; e W. J. Baumol, “Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure”, *American Economic Review* 72/1-15 (1982).

7. Cf. W. J. Baumol, “Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure”, cit., *American Economic Review* 72/3.

série de empresas que podem nele entrar e *contestar* a prevalência das que já lá se encontram. Essa possibilidade determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, em última análise, também a sua estrutura.

Segundo essa teoria, não é necessário – como querem os neoclássicos – que um mercado funcione o mais próximo possível da concorrência perfeita. Basta garantir a maior proximidade possível à perfeita contestabilidade. Para os teóricos dos mercados contestáveis, nesse tipo de mercado as empresas comportam-se exatamente como em concorrência perfeita. Essa teoria alarga, portanto, o âmbito das estruturas desejáveis do ponto de vista concorrencial.

Define-se *mercado perfeitamente contestável* como sendo aquele em que a entrada é absolutamente livre e a saída não importa relevantes custos para o produtor. A expressão “entrada absolutamente livre” não significa ser ela fácil ou não importar custos. Significa apenas que a empresa nova não sofre desvantagem alguma em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida de seu produto ao entrar no mercado.⁸ Além disso, a entrada é considerada livre também porque a saída não importa custos irrecuperáveis (*sunk costs*). São elas, como é sabido, as primeiras e fundamentais barreiras à entrada de concorrentes no mercado.

Exemplos típicos de aplicação da teoria dos mercados contestáveis são as rotas aéreas. Mesmo operadas em regime de monopólio, não existem barreiras à entrada exatamente porque não há custos irrecuperáveis na saída. As empresas rivais podem livremente sair, transferindo os aviões para outras rotas em que operam.⁹

Não é difícil deduzir as principais consequências aplicativas de tal teoria. Evidentemente, o papel das autoridades antitruste deve ser o de combater ao máximo essas barreiras à entrada e limites à saída (que, como visto, são também barreiras à entrada). Nesse ponto, a teoria dos mercados contestáveis faz voltar as atenções para as barreiras à entrada – elemento eminentemente jurídico –, que tinham sido tão descuidadas na doutrina econômica desde a ascensão da teoria neoclássica. A teoria dos mercados contestáveis é, portanto, importante amparo para uma das vigas de sustentação da concepção institucional de concorrência que se verá adiante: a eliminação das barreiras à entrada.

8. Cf. W. J. Baumol, “Contestable market: an uprising in the theory of industry structure”, cit., *American Economic Review* 72/3-4.

9. Cf. J. F. Broadley, “Antitrust policy under deregulation: airline mergers and the theory of contestable markets”, *Boston University Law Review* 61/823 (1981).

2.2.2 A teoria dos jogos

A teoria dos jogos é talvez uma das teorias econômicas de maior potencial transformador da teoria neoclássica, em especial em matéria de análise das condutas, apesar de sua íntima ligação aos pressupostos individualistas desta última. A razão é que a teoria dos jogos oferece instrumental muito interessante para a análise de dois elementos-chave para a análise das condutas: seu resultado e sua motivação. O primeiro decorre diretamente da teoria dos jogos. O segundo, indiretamente, a partir de sua crítica. Estudemo-los, um a um.

Quanto aos resultados do comportamento econômico, pode-se dizer que hoje é conclusão pacífica e incorporada à ciência econômica aplicada ao antitruste, graças em grande parte à teoria dos jogos, a tendência ao comportamento paralelo dos oligopolistas.¹⁰ Nesse aspecto talvez a contribuição mais relevante da teoria dos jogos tenha sido a identificação e a sistematização dos requisitos para que tal resultado colusivo se produzisse. A necessidade de caracterização dos jogos como infinitos ou de duração indeterminada para que a colusão seja provável e de duração determinada para que o comportamento individual seja a regra é um grande norte para a atuação e a crítica da atuação presente dos órgãos antitruste, em especial em matéria de controle dos cartéis¹¹ (v. infra, nesta Parte III, o Capítulo III, item 4).

Mas é em matéria de motivação dos comportamentos econômicos que a teoria dos jogos dá vazão, pode-se dizer que por antonomásia, aos raciocínios mais interessantes e mais passíveis de generalização. São as críticas que dela decorrem diretamente, e não a própria teoria, o elemento de maior interesse para o estudioso do Direito.

Em seu nascimento a teoria dos jogos pendia entre uma visão matemático-econômica e uma visão ético-valorativa dos comportamentos econômicos. Claramente, a visão matemático-econômica prevaleceu.

10. A teoria dos jogos vem, nesse ponto, dar rigor técnico ao pensamento intuitivo de Turner, que em 1962 apontava a tendência ao paralelismo como a regra geral do comportamento dos oligopólios (v. D. Turner, "The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal", *Harvard Law Review* 75/655 e ss.; e, para os desenvolvimentos posteriores da teoria dos jogos: D. Baird, C. Gertner e R. Picker, *Game Theory and the Law*, Cambridge/Massachusetts/London, Harvard University Press, 1994 – 6ª reimpr. Cambridge, Harvard University Press, 2003 – pp. 166 e ss.).

11. V., a respeito da diferença "jogos de duração determinada vs. jogos de duração indeterminada" e seus efeitos sobre o antitruste, a análise desenvolvida na Parte II, Capítulo I, item 4.2.

Desde o trabalho célebre de J. von Neumann e O. Morgenstern, *The Theory of Games and Economic Behaviour*,¹² onde se lançou a pedra fundamental para o raciocínio econômico a partir de esquemas lógico-matemáticos, duas eram as possíveis vias de desenvolvimento.

A primeira era identificar os jogos de resultados matemáticos certos, passíveis de formulação em termos (matemáticos) e que levassem, portanto, a conclusões econômicas seguras (desde que, obviamente, fossem aceitos seus pressupostos). Essa foi a linha adotada por J. Nash e seus seguidores, não por acaso um matemático e tampouco por acaso vencedor do Prêmio Nobel. O pressuposto para suas conclusões é que todo comportamento humano é motivado por razões única e exclusivamente individuais. A estratégia do jogador, movida pela resposta ao comportamento do outro (*Nash equilibrium*), é individual.¹³

A segunda linha de raciocínio possível não se resumia e nem podia ser capturada pelo raciocínio formal matemático. Daí seu abandono pela teoria dos jogos. Trata-se daquela que vê uma motivação coletiva nas ações humanas. Em sua obra famosa, von Neumann e Morgenstern fazem alusão à teoria dos jogos cooperativos. Esta jamais foi desenvolvida por estes autores e foi abandonada completamente a partir da formulação da teoria de Nash dos jogos de estratégia individual, que passou a dominar por inteiro o meio acadêmico onde se desenvolveu a teoria dos jogos.

Esse abandono parece hoje demonstrar-se equivocado. Como visto, exatamente a teoria dos jogos formulada sob pressuposto individualista leva à identificação do elemento cooperativo. Basta observar que o resultado último dessa teoria é a cooperação natural e inconsciente entre oligopolistas (este é o resultado da estratégia individual de Nash). Acreditar que esse resultado é causal ou economicamente determinado é ingênuo, e desconsidera um fator de importância fundamental. Observar o comportamento do outro, seja concorrente ou copartícipe em qualquer

12. J. von Neumann e O. Morgenstern, *The Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, 1944.

13. O chamado *Nash equilibrium*, conceito em torno do qual se constrói toda a moderna teoria dos jogos, se dá quanto um jogador adota a melhor estratégia em função da estratégia (esperada) do concorrente. Isso significa que a combinação de comportamentos que será adotada pelos agentes econômicos (jogadores) é aquela em que nenhum jogador poderia obter melhor resultado adotando outra estratégia, tendo em vista o comportamento de outro jogador (v. J. Nash, "The bargaining problem", *Econometrica* 18/155 e ss. (original), artigo incluído e consultado na coletânea de H. Kühn, *Classics in Game Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 5 e ss.). A previsibilidade da ocorrência e o número finito de rodadas (indispensável para a própria previsibilidade) são elementos necessários para a obtenção desse equilíbrio.

forma de interação social, antes que uma forma de definir comportamentos, é um modo de adquirir conhecimento (v., a respeito, Parte I, Capítulo II, item 4.2).

Uma vez compreendido o postulado óbvio de que o agente primeiro adquire conhecimento, para só então orientar seu comportamento, é possível redirecionar as atenções. Ainda que não se admita uma motivação altruísta para o comportamento humano (o que, sem dúvida, em grande parte dos casos seria um pressuposto irreal), é necessário admitir que qualquer indivíduo racional direciona seu comportamento não por uma cega observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão (adquirida) das formas de interação econômica. Se essa compreensão demonstra que a concorrência é ruínoza e destrutiva, esse indivíduo provavelmente cooperará com seu concorrente. O “conhecimento” adquirido através de um comportamento individual leva inexoravelmente à adoção de uma estratégia coletiva.

Essa conclusão implica um resultado útil em matéria de controle dos cartéis. Impõe uma visão mais rigorosa do conceito de conluio (v., infra, nesta Parte III, Capítulo III, item 4). Mas a conclusão mais importante é a que pode ser generalizada para o direito empresarial. Essa crítica à teoria dos jogos em sua versão predominante impõe uma visão menos individualista e mais cooperativa do processo de decisão empresarial, ou ao menos sugere que, se esta não for adotada, o próprio processo de interação econômica acabará por demonstrar sua necessidade para as empresas.

2.2.3 A nova Economia Institucional

De todas as teorias até agora expostas, a nova Economia Institucional representa a contestação mais ampla aos pressupostos neoclássicos. Não se restringe ao estudo do direito antitruste. Procura, na verdade, uma explicação complementar, como afirmam seus membros, às teorias neoclássicas.¹⁴

Na verdade, a expressão “nova Economia Institucional” é bastante ampla. Entre seus membros incluem-se economistas dos mais variados matizes e até diversas tendências ideológicas. Entre os autores que, em seus trabalhos, traduzem preocupações que podem ser relacionadas ao objeto principal de atenção da nova Economia Institucional podem ser

14. Cf. O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, London/New York, The Free Press, 1983, p. 1.

mencionados A. Alchian e H. Demsetz,¹⁵ K. Arrow,¹⁶ L. E. Davis e D. C. North,¹⁷ B. N. Ward,¹⁸ O. Williamson¹⁹ e F. Hayek,²⁰ entre outros.

Comum a todos esses economistas é a preocupação essencial com as instituições em substituição à preocupação essencial dos neoclássicos com os mecanismos microeconômicos que orientam o mercado. Na nova Economia Institucional a preocupação com o funcionamento das instituições substitui a teoria marginalista de formação dos preços.

2.2.3.1 *Os custos de transação* – No que tange ao estudo do mercado e das suas possíveis configurações a nova teoria institucional é dominada pela preocupação com os chamados “custos de transação”. O estudo original e clássico a respeito desses custos foi feito pelo economista norte-americano Ronald Coase, que, em trabalho que lhe valeu o Prêmio Nobel de Economia,²¹ os definiu e descreveu. A criação da teoria dos custos de transação não faz dele, no entanto, um institucionalista. Nele, marcada ainda é a influência do dogma neoclássico da eficiência.

Essa teoria foi desenvolvida e ganhou sua forma atual na obra de Oliver Williamson.²² Os custos de transação são definidos como aqueles

15. A. Alchian e H. Demsetz, “Production, information costs and economic organization”, *American Economic Review* 62/777 (1972).

16. K. Arrow, *Limits of Organization*, New York, W. W. Norton & Co., 1974.

17. L. E. Davis e D. C. North, *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.

18. B. N. Ward, *The Socialist Economy: a Study of Organizational Alternatives*, New York, Random House, 1967.

19. O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, cit., 1983.

20. V., a respeito, O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, cit., pp. 4 e ss., destacando como a preocupação de Hayek com a informação e com sua formação no mercado revela profunda preocupação institucional. Como se verá a seguir, é na teoria de Hayek do conhecimento econômico que se podem assentar as bases de uma teoria jurídica do conhecimento econômico e social.

21. R. H. Coase, “The nature of the firm”, *Econometrica* 4/386 (novembro/1937), reproduzido em R. H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1988, p. 33.

22. Cf. O. Williamson, “Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach”, *University of Pennsylvania Law Review* 127/953 (1979), e *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985. É importante notar que a penetração e o próprio elemento crítico contidos nas teses de Coase e Williamson são profundamente diversos. O primeiro é um precursor da nova Economia Institucional, e não um verdadeiro construtor. Isso porque Coase não se afasta do postulado neoclássico da maximização da eficiência. Sua ideia básica é remover os custos de transação para aumentar a eficiência (atingir

custos necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa. Cite-se como exemplo a matéria-prima comprada de um fornecedor no mercado, ao invés de produzida pela própria empresa. Esses custos consistem, basicamente, na incerteza que caracteriza as relações de mercado (que se estendem desde os preços até a natureza e características do produto a ser fornecido)²³ e no fato de que as transações são realizadas frequentemente com pequena possibilidade de escolha, sendo limitado o número de compradores.

Particularmente preocupantes para o sistema concorrencial são aquelas situações em que à incerteza das relações soma-se a “racionalidade limitada”, e à pequena possibilidade de escolha soma-se o comportamento oportunístico. A “racionalidade limitada” consiste na pequena capacidade da mente humana de formular e resolver problemas transacionais complexos, o que aumenta muito as incertezas negociais. Já, oportunismo é a tendência a perseguir fins egoísticos nas operações de mercado, em detrimento dos demais agentes econômicos.²⁴

Em meio a todos esses fatores, o elemento de mais difícil determinação torna-se exatamente o preço relativo de cada produto. Sobretudo quando comprador e vendedor não se encontram em mercados concor-

o ótimo de Pareto). Tal postura de Coase marca profundamente a evolução dessa teoria, sobretudo no campo do direito antitruste. Assim, enquanto em outros campos, como o estudo da importância das instituições na evolução tecnológica (K. Arrow) e na evolução da história econômica (D. North), a nova Economia Institucional ganhou “pernas próprias”, no campo do direito antitruste permanece ainda bastante ligada, ao menos nos objetivos, às ideias chicagóias. Em função disso, ainda se nota em evoluções posteriores da teoria institucional (como aquelas contidas no pensamento de Williamson) certo temor reverencial à ideia da eficiência, o que faz com que sua concepção sobre concentrações e restrições verticais seja bem mais permissiva do que uma derivação lógica, sobretudo da teoria do comportamento estratégico, deveria logicamente indicar. Suas posições tornam-se, em muitos casos, ambíguas (v., a respeito, F. Denozza, “Chicago, l’efficienza e il diritto antitrust”, *Giurisprudenza Commerciale* 1/5 (1988) – esp. p. 25, nota 57). Uma total libertação em relação aos dogmas neoclássicos só virá com as teorias críticas ao dogma da racionalidade neoclássica e com a teoria jurídica do direito antitruste. Para elas os fundamentais estudos de Williamson sobre os comportamentos estratégicos não deixarão de ser instrumento essencial.

23. R. Coase, “The nature of the firm”, cit., in *The Firm, the Market and the Law*, pp. 38 e ss. Essa concepção consagrada de Coase foi recepcionada pelas *Merger Guidelines* norte-americanas. Nelas há referência expressa a problemas das concentrações verticais diretamente ligados a *transaction cost economics* (v., a respeito, O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, cit., pp. 101 e ss.).

24. Cf. R. van den Bergh, “L’analisi economica del diritto della concorrenza”, in *Diritto Antitrust Italiano*, vol. I, p. 1 (esp. p. 35).

renciais, a definição dos preços pode levar a impasses. A determinação das características do produto é motivo de preocupação principalmente naqueles contratos de longa duração. Neles frequentemente o vendedor nega-se a especificar com precisão as condições (inclusive de preço) em que o produto virá a ser fornecido no futuro. Essas incertezas são bastante inconvenientes para o comprador que quer planejar sua atividade econômica.

Em consequência, é a eliminação das incertezas que incentiva o empresário a organizar essas atividades internamente na empresa. Coase, aliás, define o próprio conceito econômico de *empresa (firm)* a partir do feixe de relações que nela se verifica.²⁵ Na *empresa* as transações são comandadas pela organização empresarial e não pelo mercado, e a *empresa* será tanto maior quanto mais interessante for para o empresário substituir as transações de mercado por transações internas.

Como observa a doutrina, essa situação de incerteza com relação aos preços pode ser aproveitada de outro modo. A concentração vertical, com efeito, pode ser utilizada como forma de escapar à regulamentação governamental de preços. Imagine-se, por exemplo, um distribuidor que tem seus preços regulados e adquire seu fornecedor. Imagine-se, ainda, que, dada a relevante participação do produtor no mercado, se torne muito mais difícil para as autoridades determinar o preço de mercado da venda ao distribuidor daquele tipo de produto. Será, então, muito mais difícil ter acesso e confiança na estrutura de custos fornecida pelo agente sujeito a regulamentação (o distribuidor), e, portanto, muito mais difícil controlar seus preços.

No sistema norte-americano a preocupação com esse tipo de situação é tanta, que as *Merger Guidelines* de 1984 (nesse ponto não modificadas pelas *Merger Guidelines* de 1992) dedicam um tópico especial à *evasion of rate regulation* (item 4.2.3). Ali se afirma que não só os custos do produtor podem ser mascarados para dificultar a supervisão

25. Assim define R. Coase a *firma*: “A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur” (“The nature of the firm”, cit., in *The Firm, the Market and the Law*, pp. 41-42). Coase havia já previamente definido o caráter particular do “contrato” pelo qual os fatores de produção se submetem à direção empresarial, em forma bastante original para a época (ao menos na literatura econômica tradicional) e que antecipa evoluções ulteriores do direito societário: “The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur. Within these limits, he can therefore direct the other factors of production”.

dos preços do distribuidor, mas também os preços do produtor podem ser até ficticiamente elevados para evitar a referida supervisão. Assim, determina-se que as concentrações verticais em mercados regulamentados sejam objeto de especial cuidado.

Apesar dessas restrições pontuais, a teoria dos custos de transação, de um modo geral, é mais permissiva às concentrações verticais que as teorias anteriores, exatamente porque nelas identifica uma “eficiência” até então desconhecida – a diminuição dos custos das transações.

Essa maior permissividade no campo do controle das estruturas é, no entanto, compensada por maior rigor no controle dos comportamentos. Exatamente porque diminuem os custos das transações – e essa é a razão para a eficiência identificada –, mais fácil se torna a colusão. Assim, segundo essa teoria, um dos maiores riscos decorrentes das concentrações verticais é que os produtores consigam mais facilmente entre eles implantar um cartel de preços. A razão para isso é que, se um mercado de produtores oligopolizado se concentrar no sentido vertical, será mais fácil controlar a prática dos preços combinados.

Como é sabido, o maior problema dos cartéis é a possibilidade de defecção ou de fraude por parte de seus participantes, já que essa defecção, sobretudo se não descoberta pelos demais participantes do cartel, pode proporcionar vultosos lucros no curto prazo. Se as transações entre produtores e revendedores são realizadas internamente à *empresa (firm)*, no sentido a ela atribuído por Coase), pois esta se integrou verticalmente, o controle do cumprimento do combinado entre os membros do cartel pode fazer-se através da análise do preço de venda ao consumidor – que é muito mais fácil de ser verificado do que o preço cobrado do revendedor.²⁶

Essa possibilidade não é considerada razão suficiente para impedir uma concentração que, claramente, possa economizar “custos de transação”. É bastante, no entanto, para sugerir maior atenção ao comportamento potencialmente colusivo de empresas verticalmente integradas ou à integração vertical das empresas oligopolistas.²⁷

Outra consequência importante da teoria dos custos de transação é chamar a atenção para as diferenças específicas entre o comportamento dos monopólios e o dos oligopólios. Ressalta-se que para os oligopólios

26. Cf. O. Williamson, “Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach”, cit., *University of Pennsylvania Law Review* 127/967.

27. Idem, pp. 962 e ss.

a colusão para obter o comportamento unitário tem um custo. Seu comportamento não pode, então, ser assemelhado ao comportamento do monopolista – este, sim, sem qualquer custo adicional de implementação. O comportamento das autoridades antitruste deve, portanto, direcionar-se no sentido de dificultar o comportamento colusivo, aumentando os custos das transações (remédio comportamental) – não é necessário sancionar estruturalmente os oligopólios. Ainda aqui a teoria dos custos de transação sugere maior atenção ao controle comportamental.

Finalmente, a teoria dos custos de transação é precursora de desenvolvimentos institucionais importantíssimos, como a teoria dos comportamentos estratégicos e a da racionalidade limitada. Elas, na verdade, surgem dos dois elementos que na concepção dos transacionistas levam às incertezas (e, portanto, à ineficiência alocativa): o comportamento oportunístico e a racionalidade limitada.

2.2.3.2 *As teorias econômicas críticas ao dogma neoclássico da racionalidade econômica* – Como salientado supra, a nova Economia Institucional é bastante eclética. Da posição originária de Coase, consideravelmente alinhada com o dogma da eficiência econômica, evolui-se para linhas de raciocínio críticas em relação ao paradigma neoclássico da maximização da eficiência econômica. O principal grupo, que ilumina bastante a construção jurídica que se procurará fazer a seguir, é formado exatamente por aquelas teorias que negam veementemente o dogma neoclássico da racionalidade maximizadora de eficiência econômica.

Algumas de suas afirmações são tão críticas que, por vezes, se torna difícil ver qualquer ligação com as origens da nova Economia Institucional. Essa ligação, no entanto, está presente, e não pode ser negada. É na identificação feita pela nova Economia Institucional dos limites subjetivos às transações,²⁸ talvez seu maior passo de ruptura em relação aos dogmas neoclássicos, que se pode firmar o terreno sobre o qual essas teorias são desenvolvidas.

Por essa razão, considera-se necessário incluir essas teorias no capítulo dedicado à nova Economia Institucional.

a) *A teoria dos comportamentos estratégicos*: A teoria econômica com maiores efeitos aplicativos no campo das condutas é a *teoria dos comportamentos estratégicos*, que propugna por uma revisão dos comportamentos considerados dignos de atenção no campo concorrencial.

28. Para a identificação desse elemento, v. o fundamental trabalho de O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, cit., pp. 9 e ss.

A teoria dos comportamentos estratégicos surge para resolver um dilema: qual deve ser a posição do Direito em face das transações e negociações entre particulares onde a posição jurídica de um deles pode ser afetada pelo comportamento de outro?

Diante do dilema, o Direito para os economistas pode assumir duas posições: acreditar que esse tipo de problema será sempre resolvido pela negociação entre as partes; ou acreditar que as partes tendem sempre a procurar obter proveito sobre a contraparte. As respostas que o Direito é chamado a dar em cada um dos casos são conhecidas dentro dessa teoria, respectivamente, como “Teorema de Coase” e “Teorema de Hobbes”.

No primeiro caso, tese do famoso economista, o papel do Direito é simplesmente eliminar os custos das transações, alocando-os para a parte nelas mais interessada. Na segunda hipótese, assim cognominada para salientar o intervencionismo da solução –, verdadeira paráfrase jurídica da ideia política do famoso filósofo –, o Direito representa uma solução institucional para evitar prejuízos para ambas as partes e a desorganização da vida em sociedade.²⁹

A primeira hipótese corresponde à visão neoclássica, informada pela concepção chicagoiense da sociedade e do papel do Direito. A segunda identifica-se com a visão institucionalista – iluminada pelo caráter intervencionista do papel do Direito – e com a teoria jurídica do conhecimento e do comportamento econômico, que será exposta logo a seguir. No campo das teorias econômicas encontra ressonância exatamente na teoria dos comportamentos estratégicos.

A proposição básica da teoria dos comportamentos estratégicos é muito simples. Muitas vezes, sobretudo quando é capaz de influenciar a posição jurídica da outra parte, o agente econômico não age movido por uma racionalidade individual. Sua atuação é direcionada a obter o maior lucro nas transações, mesmo que isso envolva a eliminação da contraparte.³⁰ Cumpre ao Direito, portanto, desestimular o comportamento estratégico e incentivar o comportamento cooperativo.³¹

29. V., a respeito de ambas, R. Coater, “The cost of Coase”, in A. W. Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 150 e ss.

30. Trata-se, por assim dizer, da generalização para hipóteses não colusivas, em que não se aplica a teoria dos jogos, dos pressupostos individualistas de que partira Nash.

31. Cf. A. W. Katz, “Refining the model I – Strategic behavior”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 147. Na verdade, a oposição entre cooperação e comportamento estratégico,

Apesar de suas possibilidades aplicativas enormes, a utilização dessa teoria em matéria de direito antitruste³² tem sido, pelo menos na doutrina econômica (talvez ainda por temor reverencial ao mito neoclássico da racionalidade), relativamente restrita. Até agora ela se encontra confinada ao estudo dos preços predatórios e das inovações tecnológicas tendentes à eliminação de concorrentes.³³

Para os neoclássicos a cobrança de preços predatórios é irracional, pois não é possível para o agente que pratica preços predatórios recuperar posteriormente o montante (consistente na diferença entre os preços predatórios cobrados e os custos) despendido no movimento predatório. Isso porque qualquer tentativa de cobrar preços monopolistas seria seguida por uma entrada de novos concorrentes no mercado, o que impediria o predador de obter os lucros extraordinários necessários para a recuperação de seu “investimento”.

A nova teoria econômica sobre preços predatórios responde a essa dúvida a respeito da possibilidade de recuperação do valor empregado no movimento predatório. Afirma-se que quando uma empresa pratica preços predatórios contra várias outras empresas cria, em torno dela, uma reputação de irracionalidade. Outros agentes econômicos que até

tão presente na análise econômica, retorna com toda a força na teoria jurídica proposta, cujo principal objetivo é o incentivo à cooperação e o desincentivo à predação estratégica (v. Parte I, Capítulo II, subitem 4.3). Também O. Williamson aceita a teoria dos comportamentos estratégicos (*Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, cit., pp. 26 e ss.). Considera “oportunismo” uma das formas de falha organizativa dos mercados. Serve-se dela, no entanto, para sustentar a necessidade de substituir o mercado pela organização interna, isto é, justificar as concentrações entre empresas – solução, evidentemente, insuficiente para resolver os problemas comportamentais no direito antitruste.

32. A teoria dos comportamentos estratégicos é utilizada por economistas para análise de vários outros campos do Direito – direito das obrigações (responsabilidade civil e contratos), direito processual etc. (v., a respeito, respectivamente: A. Katz, “The strategic structure of offer and acceptance”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998; A. Leff, “Injury, ignorance and spite: the dynamics of coercitive collection”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998; e D. Rosenberg e S. Shavell, “A model in which suits are brought for their nuisance value”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, respectivamente pp. 171, 158 e 168).

33. A lógica de ambos é muito parecida. Há o investimento (em diminuição de preço ou em tecnologia) direcionado unicamente à eliminação do concorrente, que depois é recuperado através de lucro monopolista (v. J. Ordovery e R. Willig, “An economic definition of predation: pricing and product innovation”, *Yale Law Journal* 91/8 e ss., 1981).

então não haviam competido com a empresa irracional (ou *crazy firm*, na expressão original norte-americana) temem que ela se volte contra eles, exatamente por sua reputação de irracionalidade. A consequência é que eles acabarão sempre por evitar o confronto com o predador: ou decidirão voluntariamente cooperar com o predador, cobrando preços altos e facilitando a colusão (no caso de a cobrança de preços predatórios ser direcionada a manter unido um cartel de preços, evitando defecções); ou, então, caso a prática de preços predatórios seja direcionada efetivamente a eliminar o concorrente do mercado, simplesmente transferirão ao predador a empresa vítima da prática predatória a baixo preço. Na doutrina norte-americana o crescimento da empresa *American Tobacco* no início do século é citado como demonstração dessa última hipótese.³⁴

Toda essa teorização só se tornou possível a partir da concentração das atenções sobre a avaliação que os concorrentes fazem dos comportamentos dos outros, sejam eles racionais ou, como agora visto, completamente irracionais (segundo os padrões neoclássicos). Por ser uma teoria econômica, esse modelo limita-se (como, de resto, é o correto) a identificar um fato econômico e uma tendência de comportamento (estratégico-individualista). Nada ou pouco pode dizer sobre os fundamentos e a forma de obtenção do comportamento desejado (dever-ser). Isso é tarefa valorativa, da teoria jurídica, que será descrita adiante.

b) *A teoria da racionalidade limitada*: A mais revolucionária de todas as teorias econômicas pós-Chicago direcionadas ao estudo do direito antitruste é, sem dúvida, a *teoria da racionalidade limitada*.

Incerteza e informação imperfeita não são limitações dentro das quais os indivíduos procuram maximizar sua utilidade, como querem os neoclássicos; mas limites ao próprio processo de raciocínio. Esse é o pressuposto dessa teoria.

Segundo essa visão, a maximização de utilidade e de resultados, tão cara aos economistas neoclássicos, é uma tarefa impossível no complexo mundo em que vivemos. Existe um excessivo número de comparações e informações a serem recebidas e consideradas. É impossível ao consumidor, em toda situação em que se encontra, ser completamente racional, levando em conta todas as possíveis alternativas e escolhendo de forma absolutamente racional e maximizadora de utilidade a partir daí.³⁵

34. Cf. M. Burns, "Predatory pricing and the acquisition cost of competitors", *Journal of Political Economy* 94/266 (1986).

35. O. Williamson ilustra bem a situação, comparando-a com um jogo de xadrez. É impossível ao consumidor, em toda situação singular da vida, levar em conta

Além disso, existe uma série de incertezas, eventos não dependentes da vontade humana, que influenciam as transações e que não podem ser previstos. A racionalidade é, portanto, necessária e fisicamente limitada.

Em um ambiente assim definido, a racionalidade consiste em encontrar e seguir um conjunto lógico de regras e procedimentos para lidar com as tarefas da vida diária. Esse conjunto de procedimentos inclui valores e deve ser suficientemente flexível para permitir a adaptação do comportamento do indivíduo às mutações da vida diária.³⁶

Essa teoria, bastante crítica do ponto de vista econômico, parece carecer de capacidade criativa. Rejeitada a racionalidade neoclássica, que elementos podem guiar o comportamento dos indivíduos no mundo jurídico? Uma possível explicação, ainda que não a única (sob pena de cair no mesmo sectarismo neoclássico), é a teoria jurídica dos comportamentos econômicos e sociais, que passamos a apresentar.

3. Os comportamentos na teoria jurídica

3.1 A estrutura do ilícito: ato, elemento volitivo e efeito

Para definir a estrutura do ilícito, o primeiro problema a ser enfrentado é o tradicional dilema do direito antitruste entre *efeitos* e *elemento intencional*.

A decisão por um ou por outro dos elementos tem importantíssimas consequências. Escolher os efeitos como único critério de ilicitude implica aceitar uma visão do direito antitruste baseada na maximização da eficiência. É bastante óbvio que concentrar as atenções exclusivamente nos efeitos significa valorar o ato pelos resultados que produz, significa centrar as atenções sobre o resultado econômico, seja ele representado por um efeito pró ou anticoncorrencial ou, mesmo, por um aumento da riqueza global da sociedade (*ótimo de Pareto*).

Dar importância às intenções, ao lado dos efeitos, significa valorar as condutas e, sobretudo, valorizar o bem jurídico *concorrência*. "Pro-

todas as possíveis alternativas à sua disposição, o que não é sempre feito sequer pelos campeões de xadrez (*Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, cit., p. 23).

36. Cf. H. Simon, "Rationality in Psychology and Economics", e A. Katz, "Refining the model IV – The theory of bounded rationality", in *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1998, respectivamente pp. 270 e 267. O primeiro autor propugna por uma visão procedimental psicológica da racionalidade.

curar a intenção” significa perquirir a existência de um objetivo estratégico de atingir o bem *concorrência*, dominando o mercado, limitando a própria concorrência etc. Consequentemente, a preocupação com as intenções, com os objetivos, nada mais é que preocupação com a concorrência. É nada mais que um efeito do reconhecimento da importância da persecução do comportamento oportunístico, estratégico, intencionalmente voltado a transferir artificialmente os custos das transações para os concorrentes (v., supra, subitem 2.2.3.2, “a”).

No Direito Brasileiro, se não está presente diretamente a intenção, o elemento volitivo está inegavelmente presente (a diferença entre ambos em matéria concorrencial será explicada logo adiante). É difícil negar em ambas as situações a existência de (algum) elemento intencional. A Constituição Federal faz referência a atos que “visem à” dominação dos mercados, restrição da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Já, a Lei 12.529/2011 menciona como ilícitos aqueles atos “que tenham por objeto (...)”. É inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo. Ao invés de simplesmente refutar sua existência, parece necessário determinar o significado específico dessa intenção.

Esse significado pode ser bem compreendido a partir da resolução de uma questão jurídico-sistemática importante. Como compatibilizar essa clara preferência constitucional pelo elemento volitivo com os dois elementos contidos no *caput* do art. 36 da Lei Concorrencial brasileira, aparentemente mais abrangente, que faz referência expressa também aos efeitos, ao lado dos objetivos das condutas?

Os dispositivos são perfeitamente compatíveis e até complementares. Basta notar que a lei brasileira não impõe a produção concreta dos efeitos para caracterizar a ilicitude. Basta a potencialidade de sua ocorrência. Além disso, os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção (objetivo) de eliminar os concorrentes do mercado.

Essa alternância de critérios da lei tampouco significa que esta quis alargar a abrangência do controle das condutas. Não significa – e nem poderia significar – que o legislador quis utilizar dois critérios diferenciáveis no tempo: um a ser pesquisado quando da realização do ato (intenção), e outro depois (efeito). Isso tornaria, em princípio, eterna e incerta a aplicação das regras sobre conduta. Ademais, isso tornaria a lei incompatível com a Constituição, que, claramente, optou por considerar ilícito aquele ato intencional que visa a um objetivo predeterminado e anticoncorrencial.

Assim, a lei só pode ser interpretada no sentido de que, no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa.³⁷

É verdade que a intenção é, em teoria, mais ampla. Pode ser demonstrada sua existência através de documentos internos da empresa acusada de comportamento ilícito, mesmo nos casos em que os dados econômicos indiquem que não é possível produzir os resultados esperados.

Dois fatos fazem, no entanto, com que essa dicotomia seja quase que meramente teórica. Em primeiro lugar, na grande maioria dos casos inexistente documentação interna comprobatória das intenções do agente econômico.³⁸ Consequentemente, é preciso lançar mão de dados econômicos que permitam presumir essa intenção.³⁹

A esse argumento pragmático é necessário adicionar outro, dogmático. Documentos internos da empresa só podem representar verdadeira intenção na medida em que ela tenha uma mínima capacidade de atingir os objetivos desejados. Admitida a racionalidade dos agentes econômi-

37. Essa alternância está bastante em linha com o critério adotado para aplicação do art. 81 do Tratado EU, que, à semelhança da lei brasileira (até por ter sido sua inspiradora em muitos pontos), adota uma concepção institucional da concorrência, por ter sido fortemente influenciada pelo ordoliberalismo alemão (v., nesse sentido, E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, Beck, 1974, p. 224 – que, analisando a mesma alternativa inserida no art. 81, I, do Tratado de Roma, afirma: “Die alternative Formulierung der Kriterien, nach denen den Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen zugerechnet werden, zeigt vielmehr den Zusammenhang von Zurechenbarkeit und Beweisbarkeit bezweckter oder bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen. In der Regel kann angenommen werden, dass die Unternehmen die bezweckten Wirkungen auch hervorrufen können”).

38. E a tentativa de estender o conceito de “documento comprobatório” é extremamente arriscada para a ordem jurídica constitucional, e especialmente para a proteção de certos direitos individuais (v., nesta Parte III, o Capítulo III, subitem 4.2.1.1).

39. Poder-se-ia perguntar em que medida essa objetivação dos critérios de apuração da intenção não implica, na prática, um distanciamento da própria teoria subjetiva e um retorno à ideia dos efeitos. A resposta é uma negativa, e por duas razões muito simples. Em primeiro lugar porque – é preciso repetir – não se trata de apuração de efeitos efetivos, mas da possibilidade de sua ocorrência. Mas, além, e muito mais importante que isso, a objetivação dos critérios permite preservar o fulcro do critério subjetivo, qual seja, a possibilidade de demonstrar que não havia intenção de eliminar a concorrência, obtendo dominação do mercado. É a mesma diferenciação que torna a presunção de culpa mediante critérios objetivos profundamente diversa e por vezes mais útil que a teoria da responsabilidade objetiva no direito civil.

cos, o maior indício de que determinada conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo. Assim, o círculo completa a sua volta. Os efeitos (potenciais) levam às intenções, e vice-versa.⁴⁰

Ressaltar o mútuo relacionamento entre esses dois requisitos previstos em lei como alternativos (intenção e possibilidade de produção de efeitos) para avaliação da licitude de condutas concorrenciais não é mero exercício cerebrino, e muito menos inútil.

Em casos-limites (que se verificam especialmente nas hipóteses de colusão), em que aparentemente só intenção ou só efeito potencial está presente, será preciso reviver o inter-relacionamento aqui brevemente descrito para determinar a ilicitude. Como se verá no Capítulo III, em matéria de cartel é, via de regra, da possibilidade econômica concreta da produção de efeitos (e só dela) que é possível deduzir a existência de elemento intencional na conduta.

Mas, para que possam confluir a ponto de poder tutelar a mesma ideia (institucionalista), os dois requisitos têm de ganhar robustez. Do estudo desse mútuo relacionamento resultam, portanto, conceitos mais concretos e profundos tanto de intenção como de efeito em direito concorrenciais. Em ambos os casos isso nada mais significa que tornar os referidos conceitos coerentes com a concepção institucionalista da concorrência. Exatamente como na teoria finalista da ação em direito penal, o reconhecimento do inter-relacionamento entre os dois requisitos faz com que cada um deles traga elementos para caracterização do outro.

A compreensão da influência dos efeitos potenciais sobre o mercado no raciocínio e no planejamento do agente econômico racional faz com que o estudo das intenções mude inteiramente de figura. Perde totalmente seu ranço subjetivista, que torna sua aplicação geralmente incerta e arbitrária. Não se trata mais de perquirir a vontade dos diretores da empresa, mas, sim, qual o plano empresarial da sociedade.⁴¹ É o plano

40. Evolução muito semelhante à aqui sugerida sofreu a interpretação do art. 81 (1) do Tratado de Roma, que também prevê a alternância entre intenção e efeito. A doutrina, interpretando como tem sido aplicado o Tratado até agora, afirma: "Die Praxis ist freilich nicht ganz einheitlich, da in zahlreichen Fällen, namentlich in der Mehrzahl der Entscheidungen der Kommission, Zweck und Wirkung der Massnahme doch nebeneinander geprüft worden sind und die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 erst bejaht wurde, nachdem ihre wettbewerbsbeschränkende Wirkung (neben der entsprechenden Zwecksetzung) feststand" (v. Emmerich, in Immenga e Mestmäcker, *EWG Kommentar*, vol. I, München, Beck, 1997, sub art 85 (1), Rdn. 239, p. 185).

41. V., nesse sentido, E. J. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., p. 226.

da empresa, revelado por contratos, atos e reações práticas, que distingue sua intenção.⁴² Isso, por seu lado, dá sustentação à aplicação das sanções à pessoa jurídica. A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica aperfeiçoa-se e ganha consistência lógica. O efeito ganha também nova e mais consistente qualificação teórica. Distancia-se da definição política ou até ideológica ao deixar de representar um dado econômico real (eficiência), e passar a ser definido como um risco potencial à concorrência.

Esse novo sentido institucionalista dos efeitos em direito concorrenciais explica o porquê da referência frequente na doutrina antitruste à razoabilidade ou regra da razão. A regra da razão, elaborada pelos anglo-saxões, nada mais é que uma forma inconsciente de busca de um critério de reprovação social. Reconhecida a importância do valor institucional *concorrência* (o que, sem dúvida, havia nos primórdios do direito antitruste americano), são reprovados somente os atos que sobre ela tenham potenciais efeitos.

Exatamente por esse motivo, a regra da razão utilizada no controle comportamental é muito mais simples que aquela utilizada no controle das estruturas. Não há necessidade de demonstrar, cumulativamente – como ocorre na disciplina das estruturas –, a razoabilidade e a presença de justificativa para o ato, consistindo a primeira na não existência de limitação exagerada à concorrência, e a segunda na presença de uma justificativa econômica para o ato (aumento da eficiência ou progresso tecnológico, por exemplo) (v. Parte II, Capítulo II, item 2).

Quanto ao primeiro elemento, a razão é simples. Alguns dos ilícitos, aqueles chamados de "concorrência desleal", prescindem até mesmo da demonstração de posição de poder no mercado. O comportamento é ilícito por ser desleal, independentemente da força econômica do agente. Quanto àqueles ilícitos que exigem a demonstração de alguma forma de poder no mercado, a ausência deste já é razão suficiente para a não configuração do ilícito.

Já, o segundo elemento será objeto de análise mais aprofundada abaixo, no Capítulo II, quando do estudo da eficiência econômica. É, de início, evidente, no entanto, que, não havendo na tutela comportamental o complexo jogo de previsões que há no controle das estruturas, o nú-

42. É interessante a palavra utilizada pela doutrina alemã para deixar claro que a intenção é derivada do ato, e não de qualquer elemento subjetivo. Ao invés de falar em "intenção", diz a doutrina que a análise dos objetivos deve procurar a "tendência" (*Tendenz*) do ato. Ora, isso nada mais é que sua capacidade de produzir efeitos (v., a respeito, V. Emmerich, in Immenga e Mestmäcker, *EWG Kommentar*, cit., vol. I, sub art. 85 (1), Rdn. 240-241, p. 185).

mero de justificativas extraconcorrenciais a comportamentos anticompetitivos é bastante reduzido. Com efeito, como se verá, a eficiência em matéria de controle dos comportamentos consiste exatamente em produzir um efeito pró-competitivo, e não anticoncorrencial. Assim, em larga medida, as justificativas acabam por se confundir com as discussões sobre a própria existência do ilícito.

3.2 *Gênese e função das regras sobre controle dos comportamentos na Lei Concorrencial brasileira*

O controle dos comportamentos no Direito Brasileiro é estruturado em um dispositivo básico: o art. 36 da Lei Concorrencial. O *caput* do dispositivo define, com fórmulas gerais, três tipos de ilícitos: a concorrência desleal (inciso I), os atos tendentes à dominação do mercado relevante de bens e serviços (inciso II) e o abuso de posição dominante (inciso IV).⁴³ Em seguida, seu § 3º enumera de forma exemplificativa as

43. O aumento arbitrário dos lucros nada mais é que uma espécie do gênero “abuso de posição dominante”, que não pode ser caracterizada como ilícito independente. A história da referida previsão legal e a lógica econômica unem-se para demonstrá-lo. A referida expressão aparece em todas as Constituições brasileiras, desde 1946, não como método de aferição do poder no mercado, mas como forma independente da caracterização do abuso do poder econômico (ao lado da dominação dos mercados e da eliminação da concorrência), constituindo, portanto, “uma das bases independentes sobre a qual o Congresso pode elaborar legislação antitruste” (B. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1966, p. 189).

Ocorre que, na elaboração concreta da legislação, notou-se a imperfeição da terminologia constitucional. Com efeito, o aumento dos lucros só pode ser considerado arbitrário – e, portanto, só pode constituir ilícito independente – quando decorrente da exploração de uma situação de monopólio. Só ali é que ele constitui a demonstração da utilização do poder no mercado para imposição de preços excessivos.

Em ausência de monopólio o aumento dos lucros não chega a ser sequer arbitrário. Em situação de concorrência (ainda que não perfeita) o aumento dos lucros decorre necessariamente ou do aumento da eficiência produtiva (com diminuição de custos) ou, então, de alguma causa natural, temporária, não imputável ao produtor (por exemplo, a escassez temporária de um produto, que faz aumentar fortemente a demanda por seu substituto imediato). A imposição de preços excessivos não leva, na concorrência perfeita, a lucros excessivos simplesmente porque, como visto, nesse caso ela implica perda de clientela mais que proporcional ao aumento de preços. A consequência é, portanto, prejuízo, e não lucro. Essa realidade foi reconhecida pelo legislador brasileiro, que em 1962 (Lei 4.137, art. 2º, II) vinculou o aumento arbitrário dos lucros à existência de monopólio (natural ou de fato). Como ressalta B. Shieber, a redação do art. 2º, I e II, da referida lei foi modificada pelo substitutivo do Deputado Alde Sampaio, que eliminou a utilização independente do aumento arbitrário dos lucros como ilícito, vinculando sua ocorrência obrigatoriamente aos

hipóteses em que os ilícitos dos incisos do *caput* podem se verificar. Sobre a constitucionalidade da enumeração meramente exemplificativa do § 3º, imagina-se que se manterá a discussão doutrinária antes existente sobre o art. 21 da Lei 8.884/1994,⁴⁴ motivo pelo qual parece importante

casos de monopólio natural ou de fato. Referido Deputado observou, na justificativa de seu Substitutivo: “Também, por outro lado, cobrir todos esses atos pela figura do ‘aumento arbitrário de lucros’ não os caracteriza nem delimita, porque em verdade todo e qualquer ato econômico, praticado por empresa, pode ser posto sob o objetivo de procura de aumento de lucro, com o quê o ato realmente delituoso deixa de ser caracterizado. Nesse particular, só para as empresas em situação de monopólio se pode admitir que o lucro seja procurado *por arbitrio da própria empresa*, e ainda assim como uma consequência do aumento arbitrário dos preços, e não como figura primária do ato que se quer condenar. De fato, o lucro é sempre uma consequência, e por natureza aleatório; não pode, portanto, jamais exprimir uma ação direta perceptível e condenável, e só nos casos de monopólio está em relação direta com a fixação arbitrária dos preços, que são de fato regulados pelo vendedor, em função do lucro que deles advém” (cit. in B. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, cit., pp. 192-193). Criticável na redação da lei de 1962 é, porém, a redução das situações de poder no mercado à figura do monopólio, com desconsideração completa dos oligopólios, monopsônios e oligopsônios.

Pode-se afirmar que a vinculação que já existia na Lei 8.884/1994 perdura na nova lei (Lei 12.529/2011). O aumento arbitrário dos lucros só se caracteriza em presença de poder no mercado, pela simples razão de que, como visto antes, a arbitrariedade só se configura quando o aumento dos lucros decorre do aproveitamento de posição dominante no mercado (seja ela monopolista ou oligopolista). O fato de a dominação dos mercados e o aumento arbitrário dos lucros aparecerem na nova lei em incisos separados (incisos II e III) do art. 36 não significa que possam ter configurações independentes. O que o legislador quis foi apenas desvincular os dois termos no sentido oposto, ou seja, deixar claro que o aproveitamento do poder no mercado não é ilícito apenas quando tem como consequência o aumento arbitrário dos lucros, mas também em outras hipóteses, muitas delas elencadas no art. 36, § 3º. Note-se que a “Exposição de Motivos” do Projeto de Lei 3.712, que se transformou na Lei 8.884/1994, é enfática nesse sentido: “Impor preços excessivos desde 1962 é considerado prática abusiva, quando a empresa que assim procede não estiver sujeita à concorrência efetiva por parte de outros produtores. *A dificuldade de aplicação da referida lei deveu-se apenas à vinculação da prática abusiva a um resultado concreto, o aumento de lucros.* Como não existem grandes dificuldades para a ocultação de lucros e sua distribuição disfarçada, a vinculação do aumento injustificado de preços ao resultado de aumento de lucros inviabilizou a aplicação da lei. Nossa proposta é de que sejam atualizados tais conceitos, utilizando-se a expressão mundialmente consagrada ‘posição dominante’ em lugar dos termos utilizados pela lei de 1962, ‘condições monopolísticas’ e ‘monopólio de fato’, que significam praticamente a mesma coisa, e desvinculada a prática abusiva da comprovação de lucro em balanço obtido pela empresa” (v. *Relatório do Deputado Fábio Feldman sobre o Projeto de Lei n. 3.712, de 1993*, pp. 14-15).

44. Muito se discutiu em doutrina a respeito da tipicidade, ou não, das normas do art. 21 da Lei 8.884/1994. A linha que defendia a tipicidade estrita dessas regras

fazer referência, a seguir, às discussões havidas com relação aos dispositivos de condutas na Lei 8.884/1994 e sua correspondência na nova Lei 12.529/2011 (como se verá, de resto, tais dispositivos foram mantidos praticamente inalterados pelo legislador de 2011).

Esse sistema de definição de ilícitos procurou, de um lado, atender a alguns reclamos da doutrina e dos aplicadores da lei e, de outro, resolver certos problemas criados pela legislação anterior à Lei 8.884/1994. A Lei 8.158, de 8.1.1991, que complementou e revogou apenas em parte a Lei 4.137/1962, havia criado uma dualidade indesejável de legislações concorrenciais. Ambas as leis continham a definição de ilícitos concorrenciais. A consolidação na Lei 8.884 de todos os ilícitos em um só artigo – mantida pela Lei 12.529/2011 – visou, como expressamente declarado na “Exposição de Motivos”, a eliminar esse problema.⁴⁵

afirmava que as referidas normas tinham natureza penal e, portanto, não podiam ser simplesmente exemplificativas. Afirmava, ainda, que o art. 20 não podia conter a lista de ilícitos, pois as hipóteses ali previstas seriam excessivamente amplas e genéricas (v., no sentido da natureza penal daquela lei antitruste, entre outros: J. I. G. Franceschini, *Introdução ao Direito da Concorrência*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 47; L. G. Paes de Barros Leães, “O *dumping* como forma de abuso do poder econômico”, *RDM* 91/5, esp. p. 9, julho-setembro/1993). Dois eram os argumentos que se podiam opor a esse tipo de opinião. Em primeiro lugar, contestar o próprio caráter penal das normas administrativas. Aliás, no campo do direito concorrencial a existência de criminalização expressa de certas condutas demonstra que ambas as esferas não se confundem. Mas o argumento mais forte para contestar a aplicação ao direito antitruste da regra da tipicidade estrita era o segundo. Mesmo aceitando-se o caráter penal do direito concorrencial, não havia motivo para não admitir que o art. 20 contivesse, como expressamente declarava, a definição dos ilícitos, sendo o art. 21 meramente exemplificativo. A razão é simples. Pacífica é a doutrina penal ao reconhecer a existência de *tipos anormais*, caracterizados por conterem *elementos normativos e elementos subjetivos*. Aqui, interessam-nos os primeiros. São eles palavras, locuções ou orações cujo significado a própria ordem jurídica oferece ou decorre de dados culturais a que a lei penal se reporta. Tais tipos, como refere a doutrina, para sua verificação em concreto, exigem um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade (v. J. Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1956, p. 81), ou elementos para cujo entendimento não basta o simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentido tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz (v. Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 2ª ed., vol. I, t. I, Rio de Janeiro, p. 332). Ora, se é possível usar expressões genéricas cujo conteúdo vai ser determinado pela capacidade valorativa do juiz ou por elementos sociológicos ou culturais, o que não dizer da lei que se vale de expressões às quais a ciência econômica é capaz de atribuir significado razoavelmente preciso (domínio do mercado) ou a cultura empresarial imprimiu significado razoavelmente definido (aumentar arbitrariamente os lucros ou limitar a livre concorrência)?

45. V. *Relatório do Deputado Fábio Feldman sobre o Projeto de Lei n. 3.712, de 1993*, cit., ao PL que acabou por se transformar na Lei 8.884, de 11.6.1994, pp. 13-14.

Uma segunda preocupação do legislador de 1994 era encontrar uma via intermediária entre a regra da razão, considerada eficaz e flexível mas pouco adaptável ao “formalismo civilista”, e a regra *per se*, considerada exageradamente rígida.⁴⁶ Era o que se vinha tentando fazer, sem sucesso, desde 1962, através da interpretação das leis anteriores.

Com a Lei 8.884/1994 viu o legislador oportunidade de construir um tipo legal que constituísse essa via intermediária. Imaginou que, consolidando todos os ilícitos em um só artigo (art. 21 – hoje § 3º do art. 36 da Lei 12.529/2011) e subordinando sua caracterização àquelas três categorias (dominação dos mercados, abuso do poder econômico e concorrência desleal) consolidadas no dispositivo anterior (art. 20 – hoje, art. 36, *caput*, da Lei 12.529/2011), conseguiria, ao mesmo tempo, (a) dar liberdade suficiente para o juiz na formulação de uma regra da razão dentro dos limites estabelecidos pelos princípios do art. 20, (b) dificultar, através da fixação dos princípios gerais (art. 20), a contestação constitucional da tipologia aberta que se estava criando⁴⁷ e (c) fornecer aos agentes econômicos certo grau de segurança jurídica através da declaração expressa de um certo número – ainda que não fechado – de infrações puníveis (art. 21 – hoje, § 3º do art. 36).⁴⁸

Como sempre, quando se procura disciplinar em um único dispositivo hipóteses bastante diversas entre si, o disposto tem consequências insuspeitas e indesejáveis. No caso dos dispositivos analisados o grande

46. Esse entendimento fica claro pelo comentário de J. I. G. Franceschini e J. L. V. de A. Franceschini a respeito da aplicação da regra da razão no sistema brasileiro na vigência da Lei 4.137/1962: “Exige-se do intérprete da Lei Antitruste a convivência com a ambiguidade e a flexibilidade de adaptação de conceitos tão díspares entre si, como os da *equity* do Direito Anglo-Saxão e o da tipicidade; entre o formalismo civilista e o pragmatismo da ‘regra da razão’” (v. S. V. Bruna, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 2). A participação ativa do primeiro dos autores na Comissão de elaboração da nova lei constitui forte indicação de que houve uma tentativa de resolução do problema por via legislativa.

47. O *caput* do art. 21 deixa claro que outros ilícitos além dos ali previstos poderão se caracterizar, desde que “configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos”.

48. Essa solução corresponde a clamores já anteriormente manifestados na doutrina no sentido da necessidade de aliar a garantia representada pelo princípio da legalidade à agilidade e maior espectro sancionatório decorrente da existência de tipos abertos ou conceitos juridicamente indeterminados (como era o caso daqueles mencionados no art. 20 da lei – eles, sim, componentes de uma tipologia fechada) (v., nesse sentido, J. A. T. Guerreiro, “Formas de abuso de poder econômico”, *RDM* 66/41, especialmente pp. 46-47, São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1987).

problema é a impossibilidade de relacionar claramente as formas de manifestação dos ilícitos previstas no antigo art. 21 e atual art. 36, § 3º, às três hipóteses de ilícitos mencionadas no antigo art. 20 e atual art. 36, *caput*.⁴⁹

Segundo o art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011, as condutas enumeradas caracterizam infração da ordem econômica desde que “configurem hipótese” (leia-se “qualquer hipótese”) prevista no art. 36, *caput*. Como esse dispositivo prevê os três ilícitos – dominação do mercado (inciso II), abuso de posição dominante (inciso IV) e concorrência desleal (inciso I)⁵⁰ –, a distinção das condutas enumeradas no § 3º torna-se impossível, ao menos tendo em vista exclusivamente a interpretação literal dos dispositivos.

Essa classificação é de rigor, pois a maioria das hipóteses do § 3º só faz sentido quando corretamente identificada aos ilícitos do *caput*. Tome-se, por exemplo, o inciso XVII, que considera ilegal cessar, parcial ou totalmente, as atividades da empresa, ambos sem justa causa comprovada. A não ser em um cenário de direção econômica absoluta, que não é factível imputar à imaginação do legislador brasileiro, não faz sentido considerar ilícito tal tipo de ato se praticado por produtor que tem pouca ou nenhuma influência sobre o volume de produção de mercado. Note-se, no entanto, que seguindo a letra fria da lei se chegaria a essa conclusão ilógica. Assim, essa hipótese só ganha contornos de ilicitude caso seja possível classificá-la como abuso do poder econômico.

Outros casos ainda existem em que a configuração do ilícito só é possível se o ato for realmente apto a levar à formação de uma posição de poder no mercado (que na lei adquire a denominação de “dominação dos mercados”). Assim, todo e qualquer acordo entre concorrentes (de preços, quantidade produzida etc.) só chega a representar perigo para o sistema concorrencial quando puder efetivamente levar à formação de uma posição de poder nos mercados. Só assim será possível atingir o ob-

49. A figura ilícita faltante do “aumento arbitrário dos lucros” (inciso III) nada mais é que uma hipótese particular de abuso de posição dominante.

50. O inciso I, na verdade, dá ao intérprete certa liberdade de formulação da “regra da razão”. Pode-se afirmar, no entanto, com segurança, que atos de concorrência desleal – isto é, atos que visam exclusivamente a prejudicar o concorrente (como, por exemplo, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços do concorrente – art. 36 § 3º, VII) – claramente configuram um “falseamento” e um “prejuízo” para a livre concorrência. A menção ao inciso II justifica-se na teoria da *incipiency*, supraexposta. Evidentemente, qualquer ato de concorrência desleal, na medida em que pode prejudicar o concorrente, pode potencialmente ter como objeto “dominar os mercados”, ou a isso levar o agente.

jetivo final desse tipo de acordo – impor preços mais elevados ou reduzir a qualidade do produto sem perda substancial de clientela. Apenas nesse caso será possível, também, criar dificuldades reais ao funcionamento ou ao desenvolvimento dos concorrentes.

Finalmente, existe um terceiro tipo de caso que não pode ser justificado por qualquer regra da razão. A ilicitude verifica-se qualquer que seja a posição do agente, por constituir prática de concorrência desleal. Cite-se, por exemplo, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (inciso VII).

O sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota, no entanto, nos casos previstos na Lei 12.529/2011. Grande parte – se não a maioria – deles vem prevista como crimes de concorrência desleal (art. 195 da Lei 9.279, de 14.5.1996 – Código da Propriedade Industrial). O fundamento da previsão de tal tipo de ilícitos é a proteção institucional do sistema concorrencial – ou, se assim se preferir, a proteção da existência da competição.

O problema é que, da maneira como está redigida, a lei permite classificar todos os incisos do art. 36, § 3º, como hipóteses de concorrência desleal. Com efeito, uma interpretação meramente gramatical do art. 36, *caput* e § 3º, levaria a afirmar que todas as hipóteses previstas no art. 36, § 3º, são capazes de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa” (art. 36, I). A redação extremamente ampla desse dispositivo transforma-o em um tipo residual, ao qual todas as hipóteses do § 3º podem ser subsumidas. Isso pode levar a desconsiderar as diferenças substanciais entre os ilícitos previstos no art. 36, *caput*, e implicar soluções absolutamente ilógicas do ponto de vista econômico e injustas do ponto de vista jurídico.

O que ocorre é que esse caráter residual inexistente. O inciso I do art. 36 é a explicitação da hipótese do inciso II. Para compreender o porquê é necessário recorrer à teoria concorrencial da incipiência, que será tratada mais adiante (v., nesta Parte III, o Capítulo II, item 2.3).

II

CONDUTAS TENDENTES À DOMINAÇÃO DOS MERCADOS: PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS

*1. O direito concorrencial na Constituição: 1.1 Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica – 1.2 Sentido e funções do art. 173, § 4º, da CF: 1.2.1 O sentido clássico da expressão “abuso de poder econômico” e a mudança na Constituição de 1988 – 1.2.2 Abuso de poder econômico e garantia institucional da concorrência – 1.2.3 Abuso de poder econômico e função social dos agentes no mercado: 1.2.3.1 Bem essencial e função social dos monopolistas – 1.2.3.2 Consequências aplicativas: acesso necessário e preço do acesso – 1.2.3.3 A questão no Direito Brasileiro. 2. Objetividade jurídica e função da expressão “dominação dos mercados”: 2.1 As várias acepções do termo – 2.2 O sentido econômico e suas incertezas – 2.3 O sentido jurídico – 2.4 Tipos de condutas que podem levar à dominação. 3. Justificativas para a dominação dos mercados: extensão e limites: 3.1 O direito industrial: 3.1.1 Notícia histórica – 3.1.2 Função econômica – 3.1.3 Princípios concorrenciais do direito industrial: 3.1.3.1 Consequências sobre a *fattispecie*: a) Definição de patente e marca – b) Requisitos de patenteamento – 3.1.3.2 Consequências para a disciplina – 3.1.4 Direito concorrencial e direito industrial – 3.2 A eficiência econômica: 3.2.1 Ascensão e declínio da defesa da eficiência – 3.2.2 Eficiência no controle das condutas e das estruturas – 3.2.3 Eficiência nos atos tendentes à dominação dos mercados: considerações gerais: 3.2.3.1 Exclusão de concorrentes – 3.2.3.2 Colusão – 3.2.4 Conclusão: balanço concorrencial e eficiência distributiva.*

1. O direito concorrencial na Constituição

1.1 Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica

Complicada, e há muito discutida, é a questão da correta interpretação dos artigos da Constituição referentes à ordem concorren-

cial.¹ A aparente amplitude e a generalidade dos dispositivos constitucionais com frequência justificam as interpretações mais díspares do texto constitucional.

O primeiro dos dispositivos de relevância aplicativa é o art. 174, *caput*, da CF, que atribui ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. A expressa menção do referido dispositivo ao fato de o planejamento econômico ser meramente “indicativo para o setor privado” elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico. Pouco ou nada esclarece, porém, com relação ao grau de intervencionismo. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou bem extremadas na ordem econômica.

Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como “livre iniciativa” e “justiça social” bem como “propriedade privada” e “função social da propriedade” devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito.²

1.2 Sentido e funções do art. 173, § 4º, da CF

1.2.1 O sentido clássico da expressão “abuso de poder econômico” e a mudança na Constituição de 1988

A pergunta que se segue é: dentro desse quadro constitucional, não totalmente claro com respeito aos limites da intervenção estatal na economia, quais os limites da atuação do Estado na ordem concorrencial?

Do ponto de vista positivo a questão centra-se na interpretação a ser dada ao art. 173, § 4º, da CF, pedra fundamental do direito antitruste. O texto constitucional dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

1. Sobre a interpretação da ordem econômica na Constituição v. a obra de E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

2. Assim é que a vinculação do princípio da livre iniciativa ao da justiça social tem sido, por exemplo, usada em muitos casos para permitir o controle de preços em áreas sensíveis, como ocorrido com as mensalidades escolares: STF, ADI 319-DF, RTJ 149/666 – na qual o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei 8.039, de 30.5.1990, que dispôs sobre os critérios de reajuste das mensalidades escolares.

É importante que se entendam as consequências desse dispositivo constitucional, que é frequentemente mal interpretado. Em primeiro lugar, é preciso que fique claro que a concentração do dispositivo constitucional na figura do abuso do poder econômico 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.

A mudança operada no texto constitucional de 1988 é, de resto, muito eloquente nesse sentido. Na Carta Constitucional de 1967 o abuso do poder econômico e a dominação do mercado surgiam como figuras centrais. O aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência surgiam como meras consequências do ilícito principal e único. Essa redação era ainda decorrência da gênese do direito concorrencial brasileiro, que, como destaca B. Shieber, teve origem nos dispositivos constitucionais e penais de proteção à economia popular.³ Em função dessa origem, a ideia de proteção direta do consumidor através da concorrência destacava-se, transparecendo de maneira clara na prevalência exegética da fórmula “abuso do poder econômico”.

Na Constituição de 1988 a expressão “abuso do poder econômico” não tem mais esse sentido. Serve, na verdade, para introduzir os princí-

3. “No Direito Brasileiro, a gênese da lei antitruste encontra-se nos dispositivos que tratam dos crimes contra a economia popular. O primeiro dispositivo legal a usar o termo ‘economia popular’ foi o art. 117 da Constituição de 1934, que dispôs: ‘A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização das empresas de seguro, em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País’. A Constituição de 1937 já deu mais significado à proteção da economia popular. No seu art. 141 estatuiu: ‘A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequado à sua pronta e segura punição’. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto-lei 869, de 18.11.1938, em que foram enumerados os crimes contra a economia popular. Neste decreto-lei, com normas definindo e punindo crimes contra a economia popular, tem-se a primeira norma jurídica antitruste brasileira. O fato de que uma das finalidades do Decreto-lei 869 era servir como legislação antitruste foi explicitado pelo então Ministro da Justiça, Sr. Francisco Campos, em uma entrevista de 28.11.1938. Disse ele: ‘O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País’” (B. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1966, p. 4).

pios relevantes e informadores do direito concorrencial – daí a expressão “que tenha como consequência” ter sido substituída por “que vise a”. Fundamentais passam a ser os “atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência”. São eles que reaparecem como locuções centrais dos dois pilares da lei concorrencial brasileira: o controle das condutas (art. 36 da Lei 12.529/2011) e o controle das estruturas (art. 88 da Lei 12.529/2011).

É não é de espantar. Admitida a proteção institucional da concorrência (v. Parte I, Capítulo III, subitem 1.1.1.4), o controle da forma de sua obtenção passa também a ser indispensável. Portanto, controle da formação de estruturas anticoncorrenciais e controles de condutas tendentes à formação de posições de poder passam a ser temas de relevância imediata.

1.2.2 Abuso de poder econômico e garantia institucional da concorrência

Para bem compreender o art. 173, § 4º, da CF não basta ater-se à sua parte final. A permanência no texto constitucional da locução “abuso do poder econômico” não permite considerá-lo mero elemento de ligação, ou introdutório, aos valores que devem ser verdadeiramente protegidos. Esse tipo de interpretação esvaziaria totalmente o sentido da expressão, o que é contrário à boa regra exegética.

Na verdade, a expressão “abuso de poder econômico” é dotada de muito maior riqueza interpretativa. Sua descoberta, no entanto, só é possível concentrando as atenções sobre a defesa da concorrência como garantia institucional.

E note-se que a defesa da concorrência aparece como garantia institucional no próprio texto da Constituição. Na estrutura constitucional a disciplina econômica não se restringe às regras de cunho eminentemente negativo ou defensivo – típicas das liberdades individuais, cujo objetivo precípuo e histórico é o de proteger o indivíduo contra agressões a seus direitos por parte do Estado. O que se pretende nesses casos é uma não ação ou uma abstenção do Estado. Além disso, o centro de proteção é o indivíduo. Daí ser a disciplina das liberdades individuais também denominada disciplina de “radical subjetivo”.⁴

Já, a disciplina da ordem econômica é de caráter eminentemente afirmativo. Exige-se uma atuação do Estado no sentido de garantir a

4. Essa nomenclatura é usada por J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, pp. 523 e ss.

correta atuação no mercado. Estando há muito tempo ultrapassado o modelo liberal novecentesco da mão invisível do mercado, nos tempos pós-keynesianos a atuação positiva do Estado, no sentido da proteção da ordem econômica, revela-se a mais branda das intervenções. Os direitos de ordem econômica já não mais são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais: a concentração de atenções no indivíduo e o caráter negativo ou de não intervenção. Daí serem denominados pela doutrina de *direitos fundamentais de segunda geração*.⁵ São eles direcionados a coletividades, determinadas ou não, de indivíduos e têm caráter, via de regra, positivo; ou seja, estabelecem ditames de comportamento concreto para o Estado e, quando necessário, também para os particulares.

Tratando-se de ordem concorrencial, mais que de direitos fundamentais, deve-se cogitar da teoria das garantias institucionais (v. Parte I, Capítulo III, subitem 1.1.1.4). O que já foi visto para a disciplina extraconstitucional aplica-se com perfeição às regras constitucionais, até porque nelas teve origem. A defesa da ordem concorrencial é, no sistema da Constituição, uma garantia institucional.

Essa classificação explica muito do conteúdo da disciplina. Em primeiro lugar, tratando-se de garantia institucional, perde interesse a estrutura direito objetivo/direito subjetivo. Muito mais adaptável à garantia de uma instituição que se quer proteger é a estrutura do poder-dever ou direito-função. Isso explica à perfeição o conteúdo do art. 173, § 4º, da CF, que claramente atribui ao poder econômico ou faz dele uma função pública ou, melhor dizendo, social.⁶

O caráter da norma esclarece também a razão, tão cogitada pela doutrina, de sua inclusão em um dispositivo que trata dos poderes e deveres da atuação estatal no campo econômico. Incluir nesse dispositivo a repressão ao abuso do poder econômico tem duplice objetivo. Em primeiro lugar, equiparar os deveres do detentor de poder econômico aos deveres do agente estatal, deixando clara, portanto, a existência de um direito-função. Em segundo lugar, deixar claro o dever de intervenção do Estado para proteção dessa importante garantia institucional.

5. V., nesse sentido, P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 582.

6. F. K. Comparato define o *poder econômico* como uma “função social, de serviço à coletividade” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 143). V., também nesse sentido, S. V. Bruna, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, São Paulo, Ed. RT, 1997, pp. 137 e ss.

Ora, entendido o direito concorrencial como garantia institucional, a expressão “abuso de poder econômico” deixa de ter uma interpretação gramatical e lógica tão óbvia, e passa a ter uma interpretação teleológica mais útil. Duas passam a ser suas principais características.

Em primeiro lugar, tratando-se de uma garantia institucional, e não de um direito subjetivo individual ou de grupo, o que importa é garantir aquela determinada instituição contra quaisquer potenciais efeitos lesivos. Portanto, é preciso que a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os 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 (v., nesta Parte III, o Capítulo I, subitem 3.1).

Assim, a referida expressão passa a ser uma forma de introduzir outro elemento valorativo, normativo, capaz de ajudar a definir a ilicitude.⁷ Não é por outra razão que, no sistema europeu, o art. 82 do Tratado de Roma, cujo elemento normativo central é a expressão “abuso de posição dominante”, é atualmente interpretado como uma regra de proteção à concorrência. A Corte Europeia, no julgamento dos casos “*Continental Can*” e “*Hoffmann/La Roche*”, chegou, inclusive, a identificar o ilícito “abuso de posição dominante” com as práticas anticoncorrenciais.

A ideia-base, tão firme no ambiente europeu, é a proteção da concorrência como instituição. Nesse contexto, a expressão “abuso de posição dominante” serve não apenas como conceito normativo, mas também para dar destaque à intenção de produção dos efeitos sobre a ordem econômica.⁸ E é exatamente esta a segunda função que deve ser atribuída à expressão “abuso do poder econômico” na Constituição brasileira.

7. Cf. W. Möschel, in *GWB Kommentar*, 2ª ed., München, Beck, 1992, sub § 22, Rdn. 13, p. 738 – afirmando que a dubiedade dos efeitos cria um *normativer Entscheidungsbedarf* (que traduz a ideia de imperatividade de uma decisão).

8. A interpretação clássica, originária do referido artigo do Tratado CEE (UE), era, como é sabido, semelhante à interpretação clássica da Constituição brasileira – lá, como aqui, entendia-se que o abuso de posição dominante era ilícito aplicável às relações da empresa com seus parceiros comerciais – consumidores, fornecedores, revendedores. Com essas duas decisões (“*Continental Can*” e “*Hoffmann/La Ro-*

Há, ainda, uma segunda utilidade importante da expressão “abuso do poder econômico”: trazer à tona toda a discussão sobre a função dos agentes econômicos no mercado. *Abuso* é uso anormal, além da finalidade (do Latim *abutere*).⁹ A expressão “abuso do poder econômico”, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). Ora, para apurar o desvio é imperioso determinar a função econômico-social dos agentes econômicos no mercado. É o que se fará a seguir.

1.2.3 Abuso de poder econômico e função social dos agentes no mercado

A referência à função dos agentes econômicos no mercado é polêmica e proposital.

Uma compreensão coerente do direito concorrencial como garantia institucional da concorrência leva, em certos casos, a considerar a existência de uma verdadeira função para o monopolista. Já de há muito se admite, mesmo nos setores não regulados, a necessidade de reconhecer a função social das empresas com posição dominante no mercado. É o que fez no campo concorrencial a doutrina das *essential facilities*,¹⁰ impondo a estas verdadeiras obrigações de fornecimento.

1.2.3.1 Bem essencial e função social dos monopolistas – O conceito de *essential facility* no direito concorrencial é utilizado para hipóteses de extrema concentração econômica. Em 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.

che”) estabiliza-se o entendimento moderno de que o objetivo precípuo do art. 82 é a punição de práticas anticoncorrenciais (v., nesse sentido, P. Manzini, *L'Esclusione della Concorrenza nel Diritto Antitrust Comunitario*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 16 e ss.).

9. V., a respeito da relação abuso de direito/desvio de finalidade e sua aplicação à análise do abuso de poder econômico, a importante obra de S. V. Bruna, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, cit., 1997.

10. V., a respeito da *essential facilities doctrine* e sua aplicação concreta, C. Salomão Filho, “Tratamento jurídico dos monopólios regulados e não regulados”, in *Regulação e Concorrência – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 37 e ss.

Sua formulação inicial tem origem na jurisprudência norte-americana. Em “United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis” a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso a determinada infraestrutura poderia caracterizar infração ao *Sherman Act*, em face das peculiaridades da situação.¹¹ A circunstância que se sobressaía, no caso, era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis sem utilizar certas instalações terminais, as quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississipi. Além disso, não era possível às companhias dependentes deste acesso adquirir ou construir para si as infraestruturas, dados os custos proibitivos para tanto.¹²

Assim os dois pressupostos centrais subjacentes ao raciocínio aplicado nessa clássica decisão podem ser sintetizados: (a) na situação de dependência com relação ao acesso a certos bens; (b) na impossibilidade de superar esta dependência a partir da construção ou aquisição de bens próprios.

Formulação semelhante aparecerá em duas decisões subsequentes da Suprema Corte norte-americana.¹³ Todavia, o caso tido como paradigmático, e cujo raciocínio informou diversas decisões subsequentes, envolveu o setor de telecomunicações. Trata-se do caso “MCI Corp. vs. AT&T”.¹⁴ Neste foram formulados quatro critérios a partir dos quais se determinaria a ilicitude de uma recusa de acesso a certos bens de produção tidos como essenciais, a saber: (a) é preciso que haja o controle de um bem por um monopolista, sendo que outros agentes econômicos dependem daquele para desenvolver suas atividades; (b) deve haver a impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem; (c) houve a negativa de acesso a tal bem; (d) há viabilidade de se fornecer tal acesso.

Uma *essential facility* existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nas quais a

11. 224 U.S. 383 (1912).

12. 224 U.S. 383 (esp. p. 397). É importante observar que a entidade que controlava as instalações terminais existentes era formada por parte das companhias que tinham linhas que chegavam a St. Louis. Eram concorrentes, consequentemente, das demais companhias que dependiam das instalações terminais (p. 398).

13. Cf. “Otter Tail Power Co. vs. United States”, 410 U.S. 366, e “Aspen Skiing Co. vs. Skiing Corp.”, 472 U.S. 585.

14. 740 F.2d 1.081 (esp. pp. 1.132-1.133) (7th Circuit), certiorari negado, 104 S.Ct. 234 (1983).

oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros.

Note-se que a origem da noção de *essential facility* poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infraestruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma *essential facility*. Imagine-se, por exemplo, uma matéria-prima cujas fontes sejam controladas por um único agente.¹⁵

Também a impossibilidade de duplicação do bem pode não decorrer de circunstâncias econômicas, mas jurídicas, como a proteção conferida a um bem imaterial pela legislação autoral ou de propriedade industrial. No “caso *Magill*” a Corte Europeia decidiu que a recusa de licenciar o uso de certas informações, cuja exclusividade era garantida pelo direito autoral nacional, poderia, em certas circunstâncias excepcionais, caracterizar abuso de posição dominante.¹⁶

Para que a aplicação ampla desse princípio seja possível é necessário mudar a compreensão da função do bem fundamental em questão. No Brasil tal mudança tem amplo respaldo constitucional. De há muito inserido em nossa Constituição, o princípio da função social da propriedade teve, por muito tempo, sua aplicação bastante restringida. Aplicado ao clássico conceito romano de propriedade estática, permitia limitação ao uso do bem e à sua disposição. Assim sua larga aplicação em matéria de desapropriação.

Essa interpretação do princípio, como bem destacado pela doutrina, restringe seu verdadeiro alcance. O princípio refere-se também – e talvez

15. Nesse sentido, H. Hovenkamp chega a afirmar: “At bottom, an essential facility is nothing more than a relevant market for some input that is crucial to the production of some secondary product” (*Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, St. Paul, West Publishing Co., 1994, p. 274).

16. Embora a Corte não tenha feito referência expressa às *essential facilities*, a doutrina observa que aquelas “circunstâncias excepcionais” são as derivadas da noção de *essential facility* (v., a respeito, P. Mennicke, “Magill – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur *essential facilities* Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 160/649, 1996).

de forma primordial – à propriedade dos bens de produção, isto é, ao exercício do poder de controle empresarial.¹⁷ Nesse caso, a função social significa a utilização dos bens em benefício de terceiros.

A classificação “bens de consumo/bens de produção” não esgota, no entanto, a variedade dos bens que podem estar sujeitos à aplicação do princípio da função social. Há também os bens de cuja utilização depende a possibilidade de concorrer em determinado mercado. Trata-se dos chamados “bens de acesso necessário”. Em relação a estes se deve falar, sem dúvida, em *função social*, consistente não apenas em sua boa utilização, mas também em sua disponibilização a terceiros (geralmente concorrentes). Pode-se dizer que esta função existe toda vez que tais bens sejam detidos por monopolista de fato ou de direito.

Como se verá mais adiante, esse conceito será extremamente útil na análise de uma série de condutas anticoncorrenciais. Em relação a estas muda completamente a face da política antitruste, transformado um direito antitruste geralmente passivo em algo interventivo, capaz de impor deveres de contratar.¹⁸ Também com relação às justificativas ocorre uma mudança. Como se verá, em especial aquelas jurídicas, baseadas na existência de monopólios legais (patentes, por exemplo), transformam-se radicalmente. Essas circunstâncias, antes que fontes de imunidade ao direito antitruste, geram deveres adicionais, consistentes exatamente no acesso supramencionado (a respeito desse assunto em tema de direito industrial, v., *infra*, subitem 3.1.3).

1.2.3.2 *Consequências aplicativas: acesso necessário e preço do acesso* – A principal das consequências comportamentais da teoria das *essential facilities* é a verdadeira obrigação de fornecimento que se cria para as empresas monopolistas detentoras desses bens essenciais. Trata-se de obrigação ativa de fornecer bens essenciais, muito mais extensa, portanto, que aquela derivada da disciplina usual da recusa de contratar em sede antitruste (cuja casuística mais frequente se constrói em torno de relações contratuais continuadas que são abrupta e injustificadamente interrompidas – v., *infra*, Capítulo III, subitem 3.2.6.1). O titular do bem precisa, portanto, atuar positivamente de forma a garantir o acesso. É o que transparece das decisões já citadas, em particular de “MCI vs. AT&T”.

17. Cf. F. K. Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, *RDM* 63/71 e ss. (1983).

18. V., a respeito dessas características dos monopólios nos setores regulados, C. Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 70 e ss.

Obviamente, essa obrigação deve ser compreendida como abrangente da oferta ao mercado em condições tais que viabilizem as atividades dos outros agentes econômicos, em ambiente concorrencial. A imposição de condições iníquas ou de preços desarrazoados para fornecer o bem deve ser equiparada à recusa de acesso, na medida em que acaba produzindo o mesmo efeito.¹⁹

O preço do bem essencial tem, assim, um caráter central e indissociável do próprio dever de garantir acesso. Não se trata apenas de impedir que o titular do bem aufera lucros exorbitantes em decorrência de sua posição dominante. Resultado igualmente danoso decorrerá da cobrança de preço excessivo em função da falta de concorrentes. O poder econômico detido pelo controlador do bem essencial permite a transferência de custos aos agentes que estão no estágio seguinte da cadeia de produção ou aos próprios consumidores, comprometendo a competitividade destes e a própria fruição dos bens que estariam sendo produzidos.

Essa conclusão teórica encontra reconhecimento expresso em disciplinas de setores regulados, centradas na diluição do poder dos monopólios através da imposição de deveres comportamentais. Digno de nota é o § 24, c/c o § 39, da *Telekommunikationsgesetz* alemã, o qual estabelece que as tarifas de interconexão e acesso às redes de telecomunicações devem, necessariamente, ser baseadas nos custos para o fornecimento eficiente deste acesso. No § 7 do decreto regulamentador (*Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung*, de 1.10.1996) esta exigência é especificada, com a vedação da mudança de tarifas de serviços relativos ao acesso às redes em condições que, injustificadamente, prejudiquem as oportunidades competitivas das empresas que deles dependem.

Essa solução alemã harmoniza-se plenamente com o direito comunitário europeu. No já citado Comunicado da Comissão das Comunidades Europeias sobre a fixação de preços de interconexão é bastante clara a orientação de que estes devem ser competitivos. Neste sentido, recomenda-se expressamente que sejam sempre considerados os custos variáveis médios futuros de longo prazo.²⁰

19. Cf.: P. Märkl, *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 194-196; e J. T. Lang, "Defining legitimate competition: companies duties to supply competitors and access to essential facilities", in *Fordham International Law Journal* 18/436 (esp. p. 437), 1994. A Comissão EU também já se manifestou oficialmente sobre o assunto: "Excessive price for access, as well as being abusive in itself, may also amount an effective refusal to grant access" (*Notice* 98/C265/02).

20. Na Recomendação 98/195/EC da Comissão estes são justificados da seguinte forma: "Interconnection costs should be calculated on the basis of forward-

1.2.3.3 *A questão no Direito Brasileiro* – Compreendidos a extensão e o significado da doutrina das *essential facilities* como criadora de verdadeira função social do monopolista detentor de bens essenciais (no sentido supradefinido), resta a pergunta: esses princípios se sustentam em face do direito positivo brasileiro? Em particular: mesmo naqueles setores não regulados, onde não há disciplina de acesso específica, é razoável, à luz tão somente do direito concorrencial, derivar tal disciplina?

A resposta a esta pergunta é uma afirmativa qualificada. Mais do que compatível, a atribuição de função específica aos monopólios está na própria gênese da Lei Concorrencial brasileira. É ressabido que no Direito Brasileiro os primeiros dispositivos em prol da concorrência vêm inseridos em um sistema de proteção da economia popular contra o poder econômico.

Essas características históricas e sua permanência justificam-se. Todo o sistema econômico nacional foi formado, desde os tempos de Colônia, em torno dos monopólios (estatais e privados). Essa era a forma de exploração colonial, e foi essa forma de exploração monopolista que transmutou para a economia agrícola cafeeira e a economia industrial do século XX.²¹ O direito da concorrência não tinha como não levar em conta essas características específicas da economia brasileira.

Essa história, marcadamente e, como visto, necessariamente protecionista do consumidor em relação ao poder econômico, perdura até hoje, fazendo com que a Lei Antitruste brasileira de 1994 (Lei 8.884) tenha sido uma das últimas do mundo a conter disposições expressas sobre abuso de preços. Na nova lei esses dispositivos não foram mantidos. Ainda assim, o art. 36 da Lei 12.529/2011 continua a prever, em seus incisos III e IV, expressamente a ilicitude de atos que levem ao aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo de posição dominante. Há, portanto, *a contrario sensu*, imposição de deveres aos monopolistas (de não abusar de sua posição). E é nesses dispositivos que se pode vislumbrar

-looking long run average incremental costs, since these costs closely approximate those of an efficient operator employing modern technology. Interconnection charges which are based on such costs may include justified 'mark ups' to cover a portion of forward looking joint and common costs of an efficient operator, as would arise under competitive conditions". Orientação semelhante foi adotada pela *Federal Communications Commission* norte-americana, a partir da *Interconnection Order* de 8.8.1996.

21. Cf., para essa evolução histórica, a obra fundamental de C. Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, 21ª ed., São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1986, pp. 195 e ss.

a imposição de deveres aos monopolistas no sentido supramencionado. E é da imposição de deveres em lei que pode ser inferida a existência de uma função.²²

O critério da essencialidade do produto, fundamental para a doutrina das *essential facilities*, não o é para a caracterização do ilícito “abuso de posição dominante”. Não há dúvida, no entanto, de que a demonstração da essencialidade reforça o poder no mercado. Significa a inexistência de possível ou até mesmo potencial concorrência. Consequência disto é que não há possível alternativa à disciplina direta do abuso de posição dominante. Não há sequer a possibilidade de se imaginar intervir de outra forma sobre o comportamento, alargando a possibilidade de concorrência. Isso reforça, sem dúvida, a função social do monopolista. A inexistência de justificativa (concorrencial) possível para o ato impõe a interpretação do dispositivo como um dever, gerador de uma função.

Note-se que essa visão, lógica do ponto de vista conceitual e legislativo, tem também todo o sentido do ponto de vista lógico e constitucional. Sem dúvida, o conceito de *essential facility* deve ser estendido a qualquer bem fundamental. Imagine-se, por exemplo, os bens fundamentais à vida humana (como medicamentos, por exemplo). São estes, mais que quaisquer outros, bens de acesso fundamental. Sem eles não há envolvimento no processo econômico, pois não há garantia sequer do direito à vida.

Outra consequência evidente do reconhecimento desta função social monopolista está na disciplina da recusa de contratar. Quando de seu estudo voltar-se-á à análise dos monopólios e de sua função (v., infra, Capítulo III, subitem 3.2.6.2, “a”).

22. A possibilidade de definição de uma função a partir de deveres de conduta mencionados em lei é expressamente reconhecida no ordenamento positivo brasileiro. O art. 2º, “e”, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) estabelece que o desvio de finalidade caracteriza-se quando “o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Note-se que a referência à regra de competência justifica-se pelas origens históricas do instituto: oriundo do direito administrativo, traz consigo a ideia típica de competência destinada a um fim (normas-objetivo) e circundada quanto ao resto de margem de discricionariedade (cf. C. A. Bandeira de Mello, “Desvio de poder”, *RDP* 89/27, São Paulo, Ed. RT, 1989). Transferida ao campo privado, ela se sustenta na medida em que se identifique nos dispositivos da ordem econômica norma-objetivo ou, ao menos, objetivos contidos em normas dotados de suficiente grau de sistematicidade a permitir para certos agentes caracterizar a existência de uma função. É o que se passa, segundo as ideias aqui defendidas, com relação aos monopólios.

2. *Objetividade jurídica e função da expressão “dominação dos mercados”*

2.1 *As várias acepções do termo*

Ao direito antitruste, em geral, e aos atos tendentes à dominação dos mercados, em particular, tem sido atribuída uma interpretação eminentemente econômica. Se esse elemento deve ser levado em conta ao lado do jurídico, como é possível fazer conviver o caráter normalmente rígido dos padrões normativos com a flexibilidade necessária à verificação do enunciado em termos econômicos? Qual elemento deve prevalecer na definição do conteúdo mencionado? O elemento econômico ou o elemento valorativo-jurídico?

A solução para esses aparentes dilemas é simples. Para saber qual o elemento prevalecente é necessário verificar a possibilidade de atribuição de objetividade às definições respectivamente em termos econômicos e jurídicos da expressão “dominação dos mercados”.

2.2 *O sentido econômico e suas incertezas*

Vejam, em primeiro lugar, qual pode ser a objetividade em sentido econômico da expressão “dominação dos mercados”, caso haja alguma.

Ora, é conhecida a dificuldade da teoria econômica para definir tais critérios. Além da incerteza na definição do grau de participação necessário para configurar o ilícito, há ainda as incertezas estruturais com relação ao mercado, como a estrutura de custos e as barreiras à entrada (v. Parte II, Capítulo II, subitem 3.1).

Além de vários serem os fatores que podem levar à dominação dos mercados, sua coordenação e sua conjugação são incertas. Evidentemente, não é possível formular uma regra geral que incorpore todos os elementos fundamentais. Só quando da aplicação dos critérios econômicos a cada caso concreto é possível atribuir o correto valor a cada um deles. O que se pode fazer é, no máximo, tentar estabelecer padrões gerais de avaliação.

A participação no mercado, por si só, não é indício definitivo de dominação dos mercados. Sua avaliação depende fundamentalmente da estrutura específica de cada mercado. Se o setor for monopolizado e a conduta em análise colaborar na criação de um oligopólio, a avaliação deve ser, basicamente, positiva.

Caso, no entanto, a conduta reforce uma situação de oligopólio, maior importância e maior rigidez assumirá o critério da participação percentual. Mesmo nesse caso, no entanto, a presença de fatores estruturais que tornam mais difícil o comportamento paralelo entre concorrentes – como, por exemplo, a heterogeneidade pronunciada entre produtos e a estrutura diversa de custos – pode levar a relaxar esse rigor.

Tratando-se de mercado mais próximo da concorrência perfeita, a análise do valor da participação no mercado deve ser feita à luz das barreiras à entrada. As barreiras à entrada são, de resto, elemento-chave para avaliação de qualquer das situações aqui descritas. Isso porque, existentes as barreiras, toda concorrência potencial será automaticamente eliminada. Substancial é, portanto, a limitação à concorrência.

Há ainda outros fatores que devem necessariamente ser levados em conta e que aumentam o grau de incerteza. Um exemplo eloquente é o chamado “poder compensatório”. Uma limitação à concorrência não importa dominação do mercado quando serve simplesmente para contrabalançar outra situação de dominação, existente do outro lado do mercado. Exceção é feita à hipótese em que a dominação do mercado por parte dos compradores de insumos aumente a possibilidade de oligopolização do mercado de produtos finais.

Todas essas incertezas, somadas, levam a um absoluto *non liquet* econômico relativamente ao conceito de dominação dos mercados.

2.3 O sentido jurídico

O fulcro dessas incertezas encontra-se exatamente na impossibilidade prática de se definir com precisão os efeitos no campo econômico. Trata-se de um dos desdobramentos da famosa e correta descrença da Hayek na possibilidade de concentração ou teorização do processo de conhecimento econômico.

A pesquisa da objetividade *jurídica* da expressão “dominação dos mercados” é o que permite eliminar essas incertezas. Interessante para esse fim é a chamada “teoria da limitação dinâmica”.²³ Segundo seus defensores, para definir o significado de *dominação do mercado* é errado buscar um sujeito a ser protegido dos efeitos inconvenientes na órbita

23. Não é difícil descobrir que essa teoria tem profundas raízes ordoliberais, sendo seus formuladores, portanto, sobretudo alemães (v., a respeito da *Theorie der beweglichen Schranken*, W. Möschel, in U. Immenga e E. J. Mestmäcker, *GWB Kommentar*, cit., 2ª ed., sub § 22, Rdn. 16, pp. 739 e ss.).

concorrencial. Procurar elaborar modelos que protejam o consumidor – como fazem os economistas através dos modelos de maximização de riqueza global como o *ótimo de Pareto*;²⁴ ou, mesmo, como fazem outros economistas ao procurar utilizar teoremas econômicos que permitam a proteção dos concorrentes, como o de Kaldor-Hicks²⁵ – é procedimento igualmente errado. Em ambos os casos falta percepção do elemento dinâmico. Esse elemento dinâmico é a concorrência, que passa a ser reconhecida tão logo o foco é retirado dos sujeitos a serem protegidos e colocado na instituição *concorrência*. O objetivo central dessa teoria consiste, portanto, em descolar a análise dos agentes e da racionalidade econômica de seu comportamento, deslocando a discussão para a verificação dos efeitos potenciais sobre a concorrência.

A pergunta que se segue é óbvia. Afirmada a prevalência da instituição sobre os sujeitos na análise jurídica, cumpre, ainda, determinar como é possível atribuir objetividade jurídica a tal conceito.

Aqui, ganha extrema utilidade a análise constitucional realizada há pouco. A necessidade de a dominação ser atingida através de um ato abusivo faz com que se deva perquirir a função do termo “dominação”. Se o abuso objetiva a dominação, então, para que o ato esteja completamente desviado de sua função (isto é, seja abusivo) é necessário entender que bens jurídicos são protegidos pela expressão “dominação dos mercados”. Ou, em outras palavras, de que concorrência se está falando quando se faz referência a “dominação dos mercados”.

Ora, a lógica finalista indica, como visto acima, clara decisão constitucional no sentido da defesa da concorrência. O efeito dessa premissa sobre a expressão “dominação dos mercados” é evidente. Ela passa a dever ser relacionada a qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência, qualquer que seja seu grau. Perde importância o montante da limitação. Não é preciso definir o que significa, econômica e/ou matematicamente, “dominação dos mercados”, com todas as dificuldades imanentes a essa definição. *Dominação dos mercados*, como efeito potencial, pode se identificar à limitação efetiva da concorrência.

Essa definição finalista é respaldada por uma teoria tão antiga e histórica quanto lógica. Está ela à base da formulação do *Clayton Act* norte-americano de 1914. Verificada, após mais de 20 anos de aplicação

24. Cf. R. Posner, “The ethical and political basis of the efficiency norm in Common Law adjudication”, in *Hofstra Law Review* 8/487 e ss. (1979-1980).

25. Cf. G. Calabresi, “The pointlessness of Pareto: carrying Coase further”, in *Yale Law Journal* 100/1.211 (esp. p. 1.216).

do *Sherman Act*, a impossibilidade de estabelecer um controle das condutas convenientes apenas através do ilícito de monopolização, decidiu-se, como afirma o “Preâmbulo” do *Clayton Act*, “prohibit certain trade practices which (...) singly and in themselves are not covered by the [*Sherman Act*] (...) and thus to arrest the creation of trusts, conspiracies and monopolies in their incipiency and before consummation”.

Trata-se da famosa teoria da incipiência (*incipiency*) ou do poder incipiente, tão criticada pelos teóricos de Escola de Chicago,²⁶ mas cuja aplicação criteriosa é responsável, em grande parte, pelo sucesso da aplicação do direito antitruste nos Estados Unidos da América.

Seu significado é bastante simples. A limitação à concorrência deve ser temida já no seu início. Exatamente porque a limitação à concorrência faz parte da racionalidade monopolista, tão mais difundidas e repetidas serão as condutas anticoncorrenciais quanto maior for o poder no mercado. Consequentemente, tão mais fácil será sancioná-lo quanto mais na origem, no início ou na incipiência for ele descoberto e as práticas ilícitas sancionadas. A conclusão, portanto, é que dominação do mercado haverá toda vez que existir risco de limitar a concorrência em seu sentido institucional, isto é, reduzir a escolha do consumidor. Isso ocorrerá quando houver risco de exclusão de concorrente ou de colusão entre concorrentes que possa ter impacto sobre o mercado, limitando a escolha do consumidor.

Colocar o acento sobre a limitação à concorrência, e não ao concorrente, não significa dizer que nenhum ato que possa afetar o concorrente seja relevante para o direito concorrencial. Será, desde que do tipo de comportamento e da estrutura do mercado seja possível inferir que aquela conduta se reproduzirá no mercado ou será capaz, por si só, de afetar o consumidor. Os detalhes de tais características da conduta serão vistos no Capítulo III.

Não parece haver qualquer dúvida sobre a necessidade de aplicação dessa teoria em face da lei brasileira. Ao colocar ao lado da dominação do mercado – art. 36, II – a mera limitação à concorrência de qualquer gênero – art. 36, I –, a lei brasileira não deixa alternativas. Ou o inciso I torna inútil o inciso II, por ser hipótese mais ampla, ou ele nada mais é que um esclarecimento do significado de “dominação” e da concepção adotada na lei.

A teoria da incipiência constitui exatamente a base teórica para essa segunda interpretação. Através de sua aplicação a limitação à con-

26. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, New York, The Free Press, 1978, pp. 47 e ss.

corrência torna-se uma forma de esclarecer e estabelecer os limites da expressão “dominação do mercado”.

É importante observar que os limites não são excessivamente amplos. A referência da lei a limitações à concorrência deixa bem clara sua postura institucionalista e afasta qualquer possibilidade de qualificação do ilícito em caso de lesão a um concorrente específico, e não à concorrência. Ora, quando há lesão à concorrência há um ato tendente à dominação do mercado, desde que seja aceita a teoria da incipiência. Daí a tendencial convergência entre as duas previsões legais. Note-se que a teoria, ao jogar luz sobre a limitação à concorrência (e não ao concorrente), nada mais faz que dar vazão à visão institucional de concorrência, já discutida. Sua aplicação não se confunde, portanto, com aplicação *per se* de ilícitos antitruste. Presentes devem estar o comportamento direcionado à eliminação da concorrência e os requisitos estruturais para que a produção desse efeito seja a menor possível.

Adotada essa teoria, o dado econômico, tido como elemento primordial, assume papel decididamente secundário. Exatamente porque não é mais necessário fazer previsões sobre os efeitos econômicos para consumidores e concorrentes, desaparecem as complexas e incertas previsões sobre os efeitos quantitativos de condutas nas estruturas do mercado. Desaparecem, ou diminuem muitíssimo de importância, as intermináveis discussões sobre a realização, ou não, de eficiência por determinadas condutas. Com efeito, como se verá, em presença de uma análise jurídica, a busca das eficiências perde muito de sua relevância no campo do controle das condutas.

A análise econômica muda, então, substancialmente de figura. Sua utilização fica confinada à determinação da existência de efeitos pró ou anticompetitivos nas condutas e à verificação das possíveis formas que o poder econômico pode assumir no mercado – isto é, das mudanças qualitativas que ocorrem no ambiente concorrencial. Note-se que a referência é proposital às formas de manifestação, e não à sua quantificação.

Como visto supra, a quantificação é desnecessária em matéria das condutas. Uma outra forma de entender essa afirmação é verificar que, em matéria de controle das condutas, o comportamento em si substitui as complexas avaliações de participação e estrutura do mercado típicas do controle estrutural do poder econômico nos mercados (v. Parte II, Capítulo II, subitem 3.1).

Com efeito, quando o poder no mercado é utilizado como critério para qualificar condutas o raciocínio é substancialmente diverso do aplicável para as estruturas. Na primeira hipótese a fixação de uma por-

centagem determinada é incorreta. Isso porque, como se verá, o poder no mercado, quando utilizado para qualificar condutas, é basicamente um critério de eficácia. Há certos tipos de comportamentos que, realizados por agentes sem poder no mercado, não podem produzir qualquer efeito sobre os consumidores e o mercado em geral. Não podem, portanto, ser considerados ilícitos, tanto porque carecem de possibilidade de produzir efeitos como porque inexistem intenção (v., a respeito, nesta Parte III, o Capítulo I, subitem 3.1).

Já, quando do estudo das estruturas observou-se que poder no mercado é um critério para determinação da *fattispecie* e qualificação da disciplina. Sua relevância é, portanto, muito mais ampla e penetrante que no controle das condutas (v. Parte II, Capítulo I, subitem 1.2).

Atualmente, o art. 36, § 2º, prevê a possibilidade de alteração do percentual de 20%²⁷ necessário para caracterização de posição dominante pelo CADE para setores específicos da economia. Trata-se – nada mais, nada menos – de um reconhecimento da variabilidade e da incerte-

27. Analisada em termos comparativos estritamente numéricos, a porcentagem adotada pelo legislador nacional parece razoável. Na Alemanha para a definição do conceito de “empresa com posição dominante no mercado” (*marktbeherrschende Unternehmen*) utiliza-se a porcentagem de 33% quando se tratar de verificação do poder de uma firma isoladamente (monopólio). Tratando-se de exercício conjunto de poder no mercado por várias firmas (oligopólio) requer-se que até 3 controlem juntas 50% do mercado, e até 5 firmas controlem juntas 66% do mercado (§ 22 *GWB*). O aspecto distintivo também aqui não é o numérico, mas, sim, a preocupação central do legislador alemão em distinguir as situações de monopólio e oligopólio – o que não ocorre no caso brasileiro.

A mesma diferença se faz sentir com relação à regulamentação norte-americana. Ali, para identificação das concentrações que se devem sujeitar a controle utiliza-se critério que permite uma avaliação (ainda que superficial) do mercado como um todo e de seu grau de concentração, e não apenas da participação das empresas que se estão concentrando. Trata-se do chamado *Herfindahl-Hirshmann Index/HHI*. Este índice é constituído pela soma dos quadrados das participações de todas as firmas no mercado. Seu máximo é, portanto, 10.000 pontos para o mercado totalmente monopolizado (uma única firma detendo 100% do mercado). Utiliza-se o quadrado, e não o valor simples, das participações para potencializar e dar maior importância relativa àquelas participações mais elevadas. As *Merger Guidelines* americanas de 1984 e 1992 adotam ambas o *HHI* como forma de medição da concentração do mercado. Segundo os critérios ali estabelecidos, índices de até 1.000 pontos representam mercados não concentrados; índices entre 1.000 e 1.800 pontos representam mercados moderadamente concentrados; e índices de mais de 1.800 pontos indicam mercados altamente concentrados (v. 1992 *Merger Guidelines*, item 1.5). Para a análise matemático-econômica das funções do *HHI*, v. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, vol. II-A, Boston/New York/Toronto/London, Little, Brown and Co., 1995, pp. 23 e ss.

za dos resultados econômicos. Exatamente porque não pode ser baseada em dados econômico-matemáticos absolutos, a identificação jurídica da dominação de mercados requer uma análise tipológica elaborada.

Um monopólio é muito diferente de um oligopólio na sua essência. Também os riscos representados por ambas as formas para o mercado são bastante distintos. Essa necessidade de diferenciação é reconhecida em outros sistemas. A legislação alemã utiliza critérios numéricos diferenciados para identificar monopólios e oligopólios. Já, no sistema norte-americano utiliza-se o *Herfindahl-Hirshmann Index/HHI* como critério de identificação das situações potencialmente danosas, cuja vantagem é, exatamente, a de permitir uma avaliação da situação do mercado como um todo, e não apenas das empresas que se estão concentrando.

Para o direito antitruste as situações oligopolísticas apresentam um problema a mais em relação às monopolísticas. Para se demonstrar a existência de poder no mercado é necessário aplicar dois testes, e não apenas um, como no caso dos monopólios. Em primeiro lugar é necessário determinar se existe poder do grupo oligopolista como um todo. Aqui, o método aplicado é idêntico ao utilizado para as situações de monopólio. Mas isso não basta. É necessário, ainda, demonstrar que o grupo de oligopolistas pode ser efetivamente considerado como um único bloco. Para isso é preciso que não exista concorrência nas relações internas entre os oligopolistas, o que, por sua vez, requer a demonstração da existência de comportamento paralelo intencional (v. Parte II, Capítulo I, item 4).

2.4 Tipos de condutas que podem levar à dominação

Definida a noção de *dominação dos mercados*, é preciso, agora, identificar as condutas que podem levar a essa dominação. É possível isolar dois grupos básicos de condutas que podem levar à dominação: exclusão e colusão com concorrentes.

São elas as duas formas clássicas de dominação: ou se coloca o concorrente fora do jogo (*ex-ludere*), passando a dominar sozinho o mercado; ou se joga com o concorrente (*co-ludere*), dominando em conjunto o mercado.

Na primeira hipótese são dois os possíveis gêneros de conduta: predação e negociação compulsória.

A colusão, por outro lado, pode assumir várias formas. Pode dar-se através de acordos entre concorrentes, associações entre empresas,

joint ventures etc. A colusão que interessa ao controle das condutas é, no entanto, muito mais restrita.

A Lei Concorrencial brasileira disciplina a colusão tanto no controle das estruturas quanto no controle das condutas. No controle das estruturas, toda vez que se tratar de *joint venture* cooperativa ou associação, como previsto no art. 9º da lei (v., supra, Parte I, Capítulo III, subitem 2.3). Nessas hipóteses poderá ser aprovada sob a égide do art. 88 da Lei Concorrencial, toda vez que existirem justificativas extraconcorrenciais para o ato. Naqueles casos em que o acordo entre concorrentes seja necessário para proteger determinado tipo de indústria de uma crise estrutural ou, então, para permitir a realização de um projeto específico. Nessa hipótese trata-se de verdadeira cooperação, que tem objetivos outros que o mero acordo sobre preços. Esse é instrumental ou ancilar ao objetivo da cooperação. É exatamente esse objetivo ulterior que dá sustentação teórica à existência de uma alteração estrutural na relação entre as empresas envolvidas, e, portanto, seu tratamento sob a égide do art. 88 da Lei Concorrencial.

Nas hipóteses em que isso não ocorrer, e houver apenas acordo sobre uma variável concorrencial, encaixa-se no controle das condutas. Note-se que – e essa é a observação mais importante a ser feita – a justificativa para o referido ato passa a ser, então, exclusivamente o efeito pró-competitivo que esse possa vir a ter.

Consequentemente, a colusão a ser estudada no controle das condutas é exclusivamente aquela relativa a acordos, tácitos ou expressos, entre concorrentes ou produtores ou fornecedores, sobre variáveis estritamente concorrenciais (preço, quantidade produzida, realização ou não da venda etc.) que possam afetar a concorrência entre eles.

É ao estudo mais pormenorizado das práticas de exclusão e colusão aqui mencionadas que será dedicado o Capítulo III.

3. Justificativas para a dominação dos mercados: extensão e limites

Entendida no sentido jurídico como limitação ou eliminação da concorrência, a dominação dos mercados pode não ser sempre ilícita. Casos existem em que a eliminação da concorrência será decorrente de situações protegidas pela própria lei, e não de práticas ilegítimas. Aqui nos limitaremos a analisar as hipóteses mais frequentes em mercados não regulados. Em mercados regulados as restrições, devido à sua amplitude, devem ser objeto de estudo separado. Na verdade, mais que limitações

a um princípio prevalente, são elas mesmas princípios que por vezes equivalem, por vezes se sobrepõem, ao próprio princípio concorrencial.²⁸

Uma segunda observação importante é necessária. Como já mencionado, em matéria de condutas, ao contrário das estruturas, o número de justificativas é bastante limitado. Não havendo possibilidade de conflito com a política industrial e havendo reconhecimento da postura institucional, é muito restrito, mesmo em tese, o âmbito de justificativas que podem ser admitidas.

A lei brasileira só aceita, em tese, uma justificativa para condutas anticoncorrenciais: a eficiência (art. 36, § 1º). Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste. Trata-se, então, dos chamados “monopólios legais”. Ora, excluídos os setores regulados, a grande categoria de monopólio legal se restringe àquelas situações criadas pelo direito industrial (patentes e marcas).

Eis aí, portanto, as razões para a seleção de ambas as justificativas a seguir tratadas.

3.1 O direito industrial

Na tradicional doutrina comercialista o direito industrial é um ramo à parte – excepcional e derogatório do direito da concorrência. Por outro lado, é famosa a observação de Ascarelli a respeito da complementaridade entre direito industrial e direito da concorrência.²⁹ Afirmo o grande comercialista que, onde não existir a patente ou a marca, o inventor ou usuário do signo distintivo pode valer-se do direito da concorrência – aí entendido em vertente mais fortemente privativa, isto é, como um meio de proteção do concorrente.

Essa afirmação revela a visão clássica do direito industrial como o conjunto de regras de regulamentação de um monopólio legal.³⁰ É preci-

28. V., a respeito, C. Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*, cit., 2ª ed., pp. 70 e ss.

29. T. Ascarelli refere-se a uma função integrativa do direito da concorrência, que faz com que este se aplique toda vez que não há direito absoluto derivado de criação intelectual (*Teoría de la Concurrência y de los Bienes Inmateriales*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1970, p. 178).

30. A discussão sobre o fundamento da concessão de patentes é, com efeito, longuíssima. Ascarelli, simplificando a discussão existente, menciona duas visões opostas do direito das patentes. A primeira, bastante permissiva, identifica nas patentes uma remuneração e um estímulo ao trabalho individual. Criticando essa visão, afirma que o fundamento das patentes é o interesse público no estímulo ao progresso

so, agora, revisitá-la, verificando se o moderno direito concorrencial não impõe uma revisão de conceitos, exigindo proteção da garantia institucional da concorrência mesmo no campo do direito industrial.

tecnológico e científico (*Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, cit., 3ª ed., p. 276). Inegável o interesse público afirmado por Ascarelli, parece apenas possível demonstrar que, na verdade, a própria defesa do progresso tecnológico é instrumental à proteção da concorrência como instituição, que é, segundo a tese aqui defendida, o verdadeiro interesse público a ser protegido.

A razão para isso está em que, ao se identificar nas descobertas e no progresso tecnológico a elas associado o interesse a ser protegido pelas patentes, o fundamento para a concessão de um monopólio legal passa a ser uma contraprestação individual ao interesse público protegido ou à utilidade pública. Essa contraprestação não é nem teoricamente sustentável e muito menos eficiente na prática. Comprova-o a discussão doutrinária havida na Alemanha a respeito dos fundamentos da concessão das patentes. Ali, ao invés das duas teses avançadas por Ascarelli, fala-se em cinco possíveis justificativas para a concessão das patentes. Delas, as quatro primeiras procuram justificar a concessão da patente a partir de uma ideia de contraprestação, e aí exatamente reside sua fraqueza. São elas: a teoria do direito natural (*Naturrechtstheorie*), a teoria contratual (*Vertragstheorie*), a teoria da recompensa (*Belohnungstheorie*) e a teoria do estímulo (*Anspornungstheorie*) (cf. V. Emmerich, in Immenga e Mestmäcker, *GWB Kommentar*, 2ª ed., München, Beck, 1992, sub § 20, Rdn. 3-8, p. 635). A primeira delas traz a clássica explicação naturalista para os institutos jurídicos – o criador tem um direito natural ao patenteamento. A petição de princípio que lhe é insita dificulta qualquer crítica, a não ser aquela a seus pressupostos evidentemente individualistas, razão pela qual hoje ela praticamente não encontra seguidores. A segunda – teoria contratual – é aquela que vê na concessão da patente uma recompensa da comunidade ao inventor pela publicização de sua descoberta. Aqui encontra-se o primeiro exemplo da ineficácia cumulada com insuficiência teórica, antes referida. Como é sabido, as empresas tendem a preferir um segredo industrial, desde que como tal ele possa ser mantido indefinidamente, à publicação e utilização – temporária – de uma patente. Dessa forma, a recompensa oferecida pela teoria contratual é bastante ineficaz. Do ponto de vista teórico, a perspectiva continua sendo eminentemente individualista. A terceira – teoria do estímulo – é bastante semelhante à teoria contratual. Nesse caso, a recompensa é pelo estímulo ao bem-estar individual proporcionado pela patente. Contra essa teoria, às críticas anteriores pode-se, ainda, acrescentar o fato de que, rigorosamente aplicada, importaria não concessão de privilégio na grande maioria dos casos de patenteamento, onde o acréscimo ao bem-estar público é bastante discutível. A última delas – teoria da estimulo às invenções – é, sem dúvida, a que mais se aproxima da tese ascarelliana. Além de teor individualista no seu fundamento, porque procura atribuir um “preço” ao interesse público, ela também tende a ser ineficaz. Como estímulo individual, as patentes tendem a ser de pouco valor. No mundo empresarial moderno raramente é possível identificar o inventor; as invenções são, via de regra, obra coletiva, da organização empresarial. Desse modo, ganha força a quinta teoria, do estímulo ao investimento. Nessa vertente a patente é vista como um incentivo concorrencial às empresas, uma proteção e um estímulo a seus investimentos. Assim configurada, ela pode ser concebida, como se verá mais adiante, como forma de proteger a instituição da concorrência.

3.1.1 Notícia histórica

Os antecedentes remotos das patentes já são encontrados no *Ancien Régime*. Ali se concediam privilégios aos inventores não para incentivá-los à pesquisa e ao progresso científico, mas porque se entendia que desempenhavam um ofício no interesse público. Os mestres de ofício desempenhavam verdadeiro ofício público, que era exatamente o de ensinar os aprendizes. Não é à toa que os períodos de privilégio são exatamente múltiplos dos prazos de aprendizado nas guildas.³¹ Serviam, portanto, para garantir a utilização exclusiva e proteger aquela guilda, enquanto os aprendizes eram treinados na fabricação do produto sob privilégio.

Essa origem remota justifica, portanto, plenamente a visão das patentes como um monopólio legal, excepcional em relação a qualquer regra concorrencial. Também na Baixa Idade Média o mercantilismo reinante influencia a conformação do direito das patentes. A patente serve quase como certificação de qualidade estatal nas distantes Colônias.³²

Os antecedentes remotos das marcas também demonstram a mesma origem, ligada diretamente a interesses mercantilistas. Assim é que na era mercantilista a marca surge como garantia estatal do produto. A obtenção da marca era uma certificação de que processos regulares de produção eram seguidos.³³ O produto poderia, então, ter maior aceitação no mercado internacional.

Com o fim do *Ancien Régime*, no entanto, a função econômica do sistema do direito industrial sofre uma revisão profunda. Essa revisão

31. Muito esclarecedora é a notícia de G. Ferri sobre o assunto:

“Storicamente il fondamento monopolistico della tutela delle creazioni intellettuali non può essere contestato: la posizione di esclusività era infatti conseguenza di una concessione sovrana, consacrata nelle *litterae patentes* (da ciò appunto il termine *patent* che nel Diritto Anglosassone e nel Diritto Tedesco sta a contrassegnare il brevetto industriale).

“Del resto il documento legislativo che per primo fa riferimento alla tutela delle creazioni intellettuali è lo *Statute of Monopolies* del 1624 di Giacomo d’Inghilterra e la giustificazione politica della posizione di esclusività di chi per primo introduceva un nuovo sistema industriale era appunto costituita dal fatto che questa persona veniva considerata maestro di apprendisato della collettività (perciò appunto la durata della esclusiva veniva fissata in 14 o 21 anni) e cioè in un multiplo del periodo di apprendisato delle Gilde, che era appunto di 7 anni” (*Diritto Commerciale*, 10ª ed., Torino, UTET, 1996, p. 172).

32. Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. II, München, Beck, 1989, p. 160.

33. Idem, p. 166.

é decorrência direta dos princípios, transformadores da organização do trabalho e da produção, introduzidos pela Revolução Industrial.

Central nessa nova ordem é a quebra do poder dos corpos econômicos e políticos intermédios, objetivando o fortalecimento do Estado. A quebra dos monopólios das guildas, a liberalização do exercício de qualquer profissão e, conseqüentemente, a liberdade de competição ganham, então, relevo fundamental.

Essa mudança no cenário econômico induz intensas transformações no fundamento econômico e, a médio prazo, na disciplina jurídica tanto da patente quanto da marca.

Em um cenário econômico dessa forma transformado, perde sentido a justificação das patentes com base nos velhos privilégios medievais. Ganha enorme significado, por outro lado, o estímulo à criatividade e à invenção. Num mundo de livre competição, esse é o elemento fundamental para o estímulo individual e o progresso econômico. Surgem nessa época, então, as leis tendentes a proteger as patentes. Uma das primeiras delas é a lei francesa de 1791 que atribui aos inventores os chamados *brevets d'invention*.³⁴

Seguem-se, no século XIX, numerosas outras legislações que preveem e consagram os privilégios de invenção. Durante todo o século XIX o grande problema, ainda resquício do sistema corporativo, é o do reconhecimento das patentes estrangeiras. O sistema exclusivamente nacional de direito industrial faz com que os importadores nacionais possam registrar as patentes como *brevets d'importation*. A visão corporativa, antes limitada às corporações de ofício, agora se transforma em um corporativismo nacional.

O crescimento do comércio mundial obviamente não pode conviver com tal desestímulo. Daí uma das principais razões para a celebração da Convenção de Paris em 1883, criando um sistema internacional de reconhecimento de patentes.

De outro lado, o sistema da marcas como garantia de qualidade estatal perde sentido com a Revolução Industrial. A marca deixa de ter fundamento no interesse do Estado e ganha sentido como forma de distinção do produto do empresário. A marca passa a ser uma forma de ligação do produto à clientela, através da diferenciação dos demais produtos. Não é à toa que a lei francesa de 1857 define marca como “signe servant à

34. Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, cit., vol. II, p. 160.

distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce”. A lei alemã de 1874 vai na mesma direção.³⁵

O sentido de ambas as evoluções – tanto da marca quanto da patente – parece ser o da desestatização dos interesses envolvidos. Note-se, no entanto, que o princípio que a substitui é um princípio concorrencial bastante privatista. Trata-se de reconhecer um verdadeiro privilégio, derogatório das regras concorrenciais, consistente no direito de utilização exclusiva da patente ou marca. Então, não mais fundado em uma outorga estatal, mas, sim, no direito decorrente da prioridade na ideia. A meritologia típica do Capitalismo ganha, então, sua expressão mais elevada.

A superação desse tipo de justificação e raciocínio decorre menos de uma evolução do direito industrial e mais de uma nova concepção de concorrência. Evoluindo o direito concorrencial de uma defesa privada do concorrente para uma defesa pública da instituição *concorrência* (o que rigorosamente passa a ocorrer desde a promulgação da primeira lei de direito antitruste no sentido publicista, o *Sherman Act*, em 1890), o tratamento de qualquer instituto que a restrinja tem de ser modificado. Monopólios devem ser admitidos na menor extensão possível, e mesmo quando admitidos é de ser reconhecida sua função social (v. supra, subitem 1.2.3.2). A essa luz, a função econômico-jurídica dos institutos de direito industrial muda substancialmente de figura.

3.1.2 Função econômica

Essa breve e superficial notícia histórica ajuda muito a elucidar a função econômica atual dos privilégios de invenção.

Parece evidente que os sistemas de proteção de patente e de marca não mais servem a um objetivo protecionista estatal. Na era pós-Revolução Industrial sua relevância pública está exatamente em ser meio poderoso de proteção e estímulo à concorrência. Sua justificação passa a ser, portanto, eminentemente concorrencial.

A marca, ao invés de garantia estatal de qualidade, incorpora todas as características que o mercado atribui ao bem. Incorpora, portanto, a reputação do bem, e é um poderoso veículo de transporte de preferências. Tão poderoso que, por vezes, é capaz, por si só, de concentrar as preferências, constituindo um poderoso meio de criação de monopólios.

35. A lei alemã define, com inspiração bastante concorrencial, as marcas como “Zeichen, welche zur Unterscheidung ihrer Waren von Waren anderer Gewerbetreibender auf den Waren selbst oder auf deren Verpackung angebracht werden” (cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, cit., vol. II, p. 167).

Não há mais qualquer resquício da certificação estatal de qualidade. No mundo moderno essa função é exercida pelas regras administrativas de certificação de produtos e pelos dispositivos do direito do consumidor.

A proteção à invenção industrial serve, por outro lado, ao estímulo criativo. Impedindo o *free-riding* – ou seja, o aproveitamento por parte daquele que não investiu na pesquisa dos resultados dela advindos –, estimula a pesquisa e o desenvolvimento individual. Na repressão ao *free-riding* encontra, portanto, um fundamento eminentemente concorrencial.

A demonstração do fundamento concorrencial do direito industrial tem uma consequência importantíssima. Mesmo caracterizado como monopólio, sendo sua justificativa concorrencial (v., infra, subitem 3.1.3), ele não é mais uma disciplina extravagante. Não está ineficaz, portanto, à aplicação do direito antitruste. Consequência disto é que o direito à patente ou à marca não mais pode ser visto como uma propriedade ou privilégio de seu titular. Entendido como meio de tutelar a concorrência (no sentido institucional), assume a função principal de garantir o acesso e a escolha dos consumidores. Assim, ao contrário do que normalmente se acredita, a compreensão do direito industrial dentro da lógica institucional do direito concorrencial é a única capaz de dar ao primeiro a conotação publicística de que este necessita. Como se verá mais adiante, isso se faz sentir tanto na ampliação dos deveres de compartilhamento do titular do privilégio quanto na imposição de funções públicas ao seu titular.

Portanto, é possível fazer um adendo à análise ascarelliana do direito industrial. A complementaridade do direito industrial ao direito antitruste não é derogatória. Pelas suas próprias origens recentes, de inspiração concorrencial, está – e deve estar – o direito industrial permeado pelos princípios concorrenciais. Antes que uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação.

Essa afirmação é tanto mais verdadeira quanto mais público ou institucional se reconhecer ser o interesse a ser protegido pelo direito concorrencial. Prova disso é que naqueles sistemas, como o alemão, que contêm disciplinas completamente diversas para o direito antitruste – entendido nesse sentido institucional publicista (*GWB*) – e o direito concorrencial – entendido no sentido de proteção da empresa e sua clientela (*UWG*)³⁶ – as relações com o direito industrial são diametral-

36. Isso não significa que à *UWG* se atribua, na doutrina atual, caráter privatista. Ao contrário, afirma-se que ambas as leis protegem diversos aspectos de um

mente opostas. Os intérpretes da *UWG* afirmam, expressamente, na linha ascarelliana, que direito da concorrência e direito industrial são disciplinas complementares, formando em seu conjunto a proteção jurídica do estabelecimento comercial (*gewerblichen Rechtsschutz*).³⁷

No direito antitruste, de inspiração mais publicista, a interseção entre ambos é amplamente reconhecida, sendo que a Lei Antitruste contém um dispositivo expresso e exclusivo a respeito do abuso de patentes (§ 20 do *GWB*), que deixa clara a inspiração concorrencial do direito industrial ao afirmar que ocorre abuso concorrencial quando a utilização for além do objeto de proteção da patente (“über den Inhalt des Schutzrechtes hinausgehen”).

3.1.3 Princípios concorrenciais do direito industrial

3.1.3.1 Consequências sobre a fattispecie – A imanência dos princípios concorrenciais ao direito industrial é demonstrada em uma séria de regras sobre marcas e patentes. Enumerá-las todas é impossível nesta sede. Desse modo, o que se procurará fazer aqui é, basicamente, apenas alinhar os princípios gerais que demonstram esse inter-relacionamento.

a) Definição de patente e marca: O primeiro deles está exatamente na definição de patentes e marcas. Como visto acima, transformado o caráter do direito concorrencial, necessariamente superada deve ser a concepção da disciplina das marcas e patentes como um corpo de regras de exceção aos princípios concorrenciais. Com efeito, se esses institutos têm como inspiração principal o estímulo à concorrência, e esta é definida como garantia material (e não apenas formal) da efetiva liberdade de escolha do consumidor, então, é preciso redefinir marcas e patentes.

É importante ter claro que, no caso do direito industrial, a proteção é uma propriedade dinâmica, e não estática – isto é, trata-se de proteger o direito de utilização, e não a titularidade do bem objeto da produção em si. Isso não deve nos levar, no entanto, a crer que é objetivo da norma a criação de um conjunto de regras excepcionais à concorrência. A Lei de Concorrência procurou deixar esta característica bem clara ao estabelecer, no art. 31, a sujeição de todos, inclusive os monopólios legais, ao direito concorrencial.

mesmo bem jurídico – a instituição da concorrência (*die Institution des Wettbewerbs*) (cf. A. Baumbach e W. Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 1973, Allg., Rdn. 88, p. 79).

37. Cf. A. Baumbach e W. Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, cit., 1973, Allg., Rdn. 93-99, pp. 71-72.

A demonstração da instrumentalidade da utilização da expressão “monopólio legal” e a evidenciação do tipo de direito que se pretende conferir através das marcas e patentes ficam também claras uma vez analisado o dado econômico. Como destaca a doutrina, já vai longe o tempo em que se acreditava que marcas e patentes conferiam verdadeiro monopólio no sentido econômico. Em um mundo que se sofisticava e se especializa, as marcas e patentes nem sempre conferem poder no mercado. A não ser nos ramos de alta tecnologia, onde a patente efetivamente gera monopólio, ao menos temporário, praticamente todos os produtos, mesmo quando substituíveis, são dotados de patentes. Produtos patenteados concorrem com outros produtos patenteados ou até sem patentes.³⁸

A marca, sobretudo, e mesmo a patente acabam, então, servindo mais como instrumento de concorrência, de diferenciação de produtos, e, em consequência, como forma de acesso dos consumidores a alternativas diferenciadas. Tal definição da *fattispecie* tem, como se verá, profundas consequências sobre a disciplina.

b) Requisitos de patenteamento: Passando da definição para os requisitos de concessão das patentes, é possível notar a mesma contaminação pelos princípios concorrenciais. Há muito o Direito Brasileiro, desalinhado das outras legislações internacionais, vinha prevendo apenas dois requisitos para o patenteamento: a novidade e a industriabilidade (art. 6º da Lei 5.772, de 21.12.1971 – antigo Código da Propriedade Industrial).

O atual Código da Propriedade Industrial prevê três, e não dois, requisitos para o patenteamento: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art. 8º da Lei 9.279, de 14.5.1996).

Essa mudança, aparentemente singela, tem um profundo significado e encontra explicação nos princípios concorrenciais. O antigo conceito

38. Por essa razão, H. Hovenkamp sugere, até, que o termo “monopólio” não seja usado: “Indeed it would be better not to speak of a patent monopoly at all, a patent is a right in intellectual property limited to the article or process described in the patent application. A patented product may compete intensely with similar products which are either unpatented or covered by different patents. As a result, a single patent seldom defines the scope of a relevant market for antitrust purposes. The Supreme Court made this position clear already in its ‘Walker Process’ (‘Walter Process Equipment, Inc. vs. Food Machinery & Chemical Corp.’, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (1965)) decision, where it required an antitrust plaintiff claiming patent abuses to allege and prove a relevant market. Recently, in ‘Spectrum Sports’ (‘Spectrum Sports vs. McQuillan’, 113 S.Ct. 884, esp. p. 890 (1993)), the Court reiterated *in dicta* that one cannot presume that a patent itself define a relevant market” (*Economics and Federal Antitrust Policy*, St. Paul, West Publishing Co., 1985, p. 291; v. também p. 397).

de *novidade* – tudo aquilo que não está compreendido no estado da técnica – nada dizia a respeito do processo de invenção. Sua existência deixava claro que era necessária uma atividade de criação original, mas não impunha qualquer requisito em relação ao processo de criação.

Talvez, é verdade, a razão fosse mais prática que dogmática. Em presença de uma lista tão longa de invenções não patenteáveis como era a da lei antiga, um excessivo rigor quanto à atividade inventiva era desnecessário.

Com a nova lei e a redução das invenções não patenteáveis, tornou-se necessário estabelecer com clareza e rigor dogmático os requisitos para patenteamento. E o rigor dogmático indica na direção dos princípios concorrenciais. Exigir que exista atividade inventiva é impor que, do ponto de vista científico, haja uma dificuldade vencida ou, ao menos, um resultado inesperado.³⁹ Não importa, portanto, que a invenção seja por acaso. Por outro lado, não pode se tratar de descoberta de algo que já existia na Natureza.

Do ponto de vista teórico o conceito de *atividade inventiva* nada mais faz que privilegiar o esforço e estimular a concorrência. São necessários o investimento tecnológico, o esforço, a aplicação de recursos, para a obtenção da patente. O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente verdadeiro instrumento de estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do *free-rider*. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do direito industrial.

3.1.3.2 Consequências para a disciplina – Os reflexos da admissão da natureza concorrenciais das regras do direito industrial não podem se fazer sentir apenas na definição das hipóteses legais de incidência. Atenção especial é também necessária para a própria disciplina.

O setor talvez mais afetado pelo reconhecimento do caráter precipuamente concorrenciais das regras sobre marcas e patentes é o da definição de ilícitos. Como a prática demonstra, o raciocínio concorrenciais abre um enorme leque de configurações jurídicas que devem ser exploradas.

No direito industrial clássico a disciplina sancionatória das patentes e das marcas gira em torno de regras de inspiração eminentemente privatista, como a nulidade do registro e a caducidade da patente. As regras

39. Cf. G. Ferri, *Diritto Commerciale*, cit., 10ª ed., p. 179.

sobre nulidade sancionam o não cumprimento de dispositivos materiais e regulamentares no processo de registro (art. 50 da Lei 9.279/1996); já, as regras sobre a caducidade da patente têm origem em um fato posterior à concessão da patente (art. 80 da Lei 9.279/1996).⁴⁰

Em comum ambas têm a perspectiva estática da qual partem. Exatamente porque veem na marca e na patente um privilégio – e, portanto, nos requisitos intrínsecos e extrínsecos para sua concessão o centro da disciplina – é que, na invalidade dos atos que justificaram a concessão do privilégio e no desaparecimento posterior das condições que o justificaram, se dá a cassação do privilégio. A lógica do privilégio e do monopólio tende a fazer as atenções se concentrarem nas condições explícitas e implícitas para a obtenção do privilégio, fixando-se, portanto, no cumprimento de regras formais. Exatamente como, na época medieval, foi necessário aos canonistas desenvolver a rica teoria das condições implícitas para permitir o desfazimento dos negócios jurídicos ante a rígida regra da vinculação pela expressão de vontade. Nessa perspectiva privatista, é necessário, para contestar as patentes, incluir novos requisitos, explícitos ou implícitos, e nem sempre justificáveis, para sua concessão.

A compreensão concorrencial do direito industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para a concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito. A patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos. O direito industrial passa, então, a incluir nesse aspecto uma disciplina específica do abuso de poder.

Esta disciplina tem, relativamente às patentes, dois reflexos diversos. De um lado, é necessário separar aquelas patentes que efetivamente geram um poder monopolista. Isso geralmente ocorre nos produtos de alta tecnologia, dotados de alto grau de essencialidade para o consumidor ou para outros produtores (imaginem-se, por exemplo, medicamentos contra AIDS). Nessa hipótese haverá claramente a função social, derivada de sua essencialidade. Há, portanto, um dever de fornecimento dos produtos a preços não abusivos (para essa noção v., supra, subitem 1.2.3.1).

Essa visão, eminentemente concorrencial-institucional, da questão em apreço coaduna-se perfeitamente com a atual Lei da Propriedade Industrial. Com efeito, ali se prevê, no art. 68, a possibilidade de licenciamento compulsório em caso de abuso de poder econômico O § 1º

40. V., a respeito da diferença entre nulidade e caducidade, T. Ascarelli, *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, cit., 3ª ed., p. 570.

acrescenta que essa possibilidade também existe em caso de utilização insuficiente para as necessidades nacionais.⁴¹ Na verdade, essas últimas hipóteses também poderiam ser caracterizadas como abuso de poder econômico. Enquanto a regra do *caput* claramente se refere a preços abusivos, o § 1º tem como objeto aquele abuso decorrente da limitação de produção (que também leva ao desabastecimento do mercado). Ora, os dispositivos mencionados, analisados em conjunto, claramente configuram para os detentores de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais.

Note-se que a consequência do descumprimento desse tipo de regra é exatamente o rompimento do monopólio através do licenciamento compulsório a concorrentes. A inspiração concorrencial da regra é, portanto, evidente.

Um segundo grupo de regras destina-se não à criação de uma função ativa de fornecimento, mas, sim, à criação de uma obrigação passiva de respeito a regras institucionais que impeçam a formação de uma posição de poder a partir de patentes. Portanto, enquanto no caso anteriormente descrito é imprescindível a existência de um poder monopolista do titular das patentes (o que, como já visto, nem sempre ocorre), nesse segundo grupo de casos o objetivo maior é impedir a dominação total dos mercados a partir da exploração das patentes.

Bastante conhecida é a doutrina do *patent misuse* norte-americana, que levou a doutrina e as Cortes daquele País a concluir, após muita controvérsia, que só se deve considerar configurado o mau uso da patente quando as regras do direito antitruste assim o indicarem. Por via dessa teoria afirmou-se, em muitos casos julgados pelas Cortes, a ilegalidade de práticas de venda casada que envolviam um produto patenteado. Foram utilizados, para isso, basicamente, a noção e os requisitos da venda casada desenvolvidos em sede de aplicação do direito antitruste.⁴²

41. Esse artigo foi uma das bases para o pedido de instalação de painel na OMC contra o Brasil por descumprimento do TRIPs (*Agreement on Trade – Related Intellectual Property Rights*), firmado e ratificado pelo Brasil (Decreto 1.355/1994), particularmente por sua política com relação aos remédios. A bem ver a situação, com relação a estes não há sequer descumprimento do TRIPs, que prevê exceção expressa, permitindo o uso sem respeito à patente em casos de emergência nacional (art. 31). Esse é claramente o caso em relação a medicamentos. Mesmo com relação a outros bens, no entanto, uma compreensão verdadeiramente concorrencial das patentes levaria necessariamente à conclusão de que em caso de abuso a consequência necessária deve ser a reintrodução da concorrência (através do licenciamento).

42. Cf. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, cit., pp. 218-220.

As modalidades de abuso de patentes são as mais variadas. Cada uma delas requer, a bem ver, uma análise monográfica. Por essa razão, é impossível analisá-las com profundidade, uma a uma, nesta sede. O que se fará, portanto, será apenas descrever em linhas gerais os ilícitos que podem auxiliar ou influenciar a formação de uma posição de poder no mercado. Sua análise, quando pertinente, será retomada nos tópicos específicos do Capítulo III.

Ressalve-se, desde já, que quando se faz referência ao tipo “abuso de patentes” o que está em jogo é, na maioria dos casos, um ato tendente à dominação, e não um ato de abuso de posição dominante. A menção ao termo “abuso”, no entanto, justifica-se. A Lei da Propriedade Industrial usa a expressão “abuso do poder econômico” como hipótese genérica de ilegalidade. Nele recaem, portanto, todos os ilícitos de inspiração concorrencial, seja abuso de poder econômico em senso estrito (abuso de posição dominante) ou mesmo atos tendentes à dominação dos mercados.

A primeira e talvez maior fonte de problemas concorrenciais é o efeito potencializador que têm as patentes e as marcas sobre as concentrações. Não se trata, então, de um caso de conduta ilícita. A profundidade de seus efeitos justifica, no entanto, uma menção neste trabalho. Estudos empíricos internacionais têm demonstrado que a aquisição de empresas com patentes relevantes ou, então, a aquisição pura e simples de patentes podem levar a efeitos concentradores avassaladores.⁴³

Isso tem ocorrido especialmente em certos tipos de indústria, como, por exemplo, as indústrias química, farmacêutica e eletrônica, nas quais a maioria das patentes se encontra concentrada em poucas empresas (esse fenômeno é conhecido na doutrina alemã como *Patenthäufung*). É famoso o caso do mercado de lâmpadas elétricas, dominado pela *General Electric* na primeira metade do século passado, em função de um número sempre crescente de novas patentes adquiridas.⁴⁴

Não só as patentes, mas também as marcas podem levar a expressivos níveis de concentração. O problema, em ambos os casos, visto na ótica concorrencial, é bastante semelhante. Enquanto nas patentes a grande preocupação é com as barreiras à entrada representadas pelos altos investimentos realizados em sua obtenção, no caso das marcas o problema também está nas barreiras à entrada, só que, desta vez, aquelas

43. Cf. a *Konzentration-Enquete* alemã, publicada em *BT Drucks IV/2.320*; e também *Monopolkommission Hauptgutachten II*, pp. 636 e ss.

44. 272 U.S. 476 (1926).

criadas pelos grandes gastos em publicidade representados pelo investimento na marca.

Foi com base em um raciocínio similar que o CADE determinou, no “caso *Colgate-Kolynos*”, a não utilização da marca “Kolynos” pela empresa adquirente.⁴⁵ Ainda que existam sérios e fundados receios sobre a suficiência de tal medida, parece evidente que ela desnuda, com particular ênfase e correção, a relação direito industrial/direito concorrencial.

No campo das condutas os abusos de patentes podem ser agrupados em três grandes grupos: (a) contratos de licenciamento, (b) *pool* de patentes e (c) patentes fraudulentas e defensivas.

A primeira das categorias – os contratos de licenciamento – congrega uma multiplicidade de ilícitos. Os mais comuns são o estabelecimento do preço de revenda, restrições às quantidades vendidas e restrições territoriais.

Talvez o mais grave deles seja a modalidade de relicenciamento (*grantbacks*, na terminologia americana; ou *Rückgewähr-klauseln*, na doutrina alemã). Através desse tipo de cláusula inclui-se, já no contrato de licenciamento, a obrigatoriedade de relicenciamento, ao titular originário da patente, de todas as melhorias introduzidas pelo licenciado, gratuitamente ou a preço preestabelecido.

Essa prática é perversa, por várias razões. Em primeiro lugar, leva ao reforço da posição de dominação do detentor da patente, na medida em que lhe permite controlar os futuros progressos tecnológicos. Ademais, desestimula gravemente o progresso tecnológico, tornando desinteressante economicamente para o licenciado investir em tecnologia. Reverte, portanto, todos os fundamentos econômicos e jurídicos para a concessão das patentes, configurando diretamente os ilícitos dos arts. 68, *caput*, da Lei da Propriedade Industrial e 36, II, da Lei Antitruste.

A segunda das consequências negativas que podem advir dos contratos de licenciamento é a facilitação dos *pools* de patentes. Por sua importância, essas estruturas merecem tratamento à parte. Os acordos entre detentores de patentes de certa indústria, na medida em que reúnem todo o progresso tecnológico e, sobretudo, reúnem os detentores do maior potencial de progresso tecnológico do mercado, representam importantíssima barreira à entrada para novas empresas. Assim, setores em que as patentes têm importância estratégica (como os setores químico e

45. Ato de Concentração 27/1995, publicado na *Revista do IBRAC* (“Caderno de Jurisprudência”), outubro/1996.

farmacêutico, por exemplo) requerem particular atenção dos órgãos de controle concorrencial.

Por fim, há o vasto grupo de patentes fraudulentas e defensivas. As patentes fraudulentas – clássico exemplo de ilícito antitruste nos Estados Unidos da América – são, de acordo com o Direito Brasileiro, nulas (art. 46 da Lei 9.279, de 15.5.1996). Nada impede que configurem também ilícito concorrencial (art. 36, I e II), na medida em que caracterizem uma limitação à concorrência. É o que ocorre quando uma empresa tenta patentear tecnologia já em uso por outro concorrente – o objetivo é, claramente, retirá-lo do mercado.⁴⁶

As patentes defensivas são parte de estratégias anticoncorrenciais bastante comuns. Através das táticas chamadas *blocking* e *fencing* as empresas procuram – através, respectivamente, da compra sistemática de todas as novas patentes e sua não utilização ou, então, através do pedido de patenteamento de todas as possíveis alternativas a serem utilizadas pelos concorrentes – impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado.⁴⁷

No sistema brasileiro a patente não utilizada pode ser compulsoriamente licenciada (art. 68, § 1º, I, da Lei da Propriedade Industrial). A lei, adotando uma lógica estritamente concorrencial, reconhece que a patente defensiva, como poderoso meio, que é, de impedir a concorrência, justifica a própria supressão do privilégio.

Outras formas de *blocking* e *fencing* não abrangidas por esses dispositivos são objeto de uma previsão genérica, que considera ilícito “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade intelectual ou de tecnologia” (art. 36, § 3º, XIV), da Lei 12.529/2011.⁴⁸ Aqui também a preocupação especial com o potencial de dominação oferecido pelos direitos da propriedade intelectual é evidente. A mera concentração de patentes em um só agente econômico, de modo a impedir a concorrência, já é ilícita. Outra vez – e o termo “açambarcar” é bem expressivo nesse sentido – é necessário que haja o efetivo potencial de dominação.

46. Foi o que ocorreu no “caso Walker Process”, julgado pela Suprema Corte americana (382 U.S. 177, in H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 292).

47. Cf. V. Emmerich, in Immenga e Mestmäcker, *GWB Kommentar*, cit., 2ª ed., sub § 20, Rdn. 24, p. 638.

48. Cf. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice*, cit., pp. 59 e ss. V. também o clássico autor de Chicago R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 1978, *passim*.

3.1.4 Direito concorrencial e direito industrial

De tudo o que foi dito, a conclusão é direta. Não há que se falar em complementaridade entre direito industrial e direito concorrencial. Não se deve, tampouco, cogitar de derrogação das regras do direito concorrencial.

Como demonstrado, o direito industrial é, ao contrário, campo no qual os princípios concorrenciais têm particular aplicação. Reconstruído com base em princípios concorrenciais institucionais, o direito industrial não apenas ganha um sem-número de novas hipóteses legais de incidência, como passa a ter uma disciplina muito mais abrangente.

Vistos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição *concorrência*. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial (ideia ou invenção).

3.2 A eficiência econômica

Como visto no introdução ao item 3, a eficiência econômica é a principal das justificativas para as posições de dominação de mercado. Trata-se da única justificativa claramente mencionada na lei – art. 36, § 1º, da Lei 12.529/2011 – como excludente de ilicitude.

O significado dessa petição de princípio legislativa é bastante claro. Serve para restringir a defesa da eficiência, e não para ampliá-la. O ganho de mercado só é admissível quando decorrer de melhor desempenho econômico, e *não* de uma conduta ilícita. Consequentemente, ganhos de produtividade não podem ser utilizados para justificar condutas ilícitas.

Essa interpretação literal tem, como se verá, profundas justificativas sistemáticas e econômicas. O papel atribuído pelo legislador à eficiência no controle das condutas é muitíssimo mais discreto que no controle das estruturas. As razões para essa escolha legislativa – diga-se de passagem, absolutamente coerente – serão analisadas a seguir.

3.2.1 Ascensão e declínio da defesa da eficiência

Narrar a história da evolução teórica da eficiência nada mais é, na verdade, que descrever muito da evolução histórica do próprio direito

antitruste. A doutrina identifica claro paralelismo entre a evolução das doutrinas concorrenciais e a mudança de concepção em relação ao campo de aplicação da eficiência econômica.

No plano do Direito Comparado a mais famosa transformação ocorre no direito antitruste americano, exatamente quando, no seio do movimento acadêmico liderado pela Escola de Chicago, a eficiência é erigida como o principal dos objetivos do direito antitruste – com todas as incoerências que acompanham esse tipo de concepção.

Ao refluxo das ideias liberais chicogoanas corresponde exatamente a concepção de que a eficiência não pode e não deve ser entendida como o único e nem o principal dos objetivos do direito concorrencial.

Mais que isso. A concepção de eficiência muda radicalmente ao longo do tempo. A concepção original neoclássica da eficiência centra-se na maximização da riqueza global da sociedade. Critica apenas aqueles monopólios cuja criação não induza eficiência produtiva suficiente para suplantarem a ineficiência alocativa necessariamente criada.

A mudança fundamental de concepção da eficiência aparece exatamente quando são negados os pressupostos neoclássicos de maximização da riqueza global. Uma real definição dos consumidores como destinatários diretos das normas antitruste obviamente não pode restringir sua tutela à proteção do interesse de maximização da riqueza total, independentemente de quem deva ser seu beneficiário. Se assim fosse não seria necessário mencionar os interesses dos consumidores especificamente, bastando referir-se ao princípio maximalista neoclássico.

É necessário, então, garantir que os ganhos líquidos de escala sejam repassados aos consumidores. É essa a concepção redistributiva da eficiência – ou seja, o ganho repartido com o consumidor. Ora, isso ocorrerá sempre que a instituição *concorrência* for preservada, ou seja, sempre que o lucro extraordinário do agente econômico for limitado pela existência de concorrentes – efetivos ou potenciais – prontos e ansiosos por arrebatá-lhe fatias do mercado.

3.2.2 Eficiência no controle das condutas e das estruturas

Na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta dos interesses dos consumidores – e não apenas indireta, através da procura da maximização da riqueza global – é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência. Mais que isso. Ela é revelada, sobretudo, pela existência de regulamentos diversos para a valoração da eficiência no controle das estruturas e das condutas.

Bastante reveladora é a comparação entre o art. 88, que regula o controle das concentrações, e o art. 36, § 1º, da lei, que regula a utilização da defesa da eficiência no campo das condutas. Enquanto o primeiro dispositivo coloca a eficiência entre vários outros elementos justificadores (todos eles necessários) da concentração, o último estabelece excluyente absoluta de ilicitude para as situações de poder de mercado criadas a partir do crescimento interno com base exclusivamente na eficiência.

A diferença entre avaliação da eficiência nas estruturas e nas condutas explica-se: enquanto nas estruturas o que se faz é uma previsão sobre o comportamento futuro dos agentes econômicos, baseada em dados sobre a estrutura do mercado e sobre o comportamento pretérito, tratando-se de condutas se está diante de um comportamento real, não presumido e – por hipótese – anticompetitivo.

No primeiro caso é óbvia a instrumentalidade da disciplina à configuração ideal de sistema econômico que se pretende. Resulta direto, portanto, o elemento de política econômica. Isso ocorre em qualquer escola de pensamento: no Estruturalismo de Harvard, no Liberalismo de Chicago, no Ordoliberalismo europeu,⁴⁹ no Institucionalismo concorrencial da Escola de Direito Empresarial Público⁵⁰ e no Intervencionismo da Escola de Direito Econômico.⁵¹

49. V., para uma descrição dessas escolas, Parte I, Capítulo II, item 2.

50. Essa linha de pensamento tem sua origem e mais forte representação, sem dúvida, nos escritos de F. K. Comparato que ressaltam a função social da grande empresa e de seu controlador (“O indispensável direito econômico”, RT 353/14, São Paulo, Ed. RT, 1965; *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, São Paulo, Ed. RT, 1970; *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed.; e “Função social da propriedade dos bens de produção”, cit., RDM 63/71 e ss.). Esses escritos têm caráter bastante específico, na medida em que, compartilhando o jus-realismo da Escola de Direito Econômico (e sem dúvida influenciando-o, no sentido de busca dos interesses por trás das normas), incluem também forte elemento dogmático-aplicativo (daí o nome escolhido para identificá-la), procurando refazer subsistemas legislativos (direito societário, direito do consumidor etc.) com base na identificação de interesses sociais e políticos antes revelados e na função que estes devem desempenhar. Nesse sentido, bastante expressivo é o seguinte trecho: “Até agora a doutrina jurídica tem-se preocupado quase que exclusivamente com o direito formal, suscitando querelas especiosas e insolúveis a respeito da autonomia dos diferentes ramos do Direito. Não seria tempo de se admitir modestamente o que outras ciências sociais já admitiram desde a primeira hora: que, ao lado de uma análise de conceitos e categorias, existe um estudo de técnicas? Que ao lado de um Direito formal deve haver lugar para um Direito aplicado? O direito econômico aparece assim como um dos ramos deste Direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade, ou, se se preferir, a sua autonomia, nos é

Há ainda uma outra razão. Tratando-se de controle das estruturas, como visto, não é possível ter certeza a respeito dos resultados que advirão de determinado ato de concentração. Em ausência dessa certeza, uma extrema rigidez dogmática com relação aos princípios a serem perseguidos não é justificável nem do ponto de vista lógico.

Nas condutas o raciocínio é exatamente o inverso. Nelas, ao elemento econômico puro adiciona-se de forma bastante intensa o dado valorativo jurídico. Além disso, não é necessário fazer qualquer previsão. O ato existe e é antijurídico, ou seja, contrário a um valor que para o legislador parecia instrumental à persecução do objetivo constitucional de defesa da concorrência.

Isso faz com que a concepção de eficiência no controle das condutas seja substancialmente mais restrita que no controle das estruturas. Nesta última o termo “eficiência” engloba justificativas concorrenciais e extraconcorrenciais, isto é, justificativas que permitem aprovar uma operação mesmo que ela tenha claro efeito anticoncorrencial. É esse, aliás, o conceito clássico de eficiência: a melhoria das técnicas e escalas produtivas que permite abaixar custos, mais do que compensando a formação de posição de poder no mercado.

No controle das condutas isso não ocorre. A eficiência consiste exatamente em não produção de efeito anticoncorrencial. É isso que a lei

dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos de política econômica do Estado”. A postura institucionalista do direito concorrencial, ora defendida, procura, sem dúvida, filiar-se a esta corrente realista-funcional.

51. Várias vertentes são identificáveis nessa Escola. Uma das principais é, sem dúvida, a de seu iniciador, W. Peluso Albino de Souza, que, mesmo não abordando especificamente o direito concorrencial, introduz o raciocínio econômico no campo do Direito, usando-o instrumentalmente na sua concepção intervencionista do papel do Direito (v., a respeito, suas obras *Apontamentos de Economia Aplicada ao Direito*, Belo Horizonte, Centro de Estudos Econômicos de Minas Gerais, 1954, e *Do Econômico nas Constituições Vigentes*, vols. I e II, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, 1961). No campo da teoria geral do direito econômico esses estudos inspiraram outros, de caráter fortemente jus-realista, que buscam identificar os interesses por trás das normas econômicas e amoldá-los às necessidades sociais e políticas do país (v., nesse sentido, E. R. Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, e *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., 15ª ed.). Mais recentemente – e já no campo do direito concorrencial –, a Escola de Direito Econômico tem levado a uma postura mais historicista, procurando identificar os interesses envolvidos pelas normas e as justificativas para determinadas posturas – na maioria dos casos posturas intervencionistas, diga-se de passagem, totalmente sustentáveis – na tradição constitucional e legislativa brasileira. Esse historicismo legislativo é evidente na obra de P. Forgoni, *Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Ed. RT, 1998.

brasileira procura refletir no citado art. 36, § 1º, ao se referir a crescimento baseado na maior eficiência econômica. É o prêmio ao crescimento interno, que não tem efeito anti, mas, sim, pró-concorrencial.

Consequentemente, como se verá com mais especificidade a seguir, 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.

É importante observar que quando se faz referência à eficiência no controle das condutas a intenção direta é englobar os atos anticoncorrenciais propriamente ditos, ou seja, tanto os atos tendentes à dominação dos mercados quanto os atos capazes de restringir, limitar e falsear a livre concorrência.

Não se pretende englobar os atos de abuso de poder econômico. A razão para isso é simples. Tratando-se de abuso do poder econômico não se está propriamente cogitando do efeito anticoncorrencial do ato. O comportamento não é anticoncorrencial, mas, sim, um direto abuso do consumidor. Consequentemente, a defesa da eficiência, se houver, deverá necessariamente ser extraconcorrencial, ou seja, deverá direcionar-se no sentido tradicional dos ganhos de custos (eficiência produtiva).

Não é por outra razão que o abuso do poder econômico é tradicionalmente visto como a “ovelha negra” do direito concorrencial – instituto teoricamente deslocado (sua relação mais direta é com o direito do consumidor), mas operacionalmente necessário –, dados o altíssimo grau de concentração da indústria brasileira e o controle concorrencial ainda deficiente.

3.2.3 Eficiência nos atos tendentes à dominação dos mercados: considerações gerais

Feitas essas observações, é necessário, então, tecer algumas considerações gerais a respeito da eficiência nos atos tendentes à dominação dos mercados.

Evidentemente, as observações ora feitas não podem – nem poderão – deixar de ser genéricas e superficiais. Análise mais detalhada de cada uma das eficiências só poderá ser feita quando do estudo específico de cada um dos comportamentos particulares (v. Capítulo III).

Por hora, far-se-á apenas uma enumeração exemplificativa dos tipos de eficiência a serem buscadas nos atos mais comuns tendentes à dominação dos mercados, procurando discutir brevemente a extensão possível e os limites do conceito de *eficiência* em cada caso.

Eles serão, portanto, agrupados em dois grandes gêneros, correspondentes às duas grandes variedades de atos tendentes à dominação dos mercados: a exclusão e a colusão.

A razão é simples. Há uma importante diferença entre a análise da eficiência em ambos os casos. Ela decorre da natureza distinta de cada um dos gêneros de conduta.

A exclusão da concorrência é ato tendente à dominação dos mercados por natureza. Como visto, literalmente falando, implica jogar o concorrente para fora (*ex ludere*). Trata-se, portanto, de conduta ilícita por natureza. Já, a inclusão da colusão no controle das condutas não é tão pacífica.

De certa maneira, pode-se dizer que ela se dá de forma espúria ou em função de uma aplicação rígida da regra *per se*, ou em função da restrição de sua abrangência aos casos em que não haja qualquer justificativa extraconcorrencial para a colusão.

A primeira hipótese é histórica no Direito Americano. A segunda, que nos interessa mais de perto, é a hipótese da lei brasileira. Como já visto (*supra*, subitem 2.4), a disciplina concorrencial brasileira separa a colusão em dois campos distintos.

Daí a diferença entre a análise da eficiência no caso da exclusão e no da colusão. No caso da colusão, no sistema brasileiro, a eficiência pode ser tanto a concepção ampla necessária no controle das estruturas (*v.*, *supra*, subitem 3.2.2) como a concepção necessariamente restritiva da eficiência nas condutas. Tudo depende de onde sistematicamente for encaixado o referido ato.

A observação acima poderia fazer crer que a diferença entre colusão e exclusão não é tão relevante no Direito Brasileiro para os propósitos acima especificados. Isso porque bastaria ter em mente a diferença entre controle das estruturas e controle das condutas para poder dar tratamento diferenciado à colusão e à exclusão.

Isso não é, no entanto, verdade, por algumas razões. A mais importante delas é que para dar coerência sistemática à lei brasileira é preciso reconhecer que a colusão pode ser tanto um problema estrutural como comportamental. Ela vem prevista tanto no controle das condutas (art. 36, § 3º) quando na cláusula genérica do art. 88 aplicável às estruturas.

Para diferenciar as duas hipóteses basta verificar a existência de alteração estrutural na relação entre as empresas, que passam a se relacionar via acordo de *joint venture* ou de associação. Caso esta não exista, referindo-se o acordo exclusivamente às variáveis concorrenciais (preço, quantidade etc.), deve ele ser tratado como uma conduta colusiva. Como se verá, o melhor critério para apurar a existência da referida alteração estrutural consiste exatamente nas justificativas invocadas para o acordo.

3.2.3.1 Exclusão de concorrentes – Várias são as hipóteses de exclusão de concorrentes. Passaremos rapidamente pelas mais importantes delas, para verificar se a tese da especificidade da eficiência nesses casos resiste à análise empírica.

A venda casada talvez seja a hipótese em que a racionalidade ou irracionalidade da conduta tem sua explicação mais simples.

Dito em palavras muito breves, o critério básico para verificação da licitude, ou não, do “casamento” dos produtos é o número de consumidores que se interessam pelo produto casado. Se esse consumidor for absolutamente marginal, isso significa que ambos os produtos estão no mesmo mercado e que, portanto, não há negociação compulsória, não havendo, então, ilicitude.

Para ilustrar a situação é normalmente dado o exemplo do par de sapatos ou do terno sem botão. O número de consumidores que se interessa por um pé único dos sapatos ou pelo terno sem botão é tão marginal que não justifica a venda separada dos produtos.

Veja-se que, nessas hipóteses, no caso da venda casada lícita o que se busca é exatamente um efeito pró-competitivo. Imagine-se o que ocorreria se os sapatos fossem vendidos individualmente. Em primeiro lugar, haveria o alto custo de manutenção do estoque (o pé não vendido) por parte do revendedor, já que o produto não vendido permaneceria com ele por muito tempo. Por outro lado, haveria o custo de reciclagem dos produtos não vendidos e devolvidos pelo revendedor, a ser suportado pelo produtor. O resultado seria, provavelmente, o aumento de preços para o consumidor.

Conseqüentemente, nesses casos a venda casada tem um efeito pró-competitivo, permitindo aos agentes econômicos oferecer ao consumidor um novo produto – representado pelo conjunto dos produtos casados, o par de sapatos, por hipótese – a preços mais convenientes que dois pés de sapato vendidos individualmente.

Imagine-se, agora, uma segunda hipótese, mais elaborada, de venda casada: trata-se do casamento entre produtos dos mercados primário e secundário. Imagine-se a vinculação entre o fornecimento de peças de reposição pelo produtor e a prestação de serviços de manutenção. A licitude desse tipo de conduta, quando aceita, baseia-se no reconhecimento de que a prestação dos serviços pelo próprio produtor é necessária para garantir a qualidade do produto.

Em virtude disso, o que se sustenta é que o casamento pode criar um novo produto, com maior qualidade para o consumidor. Nada o impede de buscar outros produtos em que não haja esse casamento. É a partir da correta avaliação de qualidade e preço que será capaz de fazer sua melhor escolha.

Aqui, novamente, portanto, eficiência e estímulo à concorrência não se dissociam.

Outro exemplo interessante é o das restrições verticais. Neste momento a questão da relação entre eficiência e concorrência retorna com ainda mais força. Isso porque as restrições verticais podem ter tanto um efeito fortemente competitivo como anticompetitivo.

Imagine-se um preço administrado por parte do produtor, que impõe seu cumprimento por parte dos revendedores. Esse mesmo ato pode ter duas leituras diversas. Pode ele representar um cartel por parte dos revendedores que solicitam ao produtor que fixe seus preços para encobri-lo. Pode, por outro lado, ser um ato necessário e pró-competitivo. Necessário, para evitar o famoso *free-riding*, o comportamento oportunístico. A diferença de preços entre os revendedores pode ser decorrência do fato de que, enquanto um investe na construção da marca através de publicidade, o outro aproveita-se da publicidade alheia e, incorrendo em menos custos, vende a preços mais baixos.

Ele é, portanto, pró-competitivo, na medida em que leva a um maior fortalecimento da marca. Na linguagem econômica, ao invés de reduzir a concorrência intramarca, aumenta a concorrência intermarcas.

O último e mais claro exemplo está nos preços predatórios. Neles sequer se fala em eficiência. Ao contrário, o ato de reduzir preços é eficiente e pró-competitivo por definição – até que se prove que seu real objetivo é outro: a dominação dos mercados. A preocupação, portanto, é única e exclusivamente a existência, ou não, de limitação (potencial e futura) à concorrência. A eficiência estará naturalmente presente caso esse elemento se faça ausente.

3.2.3.2 *Colusão* – Finalmente, é preciso indagar se o mesmo pode ser dito das restrições horizontais ou dos acordos entre concorrentes.

É importante deixar claro que aqui só serão tratadas as condutas colusivas, deixando de lado as estruturas colusivas. Estas últimas, como já destacado, por se encaixarem no controle das estruturas, conhecem uma análise de eficiência profundamente diversa da aqui realizada.

Faz-se necessário primeiramente distinguir entre colusão *vertical* e *horizontal*.

Na linha *horizontal* as condutas colusivas restringem-se praticamente aos acordos entre concorrentes sobre variáveis concorrenciais. Pergunta-se, então: em que situações pode, um acordo entre concorrentes sobre preço, ser lícito? A resposta é: toda vez que não for anticoncorrencial. Parece, então, que se anda em círculos, porque a pergunta seguinte é: mas quando, então, ele não é anticoncorrencial?

Imagine-se, por exemplo, o caso de vários revendedores, extremamente pulverizados e espalhados geograficamente. Um acordo associativo entre eles pode ser necessário para evitar a dispersão de preços, evitar que sejam cobrados preços díspares e eventualmente discriminatórios em função da posição geográfica.

O objetivo, portanto, é a não discriminação dos consumidores; ou seja, é profundamente pró-competitivo.

Já, nas relações *verticais* a racionalidade é outra. É possível que o acordo sirva para eliminar custos de transação ou o *free-riding*. Essas possibilidades serão avaliadas com mais detalhes em cada uma das condutas específicas. Por ora, basta notar que, em qualquer caso, o argumento de defesa só poderá ser aceito se for pró-concorrencial. Para que os custos de transação sejam aceitos é preciso que a colusão sirva para eliminá-los, reequilibrando a relação entre concorrentes, ao invés de criar mais poder no mercado. Na hipótese do *free-riding* será preciso verificar se haverá realmente desestímulo aos concorrentes que não o praticam, para admiti-lo como justificativa pró-concorrencial.

3.2.4 Conclusão: balanço concorrenciais e eficiência distributiva

Talvez a maior contraprova do sentido que deve ter a análise da eficiência e das justificativas em geral no controle das condutas seja dada pela análise dos chamados *ancillary restraints*, ou restrições necessárias à obtenção de certos objetivos lícitos. Durante muito tempo acreditou-se que esses objetivos não precisariam ser necessariamente relacionados a efeitos pró-competitivos. O caso clássico, comumente citado, é a obri-

gação do vendedor de um estabelecimento de não se restabelecer no mesmo ramo.⁵²

Hoje a concepção modificou-se. Direta ou indiretamente, sente-se a necessidade de demonstrar que não há efeito anticompetitivo.⁵³ A maior

52. No Brasil é famosíssima a decisão do caso da *Cia. de Juta*, um dos marcos da chamada “fase privatista do direito da concorrência”, na qual se reconhece esse tipo de justificativa. A ação foi proposta pelos compradores da Cia. de Tecidos de Juta contra seu vendedor, Antônio Álvares Leite Penteado, e sua nova empresa, a Cia. Paulista de Aniagens. O pedido de indenização formulado apontava para o fato de que, um ano após a venda da companhia, seu vendedor constituiu nova empresa no mesmo ramo comercial – fato que, segundo a peticionante, retomava da empresa um de seus principais bens incorpóreos – a clientela –, diminuindo-lhe, por conseguinte, o valor. Para fundamentar seu pedido, alegavam as requerentes que na compra da Cia. de Tecidos de Juta o valor pago pela empresa incluía não apenas seus ativos tangíveis, mas também a clientela da companhia e seu prestígio, conquistado pelo dono anterior, Sr. Álvares Penteado. Os argumentos apresentados por Ruy Barbosa em defesa do vendedor – argumentos, esses, que permitiram decisão favorável ao vendedor em apelação de acórdão do STF – centravam-se em dois pontos: (a) a cessão de clientela não priva o cedente de se restabelecer com um estabelecimento semelhante; (b) ainda que fossem permitidas em certos ordenamentos as cláusulas de restrição de restabelecimento, tais cláusulas não poderiam ser absolutas (em virtude do argumento “a”). Portanto, para que se proíba o restabelecimento do cedente, sem que se fira sua liberdade, a razoabilidade da restrição é imprescindível. Tal razoabilidade seria analisada, em especial, no tocante ao tempo e à amplitude territorial da restrição. Óbvio é que uma restrição permanente, que se aplique a uma superfície territorial ilimitada, seria ilícita desse ponto de vista. Nos Estados Unidos da América já em 1898 a Suprema Corte reconheceu, em vários casos, que *ancillary restraints*, mesmo restringindo a competição entre as partes, não constituíam ilícitos concorrenciais (v. “United States vs. Joint Traffic Association”, 171 U.S. 505 (1898); “Northern Securities Co. vs. United States”, 193 U.S. 197 (1904)). Mas talvez a mais famosa interpretação dos *ancillary restraints* não venha da Suprema Corte, mas, sim, do voto do Juiz Taft em “United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.”, 85 Fed. 271 (6th Circuit 1898). Tratava-se, no caso, da discussão a respeito da obrigação de não competir assumida pelos sócios de uma sociedade. Essa obrigação foi considerada “ancilar” e fundamental para o funcionamento da sociedade. Na decisão, Taft enumera cinco tipos de *ancillary restraints* considerados lícitos e compatíveis com o *Sherman Act*: a obrigação assumida por uma empresa de não competir com o comprador de forma a diminuir o valor da empresa adquirida; a obrigação do sócio retirante de não competir com a sociedade; a obrigação do sócio de não competir com a sociedade; a obrigação do comprador de uma propriedade de não usá-la para competir com a empresa do vendedor; e a obrigação do empregado de não competir com o empregador após a expiração de seu tempo de trabalho. Inspiração privatista, de preservação do valor da coisa vendida ou alienada, é bastante óbvia. Na verdade, o que está por trás dessa teoria original dos *ancillary restraints* é a proteção da clientela.

53. Como destaca P. Manzini, essa necessidade é bem sensível nas decisões da Corte CEE (UE), que mesmo quando utiliza expressamente a teoria dos *ancillary restraints* acaba por tentar demonstrar, em outras passagens, que não há efeito

demonstração disso parece ter sido a necessidade de se criar uma nova regra da razão. Trata-se da chamada “teoria do balanço concorrencial”.

Essa doutrina, utilizada em algumas decisões da Corte CEE (UE), sustenta que a análise de razoabilidade a ser feita resume-se à verificação da existência de efeitos pró-competitivos que superem os anticompetitivos.⁵⁴ É verdade que essa doutrina tem aplicação limitada aos casos de restrições à distribuição. O que se procura verificar, portanto, é se o aumento da competição intermarcas supera a restrição da concorrência intramarca. Porém, ainda assim representa teorização de uma tendência que, na prática e nas decisões dos casos concretos, já se tem feito sentir de há muito, até porque corresponde a uma necessidade lógica.

Uma forma alternativa de abordar a questão das justificativas no controle das condutas é por meio de seus resultados. Na verdade, o mesmo resultado de negação de licitude da conduta em caso de efeito anticompetitivo pode ser obtido pura e simplesmente através da aplicação decisiva de um princípio de eficiência distributiva.

Como sabido, o princípio da eficiência distributiva afirma que um direito antitruste coerente, exatamente por se preocupar com o consumidor, deve garantir não somente que se criem eficiências produtivas benéficas, mas que estas sejam divididas com o consumidor. Ora, a única forma de constranger os agentes econômicos a fazê-lo (que não, evidentemente, a redistribuição impositiva estatal, através do planejamento econômico-impositivo) é através da possibilidade de perda de mercado, isto é, da concorrência.⁵⁵

anticoncorrencial (v., a respeito, as decisões dos casos “*Remia*”, de 11.7.1985, e “*Pronuptia*”, de 28.1.1986, cit. in P. Manzini, *L'Esclusione della Concorrenza nel Diritto Antitrust Comunitario*, cit., pp. 183-184). Nos Estados Unidos da América a mudança jurisprudencial se faz sentir de forma mais direta. É verdade que isso se deu não através de uma modificação da teoria dos *ancillary restraints*, mas de sua ampliação para atingir casos em que as restrições à concorrência são objetivos secundários em relação ao objetivo de melhorar a troca de informações entre concorrentes, melhorando, assim, as condições de comercialização, distribuição e concorrência, em benefício do consumidor. Nesses casos, decisiva para a verificação da licitude é a situação de poder no mercado. Se a concentração do mercado indicar que a troca de informações cria o risco de levar à formação de cartéis, a prática é considerada ilícita (v., nesse sentido, as decisões de “*Maple Flooring Manufacturers Association vs. United States*”, 268 U.S. 563 (1925), e de “*United States vs. Container Corp. of America*”, 393 U.S. 333 (1969)).

54. Cf., a respeito, P. Manzini, *L'Esclusione della Concorrenza nel Diritto Antitrust Comunitario*, cit., pp. 185 e ss.

55. Para uma discussão da noção de *eficiência redistributiva* e dos passos que levam às conclusões acima, v. Parte II, Capítulo II, item 4.1.2.

Em conclusão, pode-se afirmar, portanto, que teorias como a do balanço concorrencial correspondem a um conceito distributivo de eficiência, que, em última análise, requer a própria existência de concorrência. Aqui também, portanto, o raciocínio faz círculo completo, e retorna à ideia de concorrência: justificativas jurídicas e econômicas são admissíveis desde que pró-concorrenciais.

III

AS CONDUTAS EM ESPÉCIE

1. Introdução. 2. Teorias econômicas e teoria jurídica. 3. Exclusão de concorrentes: 3.1 Predação: 3.1.1 A teoria econômica neoclássica e suas variantes: 3.1.1.1 Os antecedentes – 3.1.1.2 O critério baseado na comparação entre preço e custo – 3.1.1.3 A possibilidade de recuperação dos custos incorridos na predação – 3.1.1.4 As primeiras dúvidas: os custos dos erros na avaliação econômica – 3.1.2 A teoria dos comportamentos estratégicos: 3.1.2.1 Crítica à concepção neoclássica da racionalidade do predador – 3.1.2.2 A predação como comportamento estratégico – 3.1.2.3 Conclusão: a teoria jurídica da predação – 3.1.3 Os preços predatórios: 3.1.3.1 Objetivo predatório – 3.1.3.2 Custo e quantidade ofertada – 3.1.3.3 Possibilidade de dominação do mercado – 3.1.4 A predação tecnológica: 3.1.4.1 Predação através da inovação – 3.1.4.2 Predação através da incompatibilidade de sistemas – 3.1.4.3 Retornos crescentes de escala e externalidades positivas de redes – 3.1.4.4 O caso da indústria de software – 3.2 Negociação compulsória: 3.2.1 A disputa econômica tradicional – 3.2.2 Negociação voluntária ou compulsória: 3.2.2.1 Dependência absoluta: a) Poder no mercado – b) Deficiências de informação. Mercados secundários – c) Retornos crescentes de escala – 3.2.2.2 Dependência relativa: a) Dependência de sortimento – b) Dependência empresarial – c) Dependência conjuntural – 3.2.3 Abuso de posição dominante ou ato tendente à dominação do mercado: 3.2.3.1 Abuso de posição dominante – 3.2.3.2 Ato tendente à dominação do mercado – 3.2.4 A venda casada: 3.2.4.1 Conceito – 3.2.4.2 Objetivo ilícito: a) Barreiras à entrada – b) Justificativas – 3.2.5 Negociação recíproca – 3.2.6 Recusa de contratar: 3.2.6.1 Recusa de contratar e livre iniciativa – 3.2.6.2 As diversas espécies de recusa: a) Bens de utilidade pública e bens privados – b) Relações contratuais contínuas e descontínuas – c) Relações horizontais ou verticais; as justificativas – 3.2.6.3 Conclusão – 3.2.7 Exclusividade: 3.2.7.1 Exclusividade e eficiência – 3.2.7.2 Exclusividade e concorrência – 3.2.7.3 A exclusividade e seus requisitos de aplicação. 4. Colusão: 4.1 Colusão vertical e horizontal – 4.2 Colusão horizontal: