

Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro¹: a Lei núm. 10.149/2000 e Perspectivas de Nova Política.

Por João Marcelo de Lima Assafim²

Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela – ESPANHA;
Revalidado em Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP
Ex-Bolsista da CAPES-MEC para doutorado no Exterior;
Ex-Bolsista do Programa PERT (Itamaraty / CNPq);
Diretor de Estudos da A.B.A.P.I.
Diretor do Curso de Mestrado em Direito da UCAM.
Professor do Curso de Graduação em Direito da UCAM IPANEMA;
Sócio de De Lima Assafim & Advogados Associados;

SUMÁRIO

I. Introdução; II. Direito da Livre Concorrência e Direito das Limitações da Concorrência; III. Disciplina Jurídica da Livre Concorrência: Noções; IV. As Medidas do Governo; A) A Medida Provisória no. 2.055, de 11 de agosto de 2000; A-1) Da Legitimidade Passiva de Sucursais; A-2) Das Penas para recusa de informações; A-3) Da não Obrigatoriedade de Sigilo; A-4) Dos Prazos Processuais; A-5) Da Inspeção e da Busca e Apreensão; A-6) Das Limitações do Compromisso de Cessação; A-7) Do Acordo de Leniência; A-8) Das Custas e Emolumentos; B) A Medida Provisória no. 2.056, de 11 de Agosto de 2000; B-1) Da Obrigação da ANP; B-2) Da Fiscalização da Distribuição de Combustíveis; C) Decreto de 11 de Agosto de 2000; V. Perspectiva de Revisão de Política de Defesa da Livre Concorrência; VI. Conclusão.

I. Introdução

¹ Este artigo constitui resultado parcial da Linha de Pesquisa sobre *Teoria dos Bens Imateriais e da Concorrência* realizado sob os auspícios do Curso de Mestrado em Direito da UCAM em cooperação e execução conjunta com o curso de graduação em direito do IUCAM Ipanema, que tem gerado um número substancial de pesquisas entre trabalhos monográficos e teses de mestrado. Pesquisa apresentada no âmbito do III Seminário Nacional de Pesquisa Jurídica, durante o XXXIII Encontro Brasileiro de Faculdades de Direito, realizado na sede da OAB/RJ, nos dias 24 e 25 de novembro de 2003.

² Esta linha de pesquisa fora iniciada com o impulso da conclusão de Tese Doutoral no âmbito do Curso de Doutorado realizado no *Instituto de Derecho Industrial da Universidad de Santiago de Compostela* (Espanha), sob a prestigiosa orientação do Catedrático de Direito Mercantil, Prof. Dr. Manuel Botana Agra; e tendo sido o Tribunal presidido pelo Catedrático Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade.

- 1) Diante das reiteradas restrições à livre concorrência promovidas por operadores econômicos de diversos setores na ordem econômica pátria, após repetidas perdas para os consumidores, acabou-se por gerar uma reação dos nossos *policy makers*. Muitas destas restrições, inclusive, por diversas razões, há que se considerar, não alcançadas pela aplicação cabível da norma *antitrust*, não obstante a larga amplitude do respectivo âmbito de aplicação. Por esse motivo, a incidência de algumas dessas restrições de efeito anticompetitivo, como p. ex., formação de cartéis, fixação de preços, boicotes e práticas concertadas³, em função dos efeitos deletérios que causam ao consumidor e ao sistema concorrencial, levaram o Governo a adotar medidas de reforço das regras adjetivas como um intento de garantir a eficácia das disposições aplicáveis, ou, pelo menos, a finalização proveitosa dos processos administrativos que instrumentalizam e executam a aplicação da Legislação *antitrust*.
- 2) Outrossim, as disposições instituídas pelo Poder Executivo, mediante adoção de medidas provisórias (posteriormente convertidas em leis pelo Congresso), estabelecem parâmetros elucidativos para eventuais conflitos de atribuição entre as agências reguladoras⁴ e os órgãos administrativos de defesa da concorrência, o que pode contribuir para a formação de soluções há muito demandadas.
- 3) Em outra linha de considerações, mediante a aprovação de ato da Presidência da República, que estabeleceu ainda no Governo passado uma comissão de estudos para a conversão, ou convergência, dos distintos órgãos do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência em única agência governamental, aquele importante ato surgiu como uma concepção que poderia mudar todo o panorama do *enforcement* das disposições *antitrust* nacionais. O que não se sabe, ainda, é o real matiz desta importante perspectiva de mudanças, principalmente após a sucessão presidencial de 2003, e nem mesmo, se haverá uma reforma de tal envergadura na estrutura orgânica do sistema. Não obstante, o que se depreende da atual postura governamental é o fato de que a política da concorrência vem sendo revista.
- 4) Isto posto, entre as indicações oficiais sobre o que será a nova política, neste momento, merece destaque recente divulgação do entendimento da Secretaria de Direito Econômico sobre a necessidade de revisão da tríade estrutura-conduta-desempenho na análise *antitrust* (que dará outra dimensão a análise das, assim denominadas, condutas), como também, a necessidade da introdução de um sistema de descentralização de análise que, ao mesmo tempo, contemple todo o âmbito de aplicação da norma, sem deixar de desconsiderar a necessidade de compatibilidade

³ Não estão desconsiderados do âmbito da análise de tais restrições, aquelas que possam eventualmente estar incluídas em contratos internacionais. Do ponto de vista do direito privado v. BAPTISTA, Luís Olavo, Dos contratos internacionais: Uma visão teórica e prática, São Paulo, Saraiva, 1994.

⁴ Para mais informações sobre o estudo da regulação do ponto de vista econômico vide BENJÓ, Isaac, Fundamento de Economia da Regulação, Rio de Janeiro, Thex, 1999.

(seja capaz de funcionar) com a estrutura jurídico institucional do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência⁵.

II. Direito da Livre Concorrência e Direito das Limitações da Concorrência

- 5) A concorrência é um fenômeno que o Direito deve disciplinar e, excepcionalmente, regular. O Direito tem como meta fundamental o estabelecimento de instrumentos para disciplinar a vida social e, com isso, solucionar os problemas de compaginar pretensões e interesses contrapostos (sejam individuais ou coletivos), e, naturalmente, prover a segurança que garanta a cada cidadão o exercício das faculdades que integram sua própria esfera jurídica, e, assim, o exercício da liberdade econômica ou da livre iniciativa não constitui, absolutamente, exceção à regra geral. Ao contrário, o exercício da livre iniciativa, por cada um dos cidadãos, é paradigma da função do sistema jurídico. Para que a liberdade econômica (a liberdade de empreender ubicada na categoria dogmática das liberdades), como valor essencial fundamental à noção constitucional de ordem econômica (cfr. art. 170 CF), seja possível, é imprescindível a disciplina do seu exercício e a sua tutela. É nesse sentido que autores consagrados, para melhor designar o direito da livre concorrência, empregam a concepção de um direito das limitações da liberdade de competir⁶. No entanto, esta noção possui um sentido próprio no estudo da matéria.
- 6) O direito de livre concorrência, ou simplesmente direito de concorrência, é o conjunto de normas que regula a atividade concorrencial, para que prevaleça no mercado e, como um todo, o princípio constitucional de livre concorrência ou liberdade de concorrer, criando condições para que a luta entre competidores se desenvolva com lealdade e correção. Por isso, o enfoque mais preciso do conceito de direito de concorrência requer o complemento de determinadas indicações, no que tange ao foco de suas aplicações.
- 7) Nesse contexto, insta considerar que merece especial destaque a questão do acesso aos mercados, i.e., as questões referentes às disposições que estabelecem as condições de acesso aos ambientes concorrenciais que, a princípio, insistimos, a princípio, ficam fora do âmbito do direito da concorrência (como, por exemplo, o procedimento de outorga de concessão nos serviços de interesse geral). Isso não significa, contudo, que quando da preexistência de agentes no mercado, eventuais mudanças unilaterais no seu regime de funcionamento regular, criando benefícios para dados operadores em detrimento de outros, não possam gerar efeitos

⁵ Atualmente integrado por: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE-MJ), Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE-MF) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁶ BAYLOS, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 283.

anticompetitivos ou não se sujeitem à intervenção *antitrust*, mesmo se provocadas pelo próprio Estado. Daí a dissociação primeira entre as atribuições de uma agência reguladora e a função dos órgãos administrativos encarregados da aplicação das disposições *antitrust*. O Direito da concorrência tem como missão disciplinar, caso o grau de concentração estrutura torne sem efeito ou prejudique tal disciplina, regular diretamente as condições mediante as quais um empreendimento pode funcionar no mercado, através do exercício de uma determinada profissão, da indústria, do comércio, da prestação de serviços.

- 8) De outro lado, atribui-se a este direito das limitações de concorrer, a regulação do exercício de direitos considerados essencialmente pessoais, ligados à liberdade econômica ou à livre iniciativa, sendo a liberdade econômica⁷ (liberdade de empreender) de determinado operador lícita até a medida em que o seu uso não importe em cerceamento da liberdade econômica (liberdade de empreender) de outrem. Isso não significa que as normas que disciplinam os limites destes direitos tenham tal natureza (privilegiar interesses individuais), ao contrário, a disciplina da livre concorrência ostenta a natureza de disposição de ordem pública econômica que tutela um bem que é patrimônio coletivo.
- 9) O direito das limitações da concorrência dá lugar à legislação *antitrust*⁸, mediante a qual o legislador institui as proibições dentre as quais figuram práticas restritivas da concorrência, constitutivas da infração contra a ordem econômica, e, com isso, tutela-se um bem coletivo, designado (na legislação pátria) pela noção de ordem econômica.
- 10) Assim, toda restrição à liberdade de competir, contratual ou unilateral, está sujeita ao âmbito de aplicação do Direito de Defesa da Livre Concorrência. A liberdade desfrutada pelo consumidor deve ser assegurada aos concorrentes entre si, sob pena da uniformização de condutas e negócios. Alguns autores de formação predominantemente econômica defendem a idéia de que não se poderia configurar uma restrição anticompetitiva (uma infração contra a ordem econômica) sem que houvesse caracterização de poder de mercado ou posição de domínio. Tratar-se-ia de um “aperfeiçoamento” do critério estrutura-conduta-desempenho na busca da descentralização de análise. Existem dois lados, verso e anverso: pode-se reduzir a elevada porcentagem de autorizações (com análises mais profundas de menos casos) e, ao mesmo tempo, pode-se encolher o âmbito da norma sem justificação constitucional dado o constrangimento das competências (deixando várias categorias de restrições concorrenciais sem análise). Cabe à pesquisa jurídica desenvolvida na academia investigar. Nesse ponto, o que se procura identificar é se a hermenêutica da normativa da concorrência no Brasil institui uma proibição geral sujeita a isenções individuais ou por categoria ou se aquela estaria restrita a uma simples

⁷ “El ejercicio de la libertad de empresa condiciones económicas difíciles y operada en un sistema de desigualdad económica supuso el abuso de poder de mercado, una mayor concentración del poder económico, una mayor desigualdad y, consecuencia de todo ello, la probable y no deseable desaparición de la libertad efectiva”, vide Pastor, J.V., *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 59.

⁸ RODRIGUEZ, F. H., *Precios predatorios y derecho Antitrust*, Madrid, Marcial Pons, págs. 22 e sigs.

norma de repressão ao abuso do poder econômico presumivelmente não afeita ao problema do funcionamento dos mercados.

- 11) Essa questão remete-nos às bases do processo legislativo e às fontes que inspiraram o legislador no cumprimento de sua tarefa. Merece menção o fato de que o inciso I do artigo 20 da LDC (que proíbe em caráter geral as restrições à livre concorrência) remete, em grande medida, ao disposto no atual artigo 81.1. do Tratado de Roma. A coincidência entre os textos e a importância da proteção constitucional das liberdades individuais (retratadas com identidade dogmática em diversos sistemas pela teoria do constitucionalismo moderno) infiltram na doutrina a necessidade do uso, ainda que instrumental, da hermenêutica européia empregada na aplicação da normativa da concorrência, pois imprudente seria desconsiderar a experiência catalizada em aproximadamente 50 anos de história do sistema que inspirou o legislador brasileiro. De outro lado, a tradicional interpretação do § 2 da Ley Sherman, salvo as discrepâncias identificadas entre os sistemas do Direito continental europeu (romano-germânico) e do *Common Law*, não se afasta do modelo de proibições e isenções.
- 12) Neste ponto, a questão é essencialmente jurídica. Não existe preponderância da realidade econômica sobre o jurídico, ainda que o direito faça uso imprescindível da percepção econômica, que deve disciplinar. O que existe é a teoria econômica como instrumento de hermenêutica, e, não, o contrário. Usar a hermenêutica como instrumento a serviço de determinada teoria econômica ou simples convicção econômica de um agente ou grupo seria reconduzir o direito a meio de dominação, o que significaria “rasgar” o artigo 1º da CRFB mediante implosão do Estado Democrático de Direito.
- 13) A dimensão da disciplina dos mercados parte da Constituição. Nesse caminho, a livre concorrência é princípio constitucional (na tutela da ordem econômica), mas não está reduzida a apenas isso. Fora atribuído, nesta nova ordem constitucional, à iniciativa privada, o papel de principal agente da função de empreender (cfr. parágrafo único do artigo 170 da CRFB), mas não, por óbvio, o protagonismo do desenvolvimento econômico (o empresário não é, nem pode ocupar, o lugar do Estado na condução de políticas de fomento), até porque o “compromisso” da “empresarialidade” é com remuneração do investimento, com o lucro, e não com o fomento global da economia ou com o crescimento acelerado do nível de vida dos cidadãos, muito menos a preservação das estruturas de mercado ou da organização industrial. Isso cabe à Administração mediante a aplicabilidade de normas específicas de proteção da ordem econômica, a ser tutelado em função da sua caracterização de bem coletivo, atribuída pelo legislador no Ordenamento. A pedra angular da manutenção da ordem econômica é a preservação da economia de mercado – que é de todos os cidadãos e afeta o patrimônio de toda a coletividade.

- 14) Não há que se falar em esgotamento do Estado intervencionista, pois, caso contrário, via de consequência, não se poderia mais falar em Direito econômico⁹ - que, com todas as respeitadas vênias, em tal esdrúxula divagação, estaria extinto. Naturalmente, o que se depreende do hodierno direito constitucional econômico, herdado das constituições ibéricas incorporadoras do movimento designado constitucionalismo moderno, é o fato de que a intervenção estatal sofreu uma mudança qualitativa.
- 15) Outrossim, já que mencionamos, não se pode olvidar a contribuição inequívoca do direito constitucional econômico e, particularmente, o estudo hermenêutico dos direitos *fundamentais*¹⁰, os quais suportam as normativas introduzidas no Ordenamento mediante o desenvolvimento do Direito econômico. Merece atenção, à luz do constitucionalismo moderno que permeia as constituições ibéricas, as quais, por sua vez, inspiram o legislador constituinte pátrio, a *proteção dos direitos civis e direitos ou liberdades individuais*. Uma liberdade individual subtraída é um direito a ser protegido. Incluída na categoria dogmática das liberdades está a liberdade de empreender.
- 16) Preliminarmente, pode-se ensaiar uma assertiva acerca de determinadas inovações do novo Código Civil de 2002 já que o mesmo permite, através da boa-fé objetiva e da função social do contrato, uma aplicabilidade mais efetiva dos dispositivos de controle em matéria de direito econômico, consagrando a, assim denominada por autores europeus, *crise da autonomia da vontade*. Uma venda casada em uma relação comercial, ao gerar efeitos deletérios que escapam à alçada da relação jurídica privada e reverberam negativamente sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pode e deve ser revista, nos mesmos moldes da norma de proteção ao consumidor, pela aplicação da legislação *antitrust*.
- 17) Não obstante, a norma de direito material em matéria de defesa da concorrência mostra-se bastante abrangente, ainda que não possamos, por ora, dispor dos longos anos de experiência que nos separam dos E.E.U.U. e da UE.
- 18) Pois bem, de pouco vale a existência de proibições de determinadas condutas e categorias de condutas se o processo administrativo não garante a instrução e o julgamento das potenciais infrações sob análise, ou se a possibilidade de acordos ao longo do processo permitisse, indistintamente, a todas elas, a extinção da punibilidade. Diante da carência de eficácia que se vem observando em vários

⁹ Para Cabral de Moncada a *intervenção é um fenômeno historicamente permanente*. O que pode mudar é a qualidade e a quantidade dessa intervenção. V. Moncada, L.C., *Direito Econômico*, Coimbra, 1988, págs. 15 e sigs.

¹⁰ Para o destacado jurista português CANOTILHO, “...direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Nesse sentido, merece menção a seguinte dissociação: “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002, pág. 391.

setores¹¹, como p.ex., na produção de fármacos¹² e na distribuição de derivados de petróleo, é que o Governo exarou medidas que procuram fortalecer a instrução e impedir a extinção de punibilidade em determinados casos. Provavelmente, tais motivos tenham ensejado uma reação do Governo que, ao longo do ano de 2000, aprovou duas medidas provisórias e um decreto que geram efeitos na matéria.

- 19) Neste artigo, procuramos apresentar essas novas disposições introduzidas na LDC mediante medidas provisórias e ratificadas com a aprovação da Lei núm. 10.149/2000. Mas, antes, procuraremos abordar alguns aspectos da disciplina jurídica da concorrência à luz do direito constitucional econômico, sabendo que sua interpretação administrativa pode ter outra dimensão ante o prenúncio de revisão das políticas pertinentes.

III. Disciplina jurídica da livre concorrência: noções.

A) Aspectos de direito constitucional econômico.

- 20) A disciplina jurídica da livre concorrência tem como pedra angular a tutela as liberdades de cada um dos agentes econômicos, daí o fundamento de direito constitucional econômico basilar, tanto para a proteção da *livre concorrência*, como da *defesa do consumidor*. Nesse sentido, nossa Constituição de 1988, que, de um lado, consagrou a economia de mercado¹³ e, de outro lado, foi inspirada no constitucionalismo moderno¹⁴, para adotar os instrumentos adequados a sua preservação (principalmente nas constituições ibéricas), tem sua estrutura dividida em três partes principais, quais sejam: a proteção das liberdades, as garantias dos direitos fundamentais e as limitações do poder político.

- 21) Por conseguinte, e a efeito do que nos interessa, o ponto de conexão (que nos permitiria avaliar a possibilidade de importar institutos de outros sistemas jurídicos ou desenvolver institutos análogos acorde o arcabouço disponibilizado pelo Poder Constituinte - por advento da conclusão dos seus trabalhos na Assembléia Constituinte - para instituir a proteção dos consumidores e dos mercados) exsurge do fato de que o Legislador pátrio baseou-se em determinados dispositivos que proporcionaram a introdução de institutos de direito público, criados para preservação do patrimônio coletivo através da tutela da livre concorrência.

¹¹ BOTANA AGRA, M., “*Crisis económica y derecho de la libre competencia*”, Actas de Derecho Industrial, Santiago de Compostela, 1984, págs. 185 e sigs.

¹² Vide ASSAFIM, J.M.L., “*Fármacos e Livre Concorrência*”, Actas de Derecho Industrial (Universidad de Santiago de Compostela), Tomo XXI, Madrid/Santiago de Compostela, Marcial Pons, 2000, 1247-1250.

¹³ Cfr. art. 170 da CRFB.

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, págs. 46 e segs..

- 22) No primeiro artigo da CRFB, o legislador constituinte preocupou-se em inaugurar o elenco de disposições constitucionais com a criação do Estado Democrático de Direito¹⁵ (noção integrada pela concepção de segurança jurídica, princípio que é parte inerente daquela), com fundamento na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A liberdade constitui um dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil¹⁶. O texto constitucional inclui entre estes objetivos fundamentais a construção de uma *sociedade livre justa e solidária*; a garantia do *desenvolvimento nacional*; a erradicação da *pobreza e da marginalização*; a redução das *desigualdades sociais e regionais* e, por fim, a *promoção do bem de todos*. Mais adiante, no Capítulo I (Dos direitos individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) o legislador constituinte reitera a inviolabilidade dos direitos à liberdade e à propriedade.
- 23) A proteção constitucional das *liberdades* e da *dignidade humana* constitui pedra angular do direito econômico, que, por sua vez, com fundamento no direito constitucional econômico, disciplina a intervenção do Estado através de políticas públicas que brotam na fonte dos direitos de concorrência, consumidor e regulação setorial, fluindo sobre o leito e dentro das margens delimitadoras do direito administrativo.
- 24) Finalmente, pode-se concluir, com segurança, à luz tanto da tutela constitucional das liberdades como da reforma introduzida no direito privado, que nenhum cidadão brasileiro pode ser constrangido a prolar declarações (na condição de elemento essencial do negócio jurídico) que contrastem contra sua vontade¹⁷ ou militem, injustificadamente, contra seu próprio interesse e/ou engendrem enriquecimento ou empobrecimento sem causa. Esta noção é a “estrela-guia” das *políticas antitruste* e do *consumidor*, resultando, daí, a importância do estudo das restrições unilaterais ou concertadas à livre concorrência. Neste mesmo diapasão, merece atenção a análise de restrições anticompetitivas que causam efeitos deletérios no mercado, i.e., causam dano ao bem coletivo designado pela noção de ordem econômica.

B) Categorias de restrições à livre concorrência.

¹⁵ *Ibidem*, págs. 234 e sigs: “Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais”.

¹⁶ Cfr. art. 3º da CRFB.

¹⁷ Essas questões também são de interesse da disciplina do direito privado, particularmente no que tange à parte geral do novo código civil de 2002 (arts. 104 e sigs.).

- 25) Toda circulação econômica é disciplinada pelo direito: tem sua gênese na atribuição patrimonial a um bem jurídico¹⁸, passa pelo uso e tem seu clímax no tráfego jurídico.
- 26) A circulação econômica de bens, serviços e direitos (após o processo de atribuição patrimonial) ocorre através do tráfego jurídico, o qual, no direito privado, é objeto de atenção do direito civil patrimonial¹⁹. O tráfego jurídico tem origem em negócios jurídicos (como por exemplo, um contrato) que, em muitas situações, abrigam restrições a alguma das partes ou a terceiros.
- 27) A disciplina do conteúdo dos negócios jurídicos (principalmente os negócios contratuais), conforme suas características (unilateral ou bilateral, típico ou atípico, consensual ou formal, gratuito ou oneroso, comutativo ou aleatório, etc.) e elementos essenciais (sujeitos, objeto, causa e forma – cfr. o caso) fundamenta-se no direito privado comum ou específico.
- 28) A ocorrência de hipóteses de *defeito dos negócios jurídicos*, por exemplo, fica a cargo do direito privado. Não obstante, hipótese diversa é aquela que, embora não refutada ou proibida pelo direito privado, implica em restrições que engendram algum tipo de dano ao mercado e, via de consequência, aos consumidores.
- 29) Nesta hipótese, se tais restrições, incluídas em atos unilaterais ou contratos, não estão sujeitas ao âmbito de aplicação do direito privado e nem do Código de Defesa do Consumidor (por constituírem objeto de relação interprofissional), sua análise recai dentro do âmbito de aplicação da norma *antitrust*. Não obstante, nem toda restrição produz efeitos anticompetitivos e algumas podem, até mesmo, gerar compensações econômicas que as justifiquem: são os chamados efeitos pró-competitivos.
- 30) As disposições de direito material acerca das restrições à livre concorrência estão previstas nos artigos 20 e 21 da LDC. A Resolução núm. 20, de 9 de junho de 1999, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) divide as restrições à concorrência em dois grupos principais: práticas restritivas horizontais e práticas restritivas verticais.
- 31) Conforme o item A da Resolução núm. 20/1999, práticas restritivas horizontais são aquelas que *consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios*. Em outras palavras, pode constituir ou abrigar uma prática restritiva

¹⁸ No caso dos bens imateriais, por exemplo, essa atribuição pode ocorrer, conforme a sua natureza (invenções, signos distintivos, obras literárias etc), mediante a outorga de direitos industriais (através da concessão de direitos de patente, marca, etc.) e direitos de autor (conferidos sobre obras literárias e artísticas).

¹⁹ Para mais informações, v. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 2v., Madrid, Civitas, 1996.

horizontal tanto uma hipótese de acordo bilateral, como, ainda, práticas concertadas, abuso de posição dominante ou cartel.

32) Segundo o disposto no item B da Resolução núm. 20/1999, as práticas restritivas verticais são *aquelas impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)*. As práticas restritivas ocorrem predominantemente em acordos verticais e abuso de posição dominante.

33) A partir dessa dicotomia, existem determinadas categorias que, em virtude de suas especificidades, são tratadas por regimes específicos. São elas: o abuso de posição dominante, os acordos restritivos, os atos de concentração.

34) Finalmente, há uma série de categorias de acordos que têm sido objeto de análise de parte da doutrina em matéria *antitrust*, além de decisões administrativas e judiciais dos mais importantes sistemas, como por exemplo, aquelas que nascem a partir dos direitos absolutos concedidos pelo Ordenamento aos titulares de bens imateriais protegidos por propriedade intelectual²⁰ (direito de uso exclusivo e direito de exclusão de terceiro). Notadamente, o exercício de tais direitos²¹ e o direito protetor da livre concorrência têm um ponto importante de interface. Nesse sentido, um autor anglo-saxão indica com propriedade: *§ 2 of the Sherman Act prohibits monopolization and attempting to monopolize. In contrast, the grant of a patent is a grant of a 17 – year monopoly*²². Não obstante, não consideramos a questão do possível choque entre patente (como outras categorias de propriedade intelectual) e direito de concorrência neste labor, sendo tal problema objeto de pesquisa específica²³.

35) Assim, merece recapitulação o conteúdo das medidas do Governo que ensejaram um reforço da normativa *antitrust* no Brasil, sobretudo em matéria de processo

²⁰ A doutrina alemã designa tal regulamento de TechTransGFVO, mediante o qual se estabelece um Regulamento de isenção (da proibição geral do artigo 81.1 do TCE) para determinada categoria de acordos de transferência de tecnologia, na forma do artigo 81.3 do TCE. Neste sentido, Helmut LUTZ (*Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzverträge im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft*, Abril de 1996, págs. 269-272): “Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat nunmehr die lange erwartete Verordnung über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer- Vereinbarungen (TechTransGFVO)”. As restrições não isentas individualmente ou em bloco da aplicabilidade do art. 81.1. do TCE são consideradas nulas de pleno direito.

²¹ Para obter um importante estudo sobre os limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos de autor e industriais veja OLIVEIRA ASCENÇÃO, José de, “Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

²² SOBEL, Gerald, “*Antitrust and Technology*”, in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982, págs. 191–220.

²³ Com relação ao amparo constitucional da propriedade intelectual, considerando as liberdades individuais, veja, BARBOSA, Denis Borges, “*Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*”, Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 16-39.

administrativo. Assim, merece recapitulação as medidas do Governo que iniciaram os precedentes desse atual processo de revisão de políticas da concorrência, ora em curso.

IV. As Medidas do Governo Brasileiro

36) O Governo Federal, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil, adotou as Medidas Provisórias de números 2.055 (posteriormente aprovada como Lei número 10.149/2000) e 2056, ambas de 11 de agosto de 2000. A primeira estabelece alterações e acrescenta dispositivos à Lei no. 8.884 (Lei de Defesa da Concorrência - LDC), de 11 de junho de 1994, e a segunda, altera o artigo 10 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional. Tem-se ainda, para finalizar este pacote de mudanças, a aprovação do Decreto de 11 de agosto de 2000, mediante o qual ficou instituído um Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de concluir estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

A) A Medida Provisória no. 2.055, de 11 de agosto de 2000: Prenúncio da Lei num. 10.149/2000.

37) A Medida Provisória no 2.055, de 11 de agosto de 2000, com apenas quatro artigos com força de lei, modifica diversas disposições da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei no. 8.884, de 11 de junho de 1994²⁴ que, para efeitos deste artigo, doravante designaremos de LDC. A MP, no texto do seu artigo 1º, altera e amplia a redação dos artigos 2º, 26, 30, 35 e 53 da LDC. Tais novos dispositivos ingressaram definitivamente no Ordenamento com a aprovação da Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000²⁵, que alterou a LDC.

A-1) Da Legitimidade Passiva de Sucursais

38) O artigo 2º da LDC estabelece disposições referentes à territorialidade, garantindo a aplicabilidade de suas normas às práticas cometidas em todo ou em parte do território nacional ou que nele possa produzir efeitos. O antigo parágrafo único, inalterado no conteúdo, mas convertido em parágrafo primeiro pelo texto da MP, estabelece que reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opera ou tenha no Brasil filial, agência, escritório, estabelecimento, agente ou representante. A alteração efetiva fica por conta da inclusão de um parágrafo segundo que considera a filial, agência, escritório, estabelecimento, agente ou representante parte legítima para recebimento de notificações e atos processuais.

²⁴ Vide BASTOS, Aurélio Wander, *A Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica*, Ministério da Justiça/Secretaria de Direito Econômico, Brasília, 1996, pág. 75.

²⁵ DOU de 22 de dezembro de 2000.

A-2) Das Penas para recusa de informações.

- 39) No que tange ao artigo 26, situado no Capítulo III da LDC que versa sobre as penas, e estabelece como infração punível a *recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documento solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação da LDC*, sendo tal infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator, procura-se inibir a obstacularização do processo instrutório. O artigo 26 da LDC, que inicialmente estava dotado apenas do *caput*, agora dispõe de cinco novos parágrafos. O parágrafo primeiro indica que no próprio documento de notificação deverá constar o montante diário para multa prevista no *caput* do art. 26 da LDC. A multa será computada diariamente até o limite de 90 dias a partir da data fixada na notificação (par. 2º, art. 26 LDC), competindo à autoridade requisitante a aplicação da multa (par. 3º, art. 26 LDC), podendo, assim, a mesma ser aplicada pela SDE, pelo SEAE ou pelo CADE quando estiverem em tal condição. A filial, agência, escritório, estabelecimento, agente ou representante de empresa estrangeira responderá solidariamente pelo pagamento da multa (par. 3º, art. 26 LDC) e a ausência injustificada do representado ou terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, tanto no curso de averiguações preliminares como no de processo administrativo, sujeita o depoente faltoso à multa a ser fixada entre 5.000 e 10.000 UFIRS.
- 40) O artigo 2º. da MP no. 2.055/00 introduz na LDC o artigo 26-A que determina que *impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou pela SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de 20.000 a 400.000 UFIR, conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria Competente.*

A-3) Da não Obrigatoriedade de Sigilo

- 41) O artigo 30 da LDC, que estabelece, já com a nova redação dada pela MP, que *a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios não forem suficientes para instauração de processo administrativo*, obteve alterações no *caput* e no parágrafo primeiro, tendo sido incluído, ainda, um par. 3º anteriormente inexistente. A alteração no *caput* está na exclusão da expressão *das quais não se fará qualquer divulgação*, o que, por determinação do texto do novo parágrafo 3º, fica a critério do Secretário optar ou não, no interesse das investigações, pelo sigilo. Assim, a ausência de decisão administrativa que expressamente determine o sigilo das investigações, por conseguinte, implica na não obrigatoriedade do sigilo e, mais

que isso, não restringe publicidade que integra os demais requisitos dos atos administrativos em geral.

A-4) Dos Prazos Processuais

- 42) Algumas alterações mais significativas ocorreram com as modificações introduzidas no texto do artigo 35 da LDC, que passa a compreender, também, disposições incorporadas na LDC mediante a aprovação dos artigos 35-A e 35-B. As alterações do artigo 35 e parágrafos 1º e 2º estabelecem prazos para a fase instrutória, enquanto os novos artigos 35-A e 35-B disciplinam a inspeção (veja item A-4) e o novo Acordo de Leniência.
- 43) O *caput* do artigo 35 estabelece que, após o decurso do prazo de defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse, e, com a inovação do texto alterado por força da MP no. 2.055/00, fôra introduzido o prazo de quinze dias, anteriormente ilimitado, que deverá ser respeitado pela SDE para fins de promoção de tal ato instrutório.
- 44) O parágrafo 1º do artigo 35 da LDC estabelece prazo para conclusão da fase instrutória por parte da SDE. Assim, as *diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogado por igual período em caso de justificada necessidade* (par. 1º, art. 35 LDC).

A-5) Da Inspeção e da Busca e Apreensão

- 45) Os parágrafos 2º e 3º do artigo 35 da LDC estabelecem como atribuição do Secretário de Direito Econômico, tanto na averiguação preliminar, como no processo administrativo, a determinação de inspeção na sede social, como, também, delimitam o objeto de inspeção. O par. 2º estabelece que *respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com menos de 24 horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas.*
- 46) Quanto ao objeto da inspeção, o parágrafo 3º do art. 35 da LDC estabelece que *poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.*
- 47) O art. 2º da MP, mediante a instituição do artigo 35-A e parágrafos (1º e 2º), prevê a possibilidade de busca e apreensão de documentos sonegados ou não pelo

investigado ou representado. Para este fim, o texto do artigo 35-A considera, no que couber, a aplicabilidade do artigo 839 do Código de Processo Civil-CPC²⁶, determinando, ainda, a inexigibilidade de ação principal.

- 48) As disposições introduzidas pelo artigo 2º da MP em questão estendem para a SEAE as atribuições conferidas à SDE em decorrência do artigo 35, conforme estabelece expressamente o par. 1º do novo artigo 35-A. Assim, a SEAE poderá promover as diligências previstas no *caput* do art. 35 da LDC no curso de procedimento administrativo iniciado no seu âmbito com o fito de instruir representação a ser encaminhada à SDE. Não existe, também neste caso, a obrigatoriedade de sigilo, que ficará a critério da SEAE (par. 2º, art. 35-A).
- 49) Não há, portanto, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 35-A, superposição de atribuições, com o que a instituição destas novas prerrogativas da SEAE não altera as atribuições originárias da SDE.

A-6) Das Limitações do Compromisso de Cessação

- 50) O Compromisso de Cessação, com disciplina no artigo 53 da LDC, pode, na forma do texto legal original, ser celebrado em qualquer fase do processo administrativo pela SDE *ad referendum* do CADE. Este instituto pode abranger a prática sob investigação, não obstante, a respectiva celebração não importe em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (cfr. *caput* art. 53 LDC).
- 51) As limitações do Compromisso de Cessação estabelecidas por determinação do art. 2º da MP no. 2.055/00, mediante a inclusão do parágrafo 5º no artigo 53 LDC, referem-se à abrangência de sua aplicabilidade, da qual ficam excluídas determinadas proibições exemplificadas nos incisos do artigo 21 da LDC, em especial as condutas de fixação de acordo entre concorrentes (inciso I, art. 21 LDC), práticas concertadas e conduta uniforme (inciso II, art. 21 LDC), divisão de mercado (inciso III, art. 21 LDC) e combinação de preço em concorrência pública (inciso VIII, art. 21 LDC).

A-7) Do Acordo de Leniência

- 52) A inovação mais contundente da MP no. 2055/00 está em seu artigo 2º, que inclui no texto legal da LDC o artigo 35-B que, por sua vez, cria o Acordo de Leniência. O Acordo em questão, a ser celebrado entre a União, por intermédio da SDE, e pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras de infrações contra a ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, produzindo, com essa colaboração, determinados resultados especificados nos incisos e parágrafos do referido artigo 35-B, faz com que tais

²⁶ O artigo 839 do CPC estabelece que: *o juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.*

infratores possam obter o benefício da *extinção da ação punitiva da Administração pública ou da redução de um a dois terços da penalidade aplicável*. Assim, esta disposição sem precedentes na legislação *antitrust* brasileira, mas anteriormente prevista de forma análoga no âmbito do direito penal²⁷ para proteção do réu colaborador, institui uma espécie de, pode-se dizer, *perdão ou recompensa do delator*.

- 53) A colaboração que pode ensejar a celebração de um Acordo de Leniência deverá gerar dois resultados concretos: a *identificação dos demais co-autores da infração* (I); e, a *obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação* (II).
- 54) O parágrafo 1º do artigo 35-B restringe a aplicabilidade do disposto no *caput*, limitando o emprego do acordo com a exclusão de *pessoas físicas ou jurídicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária*.
- 55) No que tange aos requisitos, a pessoa física ou jurídica, para habilitar-se ao acordo, deve atender ao disposto nos incisos I a IV do par. 2º do art. 35-B. Primeiramente, a empresa (ou pessoa física) deverá ser a *primeira a se qualificar com respeito a infração noticiada ou sob investigação* (inc. I); a empresa (ou pessoa física) deverá *cessar completamente o seu envolvimento com a infração noticiada a partir da data da propositura do acordo* (inc. II); e, ainda, deve-se observar o requisito de que a SDE *não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou da pessoa física quando da propositura do acordo* (inc. III); e, *a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitadas, a todos os atos processuais, até seu encerramento* (inc. IV).
- 56) O Acordo de Leniência firmado *estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo* (par. 3º do art. 35-B), não estando sua celebração sujeita à aprovação do CADE (par. 4º do art. 35-B). Sem embargo, compete ao CADE, no momento do julgamento do processo administrativo, a verificação do cumprimento do acordo (par. 4º do art. 35-B). Quando verificado tal cumprimento, caberá ao CADE *decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta tiver sido apresentada à SDE* (par. 4º do art. 35-B, inciso I), ou, *nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços a pena aplicável* (par. 4º do art. 35-B, inciso II). Neste último caso, dever-se-á considerar na gradação da pena a *efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do*

²⁷ Cfr. artigos 13 e 14 da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999. O art. 13 prevê que “*Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I- a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II- a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III- a recuperação total ou parcial do produto do crime*”.

acordo de leniência (par. 4º do art. 35-B, inciso II), na forma do disposto no artigo 27 da LDC.

- 57) Na hipótese deste último inciso II (par. 4º do art. 35-B), a pena sobre qual incidirá o fator redutor não será superior a menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, no que tange às multas previstas no artigo 23 da LDC (par. 5º do art. 35-B, item I). Os efeitos do Acordo de Leniência serão estendidos aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, *envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa*, respeitados o requisitos de habilitação dos incisos I a IV do artigo 35-B.
- 58) A empresa (ou pessoa física) que não obtiver habilitação para o Acordo, poderá, até a data da remessa dos autos administrativos para julgamento, propor novo Acordo de Leniência referente a outra infração, desde que desta não tenha qualquer conhecimento a SDE (par. 7º do art. 35-B). Neste caso, o infrator proponente poderá beneficiar-se de um terço da pena que lhe for aplicável no processo administrativo de origem, sem prejuízo para os benefícios auferíveis, consoante o disposto no par. 4º do art. 35-B, no processo subsequente (par. 8º do art. 35-B). A propositura do segundo Acordo de Leniência prevista no par. 8º do 35-B, a princípio, considerar-se-á sigilosa, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo (par. 9º do art. 35-B).
- 59) A proposta de Acordo de Leniência eventualmente rejeitada pelo Secretário de Direito Econômico (SDE), da qual não se fará qualquer divulgação, *não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada* (par. 10º do art. 35-B).
- 60) Finalmente, a MP no. 2.055/00 estabelece, no texto do par. 11 do art. 35-B, que *a aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça*.

A-8) Das Custas e Emolumentos

- 61) O art. 3º da MP no. 2.055/00 estabelece que a taxa processual de que trata a Lei no. 9.781, de 19 de janeiro de 1999, será devida no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), devendo o produto da arrecadação ser dividido entre os três órgãos do SNDC.

B) A Medida Provisória no. 2.056, de 11 de Agosto de 2000

62) A Medida Provisória no 2.056, de 11 de agosto de 2000, com três artigos com força de lei, modifica disposições da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). Outrossim, a MP em questão altera e amplia a redação do artigo 10 da Lei no. 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas.

B-1) Da Obrigação da ANP

63) O artigo 1º da MP no. 2.056/00, ao modificar a redação do artigo 10 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece que, *quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que esta adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.* Esta disposição reforça as atribuições dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência, e esclarece a função reguladora técnica da ANP, estabelecendo, assim, um parâmetro realçador do relevo que separa ambos os grupos de atribuições, em matéria de normas técnicas e em matéria de defesa da concorrência, o que deverá, por lógica, ser respeitado pelas demais agências reguladoras. Isto posto, a agências reguladoras e autarquias não podem validar atos que ostentem indícios de infração contra a ordem econômica, contudo, lhes é permitido a revogação de atos ilícitos²⁸. Estes dispositivos constituem, de per si, importante e inequívoco precedente em matéria de atuação administrativa do *policy maker* no labor de dissociação de atribuições.

B-2) Da Fiscalização da Distribuição de Combustíveis

64) As alterações e modificações estabelecidas pelo 1º da MP no. 2.056/00, determinam câmbios no texto legal do artigo 10 da Lei no. 9.847, de 26 de outubro de 1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece sanções administrativas. Com isso, com o acréscimo do inciso V, fica expressamente estabelecida como infração *praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou por decisão judicial.* Neste caso, estabelece o parágrafo 2º daquele mesmo artigo 10, em sua nova versão, que *a revogação da autorização, dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente.*

²⁸ Cfr. artigos 53 e segs. da Legislação federal de processo administrativo, Lei no. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

C) Decreto de 11 de Agosto de 2000

- 65) O Presidente da República, no uso das atribuições conferidas pelo inciso VI do artigo 84 da Constituição da República, aprovou o Decreto de 11 de agosto de 2000, que institui o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com a finalidade de concluir os estudos para a criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (art. 1º).
- 66) O GTI será composto de um representante da Casa Civil, que coordenará os trabalhos, um representante da SDE/MJ, um representante do CADE, um representante do Ministério da Fazenda e um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 2º). Os membros serão indicados pelos respectivos Ministros de Estado e designados pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República.
- 67) Finalmente, o artigo 3º do Decreto estabelece que o GTI terá prazo de 60 dias, contado da data da publicação daquele ato normativo, para a conclusão de seus trabalhos e apresentação do projeto de lei dispendo sobre a criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

V. Perspectiva de Revisão da Política de Defesa da Livre Concorrência

- 68) A mudança de governo em 2002 representou, com a posse do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, uma natural mudança também na condução da política vigente até então²⁹ (como também com relação às prioridades do GTI instituído no mandato precedente), não obstante, continuam algumas das mesmas preocupações quanto a eficácia da LDC e das recentes modificações legislativas. Identidade que não se constata, por exemplo, no entendimento acerca dos novos rumos a serem tomados pelo “Sistema” - seja quanto a sua possível reforma orgânica, seja quanto a reforma legislativa pretendida (pelo menos na forma até então pretendida) ou mesmo quanto aos critérios de análise e descentralização de análise.
- 69) A atuação conjunta da SDE e da SEAE indica o prenuncio de nova política da concorrência, e por vezes dá a impressão de execução imediata. Não seria, assim,

²⁹ O Relatório de Gestão de 2002 emitido pelo CADE (v. <http://www.cade.gov.br/>) indica uma notável incidência de atos de concentração (total de 518 atos), sem paralelo nas questões relativas a condutas, pois seu números estão diluídos entre os processos administrativos que incluem análise de cartéis (total de 34), não dispendo as demais restrições à concorrência uma rubrica específica, e, ainda, o número de averiguações preliminares não mostra-se expressivo (total de 7), principalmente após o advento da introdução de nova interpretação administrativa acerca do procedimento. Conclui-se que se tem dado um excepcional protagonismo aos atos de concentração em detrimento das condutas, parecendo discrepar, assim, o Sistema nacional dos seus congêneres Europeu e Norte-americano.

impróprio concluir, tanto pelos sinais exteriores do exercício regular das competências administrativas (execução da função de administrar)³⁰ como por declarações e pronunciamentos das conseqüentes autoridades, tendem a não abraçar integralmente os entendimentos que fundamentaram a política de concorrência no governo precedente.

- 70) Em primeiro lugar, a SDE e a SEAE têm sinalizado que propostas como a de criação de uma agência ou mesmo a menos ambiciosa (mas não menos polêmica) criação de uma superintendência instrutória única perdem espaço para o que seria uma atuação administrava com “repartição de competências”, com o fito de evitar o que o Governo entende ser “superposição de competências”³¹.
- 71) Em linha de conseqüência, esse primeiro aspecto deverá afetar um segundo aspecto, que constitui o ponto nevrálgico do direito da concorrência: a revisão da delimitação do âmbito de aplicação da normativa pela Administração³².
- 72) Infer-se, então, a possibilidade de confirmação do entendimento de que a SEAE deverá ocupar-se predominantemente (no que tange a análise sócio-econômica) com a aplicabilidade da norma sobre os atos de concentração, e, por conseguinte, depreende-se que a SDE poderá dispor de mais recursos para dedicar-se à análise de uma categoria um pouco esquecida: as condutas. Nesse sentido é que se infere a mais lúdima e oportuna preocupação da SDE, que tem externado a importância da análise das condutas e doravante deverá voltar o foco de atenção da Administração para tais fenômenos (que não estão restritos aos acordos e práticas concertadas horizontais). Como se sabe, as condutas não estão restritas ao cartel. Além deste típico acordo horizontal existem outros acordos que podem prejudicar seriamente o funcionamento dos mercados com a proliferação de restrições potencialmente anticompetitivas mediante, por exemplo, uso de práticas restritivas de negócios

³⁰ Particularmente a atuação da SDE e SEAE no primeiro semestre de 2003, que intensificou o número de decisões em matéria de acordos horizontais e um sensível incremento na instauração de averiguações preliminares e processos administrativos em matéria de condutas. *Vide*, por exemplo, no caso desta última categoria, interessante parecer exarado pela **Secretaria de Acompanhamento Econômico** (SEAE) no âmbito dos Processos Administrativos nº 53500.001821/2002; 53500.001823/2002; e 53500.001824/2002, protocolado no CADE em 18 de setembro de 2003, referentes à denúncia apresentada pela **Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.** (EMBRATEL) e pela **Intelig Comunicações S.A.** (INTELIG) em face das empresas **Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp** (TELEFONICA), **Telemar Norte-Leste S.A.** (TELEMAR) e **Brasil Telecom Participações S.A.** (BRASIL TELECOM), no sentido de que estas estariam incorrendo na prática restritiva vertical de elevação dos custos dos rivais através de discriminação de preços do insumo “*interconexão para o acesso local*” ou de subsídios cruzados no segmento de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – STFC para Longa Distância – LD.

³¹ Cabe ressaltar que as competências da SDE estão fixadas em lei, particularmente no artigo 14 da LDC. Entre tais competências fixadas pelo legislador está aquela de *proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo.* (v. inc. III do art. 14 da LDC). O exercício da competência é poder-dever da Administração, sendo-lhe defeso exercê-la aquém ou além do determinado pelo legislador, sob pena de configurar abuso ou omissão, conforme o caso.

³² Que, ainda que pautado o processo decisório administrativo, não vincula o poder judiciário.

(*restrictive business practices*)³³ em acordos verticais³⁴ – entre outras restrições. As restrições que “surtem” em um determinado negócio (a princípio vertical), se não compensadas por um efeito pró-competitivo concreto³⁵, entre outros efeitos deletérios, têm o potencial de “contaminar” rapidamente todo o mercado e assumir a feição de uma grande conduta uniforme entre competidores – sem um poderoso difusor de ineficiência, em prejuízo final, por óbvio, do consumidor.

73) Neste ponto, o que chamamos de prenúncio de revisão de política da concorrência, considerando-se que as políticas assumem mundialmente certo protagonismo nas pesquisas acadêmicas em matéria *antitrust*, e em nosso País não se vislumbra exceções³⁶ nesse aspecto. Seria oportuno, por conseguinte, tomar conhecimento, então, de relevantes declarações do *policy maker* na aurora do novo Governo. O atual Secretário de Direito Econômico, em mais de uma oportunidade³⁷, anunciou que o até então paradigmático emprego do critério de análise fundado na velha tríade estrutura-conduta-desempenho pode não ser o método inequivocamente mais adequado para análise de condutas. Ou seja, nem toda restrição depende diretamente (de determinados níveis de concentração) da estrutura de dado mercado relevante. Assim a ordem dos fatos, considera-se que, mediante tal assertiva, além de outras coisas, esse dado significa que uma conduta restritiva da livre concorrência, para ser caracterizada como causadora de um desempenho anti-competitivo (e por conseguinte uma infração contra a ordem econômica), não depende, como uma relação de causa e efeito, de uma estrutura concentrada. Ao contrário, como já considerado, determinadas restrições em determinadas categorias de contratos e acordos podem contaminar todo o mercado e propiciar uma conduta uniforme em bloco por parte de concorrentes potenciais e/ou efetivos, ou, proporcionar ineficiências na alocação de recursos e impondo prejuízos meta-individuais através divisão de mercados (limitações quantitativas a livre circulação de bens e serviços na Federação)³⁸.

³³ V. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht – Weltwirtschaftsrecht und europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 1983 e, do mesmo autor, "The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology: A Study in Third World Development", IIC Studies, vol. 4, 1980.

³⁴ COMISIÓN EUROPEA, Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, Bruselas, 22.01.1997.

³⁵ Como por exemplo, o acesso a determinada tecnologia (como a que introduz no mercado novo produto ou novo serviço), a qual, sem o emprego da restrição em acordo contratual não estaria disponível no mercado nacional.

³⁶ WESTON, G. E., "New Trends in the U.S. Antitrust Law: The Patent-Antitrust Interface as an Example", IIC, vol. 15, 3(1984), págs. 269-292.

³⁷ Como por exemplo, em recente palestra do Secretário de Direito Econômico, Daniel Kreppel Goldberg, em simpósio aberto realizado (em 19 de setembro de 2003 – com a presença de palestrantes ilustres como o Vice-Presidente da FIRJAN e o ex-Conselheiro do CADE, Ruy Santa Cruz) no auditório de importante escritório no Rio de Janeiro (Siqueira Castro Advogados).

³⁸ Para mais informações a respeito v. FRIGNANI, A. & WAELBROECK, M., *Derecho europeo de la competencia*, (Vol. 4 del Comentario J. Mégret), Tomos I y II (versión española por I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales), Barcelona, Bosch, 1998.

- 74) Não exsurge evidente, por ora, a dimensão concreta desta política e se reverberará em uma segunda reforma legislativa mais ou menos intensa³⁹. O que se depreende, isto sim, é que o número de averiguações preliminares e processos administrativos sobre condutas tendem a sofrer um incremento. Assim demonstradas as coisas, não seria prematuro concluir, então, que, ante a preocupação da Administração com as chamadas condutas, a luz da experiência dos sistemas que já se debruçaram mais intensamente sobre a matéria, deverá estar na ordem do dia, a análise das restrições ubicadas em determinadas categorias de contratos específicos, como distribuição exclusiva, de transferência de tecnologia⁴⁰ (licença de patentes, licença de marcas, *know-how* e assistência técnica)⁴¹ e franquia.
- 75) Neste ponto, remete-se a questão ao método de descentralização de análise, pois os recursos humanos e financeiros são sabidamente escassos. Caso todos os contratos firmados no País fossem objeto de consultas ou notificação seria o colapso do Sistema. Não obstante, a atrofia injustificada do âmbito de aplicação engendra perdas irreparáveis para o patrimônio coletivo que constitui a ordem econômica. Diante de tais perspectivas, novos estudos e linhas de pesquisa acadêmica poderiam, quem sabe, auxiliar na superação deste novo trajeto, e nesse aspecto o estudo instrumental de outros sistemas pode representar uma contribuição no mínimo relevante para o desenvolvimento de um método de descentralização que não represente desvio da Administração na execução de competências.
- 76) De outro lado, deverá existir uma legítima preocupação das empresas quanto a segurança jurídica de contratos e cláusulas. A solução mais conhecida, deste aspecto em particular, estaria na transparência da fixação de critérios e na divulgação sistemática dos precedentes que contribuem para catalizar a cultura *antitrust* e a visibilidade das interpretações administrativas. As empresas e seus consultores jurídicos ou econômicos, cabe-nos aqui ressaltar, não têm tido à sua disposição uma base analítica juridicamente segura para o estudo dogmático. São várias as dificuldades, e, entre elas, podemos ressaltar aqui algumas preliminares: 1) quais restrições estariam fora do âmbito da proibição geral; 2) quais restrições estariam dentro deste âmbito de proibição geral; e, neste caso; 2.1) quais restrições à livre concorrência merecem uma autorização ou isenção por seu caráter pró-

³⁹ Se de um lado, divulgação da questão pelos órgãos oficiais e na imprensa indicam o interesse na reforma legislativa, de outro, não mostra indicadores da abrangência. No Portal do Cidadão (sítio na rede do Ministério da Justiça, v. <http://www.mj.gov.br/>), reproduz o seguinte texto: *O governo pretende ainda alterar a lei 8.884 para tornar mais seletivo os atos de concentração que hoje precisam ser submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência. Pela lei, qualquer fusão ou aquisição que resulte em participação de 20% do mercado ou em que um dos participantes da operação tenha faturamento anual de R\$ 400 milhões precisa ser aprovada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além disso, a análise dos atos passaria a ser feita antes da operação e não depois, como acontece hoje.*

⁴⁰ Não se trataria, por tanto, de incrementar ou diminuir atribuições da inscrição em registro público no INPI, senão, a atenção do Sistema nacional de defesa da concorrência a essas determinadas categorias. V. ASSAFIM, João Marcelo de Lima, *La transferencia de tecnologia en Brasil (aspectos contractuales de propiedad industrial)*, Tesis Doctoral, Universidade de Santiago de Compostela (ESP), 2003, págs. 368 e sigs.

⁴¹ LUTZ, H., “*Technologie-, Patent- und Know-how-Lizenzverträge im EG Recht*”, RIW, 4(1996), págs. 269-272.

competitivo; ou, ao contrário, 2.2.) quais restrições à livre concorrência representam uma infração contra a ordem econômica; e, por último, 2.3.) quais restrições merecem uma análise caso a caso. Finalmente, em caso de isenção, como saber se a excepcionalidade seguiria em vigor independentemente do incremento do *market share* da empresa cuja restrição foi isenta ou autorizada, e, caso a decisão não seja perene, outro problema seria inferir quais os riscos da perda de efeito da decisão administrativa. Se, por hipótese, o Sistema preferir simplesmente isentar determinadas restrições, igual o que ocorria na Europa dos anos 1960 e 1970, sem ter que disciplinar de maneira transparente a matéria mediante a análise administrativa de méritos, nenhuma das questões *supra* indicadas poderá ser respondida se o método (e hermenêutica) contemplar um mínimo de rigor científico.

- 77) Pode-se descentralizar a análise sem perda de segurança jurídica ou expor cidadão a uma furtiva ausência de tutela de suas liberdades. Isso depende, naturalmente, do arcabouço institucional e da política que possa dirigir seus destinos. Não obstante, uma análise administrativa transparente e bem catalizada permite a análise em grupos de condutas, cláusulas e contratos, onde a reunião de precedentes individuais permitiria, ainda, não só a redação de diretrizes, como também, se for o caso, de verdadeiras isenções por categorias. Nessa hipótese, poder-se-ia, então introduzir uma verdadeira política de *minimis*⁴² e não a mera generalização dos critérios aplicáveis ao abuso de posição dominante para categorias outras.
- 78) Em nossas atividades de pesquisa, temos considerado que a identidade do direito material pátrio com a normativa do TCE permite a realização de um paralelo interessante, a partir do qual é cabível concluir que, a dogmática do sistema europeu não seria incompatível com o nosso sistema pátrio um sistema dessa natureza. Ao contrario, mostra-se inequívoca a inspiração do Legislador pátrio no arcabouço jurídico-institucional Europeu, dada a inequívoca coincidência entre os textos legais. A prescrição legal do inciso I do artigo 20 da LDC, preliminarmente, tem os seus fundamentos assentados nos mesmos princípios informadores do chamado Direito Continental europeu, e remete, em grande medida, a sua interpretação dogmática àquela do artigo 81.1 do TCE (proibição geral). Com isso, fica assente que o estudo comparado não só procede como tem indubitável utilidade para a Administração e profissionais especializados, ainda que seja do ponto de vista instrumental e guardadas as peculiaridades de cada sistema. Como elemento adicional, a doutrina não refuta a idéia de que o Regulamento (CE) n. 17 evidenciar-se como um congênere do artigo 54 da LDC, cujo âmbito de aplicação tornou-se atrofiado em decorrência da interpretação administrativa. Essa impropriedade hermenêutica não contribui para o aperfeiçoamento do Sistema, já que existem mecanismos próprios para descentralização da análise. Em outra linha de

⁴² Isto é, qual o teto de quota de mercado uma empresa pode ocupar para fazer juz ao benefício da isenção automática por categoria, superada a quota teto no mercado relevante, sujeita-se a empresa ao regime geral de isenção individual. Na UE este teto tem sido fixado em 5% para determinadas categorias de acordos verticais. V. Regulamento (CE) 2790/1999. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., “*El Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de septiembre de 1999, sobre limitaciones verticales*”, Actas de Derecho Industrial (Instituto de Derecho Industrial da Universidad de Santiago de Compostela), Tomo XX, Madrid – Santiago, Marcial Pons, 1999, págs. 1467-1473.

considerações, a obrigatoriedade de notificação “*ex ante*” seria um elemento importante, pois evitaria a “irreversibilidade” de atos consumados.

- 79) Mais que isso, a estrutura dogmática e institucional do Sistema nacional não só estaria afeita a um controle mais intenso das condutas em geral, como, até mesmo justificaria a adoção de uma espécie sistema de isenção por categoria de acordos como ferramenta de descentralização de análise *antitrust*, nos moldes do artigo 81.3 do TCE e do Regulamento 17 da Comissão das CE e, por exemplo, poder-se-ia instituir resoluções como o que ocorre com o advento do Regulamento (CE) 240/96, haja vista a possibilidade de autorizações ou isenções de maneira análoga mediante o emprego combinado do artigo 27 com outras disposições da LDC.
- 80) Talvez seja esse um caminho natural a ser considerado para fins de estudos dogmáticos especializados, e possivelmente, um instrumento que contribua para reduzir a banalização de outros instrumentos que, a seu turno, foram usados por profissionais do direito no intento de substituir a “ausência” da disciplina da concorrência para determinadas categorias, até então, entendidas como menos relevantes pela Administração. Este seria o caso, por exemplo, encontrado no Estado do Rio de Janeiro, que tem usado as disposições do CDC⁴³ como instrumento equivalente ao que seria um instituto de disciplina do funcionamento dos mercados (provocando assim um inchamento excepcional do âmbito de aplicação do CDC ao contemplar determinadas relações estritamente interprofissionais como relações de consumo), o que só tem contribuído para banalizar o instituto e reduzir o caráter pedagógico da multa que, por ora, depreende-se incapaz de coibir parte substancial das infrações contra os direitos básicos do consumidor⁴⁴.

V. Conclusão

- 81) A mudança de governo representa uma reavaliação de rumos na política de concorrência. Ainda não existe precisão quanto a dimensão e real teor desta reavaliação política, não obstante, aventa-se uma ostensiva preocupação dos *policy makers* sobre a eficácia da LDC, até então, um tanto restrita aos atos de concentração.
- 82) A SDE e a SEAE cogitam uma reorganização institucional do sistema. Perde força o entendimento que levou a constituição do GIT na legislatura precedente, i.e., a instituição de uma eventual agência que arque com as atuais atribuições previstas nas normas de proteção e defesa da concorrência. Prevalecerá, por todo o exposto, o entendimento acerca da conveniência de matizar o que o Governo chama de “superposição de atribuições”. Com isso, a SEAE tenderá a ocupar-se mais da análise sócio-econômica de atos de concentração, enquanto a SDE tenderá incluir no âmbito de aplicação da interpretação administrativa as, assim chamadas,

⁴³ Lei n. 8.078/1990.

⁴⁴ Art. 6º do CDC.

condutas. De antemão, pode-se concluir que sob a nomenclatura de “condutas” encontram-se mais elementos do que a paradigmática categoria de acordos horizontais dos cartéis.

- 83) Não se sabe, ainda, quais as implicações das normas adjetivas instituídas por medida provisória e já consagradas pela aprovação da Lei n. 10.149/2000 ou daquelas que estão por vir, por ocasião dos resultados futuros que advirão das conclusões dos pensadores da nova política, nem se existirão, também, modificações de direito material na forma dos anseios anunciados.
- 84) Outrossim, mais uma vez, não ficou previsto, *ab initio*, uma função de administrar que possa orientar o mercado e fomentar a segurança jurídica dos negócios efetuados no Brasil ou que nele produza efeitos, como p. ex., no caso da edição de *Guidelines* ou Diretrizes de Isenção por Categoria. Ainda que tais diretrizes não limitem a análise judicial, contribuem para a formação de uma cultura *antitrust* e engendram um ambiente seguro para o empresário perante a Administração, mais que isso, constituem ferramenta útil para os profissionais da área e funcionam a serviço do consumidor.
- 85) Nesse contexto, que sinaliza renovados esforços de mudança, reiteramos o entendimento que esta talvez seja a melhor oportunidade de repensar a forma de descentralização administrativa dos instrumentos de eficácia da norma *antitrust*, para uma solução útil e factível, que não deixe determinadas restrições anti-competitivas sem punibilidade, ou presumivelmente fora do âmbito da interpretação administrativa, e com isso, melhor preserve o funcionamento dos mercados e a regularidade do tráfego jurídico inter-profissional. A compensação desta disfunção, hoje, tem ocorrido, em parte, mediante a aplicação do CDC, que, em seu âmbito de aplicação, abrange essencialmente relações mistas (entre profissional e não profissional), que lhes são próprias em todos os sistemas importantes. Em função de tais disfunções, o âmbito de aplicação do CDC, na legislação brasileira, acabou sendo extraordinariamente inchado (e a aplicação de suas disposições acabou por abranger também determinadas relações inter-profissionais), o que de certa maneira, enfraquece a sua eficácia e abranda o rigor de suas penalidades pela Administração e pelo Judiciário. O aumento da incidência de infrações que, em outros sistemas, ficam a cargo de outras normas (no caso, da LDC), contribui, em grande medida, para uma certa banalização do instituto. Cabe à política da concorrência corrigir eventuais desvios.
- 86) Não obstante os últimos esforços de reforma legislativa, insta considerar o fato de que o risco de condenação administrativa ou judicial, conforme o caso, continua sendo substancialmente menor do que o lucro que determinadas restrições à concorrência podem oferecer. A fatura desta diferença é paga pelo pequeno empresário e, por óbvio, pelo consumidor. O sistema normativo e institucional de preservação da ordem econômica repousa sobre duas colunas, quais sejam, o direito da concorrência e o direito do consumidor, e, com isso, mostra a experiência, a eventual falta ou deficiência de algum daqueles pilares, faz do equilíbrio uma

ficção. Com isso, a busca pelo incremento da qualidade de vida do cidadão torna-se meta impossível.