

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

A EXCLUSIVIDADE CONCORRENCIAL NO ÂMBITO DO
DIREITO COOPERATIVO

GIOVANNA MORILLO VIGIL

Belo Horizonte
2006

GIOVANNA MORILLO VIGIL

**A EXCLUSIVIDADE CONCORRENCIAL NO ÂMBITO DO
DIREITO COOPERATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2006

Dissertação intitulada *A Exclusividade Concorrencial no Âmbito do Direito Cooperativo*, de autoria de Giovanna Morillo Vigil, analisada e pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca
Orientador

Belo Horizonte, de de 2006.

Dedicatória

Aos meus pais, Nantes e Luz, e aos meus irmãos, Gisella e Ricardo, pelo inabalável amor e exemplo de vida e dedicação;

Ao meu saudoso avô, Táta, por ter sempre acreditado em meu trabalho;

A toda minha família e aos amigos, pela força e presença constantes.

Agradecimentos

Ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, pelos valiosos ensinamentos repassados ao conduzir a elaboração deste trabalho e pelo o exemplo de profissionalismo e excelência sempre presentes em sala de aula;

Aos meus colegas de pós-graduação e demais professores da Faculdade de Direito da UFMG, pela constante troca de experiências e conhecimento;

Aos meus colegas de escritório, pelo apoio e pela compreensão dispensados durante a realização desta dissertação.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade focar-se na análise da cláusula de exclusividade exigida pela Cooperativa de Trabalho Médico (UNIMED) junto aos seus profissionais cooperados, obstando a prestação de serviços médicos, por parte destes, a outros planos de saúde. O estudo ora proposto será feito com base em casos concretos julgados pelo CADE e pelo Judiciário e também por meio da análise do texto constitucional e das legislações infraconstitucionais que regem a matéria, sobretudo as normas de direito concorrencial.

Palavras-chave: cooperativa – médicos – exclusividade – legalidade – Direito da Concorrência.

ABSTRACT

This paper's purpose is to analyze the exclusivity clause required by Cooperativa de Trabalho Médico (UNIMED) from its partner professionals; impairing such professionals to render medical services to different insurance plans. The research proposed herein shall be developed in accordance with precedents issued by CADE and by competent courts, as well as by means of the analysis of the Federal Constitution and Federal Laws regulating the subject matter hereof, particularly rules regarding Antitrust Law.

Key-words: cooperatives – physicians – exclusivity – conformity with law – Competition Law.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
1 INTRODUÇÃO	9
2 NOÇÕES DE DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA	13
2.1 Concepção jurídica do Direito Econômico.....	13
2.2 O Direito da Concorrência como um ramo da disciplina Direito Econômico	18
2.3 Surgimento da legislação antitruste no mundo	24
2.3.1 O Direito Antitruste nos Estados Unidos da América.....	25
2.3.2 O Direito Antitruste na Europa	32
2.3.3 O Direito Antitruste no Brasil: particularidade histórica	37
2.4 Evolução constitucional do Direito Econômico	41
2.4.1 Conceito de Constituição Econômica.....	41
2.4.2 Análise econômica dos textos constitucionais brasileiros.....	45
2.4.3 Princípios constitucionais da ordem econômica na Carta de 1988: enfoque no embate entre os postulados da livre iniciativa e da livre concorrência	51
2.5 Evolução da legislação infraconstitucional de Defesa da Concorrência.....	64
3 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	71
3.1 Orientação dúplice da legislação antitruste brasileira vigente: controle de estruturas e de condutas	71
3.2 Direcionamento legislativo no controle de condutas contra a ordem econômica – arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94	73
3.2.1 Disposições do art. 20 da Lei Antitruste brasileira	76
3.2.2 Preceitos gerais contidos no art. 21 da Lei n. 8.884/94.....	94
3.3 Práticas restritivas da concorrência	97
3.3.1 Diferenciação entre práticas horizontais e verticais	101
3.3.2 Evolução do estudo e da análise das integrações verticais.....	104
3.3.3 Tipificação normativa das restrições verticais	111
3.3.3.1 Regulamento n. 2.790/99 da CE.....	112
3.3.3.2 Regulamento n. 20/99 do CADE – especificação dos principais exemplos de restrições verticais.....	114
3.3.4 Acordos de exclusividade.....	123
4 CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO DIREITO COOPERATIVO	132
4.1 Atipicidade da cláusula de exclusividade no caso das cooperativas.....	132
4.1.1 Unimilitância.....	132
4.1.2 Casos UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.	133
4.2 Julgamento da questão: análise administrativa e judicial do problema	136
4.2.1 Entendimento administrativo: CADE	137
4.2.2 Decisões judiciais brasileiras	146
4.3 Questão histórica principiológica e legislativa.....	155
4.3.1 Enfoque histórico da legislação ordinária sobre cooperativas: Lei n. 5.764/71	156
4.3.2 Lei n. 8.884/94 <i>versus</i> Lei n. 5.764/71 – dissenso analisado à luz dos postulados políticos, econômicos e sociais das Constituições de 1967 e de 1988.....	162
4.3.3 Princípios constitucionais expressos na Carta de 1988 relativos ao livre exercício de atividade profissional e ao direito social à saúde e à existência digna	175

4.3.4 Lei n. 9.656/98, com a alteração trazida pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001	184
4.4 Análise econômica da cláusula de unimilitância	188
4.4.1 Breves considerações sobre a Análise Econômica do Direito.....	1888
4.4.2 Aplicabilidade dos preceitos da AED à questão concorrencial das cooperativas	1933
5 CONCLUSÃO	199
6 REFERÊNCIAS	2022

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Direito da Concorrência no Brasil sofreu alterações significativas nos últimos anos, sob o prisma tanto legislativo quanto hermenêutico, deixando seu *anonimato* para tornar-se foco de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais no meio jurídico nacional.

Embora se trate de um tema ainda incipiente no Poder Judiciário brasileiro, vem sendo desenvolvido, analisado e julgado na seara administrativa com notável conhecimento, em especial por parte dos membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Secretaria de Direito Econômico (SDE).

Em verdade, justamente em decorrência da experiência obtida no CADE e da análise de caso então julgado por esse órgão administrativo surgiu a idéia de desenvolver o tema objeto do presente trabalho – aplicação do Direito da Concorrência às sociedades revestidas sob a forma de cooperativas –, idéia esta reforçada após a publicação de conflitantes decisões judiciais emanadas sobre o mesmo assunto.

Analisar-se-á nesta dissertação uma situação vivenciada hodiernamente no Brasil envolvendo sociedades cooperativas que, por meio da inserção de cláusulas de exclusividade em seus contratos sociais, vinculam os cooperados unicamente a elas, inibindo a atuação destes em qualquer sociedade do mesmo ramo da cooperativa.

A contextualização mais incisiva da problemática é vislumbrada em processo envolvendo diversas regionais da Cooperativa de Trabalho Médico (UNIMED), que se depararam com a acusação de ilicitude da cláusula de exclusividade dos cooperados, presente no Contrato Social daquelas, no que tange à prestação de serviços dos médicos, também denominada como *cláusula de unimilitância*, mas apresentada pela UNIMED como *princípio da fidelidade cooperativa*.

Aludida cláusula, em linhas gerais, determina a proibição de os cooperados exercerem qualquer atividade considerada prejudicial à cooperativa ou que conflite com seus princípios. Isso traria em seu âmago, segundo a UNIMED, o impedimento de que qualquer

médico cooperado desta esteja vinculado ou exerça atividades remuneratórias a entidades prestadoras de serviços de planos de saúde.

Com essa determinação, algumas seccionais da UNIMED procederam à exclusão, do seu quadro de associados, de profissionais da medicina que atendiam a pacientes associados a outros planos de saúde (como Bradesco Seguros e *Golden Cross*). Isso gerou inconformismo não apenas dos médicos excluídos mas também de diversas entidades seguradoras e do próprio Ministério Público, atuando pelos interesses da coletividade e em prol da defesa da concorrência no setor.

Esse embate com as UNIMEDs foi levado aos tribunais judiciais e também ao próprio CADE, neste último depois de instaurado processo administrativo por parte da SDE. Contudo, verificaram-se posicionamentos divergentes entre os órgãos mencionados, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em sua maioria, decidido pela legalidade da citada cláusula de exclusividade de prestação de serviços médicos e o CADE, em diversos precedentes, demonstrado relutância a essa cláusula.

A diferença primordial vislumbrada nas decisões de ambas as cortes cinge-se no foco dado à questão por seus membros. Ao passo que a maioria dos magistrados embasa suas decisões em institutos do Direito Privado clássico, invocando, até mesmo, o vetusto princípio do *pacta sunt servanda*, os conselheiros do CADE centram grande parte de seus votos nos efeitos concorrenciais da cláusula em debate, afastando-se de uma análise mais detida da validade de avenças oriundas da vontade livre e consciente das partes.

No decorrer deste estudo, apresentar-se-ão, detidamente, as mais relevantes decisões proferidas, administrativa e judicialmente, sobre o tema, sobrelevando os principais aspectos de cada uma e apresentando alguns pontos que não foram suscitados ainda, embora sejam de suma relevância para uma melhor e mais completa visão da matéria.

Todavia, faz-se necessária uma breve digressão pelos principais institutos do Direito da Concorrência, a qual será feita no Capítulo 1, com o intuito de aferir o enquadramento conferido pelo Direito Econômico da Concorrência às cláusulas de exclusividade, bem como a evolução histórica de seu estudo e tratamento conferido tanto no Brasil como no Direito Comparado (norte-americano e europeu).

Serão aqui abordados conceitos como Constituição Econômica, Política Econômica e Análise Econômica do Direito, sem os quais a completa análise do tema da unimilitância nas cooperativas, no Capítulo 4, não será viabilizada.

Prosseguindo no desenvolvimento do tema, mostra-se indispensável abordar a questão da tipificação das condutas anticoncorrenciais, bem como seus efeitos, conforme previsto nos arts. 21 e 20, respectivamente, da Lei n. 8.884/94. Neste ponto, a ser estudado no Capítulo 3, adentrar-se-á no estudo das restrições verticais especificamente, dentre as quais se situam as cláusulas de exclusividade.

Desmembrando ainda mais o tópico, observar-se-á ser de supina relevância a abordagem da dificuldade de identificação da cláusula em apreço dentre os exemplos típicos conferidos pela doutrina às restrições verticais.

Finalizando este capítulo, discutir-se-ão os limites entre o Direito Empresarial e o Direito Econômico da Concorrência, e a relação de interdependência (como todo ramo do Direito o é) que carregam em seu bojo e que, por conseguinte, deve estar presente nas decisões emanadas em assuntos que envolvam ambas as matérias.

O último capítulo enfrentará diretamente a questão aqui proposta – legalidade das cláusulas de exclusividade de prestação de serviços médicos em cooperativas –, mediante a utilização dos conceitos anteriormente analisados e a inserção de novos debates e fundamentos.

Visando a uma melhor estruturação do estudo, optou-se por utilizar uma estratégia metodológica baseada em análises de casos concretos, julgados tanto pelo CADE quanto pelo Judiciário brasileiro (em especial, o Superior Tribunal de Justiça – STJ), comparando-os, sempre que possível, com decisões históricas proferidas pela Suprema Corte norte-americana e pelos principais tribunais europeus.

Considerando que o interesse no tema surgiu, conforme afirmado inicialmente, após experiência obtida no CADE, serão examinadas, primeiramente, suas decisões, destacadas pelo conteúdo de análise econômica do direito aplicável à espécie, particularmente seu sustentáculo em estudos, pesquisas e pareceres efetuados pela SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Em seguida, analisar-se-ão as decisões judiciais brasileiras sobre o tema, nas quais é possível vislumbrar uma divergente visão de alguns magistrados relativamente às decisões do CADE. Interessante será observar, ainda, a divergência nos próprios tribunais, em que magistrados componentes de uma mesma Turma de julgamento proferem posicionamentos distintos e antagônicos.

Visando a complementar o estudo, será elaborado um trabalho pormenorizado acerca das implicações constitucionais e infraconstitucionais do tema em pauta, submetendo à crítica alguns princípios previstos na Carta de 1988 que podem estar sendo violados, para se viabilizar a manutenção da prática da unimilitância levada a efeito pelas cooperativas médicas.

Finalmente, partir-se-á para a necessária análise econômica do tema ora proposto, visando apurar possíveis eficiências para a prática da unimilitância que justifiquem a declaração de sua legalidade. Para tanto, proceder-se-á a um breve estudo sobre as principais características da Análise Econômica do Direito (AED), e os pontos explanados pelos seus expoentes mais destacados.

À guisa de conclusão, contrastar-se-ão as decisões supra-referidas com casos análogos do Direito Comparado, destrinchando as soluções encontradas pelos Tribunais estrangeiros, para delas extrair novos ensinamentos, pautados na larga e consolidada experiência de outros países em questões concorrenciais.

Ressalte-se, finalmente, que o presente trabalho não tem por escopo apresentar uma solução única e definitiva para o tema em debate, eis que, conforme será demonstrado, as variáveis econômicas de cada caso são de relevância primordial para se encontrar a decisão mais adequada. Visa-se, contudo, a discorrer sobre os contornos mais importantes do tópico escolhido, expondo as conclusões que, no momento, apresentam-se como mais adequadas aos contextos histórico, político e legal vivenciados.

2 NOÇÕES DE DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA

2.1 Concepção jurídica do Direito Econômico

O estudo de qualquer tema inserido no Direito da Concorrência – como será feito neste trabalho quando da análise das cláusulas de exclusividade e de sua aplicabilidade no Direito Cooperativo – demanda uma análise preliminar dos aspectos gerais do Direito da Concorrência, englobando não apenas o seu surgimento no panorama jurídico-político brasileiro como também as principais características desse ramo crucial inserido no Direito Econômico.

Estudar-se-á, principalmente, a evolução constitucional e infraconstitucional desse tema no país, visando a, no Capítulo 4, entender a viabilidade de observância do Direito da Concorrência por parte do Direito Cooperativo.

Iniciar-se-á, destarte, vislumbrando como ocorre a inserção do Direito da Concorrência nos debates jurídicos hodiernos, a fim de se compreender a razão de seu estudo ser ainda incipiente no campo doutrinário nacional.

O surgimento do Direito Econômico como disciplina autônoma¹ está atrelado a mudanças rompantes do contexto social vivido em meados do século XIX, marcado por

¹ Neste aspecto, partir-se-á da premissa majoritariamente aceita de que o Direito Econômico constitui, sim, disciplina autônoma, com princípios e regras próprios que demandaram o seu estudo e desenvolvimento apartados de outras disciplinas. Esse aspecto foi consagrado pela Constituição da República de 1988, por meio de seu art. 24, I.

Afastar-se-ão, portanto, dúvidas como aquela externada por Vedel, cuja citação é feita por Gérard Farjat: “Haveria seriedade em interrogar-se sobre a noção de direito econômico, setenta anos depois da criação teórica do ramo ou da disciplina? Sem dúvida, pois que há uns doze anos o decano Vedel fazia a pergunta: ‘o direito econômico existe?’, mas não dava a resposta”. FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996, p.1.

Também suscitando dúvidas acerca dessa autonomia do Direito Econômico como uma disciplina, André de Laubadère e Pierre Delvolvé afirmam que “não é isenta de dúvidas a questão de considerá-la (a disciplina) como um novo ramo do Direito”. LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public Économique*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1986, p.8.

Claude Champaud conclui: “O direito econômico é uma ordem jurídica que dá resposta às normas e às necessidades de uma civilização ainda em vias de formação... um direito novo que coexiste com o corpo das regras jurídicas que se elabora, coabita com as instituições da ordem social precedente que não poderia extinguir-se bruscamente”. CHAMPAUD, Claude. *Contribution à la définition du droit économique*. Chron, D. 1967, p.215.

alterações profundas nos pressupostos ideológicos do Direito. A percepção trazida por RIPERT² sobre a inviabilidade de o direito manter-se imutável demonstra as razões que desencadearam alterações na ordem jurídica mundial.

Nesse sentido, WEBER³ já apontava a mutação do sentido de “ordem jurídica”, atrelando-a aos motivos determinantes das ações humanas reais:

[...] a 'ordem jurídica' ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Quando, apesar disso, a ordem econômica e a jurídica estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico, mas no sociológico: como vigência *empírica*. O sentido da palavra 'ordem jurídica' muda então completamente. Não significa um cosmo de normas interpretáveis como logicamente 'corretas', mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais. Cabe interpretar isso em seus detalhes.

Também GRAU⁴ aponta o surgimento do Direito Econômico como fruto de uma interpretação do direito essencialmente teleológica, funcional, a fim de se compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal, mas sim deve ser entendida numa relação de comprometimento com o fato econômico, transformando o Direito em um *sincretismo metodológico*.

Como bem salienta LEOPOLDINO DA FONSECA, ao analisar as transformações que originaram o surgimento do Direito Econômico, tem-se que, no momento histórico citado, “a norma jurídica deixa de ser a consagração da perfeição, para se transformar num instrumento para alcançar-se o bem-estar cada vez maior e sempre perfectível do desenvolvimento econômico”.⁵ Logo, não poderia mais ser uma ordem jurídica imutável,

Por fim, importante notar os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza quando apresenta a reação de alguns em face do surgimento dessa nova disciplina, ao assumirem “a posição de *Colombo diante do ovo*, afirmando que todos os ramos do Direito já tratavam de temas econômicos, e, então, *todo direito seria econômico*”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.4.

² RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*. Paris: L.G.D.J., 1948, p.228.

³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4.ed. Brasília: UnB, 2000, v.I, p.209-10.

⁴ “Pensar Direito Econômico é pensar o direito como um nível de todo social – nível da realidade, pois –, como mediação específica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.131-2.

⁵ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.6.

cristalizada, mas sim cambiante e atenta às novas ocorrências no campo da economia mundial⁶, a fim de atender aos igualmente variáveis anseios de uma sociedade.

Trata-se, aqui, do fenômeno da concentração de empresas, que transformava o ultrapassado *capitalismo atomista* em um *capitalismo de grupo*, fazendo surgir conglomerados de empresas que iriam desenvolver o até então desconhecido *poder econômico empresário* e demandar a criação de normas jurídicas limitadoras desse poder, quando seu abuso viesse, mais tarde, a ser cometido.

Dentre os doutrinadores que apontam a concentração como decisiva para o surgimento do Direito Econômico, FARJAT⁷ é o que melhor explica a questão:

“A concentração capitalista é o fenômeno decisivo do Direito Econômico. É ela que está na 'origem de todas as grandes mutações das sociedades industriais': a intervenção do Estado, [...] é uma consequência da concentração”.

Também VENÂNCIO FILHO⁸ explica o tópico, demonstrando que a legislação antitruste⁹ apareceu como decorrência do desenvolvimento do capitalismo, com o surgimento dos agrupamentos das grandes empresas.

É justamente a mudança da perspectiva histórica mundial que desencadeou a necessidade de se desenvolver novas disposições jurídicas que acompanhassem o cambiante fato econômico.¹⁰

⁶ Arthur Cecil Pigou também trata do tema da imprescindibilidade de um panorama positivo maleável para o desenvolvimento de um estudo econômico mais prático e atento à realidade: “If this conception of the motive behind economic study is accepted, it follows that the type of science that the economist will endeavour to develop must be one adapted to form the basis of an art. It will not, indeed, itself be an art, or directly enunciate precepts of government. It is a positive science of what is and tends to be, not a normative science of what ought to be. Nor will it limit itself to those fields of positive scientific inquiry which have an obvious relevance to immediate practical problems” PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co., Limited St. Martin's Street, 1950, p.5.

⁷ FARJAT, Gérard. *Droit Economique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, p.143, *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.7.

⁸ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p.292-3.

⁹ Adotando a mesma linha de pensamento externada por Isabel Vaz, utilizar-se-á a expressão *legislação antitruste* “em seu sentido mais amplo, para indicar o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”, não obstante ter-se ciência de que essa expressão não coincide exatamente com os institutos que a legislação procurou defender. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.243.

¹⁰ Acerca das diferentes fases vivenciadas na história econômica mundial, e que acabaram por culminar na aludida necessidade de mudança dos espectros jurídicos de cada época, Dominique Carreau assim resume: “Dans

Em uma apertada síntese, ter-se-ia a ocorrência do seguinte: a concentração de empresas levou à criação de blocos fortalecidos que buscavam maximizar seus ganhos, assegurar seu empreendimento e inserir-se no contexto internacional.¹¹ Com isso, os grupamentos mais fracos iam aos poucos desaparecendo e cedendo lugar a uma nova perspectiva de mercado, dominado por reduzidos grupos de empresas. A busca por novos mercados fez despontar, no início do século XX, a Primeira Guerra Mundial, que destruiu a ordem política, econômica e jurídica até então dominante. As crises enfrentadas pelos Estados destruídos no pós-guerra deram espaço a uma demanda pela intervenção estatal na economia. O dirigismo econômico foi vislumbrado, pela primeira vez, em textos constitucionais¹², criando um precedente que seria largamente utilizado anos depois.

A superveniência de uma Segunda Guerra Mundial consolidou de vez as mudanças jurídicas que o plano econômico sofreria. Fortaleceu-se o ideal do dirigismo estatal e da imperiosa necessidade de o Estado, agente político, regular a economia enfraquecida, o que foi feito mediante a edição de normas jurídicas que estabeleciam os parâmetros para a reivindicada intervenção estatal.

Como bem assinala Américo Luís Martins da Silva¹³, após a Segunda Guerra Mundial surgiram realidades que exigiam do Estado dedicação à direção da economia. Essa nova função estatal reclamou a criação de um instrumento jurídico mais adequado: quer no bloco socialista, quer no bloco ocidental, surgiu um conjunto de normas que tinha por finalidade conduzir, reger e disciplinar o fenômeno econômico. E, por consequência, surgiu também uma ciência que tinha por conteúdo e por finalidade justamente estudar esse conjunto de normas.

Cristalizou-se, assim, o que hoje é reconhecido como Direito Econômico, o qual, como todo ramo do Direito, é um conjunto de normas e princípios, os quais possuem a

une perspective historique, trois phases peuvent être distinguées. A l'époque libérale, entre 1800 et 1914, un ordre international économique privé s'est constitué et progressivement développé. Par la suite, entre les deux guerres mondiales, une situation de conflits économiques permanents s'est créée et cette époque se caractérise plus par le désordre que par l'ordre. Enfin, après la seconde guerre mondiale, un ordre international économique de nature conventionnelle a été établi. En droit, c'est d'ailleurs le seul qui ait valeur positive en dépit des multiples contestations dont il est l'objet actuellement". CARREAU, Dominique. *Droit international économique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p.67.

¹¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

¹² A Constituição do México, em 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919.

¹³ SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.66.

finalidade de organizar a atividade econômica do país, não apenas como um direito que regula a atividade estatal na economia, mas também, e sobretudo, a atividade privada nesse setor.¹⁴

É claro que a definição de Direito Econômico não surgiu de forma tão simples e limitada, como acima explanado. Em verdade, diversos foram os conceitos criados pelos juristas ao longo dos anos, cujas definições partem desde prismas sumamente amplos a explicações parciais, reducionistas.

A lógica dessas diferenciações (esperadas, até) encontra-se na dificuldade de se definir a melhor forma de conceituar um objeto, dificuldade essa tão comum a qualquer doutrinador. Atento a essa barreira terminológica, já ensinava Washington Peluso Albino de Souza¹⁵ como poderia ser feita uma correta conceituação do tema ora proposto:

Um conceito satisfatório do Direito Econômico, como se vê, deve tomar em consideração o aspecto científico desta disciplina na penetração da realidade social e, ao mesmo tempo, caracterizar-lhe o sentido normativo de locução jurídica que ajustará a conduta individual ou coletiva, inclusive a ação do Estado, à realização dos objetivos pretendidos pela política econômica.

Esse mesmo autor¹⁶ define o que ele entende por Direito Econômico, preconizando tratar-se de um ramo do Direito que tem por objeto a “juridicização”, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica, e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, seria o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica, sob o prisma tanto infraconstitucional quanto constitucional.

Sintetizando o conceito de Direito Econômico ora em debate, SANTOS, GONÇALVES e MARQUES¹⁷ afirmam tratar-se de um “ramo do direito que tem por *objecto* o conjunto dos princípios e normas que regem a ordenação da actividade económica pelos poderes públicos e privados”.

¹⁴ Daí a impossibilidade de situá-lo como ramo do Direito Público ou Privado, sendo visto por Vasseur como um direito de síntese: “O Direito Econômico é um *direito de reagrupamento e de síntese*, que permite aos juristas enfrentar e considerar as necessidades da economia em toda a sua amplitude e dar-se conta de regras que tais necessidades puderam suscitar, quaisquer que sejam as disciplinas que, sob aspectos diversos, regem a atividade econômica”. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel; Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue. Trimestrielle de Droit Civil*, 1964, p.1.

¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.55.

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.23.

¹⁷ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.1.

Definido, portanto, de diversas formas o que se entende por aquele Direito Econômico surgido como fruto das concentrações de empresas, passar-se-á ao seu desmembramento para se localizar o foco do estudo que se propõe: o Direito da Concorrência.

2.2 O Direito da Concorrência como um ramo da disciplina Direito

Econômico

Vislumbra-se que o Direito Econômico abrange o estudo de comportamentos econômicos estatais e privados, no sentido tanto de intervir na economia como de atuar nessa economia. É justamente quando se entende a atuação privada na ordem econômica¹⁸ que se começa a notar o surgimento de um ramo forte no Direito Econômico, cuja função é regular a necessária e salutar concorrência entre os conglomerados empresários.

Necessita-se de um conjunto de normas e instituições que regulem as formas de aquisição do poder econômico e seu regular exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica vigente. E foi esse conjunto que Isabel Vaz¹⁹ denominou de “regime jurídico da concorrência”, ramo específico dentro do Direito Econômico.²⁰

Esse ramo foi notadamente ressaltado por FARJAT²¹, que destacou, contudo, além dele, mais três campos jurídicos no Direito Econômico:

É possível que um estudo comparativo venha liberar a idéia de um direito econômico mínimo, composto de quatro ramos ou 'campos' jurídicos: o direito da

¹⁸ João Bosco Leopoldino da Fonseca define “ordem econômica” da seguinte forma: “Pode-se definir **ordem econômica** como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade”. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.146.

¹⁹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.262.

²⁰ Não se trará aqui a discussão sobre a teoria de alguns doutrinadores de inserir o Direito da Concorrência como ramo do Direito Administrativo ou do Direito Penal. Ratifica-se, apenas, o entendimento suplantando por Isabel Vaz que, com precisão, assim concluiu sobre o tópico: “O regime jurídico da concorrência adapta-se melhor aos postulados do Direito econômico, entre outras razões, devido à sua vocação de regulamentar as medidas de política econômica, destinadas a atingir os objetivos da Ordem Econômica, harmonizando-as com os princípios ideológicos comprometidos com a democracia econômica e social. E estes objetivos amplos, variáveis segundo as diferentes metas a serem atingidas nas diversas fases da escala do desenvolvimento econômico, extrapolam os princípios do Direito administrativo e não se coadunam com os postulados do Direito penal”. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.284.

²¹ FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996, p.19.

concorrência, a ordem pública (ou mista) econômica, o direito da organização privada da economia, o direito econômico internacional.

Mesmo compartilhando o Direito Econômico com a ordem pública econômica, com o direito da organização privada da economia e com o direito econômico internacional, o Direito da Concorrência sobressai como o cerne daquela disciplina jurídica, sendo hoje confundido por muitos com o próprio Direito Econômico.²²

Leciona FARJAT:²³

Enquanto ramo do direito, o Direito Econômico é um direito da organização da economia cujo cerne é hoje o direito da concorrência com desdobramentos consideráveis mas incertos nas sociedades, liberais ou em vias de liberalização. É também uma disciplina, ou seja, um subsistema do direito comparável à *equity*, de qualquer forma um 'renascimento' do direito, como resposta às 'pressões' da economia política.

Na mesma obra, FARJAT²⁴ completa afirmando que:

O direito da concorrência é, já ressaltamos, o núcleo do direito econômico contemporâneo; parece-nos que ele apresenta por si só todas as características de um ramo do direito, na medida naturalmente em que é dotado, se não de uma jurisdição, pelo menos de procedimentos mais ou menos específicos (sob denominações diversas – o Conselho da Concorrência na França). Ressaltar-se-á também, como marco de uma especificidade, o fato de que ele escapa materialmente, substancialmente, à distinção direito público/direito privado. É, ao que parece, um direito misto, se se entender com isto um direito cujas fontes e concretização implicam geralmente uma 'mistura' de autoridades públicas e privadas.

Assim, tem-se que o Direito da Concorrência é visto como um ramo do Direito Econômico composto por um grupo de normas e instituições jurídicas destinado a reger as condutas dos agentes econômicos segundo os princípios constitucionais informadores das atividades econômicas.²⁵

²² Essa confusão conceitual demonstra uma tendência reducionista de alguns juristas e de algumas instituições de ensino ao lecionarem, sob a rubrica de Direito Econômico, apenas o Direito da Concorrência, restringindo este, ainda, ao estudo da Lei n. 8.884/94. Olvidam-se, portanto, de aspectos fundamentais do Direito Econômico, como o planejamento econômico, a regulação, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a função social da propriedade, privatizações, livre iniciativa e valor social do trabalho, dentre outros bem explanados, por exemplo, na Carta Constitucional de 1988.

²³ FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996, p.1.

²⁴ FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996, p.19.

²⁵ VAZ, Isabel. Aplicabilidade do Direito da Concorrência. Brasília, *Revista de Direito Econômico*, n. 32, 2001, p.162.

Mas, como já alertava o SALOMÃO FILHO:²⁶

[...] não basta apenas afirmar a natureza constitucional econômica das normas de concorrência para compreender seu significado e definir o âmbito de sua aplicação. Se é verdade que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, deve-se, em seguida, perguntar em que sentido elas indicam.

Pelas lições apontadas, verifica-se que nenhuma conceituação de Direito da Concorrência estaria completa sem que se possa nela aferir qual seria, então, a conduta econômica que se espera dos agentes, bem como qual a política econômica que se visa a proteger.

A resposta a essa indagação certamente varia, hoje, de país para país. Como é cediço, não é mais exclusividade dos norte-americanos a adoção de um sistema legislativo antitruste. Não obstante seu nascimento e seu fortalecimento pudessem ser vislumbrados em decisões jurisprudenciais da Corte Suprema dos Estados Unidos, o Direito da Concorrência tem sido largamente difundido pelas mais diversas Repúblicas, tomando em cada uma delas um espectro diverso, condizente com o escopo almejado pela ordem econômica interna.²⁷ Esse fim pode variar desde uma política de incentivo ao emprego até um ideal de busca do bem-estar do consumidor.

Uma vez que o foco de estudo deste capítulo é o nascimento do Direito Antitruste, ater-se-á às razões que embasaram a sua positivação no país precursor dos estudos desse tema: os Estados Unidos. Por esse motivo, imprescindível se faz abordar os pressupostos teóricos e econômicos que fundamentaram as discussões acerca da finalidade da defesa da

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.22.

²⁷ John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White escreveram um artigo denominado *The Antitrust Revolution: economics, competition, and policy*, no qual chamavam a atenção para as diversas finalidades da legislação antitruste nos países do mundo. Em aludido artigo, percebe-se uma tendência forte da Escola de Chicago em seus ensinamentos, na medida em que eles afirmam que, exemplificativamente, nos Estados Unidos, o propósito da lei antitruste é, se não de forma exclusiva ao menos principalmente, promover o bem-estar do consumidor, ao buscar eliminar transações e práticas economicamente ineficientes. (“The reasons why competition laws exist vary just as much as the laws themselves do in their scope and the vigor of their enforcement. Something as fundamental as the purpose of competition law is still a matter of debate. Over the years, a consensus has developed in the United States that the purpose of the antitrust laws is principally (if not exclusively) to promote consumer welfare, by banning economically inefficient transactions and practices. Other countries, however, take additional considerations into account, such as the development of the national economy, expansion of opportunities for cross-border trade, or protection of small and medium-sized enterprises. Some countries add a broader ‘public interest’ dimension to antitrust enforcement: South Africa, for example, specifically includes among the purposes of its antitrust law the promotion of employment and the increase of the ownership stakes of historically disadvantaged persons”). Transcrito por PITOFISKY, Robert; GOLDSHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation: cases and materials*. 5. ed., Westbury: The Foundation Press, 1990, p.16.

concorrência segundo as escolas de Chicago e Harvard, as quais se destacaram nas preleções de seus principais expositores, dentre os quais se destacam R. Posner, R. Bork, Areeda, Turner, dentre outros.

A Escola Neoclássica, também conhecida como Escola de Chicago, nasceu nos anos de 1950, com os trabalhos, ainda incipientes para o Direito Antitruste, de Aaron Director e Ronald Coase. Todavia, foi nas décadas de 1960 e 1970 que se desenvolveu com maior rigor, trazendo para o Direito da Concorrência a teoria marginalista (elaborada, inicialmente, por Menger, Walras e Jevons) por intermédio dos principais teóricos dessa escola, Bork, Mac Gee, Bowman e Posner.

Seus estudos eram no sentido de que a eficiência alocativa²⁸ (decorrente de ganhos de escala induzidos pela produção em massa) justificava a busca por uma posição dominante no mercado. E uma maximização dessa eficiência geraria inúmeros benefícios ao bem-estar do consumidor, razão última do Direito da Concorrência, segundo a concepção neoclássica.²⁹

HOVENKAMP³⁰ chama a atenção para a contribuição primordial da Escola de Chicago na política de antitruste: foi ela a responsável por enfatizar a análise econômica na jurisprudência da matéria, que viria a ser sempre seguida.

Contrariamente aos postulados acima relatados, a Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista, defendia a idéia de que é a estrutura do mercado que determina, predominantemente, a performance de seus agentes.

²⁸ Segundo Richard Markovis: “A policy is said to increase allocative efficiency if it gives its beneficiaries the equivalent of more dollars than it takes away from its victims *Antitrust: alternatives to delegalization*. “Juridification of social spheres”. Gunther Teubner ed.; Berlin: De Gruyter, 1986, p.334.

“The Chicago model of antitrust policy dictates that allocative efficiency as defined by the market should be the only goal of the antitrust laws”. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust policy after Chicago*. Michigan Law Review, n. 84, 1985, p.213-84. Transcrito por PITOFISKY, Robert; GOLDSHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation: cases and materials*. 5. ed., Westbury: The Foundation Press, 1990, p.9.

²⁹ Escreve Calixto Salomão Filho que, para essa escola, “a eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.23.

³⁰ “The Chicago School of antitrust analysis has made an important and lasting contribution to antitrust policy. The School has placed an emphasis on economic analysis in antitrust jurisprudence that will likely never disappear”. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust policy after Chicago*. Michigan Law Review, n.84, 1985, p.213-84. Transcrito por Transcrito por PITOFISKY, Robert; GOLDSHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation: cases and materials*. 5. ed., Westbury: The Foundation Press, 1990, p.11.

De forma exemplificativa, SALOMÃO FILHO³¹ explica que, se em um setor concentrado do mercado (poucas indústrias produzindo o mesmo produto) a eficiência alocativa for tamanha que represente efetivos ganhos de escala induzidos pela produção em massa, ter-se-ia, para a Escola de Chicago, uma prática tranqüilamente aceita. Contudo, analisando-se essa mesma situação sob o prisma das estruturas do mercado, vislumbrar-se-ia que, em um meio concertado como o mencionado, as poucas indústrias existentes estariam protegidas da competição de terceiros alheios a essa estrutura por barreiras à entrada, consistentes em economias de escala, exigências maiores de capital, *know-how* escasso e diferenciação dos produtos.

Dessa forma, tornar-se-ia relativamente fácil para esses agentes avançar acordos de atuação, tácitos ou explícitos, que poderiam gerar diminuição da produção, com conseqüente aumento dos preços. Daí a razão de a preocupação da Escola de Harvard ser menos com a eficiência e mais com a existência efetiva de concorrência.

Sob uma outra perspectiva, John Maurice CLARK³² busca esclarecer que a Escola de Harvard parte da premissa de que se impossível é obter-se uma concorrência perfeita – e o sistema até hoje tem funcionado de forma compensada, refletindo e integrando suas características imperfeições –, não se deve buscar mais tornar perfeito o já imutavelmente imperfeito. Deve-se, ao contrário, procurar manter uma imperfeição equilibrada, que consiga, pelas suas próprias regras mercadológicas, balancear outras disfunções do mercado.³³

Do exposto, conclui-se que para os adeptos dessa escola o importante é não mais buscar atingir a utópica concorrência perfeita, mas manter viável a concorrência imperfeita (*workable competition*³⁴).

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.22-3.

³² CLARK, John Maurice. *Competition as a dynamic process*, 1961. Tradução: Ruy Jungman. *A concorrência como processo dinâmico*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

³³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.154-7.

³⁴ Expressão citada por Paula Forgioni, em *Os fundamentos do antitruste*, ao fazer alusão ao pensamento externado pelos adeptos da Escola de Harvard, dentre eles Areeda, Turner, Sullivan e Blake. Em nota de rodapé, faz a autora remissão, também, a Roger Van den Bergh, *Introduzione – l’analisi economica del diritto della concorrenza*. “Diritto antitrust italiano”, p.16-7.

Essa mesma expressão também foi objeto de consideração por VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.99-100, que explica que a expressão *workable competition*, desenvolvida por John Maurice Clark, é interpretada por Raymond Barre como *concorrência efetiva*, é dizer, concorrência que funciona. Continua a autora aduzindo que: “Font Galán traduz a expressão inglesa *workable competition* por ‘*competencia practicable o efectiva*’, sinônimo de ‘*competencia imperfecta, monopolistica*’, referindo-se ‘a una

Há, ainda, uma terceira escola internacional que desenvolveu estudos interessantes sobre a finalidade da proteção antitruste, qual seja, a Escola de Freiburg, ou Escola Ordo-Liberal, nascida na Alemanha, na década de 1930. Os pensadores desta doutrina criticam veementemente a aceitação da Escola de Chicago de elaborar pressupostos baseados no inexistente modelo da concorrência perfeita.³⁵ Se a perfeição aludida não existe e tampouco será algum dia vislumbrada, então os estudos da Escola Neoclássica seriam de utilidade unicamente teórica, ou seja, como critério de determinação de relações causais, mas não como orientação de efetiva conduta econômica.

Defendem os ordo-liberais que o ponto ideal de organização da ordem privada encontra-se na autocoordenação do mercado, sendo dever do direito não determinar essa forma de organização, mas apenas propiciar o ambiente ideal para que o autocontrole seja possível. Se o mercado possui elementos para optar pelas melhores ofertas e oferecer singulares opções, sem que estas estejam representadas por metas artificiais impostas pela política antitruste, então os próprios agentes mercadológicos (compradores e vendedores) definirão as medidas ideais para o bom andamento das transações. A possibilidade de escolha se transforma, então, no fim buscado pela concorrência, na medida em que essa liberdade, se real, é que determinará as características do ambiente concorrencial vivenciado.

Não trata a Escola de Freiburg, portanto, de conceitos como eficiência ou estrutura diretiva do mercado, mas sim traz à baila conceitos como *proceso de descuberta* (definição de Hayek) e *verificación da existência de barreiras à entrada* que acenam para uma nova concepção do Direito Antitruste.

Após essa breve digressão, fundamental retornar ao cerne da questão proposta para estudo: “Qual seria a mencionada 'conduta econômica esperada do agente' que se encontra inserta nos diversos conceitos de Direito da Concorrência citados linhas atrás?”.

Se se buscasse uma solução que abarcasse todos os ensinamentos acima explanados, clássicos, ordo-liberais e oriundos da Escola de Harvard, poder-se-ia concluir que a “conduta econômica” esperada deve buscar atingir metas de eficiência, como visto na

configuración del mercado en el que coexisten la libertad de competencia – como formulación de principio básico – y ciertos poderes monopolísticos, caracterizados por determinados traços sócio-econômicos”.

³⁵ Ensina Calixto Salomão Filho que se aceita hoje que, efetivamente, as premissas básicas do modelo da concorrência perfeita, quais sejam, a homogeneidade dos produtos e a informação completa dos agentes, são inexistentes e irrealizáveis. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.275.

Escola de Chicago. Todavia, para não correr o risco de limitar-se aos parâmetros da eficiência sem distribuir, equitativamente, seus benefícios, deve-se atentar para o fato de que todos os agentes do mercado devem ser protegidos. Isso abrange, por consequência, não apenas a proteção do bem-estar do consumidor, mediante a redução de preços e a melhoria qualitativa dos produtos e da forma como eles são oferecidos no mercado (incluindo também os serviços de pós-venda), como também dos fornecedores³⁶, por meio de medidas combativas às barreiras do mercado, às práticas inibidoras da atuação livre no mercado e às demais ações que possam embaraçar a liberdade de iniciativa das partes subjetivas do mercado.

Uma vez analisado o conceito de Direito da Concorrência acima relatado e concluído ser este um ramo do Direito Econômico, mister se faz apurar a origem histórica daquele novo campo de estudo, a fim de se entender o seu surgimento no cenário mundial.

Para tanto, é importante frisar, de início, que a legislação antitruste e a sua disciplina teórica não surgiram como decorrência instantânea do surgimento do Direito Econômico e das concentrações empresarias que este buscava ordenar. O desenvolvimento do ramo antitruste está atrelado às incessantes práticas anticoncorrenciais, aliadas ao progresso científico e tecnológico, e à concentração capitalista, que fizeram as relações sociais mudarem o espectro com que se apresentavam.

2.3 Surgimento da legislação antitruste no mundo

Embora os principais aspectos relativos ao surgimento e desenvolvimento do Direito Antitruste estejam relacionados aos Estados Unidos, estudar-se-ão, neste item, ainda que de forma sucinta, o seu aparecimento e as suas características não apenas nesse país, mas também na Europa e no Brasil. Identificar-se-ão, por conseguinte, as principais diferenças entre os sistemas concorrenciais criados em cada local e suas influências na atual ordem econômica.

Conforme se passará a demonstrar, a legislação de proteção à concorrência em cada país tem como norte os traços de suas histórias particulares, cujos aspectos singulares

³⁶ A palavra *fornecedores*, embora possua em sua interpretação uma acepção restrita de um agente de mercado, no parágrafo ora discorrido será utilizada em sentido sumamente amplo, abarcando não apenas aqueles que, unicamente, fornecem bens ou serviços, mas também os produtores e revendedores desses bens.

servirão de embasamento para se entender a feição da política antitruste que cada governo adotou.

2.3.1 O Direito Antitruste nos Estados Unidos da América

Segundo Isabel Vaz³⁷, desenvolver-se economicamente, visar ao crescimento empresarial e expandir o desenvolvimento econômico são metas de praticamente todos os governos. Entrementes, a partir do momento em que as atitudes engendradas no sentido de obter tais metas beneficiam apenas alguns poucos, causando a devastação e a expulsão da maioria dos agentes econômicos do mercado, o Direito é chamado a restabelecer o equilíbrio.

Em especial nos Estados Unidos, país liderado pelo liberalismo econômico, em que (teoricamente) infindáveis recursos e inimaginável desenvolvimento científico culminaram na potência econômica por eles representada até hoje, a necessidade de uma legislação antitruste se fez relevante. Decorrência lógica da natureza humana, a abundância vislumbrada em fins do século XIX e no início do século XX fez despertar não apenas o progresso imediato, mas também a ambição desenfreada e, com esta a abstração do justo e do lícito. Certo é que a notável prosperidade econômica escondia conflitos éticos e legais que permearam o país durante os anos de crescimento capitalista, fazendo surgir uma indispensável exigência de regulamentação das práticas comerciais.

Historicamente, tem-se que a partir de 1865 inicia-se nos Estados Unidos um processo de aumento considerável da produção, tendo-se destacado o setor de expansão de estradas de ferro, as quais, até 1873, já haviam sido duplicadas. Migrações do campo para a cidade fazem aumentar a disponibilidade de mão-de-obra, iniciando-se um processo de produção em massa e integração de empresas, fazendo desaparecer os pequenos centros comerciais e despontando, por consequência, um novo cenário econômico: as concentrações empresariais.

Visando a captar recursos financeiros para promover suas atividades, as empresas passaram a organizar-se sob a forma de corporações, que congregam o poderio econômico necessário para estender o foco de escoamento da produção, mediante o uso das recém-estruturadas e ampliadas estradas de ferro.

³⁷ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.76.

O mercado dessas estradas³⁸ torna-se acirrado, forçando os agentes econômicos a diminuir o lucro para absorver maior clientela. No momento em que a disputa se torna demasiadamente predatória, resolvem os responsáveis desse ramo unir-se, celebrando acordos para disciplinar a forma de atuação dos competidores, alcançando com isso certa neutralização da concorrência.

Não obstante fosse clara a vantagem de referidas avenças para todos os agentes nelas envolvidos, havia ainda certo risco para as partes signatárias, na medida em que esses acordos não possuíam força jurídica vinculante. A instabilidade gerada por esses ajustes (pela possibilidade de seu descumprimento) desencadeou a formação de uma nova estrutura organizacional, chamada de *trust*.³⁹ Por meio dos trustes, conseguia-se centralizar a administração do negócio, impedindo que houvesse qualquer tentativa de restabelecer-se uma concorrência no setor.⁴⁰

Essa concentração organizada das empresas acarretou, por conseguinte, o fortalecimento de poucos agentes no mercado, aumentando seu poder econômico e afastando a liberdade de outros agentes de ingressarem ou permanecerem em determinados setores da economia. Verificava-se, então, que país do liberalismo econômico estava sofrendo as conseqüências de seu crescimento desenfreado, limitando, em nome de uma liberdade negocial, outros direitos da população, do ponto de vista tanto dos produtores quanto dos consumidores.

Embora estivesse estampada a premente necessidade de regulamentação dos atos mercantis vislumbrados, havia divergências no tocante à forma como essas regras balizadoras deveriam ser postuladas a fim de que não interferissem na liberdade econômica difundida pelo governo norte-americano. Como explica LEOPOLDINO DA FONSECA⁴¹, não havia um

³⁸ Embora se esteja tratando do ramo das estradas de ferro, impende deixar claro que também em outros setores da economia verificou-se o fenômeno da cartelização. A escolha pela exemplificação das estradas de ferro ocorreu em função de sua repercussão posterior, sendo apontada como uma das causas que originou a promulgação do *Sherman Act*.

³⁹ Segundo Modesto Carvalhosa, “caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, *trustee*, cabendo-lhe, como plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interferisse do agenciador. Ao *trustee* cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados” CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder econômico – a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.41.

⁴⁰ O primeiro e mais conhecido *trust* foi celebrado em 1882, denominado de *Standard Oil*. Seu administrador, Rockefeller, controlava, por meio dele, toda a indústria americana de petróleo.

⁴¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.8.

padrão de definição entre os casos de restrição **ilegal** da competição e os casos legalmente possíveis, o que demandou, dessarte, debates intensivos no Congresso norte-americano⁴² até que fosse editado o célebre *Sherman Act*, em 1890.⁴³

A preocupação primordial do Congresso americano, que culminou com a promulgação da Lei Sherman, é bem definida por SULLIVAN e HARRISON:⁴⁴

The Congress that passed the Sherman Act was concerned with business concentration, acquisition of monopoly power, and cartels that might lead to increased prices and overcharges to consumers. Entrepreneurial independence and freedom for independent decisionmaking and contracting in the market were, in addition, themes expressed in the legislative debates by those favoring legislation.

A Lei Sherman, portanto, veio como instrumento de regulação da economia concentrada americana, não para impor formas de atuação aos agentes econômicos, mas para evitar que suas ações puramente capitalistas abafassem a necessária concorrência de outros agentes.

Assim, estatuiu o *Sherman Act* a proibição de toda e qualquer combinação que pudesse ser proveitosa somente para os agentes dela participantes, bem como os monopólios de qualquer setor da economia.⁴⁵ Não havia sequer espaço para os agentes justificarem suas

⁴² Segundo relata Marcus S. Hottenstein, “quite a variety of amendments were introduced and acted upon before the present Act was finally passed on July 2nd 1890. The Act was debated very extensively during the first session of the 51st Congress. The debate occupies about 150 pages of the Congressional Record. It is said that very few Acts of Congress have received as much careful and deliberate investigation and consideration as did the Sherman Anti-Trust Act” HOTTENSTEIN, Marcus S. The sherman anti-trust law: an address before the bar association of lehigh county. *American Law Review*. November-December, n.44, 1910, p.827.

⁴³ William L. Letwin chama a atenção para o fato de que Congresso americano, quando editou a Lei Sherman, acreditava que se estava apenas declarando ilegais atos que já eram proibidos pela *common law*: “The congressmen who drafted and passed the Sherman Antitrust Law thought they were merely declaring illegal offenses that the common law had always prohibited”. LETWIN, William L. The english common law concerning monopolies. Transcrito por Handler, Blake, Pitofsky e Goldschmid, *Trade regulation: cases and materials*. 5. ed., Westbury: The Foundation Press, 1990, p.23.

⁴⁴ SULLIVAN, Thomas E.; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4.ed. New York: Lexis Nexis. Mathew Bender, 2003, p.3.

⁴⁵ “Sherman Act (1890)

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

intenções, bastando a configuração do tipo legal para aplicação da penalidade (*per se condemnation*).

Sobreleve-se que o *Sherman Act*, exemplo norteador da legislação antitruste, trazia em seu corpo um rigor literal excessivo, proibindo, **de forma ampla**, os ajustes que restringissem a concorrência⁴⁶, bem como que representassem monopólio ou tentativa de monopólio do comércio.⁴⁷

O passar dos anos, contudo, abrandou aquela rigidez exacerbada, sendo desenvolvida, ao longo dos mais célebres julgamentos, uma nova interpretação da Lei Sherman, culminando na citada *regra da razão*. A doutrina mundial cita hoje como predecessor⁴⁸ desse inovador modelo de interpretação da legislação antitruste o caso “Standard Oil Company of New Jersey *et alii* v. United States”, no qual o *justice* WHITE inova, restando assim a ementa do processo:

A lei antitruste de 2 de julho de 1890 deve ser construída sob a luz da razão; e, assim construída, proíbe todos os contratos e combinações que acarretem uma desarrazoada e indevida restrição do comércio e do intercâmbio interestadual.⁴⁹

⁴⁶ Sherman Act: “Section I. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal”. BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.19.

⁴⁷ Sherman Act: “Section II. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor [...]”. BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.20.

⁴⁸ A chamada *rule of reason*, não obstante ter sido difundida nos tribunais americanos após a edição da Lei Sherman, tendo como objetivo flexibilizar a Seção I do *Sherman Act*, que determina serem ilegais todos os contratos, ajustes ou combinações que restrinjam a concorrência, teve seu nascimento anos antes da edição da citada Lei. Com efeito, em 1711, o caso *Mitchel v. Reynolds* apontou para o nascimento da regra da razão, ao indagar sobre a finalidade e a razoabilidade da cláusula restritiva exigida por Mitchel a Reynolds ao comprar deste sua padaria. Aludida cláusula condicionava a venda à obrigação de Reynolds de não se estabelecer no mesmo ramo comercial, naquela cidade, pelo prazo de 5 anos. Reynolds, conquanto tenha aceitado a cláusula referida, montou uma nova panificadora, sob a alegação de ser essa a única atividade profissional que ele sabia exercer. Ao exigir, em juízo, o cumprimento da cláusula contratual, Mitchel obteve êxito, tendo o juiz Parker entendido pela validade da mencionada cláusula, pois que razoável: “To conclude: In all restraints of trade, where nothing more appears, the law presumes them bad; but if the circumstances are set forth, that presumption is excluded, and the Court is to judge of those circumstances, and determine accordingly; and if upon them it appears to be just and honest contract, it ought to be maintained”. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.16-17 e 182. MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. New York: West Group, 1994, p.16-20. GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. New York: West Group, 1994, p.5-6.

⁴⁹ Ementa citada por LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.25.

BORK assinala que, justamente nos julgamentos dos casos “Standard Oil” e “American Tobacco” é que o *justice* WHITE traz à baila a nova perspectiva que se seguiria anos depois, qual seja, a análise de uma conduta anticoncorrencial pelo teste de três partes (*three-part test*):

White's rule of reason, then, may be phrased as a three-part test: (1) 'inherent nature' or the *per se* concept; (2) 'inherent effect' or market power; and (3) 'evident purpose' or specific intent. The rule of reason was thus not composed of any particular substantive rules but was entirely a mode of analysis, a system for directing investigation and decision. This was in keeping with the dynamic principle of the law, by which substantive rules would evolve and alter as economic understanding progressed. The only constant elements were the goal (consumer welfare) and the mode of analysis (the three-part rule of reason) BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p. 37.

Note-se que a intenção visada pelo *justice* WHITE era a de conferir ao julgamento de casos de antitruste um panorama diverso daquele que buscava simplesmente proceder ao enquadramento *per se* do fato, atribuindo-lhe, em uma escala de seriedade, maior ou menor rigorosidade na condenação.

Para WHITE, era imprescindível que se analisasse, de início, se o ato se enquadrava na categoria de ilícitos *per se*, que englobavam as hipóteses em que a análise econômica da prática demonstrava que ela não era imbuída de nenhum efeito benéfico, mas apenas tinha por finalidade restringir o comércio. Exemplo típico são os cartéis.

Nessas hipóteses, por não haver defesa alguma ao ato impugnado, cuja ilegalidade emanava de sua própria natureza, despiciendo era inferir as razões que culminaram na prática, restando aos julgadores simplesmente condenar os envolvidos.

Todavia, caso o ato *sub judice* não estivesse arrolado dentre as categorias listadas de ilegais, mister se fazia proceder aos regramentos dos passos 2 e 3 do *three-part test*, quais sejam, analisar a intenção do agente (*evident purpose* ou *specific intent*); e analisar o poder de mercado dos agentes (*inherent effect* ou *market power*⁵⁰).

Verifica-se, portanto, uma mudança radical no pensamento antitruste norte-americano com a aceitação de etapas analíticas para aferição da legalidade ou ilegalidade de

⁵⁰ No que tange ao elemento do *market power*, é importante gizar que o juiz WHITE não chegou a definir o que ele entenderia pelo que chamou de *inherent effect*. Contudo, a análise da fundamentação de suas decisões, em especial nos casos *Standard Oil* e *American Tobacco*, orientou a conclusão dos doutrinadores a aceitar o poder de mercado como sendo o que WHITE quis chamar de *inherent effect*. Nesse sentido, BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.37.

um ato dito anticoncorrencial, afastando-se, pelo menos durante alguns anos⁵¹, a idéia do ilícito *per se*.

Sem buscar delongar-se demasiadamente nas evoluções históricas da regra da razão e da regra *per se*, visto não ser o objeto deste trabalho, concluir-se-á, neste ponto, ter sido essencial para a evolução do Direito da Concorrência hodierno a experiência liberal norte-americana. Foi ela a determinante para a edição do *Sherman Act* e para seus posteriores estudos, cujos pontos principais, já apontados, voltam-se para a necessária avaliação concreta das práticas econômicas para aferição de eventuais ilícitos concorrenciais.

Poder-se-ia dizer ser um paradoxo que um país liberalista ao extremo, como eram os Estados Unidos, fosse tido como o berço da legislação antitruste mundial. Todavia, é justamente onde se encontram as maiores riquezas que surgem as piores divergências, tanto políticas quanto sociais. E foram exatamente essas conflitantes questões, capazes de abalar as estruturas do próprio sistema capitalista⁵², que fizeram o legislador americano despertar para a necessidade de reprimir certos abusos da livre concorrência.

Nesse aspecto, pertinente a explanação de Isabel Vaz sobre a necessidade de se desenvolver uma legislação protetora da concorrência para manter-se vivo o sistema liberal difundido pelos Estados Unidos:⁵³

A edição da Lei Sherman, em 1890, a criação da *Federal Trade Commission*, em 1914 e outros diplomas reunidos sob a rubrica comum de “legislação antitruste” não deixaram de provocar uma certa perplexidade entre os que consideram os Estados Unidos o “paraíso do liberalismo econômico”. Mas quando se aprofunda a análise sobre os mecanismos das práticas desleais de comércio ou das técnicas que restringem ou procuram eliminar a concorrência, chega-se à conclusão de que até a liberdade precisa de ordem para se manter. A sabedoria consiste, nesta matéria, em equilibrar a liberdade com a ordem necessária à sua própria manutenção.

O paradoxo acima suscitado, portanto, demonstra-se inexistente. A própria regulamentação procedida garantia a manutenção do sistema capitalista divulgado pelos norte-americanos, na medida em que protegia a concorrência (saudável) entre as empresas,

⁵¹ Cumpre ressaltar que, não obstante a regra da razão ter tido grande desenvoltura e aceitação nas primeiras décadas do século XX, a evolução de acordos horizontais, mediante fixação de preços e divisão de mercados, fez ressurgir a idéia do ilícito *per se*, em especial nos anos de 1940 a 1970. Entretanto, a partir de 1974, desenvolve-se o que Thomas D. Morgan chamou de *Modern development of antitrust law* MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. New York: West Group, 1994, época em que foi feita uma re-análise dos pressupostos do antitruste e redefinidos novos parâmetros, afastando, novamente, a hegemonia da doutrina da *per se rule*.

⁵² VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.82.

garantindo, conseqüentemente, a livre iniciativa⁵⁴ de novos agentes que visassem a ingressar no mercado, sem terem que suportar barreiras artificialmente impostas pelos sujeitos detentores de elevado poder econômico.

Alguns anos após a edição do *Sherman Act*, outras leis foram publicadas e outras medidas foram tomadas a fim de complementar o passo dado em 1890, destacando-se, dentre essas, a edição do *Clayton Act*, em 1914⁵⁵; a criação da *Federal Trade Commission (FTC)*⁵⁶, órgão que hoje configura, de forma inquestionável, o poderio norte-americano no combate às práticas anticoncorrenciais e demonstra a seriedade com que tal assunto é analisado por essa população e por esse governo; e o *Celler-Kefauver Act*, em 1950, que reforça os preceitos do art. 7º do *Clayton Act*, no que concerne ao tema das fusões.

É interessante notar que a estrutura desenvolvida na legislação norte-americana sobre antitruste veio a ser posteriormente adotada pelos demais diplomas legais do mundo que proíbem práticas lesivas à concorrência em seus primeiros arts. para, a partir daí, suscitar exceções às limitações impostas, abrandando as disposições iniciais e já denotando a influência do pensamento conhecido como *regra da razão*, não obstante a primeira lei promulgada, o *Sherman Act*, fosse, em sua origem, envolvido pela *per se condemnation*.⁵⁷

Nesse sentido, já apontava FARJAT⁵⁸ para a estruturação formal da legislação antitruste mundial:

A característica, sem dúvida universal das leis antitruste, é que elas condenam as empresas à concorrência no artigo primeiro, e, nos artigos seguintes, estabelecem exceções a esta previsão. [...] O traço característico fundamental desses sistemas,

⁵³ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.80.

⁵⁴ Nos tópicos seguintes, tratar-se-á sobre a imprescindível relação entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, razão pela qual se remete o estudo desse tema para as páginas posteriores.

⁵⁵ O *Clayton Act*, em seu art. 1º, definiu as expressões *leis antitruste, comércio e pessoas*, discorrendo nos artigos seguintes sobre alguns tipos de atividades que podem ser consideradas ilícitas se restringirem a concorrência ou se destinarem à formação de monopólios. Dentre as práticas condenadas pelo *Clayton Act* estão as vendas casadas, a aquisição de controle de outras companhias, os contratos de exclusividade (que serão objeto de estudo no Capítulo 3 deste trabalho) etc.

⁵⁶ A FTC, também criada em 1914, pela promulgação do *Federal Trade Commission Act*, tem por finalidade “impedir que pessoas, sociedades ou empresas, exceto bancos e transportadores ordinários sujeitos às leis que regulam o comércio, empreguem métodos ilícitos de concorrência que afetem o comércio e práticas ilícitas ou enganosas que afetem o comércio” (conforme disposto no art. 5º).

⁵⁷ Aponta Paula Forgioni para a ocorrência desse fenômeno no que tange ao *Clayton Act*, na medida em que este, ao tipificar algumas condutas potencialmente anticompetitivas, colocava uma cláusula mediadora desse enquadramento, determinando que as práticas ali arroladas somente seriam consideradas ilícitas se restringissem a concorrência de forma não razoável ou se tendessem à criação de um monopólio. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.75.

⁵⁸ FARJAT, Gérard. *Droit Economique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, p. 261.

uma vez afastadas as práticas restritivas per se, encontra-se na necessidade do 'balanço econômico' para constatar a legalidade ou não do ato concorrencial.

Assim, tem-se o nascimento, pode-se dizer global, do Direito Antitruste, cujo ponto de partida foi definido pelos norte-americanos e seguido, indubitavelmente, pelo mundo inteiro, adotando, contudo, diferentes formas para se adequar às finalidades visadas por governos distintos e realidades econômicas variáveis.

2.3.2 O Direito Antitruste na Europa

Conforme já visualizado linhas atrás, o desenvolvimento do Direito da Concorrência em cada país varia em conformidade com os fins a que ele se destina, os quais, por sua vez, estão atrelados à política econômica que cada governo visa a estabelecer.

Dessa forma, pode-se inferir ser natural existir diferenças entre os moldes do Direito Antitruste nos Estados Unidos e no resto do mundo. E isso, de fato, ocorre, em grande parte, em decorrência do momento histórico em que cada legislação foi desenvolvida.

Na Europa, uma das principais diferenças entre “seu” Direito Antitruste e o modelo norte-americano é que aquele não busca proteger a concorrência enquanto fim em si mesma, mas sim enquanto meio de se alcançar objetivos maiores, condizentes com os preceitos entabulados nos primeiros capítulos do *Tratado de Roma*.⁵⁹

Não se pode olvidar que, como visto nos itens anteriores, o Direito Antitruste nos Estados Unidos surgiu como resposta às concentrações empresariais vistas entre os séculos XIX e XX, as quais se revestiram na forma de trustes e acabaram por criar um embate à entrada de novos competidores no mercado, fragilizando, ainda, os agentes econômicos de menor porte.

⁵⁹ *Tratado de Roma*, art. 2º: “The Community shall have as its tasks, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing the common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States”.

Tratado de Roma, art. 3º, g: “a system ensuring that competition in the internal market is not distorted”.

Segundo Richard Wish, “Article 4 provides that the activities of the Member States and the Community shall be conducted in accordance with the principle of an open market economy with free competition. WISH, Richard. *Competition law*, 5th edition, Lexis Nexis, 2003, p.50.

Na Europa, o Direito da Concorrência se desenvolveu como fruto da ideologia comunitária de promoção do progresso econômico de toda a Comunidade Européia (então chamada “Comunidade Econômica Européia”), cujos princípios estão estabelecidos claramente no *Tratado de Roma*. Assim, a proteção à concorrência não ocorre no sentido de mantê-la viável sob perspectivas puramente comerciais, mas enquanto instrumento que viabiliza a concreção de medidas de fortalecimento político e econômico de toda a Comunidade Européia, a fim de fazer frente à influência dos principais concorrentes da época: os Estados Unidos e o Japão⁶⁰.

No esteio desses postulados, a publicação do *Tratado de Roma*, em 1957, trouxe para alguns países europeus⁶¹ uma necessária união para recuperar a economia devastada pela Segunda Guerra Mundial, promovendo não apenas uma reconstrução política e social, mas fortalecendo, também, laços comerciais e aduaneiros.

Para os fins deste trabalho, cumpre observar que, além de diversos artigos sobre cidadania, disposições fiscais, livre circulação de pessoas, serviços e capitais etc., havia nesse *Tratado* preceitos específicos sobre Direito da Concorrência, encontrados no atual Título VI, “As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações”, Capítulo 1, “As regras de concorrência”, Seção 1, “As regras aplicáveis às empresas”, arts. 81 a 86.

Especificamente os arts. 81 e 82⁶² é que trazem as regras gerais sobre defesa da concorrência, definindo as práticas consideradas abusivas e arrolando, posteriormente, suas exceções.

⁶⁰ Para Isabel Vaz, “o grande desafio para os países europeus altamente industrializados consiste na superação dos desníveis tecnológicos, quando comparam seu estágio de desenvolvimento com o do Japão e o dos EUA. A unificação européia apresentaria, como um dos objetivos principais, a formação de um mercado ampliado, que possibilitasse amplos investimentos em ciência e tecnologia – sem se desprezar o importantíssimo setor agrícola – tornando viável a redução do hiato que separa a Comunidade Européia do Japão e dos Estados Unidos”. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.128.

⁶¹ Inicialmente, o *Tratado de Roma* foi firmado por seis países: França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, sendo os três últimos chamados de “Benelux” e os seis países reunidos chamados de “Europa dos Seis”. Posteriormente, em 1973, ingressaram também o Reino Unido, a Dinamarca e a Irlanda e, na década de 1980, Grécia (1981), Portugal e Espanha (1985). Em 1995, ingressaram a Áustria, a Finlândia e a Suécia. Em 2003, ascenderam mais dez países (Chipre, Malta, Polônia, Estônia, Letônia, Lituânia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia e Eslovênia), formando um bloco de 25 países membros. Em negociações para adesão a esse poderoso bloco europeu, encontram-se, atualmente, Bulgária, Croácia, Romênia e Turquia.

⁶² **Art. 81.** 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;

Além desses preceitos, o *Tratado de Roma* dispõe, ainda, em seu art. 83⁶³, sobre a criação de diretivas ou regulamentos específicos para reger as proibições contidas no art. 81 (1), garantindo o seu cumprimento mediante a cominação de multas e adstrições; especificar as hipóteses de exceção trazidas pelo art. 81 (3); definir o âmbito de aplicação, relativamente a cada setor econômico, das normas preconizadas pelos arts. 81 e 82, dentre outras disposições de cunho procedimental, concernentes às regras processuais adotadas tanto

-
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidas pelo presente artigo.

3. As disposições no n° 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, PT C 325/64 Jornal Oficial das Comunidades Europeias 24.12.2002;

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Art. 82. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

⁶³ Art. 83.

1. Os regulamentos ou diretivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 81 e 82 serão estabelecidos pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as diretivas referidas no n° 1 têm por finalidade, designadamente:

- a) Garantir o respeito das proibições referidas no n° 1 do artigo 81 e no artigo 82, pela cominação de multas e adstrições;
- b) Determinar as modalidades de aplicação do n° 3 do artigo 81, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controle administrativo;
- c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 81 e 82, relativamente aos diversos sectores económicos;
- d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no presente número;
- e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente seção ou as adotadas em execução do presente artigo.

quando do julgamento da matéria pela Comissão e Tribunal de Justiça quanto da inter-relação das normas do *Tratado* com as legislações internas de cada país.⁶⁴

Verifica-se, portanto, que a defesa da concorrência na Europa possui características diversas daquelas vistas nos Estados Unidos. Para os membros da Comunidade Européia a defesa da concorrência é instrumental, servindo não como meio de regular um movimento de concentração desenfreada de empresas, mas como uma forma de erguer os países membros após a devastação econômica do pós-guerra, envidando uma reconstrução positiva, célere, concreta e duradoura.

Acerca do caráter instrumental da concorrência européia, escreve FORGIONI:⁶⁵

Na Europa, a proteção da concorrência é instrumental (*concorrência instrumento*), e os artigos específicos sobre antitruste do Tratado CE (arts. 81 e seguintes) devem ser interpretados/aplicados de acordo com os objetivos maiores lançados principalmente em seu art. 2º, quais sejam, a 'promoção do progresso econômico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, o reforço da coesão econômica e monetária [...]. A afirmação da sua identidade na cena internacional [...]. O reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros [...]', bem como a 'manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça [...]'.

Ponto importante a ser observado quando se aborda a concorrência na Europa cinge-se no fato de que, pela regra inicial, a Comissão deveria analisar todas as práticas que sejam, em princípio, restritivas da concorrência dentro daquele mercado comum proposto pelo *Tratado*.

Todavia, o número de casos apresentados para apreciação foi sumamente elevado (como já se poderia prever), acarretando a necessidade premente de se emanar, com fulcro no art. 83 do *Tratado*, regulamentos destinados a isentar, em blocos, determinadas categorias de práticas. Essas isenções ficaram conhecidas como “isenções por categorias”, ou “isenções por bloco” (*block exemptions*), e representam a solução encontrada pela Comissão para superar a impossível missão de analisar, individualmente, cada caso apresentado.⁶⁶

⁶⁴ Dentre os diversos regulamentos criados ao longo dos anos pela Comissão Européia, estudar-se-á, no Capítulo 3, o Regulamento n. 2790/1999, que trata, especificamente, de “restrições verticais”, dentre as quais a cláusula de exclusividade é um de seus exemplos.

⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.148.

⁶⁶ Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.189-190.

Para as práticas que não se enquadraram em nenhuma “isenção por bloco”, sua apreciação é levada, separadamente, à Comissão, que poderá, se vislumbrar não haver prejuízo a nenhum dos princípios norteadores da união firmada, conferir àquela prática um atestado de que inexistente nela qualquer delito concorrencial ou, então, se assim o entender, sujeitar a entrega desse atestado à efetivação de certos atos que retirem alguns efeitos danosos porventura vislumbrados pela Comissão.⁶⁷

Não se pode confundir, entretanto, esses atestados negativos com as isenções citadas acima. Como bem explica FORGIONI:⁶⁸

As isenções são absolutamente diversas dos atestados negativos também concedidos pela Comissão. Estes declaram que a prática submetida à apreciação da autoridade não tem por objeto ou por efeito a restrição da concorrência no mercado europeu. As isenções, por sua vez, tratam de práticas restritivas, legitimando-as.

Há, ainda, uma terceira figura específica no Direito Concorrencial europeu. Ao lado das isenções por bloco (ou por categorias) e dos atestados negativos, têm-se também os chamados *setores específicos*, tais como carvão e aço, energia nuclear e setor militar, que possuem seu “próprio” sistema concorrencial.⁶⁹

Dessa forma, pode-se concluir que o sistema concorrencial europeu é composto de três pontos centrais: (a) as *isenções em bloco*, estabelecidas por regulamentos específicos, nos termos do art. 83 do *Tratado de Roma*; (b) as *declarações de ofício* de licitude da prática, também chamadas de “atestados negativos”, que podem ser concedidas quando o interesse

⁶⁷ O Regulamento 01/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.e 82 do *Tratado de Roma*, determinou, em seu art. 1º que, visando a garantir uma fiscalização eficaz das práticas anticoncorrenciais e a simplificar o máximo possível o controle administrativo dessas práticas, não mais se faz necessária uma decisão prévia quando não existir uma isenção em bloco para aquele ato. Confira-se:

“Art. 1º

Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado CE

1. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no nº 1 do artigo 81.o do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no nº 3 do mesmo artigo são proibidos, **não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.**

2. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no nº 1 do artigo 81 do Tratado que satisfaçam as condições previstas no nº 3 do mesmo artigo não são proibidos, **não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.**

3. A exploração abusiva de uma posição dominante referida no artigo 82 do Tratado é proibida, **não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia**” (sem grifos no original do Regulamento).

⁶⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.191-192.

⁶⁹ Nesse sentido, BAEL, Ivo Van; BELLIS, Jean-François. *Competition law of the european community*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p.621: “attention must be given to the fact that a number of special sectors of the economy are either in whole or in part exempt from the application of the EC competition rules. Other sectors present such particular features that a sector-specific application of the EC competition rules has been developed”.

público comunitário, relacionado com a aplicação dos arts. 81 e 82 do *Tratado*, assim o exija; e (c) os *setores especiais*, exemplificados acima, sujeitos a sistema concorrencial próprio.⁷⁰

Uma vez concluídos os estudos sobre o desenvolvimento do Direito da Concorrência nos Estados Unidos e na Europa, analisar-se-ão o surgimento e as características desse ramo do Direito Econômico no Brasil, discorrendo sobre seus aspectos constitucionais e infraconstitucionais, bem como sobre a evolução temporal de seu fortalecimento no país. Para tanto, rememorar-se-á, brevemente, a história do país, ponto crucial para se entender a forma como se desenvolveu e se consolidou a política antitruste nacional.

2.3.3 O Direito Antitruste no Brasil: particularidade histórica

Tratar do surgimento do Direito da Concorrência no Brasil implica abordar algumas questões históricas que explicam as razões pelas quais o seu desenvolvimento concreto somente veio a ocorrer a partir da metade do século XX, bem como os motivos determinantes das características próprias desse sub-ramo jurídico neste país.

Há que se observar, inicialmente, que, ao passo que os Estados Unidos já desenvolviam uma cultura de proteção à concorrência, tendo sua primeira manifestação da regra da razão em 1711, no caso *Mitchel v. Reynolds*⁷¹, o Brasil, nessa época, ainda era uma colônia portuguesa, inteiramente dependente da metrópole e vinculada às normas comerciais emanadas pela Coroa portuguesa.

Efetivamente, até a chegada de D. João VI a este país, em 1807, fugindo da invasão napoleônica na Península Ibérica, o Brasil era visto como um simples pólo de exploração. Por meio de uma cobrança fiscal sumamente carregada, aliada a uma importante política de monopólios estatais ou conferidos pelo Estado, a Coroa conseguiu impedir qualquer manifestação expressiva de desenvolvimento industrial na colônia.

Nesta fase, torna-se manifesta a proibição de se engendrar qualquer comércio importante por parte dos brasileiros. Tal proibição apresentava-se por meio de atos que demonstravam a clara intenção de obstar o crescimento econômico dos colonos para favorecer a economia portuguesa.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.153.

⁷¹ Caso citado em nota de rodapé no item 2.3.1.

Dentre os citados atos, destacam-se: em 30 de julho de 1766, a Carta Régia, que proíbe, no Brasil, as indústrias de ourives, fiadores de ouro, de sedas e algodões tecidos; e em 5 de janeiro de 1785, o Alvará⁷² que proibiu a fabricação de diversos produtos no Brasil, tais como tecidos, bordados de ouro, veludos, cetins e tafetás.

Se não havia, portanto, sequer a possibilidade de grandes comércios no Brasil-colônia, senão por meio de monopólios concedidos pela metrópole ou por esta dirigidos, não havia como se vislumbrar qualquer necessidade de “defesa da concorrência”. Esta, como visto, praticamente inexistia.⁷³

Com a vinda de D. João VI para o Brasil, várias transformações marcaram o cenário político-social da colônia. Dentre elas, apontam-se: o Decreto da Abertura dos Portos às Nações Amigas, que transformou o porto do Rio de Janeiro em um importante centro financeiro-comercial; o crescimento populacional, decorrente do grande número de nobres e funcionários da corte portuguesa que vieram juntamente com o rei; e a criação do Banco do Brasil e de outras instituições administrativas, necessárias ao novo papel da colônia, abrigando a família real.

⁷² Alvará de 5 de janeiro de 1785: “[...] Em consideração de todo o referido, hei por bem ordenar que todas as fábricas, manufaturas ou teares de galões, de tecidos, de bordados de ouro e prata, de veludos, brilhantes, cetins, tafetás, ou qualquer outra espécie de seda; de belbuts, chitas, bombazinas, fustões, ou de qualquer outra fazenda de linho, branca ou de cores; e de panos, droguetes, baetas, ou de qualquer outra espécie de tecido de lã; ou que os ditos tecidos sejam fabricados de um só dos referidos gêneros ou misturados, e tecidos uns com os outros; excetuando-se tão somente aqueles ditos teares ou manufaturas em que se tecem, ou manufaturam, fazendas grossas de algodão, que servem para o uso e vestuário de negros, para enfardar, para empacotar, e para outros ministérios semelhantes; todas as mais sejam extintas e abolidas por qualquer parte em que se acharem em meus domínios do Brasil, debaixo de pena de perdimento, em tresdobro, do valor de cada uma das ditas manufaturas, ou teares, e das fazendas que nelas houver e que se acharem existentes dois meses depois da publicação deste; repartindo-se a dita condenação metade a favor do denunciante, se houver, e outra metade pelos oficiais que fizerem a diligência; e não havendo denunciante, tudo pertencerá aos mesmos oficiais”. Extraído de MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz e MARANHÃO, Ricardo. *Brasil história: texto e consulta*, (volume 2 - Império). São Paulo: Brasiliense, 1977, p.54-5.

⁷³ Utiliza-se aqui a expressão *praticamente inexistia* uma vez que havia setores da população que se insurgiam contra as companhias que monopolizavam alguns setores da economia, chegando a suscitar queixas típicas dos institutos do atual direito concorrencial, como abuso da posição dominante e reclamações por prejuízos ao consumidor. Havia, outrossim, manifestações entre as próprias companhias, sendo que algumas delas chegaram a mencionar à Coroa seu descontentamento com alguns privilégios concedidos a umas em detrimento de outras, prejudicando, assim, a “liberdade de comércio” vigente. Nesse sentido, veja-se FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.90-1.

Modificação importante foi trazida pelo Alvará de 1º de abril de 1808 que, revogando o Alvará de 5 de janeiro de 1785, permitiu o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas no Brasil.⁷⁴

Não obstante muitos afirmem que esse Alvará teria sido o marco do desenvolvimento industrial no Brasil, certo é que a abertura dos portos às nações amigas acabou por restringir o avanço esperado pelos colonos. Por ser ainda incipiente, a indústria brasileira acabou por ser abarcada pela concorrência estrangeira, principalmente inglesa, mantendo-se, contudo, o comércio nacional de produtos primários.

A independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, traz a esperança de modificações significativas no cenário político-econômico do país. Todavia, o que se verificou é que o governo do Império manteve-se conservador. Não houve grande desenvolvimento da atividade industrial, mas sim crescimento do setor agrícola, em especial a cultura do café.⁷⁵ Verificou-se à época certa intervenção do Estado no domínio econômico, por meio da imposição de altas tarifas alfandegárias.

Somente em 1934 é que se eleva em nível constitucional a tão almejada liberdade econômica, condicionando-a, entretanto, aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional. Esse é o reflexo da necessária regulamentação da economia brasileira pelo Governo Federal da época, haja vista os efeitos devastadores da crise de 1929, sentidos durante toda a década de 1930.⁷⁶

⁷⁴ Alvará de 1º de abril de 1808: “Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente Alvará virem: que desejando promover e adiantar a riqueza nacional, e sendo um dos mananciais dela as manufaturas e a indústria que multiplicam e melhoram e dão mais valor aos gêneros e produtos da agricultura e das artes e aumentam a população dando que fazer a muitos braços e fornecendo meios de subsistência a muitos dos meus vassallos, que por falta deles se entregariam aos vícios da ociosidade: e convindo remover todos os obstáculos que podem inutilizar e frustrar tão vantajosos proveitos: sou servido abolir e revogar toda e qualquer proibição que haja a este respeito no Estado do Brasil e nos meus Domínios Ultramarinos e ordenar que daqui em diante seja lícito a qualquer dos meus vassallos, qualquer que seja o País em que habitem, estabelecer todo o gênero de manufaturas, sem excetuar alguma, fazendo os seus trabalhos em pequeno, ou em grande, como entenderem que mais lhes convém; para o que hei por bem derogar o Alvará de 5 de Janeiro de 1785 e quaisquer Leis ou Ordens que o contrário decidam, como se delas fizesse expressa e individual menção, sem embargo da Lei em contrário. [...]”.

⁷⁵ Lembra Paula Forgioni que houve certos momentos de “surto de industrialização”, especialmente na conhecida “Era Mauá”, na qual o visconde (posteriormente “Barão”) de Mauá reivindicava maior liberdade de atuação econômica, insurgindo-se, portanto, contra o constante intervencionismo estatal. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.98.

⁷⁶ Sobre a necessária intervenção estatal na economia nessa época, aponta Edgard Carone: “A crise de 1929, que se prolonga por quase toda a década de 1930, leva o Estado a intervir na economia de maneira constante. A pressão das classes produtoras é que força o governo a adotar as primeiras medidas, apesar de sua relutância inicial. O processo maior se dá em relação à agricultura, atingindo o café, o açúcar e o cacau. Mas o decreto proibindo a importação e maquinismo (1931) e as novas medidas protecionistas mostram que a indústria também

A evolução exata da legislação antitruste no Brasil será vista nos itens seguintes, sendo importante ressaltar neste momento apenas a diferença do panorama político e econômico vivenciado pelo nosso país em relação à história norte-americana quando do surgimento do Direito da Concorrência.

Contrariamente ao que ocorreu nos Estados Unidos, o desenvolvimento da legislação antitruste no Brasil veio como resposta à necessidade de se promover o desenvolvimento interno do país, protegendo-o contra a concorrência estrangeira e viabilizando a liberdade de atuação econômica dos agentes nacionais pleiteada no passado.

Conforme será visto em seguida, a proteção à ordem econômica sofre balizas apenas de princípios que preconizam o desenvolvimento social do país, sendo garantida a diminuição da atuação direta do Estado na economia se não for para suprir qualquer lacuna ou deficiência da atividade privada.

Vê-se, portanto, que, assim como na Europa, o surgimento do Direito da Concorrência no Brasil não teve as mesmas raízes determinantes norte-americanas. Como explica FORGIONI:⁷⁷

[...] o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo e a (manutenção da) liberdade de concorrência, mas sim como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor. [...] Ao contrário, no Brasil, amalgama-se, desde o início, a repressão ao abuso do poder econômico como nacionalismo e o protecionismo, assumindo nosso sistema, mais uma vez, particularidades não encontradas alhures.

E conclui Isabel Vaz:⁷⁸

É como se a economia brasileira não tivesse tido a oportunidade de crescer, beneficiando-se, como nos EUA, do impulso benéfico que os *trusts* proporcionaram, no começo. Antes que isto acontecesse, o Estado praticou, no Brasil, formas de intervencionismo que teriam sufocado o incipiente crescimento econômico do país.

Do exposto, foi possível vislumbrar os principais momentos históricos que originaram o surgimento do Direito Antitruste no Brasil, ainda que mediante uma digressão breve na história nacional.

está amparada”. CARONE, Edgard. A segunda república (1930-1937). São Paulo: Difel, 1973, p.185, *apud* FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.99-100.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.106 e 109.

⁷⁸ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.255.

Agora, por ser de necessário conhecimento para análise futura das cláusulas de exclusividade no Direito Concorrencial, far-se-á um estudo da evolução constitucional e infraconstitucional do Direito Antitruste, até se alcançar a atual legislação em vigor (Lei n. 8.884, de 1994), que arrola em seu texto condutas e práticas anticoncorrenciais, dentre as quais se encontram os acordos de exclusividade.

Analisar-se-ão, também, algumas Resoluções emanadas pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em especial a de n. 15/98 e a de n. 20/99, por se verificarem nelas conceitos importantes para o estudo a que aqui se propõe.

2.4 Evolução constitucional do Direito Econômico

Conforme analisado nos itens anteriores, a evolução da proteção à concorrência no mundo se consolidou quando foram editados preceitos escritos que versaram sobre as proibições de condutas anticoncorrenciais por parte dos agentes do mercado, cujos exemplos clássicos, vistos anteriormente, são o *Sherman Act* e o *Tratado de Roma*.

Entrementes, nem sempre essas disposições jurídicas encontraram guarida somente em leis ordinárias, tendo sido grande o movimento de constitucionalização da defesa da ordem econômica. É dentro desse contexto que impende a análise das *Constituições Econômicas* consolidadas no Brasil, desde a época do Império até se alcançar a República, cujo estudo pontual de seus preceitos normativos oferece uma visão completa e temporalmente adequada da estrutura concorrencial hoje adotada.

2.4.1 Conceito de Constituição Econômica

Antes de se adentrar, especificamente, no estudo da evolução legislativa (constitucional e infraconstitucional), mister se faz entender o que significa a tão mencionada expressão “Constituição Econômica”.

Isabel Vaz⁷⁹ traz uma importante observação para os estudiosos do Direito da Concorrência, a qual se aplica perfeitamente ao ponto que ora será abordado:

Defender a concorrência é, antes de tudo, adotar uma posição política e filosófica perante os fatos econômicos e constitui uma atitude que não se esgota em coibir abusos do poder econômico, nem se resume, até hoje, em tabelar ou congelar preços, controlar lucros ou defender direitos do consumidor. É tudo isto, mas é também situar as atividades econômicas e todas as formas admitidas de atuação empresarial no contexto de um plano de desenvolvimento de médio e longo prazo.

Como explicitado na citação acima, um primeiro tópico a ser observado quando se estuda a questão constitucional do Direito Econômico é a imprescindibilidade de se aferir qual a política econômica desenvolvida pelo Estado em causa, uma vez ser esta determinante do direcionamento jurídico-econômico adotado na Carta Magna.

Com efeito, muitos autores, ao buscarem uma definição para Constituição Econômica, baseiam-se em preceitos como “plano de governo”, “política econômica”⁸⁰ e “estrutura governamental”, haja vista serem estes a base da definição formal e material⁸¹ do Direito Econômico Constitucional.

Com arrimo nesses postulados, tem-se, portanto, a “Constituição Econômica”⁸² definida como um conjunto de normas, incluídas em texto constitucional, que visam a orientar

⁷⁹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 255-6.

⁸⁰ Note-se que o conceito de Direito Econômico fornecido por Fábio Konder Comparato traz em seu bojo a alusão às políticas econômicas: “O conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 465.

⁸¹ Leciona Manuel Gonçalves Ferreira Filho, de forma condensada, que: “A constituição econômica formal é o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico”. Por sua vez, “encarada em *sentido material*, a constituição econômica abrange todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a constituição escrita”. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6-7.

Sobre o tema, também cabe trazer a lição de Antônio L. Sousa Franco, para quem a constituição econômica material “integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, que constem que não do texto constitucional: máxime, quer seja ou não dotada da particular estabilidade que caracteriza as normas nos textos constitucionais”. Já a constituição econômica formal “compreenderá apenas as normas, tal como acima definidas, que estejam integradas no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características formais: ou outras normas constantes do texto constitucional formal com incidência econômica, ainda que desprovidas, de per si, daquela particular relevância material”. SOUSA FRANCO, Antônio L. *Noções de Direito da economia*. v.I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1982-1983, p.93.

⁸² Segundo afirmava Gérard Farjat, é característica fundamental das constituições modernas possuírem normas de cunho econômico: “Il est parfois soutenu que la Constitution, norme suprême, ne concernerait pas l'économie, qu'il n'y aurait pas de droit constitutionnel économique. Cette affirmation peut trouver un appui apparent dans la Constitution française de 1958. Mais c'est une exception au droit constitutionnel moderne”. FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971, p.30.

a atuação estatal e privada segundo os ditames da política econômica do Estado, alicerçada na ideologia social e política adotada⁸³.

Em semelhante sentido, VITAL MOREIRA⁸⁴ chama a atenção para o fato de haver um grande número de disposições econômicas em textos constitucionais hodiernos, que representam as diretrizes governamentais da atividade do Estado.

Como bem expõe Washington Peluso Albino de Souza:⁸⁵

A Constituição, em suma, consigna os princípios ideológicos que comandam toda a concepção de vida econômica na ordem jurídica por ela definida e, portanto, no sistema jurídico que corresponde ao regime que ela torna vigente. Enquanto Direito Positivo, o Direito Econômico lança as suas raízes no texto constitucional, como de resto o fazem os demais ramos.

CABRAL DE MONCADA⁸⁶ observa que, hodiernamente, pode-se falar na existência de uma Constituição Econômica em todos os sistemas jurídico-econômicos, mesmo em sistemas cujos textos constitucionais se encerram na organização do poder político. Isso porque, segundo esse autor, todos os textos trazem a explicitação dos direitos fundamentais dos indivíduos, e dentre estes, encontram-se vários direitos de cunho econômico. Haveria a presença do Direito Econômico, outrossim, na medida em que as normas constitucionais traçam o funcionamento do sistema político, delineando, neste, os princípios informadores da política econômica adotada.

Contudo, esse caráter constitucional das normas de Direito Econômico não foi uma constante na história das constituições mundiais. Os doutrinadores aceitam, hoje, que o

⁸³ Uma boa definição de “Constituição Econômica” é fornecida por Calixto Salomão Filho, que assim escreve: “A idéia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas. Esse conjunto de regras constitui aquilo que a doutrina chamou de Constituição Econômica [...]”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.19.

⁸⁴ “A característica mais notável das constituições econômicas contemporâneas é o fato de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política econômica, isto é, conterem uma ordem econômica programática, enfim, uma CE diretiva. Essas normas constitucionais apresentam-se como directrizes da actividade do estado, prescrevem um certo programa de política económica. São directrizes políticas em termos de normas constitucionais”. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição económica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

⁸⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.139.

⁸⁶ CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Direito Econômico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988, p.80.

precedente histórico do desenvolvimento de normas econômicas em textos magnos é a Constituição alemã de 1919, chamada de “Constituição de Weimar”:⁸⁷

Como assinala COMPARATO:⁸⁸

Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao contemplar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.

Não obstante não fosse a *Carta de Weimar* a primeira Constituição a abarcar temas de Direito Econômico⁸⁹, foi ela a primeira a explicitar, de forma positiva, o dever do Estado de agir, por meio de políticas públicas e planos econômicos, visando à concreção dos direitos sociais. Daí ser apontada como tendo influência determinante na elaboração das futuras Constituições Econômicas que se seguiriam anos depois.

Desenvolvem-se, assim, as Constituições Econômicas ao redor do mundo, cada uma com um objetivo imediato, mas tendo todas por fim mediato, programático, a concreção do desenvolvimento social dos Estados, por meio de medidas de ordem política (e às vezes também jurídica) que guardem consonância com a ordem social que se visa a manter.

⁸⁷ “(A) evolução é notada especificamente a partir das Constituições que se inspiraram na Carta de Weimar e, com mais frequência, foi registrada naquelas que sucederam a Segunda Guerra Mundial”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p.207.

“O capítulo que instaura a vida econômica na Constituição de Weimar, art. 151, tem como princípio o limite à liberdade de mercado a fim de preservar um nível de existência em atenção à dignidade humana”. BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Altas, 2005, p.8.

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição alemã de 1919*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>, acessado em 10 de abril de 2006.

⁸⁹ Em 1917, a Constituição do México já trazia temas como igualdade jurídica entre trabalhadores e empresários na relação de trabalho e criava a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho, deslegitimando com isso a exploração mercantil do labor, sobressaltando os direitos da pessoa humana com ênfase na liberdade de contratar. Conferia, também, à Nação a propriedade das terras e das águas, da qual emana o poder de impor à propriedade privada regras que guardem consonância com o interesse público. Tem-se também, em época bem anterior, a promulgação da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, que, em 1891, já propagava a necessidade de efetivação de medidas que visassem ao auxílio dos menos favorecidos, em alusão às péssimas condições de trabalho dos operários.

2.4.2 Análise econômica dos textos constitucionais brasileiros

Uma vez entendido o sentido da multicitada expressão “Constituição Econômica”, vislumbrar-se-á como os textos constitucionais brasileiros se inserem nesse conceito, sobrelevando aqueles que mais se destacaram no desenvolver dessa doutrina.

A superveniência da independência brasileira, em 7 de setembro de 1822, fez despertar a necessidade de organização constitucional do Império que despontava. Diante desse panorama, reuniu-se a primeira Assembléia Constituinte no Brasil, culminando com a promulgação da “Constituição Política do Império do Brasil”, em 25 de março de 1824.

Imersa na ideologia liberal de Adam Smith, a primeira Constituição brasileira possuía nítida influência de textos célebres de sua época, a *Declaração de Direitos de Virgínia*, em 1776, e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789. A exaltação da pessoa humana, como detentora de direitos naturais invioláveis, impregna o texto constitucional, fazendo surgir um Estado passivo, cujo papel era apenas o de garantidor do funcionamento natural das leis impostas pela natureza. Como afirma LEOPOLDINO DA FONSECA⁹⁰, o Estado “deveria limitar-se somente a remover os embaraços, que pudessem entorpecer a marcha regular dos princípios elementares da riqueza”.

Não obstante existissem certas incongruências entre os Direitos Naturais preconizados e algumas atitudes do Estado, como manter a escravidão e o sistema de votação por classe, a Constituição de 1824 logrou garantir os principais dogmas da ideologia liberal, como a *liberdade*, a *segurança individual* e a *propriedade*, as quais foram alçadas à categoria de bases dos direitos civis e políticos dos brasileiros.

Como consequência do liberalismo exacerbado e do poder político limitado, surgem direitos destacados como “plenitude do direito de propriedade, liberdade de indústria e comércio, abolição das corporações de ofício, direito de propriedade sobre os inventos, liberdade de contratar” etc.

A Constituição seguinte, de 24 de fevereiro de 1891, não trouxe modificações significativas na ideologia econômica presente na Carta do Império, mas tão somente a mudança política para a recém-constituída “República dos Estados Unidos do Brasil”.

⁹⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.67.

Embora a alteração dos preceitos econômicos na Carta de 1891 fosse decorrência lógica da mudança do pensamento liberal no mundo, o único acontecimento relevante observado sob esse prisma foi a abolição da escravatura, em 1888.

As demais disposições econômicas foram expressamente mantidas⁹¹, gerando no país o desenvolvimento de uma seriíssima questão social⁹², que somente foi abarcada constitucionalmente com a Carta de 16 de julho de 1934.

Conhecida como a primeira Constituição brasileira a trazer em seu bojo disposições de cunho socioeconômico, certamente sob a influência das já mencionadas Encíclica *Rerum Novarum* (1891), Constituição mexicana (1917) e *Carta de Weimar* (1919), a Constituição de 1934 suscita elementos mais concretos à defesa dos direitos sociais, não concebendo apenas abstratamente a igualdade, a liberdade e a segurança.

Uma nova ideologia é aposta no preâmbulo⁹³ constitucional, preconizando a justiça e o bem-estar social e econômico. Nesse esteio, o direito de propriedade, embora continuasse garantido constitucionalmente, era agora submetido ao interesse social ou coletivo.

A inserção no texto constitucional do título “Da Ordem Econômica e Social” consagra a passagem do cenário jurídico nacional de um liberalismo absoluto para um pensamento liberal relativizado, balizado, tendo como norte princípios de cunho eminentemente social.

Embora não tenha surgido em nível constitucional a discussão sobre a proteção à concorrência⁹⁴, elementos de Direito Econômico puderam ser visto no tocante à proteção de segmentos do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, à previsão de intervenção no domínio econômico (art. 116) e à liberdade econômica, dentre outros aspectos.

⁹¹ Vide, por exemplo, o teor do art. 72 da Constituição de 1891, que determina: “O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

⁹² Fruto da exploração capitalista entre o detentor dos meios de produção e o operário que a ele prestava serviços.

⁹³ “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte [...]”.

⁹⁴ Note-se que a teoria do desenvolvimento econômico havia surgido em 1911, a partir das formulações de Schumpeter. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p.50.

Ainda, a Carta de 1934 foi a primeira a utilizar a expressão “economia popular”, dispondo, em seu art. 117, que “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 importância da expressão “economia popular” é observada por SHIEBER⁹⁵, quando constata que, “no Direito Brasileiro, a gênese da lei antitruste encontra-se nos dispositivos que tratam dos crimes contra a economia popular”, sendo o art. 117 citado como o primeiro dispositivo legal a utilizar esse termo.

Em 10 de novembro de 1937, promulga-se uma nova “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, em um momento histórico caracterizado pelo laconismo da iniciativa privada, demandando uma atuação do Estado na ordem econômica para prover o sustento do próprio sistema. Assim, pela primeira vez nos textos constitucionais pátrio, surge a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”⁹⁶, a qual podia se dar mediante uma atuação direta na economia, estímulos aos particulares, controle sobre os organismos econômicos etc.

Note-se que a Carta de 1937 deu maior significado à expressão “economia popular”, surgida em 1934, estatuinto, em seu art. 141, que “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”⁹⁷.

Apointa FERREIRA⁹⁸ que houve na Constituição de 1937 uma influência nitidamente fascista, tendo seu texto apontado para o reconhecimento da importância e da necessidade da iniciativa privada, quedando ao Estado a função de agente protetor externo dessa linha econômica.

⁹⁵ SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.3.

⁹⁶ Art. 135 da CR/37: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

⁹⁷ O art. 141 da CR/37 foi regulamentado pelo Decreto-lei n. 869, de 18.11.1938, em que foram enumerados os crimes contra a economia popular.

⁹⁸ FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p.102.

Conquanto o texto de 1937 tenha trazido alterações formais no contexto legislativo brasileiro, certo é que poucas foram as inovações que tiveram eficácia. Dentre estas, cita LEOPOLDINO DA FONSECA⁹⁹ o poder concedido pelo art. 180 daquela Constituição para o presidente da República expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Há também o art. 186, que declara o estado de emergência em todo o país.

Uma última característica importante da Carta de 37 é que ela introduziu na ordem econômica dispositivo referente à matéria de concorrência, assumindo a legislação¹⁰⁰ nesse tópico um sentido *imperativo-negativo*¹⁰¹, mediante a previsão de penas graves aos delitos contra a economia popular.

A Constituição que sucedeu à de 1937 foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Trazia o anseio da população pela democracia, após o fim da ditadura no Brasil e o término da Segunda Guerra Mundial.

Inspirada nas legislações norte-americanas de combate ao truste, a Carta de 1946 entabulava, em seu art. 148¹⁰², a repressão ao abuso do poder econômico que tivesse como escopo o propósito de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. Ressaltava, também, os pilares da nova democracia revivida, preconizando, em seu art. 141¹⁰³, a “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade”.

A ideologia neoliberal na qual se alicerçou essa Constituição faz desenvolver nela uma nova postura do Estado, atento às conquistas sociais e à herança do liberalismo clássico no que concerne à propriedade e ao indivíduo.

É nesse contexto que se permite a intervenção do Estado no domínio econômico apenas para resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos e o interesse público,

⁹⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.77.

¹⁰⁰ A legislação que se faz menção é o Decreto-lei n. 869, de 18.11.1938, que estatuiu sobre os crimes contra a economia popular.

¹⁰¹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.244.

Art. 148 da CR/1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

¹⁰³ Art. 141 da CR/46: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade [...]”.

despontando, dentre os princípios programáticos desse novo texto constitucional, uma solução para os problemas sociais do capitalismo passado: a valorização do trabalho humano.

A menção feita acima à atuação do Estado na economia é vista sob uma nova perspectiva, a do “plano econômico”, cujo caráter de atuação programada do Estado aparece pela primeira vez em textos constitucionais.

A “Doutrina da Segurança Nacional” fez surgir, em 20 de outubro de 1967, a “Constituição da República Federativa do Brasil”, mudando, pela primeira vez desde o Império, o título antes consolidado de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”.

Esse novo texto constitucional, preparado no bojo da Revolução Militar de 1964, veio acrescer à idéia de desenvolvimento econômico a proteção exacerbada à “segurança nacional”, conforme orientação do seu art. 89, que preconizava que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”.

Contrariando as disposições anteriores sobre o indivíduo e seu papel primordial no desenvolvimento econômico de um país, esta Constituição coloca o Estado em primeiro lugar, deixando atrás deste a pessoa humana. Até mesmo no que concerne à possibilidade de intervenção estatal na economia se vislumbra a idéia marcante de segurança nacional, ao dispor a Carta de 1967, em seu art. 157, § 8º:

São facultados a **intervenção no domínio econômico** e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável **por motivos de segurança nacional**, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Criam-se ainda nessa Constituição as chamadas “regiões metropolitanas”, “com o intuito de promover um desenvolvimento integrado de municípios que façam parte da mesma comunidade socioeconômica”¹⁰⁴, visando à consagração do novo papel do Estado de promover o desenvolvimento nacional.¹⁰⁵

¹⁰⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.84.

¹⁰⁵ O princípio do desenvolvimento nacional foi colocado lado a lado com o princípio da justiça social pela Emenda n. 1/69, ambos caracterizados como fim da ordem econômica e social.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, é promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que traz, em seus arts. 1º e 170¹⁰⁶, os ditames da ordem econômica, social e política que balizarão o novo Estado Democrático de Direito que exsurge.

Conhecida como “Constituição cidadã”¹⁰⁷, a Carta de 1988 traz como fundamento ideológico a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se busca erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos e garantir, assim como os textos anteriores, o desenvolvimento nacional.

Dentre os direitos sociais que preconiza, encontram-se a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Também no campo dos direitos dos trabalhadores, tem-se grande avanço, sendo listados, no art. 7º da Constituição atual, 34 (trinta e quatro) direitos dos trabalhadores urbanos e rurais que têm por fim a melhoria de sua condição social.

¹⁰⁶ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. [...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁰⁷ Apelido dado por Ulisses Guimarães, haja vista a ideologia adotada no campo econômico e social.

Por trazer uma vinculação marcante entre o social e o econômico, esta Constituição Econômica não poderia deixar de ser vista, também, no aspecto dos direitos sociais que proclama, os quais constituem a norma programática para a consecução das medidas de desenvolvimento da ordem econômica nacional. É por isso que os princípios do art. 1º da CR/88, cumulados com os objetivos apostos em seu art. 3º¹⁰⁸, devem estar presentes na análise dos dispositivos de cunho econômico

Há que se notar que o *caput* do art. 170 da CR/88, que abre o Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira” e o Capítulo I – “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” dispõe, como fundamento da ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, presentes no inciso IV do art. 1º.

Como assinala BAGNOLI,¹⁰⁹

a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa revelam que a Constituição de 1988 prevê uma sociedade brasileira capitalista moderna, na qual a conciliação e composição dos titulares de capital e de trabalho é uma necessidade a ser viabilizada pela atuação do Estado.

Assim, tem-se o panorama buscado pela atual Constituição da República, que vincula o social – agora em título próprio, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais” – a todos os outros campos de seus preceitos, dentre eles, a ordem econômica.

2.4.3 Princípios constitucionais da ordem econômica na Carta de 1988: enfoque no embate entre os postulados da livre iniciativa e da livre concorrência

Os arts. 1º e 170 da Constituição da República de 1988, conforme visto acima, promovem o delineamento da estrutura do ordenamento político, jurídico e econômico

¹⁰⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁹ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2005, p.59.

vigente no Brasil, trazendo os fundamentos¹¹⁰ da ordem social e os princípios que embasam esses fundamentos.

O art. 1º destaca, sob o Título “Dos princípios fundamentais”, os pilares do Estado Democrático de Direito, ressaltando a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como instrumentos necessários para a consagração da nova República Federativa que se instaurava.

Em título posterior (Título VII “Da ordem econômica e financeira”; Capítulo I “Dos princípios gerais da atividade econômica”), o legislador constituinte reforçou o valor do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos não só do Estado Democrático de Direito, visto como organização de cunho político, mas também da ordem econômica e financeira, que se pauta pelos ditames da justiça social e possui, como instrumentos garantidores desse fim e dos fundamentos preconizados, princípios próprios de ordem econômica, enumerados pelo art. 170 do mesmo texto constitucional, quais sejam: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e, finalmente, tratamento favorecido para a empresas de pequeno porte.

A **soberania nacional**, mencionada no capítulo sobre a atividade econômica e financeira, não significa uma simples repetição infundada daquela soberania citada pelo art. 1º da CR/88. Pelo contrário, a idéia de inserir a soberania como *princípio* da ordem econômica e como *fundamento* da ordem política é demonstrar a necessária vinculação entre essas duas facetas do Estado.

Ao mesmo tempo em que um Estado deve buscar se firmar como ente político soberano perante a ordem política internacional, obtendo, dessa forma, indispensável independência nas relações comerciais, deve consolidar-se do ponto de vista econômico, sendo também independente neste aspecto.

¹¹⁰ Observe-se que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, preconizados no art. 1º, IV, da CR/88, surgem nessa Constituição como “fundamentos” do Estado Democrático de Direito, ao passo que na Constituição de 1967-1969 eram tidos como “princípios”. Essa diferença de tratamento será vista de forma mais detida no Capítulo 3 deste trabalho, ao se proceder a uma análise da evolução constitucional e infraconstitucional do tratamento do trabalho humano, sob a forma de cooperativas, e sua co-relação com o postulado da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

Ambas as independências são buscadas, afinal, para a implantação e, principalmente, para a solidificação dos Mercados Comuns, integrando, ao lado da igualdade e solidariedade, os princípios fundamentais do direito internacional do desenvolvimento.¹¹¹

Como observa SALOMÃO FILHO:¹¹²

A afirmação da *soberania nacional econômica* não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.[...]

Afirmar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não no isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional.

Veja-se, portanto, que o princípio insculpido no inciso I do art. 170 da CR/88 é um dos meios arrolados pelo constituinte para a sedimentação do fundamento positivado no inciso I do art. 1º da CR/88, sem o qual este não logra se efetivar em sua plenitude.

O inciso II do art. 170 traz como segundo princípio da ordem econômica a “**propriedade privada**”.

Para melhor compreensão desse princípio, ressaltamos importante entender o sentido do termo “propriedade”. Ensina COMPARATO¹¹³ que a propriedade privada deve ser vista, para fins de estudo dos princípios emanados pelo texto constitucional, como um instrumento propiciador da subsistência individual e familiar, garantindo, dessa forma, a dignidade da pessoa humana assentada como instituto¹¹⁴ basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CR/88).

¹¹¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.88-9.

¹¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.205-6.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*, n. 63/73, 1986.

¹¹⁴ Entende Eros Roberto Grau que a *propriedade* afirmada pelo texto constitucional não poderia constituir um instituto jurídico, mas sim um conjunto de institutos relacionados a distintos tipos de bens. Nesse sentido, afirma que “a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da *multiplicidade da propriedade*”. GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e crítica da ordem econômica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.211.

Consagrado o direito de propriedade nas Constituições de 1946 e 1967, como visto acima, o legislador de 1988 não poderia deixar de mantê-lo na atual Carta vigente, uma vez que o direito à propriedade privada individual é pressuposto da liberdade de iniciativa aposta no *caput* do art. 179 da CR/88.

Sem garantir-se à iniciativa privada a inviolabilidade de sua propriedade individual, nos termos do art. 5º, *caput* e inciso XXII, inviável seria manter-se a livre iniciativa, uma vez que não haveria segurança jurídica para os agentes econômicos atuarem no mercado.¹¹⁵

Todavia, alerta NASCIMENTO¹¹⁶ para os limites da liberdade ora analisada:

A *propriedade privada* assegurada é a garantia da dominialidade particular e do direito de propriedade, exercendo-se esta com *função social*. Entretanto, tal não impede, com o objetivo de alcançar a justiça social, a ocorrência de hipóteses de desapropriação, de monopólio e de restrições ao exercício e à aquisição de domínio.

O princípio da “**função social da propriedade**”, inserto no inciso seguinte, é justamente a concretização do alerta feito por NASCIMENTO, na medida em que explicita não ser irrevogável o direito de propriedade, haja vista o dever a que se submete ele de estar atento à finalidade da justiça social alicerçada no *caput* do art. 170.

Mas a norma fundamental que preconiza a função social da propriedade somente poderia ser vista sob o prisma da propriedade *privada*, haja vista que a idéia de propriedade *estatal* já traz em si a vinculação do Estado à função pública, como dever inerente ao ente político e objetivo fundamental da República Federativa.

Por fim, há que se observar que, ao contrário das disposições constitucionais de 1824 e 1891, os dois princípios que versam sobre propriedade (privada) na Carta de 1988

Não obstante seja certo que a *propriedade* aposta na Constituição não corresponde a uma ocorrência única e estática, mas sim a um conjunto de formas sob as quais pode se revestir a idéia de possuir determinado bem, material ou imaterial, entende-se não ser incorreto o uso da expressão *instituto jurídico* para defini-la. Isso porque, ainda que singular a sua adjetivação, não há impedimentos para que, dentro da idéia de “instituto”, estejam inseridas conotações diversas do mesmo assunto. Assim, explica-se a razão de manter-se neste trabalho a palavra *instituto* para referir-se ao direito à propriedade privada.

¹¹⁵ Observa João Bosco Leopoldino da Fonseca que o Constituinte, ao colocar a liberdade de iniciativa como *fundamento* e a propriedade privada como *princípio*, cometeu um erro lógico, uma vez que o fundamento do *princípio da liberdade de iniciativa* é a aceitação do direito de propriedade, ou seja, justamente o inverso do que foi concatenado na Carta de 1988. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.89.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989, p.10.

possuem limitações dentro do escopo da justiça social, inexistindo no ordenamento jurídico hodierno a razão ilimitada do direito de propriedade preconizada pelo liberalismo clássico.

O próximo princípio arrolado pelo art. 170 (inciso IV) refere-se a ponto nodal do estudo ora proposto, cuja análise histórico-constitucional já foi detidamente feita em item anterior: a **livre concorrência**.

Elemento marcante na análise do princípio citado é a mudança de posicionamento do constituinte no que tange à caracterização do tema *ordem econômica*. De fato, ressalta-se aqui o fato de que, ao contrário da corrente legislativa passada, que firmou posicionamento, em Constituições e legislações infraconstitucionais, no sentido negativista de *reprimir* o abuso do poder econômico, o Texto Fundamental de 1988 traz a defesa da concorrência como um ato positivo, como um princípio não punitivo, mas diretivo, programático.¹¹⁷

É de bom alvitre atentar, também, para a realidade na qual se insere a livre concorrência como um princípio constitucional. Por certo entendeu o legislador que não se vive mais no período do liberalismo de Adam Smith, no qual o Estado se ausenta da economia e os particulares têm o comando da ordem econômica. Tem-se, ao contrário, um momento em que o órgão estatal é presente e atuante na economia, não como interventor sufocante da livre iniciativa privada, mas como balizador dos excessos dos particulares. Nesse sentido é o texto do § 4º do art. 173 da CR/88, que dispõe ser atribuição do legislador ordinário reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nesse contexto, a liberdade de concorrência é fim essencial a ser alcançado pelo Estado, enquanto protetor da ordem econômica, e pelos agentes privados, enquanto interessados em ingressar e em desenvolver-se no mercado econômico.

O inciso V do art. 170 da Constituição em vigor preconiza como outro princípio da ordem econômica nacional a **defesa do consumidor**.

¹¹⁷ Isso influenciou, diretamente, o ideal encontrado na Lei n. 8.884/94, que estabeleceu sua diretiva no sentido de **prevenir** infrações contra a ordem econômica, ao invés de simplesmente estabelecer **punições** à sua tipificação.

Essa defesa deve ser vista sob dois aspectos: em uma dimensão microeconômica, atenta às suas necessidades e interesses particulares; e em uma dimensão macroeconômica, vinculada aos ditames da liberdade de concorrência dantes mencionados.

A primeira idéia citada traz jungido o conceito de um consumidor debilitado e subordinado estruturalmente ao produtor do bem ou serviço. É aquele consumidor que precisa de uma atuação estatal mais atenta à sua hipossuficiência jurídica, protegendo seus direitos e interesses não apenas por meio de princípios indicativos, mas mediante leis ordinárias concretas e reguladoras.

Na dimensão macroeconômica, o consumidor é tido como um instrumento necessário à concreção do princípio da livre concorrência, na medida em que é peça da engrenagem mercadológica em que concorrem os agentes econômicos. Veja-se que, garantindo-se o livre fluir da concorrência, protege-se também o consumidor, que adquire melhorias em custos e qualidade dos bens e serviços.

Outra importante inserção no campo dos princípios da ordem econômica cingiu-se na **defesa do meio ambiente**, consagrada também no art. 225, *caput*¹¹⁸, da Constituição de 1988.

A lógica do constituinte ao remeter a defesa ambiental para o campo das disposições de cunho econômico e financeiro teve como razão as conseqüências devastadoras para o meio ambiente de um desenvolvimento órfão de um programa natural adequado, que acabe por desencadear situações de abuso do meio ambiente para suprir as necessidades crescentes e vultosas de produtos primários. A preocupação é encontrada tanto no plano da limitação dos recursos naturais quanto nos efeitos nocivos que a má utilização do meio ambiente pode desencadear.

Este princípio conecta-se, ainda, com a idéia de prospectar uma qualidade de vida melhor para os cidadãos atuais desta República, bem como para as futuras gerações, a fim de garantir a observância da finalidade da defesa da ordem econômica, que é a justiça social.

¹¹⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Observe-se que a consagração da defesa do meio ambiente torna concreta a premissa social do uso adequado (logo, *restrito*) da propriedade, o qual deve orientar-se pela atenção aos interesses coletivos, protegendo-os.

O princípio que segue a linha ditada pelo art. 170 da CR/88 é o da **redução das desigualdades regionais e sociais**, que está, como assevera o LEOPOLDINO DA FONSECA,¹¹⁹

em sintonia com os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição, que preconiza a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como ainda a promoção do bem de todos, dentro de um quadro de garantia do desenvolvimento de âmbito nacional.

O âmago da idéia de reduzir as desigualdades sociais, constitucionalmente aceitas como reais, é inserir os cidadãos brasileiros, por meio de políticas públicas, no cerne do desenvolvimento econômico do país, assegurando-lhes condições de dignidade reivindicadas historicamente pela população. É como se se buscasse implementar um *Welfare State* no Brasil, tarefa esta inviável, do ponto de vista tanto histórico e estrutural quanto econômico e político.

Frise-se que não visa o princípio em análise a trazer de volta modelos socialistas de organização socioeconômica, mas sim inserir no já consolidado capitalismo ideais propagados pela utopia do bem-estar social.

O penúltimo princípio arrolado pelo título que trata da ordem econômica na Constituição de 1988 refere-se à **busca do pleno emprego**, cujo conteúdo aponta para dois aspectos: *ativo* e *passivo*.

O caráter ativo desse princípio diz respeito aos produtores dos bens e serviços, que acabam, como consequência lógica, por serem os mais protegidos pelo princípio da *propriedade privada*. Contudo, como já informado acima, a *propriedade privada* está intrinsecamente atrelada à concreção de sua função social. É nesse conjunto que deve ser visto o princípio do pleno emprego.

Com efeito, se o pólo ativo da relação de emprego é que detém os meios de produção (logo, tem propriedade privada) dos bens ou serviços, então são eles que devem

¹¹⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.93-4.

observância real, concreta, à determinação constitucional de buscar uma função social para essa propriedade. E a concessão de plenos empregos é um dos meios para se lograr atingir o fim almejado pelo Constituinte (e um poder-dever para os cidadãos), tanto de se obter uma justiça social, como de esta justiça ser obtida por meio da concreção de três princípios da ordem econômica: proteção à propriedade privada; função social da propriedade (privada); e busca (concessão) do pleno emprego.

Do ponto de vista do pólo passivo, qual seja, sob a ótica do trabalhador, este princípio denota uma coligação com o princípio da valorização do trabalho humano, como peça indispensável para o correto funcionamento da máquina econômico-financeira.

A efetividade deste princípio gera vantagens, até mesmo, para o próprio sistema econômico, na medida em que sua concretização propicia o crescimento do mercado consumidor, garantindo a *eficiência*¹²⁰ do mercado em causa. Com isso, promove-se o aproveitamento adequado de todas as potencialidades do país, desde a oferta de mão-de-obra até a inserção de novos cidadãos no mercado consumidor, aquecendo, portanto, a economia.

Finalmente, o derradeiro princípio discriminado pelo art. 170 da CR/88 é o que dispõe sobre o **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.**

Fincado na liberdade de iniciativa prevista no *caput* do art. 170 como *fundamento* da ordem econômica, o interesse primordial do constituinte ao estabelecer o favorecimento das empresas brasileiras de pequeno porte é acabar com os costumeiros entraves burocráticos que, muitas vezes, acarretaram a desistência de agentes novos de ingressar no mercado ou, até mesmo, a sua permanência na disputa com concorrentes maiores.

Há, outrossim, a problemática de se incentivar os empresários menores, que, instalando-se em sua própria região do país, acreditam no desenvolvimento dela, gerando com isso novos empregos e novo mercado consumidor.

Concluída, assim, a análise concisa dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e financeira nacional, aproveitar-se-á o ensejo para aprofundar um pouco mais uma questão que merece especial consideração quando se trata de princípios e fundamentos da ordem econômica na Constituição de 1988: a correlação entre os postulados

¹²⁰ Produzir mais a menor custo, uma vez que há mercado consumidor para absorver a produção.

jus-econômicos da livre iniciativa (como fundamento do Estado Democrático de Direito) e da livre concorrência (como princípio norteador da ação econômica do Estado).

Visa-se com esta breve abordagem, e no esteio em premissas ditadas no âmbito da hermenêutica constitucional, a estabelecer uma clara delimitação entre os postulados acima citados, definindo-lhes o exato contorno no contexto da ordem econômica na Constituição de 1988, cujas conclusões serão sumamente relevantes quando da análise das cláusulas de exclusividades no Direito Cooperativo, reservada para o Capítulo 4 deste trabalho.

No debate sobre o Direito da Concorrência, questão das mais candentes é a que concerne aos limites constitucionalmente estabelecidos para a defesa da livre concorrência, de modo a adequá-la aos fundamentos da Constituição Econômica, destacadamente a livre iniciativa prevista no *caput* do art. 170. Relevante na análise da questão ter-se em mira a finalidade única a que estão jungidas estas disposições normativas e, principalmente, o balizamento social que norteia a sua interpretação.

Antes, porém, de demonstrar a hipótese destacada nos parágrafos iniciais, faz-se oportuno um esclarecimento prévio sobre os contornos conceituais dos referidos princípios. É de destaque, neste passo, a lição de REALE, citado por Inocêncio Mártires Coelho:¹²¹

Começo por observar que, pela primeira vez na história do nosso Direito Constitucional, a livre concorrência foi elevada à dignidade de princípio constitucional, como se acha consagrada no art. 170 da lei fundamental em vigor, e isto depois de, no *caput* deste mesmo art. 170, declarar-se que a ordem econômica no Brasil se funda, entre outros, sobre o valor social da iniciativa privada. Por sinal que esta é referida destacadamente logo no art. 1º da Carta, não se devendo olvidar que esse artigo é de natureza preambular, pois enumera quais são os princípios fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito. **Assim sendo, não é este ou aquele outro dispositivo isolado na Constituição que nos permitirá captar o novo sentido da nova ordem econômica, mas todo o contexto de suas disposições.**

Ora, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a eleição autônoma dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada do art. 1º e 170.

¹²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 184, ano 47, jul./dez. 1994, p.5-18.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal de processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado no embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros. (sem grifos no original)

De fato, uma leitura circunstancial do texto constitucional levaria um leitor menos atento a considerar, diante da posição sobranceira – ou seja, de fundamento – conferida à livre iniciativa, que existe uma falaciosa prevalência hierárquica deste postulado sobre os princípios destacados nos incisos do art. 170 da Carta Fundamental.¹²²

Não se está, alerte-se, rechaçando a manifesta relevância que tal previsão ocupa no quadro da ordem econômica constitucional. Como assinala FERRAZ JR.:¹²³

[...] o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável.

Ocorre que, segundo o mesmo professor, os princípios da ordem econômica, dentre os quais se destaca a livre concorrência, “não se contrapõem aos fundamentos da

¹²² A posição de *fundamento* ocupada pela livre iniciativa na Constituição Econômica foi bem alvejada por Miguel Reale Junior, que assevera que “na Constituição anterior, como analisa Marco Aurélio Greco, a livre iniciativa é um princípio, e não um direito, um meio a ser utilizado na ação econômica GRECO, Marco Aurélio. Notas para uma sistematização do Estado na Ordem Econômica, in: *Revista de Direito Público*, n. 49/50, 1979, p.276. Na nova Constituição, como fundamento da organização política e da ordem econômica, a livre iniciativa é um direito. Destarte, se a livre iniciativa era um dos princípios da ordem econômica nas Constituições anteriores, apenas um meio, no entanto é, na nova Constituição, alçada à condição de fundamento da organização estatal e, mais precipuamente, da ordem econômica, sendo, portanto, pedra basilar, tal como a valorização do trabalho humano”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.12.

Tomado este pressuposto, faz-se necessário atentar, de acordo com a lição sempre pertinente de Cabral de Moncada, que a proteção dispensada aos direitos fundamentais consiste no fato de as respectivas leis restritivas deverem observar, rigorosamente, o princípio da proporcionalidade. Liberdade de iniciativa privada, portanto, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público e, portanto, possibilidades de gozar das facilidades e necessidades de se submeter às limitações impostas pelo mesmo. CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Direito Econômico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988, p.95.

A idéia de proporcionalidade prevista na obra do mestre lusitano resulta não só da observância de limites à atuação da iniciativa privada liberal, mas também e fundamentalmente da observância estrita pelos particulares dos limites impostos pelo Estado, mormente quando ditados em nome do interesse social.

¹²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais. São Paulo: *Revista de Direito Público*, n. 91, ano 22, jul-set 1989, p.77.

ordem, mas dão-lhe o seu espaço relativo. Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, **a partir dos princípios**".¹²⁴

Vale dizer, destarte, que o Direito da Concorrência no Brasil – seja no aspecto de seu texto normativo, seja no de sua efetiva aplicação – é determinado pelos princípios jurídicos conformadores da ordem econômica constitucional. Deve-se observar, sobretudo na análise de normas sobre a ordem econômica, os princípios, entendidos segundo DWORKIN¹²⁵ “como pautas cuja observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral”.

Nesse mesmo diapasão, tampouco há que se falar em incompatibilidade ou antinomia entre os princípios, os quais, para além de imbricados numa mesma *ordem* – como elementos indissociáveis desta –, compõem, em rumo diametralmente oposto, um amálgama indissociável, na linha postulada por FERRAZ JR.:¹²⁶

A defesa da concorrência, cuja guarda compete ao Estado, mas que não exclui a iniciativa privada, deve, por último, ser entendida no contexto mais amplo da ordem econômica constitucional. A livre concorrência, nestes termos, é um dos seus princípios, devendo, assim, conviver harmonicamente com as demais (art. 170 e incisos). Ou seja, não se pode defender a concorrência a custo da soberania nacional, do consumidor, do meio ambiente, da redução de desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido as empresas nacionais de pequeno porte. E vice versa: nenhum desses princípios será defendido a custo da livre concorrência. Isto vale, obviamente, e *a fortiori*, para o princípio da propriedade privada e a da sua função social (incisos II e III do art. 170). E, em tudo, é vinculante, naquela defesa e na mencionada harmonização, o respeito aos fundamentos da ordem econômica – livre iniciativa e valorização do trabalho humano- bem com às suas finalidades, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Como já foi dito, livre iniciativa representa manutenção das possibilidades reais de acesso e exercício da atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica; ao passo que livre concorrência refere-se às possibilidades desses agentes de desfrutarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda de um mercado que assim o permita. Neste contexto, a livre concorrência presta-se a garantir a liberdade de iniciativa de todas as empresas de um mercado relevante.

¹²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais. São Paulo: *Revista de Direito Público*, n. 91, ano 22, jul-set 1989, p.78.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.14.

¹²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, origem histórica e base constitucional. *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, 45 (180):175-185, jul./dez. 1992, p.179-180.

Nesse sentido, como bem captado por NUSDEO¹²⁷, a livre iniciativa se afirma no Texto Constitucional por meio de um **caráter social**, uma vez consorciada aos ditames da existência digna e da justiça social.

Isso significa que a livre iniciativa apenas é considerada um fundamento da ordem econômica na medida em que ela é orientada para a realização dos fins expressos por essa ordem.

Sendo a livre iniciativa, enquanto valor social – isto é, ponderado pelos princípios do art. 170 – um dos fundamentos da ordem econômica, justifica-se a criação de leis de proteção à concorrência para manter as condições nas quais a livre iniciativa possa se expressar. Nesse sentido, ainda que a Constituição não estabelecesse a concorrência como princípio da ordem econômica, ou não mencionasse a necessidade de repressão ao abuso do poder econômico, estaria a existência de leis de proteção à concorrência no Brasil devidamente fundamentada, a partir da posição ocupada pela dimensão social da livre iniciativa no sistema.

É evidente que tal caráter social anima de igual forma o postulado da livre concorrência, preenchendo-lhe com conotação peculiar, de acordo com o que assinalou Isabel Vaz:¹²⁸

A livre concorrência apresenta-se assim como Janus, o deus de duas faces. De um lado, os pressupostos da livre concorrência procuram assegurar ao agente econômico a livre iniciativa, a liberdade de entrar e sair de um mercado e nele permanecer, tendo acesso aos fatores de produção, às informações relevantes, sem qualquer interferência monopolista; de outro lado, impõe aos agentes econômicos o dever de abster-se de quaisquer abusos tendentes a restringir a concorrência e causar prejuízos aos consumidores.

Esse caráter social do postulado da livre concorrência desperta a atenção para outro aspecto importante da abordagem principiológica que se propôs, qual seja, o estudo da regra da proporcionalidade, vislumbrada, inicialmente, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e, posteriormente, incorporado pela doutrina e jurisprudência pátrias na forma de conteúdo imanente à cláusula do devido processo constitucional.

Em primeiro lugar, cabe destacar o significado do princípio da proporcionalidade, bem sintetizado por Gilmar Ferreira Mendes:¹²⁹

¹²⁷ NUSDEO, Ana Maria. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, p.236.

¹²⁸ Anotações retiradas de palestra proferida no 17º Encontro Nacional de Defesa do Consumidor, realizado em Belo Horizonte no ano de 1997, denominada “Distribuição de renda e acesso ao consumo”.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo: IOB, n. 23, verbete n. 1/8175, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, p.475-489.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) (Pieroth e Slink, Staatsrecht II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 70), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) (Pieroth e Slink, Staatsrecht II – Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 72).

Sob pena de violação desse princípio, tem-se que, existindo medida mais eficaz para alcançar determinado fim na atividade comercial, conclui-se não ser lícito ao agente infringir os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da liberdade da concorrência.

Segundo a melhor doutrina, em especial as lições de BUECHELE¹³⁰, para uma análise mais apropriada do tema é necessária a sua decomposição em três subprincípios: (a) adequação, (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, passa-se à análise pontual de cada elemento acima disposto.

O subprincípio da adequação pode ser traduzido como a busca pelo meio mais conveniente à consecução do fim logrado pela medida. Ou seja, o ato praticado pela autoridade, para ser considerado proporcional, deve guardar a maior conformidade possível com o interesse público almejado.

No tocante ao subprincípio da necessidade, cujo conteúdo preconiza que a atuação estatal deve ater-se ao meio menos gravoso para se atingir o fim público visado, os mesmos elementos supradispostos podem ser aqui novamente invocados, na medida em que, para todos os princípios já aludidos, a decisão tomada é a que deve causar menos prejuízo para o todo social.

¹³⁰ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, segundo Gilmar Ferreira Mendes¹³¹, “é a rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”.

Note-se que todos os subprincípios abordados por BUECHELE possuem confluência em sua finalidade: visam, todos, a proteger o interesse público, o fim social, tal como expresso no *caput* do art. 170 da CR/88.

Diante dessa perspectiva, é possível concluir-se que não há antagonismo ou embate algum entre o princípio da livre concorrência e o postulado da livre iniciativa (sendo esse pensamento fruto, apenas, de leituras não aprofundadas do texto constitucional vigente). Toda conduta do agente econômico deve pautar-se pelo fim almejado pela norma – a justiça social –, não podendo concretizar-se a afirmação única de um desses elementos (livre iniciativa e livre concorrência), mas sim a observância conjunta de seus objetivos.

2.5 Evolução da legislação infraconstitucional de Defesa da Concorrência

Analisados os pressupostos teóricos e teleológicos do desenvolvimento da Defesa da Concorrência no Brasil, desde a sua primeira inserção em textos constitucionais até os moldes com que estruturadas na Carta Magna hoje vigente, passa-se a expor a evolução da legislação ordinária no tocante à proteção à ordem econômica.

Foi durante a vigência da Constituição de 1937 que surge no Brasil a primeira legislação antitruste. O texto constitucional citado, ao conferir competência¹³² à lei ordinária para disciplinar sobre os “crimes contra a economia popular”, desencadeou a edição do Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que visava a regulamentar a economia popular¹³³.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo: IOB, n. 23, verbete n. 1/8175, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, p.475-489.

¹³² Essa competência foi conferida pelo art. 141 da CR/37, que assim dispôs: “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 processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

¹³³ Afirma Benjamin Shieber que: “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,

Referido decreto, embora não tivesse tido a repercussão prática esperada¹³⁴, trouxe importante alteração no cenário jurídico do país, tipificando, pela primeira vez, o que era considerado **crime** contra a economia popular. Nesse sentido, o art. 2º do Decreto-lei n. 869/38 preconizou, em seu inciso III, norma expressa sobre a Defesa da Concorrência:

Art. 2º . São crimes dessa natureza:

I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II – abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta de preços; [...].

Para os crimes arrolados pelo art. 2º, havia a previsão de pena de prisão celular, que variava entre 2 e 10 anos, bem como multas pecuniárias.

O verdadeiro avanço na Defesa da Concorrência, porém, não surgiu, como visto, do Decreto-lei n. 869/38, mas sim da legislação que o sucedeu, de cunho protecionista, qual seja, o Decreto-lei n. 7.666/45, de iniciativa do então Ministro da Justiça da União, Agamemnon Magalhães:¹³⁵

em uma entrevista de 28.11.1938. Disse êle: ‘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’”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.4.

¹³⁴ Sobre a pouca aplicação efetiva do Decreto-lei n. 869/38, Benjamin Shieber comenta: “Malgrado a amplitude destes dispositivos, êles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do Decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. No parecer, o então Consultor-Geral da República, Dr. Aníbal Freire, opinou que algumas cláusulas no contrato que a Standard Oil celebrou com proprietários de postos de gasolina foram ilícitos. O presidente Getúlio Vargas aprovou o parecer e despachou:

‘Aprovado. A consulente deve modificar seus contratos e instruções no sentido de submeter-se à lei que define os crimes contra a economia popular’”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.6.

¹³⁵ Benjamin Shieber destaca a grande contribuição de Agamemnon Magalhães para o Direito Antitruste brasileiro, sobressaltando seus principais atos: “Foi êle quem, como Relator-Geral da Sétima Subcomissão encarregada de elaborar a Constituição de 1946, Subcomissão esta incumbida de relatar a matéria sôbre a ordem

Segundo Isabel Vaz¹³⁶, “o Decreto-lei n. 7.666/45 definira as mais importantes formas de abuso do poder econômico e criara a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE”. A este órgão, concedeu poderes para cuidar da administração da lei e para legitimar acordos que pudessem causar qualquer tipo de restrição à concorrência.

O próprio Ministro AGAMEMNON¹³⁷ definiu os principais contornos daquele novo diploma legal:

“O Decreto-lei estabelecia a repressão administrativa aos trustes, aos cartéis e a todas aquelas combinações que visavam dominar o mercado nacional. Era contra a tradição do judiciarismo americano”.

Uma diferença importante verificada na mudança do Decreto-lei n. 869/38 para o Decreto-lei n. 7.666/45 está na nomenclatura utilizada por esses textos legais. Enquanto o Decreto-lei de 1938 falava em “crimes contra a economia popular”, o novo Decreto-lei mencionava “atos contrários à ordem moral e econômica”.

Não obstante a vigência do Decreto-lei n. 7.666/45 tivesse sido sumamente curta (não chegou a superar três meses), os ideais por ela suplantados vigeram mesmo nos períodos posteriores à sua revogação, tendo sido visível sua influência na Carta Magna de 1946, em especial em seu art. 148, transcrito itens atrás.

A revogação desse Decreto-lei, como aponta FERREIRA¹³⁸, está intrinsecamente ligada ao golpe de Estado de outubro de 1945, chegando a oposição a mencionar que o CADE, criado por aquele Decreto-lei, era um órgão “nazi-fascista”:¹³⁹

econômica e social, batalhou pela inclusão no dispositivo que passou a ser o art. 148 da Constituição Federal de 1946. Foi ele quem encaminhou, em 1948, o projeto 122-1948 à Câmara Federal, o qual na realidade é a base da lei vigente. Sua contribuição foi reconhecida pelo deputado Humberto Lucena, falando como relator da Comissão de Finanças, no debate que precedeu a votação pela Câmara da lei vigente”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.7.

¹³⁶ VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.249.

¹³⁷ MAGALHÃES, Agamemnon. *Justificação do Projeto de Lei n.º 122*, regulamentando o art. 148 da Constituição Federal – Discurso proferido na Sessão da Câmara dos Deputados de 15.04.1948 (D.C.N. de 06.05.1949, pp. 3574 e ss. e no Suplemento “A” do D.C.N. de n. 123, de 28.07.1961, Seção I), p.4-5, *apud* FRANCESCHINI, José Inácio. *Legislação Brasileira Antitruste: seus antecedentes legislativos*. São Paulo, 1986, p.8).

¹³⁸ FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p.193.

¹³⁹ Expressão citada por FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.114, fazendo menção, em nota de rodapé, a Moniz Bandeira, *Cartéis e desnacionalização*, p.3.

Decreto-lei de 1945, dispondo sobre os atos contrários à ordem econômica, estabeleceu sistema incompatível com a tradição brasileira, na repressão dos trusts. Era remédio mais pernicioso que a moléstia que se propusera debelar; por isso, no regime instaurado pelo golpe de Estado de outubro de 1945, revogou-se aquele decreto-lei.

Após a estratégica retirada de vigência do Decreto-lei n. 7.666/45, Agamemnon Magalhães, em abril de 1948, encaminha o Projeto de Lei n. 122, que originou a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Lembra LEOPOLDINO DA FONSECA¹⁴⁰ que, enquanto tramitava o projeto de lei citado, foi editada a Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, cuja importância encontra-se na criação da COFAP – Comissão Federal de Abastecimento e Preços¹⁴¹, que desencadeou medidas de desapropriação de bens e serviços, fixação de preços e normas de abastecimento, em caráter de nítida intervenção do Estado no domínio econômico. Houve certo retorno, até mesmo, quanto ao tratamento dos atos anticoncorrenciais, considerados por essas leis novamente como “crimes”, na ideologia do Decreto-lei n. 869/38.

Contudo, em 10 de setembro de 1962, após longos anos de tramitação na Câmara Federal, seja por prolongados arquivamentos, seja pela divergência de opinião de parlamentares que acreditavam que a Lei n. 1.521/51 e a n. 1.522/51 já tratavam bem da questão da concorrência¹⁴², o projeto de Agamemnon Magalhães é editado na forma da Lei n. 4.137, que possui influência nitidamente norte-americana, como ressaltado pelo Deputado Agamemnon Magalhães¹⁴³.

Apanágio fundamental da norma citada encontra-se na forma como foi adotada a defesa da ordem econômica. Esta ocorreu por meio de tipificações que, em seu art. 2º,

¹⁴⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.50.

¹⁴¹ Em 26 de setembro de 1962, a COFAP foi substituída pela SUNAB – Superintendência Nacional de Abastecimento, criada pela Lei Delegada n. 5.

¹⁴² Benjamin Shieber tenta explicar a demora na tramitação do projeto, afirmando que: “Talvez esta demora, tanto quanto o largo intervalo entre a reapresentação do projeto em 1955 e sua aprovação em 1962, se explique pelo fato de que em 1951 foram promulgadas as Leis ns. 1.521 e 1.522, que estabelecem um sistema administrativo para frear o aumento dos preços e estatui novamente, *ipsis litteris*, os dispositivos antitruste contidos no decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938” SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.11.

¹⁴³ “O projeto n. 122, que apresentamos em 15 de abril de 1948 na Câmara dos Deputados, adota as diretrizes da legislação dos Estados Unidos com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas” MAGALHÃES, Agamemnon. *Abuso do poder econômico*, 124, Revista Forense, 601, 604, 1949, *apud* SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.18.

explicitavam o que deveria ser considerado forma de abuso do poder econômico, fazendo uso, portanto, da competência que lhe foi concedida pelo art. 148 da Constituição de 1946.

Ressalte-se que não havia na Lei n. 4.137/62 a necessidade de se aferir o poder de mercado do agente, bastando o enquadramento do fato em algumas das formas legais arroladas pelo seu art. 2º.

A Lei n. 4.137/62 criou ainda, em seu art. 8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cujo papel seria apurar e reprimir os abusos do poder econômico, mediante seu poder de fiscalização e da prerrogativa de julgar processos administrativos sobre o tema.

Com o intuito de reforçar o pensamento da época de defesa substancial da ordem econômica, editou-se a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata como **crimes**, em claro retorno ao Decreto-lei n. 169/38, os atos contrários à ordem econômica.

Treze dias depois da edição dessa lei, uma nova legislação surge no cenário jurídico concorrencial brasileiro, a Lei n. 8.158, de 9 de janeiro de 1991, que trouxe imensa confusão e antagonismo entre os diplomas vigentes.

Por um lado, a Lei n. 8.158/91 determina, em seu art. 23, que estavam “mantidas as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim como em outros diplomas legais relativos à prática de abuso do poder econômico”. Logo, tem-se que as disposições do art. 2º da **Lei n. 4.137/62**, que tipificavam **formas** de abuso do poder econômico, eram válidas.

Todavia, a **Lei n. 8.137/90**, que não havia sido revogada, tratava como **crimes** aquelas mesmas *formas* de abuso do poder econômico, concluindo-se a miscelânea de conceitos com os arts. 2º e 3º da **Lei n. 8.158/91**, que tipificam aquelas *formas* ou aqueles *crimes* como simples **distorções** que podem ocorrer no mercado, conferindo a essas *distorções/formas/crimes* o “status” jurídico de **infração à ordem econômica**.

Logo, tem-se que as mesmas figuras legais (caracterizadoras de abuso do poder econômico) eram concebidas por legislações contemporâneas diversas de maneira variegada, o que ensejou, por fim, a necessidade sobranceira de consertar o descompasso do cenário jus-econômico brasileiro.

Edita-se, nesse contexto, o Projeto de Lei n. 3.712-E, em 1993, que se concretizou na forma da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida hoje como “Lei de proteção da concorrência”. Esta “transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia (conferindo-lhe, assim, destinação orçamentária própria), dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

A estrutura básica da atuação defensiva da lei em pauta encontra-se em seus arts. 20 e 21, inseridos no Capítulo II “Das infrações”, nos quais se discriminou um rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais (art. 21), assim como as conseqüências advindas dessas condutas que se pretende evitar (art. 20).

Como aponta SALOMÃO FILHO¹⁴⁴, o legislador de 1994, ao editar a Lei n. 8.884/94, focou-se em dois pontos principais: a exigência de se concatenar as bases da defesa da concorrência, sanando os vícios que as legislações anteriores criaram no sistema jurídico; e a oportunidade de elaborar um novo sistema de defesa da ordem econômica que abordasse, não somente os ilícitos em um só artigo (art. 21), mas também os enfoques que deveriam ser considerados para a caracterização daqueles ilícitos (em especial, a dominação dos mercados, o abuso do poder econômico e a concorrência desleal), cujas categorias foram apostas no art. 20 daquela lei.

Não obstante a intenção do legislador fosse a de simplificar a questão concorrencial no país, dando liberdade suficiente ao juiz para aplicar a regra da razão, dificultando a contestação da tipologia aberta que se estava criando (o que o fez por meio da fixação de princípios gerais no art. 20) e fornecendo aos agentes econômicos suficiente segurança jurídica por meio da declaração expressa (ainda que aberta) dos atos considerados como infração, certo é que acabou por criar divergências na aplicabilidade conjunta dos dois principais artigos (20 e 21).¹⁴⁵

Inovou bem, porém, o legislador ao estipular, juntamente com a repressão às infrações contra a ordem econômica, também o caráter de prevenção daquela lei, garantindo um saudável controle prévio de danos potenciais.

¹⁴⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.74.

¹⁴⁵ Ponto que será mais bem estudado no Capítulo 3 deste trabalho, ao se adentrar no estudo das condutas anticoncorrenciais previstas nesses dispositivos.

Dessa forma, fecha-se a história da evolução da legislação infraconstitucional de defesa da ordem econômica, o que nos permite adentrar, no capítulo seguinte, na análise específica das condutas anticoncorrenciais destacadas na legislação ora em vigor (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94), sobrelevando-se aquelas consideradas como “restrições verticais”, nas quais é exemplo a ora analisada “cláusula de exclusividade”.

3 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

3.1 Orientação dúplice da legislação antitruste brasileira vigente: controle de estruturas e de condutas

Contrariamente às legislações anteriores que tratavam do tema concorrencial, as quais normatizavam esta questão sob o prisma punitivo, cuja referência era a **repressão** ao abuso do poder econômico, a Lei n. 8.884/94 possui um texto com conteúdo bem diferente da prática anterior.

As novas disposições não tratam mais de apenas punir a infração já consumida, mas também de prevenir a prática de atos que poderiam ser, posteriormente, condenados. Falam, assim, não mais em *abuso do poder econômico*, mas em *infrações contra a ordem econômica*.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Nesse sentido, Paula Forgioni traz uma discussão interessante acerca da caracterização que deve ser atribuída à Lei n. 8.884/94, se “lei de repressão ao abuso do poder econômico”, ou “lei de tutela da livre concorrência”. Afirma a autora ser imprescindível entender-se as diferenças entre ambas as concepções: “Quando se refere à ‘lei de tutela da livre concorrência’ está se colocando, justamente, a livre concorrência ou a livre iniciativa como interesse maior protegido pela Lei Antitruste. Não que a repressão ao abuso do poder econômico não seja perseguida: ao contrário, mas apenas na medida em que seja instrumental à tutela da livre concorrência. Nesse sentido, podemos dizer que o *Sherman Act* é uma ‘lei de tutela da livre concorrência’. Já ao falarmos em ‘repressão ao abuso do poder econômico’, por óbvio a estamos privilegiando em grau máximo. Assim, algumas práticas, ainda que não prejudiciais à livre concorrência, serão vedadas pela lei. Como por exemplo, tome-se a repressão aos lucros arbitrários, que seriam um fator de fomento (e não de prejuízo) para a concorrência, mas que são considerados infração à ordem econômica por nossa Lei Antitruste. No Brasil, considerando-se o teor do art. 173, § 4º. da Constituição Federal, parece-nos não haver dúvidas de que a Lei 8.884/94, é uma *lei de repressão ao abuso do poder econômico*: ‘A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Note-se que para essa autora o cerne da Lei Antitruste é o art. 20, e não o art. 54, o que leva à conclusão de que a prioridade dessa lei é o controle dos abusos do poder econômico, e não a modificação da estrutura do mercado.

Calixto Salomão Filho também observa a existência de dois *subsistemas* (controles estrutural e comportamental) na atual lei brasileira sobre concorrência, demonstrando a dificuldade em afirmar a superposição de um em relação ao outro: “É bastante arriscado tentar apontar qual dos dois subsistemas é atualmente o mais importante para o direito concorrencial. Duas tendências econômico-jurídicas podem, no entanto, ser identificadas. Ambas só fazem ressaltar a importância do controle dos comportamentos”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.18.

Note-se que tanto o posicionamento de Paula Forgioni como o de Calixto Salomão Filho destacam a prevalência do controle comportamental sobre o estrutural, ou seja, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 sobre o seu art. 54, não obstante destaquem a importância do controle estrutural para a afirmação do Direito Antitruste no Brasil.

Essa nova metodologia é visualizada no texto do art. 1º da Lei n. 8.884/94¹⁴⁷, garantindo, de forma mais ampla e concreta, a liberdade de concorrência, “incluindo-se simultaneamente entre os sistemas de proibição do perigo e os de proibição do resultado”¹⁴⁸. Como explica LEOPOLDINO DA FONSECA¹⁴⁹, no primeiro caso adota-se um controle prévio, para evitar que ocorram lesões ao princípio da livre concorrência, procura-se evitar um dano potencial. Já no segundo caso, em que se proíbe o dano efetivo, o controle se exerce depois da produção do dano”.

Observe-se que essa dupla função assumida pela Lei n. 8.884/94 confere à proteção da concorrência mais eficácia, na medida em que não espera o ilícito ocorrer para puni-lo (possuindo, para esses casos, um mecanismo de análise da estrutura do mercado capaz de permitir ou impedir a prática do ato que as empresas pretendem promover, insculpido no art. 54), mas também não fica inerte quando condutas contrárias à ordem econômica já foram concretizadas (definindo os ilícitos, por meio de fórmulas gerais, no art. 20, e mediante situações concretas exemplificadas no art. 21).

Nesse sentido, SALOMÃO FILHO¹⁵⁰ relata sobre a sistemática mista adotada pela lei concorrencial brasileira:

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 (controles estrutural e comportamental) que a proteção concorrencial ganha eficácia.

Ressalte-se que o controle das estruturas acima citado refere-se, centralmente, em duas formas de concentração empresarial – os *trustes* e os *cartéis* –, ao passo que o controle das condutas encontra-se centralizado nos objetivos e nas práticas enumerados nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94.

Entendida, portanto, a dúplici sistemática adotada pela Lei n. 8.884/94, passar-se-á a analisar, especificamente, a parte legislativa que versa sobre o controle das condutas

¹⁴⁷ Art. 1º. da Lei n. 8.884/94: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

¹⁴⁸ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.87.

¹⁴⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.87.

contrárias à ordem econômica, uma vez que, dentre elas, está a adoção de restrições verticais, dentre os quais se destaca a prática da exclusividade.

3.2 Direcionamento legislativo no controle de condutas contra a ordem econômica – arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94

Segundo vislumbrado no item anterior, a legislação antitruste brasileira atual dispôs, em seu art. 20, acerca da caracterização de condutas contrárias à ordem econômica, estabelecendo:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

O texto do referido artigo não estipula quais atos constituiriam infração à ordem econômica, mas sim quais os objetivos e efeitos, de quaisquer atos¹⁵¹, que são considerados contrários à ordem econômica.

¹⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.18.

¹⁵¹ Ponto importante a se notar é o que tange à escolha da expressão *atos sob qualquer forma manifestados* pela legislação brasileira, a fim de se evitar as discussões havidas tanto na Europa quanto nos Estados Unidos acerca da abrangência das normas antitruste. Nesse sentido, Paula Forgioni traz à baila importante observação: “Ao

Nota-se ainda que a lei visou a proteger de tal forma a ordem econômica que abarcou em suas disposições até mesmo os atos que possam vir a causar efeitos anticoncorrenciais, ainda que não alcançados, bem como dispensou a caracterização de culpa¹⁵² para punir os infratores.

Especificando os atos a que se referiu o art. 20, a lei apresenta, em seu art. 21, uma lista extensa (embora não-exclusiva) de atos que são considerados ilegais se produzirem os efeitos enumerados no artigo anterior. Tem-se aí uma enumeração exemplificativa, que busca abarcar as principais situações verificadas numa análise de mercado, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-las.

Sobreleve-se que muitas críticas recaem sobre a estratégia de listagem efetuada pela lei brasileira, mormente quando as vinculam aos efeitos previstos no art. 20. Ao tentar poupar o intérprete brasileiro de discussões hermenêuticas, o legislador de 1994 acabou por ampliar, sobremaneira, o rol de atos que se enquadram na descrição de *infração à ordem econômica*, determinando a aplicação de sanções a eles.

Todavia, a prática demonstra que a “boa intenção” do legislador ordinário pode originar algumas controvérsias na tipificação de uma conduta como anticoncorrencial, principalmente pela amplitude com que alguns conceitos foram apostos no art. 20.

Tome-se como modelo o inciso I do art. 20. Segundo seus preceitos, um ato que limite, falseie ou, de **qualquer forma**, prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa é

utilizar-se da palavra ‘ato’, o texto do art. 20 da Lei 8.884 supera as discussões que se travaram, na Europa, sobre as diferenças e semelhanças entre os ‘acordos entre empresas’, ‘decisões de associação de empresas’ e ‘práticas concertadas’“. Lembra ainda a autora mais adiante: “Ademais, não se aplica ao referido art. 20 a clássica definição de ato jurídico, que nos é dada pelo Código Civil: o ato visado pela Lei Antitruste pode não ter por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito. Mais uma vez, a simples transposição de clássicas definições de direito civil para o direito da concorrência corre o risco de não ser adequada. Com efeito, no caso, serão vedadas práticas ainda que não possam ser consideradas jurídicas, ou seja, ainda que não produzam (ou possam produzir) qualquer efeito juridicamente vinculante, qualquer obrigação. Note-se que a doutrina especializada chega até a colocar atos que produzam efeitos meramente morais, desde que restritivos da concorrência, como sendo vedados pela Lei Antitruste”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.138 e 147.

¹⁵² Observa João Bosco Leopoldino da Fonseca que, em 21 de setembro de 1995, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1094-8 DF, na qual a Confederação Nacional da Indústria arguiu a inconstitucionalidade da expressão *independentemente de culpa*, constante do *caput* do art. 20. Todavia, o voto do Ministro Carlos Velloso afastou a alegada inconstitucionalidade, com fulcro nos princípios constitucionais da ordem econômica insculpidos nos arts. 170 e 173 da CR/88. Em sentido favorável à inconstitucionalidade, tem-se FRANCESCHINI, *Introdução ao direito da concorrência*, 1996, p.37-9. Contrariamente à suscitada inconstitucionalidade, entendendo pela irrelevância do elemento subjetivo para a caracterização do ilícito concorrencial, e pela pertinência do efeito concreto do ato praticado. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.148. Ainda, GALÁN, Font. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, p.219-22.

caracterizado como infração. Se analisado em conjunto com algum inciso do art. 21, como o XXIII¹⁵³, por exemplo, que trata da “venda casada”, poderá ser caracterizada como ilícita uma conduta que não necessariamente implique algum dano efetivo à concorrência.

Isso porque, se um produtor que não possui posição dominante no mercado utiliza-se dessa prática em seu comércio (logo, enquadra-se no art. 21, XXIII), tem, certamente, por objetivo prejudicar a livre concorrência (logo, enquadra-se no art. 20, I), ainda que esse efeito não seja concretizado. Contudo, pela sistemática da legislação brasileira esse ato deverá ser punido, uma vez que o *caput* do art. 20 é claro ao configurar como infração à ordem econômica também as condutas que “tenham por objeto ou possam produzir” algum dos efeitos insculpidos em seus incisos, como foi o caso exemplificado.¹⁵⁴

Assim, ao invés de se ater a questões que, efetivamente, consistam em danos à concorrência, a lei acaba por abranger situações que necessariamente demandam do intérprete uma *razoabilidade* para a configuração do ilícito, fugindo, destarte, à meta original, que era, justamente, evitar interpretações particulares que subjetivem demasiadamente a defesa da concorrência.

Não se está aqui afirmando a necessidade de se vincular toda prática anticoncorrencial à configuração de uma posição dominante (por influência da legislação americana e européia), mas apenas ressaltando a existência de conceitos inseguros que foram inseridos na lei em comento, exigindo que o intérprete saia da mera leitura objetiva para analisá-la subjetivamente, sob perspectivas encontradas caso a caso.

Aludida característica foi palco de críticas da OECD quando da elaboração de Relatório¹⁵⁵ sobre a lei e a política de concorrência no Brasil, em 2005, no qual observou que:

[...] algumas das práticas enumeradas ou são fraseadas ambigualmente, ou não consideradas tradicionalmente como anticoncorrenciais (por exemplo, “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento

¹⁵³ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

XXIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

¹⁵⁴ Esse exemplo foi citado por Paula Forgioni, que criou uma situação análoga à ora trazida para concluir pelo subjetivismo de certos pontos da Lei n. 8.884/94. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.140-1.

¹⁵⁵ Fonte: <<http://www.cade.gov.br>>: *Relatório OECD 2005, Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*, acessado em 10 de abril de 2006.

normais aos usos e costumes comerciais”; “reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção”; ou “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”).

Entretanto, essa lacuna criada (acredita-se, inconscientemente) pelo legislador foi observada pelo ex-presidente do CADE Gesner Oliveira, que houve por bem publicar, em 1999, a Resolução n. 20, acompanhada de dois anexos que clarificavam as tipificações insertas nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, por meio de esclarecedoras diretrizes de reforço a esses dispositivos.

Aquele mesmo Relatório apontou, também, a questão tratada, anteriormente, sobre a falta de objetividade da lei ao expressar as condutas anticoncorrenciais, asseverando que, no Relatório efetuado no ano de 2000, “a formulação foi caracterizada como 'de certa forma pouco ortodoxa' porque não distingue expressamente entre atividades relevantes à proibição da lei a acordos restritivos e aquelas relevantes ao abuso de posição dominante”.¹⁵⁶

Visando a apurar e a entender todos os entraves mencionados acima, passar-se-á ao estudo minudente do texto legal brasileiro no que toca ao capítulo das infrações à ordem econômica, desenleando os principais tópicos que circundam a análise concorrencial das condutas dos agentes econômicos.

Analisar-se-ão, primeiro, os objetos e efeitos anticoncorrenciais enumerados pelo art. 20 da Lei n. 8.884/94, a fim de se entender, posteriormente, como as condutas listadas pelo art. 21 devem ser examinadas.

3.2.1 Disposições do art. 20 da Lei Antitruste brasileira

O **inciso I do art. 20** da Lei n. 8.884/94 considera infração à ordem econômica toda a prática que possa “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

A lei, portanto, inicia seu discurso repressivo abordando dois importantes postulados constitucionais previstos no art. 170 da CR/88: a livre iniciativa (fundamento) e a livre concorrência (princípio), este último chamado pelo Ministro

¹⁵⁶ Relatório OECD 2005, p.19.

Carlos Velloso de “viga mestra do sistema econômico”.¹⁵⁷ Os doutrinadores, contudo, discutem a necessidade de se fazer menção aos dois postulados de forma alternativa (*a livre concorrência* ou *a livre iniciativa*), uma vez que aquela seria decorrência lógica da observância desta. É dizer: a livre concorrência seria uma modalidade de ocorrência da livre iniciativa.¹⁵⁸

Partindo-se, então, dessa premissa, tem-se que observar o sentido da expressão *livre iniciativa* no contexto político-econômico atual, afastando-o daquele conceito do liberalismo clássico (*laissez-faire*) e vinculando ao liberalismo moderno, no qual a atuação estatal, longe de ser proibida, é até mesmo desejada. Entretanto, o papel assumido pelo Estado não é o de exigir certos comportamentos predeterminados ou de dominar a ação em setores da economia, mas de apresentar diretrizes de uma política pública que permitam a concreção dos ideais de justiça social preconizados nos arts. 1º e 170 da Carta de 1988.

Nos termos expostos, conclui FORGIONI:¹⁵⁹

Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública.

Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos.

Um último aspecto a ser observado é que, segundo os preceitos do *caput* do art. 20, cumulado com seu inciso I, qualquer ato praticado por um agente econômico que prejudique a livre

¹⁵⁷ Voto do Ministro Carlos Velloso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.094-8 DF.

¹⁵⁸ Observa Eros Roberto Grau que: “Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*. [...] Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico); a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência; b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.182 e 184.

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.230.

iniciativa ou a livre concorrência será considerado infração à ordem econômica, ainda que o agente não possua posição dominante no mercado.¹⁶⁰

O **inciso II do art. 20** determina ser infração à ordem econômica “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Complementando seu preceito, observa o § 1º desse mesmo artigo que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”.

Imprescindível, antes de analisar o conteúdo da regra contida no inciso em comento, entender o que significa a expressão “mercado relevante”¹⁶¹, cuja dominação visou a lei a impedir.¹⁶²

A expressão *mercado relevante*, como explica LEOPOLDINO DA FONSECA¹⁶³, é uma tradução literal do inglês – *relevant market*, que tem por objeto identificar o mercado pertinente, o mercado que interessa ao estudioso ou ao julgador, o mercado em causa – *marché en cause*.

Essa conceituação, mister explicitar, passa pela necessária identificação das relações concorrenciais de que participa o agente econômico, nas quais dois aspectos fundamentais devem ser, indissociavelmente, analisados: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material (ou do produto). Assim, considera-se *mercado relevante* a delimitação espacial e de produto (qualitativa) que se visa a estudar para se aferir comportamento de determinado agente econômico sob o prisma

¹⁶⁰ Isso representa, justamente, a crítica lançada por muitos doutrinadores à extensão dos preceitos do art. 20 da Lei n. 8.884/94, vista no começo deste item.

¹⁶¹ Acerca da importância da definição do mercado relevante no estudo de condutas anticoncorrenciais, a fim de se demonstrar o poder de mercado dos agentes, Posner e Landes explicitam: “The standard method of proving market power in antitrust cases involves first defining a relevant market in which to compute the defendant’s market share, next computing that share, and then deciding whether it is large enough to support an inference of the required degree of market power. Other evidence – for example, of the defendant’s profits, or of the ability of new firms to enter the market, or of price discrimination – may be presented to reinforce or refute the inference from market shares”. POSNER, Richard A., LANDES, William M. Market power in antitrust cases, *in*: GAVIL, Andrew I. *An antitrust anthology*. New York: Anderson Publishing, 1996, p.229.

¹⁶² Alerta-se o leitor, desde já, que o estudo do mercado relevante não esgotará todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, uma vez não ser este o objetivo deste trabalho, mas apenas fornecerá uma visão geral do conceito de mercado relevante e seus principais desmembramentos.

¹⁶³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.152.

concorrencial, bem como para se apurar o grau de concentração do mercado naquela circunscrição territorial e produtora.

Nos Estados Unidos, as Diretrizes para Análise de Fusões Horizontais (*Horizontal Merger Guidelines*), da *Federal Trade Commission*, assim denominaram o que entendem por mercado relevante:

[...] um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido em que uma hipotética empresa maximizadora de lucros não se sujeita a regulação de preços. O único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços sem que haja variação de preços nos outros produtos. O mercado relevante é aquele composto por um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o limite necessário para satisfazer este teste.

No Brasil, FORGIONI¹⁶⁴ atesta o significado de mercado relevante como sendo “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”.¹⁶⁵

Essa definição é relevante tanto para apurar o poder de mercado de determinados agentes, a fim de se definir a aferição de concorrência potencial e efetiva no mercado, quanto para determinar a existência ou não de barreiras à entrada de novos competidores naquele mercado. Sem essa definição, é impossível aplicar qualquer das hipóteses descritas no art. 20 da Lei n. 8.884/94.

Veja-se, então, o que se entende por *mercado relevante geográfico e mercado relevante material, ou mercado do produto*.

Mercado relevante geográfico pode ser entendido como a área na qual é envidada a concorrência relacionada à conduta que se aponta como infração. Esse mercado não pode ser

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.200.

¹⁶⁵ Assim como a *Federal Trade Commission*, também o CADE definiu o que entende por mercado relevante: “O mercado relevante constitui o espaço – em suas dimensões produto ou geográfica - no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. Mediante o “teste do monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (ou, a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo”. (Resolução n. 20/99, Anexo II, 2, 2.1).

aferido pela simples localização do agente econômico¹⁶⁶, mas sim pela natureza do produto e pelos consumidores que o irão adquirir.¹⁶⁷

Aponta SALOMÃO FILHO¹⁶⁸ para a importância da definição da dimensão geográfica do mercado, asseverando ser ela mais importante que o mercado relevante material, na medida em que é ela que pode ampliar o mercado a tal ponto que descaracterize a existência de poder de mercado naquela análise, mesmo que os índices de concentração no mercado originário sejam altos.

Ensina FORGIONI¹⁶⁹ como identificar um mercado relevante geográfico:

Identifica-se o mercado relevante geográfico como o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. Pode, então, ser compreendido como a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área, ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.

Outros fatores também são de primordial relevância para se determinar o mercado relevante geográfico que se pretende analisar. Dentre eles, encontram-se: a) os costumes dos consumidores, a fim de se determinar qual a distância o consumidor está disposto a se deslocar para adquirir outro produto similar¹⁷⁰; b) a incidência de custos de transportes, uma

¹⁶⁶ No caso *United States v. Columbia Steel Co.*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que “a Lei Sherman não está limitada a eliminar restrições cujos efeitos atinjam todo o país; mas, mesmo que o mercado relevante cubra uma área menor, a lei pode ser invocada para impedir desarrazoadas restrições nessa área”. No caso, contudo, do papel celofane da Sociedade *Du Pont*, o mercado relevante geográfico era todo o território nacional. Observa, nesse aspecto, Benjamin Shieber que: “[...] nos Estados Unidos qualquer área suficientemente grande para satisfazer aos requisitos constitucionais relativos ao efeito sobre o comércio interestadual pode ser o mercado relevante no tocante a violações das leis antitruste. Acreditamos deva ser a mesma regra no Brasil. Sob a lei n. 4.137, o CADE e os tribunais têm o poder de escoimar de qualquer parte do país os abusos do poder econômico e inclusive o de ‘dominar os mercados nacionais’. Não vemos razão porque este poder não possa ser usado nos mercados regionais, ou mesmo locais, em razão dos benefícios que esta lei pode e deve acarretar para a comunidade. Isto não é dizer que não cabe ao CADE, como órgão administrador da lei, escolher para ação, os abusos que aos seus membros pareçam mais sérios e mais danosos ao país inteiro ou a importantes regiões do país. Aquilo que queremos deixar bem claro é o fato de que o mercado geográfico relevante pode ser bem menor do que as áreas ditas grandes. Pode ser até mesmo a área de um município ou menor”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.46.

¹⁶⁷ Para Hovenkamp, “The size of the geographic market depends on the nature of the product and of the people who buy and sell it”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999, p.108.

¹⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.110.

¹⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.202.

¹⁷⁰ Veja-se, por exemplo, o caso de compra de pães. Certo é que o mercado relevante geográfico será sumamente local, restrito ao bairro do consumidor, uma vez que ninguém se desloca para bairros mais distantes para adquirir pães, até porque isso significaria um aumento indireto no preço desse produto.

vez que, dependendo da natureza do produto, o preço gasto em seu transporte pode inviabilizar a sua comercialização em áreas muito distantes; c) características dos produtos, haja vista a perecibilidade de alguns produtos, bem como a sua resistência ao transporte¹⁷¹; d) incentivos das autoridades locais, na medida em que certos subsídios governamentais tornam inteiramente distinta a concorrência de um mesmo produto em locais próximos¹⁷²; e e) existência de barreiras à entrada de novos competidores, com o escopo de se determinar se há ou não sujeição do mercado em causa à concorrência externa potencial.¹⁷³

Sobreleve-se que já atentava POSNER¹⁷⁴ para um aspecto de curial relevância na definição do mercado relevante geográfico: “a inclusão da produção de fabricantes situados em países estrangeiros não pressupõe nem implica a inclusão de todo o mercado nacional no 'mercado relevante'“. Para tanto, basta que as barreiras para o transporte dentro do país sejam mais elevadas que aquelas existentes no transporte internacional, excluindo produtores internos e incluindo produtores externos (internacionais).

Em resumo, pode-se entender como mercado relevante geográfico o espaço físico no qual se relacionam a oferta e a demanda, sem a interferência de barreiras externas (sejam barreiras à entrada de novos competidores, sejam barreiras criadas por incentivos governamentais), vinculado esse relacionamento a um mesmo produto (mercado relevante material) e às condições físicas com que a produção é ofertada nas mais diversas localidades.

O mercado relevante material, por sua vez, “é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos – levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles”.¹⁷⁵

¹⁷¹ Observe-se que produtos congelados e produtos frescos certamente possuem áreas de distribuição distintas entre si.

¹⁷² Um exemplo disso pode ser visto no caso *Banana Chiquita*, em que a Corte de Justiça Européia, ao delimitar o mercado relevante geográfico da atuação da empresa *United Brands*, excluiu os mercados italiano, inglês e francês, em decorrência de subsídios e apoios governamentais naqueles países, que tornavam completamente distinta a concorrência nesses setores.

¹⁷³ Esses dados foram retirados de FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.205-6.

¹⁷⁴ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. Market power in antitrust cases. New York: Harvard Law Review n. 94, 1981, p.963, *apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.112-3.

¹⁷⁵ SHIEBER, Benjamin M. O conceito de dominação dos mercados nacionais na lei antitruste. *Revista dos Tribunais*, v.338, a.52, p.27-39, dezembro 1963, p.27-39.

É de fundamental importância observar, quanto a este aspecto, a *fungibilidade* dos produtos para o consumidor. É dizer: se é possível e eficaz substituir aquele produto por outro, satisfazendo, de igual forma, a necessidade do consumo.¹⁷⁶

Alerta FORGIONI¹⁷⁷ para a dificuldade em se aferir essa *intercambialidade* dos produtos, sendo necessário valer-se da *presunção* de que dois ou mais produtos podem ser substituídos entre si quando, por exemplo, o preço de um aumenta acarretando, conseqüentemente, o aumento da procura pelo produto dito *similar* (é o que se chama de *elasticidade cruzada*¹⁷⁸).

SALOMÃO FILHO¹⁷⁹ entende ser necessária a análise dos *substitutos da demanda* e dos *substitutos da oferta*, a fim de se apurar o mercado relevante de determinado produto. Diante dessa perspectiva, há que se apurar o seguinte:

Ao se focalizar a questão na **demanda** (*substitutos da demanda*), há que se observar se o consumidor alternaria o produto consumido caso seu preço fosse aumentado. Embora pareça simples responder afirmativamente, inúmeros pontos têm que ser estudados ao se alcançar uma definição. Um deles é a qualidade do produto cujo preço foi aumentado. Não se pode olvidar que para alguns consumidores a diferença de preços entre produtos *iguais* pode ser afastada pela diferenciação na qualidade do produto que leva o consumidor a continuar a aquisição do produto mais caro.

¹⁷⁶ Vários exemplos são dados pela doutrina nacional e estrangeira para demonstrar a dificuldade em se aferir a fungibilidade necessária na análise de um mercado relevante material. Dentre eles, um caso interessante pode ser destacado para se demonstrar que nem sempre um produto é substituído por outro igual de outra marca. É o caso *United States v. E. I. Du Pont de Nemours e Co.*, 351 U. S. 377 – 1956. Nesse julgamento, a empresa *Du Pont* foi acionada por monopolizar o comércio de papel celofane, violando, por conseguinte, o § 2º do *Sherman Act*. A Suprema Corte norte-americana entendeu, contudo, que, não obstante existisse, de fato, certo monopólio da empresa *Du Pont* no mercado de papéis celofane, a finalidade desse produto não era única e insubstituível. Ao contrário, a utilização de outros produtos, com preços inferiores, supriria o mesmo fim do papel celofane, o que ampliaria o mercado relevante com relação ao produto para *papéis flexíveis de embalagem*, e descaracterizaria, portanto, o alegado monopólio.

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.208.

¹⁷⁸ Alerta Hovenkamp que o critério da elasticidade cruzada somente poderia ser utilizado, para fins de aferição de mercado relevante material, se os agentes econômicos estiverem praticando preços competitivos, uma vez que, do contrário, o aumento da demanda de um produto em decorrência do aumento de preço de outro significaria que está havendo um abuso de posição dominante por parte de uma empresa, impondo preços acima daqueles que seriam normais em um mercado concorrencial. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999, p.98 ss.

¹⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.104 e ss.

Outros exemplos podem ser obtidos ao se analisar hipóteses de *lock in* e *cluster market*. Naquele, o consumidor, embora tenha inúmeras opções ao adquirir um produto novo, restringe a oferta quando se trata da manutenção daquele produto, ou da aquisição de peças de reposição. Explica SALOMÃO FILHO¹⁸⁰ que o consumidor, “para ter acesso a concorrentes no mercado de manutenção e peças de reposição [...] deve comprar um novo equipamento”. O que se observa é que, não obstante a existência de mercado principal diversificado ofertando o mesmo produto novo, o mercado secundário é mais concentrado e acaba ligado intrinsecamente ao principal. Todavia, seja pela falta de informação completa do consumidor ou pela falta do poder de barganha deste quanto ao mercado secundário (no momento da aquisição do produto principal), é sumamente relevante observar-se a concentração nesses dois mercados, evitando-se o chamado *lock in*.

Já na hipótese de *cluster market* (ou *mercado agrupado*), o agrupamento dos produtos é que atrai o consumidor. Anote-se, a título de exemplificação, a aquisição de produtos em um supermercado. Certo é que alguns desses produtos, como verduras e legumes, seriam encontrados por preços inferiores se adquiridos em locais especializados, em feiras de rua, ou, no caso de carnes, açougues de bairro.

Contudo, o que se apresenta atrativo para o consumidor é justamente a possibilidade de adquirir todas suas necessidades/vontades em um só local, economizando tempo e, até mesmo, combustível com deslocamento. Para esses casos, o consumidor aquiesce em pagar preço superior para ter a comodidade de encontrar suas compras gerais concentradas em um mesmo estabelecimento, ao invés de buscar os menores preços em lugares distintos. Ensina SALOMÃO FILHO¹⁸¹ que esse não é o exemplo mais comum de *cluster market*. Em verdade, a noção de *mercado agrupado* surge da necessidade de se agregar mercados, e não em desagregá-los. Assim, deve-se considerar a cesta de produtos ofertados como um produto único, definindo-se o mercado relevante pelo conjunto de todos os produtos, e não pelos produtos isolados.¹⁸²

¹⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.105.

¹⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.107.

¹⁸² Isso levaria a uma redução do poder de mercado, haja vista que este é maior quanto menor for o mercado relevante.

No que concerne à questão dos *substitutos da oferta*, a questão do mercado relevante do produto é analisada sob a perspectiva da possibilidade de novos agentes ingressarem naquele mercado. Tal possibilidade é aferida não apenas pela capacidade produtiva de novos competidores direcionarem sua produção para o produto em causa, mas também pela existência de barreiras à entrada de novos agentes.

Concluindo o tema, veja-se que o próprio CADE, por intermédio de sua Resolução n. 15/98, já definiu o que entende por mercado relevante geográfico e de produto:

MERCADO(S) RELEVANTE(S) GEOGRÁFICO(S). Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

MERCADO (S) RELEVANTE(S) DO(S) PRODUTO(S) Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

Assim, verifica-se que a definição de um mercado leva em consideração não apenas os concorrentes presentes, mas também os futuros agentes de mercado que poderão atuar naquele ramo, além da possibilidade de substituição daquele produto por um similar.

Uma vez entendido o conceito de mercado relevante aposto no inciso II do art. 20 da Lei n. 8.884/94, voltar-se-á à análise desse dispositivo.

Tem-se que se entender o inciso II citado como sendo norma que impede não o desenvolvimento eficiente das empresas no mercado¹⁸³, obtendo com isso a conquista de posição importante, mas sim a dominação de mercado que decorra de práticas abusivas e prejudiciais à concorrência e à livre iniciativa. A tendência de um agente ao dominar o

¹⁸³ Para Calixto Salomão Filho, o que se pretende é restringir a defesa da eficiência, e não ampliá-la: “O ganho de mercado só é admissível quando decorrer de um melhor desempenho econômico, e *não* de uma conduta ilícita. Conseqüentemente, ganhos de produtividade não podem ser utilizados para justificar condutas ilícitas” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.144.

mercado relevante é tornar-se, ou visar tornar-se, monopolista naquele ramo, o que lhe conferiria poderes para agir em detrimento dos princípios balizadores da ordem econômica.

FORGIONI¹⁸⁴ resume bem esse aspecto ao explicitar que o domínio de mercado relevante propicia ao agente “a detenção de poder econômico suficiente para assegurar o comportamento independente e indiferente em relação aos demais agentes”.

Conclui-se, assim, que o *domínio de mercado relevante* fustigado pelo inciso II do art. 20 somente será visualizado se implicar restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa, uma vez que a simples eficiência do agente em alcançar posição de destaque, sem com isso causar qualquer dano a outrem, não é considerado ato ilícito.¹⁸⁵

Note-se, portanto, que a eficiência descrita no § 1º do art. 20 consiste, justamente, em não produzir efeitos anticoncorrenciais. Visou esse dispositivo a premiar a eficiência do agente, bem como o crescimento interno que tenha efeito pró-concorrencial. A eficiência desse preceito “é mais um elemento que permite descaracterizar a materialidade do delito que propriamente uma justificativa para o ato anticoncorrencial”.¹⁸⁶

Todavia, SALOMÃO FILHO¹⁸⁷ faz uma importante indagação: Qual o sentido da expressão “dominação dos mercados”, vislumbrada tanto no inciso II do art. 20 quanto no § 4º do art. 173 da CR/88?

A resposta a referido questionamento foi por ele analisada sob a ótica econômica e jurídica, tendo ele concluído que, para fins da Lei n. 8.884/94, não restariam dúvidas de que teria sido adotada a teoria da incipiência, segunda a qual “dominação de mercado haverá toda vez que existir risco de limitar a concorrência do mercado em seu sentido institucional, isto é, reduzir a escolha do consumidor”.

¹⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.344.

¹⁸⁵ Observa Calixto Salomão Filho que “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. 20, § 1º, da lei 8.884/1994 – como excludente da ilicitude” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.143-4.

¹⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.147.

¹⁸⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.118 e ss.

Sintetiza, então, SALOMÃO FILHO¹⁸⁸ que:

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. 20, II) a mera limitação à concorrência de qualquer gênero (art. 20, 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 em lei.

A teoria da incipiência constitui exatamente a base teórica para essa segunda interpretação. Através de sua aplicação a limitação à concorrência torna-se uma forma de esclarecer e estabelecer os limites da expressão 'dominação do mercado'.

O **terceiro inciso do art. 20** aponta que o aumento arbitrário¹⁸⁹ dos lucros também configura infração à ordem econômica. A leitura dessa norma, contudo, causa estranheza quando vislumbrada somente sob o aspecto imediato da livre concorrência.

Em verdade, a regra contida no inciso III em comento tem vinculação direta com o princípio da defesa do consumidor, também inserto no art. 170 da CR/88 como base da ordem econômica e financeira nacional. Explica-se:

Não tem origem norte-americana a disposição que considera infração à ordem econômica o *aumento arbitrário dos lucros*. Isso porque a legislação antitruste desenvolvida nos EUA¹⁹⁰ tem como fim único a defesa da concorrência, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no Brasil e na Europa, cujo fim é a repressão ao abuso do poder econômico, no qual se encontra inserida, mas na qual não se exaure, a defesa da concorrência.

A orientação legislativa adotada no Brasil tem como paradigma o Tratado da Comunidade Européia, que estabelecia, em seu antigo art. 86, § 1^o¹⁹¹, ser vedada a imposição

¹⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.122.

¹⁸⁹ Sobre o sentido da palavra *arbitrário*, Calixto Salomão Filho explica: “Evidentemente, *arbitrário* é só aquele aumento que decorre de abuso de posição dominante. Se esse não se verificar, ou o aumento dos lucros decorrer da própria eficiência econômica, não será, então, arbitrário ou, então, não acontecerá em absoluto. Com efeito, o agente econômico eu, sem dominar o mercado, procurar elevar seus lucros através de aumento de preços ou estratégia equivalente perderá mercado sem conseguir aumentar seus lucros” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.220.

¹⁹⁰ Qualquer conduta nesse sentido, se não implicar violação à concorrência, não é julgada pelas autoridades antitruste, mas sim pela Justiça “Comum”. Nesse sentido, Hovenkamp: “Courts generally agree that if conduct is rational (that is, profit maximizing) only on the premise that it will destroy competition, then it should be condemned” HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999, p.248.

¹⁹¹ Hoje, a norma é vislumbrada no art. 82, (a), do *Tratado de Roma*, confira-se: “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

de preços não eqüitativos.¹⁹² Todavia, não é inovação da CR/88 a menção a essa repressão ao aumento arbitrário dos lucros, valendo lembrar que desde a Constituição de 1946 já havia a preocupação do legislador em proteger a ordem econômica desses lucros arbitrários. Esse posicionamento repetiu-se na Carta de 1967, refletindo-se, por conseguinte, também na legislação ordinária, tanto a que precedeu a Lei Fundamental de 1946, como se vê no Decreto-lei n. 7.666/45, quanto a que sucedeu essa mesma constituição, cujo exemplo é a Lei n. 4.137/62.

Sobreleve-se ser de certa forma estranho ao ideal (puro e simples) de proteção à concorrência vedar a obtenção de lucros (ainda que excessivos) por parte dos agentes do mercado, uma vez que um ganho nesse sentido poderia significar o bom desenvolvimento dessa área mercadológica, o que atrairia, por conseqüência, novos agentes (concorrentes) para esse mercado, favorecendo, assim, o bom e visado desenvolvimento da concorrência.¹⁹³

Entretanto, sob o prisma da proteção ao consumidor (art. 170, V, da CR/88), o aumento arbitrário de lucros poderia significar um respectivo aumento de preços, tal como entendido no Direito europeu (*imposing selling prices*), o que originaria prejuízos para os consumidores.¹⁹⁴ Dessarte, partindo-se da premissa de que o ponto nodal na proteção da ordem econômica não é a defesa restrita da concorrência, mas sim a repressão ao abuso do poder econômico, entender-se-á a importância do resguardo do consumidor, elemento fundamental para a manutenção de uma economia ponderada.

(a) directly or indirectly **imposing** unfair purchase or **selling prices** or unfair trading conditions. [...]" (sem grifos no original).

¹⁹² Sobre o tratamento do tema na Comunidade Européia, importante observar a lição de Richard Wish, que analisa a questão como um *exploitative price* e relata a dificuldade das autoridades antitruste européias em visualizar a ocorrência do art. 82, (a), do *Tratado*, seja por não serem órgãos de regulação de preços, seja pela dificuldade em aferição do que seria, em verdade, um preço excessivo para determinado produto. Esse papel incumbe a agências reguladoras de setores específicos, e não às autoridades antitruste. Veja-se: "However as a general proposition competition authorities are not keen to establish themselves as price regulators: where prices are high there may be a need for a bespoke regulator, for example where utilities such as telecommunications or water companies are privatized and yet retain a position of monopoly or near monopoly. [...] Furthermore, even if a competition authority wishes to intervene to control prices, it is not easy to decide when a price is excessive for these purposes". WISH, Richard. *Competition law*, 5th edition, Lexis Nexis, 2003, p.195.

¹⁹³ Alerta Paula Forgioni, contudo, no sentido de que os lucros somente atraem a concorrência se não há barreiras à entrada: "Por óbvio, os altos lucros atraem agentes econômicos, incentivados que são pela possibilidade de ganhos. Costuma-se dizer que esses agentes estão prontos a alçar vôo, para entrar naquele setor da economia (*in the wings*). Onde há lucros, se não houver elevadas barreiras à entrada, a concorrência potencial tende a transformar-se em efetiva" FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.235.

¹⁹⁴ Adota-se aqui um conceito amplo de *consumidor*, sem adentrar na discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a destinação final a ser dada ao bem consumido, se para uso próprio ou para o trabalho. Entender-se-á, para o Direito da Concorrência, em conformidade com a corrente maximalista, abrangendo todos que adquirem produtos ou serviços.

Exclusivamente sob o ponto de vista concorrencial, o aumento arbitrário de lucros poderia ser entendido em mercados sumamente concentrados, nos quais da prática de cartéis decorreria a imposição de preços excessivos e desproporcionais ao mercado. Há como ser visualizado, outrossim, em situações de monopólio, nas quais a intervenção das autoridades antitruste é fundamental para frear o natural abuso do poder econômico.¹⁹⁵

É, contudo, importante observar a necessária separação entre abuso do poder econômico e lucro de monopólio, para não confundir as diferentes figuras existentes nos incisos II e III do art. 20. Explica SALOMÃO FILHO¹⁹⁶ que a intenção do legislador¹⁹⁷ ao editar as regras aludidas em incisos apartados foi 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, algumas das quais dispostas no art. 21”.

FORGIONI¹⁹⁸ dá um último exemplo em que o aumento arbitrário de lucros previsto pelo inciso III do art. 20 da Lei n. 8.884/94 é visto como infração à livre concorrência e à livre iniciativa. É o caso do “franqueador que auferir lucros excessivos pela imposição de cláusulas restritivas da concorrência a seus franqueados”.

Define-se, portanto, a proteção do inciso III como sendo não apenas à livre iniciativa (e, por conseguinte, à livre concorrência), mas também ao consumidor, ambos preconizados pelo art. 170 da Carta de 1988, aquele como fundamento, este como princípio.

¹⁹⁵ SAN TIAGO DANTAS, F.C. de. Preço uniforme do açúcar para todas as usinas do país. In: *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.97.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato também associa a figura do *aumento arbitrário dos lucros* à idéia de monopólio natural ou de fato. COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.382-3.

¹⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.220.

¹⁹⁷ A própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 3.712, que se transformou na Lei n. 8.884/1994, expõe essa situação: “Impor preços excessivos, desde 1962, é considerada 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 que sejam atualizados tais conceitos, utilizando-se a expressão mundialmente consagrada ‘posição dominante’ em lugar dos termos utilizados na lei de 1962, ‘condições monopolísticas’ e ‘monopólio de fato’, que significam praticamente a mesma coisa, e que seja 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, p.14-15, *apud* SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.220.

¹⁹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.239.

Finalmente, o **inciso IV do art. 20** estabelece como infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. Visando a evitar conflitos conceituais na doutrina e jurisprudência, a própria lei já estabelece o que se entende por posição dominante, asseverando ser ela o controle de parcela substancial de mercado relevante por uma empresa ou por um grupo de empresas¹⁹⁹, na condição de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (§ 2º). Essa posição específica é presumida quando a empresa, ou grupo de empresas, controla 20% (vinte por cento) de parcela substancial²⁰⁰ do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (§ 3º).

Há que se entender, primeiramente, o que considerou a legislação, então, como posição dominante, a fim de se compreender o que visou ela a punir como sendo abusivo.

Possui domínio de sua posição no mercado a empresa, ou grupo de empresas, que pode agir de forma independente dos outros agentes econômicos, sem que isso afete sua capacidade de mercado. A idéia da posição dominante está intrinsecamente ligada à de poder econômico, caracterizado por CARVALHOSA²⁰¹ como sendo “a capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais do mercado”.

Visualiza-se que uma empresa detém poder de mercado na medida em que ela, não obstante esteja concorrendo no plano econômico com outros agentes, não sofre influência dessa concorrência em suas atitudes, tendo a independência suficiente para determinar suas próprias regras sem ter que se preocupar em acompanhar as tendências de seus “adversários”.

¹⁹⁹ Ao mencionar grupo de empresas, a lei não necessariamente faz alusão a um grupo econômico formal, desenvolvido sob o prisma do Direito Empresarial, por exemplo. A intenção do legislador foi abarcar quaisquer agrupamentos, ainda que *de fato*, e não *de direito*, que gerem poder econômico excessivo para um sujeito, mesmo que este, no mercado em causa, não seja, sozinho, relevante, independente. No Direito Europeu, denominou-se tal fato de *unique economic entity*.

²⁰⁰ Note-se que a lei, ao dispor sobre a *parcela substancial* do mercado, traz imbuída a idéia da necessidade de se comparar os percentuais detidos pelos demais agentes econômicos do mercado, e não apenas lançar aleatoriamente um percentual, uma vez que se sabe que em alguns mercados deter 20% do *market share* não significa necessariamente deter *market power*, bem como deter 10% de parcela do mercado não acarreta à conclusão única de que a empresa não detém poder de mercado. Tudo varia em conformidade com a característica do mercado, que determinará se o agente possui ou não indiferença ou independência em relação aos demais competidores.

²⁰¹ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder econômico – a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p.2.

Diz FORGIONI²⁰² que esse agente econômico detentor de posição dominante atua de forma indiferente à existência ou comportamento de outros agentes, sendo a posição dos pequenos competidores a de mera sujeição às regras ditadas pelo dominante.

Para KORAH²⁰³, a posição dominante também significa que o agente detentor desse poder comporta-se de forma diferente dos demais agentes do mercado, na medida em que logra poder se arriscar de forma excessiva (como não faria em outras situações) sem que, em caso de eventual insucesso de sua tentativa, perca qualquer parcela significativa do mercado. Nem mesmo um *erro estratégico* é capaz de lhe fazer ser *penalizado* pelos outros agentes.

Lembra LEOPOLDINO DA FONSECA²⁰⁴ que o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias definiu o que entendia por posição dominante nos casos *Continental Can Company Co*²⁰⁵. v. *Comissão* e *United Brands v. Comissão*²⁰⁶, tendo em ambas as decisões apontado como a característica cerne dessa posição dominante a *independência* do

²⁰² Observa Paula Forgioni que a empresa dominante no mercado passa a ter atuação monopolista, não obstante não seja a única a figurar naquele determinado mercado relevante. Isso se deve ao fato de que não possui esse agente preocupação com as diretrizes tomadas pelos seus competidores, agindo como se fosse, na teoria, o único a existir e coordenar aquele setor da economia. Isso poderia implicar uma atuação pouco satisfatória dessa empresa, na medida em que não a levaria a melhorar a qualidade de seus produtos, a reduzir seus preços, a incrementar o atendimento ao público etc., além de lhe possibilitar influenciar práticas de outros agentes que estes, sozinhos, não empreenderiam. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.267-9.

²⁰³ KORAH, Valentine. Concept of a dominant position within the meaning of article 86. *Common Market Law Review*, v.17, n.3, 1980, p.395-414.

²⁰⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.150-2.

²⁰⁵ Questão n. 72/21/CEE – 9 de dezembro de 1971. *Continental Can Company, Inc. (Continental), Europemballage Corporation (Europemballage) et Schmalbach-Lubeca – Werke AG (SL W)*: “Considerando que empresas estão em posição dominante quando têm uma possibilidade de comportamentos independentes que as coloca em condição de agir sem levar em conta concorrentes, compradores ou fornecedores; que tal ocorre quando, em razão de sua participação no mercado, ou de sua quota de mercado em ligação notadamente com a disposição de conhecimentos técnicos, de matérias-primas ou de capitais, elas têm a possibilidade de determinar os preços ou de controlar a produção ou a distribuição quanto a uma parte significativa dos produtos relevantes; que esta necessidade não deve necessariamente provir de uma dominação absoluta que permita às empresas que a detenham eliminar toda vontade oriunda de seus concorrentes econômicos, mas que basta que ela seja suficientemente forte no conjunto para assegurar a estas empresas uma independência global de comportamento, mesmo que existam diferenças de intensidade nos diferentes mercados parciais”.

²⁰⁶ Questão 27/76, 14 de fevereiro de 1978. *United Brands Company et United Brands Continental BV v. Comissão des Communautés européennes*: “A posição dominante mencionada pelo art. 86 refere-se a uma posição de poder econômico detida por uma empresa que lhe dá o poder de obstaculizar uma concorrência efetiva no mercado relevante fornecendo-lhe a possibilidade de comportamentos independentes numa medida apreciável perante seus concorrentes, clientes e, finalmente, consumidores. A existência de uma posição dominante resulta em geral da reunião de fatores, que, tomados isoladamente, não seriam necessariamente determinantes. Um operador não poderia deter uma posição dominante no mercado de um produto a menos que tenha chegado a dispor de uma parte não negligenciável deste mercado. Não é, contudo, necessário que uma empresa tenha eliminado toda possibilidade de concorrência para estar em posição dominante”.

agente no mercado, não pela exclusão ou inexistência de outros competidores, mas pela força possuída pelo dominante para não ser influenciado pelos comportamentos dos demais sujeitos.

Entendido, portanto, o que é deter uma posição dominante no mercado (*independência, indiferença e ausência de riscos*), é de curial relevância destacar que não é a ocupação ou o “uso” da posição dominante que acarreta infração à ordem econômica. Explicita, para tanto, o inciso IV do art. 20 que o que visa o direito a coibir é o **abuso** dessa posição, e não a mera detenção de qualquer poder. Nessa senda, claro também é o § 1º do mesmo art. 20, que exclui da horda dos infratores aqueles agentes que alcançaram uma posição dominante como fruto do processo natural de maior desenvolvimento, culminando em maior eficiência.

Contudo, alerta FORGIONI²⁰⁷ para a dificuldade em se apurar qual seria o limite entre o “uso” e o “abuso” dessa posição dominante, mormente considerando que o Direito Antitruste é sumamente maleável.

Uma corrente vinculada ideologicamente à Escola de Chicago entende que o critério a ser utilizado nessa diferenciação deve basear-se na *eficiência econômica* dos agentes. Aqueles menos eficientes seriam naturalmente excluídos do mercado, sendo esse o fim da legislação antitruste.²⁰⁸

Para outros doutrinadores, a questão deveria ser resolvida no âmbito dos princípios gerais do direito, mais especificamente no que concerne ao *abuso do direito*.

Segundo essa corrente, o direito que estaria sendo abusado não seria a detenção de poder econômico (a qual se encontra no mundo dos fatos), mas sim o direito à liberdade econômica, à liberdade de iniciativa e à liberdade de concorrência (em resumo, os direitos previstos na Carta Magna atinentes ao sujeito da ordem econômica).

²⁰⁷ “Lembre-mos, no entanto, que a concorrência, ainda que lícita, prejudica alguns agentes econômicos. Qual é, então, o limite que indica a licitude do prejuízo causado? Até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico? Como diferenciar a concorrência vigorosa da prática abusiva? Ou, como diz Machlup: ‘In the absence of a book of rules, how can we decide whether a fight is fair or foul?’” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.274.

²⁰⁸ MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly – business, labor and government policies*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952, p.102.

Sob alternado prisma, a utilização correta do poder de mercado auferido pelo agente não seria abuso de nenhum direito, mas, ao contrário, a concretização do direito do agente de participar livremente do mercado. Se há, todavia, abuso desse direito, o infrator estaria contrariando as liberdades acima citadas, transgredindo direitos constitucionalmente assegurados.

A solução adotada pelos adeptos dessa segunda corrente apenas serviria para enquadrá-la na teoria geral do direito, sujeitando-a, por conseguinte, às normas que regem essas obrigações.²⁰⁹

Ressalte-se, contudo, que essa discussão não logrou êxito dentre os principais estudiosos do Direito Antitruste atual. O que se preferiu, com acerto, foi mesclar as duas tendências citadas, vislumbrando a *repressão ao abuso de direito* como um princípio, do qual se dispersam regras e normas que regerão o ordenamento jurídico pátrio em todos seus aspectos, não apenas privatista, mas também concorrencial, garantindo as liberdades do art. 170 da CR/88 e os direitos de ordem privada abarcados pela legislação pátria.²¹⁰ Mantém-se, contudo, a divergência sobre o que seria *usar* e *abusar* do poder econômico, ponto este cambiante em conformidade com o mercado, seus agentes, o produto em análise, a época vislumbrada etc.

Finalmente, no que toca ainda ao art. 20 da Lei n. 8.884/94, é relevante observar que para as hipóteses envolvendo condutas que o infrinjam (ou seja, condutas que não envolvam atos de concentração) a multa mínima a ser imputada ao infrator é de 1% de sua receita **bruta**²¹¹ obtida no ano anterior, desde que a quantia calculada não seja menor do que o ganho realizado com a infração. Já a multa máxima é de 30% da receita também bruta do ano anterior (art. 23²¹², inciso I). Os administradores individuais responsáveis pela conduta

²⁰⁹ Paula Forgioni faz uma crítica a essa postura, lembrando que “a doutrina do ‘abuso de direito’ vem impregnada de um inegável ranço privatístico. Por exemplo, Pontes de Miranda afirma ferimentos, que os direitos se fazem. Ora, não toca ao direito antitruste a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do *mercado*. Não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.278.

²¹⁰ Nesse sentido, RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p.149, 1991.

²¹¹ A lei não especifica se a renda bruta deve ser determinada em referência ao faturamento global do representado ou somente ao faturamento gerado por vendas no mercado brasileiro afetado pela infração. O CADE normalmente utiliza o critério de faturamento global. Todavia, já se vislumbraram decisões em que se adotou como parâmetro o faturamento nacional, como no caso do cartel de linhas aéreas Rio-São Paulo.

²¹² Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

infratora também podem ser multados, em quantia que varia entre 10% a 50% da multa da empresa (art. 23, inciso II). As associações e outras entidades que não participam de atividades comerciais, ou para as quais a receita bruta não é critério apropriado para a fixação de multa, podem ser multadas de 6.000 a 6 milhões de UFIRs (art. 23, inciso III). As multas por reincidência são dobradas (art. 23, parágrafo único).

Além das penalidades de cunho financeiro acima mencionadas, determina a Lei n. 8.884/94, em seu art. 24²¹³, outros tipos de pena que podem ser impostos ao infrator que se enquadrar nas disposições do art. 20 dessa lei, isolada ou cumulativamente, dependendo da gravidade dos fatos ou do interesse público geral. Essas penas variam entre publicação do extrato da decisão condenatória (em jornal indicado na decisão, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas – inciso I), proibição de contratar com instituições financeiras e órgãos públicos (por prazo não inferior a cinco anos – inciso II), inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (inciso III), recomendações no sentido de quebra de patentes e inviabilidade de parcelamento de dívidas fiscais (inciso IV) e cisão da sociedade, ou qualquer outro ato que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica.

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. *(Incluído pela Lei n. 9.069, de 29.6.95)*

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

²¹³ Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

3.2.2 Preceitos gerais contidos no art. 21 da Lei n. 8.884/94

Uma vez submetido a exame o art. 20 da Lei n. 8.884/94, que inaugura o capítulo sobre as infrações à ordem econômica, prosseguir-se-á o estudo das condutas restritivas da concorrência adentrando-se nos preceitos insculpidos no art. 21²¹⁴ da mesma lei.

²¹⁴ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

Contudo, relativamente a esse artigo, não se promoverá uma inspeção particularizada de cada conduta ali exemplificada, mas sim uma análise conjunta dessas condutas, a fim de enquadrá-las, posteriormente, nas definições de “restrições verticais” e “restrições horizontais” fornecidas pela Resolução n. 20/99 do CADE.

Ponto relevante a ser observado quando se propõe o estudo do art. 21 é vislumbrar as suas características gerais, antes de se adentrar na tipificação das condutas arroladas em seus incisos.

Inicialmente, cumpre destacar que a enumeração de atos feita pelo legislador nesse dispositivo é de caráter meramente exemplificativo (*numerus apertus*), não possuindo o legislador a intenção de esgotar todas as variáveis econômicas que podem desencadear condutas anticoncorrenciais.

Além disso, questão importante a ser observada cinge-se na estreita conexão entre as descrições comportamentais feitas no art. 21 e as hipóteses enumeradas pelo art. 20. Consoante preceitua o *caput* do art. 21, as condutas nele descritas somente caracterizarão infração da ordem econômica se configurarem alguma das hipóteses descritas no art. 20 e seus incisos. Depreende-se dessa afirmação ser possível que um agente econômico adote uma das posturas exemplificadas no art. 21 sem que isso caracterize infração à ordem econômica, o que ocorrerá quando nenhum dos objetivos ou efeitos previstos no art. 20 for visualizado.

Por fim, impende observar que “a descrição feita pelo legislador é **constituída** como integrante de tipos de infração, ou seja, o legislador converte aquelas descrições feitas nos incisos em infrações”.²¹⁵ Isso é feito quando, no *caput* do artigo, o legislador utiliza uma linguagem *prescritiva constitutiva* para conceder efeito de norma aos exemplos utilizados nos incisos (nos quais a linguagem é meramente *descritiva*).

Assinalar-se-ão, portanto, ainda que sucintamente, essas condutas descritas pela Lei Antitruste brasileira.

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

²¹⁵ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.160.

O rol de práticas anticoncorrenciais enumeradas pelo art. 21 da Lei n. 8.884/94 engloba vários tipos de acordos verticais e horizontais²¹⁶, além de abusos unilaterais de poder de mercado. Relativamente aos acordos horizontais, a enumeração feita abarca conluio entre concorrentes, incluindo divisão de mercados, acordos para fixação de preços ou condições de venda, manipulação da oferta e limitação de pesquisa e de desenvolvimento. Os acordos verticais listados incluem imposições sobre preço de revenda e outras restrições que afetam as vendas a terceiros (incluindo limites para volume de vendas e margens de lucro), assim como discriminação e subordinação de preços.

Em relação à conduta unilateral, o artigo especifica várias ações para excluir ou colocar em desvantagem novas empresas concorrentes ou empresas rivais já existentes, incluindo recusas em manter relações comerciais e limitações ao acesso às fontes de insumo ou aos canais de distribuição. Outras práticas unilaterais citadas no art. 21 são ações para impor condições e termos contratuais não-razoáveis, impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual, vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo, descontinuar a produção ou outras atividades comerciais sem justa causa, utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, açambarcar ou destruir matérias-primas e produtos intermediários ou acabados (incluindo produtos agrícolas), exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados à produção ou à distribuição e impor preços abusivos ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Infere-se, desse modo, que extensa é a listagem trazida pelo legislador a título exemplificativo, sendo certo, contudo, que todas essas condutas demandam uma análise das condições mercadológicas em que se inserem, no intuito de abordar sempre situações comparáveis entre si, localizadas em uma mesma realidade política²¹⁷, geográfica e material.²¹⁸

No item seguinte, adentrar-se-á na conceituação de expressões amplamente utilizadas no presente tópico, tais como acordos e restrições verticais e horizontais, apontando o surgimento dessas expressões nos textos normativos pátrios e estrangeiros, bem como seu

²¹⁶ A conceituação de restrições verticais e horizontais decorrentes de acordos entre agentes econômicos será vista no próximo item.

²¹⁷ Por realidade política quis abordar-se a questão da ausência de incentivos governamentais e subsídios para regiões e produtos específicos, os quais descaracterizariam o objeto sob análise como ponto de comparação com outros mercados.

²¹⁸ Aqui, torna-se relevante fazer menção ao conceito de mercado relevante (geográfico e material) visto outrora, para que se compreenda o sentido da expressão “mesma realidade” utilizada no texto.

significado e características principais. Focar-se-á o desenrolar da questão, entretanto, nas restrições verticais, uma vez que é nelas que se encontram as chamadas “cláusulas ou acordos de exclusividade”, cerne do presente estudo.

3.3 Práticas restritivas da concorrência

A Resolução n. 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, visando a esclarecer a extensão e a aplicabilidade dos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, detalhou, em seus anexos, considerações sobre as vergastadas infrações à ordem econômica, atendendo, conforme expressamente alertado em seu texto, aos termos do inciso XVIII do art. 7^o²¹⁹ da Lei citada.

Essa Resolução é de suma relevância para a legislação antitruste brasileira, não apenas por conter, em seu Anexo II, os passos básicos da análise de práticas restritivas (padronizando, assim, os procedimentos adotados pelo CADE quando do julgamento de condutas e atos de concentração, o que, conseqüentemente, aumenta a segurança jurídica dos agentes), mas por consagrar, logo no preâmbulo de seus anexos, a utilização da regra da razão²²⁰ na interpretação de questões concorrenciais no Brasil.

Uma análise perfunctória dessa Resolução e de seus Anexos resumiria da seguinte forma o seu objetivo e conteúdo:

A finalidade da Resolução n. 20/99 é dispor sobre o Processo Administrativo a ser julgado pelo Plenário do CADE. Para tanto, essa Resolução determina, em seu art. 1^o, que os interessados deverão instruir aquele processo com os elementos necessários à convicção dos

²¹⁹ “Art. 7^o Compete ao Plenário do CADE:

[...]

XVIII – instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica”.

²²⁰ Nesse sentido, a Resolução n. 20/99 assim dispõe, na parte de seus “Anexos”: “A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua **razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dele decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.**”

As definições e classificação contidas no Anexo I não exaurem o universo de práticas que, em determinadas circunstâncias, podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Os passos básicos na análise de práticas restritivas do Anexo II, da mesma forma, servem tão-somente para explicitar o roteiro de critérios adotados pelo CADE.

Ambos os Anexos contribuem, dessa forma, para instruir o público acerca das infrações à ordem econômica nos termos do inciso XVIII do art. 7^o da lei 8884/94”. (sem grifos no original)

conselheiros. Visando a orientar, então, os interessados acerca de quais os principais documentos e dados que deverão constar na documentação que instrui o Processo Administrativo, a Resolução traz em si dois anexos, definindo e classificando as práticas restritivas (Anexo I), e apontando os critérios básicos para análise dessas práticas (Anexo II). Esses anexos estabelecem um esquema padrão de análise para práticas restritivas. O Anexo I contém definições de práticas anticoncorrenciais classificadas nas categorias horizontal e vertical, ao passo que o Anexo II elabora essas questões, esquematizando os “critérios básicos na análise de práticas restritivas” e descrevendo os passos específicos a serem seguidos, como se fosse uma espécie de *manual*.

O Anexo I, portanto, estabelece uma distinção primeira (utilizada mundialmente) relativamente às condutas e atos que se apresentarão para análise: classifica-os na denominação de práticas restritivas *horizontais* e *verticais*, trazendo o entendimento do CADE sobre a definição conceitual de cada uma.²²¹ Segundo esse anexo, uma descoberta de ilegalidade tanto de restrições horizontais quanto de restrições verticais envolve estabelecer “a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, assim como o efeito numa participação substancial do mercado que seja o alvo de tais práticas”.

Dentre as restrições horizontais, a Resolução enquadra os cartéis, outros acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e os preços predatórios, sem afastar, contudo, outras situações que porventura venham a ser verificadas, transparecendo o caráter puramente exemplificativo dessa enumeração.

Desde já, a Resolução traz alguns aspectos principais que são considerados quando do julgamento das restrições horizontais assinaladas:

- (a) Com relação aos cartéis, define-os como sendo “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante”, e indica em que situações são esses acordos vislumbrados: preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial. Aponta, ainda, que o alto grau de concentração do mercado, a existência de barreiras à entrada de novos competidores, a homogeneidade dos produtos e dos custos, e as condições estáveis de custos e de demandas são fatores que favorecem a caracterização de cartéis;

²²¹ Os conceitos de restrições horizontais e verticais serão analisados no item seguinte.

- (b) No que concerne a outros acordos entre empresas, entende que estes podem ser caracterizados por ajustes que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca de maior eficiência – em especial, eficiência produtiva e tecnológica. Observa a Resolução que nestes casos a análise da razoabilidade da conduta deve ser mais detida, uma vez que algumas eficiências econômicas podem ser vislumbradas nesses acordos;
- (c) No que tange aos ilícitos de associações profissionais, são eles definidos como sendo “quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços”;
- (d) No atinente aos preços predatórios, este é conceituado como sendo “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. A caracterização desse ilícito requer, contudo, uma análise detida das condições efetivas dos custos tidos pelos produtos, bem como do comportamento dos agentes ao longo do tempo, com o escopo de evitar punições por práticas que representem, simplesmente, políticas comerciais da empresa ou atitude sazonal. Exemplo disso é a chamada “queima de estoque” por parte de fabricantes, que, visando a evitar maiores prejuízos com o possível perecimento de alguns produtos, decidem vendê-los por preços inferiores ao custo médio, reduzindo, assim, a margem negativa final em seu balanço financeiro.

No item seguinte, o Anexo I da Resolução n. 20 descreve o que entende por “práticas restritivas verticais”, também arrolando dentre estas alguns exemplos mais típicos, embora tampouco conclusivos: fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, recusa de negociação, venda casada e discriminação de preços.

O detalhamento de cada uma dessas condutas será analisado em item adiante, que versará exclusivamente sobre as espécies de restrições verticais exemplificadas pela Resolução e pela doutrina mais renomada (nacional e estrangeira), razão pela qual passa-se à análise do Anexo II da Resolução n. 20/99.

A segunda parte da Resolução em comento traz os critérios básicos a serem utilizados na análise de práticas restritivas, critérios como caracterização da conduta, análise da posição dominante (delimitando-se o mercado relevante, as participações dos envolvidos no mercado, as barreiras à entrada, o poder de mercado²²² etc.), análise da conduta específica (autoria, produtos e mercados envolvidos, danos anticoncorrenciais, possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios), demandando do interessado, inclusive, um prévio enquadramento em algum dos tipos legais da Lei n. 8.884/94.

Para cada dado solicitado pela Resolução, o anexo prevê inúmeros detalhes e explicações para que o agente entenda o que os conselheiros necessitam ao analisar as condutas supostamente restritivas da concorrência. Essas explanações consistem, desde conceituação de mercado relevante até ensinamentos sobre os índices mais usados na apuração do grau de concentração dos mercados relevantes, quais sejam, os “índices Ci” e o “índice de Herfindahl Hirschman (HHI)”. Trata-se, em verdade, de uma compilação dos principais conceitos de uma análise comportamental sob o prisma econômico, fugindo, um pouco, do aspecto estritamente normativo para recair sobre pontos de cunho até mesmo doutrinário.

Uma vez analisados os contornos gerais das práticas restritivas da concorrência previstas e arroladas pela Resolução n. 20 e seus dois anexos, passa-se ao estudo singularizado das práticas restritivas até então mencionadas, explanando os conceitos de restrição horizontal e vertical, e as principais características desta última, gênero no qual se localizam as espécies de acordos de exclusividade.²²³

²²² É interessante notar que, ao avaliar o poder de mercado dos agentes econômicos, o CADE acaba realizando uma análise específica de cada caso, não fazendo uso da cláusula de 20% de controle de mercado prevista no art. 20 da Lei n. 8.884/94, nem exercendo seus poderes de alterar esse percentual para um mercado específico. O que se vislumbra, na prática, é que se presume que uma concentração de menos de 20% de participação refletiria a ausência de poder de mercado.

²²³ Uma última observação a ser feita sobre o tema ora versado é a ausência de qualquer manifestação da legislação antitruste brasileira, ainda que por textos apêndices, acerca de um possível tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, como determina o art. 170 da CR/88. Isso foi suscitado pela OECD, quando de Relatório redigido no ano de 2005: “A lei de concorrência e o guia do CADE não dão qualquer tratamento especial para pequenas empresas, embora o Art. 170 da Constituição especifique que um princípio guiando a ordem econômica será a observância do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Pelo fato de o CADE não aplicar análises *per se*, entretanto, até contratos horizontais entre pequenas empresas raramente implicarão poder necessário de mercado para entrar em conflito com a lei.

A prática analítica de se dividir as condutas anticoncorrenciais em cinco categorias (acordos horizontais *per se* e não *per se*, acordos verticais *per se* e não *per se* e conduta unilateral envolvendo monopólio ou abuso de posição dominante) não é empregada no Brasil. Como observado, a distinção *per se*/não *per se* não aparece porque o CADE requer que haja poder de mercado para que haja infração. Além do mais, acordos verticais são

3.3.1 Diferenciação entre práticas horizontais e verticais

Explica FORGIONI²²⁴ que, “tradicionalmente, os acordos restritivos da concorrência são divididos entre acordos verticais e horizontais, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes”. A mesma autora completa dizendo que “essa distinção entre os tipos de acordos não se opera simplesmente para fins didáticos, pois que evidencia, desde logo, os diversos efeitos produzidos para a concorrência”.

A conceituação dessas práticas foi alvo de estudos por parte do próprio CADE, que, em suas resoluções, em especial na Resolução n. 15/98 e na Resolução n. 20/99, definiu o que entendia por integrações horizontais e verticais, como a seguir explanado:

Resolução n. 15/98:

RELAÇÕES HORIZONTAIS: Ocorre uma relação horizontal quando duas ou mais empresas **atuam num mesmo mercado** como vendedoras de produtos similares (leia-se substitutos) ou quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como compradoras.

RELAÇÕES VERTICAIS: Ocorre uma relação vertical quando **uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos de outra**, mesmo não havendo uma relação comercial entre elas.

(sem grifos no original)

Resolução n. 20/99:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no **mesmo mercado relevante** com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos, visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

[...] As práticas restritivas verticais são **restrições 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”).

efetivamente eliminados como classe porque o CADE não faz distinção (como na lei antitruste americana) entre o grau ordinário de poder de mercado necessário para enquadrar violações verticais envolvendo empresas não-dominantes, e o aumento de poder necessário para enquadrar um abuso monopolista. Assim, segundo o CADE, não houve julgamentos de casos “verticais” desse tipo desde 2000, porque todas as práticas verticais com que lidou desde então foram tratadas em casos de abuso de posição dominante. A seguinte discussão das atividades antitruste que envolvem infrações nos termos da Lei n. 8.884 é, portanto, dividida em seções sobre acordos horizontais e abuso de posição dominante”. Fonte: <<http://www.cade.gov.br>>: *Relatório OECD 2005, Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*, p.20, acessado em 10 de abril de 2006.

²²⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.323-4.

Pode-se entender por conceituar, portanto, as práticas restritivas horizontais como sendo atos²²⁵ praticados entre **agentes atuantes em um mesmo mercado relevante**, seja como adquirentes ou como fornecedores de produtos similares (ou substituíveis entre si). Esses agentes estão, portanto, em uma relação direta de concorrência.

Práticas verticais, por seu turno, são aqueles atos praticados por **agentes situados em níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva e/ou distributiva** (seja na posição a jusante ou a montante), não necessariamente parceiros comerciais, podendo englobar ajustes entre fornecedores e distribuidores, distribuidores e revendedores, fornecedores e revendedores, dentre outros.

Nem sempre a captação do conceito de práticas verticais é muito clara para os estudiosos do ramo, sendo considerada, pelos autores mais renomados, matéria ainda controversa e polêmica no mundo jurídico, mormente no que concerne à sua caracterização como conduta anticoncorrencial. Dispondo-se a esclarecer melhor o tema e a tornar compreensível a consistência dos acordos verticais, FORGIONI²²⁶ traz uma exemplificação conceitual bastante didática:

Quando se fala de acordos verticais, em teoria da organização industrial e em antitruste, lida-se com uma imaginária linha vertical que nos conduz, através da extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização, até o consumidor final do produto. Assim, à guisa de exemplo, um acordo entre uma empresa fabricante do produto e outra distribuidora é um típico acordo vertical.

Ressalte-se, destarte, que a principal diferença entre acordos horizontais e acordos verticais é que aqueles ocorrem entre agentes econômicos situados em um mesmo mercado relevante (de produto e geográfico), ao passo que estes ocorrem entre agentes situados em mercados relevantes distintos, unidos simplesmente pela organização industrial da produção de seus bens, sendo uns fornecedores, outros produtores, outros revendedores etc.

Ademais, ao contrário dos acordos horizontais, as integrações verticais ocorrem entre agentes não concorrentes entre si, mas que, não obstante essa peculiaridade de sujeitos, podem ainda assim causar prejuízo à concorrência.²²⁷ Há que se observar que o art. 20 da Lei

²²⁵ Na acepção ampla da palavra, tal como utilizada no art. 20 da Lei n. 8.884/94.

²²⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.324.

²²⁷ Sobre esse aspecto, explica Benjamin Shieber: “Ainda que os acordos entre empresas concorrentes em restrição da concorrência sejam mais significantes do que os acordos entre não-concorrentes, cuja função normal é de restringir a concorrência, estes são também importantes. Estes, tanto como aqueles, podem eliminar a concorrência no mercado. Assim, um acordo entre um produtor e seus revendedores fixando o preço de revenda

n. 8.884/94 não exige que os agentes econômicos atuem em um mesmo mercado relevante, consistindo, portanto, em concorrentes entre si. Ao contrário, a lei apenas determina que os atos, *sob qualquer forma manifestados* sejam observados pelo julgador, independente de quem seja o sujeito a praticá-los.

Antes de prosseguir, reitere-se a desnecessidade de que nessas relações horizontais e verticais os agentes possuam acordos comerciais entre si. Basta, para tanto, que haja um ponto de conexão entre eles, seja porque produzem e/ou comercializam um mesmo produto, seja porque um deles atua, *v. g.*, como vendedor no mercado de insumo do outro. Veja-se, por conseguinte, ser sumamente extensivo o conceito de “acordos” quando se menciona a expressão “acordos horizontais e verticais”.²²⁸

Esse posicionamento vislumbrado na Resolução n. 15/98 do CADE é assente na doutrina estrangeira²²⁹, cumprindo apontar, a título de exemplificação, a definição fornecida pelo Departamento de Antitruste da ABA – *American Bar Association*²³⁰ acerca das restrições verticais:

“A vertical economic relationship connects two markets in the same chain of manufacture and distribution, usually by linking two firms that either do or **could stand** in the relationship of supplier and customer”. (sem grifos no original)

do produto que ele fabrica elimina a concorrência entre os revendedores com respeito ao preço deste artigo”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p.139.

²²⁸ Observa Priscila Brólio Gonçalves que a utilização do termo *acordo* decorre de influência do *Sherman Act* e do *Tratado de Roma*, que, em seus arts. 1º e 81, mencionam, respectivamente, as expressões *contratos, ajustes e conspirações e acordos e práticas concertadas*. Contudo, afirma a autora que a palavra *acordo*, nos termos em que entendida a legislação antitruste brasileira, vincula todos os atos “sob qualquer forma manifestados, razão pela qual, no sistema jurídico pátrio, as restrições verticais podem ser definidas como acordos ou práticas unilaterais restritivas envolvendo agentes econômicos com atividades em diferentes estágios de uma mesma cadeia produtiva”. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Editora Singular, 2002, p.289-90.

²²⁹ No âmbito da Comunidade Européia, quem definiu o que seriam os acordos verticais foi a Resolução n. 2.790/99, que, em seu art. 2º, I, assim estabeleceu: “[...] acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (denominados ‘acordos verticais’)”. Na mesma senda, as Diretrizes para Análise dos Acordos Verticais (*Guidelines on Vertical Restraints* 2000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000): “[...] vertical restraints are arrangements between firms operating at different levels of the manufacturing or distribution chain (for example, between a manufacturer and a wholesaler or a wholesaler and a retailer) that restrict the conditions under which firms may purchase, sell, or resell”.

²³⁰ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust Law Developments*. v.1. 4.ed., Chicago: ABA, 1997, p.126.

Uma vez entendidas as diferenças fundamentais entre as integrações horizontais e verticais, passa-se ao estudo dos acordos verticais em si, eis que de relevância singular para este trabalho.

3.3.2 Evolução do estudo e da análise das integrações verticais

Consoante mencionado acima, a doutrina e a jurisprudência mundial têm demonstrado, ao longo do tempo, posições sumamente homogêneas com relação aos acordos horizontais, o mesmo não ocorrendo, contudo, no que concerne às decisões envolvendo práticas verticais. Estas, como se verá, podem ser visualizadas como restritivas da concorrência ou como benéficas a ela, variando essa decisão em conformidade com a época em que são analisadas e com o país em que são julgadas.

Uma digressão histórica acerca da abordagem dos acordos verticais pela doutrina e jurisprudência norte-americana apresenta-se de importância capital para entender a evolução dos estudos desse tema pela ordem jurídica mundial, razão pela qual passa-se, sucintamente, a fazê-la.

Nas décadas de 1940, 1950, 1960 e 1970, a jurisprudência norte-americana era dominada pelo espírito da *per se condemnation*, não se buscando analisar eficiências ou razoabilidade nas condutas praticadas. Bastava o enquadramento no amplo conceito do art. 1º do *Sherman Act* para que o ato fosse declarado ilegal. Isso não era diferente com as integrações verticais.

Nesse período, denominado de *pré-Chicago*, as decisões antitruste visavam a defender a concorrência intramarcas, assim como a independência do distribuidor ao comercializar o produto que lhe pertencia. As restrições verticais eram vistas, portanto, como “instrumentos de limitação da liberdade empresarial, exploração de clientes e criação de dificuldades ao acesso de pequenas empresas ao mercado”.²³¹

Caso típico julgado nessa época é o *United States v. Yellow Cab Co.*(332 U.S. 218, 67 S. Ct.1560, 91 L.Ed. 2010,1947), em que duas companhias de táxi de Chicago firmaram um acordo para não competir com uma terceira companhia pelo transporte de

²³¹ GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Editora Singular, 2002, p.147.

passageiros de uma estação de trem para outra. A Corte norte-americana decidiu que isso afetava diretamente o comércio, razão pela qual se enquadrada no *Sherman Act*. Segundo POSNER e EASTERBROOK²³², “*United States v. Yellow Cab Co. condemned vertical integration in a way that suggested per se illegality*”.

O período seguinte, marcado pelo **ápice da Escola de Chicago**, traz uma nova a concepção, radicalmente diferente da até então vislumbrada. Segundo enunciado pela Suprema Corte, o propósito da legislação antitruste é a proteção da concorrência entre-marcas, e não intramarcas. O fim maior da defesa concorrencial é a eficiência alocativa, que sempre induzirá ao bem-estar do consumidor. “Alcançando esse intento, o antitruste cumprirá o seu papel”.²³³

Os maiores representantes dessa linha são Posner, Eastbrook, Baxter, Telser, McGee, Bork e outros. Segundo BORK²³⁴, “*Antitrust's concern with vertical mergers is mistaken. Vertical mergers are means of creating efficiency, not injuring competition*”.

Nesse novo modelo de visualizar os acordos verticais focando-se em suas eficiências, chega-se a defender a **legalidade per se** das restrições verticais, sendo a máxima “*Vertical good. Horizontal, bad*” sua maior expressão.

Para FORGIONI²³⁵, pelo menos cinco benefícios podem, de plano, ser apontados em defesa das integrações verticais:

Os acordos verticais acabariam, então, por trazer benefícios, e não prejuízos para a concorrência, já que: (i) implicariam redução de custos na distribuição, viabilizando economias de escala; (ii) facilitariam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, pois permitiriam o retorno do investimento efetuado; (iii) impediriam a atuação de *free riders*; (iv) evitariam a concentração dos distribuidores, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabassem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado; e (v) permitiriam a preservação da imagem do produto.

²³² Esses autores explicam da seguinte maneira o ocorrido no caso *Yellow Cab*: “Two cab companies agreed not to compete with a third for the business of transporting passengers from one train station to another in Chicago; the Court held that this ‘directly’ affected commerce and so was subject to the statute. A conspiracy among all cab companies to limit the numbers of taxis on the streets was held to be outside the statute because the activity of taking passengers to and fro railroad stations (as opposed between them) had only an ‘incidental’ effect on commerce. A trip to the railroad station ‘is just another local fare,’ the Court explained”. POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust – cases, economic notes and other materials*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1981, p.42 e 861.

²³³ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

²³⁴ BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.226.

²³⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.345-6.

Com relação à citada figura do *free rider*, a Escola de Chicago traz grande preocupação quanto à imagem do produto. Sustenta-se que um produtor, para desenvolver e inserir um produto novo no mercado, por exemplo, despense custos altos com o *marketing* desse bem, com o treinamento de pessoal especializado para atender ao consumidor, com a aquisição de instalações bem localizadas e altamente preparadas para a venda do bem etc. Assim, não pode a legislação antitruste aquiescer com aqueles que, aproveitando-se dos gastos alheios, resolvem, uma vez consolidado o produto no meio consumerista, fornecer aqueles mesmos bens sem a infra-estrutura custosa, porém adequada, oferecida pelo criador primeiro, sob pena de incorrer-se em situações em que os agentes econômicos não mais se sintam incentivados a aprimorar seus produtos ou seu processo de produção.

Os adeptos desta corrente chegaram a afirmar que somente em poucas ocasiões as restrições verticais podem conduzir a ineficiências. Exemplo disso são as situações que têm o condão de facilitar a organização de cartéis ou quando os atos são praticados largamente em mercados oligopolizados e com altas barreiras à entrada. Salvo nessas hipóteses, as restrições verticais seriam pró-competitivas.²³⁶

Ainda para os adeptos desse pensamento neoclássico, as concentrações verticais não apresentam qualquer problema jurídico autônomo em relação às concentrações horizontais. Para esses teóricos, não haveria nada de mal na concentração entre fornecedor e comprador. O problema somente se tornaria real quando um deles tivesse poder no seu mercado *horizontalmente* considerado.

SALOMÃO FILHO²³⁷, contudo, contesta essa idéia, afirmando:

A tese neoclássica padece de um vício fundamental de lógica jurídica. Se é verdade que o fundamento do controle das concentrações é o sancionamento de um aumento da concentração no mercado *horizontalmente* considerado (como os próprios neoclássicos proclamam), no caso da concentração vertical nunca haveria nada a controlar, nem no sentido vertical, nem no horizontal. Isso porque em uma concentração vertical o poder de mercado horizontalmente considerado não se cria nem se aumenta. A intervenção, em conseqüência, não se justifica com um raciocínio típico da análise de concentrações horizontais.

Vê-se, em resumo, uma alteração profunda e diametral nos pensamentos pré-Chicago e Chicago, podendo-se dizer serem eles, em certo ponto, antagônicos. Isso se torna

²³⁶ ROSS, Stephen F. *Principles of antitrust law*. Westbury: The Foundation Press Inc., 1993, p.344-5.

²³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.286.

visível quando se defende, em um primeiro momento, a **ilegalidade** *per se* das restrições verticais e, posteriormente, suscita-se até mesmo sua **legalidade** *per se*.²³⁸

Certo é queurgia o surgimento de uma corrente mais moderada, que estivesse atenta aos efeitos anticoncorrenciais que os acordos verticais podem gerar, mas sem deixar de lado as demonstradas eficiências propostas pela Escola de Chicago. O que se precisava era de um pensamento um pouco menos legalista que o obtido no período *pré-Chicago*, mas também não tão *economista* como o visualizado pelos expositores neoclássicos.

Desenvolve-se, portanto, uma terceira cadeia de posicionamento, denominada de **revisãoismo pós-Chicago**, cujos ideais se difundem mesmo durante o ápice da Escola de Chicago, quando doutrinadores já apontavam para problemas anticompetitivos das restrições verticais (sem afastar os benefícios que delas derivavam).

Seus principais expositores eram originários da Escola de Harvard, dentre eles Phillip Areeda e Donald Turner. Em meados da década de 1980, outros autores ingressam no movimento de difusão dessas idéias, destacando-se: Laurence A. Sullivan, Robert L. Steiner, Steven C. Salop, Eleanor M. Fox, Warren S. Grimes, Robert Pitofsky, Stephen F. Ross e William S. Comanor.

Segundo a Escola de Harvard, a condenação das restrições verticais pela legislação antitruste decorreu da idéia segundo a qual esses dificultariam o acesso das pequenas empresas ao mercado, tolhendo a liberdade empresarial e explorando os consumidores.

PITOFSKY²³⁹ afirma serem dois os prejuízos advindos das restrições verticais: primeiro, facilitam a colusão entre competidores, ajudando-os a superar os obstáculos que

²³⁸ A passagem de momento histórico, em fins do século XX, de uma ilegalidade quase *per se* das restrições verticais para uma interpretação sob o ponto de vista das eficiências é bem comentada por Fox e Sullivan: “For many years vertical contractual restraints were seriously suspect and often condemned outright under the antitrust laws. Analyzed most commonly under Section 1 of the Sherman Act and Section 3 of Clayton Act, and occasionally, if monopolistic, under Section 2 of the Sherman Act, vertical restraints were condemned as instruments for limiting entrepreneurial freedom, exploiting customers, and excluding small sellers from free and open access to markets. More recently, and as Chicago School economics permeates discourse, a new and simple conception of vertical restraints has taken hold in many quarters, namely: If the restraint is vertical it must be efficient and it must be good for consumers. As society has become more solicitous of the needs of established business, the law has changed to be more hospitable to vertical restraints”. FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1989, p.522.

²³⁹ “Vertical nonprice restraints can cause harm in two basic ways. First, they can facilitate collusion among competitors by helping competitors to overcome obstacles they otherwise would face in attempting to maintain prices above competitive levels. Second, they can raise competitor’s costs. By foreclosing or disadvantaging

poderão encontrar na tentativa de manter os preços acima do nível competitivo; segundo, aumentam os custos dos competidores, criando barreiras à entrada.

Todavia, necessária era uma mudança de perspectiva, uma vez que, muitas vezes, eficiências importantes eram alcançadas, das quais não podia a proteção à concorrência abrir mão. Dentre elas, têm-se: o controle do abastecimento do mercado, diminuindo a incerteza quanto ao preço da matéria-prima (garantia de não-exploração dos produtores que utilizam desse insumo)²⁴⁰; e garantia de escoamento das mercadorias produzidas, em épocas em que a capacidade de produção supera o consumo.²⁴¹

Concluindo bem sobre o pensamento dessa terceira corrente histórica no desenvolvimento dos ideais sobre restrições verticais, FORGIONI²⁴² assinala:

Enfim, é possível que um aparente ganho de eficiência não seja compensado pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes, e nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores.

Insta focar no fato de que, atualmente, difícil é adotar uma postura radical e extremista como a vislumbrada nos períodos *pré-Chicago* e *Chicago*. A realidade demonstra que somente a análise concreta dos casos é que permitirá ao interessado aferir se aquela restrição vertical particularmente analisada possui efeitos benéficos à concorrência e se, em casos positivos, esses efeitos superam os malefícios inerentes a esse tipo de prática.

Finalizando a questão das restrições verticais nos Estados Unidos, interessante mencionar dois importantes casos julgados pela Corte norte-americana no que concerne a restrições verticais: os casos *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.* e *United States v. Colgate e Co.*, nos quais a orientação jurisprudencial acabou sendo diversa.

competing firms, vertical restraints create barriers to entry or expansion, so that rivals can no longer discipline the offending firm's price increases. We accordingly analyze vertical restraints in two categories – those that can lead to collusion and those that can lead to exclusion. Often the same restraint (or the same type of restraint) achieves anticompetitive effects through both collusion and exclusion". PITOFSKY, Robert. Vertical restraints and vertical aspects of mergers – A U. S. perspective. In: *24th Annual Conference in International Antitrust Law and Policy*. Fordham Corporate Law Institute, out. 1997.

²⁴⁰ “John Kenneth Galbraith adverte que os acordos verticais, quando possibilitam o controle do abastecimento, são medidas de ‘proteção elementar’, pois diminuem a ‘grande e incontável incerteza’ quanto ao preço da matéria-prima (*O novo estado industrial* (“Os Economistas”), 2. ed., São Paulo, Nova Cultural, 1985, p.33)” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.343.

ROBINSON, E. A. G. *A indústria em regime de concorrência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960, p.141 e ss.

²⁴² FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.32.

O caso Dr. Miles tratou da prática vertical da fixação de preços por meio da determinação do preço de venda de remédios preparados com métodos e fórmulas secretos desenvolvidos pelo Dr. Miles Medical Co. Sob os argumentos de evitar guerra de preços e de descontos, e de evitar a perda de sua reputação, o Dr. Miles fixou o preço de revenda de seus produtos, gerando, portanto, uma conduta vertical que foi levada a juízo. A Corte americana, contudo, entendeu que a atitude engendrada pelo então réu destruía a concorrência e prejudicava o interesse público, sendo considerado, por consequência, um ato nulo.

O Caso Colgate foi um pouco diferente. A Colgate produzia produtos de toalete e decidiu, por meio de cartas, telegramas e circulares, *sugerir* preços aos seus distribuidores, informando que não seriam efetuadas vendas a distribuidores que não adotassem aqueles preços sugeridos. Ao contrário do que foi visto no caso Dr. Miles, a Corte entendeu que a conduta da Colgate era lícita, uma vez que não os impunha (fixava) preços, mas apenas os sugeria.

Nítido, portanto, que houve alteração concreta de entendimento acerca das restrições verticais perpetradas por agentes econômicos, tendo a jurisprudência norte-americana em alguns casos condenado essa prática e em outros declarado sua legalidade.

Em âmbito europeu, as restrições verticais são analisadas sempre em conjunto com o ideal vigente no *Tratado de Roma*, de desenvolvimento do mercado comum, tendo BAEL e BELLIS, citados por FORGIONI²⁴³, apontado as seguintes eficiências nesse tipo de integração:

Bael e Bellis identificam, assim, três princípios básicos que disciplinam os acordos verticais na Europa: (i) fomento da competição entre os distribuidores de um mesmo produto (*intra brand competition*); (ii) integração dos países da União Européia, evitando-se qualquer forma ou instrumento que permita o isolamento de qualquer sua 'parte substancial'; e (iii) proteção dos pequenos importadores paralelos contra o poder econômico dos grandes fornecedores.

Nos dias atuais, o Brasil também tem avançado no sentido de visualizar efeitos não apenas maléficis ou benéficos nas práticas verticais, mas ambos, em realidade, defendendo uma apuração concreta do resultado desses atos tanto sob o ponto de vista dos concorrentes, como da concorrência em si e dos consumidores.

²⁴³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.352.

Essa concepção de razoabilidade e análise de eficiências no mercado é transparente na Resolução n. 20/99 do CADE, que, em seu Anexo I, assim preconizou no tocante às integrações verticais:

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “princípio da razoabilidade”. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, **uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.**

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de **exclusão dos rivais**, seja por **aumentarem as barreiras à entrada** para competidores potenciais, seja por **elevarem os custos dos competidores efetivos**, ou ainda quando aumentam a probabilidade de **exercício coordenado de poder de mercado** por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a **superação de obstáculos à coordenação** que de outra forma existiriam.

Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito.

Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. **Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios** (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o **princípio da razoabilidade**. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à **economia de custos de transação** para os produtores/ofertantes, seja **evitando que a intensificação da concorrência intramarcas leve à proliferação de condutas oportunistas** dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor **remuneração adequada** para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.

Note-se que por diversas vezes a Resolução foi clara ao apontar como fundamento principal para *dissecar* uma prática vertical proceder-se à apuração se as eficiências econômicas obtidas com essa prática superam seus efeitos anticompetitivos, que certamente existirão.

Dentre as ineficiências que podem ser geradas por condutas verticais, cita o CADE a exclusão de rivais, seja mediante o aumento de barreiras à entrada de competidores potenciais, seja por meio da elevação dos custos dos competidores efetivos, sem afastar, também, a hipótese de aumento da probabilidade de ocorrência de um exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, constituindo mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Buscando balizar esses efeitos manifestamente anticompetitivos, demonstra o CADE, sabiamente, que também benefícios poderão ser gerados por práticas verticais, tais como a redução dos custos de transação²⁴⁴ entre produtores/ofertantes, evitando condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e de sua reputação, e garantindo ao revendedor/fornecedor uma remuneração adequada, incentivadora.

Ainda que se pareça ter, por ora, definido que restrições verticais podem trazer tanto benefícios como malefícios, sendo importante a análise pontual de cada caso para revelar se há a prevalência de um sobre outro, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto continuam acirradas, até para se demonstrar que certos efeitos tidos como eficientes por alguns são, em verdade, ineficientes, e vice-versa.

3.3.3 Tipificação normativa das restrições verticais

O amadurecimento da idéia de caracterização de práticas verticais como sendo possíveis ilícitos concorrenciais (superando, portanto, o *liberalismo extremo* do movimento instituído pela Escola de Chicago) desencadeou o surgimento de legislações próprias para atender aos anseios normativos que a prática desse tipo de atos infratores demanda.

Diante desse quadro, analisar-se-ão dois dos principais (para este estudo) regulamentos que se dispuseram a versar sobre as restrições verticais, apresentando os seus

²⁴⁴ Sobre custos de transação, recomenda-se a leitura de Ronald Coase, *The problem of social cost*. “Journal of Law and Economics”, Chicago, n. 3, p.1-44, out. 1960. Hovenkamp, referindo-se ao Teorema de Coase, demonstra que os acordos verticais que preservam ou criam monopólio são geralmente mais lucrativos do que os acordos que resultam em um maior grau de concorrência. Assim, de acordo com o Teorema de Coase, os acordos verticais somente serão eficientes se resultarem na maximização dos lucros por ambas as partes. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999, p.371.

aspectos gerais e características próprias, que os diferenciam de outros textos legais encontrados em países diversos.

3.3.3.1 Regulamento n. 2.790/99 da CE

Em sede da Comunidade Européia, grande foi a preocupação com as estudadas restrições verticais e seus efeitos, acarretando a publicação, em 1999, de um regulamento específico para tratar delas, o Regulamento n. 2.790/99.

Esse regulamento, que tem sido chamado de “Regulamento de Natal” (não porque representasse um presente de Natal, mas porque editado nessa época)²⁴⁵ acolhia alguns argumentos da Escola de Chicago, aceitando a existência de eficiências em muitas integrações verticais, revogando, conseqüentemente, disposições anteriores que tratavam de distribuição exclusiva e franquias, por exemplo.²⁴⁶

A sistemática adotada pelo Regulamento em causa é a de estabelecer uma isenção em bloco (*block exemptions*) para algumas práticas consideradas restrições verticais²⁴⁷, determinando que aludidas condutas não incorrerão como infração ao art. 81 do *Tratado de Roma*.

Essa isenção foi conferida pelo art. 2º²⁴⁸ desse Regulamento, que, em linhas gerais, estabeleceu que os acordos verticais são permitidos, não sendo necessário, portanto,

²⁴⁵ PARDOLESI. Franchising: tipo e tipologia, *apud* FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.33.

²⁴⁶ “O regulamento de Natal deu certa colhida a alguns argumentos da Escola de Chicago – mesmo porque, atualmente, é impossível negar as eficiências trazidas por muitos acordos verticais. Por outro lado, buscou-se pôr ordem em diversas incongruências do seu tratamento legal: por exemplo, a proibição da limitação do número de distribuidores ao mesmo tempo em que se admitia a distribuição seletiva. Com o novo regulamento, o tecido dos acordos verticais foi refeito, orientando-se o seu regime jurídico para o lado econômico. Revogaram-se, assim, os regulamentos referentes à aquisição exclusiva, distribuição exclusiva e franquias”. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.35.

²⁴⁷ Não obstante existir a isenção em bloco, várias condutas que não se encontrarem ali descritas poderão ser consideradas lícitas pela Comissão. Todavia, os seus agentes deverão buscar, para esses casos, isenções individuais, cabendo à Comissão demonstrar que a conduta em apreço representa violação ao art. 81 do *Tratado de Roma*.

²⁴⁸ “Nos termos do n. 3 do art. 81 do Tratado e no presente regulamento, o n. 1 do art. 81 não se aplica aos acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (denominados “acordos verticais”). Esta isenção é aplicável na medida em que estes acordos contenham restrições da concorrência abrangidas pelo n. 1 do art. 81 (denominadas “restrições verticais”).”

que seu agente busque uma “permissão” ou “isenção” especial quando de sua prática. Assim, adotou-se a máxima “se não é proibido, é permitido”.²⁴⁹

Outra observação importante sobre esse Regulamento é que ele abrange acordos entre dois **ou mais** agentes, alterando a extensão do texto regulamentar anterior, o Regulamento n. 1.215/99. Contudo, há que se ressaltar que os acordos a que faz alusão o atual Regulamento são somente aqueles ocorridos entre sujeitos localizados em níveis diferentes do mercado (verticalmente relacionados), não se incorporando à sua lista as práticas horizontais que porventura ocorram juntamente com atos verticais.

Note-se, outrossim, que os agentes não precisam, necessariamente, ser produtores e distribuidores (por exemplo) para que se aplique a isenção em bloco. Se dois produtores possuírem um acordo no qual um deles fornecerá ao outro algum produto, ainda que ambos sejam produtores, sua prática estará enquadrada na isenção regulamentar. Entretanto, quando uma das partes for o consumidor final, então não haverá enquadramento do Regulamento n. 2.790/99, uma vez que o consumidor não se enquadra no conceito de *undertaking* expresso pela norma citada.

Ainda, segundo esse Regulamento, à exceção das restrições denominadas *hard core*, admitem-se as práticas verticais que não causem impacto de mais de 30% do mercado relevante. Contudo, alerta FORGIONI para a questão cultural européia que, certamente, forçará uma redução tal do mercado relevante (que, segundo alguns próprios europeus, não passa de uma “ferramenta” de implementação de políticas públicas) que acarretará um enquadramento de certa forma fácil no mencionado controle de 30% desse mercado.

Logo, não obstante o cunho da Resolução européia seja, de fato, *liberalista* quanto às restrições verticais, a prática demonstrará que as mudanças visadas por alguns não serão, ainda, concretizadas.

O que se verifica, portanto, da análise do Regulamento é que a sua estrutura foi firmada no sentido de que o art. 2º forneceria a isenção em bloco e os artigos seguintes arrolariam exceções a essas isenções, sendo que os casos excetuados encontram-se bastante detalhados nos artigos subseqüentes ao 2º.

²⁴⁹ Para Richard Wish, isso é consequência de não se ter adotado uma *white list*, mas sim uma *black list*, traduzindo a nova sistemática que a Europa estava adotando. WISH, Richard. *Competition law*, 5th edition, Lexis Nexis, 2003, p.619.

3.3.3.2 Regulamento n. 20/99 do CADE – especificação dos principais exemplos de restrições verticais

O Regulamento n. 20/99 do CADE, conforme visto em item anterior, foi desenvolvido com o intuito de regulamentar o Processo Administrativo de análise de condutas e concentrações por parte daquela autarquia, dispondo uma relação de práticas horizontais e verticais que entendia, *a priori*, anticompetitivas (embora uma análise aprofundada pudesse demonstrar o contrário) e discorrendo sobre a forma de análise de referidas práticas, clarificando aos interessados todos os passos seguidos pelos conselheiros do CADE para julgar uma conduta ou um ato de concentração a eles apresentados.

Assim, no Anexo I, dispôs a Resolução sobre a conceituação e exemplificação de práticas horizontais e verticais, sendo que aquelas já foram alvo de estudo linhas atrás, razão pela qual reservar-se-á este espaço para estudo das restrições verticais citadas pela Resolução n. 20/99. Aproveita-se para lembrar que o Anexo II, já previamente analisado, traz os passos a serem seguidos pelos agentes para apresentar uma questão ao CADE, a fim de possibilitarem uma melhor compreensão do mercado relevante em causa e do poder de mercado dos sujeitos envolvidos, pontos cruciais para a análise antitruste que será feita por esse órgão.

Consoante informado, o Anexo I da Resolução em tela define e enumera exemplos de práticas verticais, citando, dentre estes, a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, os acordos de exclusividade, a recusa de negociação, a venda casada e a discriminação de preços.

Acerca da **fixação de preços de revenda**²⁵⁰, a Resolução a descreve como a atitude do produtor²⁵¹ de estabelecer, mediante sanção, preços mínimos, máximos ou rígidos a serem praticados pelos distribuidores/revendedores.²⁵² Todavia, esclarece-se que, em geral, é a

²⁵⁰ Caso típico de fixação de preço de revenda é o já citado *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*, julgado como sendo prática condenada pela Lei Sherman.

²⁵¹ Observa Priscila Brólio Gonçalves que a fixação de preços de revenda não necessariamente é imposta pelo produtor, podendo ser convencionada entre os agentes econômicos. Exemplo disso é o caso em que os distribuidores pressionam os produtores para fixar um valor para revenda, com o escopo de uniformizar os preços praticados. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Editora Singular, 2002, p.159. Ainda, MUÑOZ, T. P. *El contrato de concesion mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1976, p.181.

²⁵² “Resale price maintenance, or vertical price fixing, refers to agreements between persons at different levels of the market structure establishing the resale price of products or services” ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust Law Developments*. v.1. 4.ed., Chicago: ABA, 1997, p.127.

fixação de preços **mínimos** (ou rígidos com a função de mínimos) que oferece risco real de afastar a concorrência, uma vez que: a) facilita a formação de cartéis dos produtores, permitindo um monitoramento dos preços de venda aos consumidores e bloqueando o acesso ao mercado de novos produtos, mais eficientes; b) aumenta, unilateralmente, o poder de mercado do produtor, mormente em decorrência das barreiras criadas à entrada de novos competidores; e c) pode originar exploração tipicamente monopolista nos serviços pós-venda, haja vista reduzir as alternativas do consumidor.²⁵³

No que concerne à fixação de preços máximos de revenda, os danos potenciais visualizados são: a) possibilidade de os produtores excluírem do mercado os distribuidores e revendedores; e b) viabilidade de que distribuidores/revendedores que tenham amplo poder de mercado agreguem valor substancial ao serviço.

Assim como ocorre com todas as espécies de restrições verticais, alguns autores apontam benefícios que a prática da fixação de preços gera. Dentre eles, cita-se MELO²⁵⁴, que descreve como vantagens desse ato: a) necessidade de manter-se uniforme o preço do produto, uma vez que excessiva divergência entre os fornecedores pode sugerir ausência de credibilidade do produto; b) função social do fabricante, por meio da qual este busca a fixação de preços para tornar o produto mais acessível ao público, ofertando o preço que ele próprio praticaria caso a venda fosse efetuada diretamente por ele.

Também MUÑOZ entende possível haver eficiências nas fixações de preço, como: a) impedir a queda exagerada de preços, protegendo o prestígio das marcas que expressam produtos de luxo; e b) evitar a elevação excessiva dos lucros.

Com relação às **restrições territoriais e de base de clientes**, vislumbra-se a sua ocorrência quando o produtor estabelece limitações à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo, conseqüentemente, a concorrência e criando barreiras à entrada de novos competidores em diferentes regiões. Para o CADE, essa prática facilita comportamentos colusivos no sentido de monopolizar mercados locais, propiciando um aumento dos custos das empresas concorrentes, estimulando-as a participar dos cartéis eventualmente formados.

²⁵³ Por outro lado, elimina o problema do *free riding*, incentivando a adequada prestação de serviços pós-venda.

²⁵⁴ MELO, Claudinei de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.117.

Essa espécie de restrição vertical pode acarretar, também, problemas mercadológicos nas áreas não cobertas pela demarcação territorial, na medida em que podem tornar estas não atrativas e, por conseqüência, carentes de distribuidores, gerando escassez de alguns produtos. Ainda, a divisão de mercado cria barreiras à entrada de novos competidores, o que desencadeia um problema com os serviços pós-venda, que acabam por ser praticamente monopolizados.

A prática em análise também traz algumas eficiências, as quais, importante não se olvidar, devem ser sopesadas juntamente com os malefícios apontados para se apurar se no mercado em tela é possível permitir a continuação de tais atos, ainda que minimamente anticoncorrenciais. Uma delas é o obstáculo ao desenvolvimento do *free rider*, como acontece também na fixação de preços de revenda. Além disso, tem-se a questão do incentivo à inserção e ao desenvolvimento de um produto em um mercado novo, aumentando o leque de possibilidades de substituição de um bem a ser oferecido ao consumidor. Neste caso, a eficiência é visualizada na medida em que se garante a um distribuidor o retorno financeiro que um grande investimento para a promoção de um produto demanda, incitando interessados a ingressar em novos mercados.

O desenvolvimento do pensamento jurisprudencial norte-americano no tocante a esta espécie de restrição vertical é sumamente interessante, uma vez que denota a dificuldade da Corte em julgar este acordo como sendo prática vertical, e não horizontal, como costumava ocorrer à época.

O primeiro caso julgado acerca de restrições verticais de território e de clientes foi o *White Motor Co. v. United States* (372 U.S. 253, 83 S. Ct. 696, 9 L.Ed.2D 138, 1963), no qual a *White Motor*, ao comercializar caminhões e suas peças, prefixou uma área de atuação para seus distribuidores, proibindo-os de comercializar para outros usuários senão aqueles localizados em sua parte da divisão geográfica. A proibição, neste caso, estendia-se até mesmo com relação a bens vendidos para o Estado e para órgãos públicos.

A divergência vislumbrada na Corte nesse caso foi diametral: ao passo que alguns (como o *Justice Douglas*) entendiam que essa restrição não poderia ser analisada sob a ótica da *per se condemnation*, mas sim da regra da razão, uma vez que não era prática horizontal, e

sim vertical, outros (como o *Justice Clark*) entendiam ser esse ato a mais insolente (descarada) violação ao *Sherman Act* já vista em um quarto de século.²⁵⁵

Outro tipo de restrição vertical arrolada pela Resolução n. 20/99 é a **recusa de negociação**. Ela consiste em estabelecer unilateralmente condições de negociação de determinado bem ou serviço, seja por parte do fornecedor ou do comprador (ou conjunto desses), podendo constituir uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Segundo aposto pelo CADE,

esta prática é utilizada em conjunto com outras práticas verticais anticompetitivas, tais como acordos de exclusividade ou fixação de preços de revenda, como forma de retaliação contra distribuidores/fornecedores relutantes em aderir à prática anticompetitiva.

É importante observar que esta prática vem discriminada no inciso XIII do art. 21 da Lei n. 8.884/94²⁵⁶, constituindo, portanto, um ilícito antitruste tradicional. Todavia, essa conduta possui algumas repercussões constitucionais, em especial no que concerne ao fundamento econômico da livre iniciativa. Nesse sentido, observa SALOMÃO FILHO:²⁵⁷

O elemento coercitivo consiste exatamente na recusa, isto é, na decisão de não concluir o negócio jurídico. É necessário enfrentar aqui uma dificuldade, pois a faculdade de contratar ou não é talvez a maior expressão da liberdade de iniciativa no campo privado. A regra concorrencial parece estar, portanto, limitando ou excepcionando uma liberdade econômica fundamental. Como tal, deveria ao menos ter interpretação restritiva.

Um primeiro embate, destarte, verificado quando da análise da recusa de contratar é a sua *aparente* ofensa à livre iniciativa. Contudo, nem sempre uma regra concorrencial que sancione a recusa de contratar estará contrariando o princípio da liberdade de iniciativa.

²⁵⁵ Trecho interessante desse julgamento é transcrito por PITOFSKY, Robert; GOLDSHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation – cases and materials*. Fifth edition, New York: Foundation Press, 2003, p.648-650: “This is the first case involving a territorial restriction in a *vertical* arrangement; and we know too little of the actual impact of both that restriction and the one respecting customers to reach a conclusion on the bare bones of the documentary evidence before us... Horizontal territorial limitations ... are naked restrictions of trade with no purpose except stifling of competition. A vertical territorial limitation may or may not have that purpose or effect. We do not know enough of the economic and business stuff out of which these arrangements emerge to be certain. They may be too dangerous to sanction or they may be allowable protections against aggressive competitors or the only practicable means a small company has for breaking into or staying in business and within the ‘rule of reason’. We need to know more than we do about the actual impact of these arrangements on competition to decide whether they... should be classified as *per se* violations of the Sherman Act”.

²⁵⁶ Art. 21, inciso XII: “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.

²⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.233.

Vários fatores devem ser observados no momento de se apurar a licitude ou ilicitude da recusa que se leva a lume. Há que se verificar, primeiramente, se a recusa ocorre no início da relação contratual ou após já estabelecido um acordo entre as partes. Ademais, impende observar se o sujeito que impõe essa recusa tem poder de mercado suficiente para direcionar a concorrência naquele setor, se o produto ou serviço a que se refere a recusa é de utilidade pública ou oriundo de monopólio estatal, se há eficiências ou justificativas plausíveis para a manutenção da recusa etc.

A maioria dos casos que envolve a restrição ora em análise decorre de rompimento injustificado de relações negociais previamente firmadas, mesmo que haja a proposta de manutenção das condições inicialmente aceitas por ambas as partes. Aqui, a contrariedade à recusa não abrange violação da livre iniciativa, uma vez que esta não tem o condão de tornar lícita a quebra de contratos (ainda que tácitos) de forma injustificada.²⁵⁸

Há também situações em que não há acordo prévio entre os agentes, sendo a primeira vez que uma avença seria firmada. Uma recusa, nesse caso, pode ser justificada pela liberdade de iniciativa, haja vista não haver, em princípio, razão em compelir alguém a contratar com seu concorrente. Entretanto, de especial relevância é analisar, nessas hipóteses, qual é o produto ou o serviço objeto da contratação visada. Isso porque, em se tratando de bens públicos ou originários de um regime de monopólio estatal privatizado²⁵⁹, há fundamento para se caracterizar a ilicitude concorrencial da recusa de contratar.

Por fim, imprescindível observar se a recusa de contratação pode levar o agente à sua exclusão no mercado, como ocorre nos casos em que há associação de sujeitos controlando parte substancial do mercado, e se a concorrência ocorre dentro dessa associação. Nessa hipótese, o ingresso na associação é elemento mínimo indispensável para aquisição de

²⁵⁸ Para Calixto Salomão Filho, “o princípio da força obrigatória dos contratos dá o tom e os limites para a interpretação do princípio da liberdade de iniciativa no campo privado (ainda que, obviamente, a liberdade de iniciativa não se resume à liberdade de contratar). Se é assim, é difícil admitir que nessa hipótese há uma exceção ao princípio da liberdade de iniciativa”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.234.

²⁵⁹ Classificando o que a doutrina norte-americana chamou de *essential facilities*, Hovenkamp assim discriminou: “Most of the things found by Courts to be essential facilities have fallen in one of three classifications: (1) natural monopolies or joint venture arrangements subject to significant economies of scale; (2) structures, plants or other productive assets that were created as part of a regulatory regime, whether or not they are properly natural monopolies; or (3) structures that are owned by the government and whose creation or maintenance is subsidized”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999, p.274.

condição competitiva. Se ao agente é vedado o ingresso em uma dessas associações, não há como ele ingressar no mercado, tamanha a barreira criada.

SALOMÃO FILHO aponta como exemplo clássico dessa espécie de rede associativa as companhias de cartões de crédito formadas a partir da associação de vários bancos. Veja-se que, no caso da *Visa* havia negativa de contratação de um banco que estivesse vinculado à associação concorrente (como *American Express* e *Discover Card*), permitindo-se, contudo, aqueles que faziam parte da *Mastercard*, controlada pelo *Citibank* que, por sua vez, era o maior associado da *Visa*.

O julgamento da *Visa* variou entre os norte-americanos e os europeus. Nos Estados- Unidos, tal prática foi considerada lícita, por não se verificar efeito substancial sobre a concorrência. Contudo, na Europa, conduta semelhante foi tida pela Comissão CEE como anticoncorrencial, fazendo com que a empresa adotasse práticas diferentes em cada uma dessas localidades.

Outro exemplo de restrição vertical citada pelo CADE é a **venda casada**, por meio da qual o ofertante de determinado bem ou serviço vincula a sua venda à aquisição de outro bem ou serviço. Essa prática também está prevista na Lei n. 8.884/94, no art. 21, inciso XXIII²⁶⁰, sendo considerada, portanto, conduta anticoncorrencial se vinculada a um dos efeitos e objetivos descritos no art. 20 da mesma lei.

A primeira indagação a ser feita quando da análise da venda casada é se a vinculação de um bem/serviço a outro decorre de simples coerção do agente econômico ou de necessidade, imperativo econômico ou físico.

Alerta SALOMÃO FILHO²⁶¹ para o seguinte fato:

Venda casada não é só aquela em que é obrigatória a compra dos dois produtos em conjunto. Ela também existe quando o preço cobrado pelo produto vendido separadamente é exorbitante, isto é, não corresponde nem aproximadamente ao acréscimo de custo causado ao vendedor pela separação dos produtos. Nesse caso a coerção não é jurídica, mas sim econômica. O consumidor sente-se constrangido a comprar os produtos em conjunto para evitar o prejuízo decorrente da compra separada do produto que lhe interessa. Não assim se o preço cobrado pelo produto em separado for igual aos custos da separação. Nesta hipótese, não há qualquer coerção econômica, sentindo-se o consumidor absolutamente livre para adquirir os produtos em separado ou em conjunto, segundo sua utilidade.

²⁶⁰ Art. 21, inciso XXIII: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

²⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as condutas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.225-6.

Assim, torna-se de fundamental relevância apurar se a conduta do agente possui justificativa plausível ou se cria substanciais barreiras à entrada, visando à dominação dos mercados.

Ressalte-se que as barreiras à entrada podem ser relativas tanto ao produto principal quanto aos produtos secundários. Com relação ao bem principal, a barreira pode existir, na medida em que o produtor, mesmo “encorpando” a aquisição do consumidor com outro bem, não aumenta proporcionalmente os preços, assumindo o risco dos prejuízos contabilizados. Assim, um novo concorrente que adentrar no mercado, ainda que logre vender o mesmo produto pelo mesmo preço, terá desvantagem, na medida em que estaria oferecendo menos vantagens para o consumidor. No que tange ao mercado secundário, este terá sua entrada dificultada, na medida em que poderia obrigar o potencial concorrente a entrar, também, no mercado principal, acarretando um aumento excessivo dos custos de entrada.

Uma das mais claras formas de visualização da venda casada ocorre quando da tentativa de “alavancagem” de um bem por parte de seu produtor, que determina a venda conjunta desse produto com outro que já tenha espaço no mercado. Outro exemplo citado na Resolução n. 20/99 é a tentativa de, por meio da venda casada, burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que o agente seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao “pacote”.

Vantagens vislumbradas pela venda casada são expostas por BORK²⁶², que assim dispõe:

Tying arrangements and, in some cases, reciprocal dealing have among their explanations: (1) evasion of price regulation, (2) price discrimination, (3) nondiscriminatory measurement of use, (4) economies of scale, and (5) technological interdependence or the 'protection of good will'.

Também o CADE arrola algumas eficiências da venda casada, dentre elas a possibilidade de se tratar de serviços complementares (tipo “sistemas”) e a apresentação de economias de escopo na produção²⁶³.

²⁶² BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.376.

²⁶³ Sobre as economias de escopo, esclarece a Resolução n. 20/99: “Ocorre economia de escopo quando o custo da produção conjunta de mais de um bem ou serviço é menor do que o custo da produção de cada um deles de forma isolada. Um indicador de economia de escopo E_e , pode ser calculado da seguinte forma: $E_e = [C(a) + C(b) - C(a,b)] / [C(a,b)]$, onde $C(a)$ e $C(b)$ constituem, respectivamente, os custos de produção individual dos bens a e b e $C(a,b)$ representa o custo da produção conjunta dos referidos bens”.

Um caso típico de venda casada é o *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*²⁶⁴, no qual a Kodak foi acusada de compelir os compradores de seus produtos a adquirir dela também os serviços pós-venda, tais como peças e manutenção, retirando, assim, do mercado as outras empresas que se especializaram nesse tipo de atuação. Houve, até mesmo, determinação da Kodak de proibir a venda de peças a esses *competidores*, visando a esgotar seus estoques e a forçá-los a sair desse mercado.

A Resolução n. 20/99 arrola, ainda, dentre exemplos de integrações verticais a serem analisadas pelo CADE, a **discriminação de preços**, configurada quando um produtor, fazendo uso de seu poder de mercado, estipula preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, fazendo clara discriminação entre compradores, de forma a apropriar-se de parcela excedente do consumidor e, assim, elevar seus lucros.²⁶⁵

Ressai notar que, em princípio, a discriminação de preços não é tida como medida anticompetitiva, uma vez que é suscetível de acarretar benefícios para o consumidor, aumentando o volume de transações no mercado. Observa WISH²⁶⁶ que a prática vertical em análise pode ser positiva em termos de eficiência alocativa²⁶⁷, uma vez que pode resultar em

²⁶⁴ É curioso notar que a discussão do tema das vendas casadas nos Estados Unidos e na Europa varia substancialmente. Nesse sentido, PITOFISKY, GOLDSCHIMD e WOOD retratam, em seu livro *Trade Regulation*, uma comparação dos dois sistemas feita por William J. Kolasky, em 17 de maio de 2002, perante o “BIICL Second Annual International and Comparative Law Conference in London”, assim dispondo: “The final area of divergence is what we call monopoly leveraging in the United States – that is, using a dominant position in one market to gain a competitive advantage in another. Most U.S. courts have held that it is not unlawful for a firm with a monopoly in one market to use its monopoly power in that market to gain a competitive advantage in neighboring markets, unless by so doing it serves either to maintain its existing monopoly or to create a dangerous probability of gaining a monopoly in the adjacent market as well. My understanding is that under EU law, by contrast, it is an abuse of dominance for a firm that is dominant in one market to use that position to gain a competitive advantage in a neighboring market in which it is not dominant even if the conduct is not shown to be likely to create a dominant position in the second market unless the dominant firm can show a legitimate business justification for its conduct. Our view, by contrast, is that ‘so long as we allow a firm to compete in several markets, we must expect it to seek the competitive advantages of its broad-based activity – more efficient production, greater ability to develop complementary products, reduced transactions costs, and so forth,’ and that allowing it to do so ultimately benefits consumers. Again, this is an area that would benefit from a constructive transatlantic dialog over our differing approaches”. PITOFISKY, Robert; GOLDSCHIMD, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation: cases and materials*. 5. ed., Westbury: The Foundation Press, 1990, p.930-1.

²⁶⁵ Para Richard Wish, “Price discrimination may be defined as the sale or purchase of different units of a good or service at prices not directly corresponding to differences in the cost of supplying them. There can be discrimination both where different, non-cost related prices are charged for the sale or purchase of goods or services of the same description and also where identical prices are charged in circumstances in which a difference in the cost of supplying them would justify their differentiation”. WISH, Richard. *Competition law*, 5th edition, Lexis Nexis, 2003, p.717.

²⁶⁶ WISH, Richard. *Competition law*, 5th edition, Lexis Nexis, 2003, p.717.

²⁶⁷ Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, “A eficiência alocativa se alcança quando a conjugação da produção e da troca tem por efeito fazer alguém melhor do que antes sem, contudo, fazer com que outra pessoa venha a se encontrar numa situação pior. [...] A eficiência alocativa se refere, pois, ao adequado posicionamento dos recursos na economia, endereçando-os às pessoas (consumidores) que lhes atribuem o valor máximo...”.

aumento de benefícios na relação tempo/trabalho. Esse autor cita o exemplo de um teatro que conseguiria vender 80% de seus ingressos a £4 cada um ou, alternativamente, 100% de seus ingressos se os dividisse da seguinte forma: 70% deles a £5 e os 30% restantes a £3, para o público estudantil, por exemplo. Assim, embora tenha havido a discriminação de preços, houve maior eficiência dos recursos, proporcionando um maior número de consumidores o produto oferecido.

Todavia, a atenção do julgador deve ser voltada para as diversas formas como a discriminação pode ocorrer, uma vez que ela pode indicar uma atitude de inviabilizar o acesso de concorrentes à etapa essencial da cadeia produtiva (a jusante), quando exercida por agente que detém grande poder de mercado.

Em sede de serviços de utilidade pública, a discriminação de preços reflete, freqüentemente, a presença de consumidores com características bem diversas, com um consumo sumamente variável entre si. Em se tratando de produtos cujo consumo é aumentado em determinadas épocas do ano, é justificável a verificação de preços cambiantes. Em casos de mercados regulados abertos à concorrência, deve-se atentar se a discriminação de preços vem acoplada a uma venda casada ou a uma recusa de venda, como sói acontecer. Da mesma forma, em situações em que uma empresa tem controle parcial ou total sobre uma rede ou infra-estrutura essencial, a discriminação de preços pode servir para elevar o custo do concorrente, com efeitos nocivos à livre concorrência.

No direito europeu, o art. 82 (2) (c)²⁶⁸ do *Tratado de Roma* veda a imposição de preços não equitativos, de forma geral, tendo a Lei antitruste brasileira, contudo, exemplificado, em seu art. 21, tanto a fixação de preço acima como abaixo de seu preço de custo, vinculando qualquer dessas condutas aos objetivos e efeitos do art. 20 do mesmo diploma legal.

Por fim, uma última restrição vertical exemplificada pela Resolução em análise cinge-se nos **acordos de exclusividade**, por meio dos quais “os compradores de determinado

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001., p.78. Para Robert Bork, eficiência alocativa “refers to the placement of resources in the economy, the question of whether resources are employed in tasks where consumers value their output most”. BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993, p.91.

²⁶⁸ Art. 82 (2) (c) do *Tratado de Roma*: “applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage”.

bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais”²⁶⁹.

Segundo a autarquia antitruste brasileira, essa prática pode apresentar algumas eficiências, tais como redução dos custos de transação e proteção dos agentes contra práticas oportunistas, como o *free riding*. Pode, por outro lado, apresentar ineficiências, normalmente vinculadas à implementação de condutas colusivas, tendentes à cartelização no mercado de origem, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos. Pode, outrossim, fortalecer o poder unilateral de mercado de uma empresa, mediante a criação de barreiras à entrada de novos competidores no segmento de distribuição ou de fornecimento de insumo.

Por serem os acordos de exclusividade quanto à espécie de restrição vertical na qual se vislumbra a prática da unimilitância exigida por algumas cooperativas médicas e representa o cerne do presente trabalho, estudar-se-ão mais detalhadamente as suas características em item apartado.

3.3.4 Acordos de exclusividade

Um acordo ou contrato de exclusividade ou de seletividade são pactos que contêm uma cláusula de concessão exclusiva, por meio da qual

um fornecedor se compromete a licenciar somente um distribuidor, num determinado território, podendo ocorrer a contrapartida de um comprometimento recíproco do distribuidor de somente comercializar os produtos do fornecedor. Haverá, nesse caso, uma limitação quantitativa²⁷⁰.

Em outras palavras, pode-se dizer que os contratos de exclusividade são acordos por meio dos quais os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando proibidos de comercializar os bens dos concorrentes.

²⁶⁹ Conceito constante da Resolução n. 20/99 do CADE.

²⁷⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.175-176.

Afirma FORGIONI²⁷¹ que os diplomas legais que tutelam os acordos de exclusividade cuidam de disciplinar a “concorrência entre não-concorrentes”. A lei passa a considerar desnecessária a relação direta de concorrência entre os agentes econômicos, uma vez que os contratos de exclusividade envolvem agentes econômicos que atuam em estágios diversos de uma mesma cadeia de produção/comercialização (integrações, portanto, verticais).

Segundo SALOMÃO FILHO²⁷², “do ponto de vista constitucional, as cláusulas de exclusividade representam, por assim dizer, o oposto da recusa de contratar”. Em verdade, a limitação da liberdade individual do agente de contratar estende-se em relação a terceiros, com os quais o sujeito restou contratualmente²⁷³ obrigado. É uma excludente, portanto, da concorrência intermarcas²⁷⁴, cuja catalogação legal encontra-se no art. 21, inciso VI, da Lei n. 8.884/94.²⁷⁵

Uma vez conceituados os acordos de exclusividade, parte-se para uma análise dos seus mais importantes efeitos em relação à concorrência.

Historicamente, é de sobranceira observância o fato de que até meados dos anos 1980 a aceitabilidade dos acordos de exclusividade era superior à da venda casada e à da recusa de contratar. Isso em função da crença da eficiência econômica de referida avença, fulcrada no entendimento segundo o qual o intuito da cláusula em apreço não era o de restringir a concorrência, mas sim o de melhorar a atuação dos agentes no mercado incrementando sua capacidade competitiva.²⁷⁶

Todavia, há que se atentar para alguns pontos quando o tema é eficiência. Muito se debateu acerca dos limites em que a alegação de benefícios econômicos seria suficiente para afastar a ilegalidade dos efeitos anticoncorrenciais de uma prática. O que se sustentou, por algum tempo, é que um agente econômico teria seus inevitáveis custos de transação

²⁷¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.344.

²⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.246.

²⁷³ Cumpre lembrar que os contratos não são, necessariamente, expressos e formais, podendo também ser tácitos e verbais, não perdendo, por essa razão, seu cunho de obrigatoriedade.

²⁷⁴ É importante observar que a exclusividade ora versada cinge-se na exclusão da concorrência intermarcas, e não intramarcas, como ocorre na exclusividade territorial atribuída a distribuidores de uma mesma rede. Esta última encontra guarida no art. 21, inciso XI, da Lei n. 8.884/94, tratando-se de colusão.

²⁷⁵ Art. 21, inciso VI: “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”.

²⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.247.

reduzidos se realizasse essa transação no mercado ao invés de buscar efetivá-la no interior da própria empresa.²⁷⁷

Tal decisão, contudo, acarreta certa instabilidade para o agente, na medida em que passa a depender de outro sujeito, não necessariamente comprometido com o bom e duradouro funcionamento da cooperação efetivada. Há também questões de cunho financeiro que não são facilmente resolvidas quando a avença se estende por muito tempo, mormente no que concerne à correção monetária do preço ajustado.

Vislumbra-se na hipótese em causa também a incerteza de que o investimento feito, geralmente em patamares elevados, logre os retornos necessários à manutenção do agente no mercado e seu posterior desenvolvimento econômico. Essa preocupação é, em grande parte, justificada pela possibilidade do surgimento de *free riders*, que, aproveitando-se de externalidades positivas de determinadas ações de terceiros, acabem apossando-se de seus benefícios.

Visando a evitar os *contratempos* citados, os agentes econômicos passam a buscar meios de vincular seus parceiros comerciais, reduzindo, dessa forma, a insegurança mencionada. Um dos meios encontrados para comprometer todos os envolvidos no mesmo objetivo (desenvolvimento comercial) é a aposição de cláusulas de exclusividade nos contratos firmados, por meio das quais o distribuidor, por exemplo, somente poderá adquirir determinado bem do produtor que com ele firme a avença.

Se retratada a situação da forma acima, poder-se-ia entender, à primeira vista, que uma integração vertical²⁷⁸ que permita uma estruturação eficiente dos negócios do empresário, sem que haja concentração, merece incentivo.

Proteger-se-ia, sob esse prisma, a eficiência, e não a concorrência, sendo os acordos de exclusividade um dos meios mais práticos de se alcançar a potencialidade dos agentes.²⁷⁹

²⁷⁷ Os estudos de Ronald Coase demonstraram que as relações verticais entre produtor e distribuidor geram enormes custos de transação, os quais, se diminuídos, refletirão no preço final do produto ou serviço oferecido. Partindo-se dessa premissa, se a eliminação dos referidos custos é conveniente para os concorrentes (e também, de forma mediata, para o consumidor), então os agentes tenderão a tentar eliminá-los, fazendo acordos na linha vertical, dentre eles os acordos de exclusividade, sendo necessário que o direito concorrencial se ocupe de tais acordos, seja para sancioná-los ou admiti-los, quando pró-concorrenciais. COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n.3, p.1-44, outubro 1960.

Entretanto, a função do Direito Antitruste não é defender a eficiência a todo e qualquer custo, nem o aumento dos ganhos totais dos agentes econômicos, mas sim proteger a concorrência. É dizer: resolver os conflitos de interesse que surjam das relações *concorrenciais* entre os agentes, e não *comerciais*.

Assinala SALOMÃO FILHO:²⁸⁰

Se assim é, e se a concorrência é o valor institucional a ser protegido, então a análise da exclusividade deve partir necessariamente do estudo de seus efeitos sobre a concorrência, e não de seu potencial criador de eficiências. Isso não significa que elas devam ser desconsideradas, mas apenas que a elas deve ser atribuída a exata dimensão – isto é, justificativas que claramente excluam a possibilidade de dominação do mercado.

Complementando esse entendimento, FORGIONI²⁸¹ observa que:

[...] a visão maniqueísta de alguns em relação às cláusulas de exclusividade (e, em geral, às restrições verticais), entendendo-as lícitas desde que não acarretem prejuízos aos consumidores, há de ser rechaçada, porquanto em nosso ordenamento [...] a 'eficiência alocativa' não é o único escopo da repressão ao abuso do poder econômico.

Necessário, destarte, aferir as características dos acordos de exclusividade que denotam suas principais conseqüências sobre a concorrência. Para tanto, insta levar-se em conta duas ordens de questões apontadas por FORGIONI²⁸²:

[...] esse tipo de acordo pode restringir a concorrência entre os agentes econômicos distribuidores de um bem ou serviço (*intra-brand competition*) e, ao mesmo tempo, fomentar a concorrência no mercado relevante em que atua o produtor (*inter-brand competition*)?

Em outras palavras, atualmente, a análise das restrições verticais conclui por uma contraposição entre “efeitos pró-competitivos, geralmente de aumento da eficiência, que

²⁷⁸ No sentido de *cooperação e atuação conjunta* entre as empresas, e não no sentido de aquisição, direta ou indireta, de uma por outra.

²⁷⁹ Calixto Salomão Filho observa que, para os neoclássicos, a teoria da ilicitude da exclusividade é construída em torno da eficiência. “Em certos momentos a leitura dos textos neoclássicos transmite a exata sensação não apenas de que se está por sugerir a licitude *per se* das cláusulas de exclusividade, mas que se pretende protestar por um direito antitruste que ofereça mais incentivo à integração vertical”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as condutas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.251.

²⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* – as condutas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.252.

²⁸¹ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.279.

²⁸² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.345.

incrementam a competição e os efeitos anticoncorrenciais, principalmente, de redução do acesso ao mercado²⁸³“.

Os entendimentos que alegam que os acordos de exclusividade podem gerar conseqüências salutares à economia baseiam-se no fato de que essas avenças fomentam a concorrência entre os produtores (*intra-brand competition*), na medida em que:

- implicam redução de custos na distribuição;
- facilitam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, porque permitem o retorno do investimento efetuado;
- evitam a concentração de distribuidores, de modo a evitar que os mais agressivos acabem por incorporar os outros, causando um grau de concentração prejudicial ao mercado; e
- permitem a preservação da imagem do produto.

No entanto, relativamente aos efeitos pró-competitivos dos acordos de exclusividade, lembra FORGIONI²⁸⁴ o caráter polêmico desse tema no Direito Antitruste, sendo certo que não há consenso entre a doutrina e a jurisprudência sobre a conveniência ou não desses acordos.

De qualquer forma, segundo a mesma doutrinadora, “a licitude do acordo vertical, como logo é de se perceber, dependerá da análise caso a caso, sopesando-se o mercado relevante de que está se tratando, o tipo de produto comercializado e a necessidade do consumidor satisfeita”²⁸⁵.

Relativamente aos efeitos nocivos dos acordos de exclusividade à ordem econômica, afirma o parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, no Processo n. 08012.003.303/95-28: “16. [...] A cláusula de distribuição exclusiva tende a reduzir a competição entre marcas [...]. Nesse sentido, só seriam condenáveis os contratos/cláusulas de exclusividade cujos efeitos da redução da concorrência inter-marcas fosse maior que o aumento da competição intra-marcas”.

²⁸³ MATTOS, César. *A revolução do antitruste no Brasil*. A teoria econômica aplicada aos casos concretos. São Paulo: Singular, 2003, p.268.

²⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.344-345.

²⁸⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.348.

Assim, conclui-se que os contratos de exclusividade também podem prejudicar a concorrência, como ocorre com todas as espécies de restrições verticais até então estudadas, uma vez que:

- implementam condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização no mercado “de origem”, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos;
- elevam os custos de entrada de competidores potenciais;
- elevam os custos de rivais efetivos no mercado do provedor, aumentando a possibilidade de exercício de poder de mercado no setor correspondente; e
- aumentam o poder de mercado do provedor, na medida em que conseguem restringir o acesso de rivais potenciais ou efetivos aos sistemas de distribuição, obrigando-os a constituir canais próprios.

SALOMÃO FILHO²⁸⁶ traz uma importante indagação acerca da potencial dominação do mercado em decorrência da utilização de acordos de exclusividade. Segundo o autor, a celebração de avenças de seletividade geraria uma colusão involuntária dos agentes, na medida em que estes buscariam com o ajuste unir-se não para prejudicar outrem, mas para *sobreviver* no meio econômico.²⁸⁷

Esse ajuste, entretanto, pode ocorrer entre um produtor e o maior distribuidor da região. Nessa hipótese, os demais produtores, sem acesso à melhor rede de distribuição, terão seus custos aumentados, o que refletiria em uma diminuição da produção (“exatamente para maximizar lucro na confluência entre custo marginal e receita marginal”).

Conseqüência lógica do exposto é o aumento da participação no mercado do agente beneficiado pela cláusula de exclusividade, gerando ineficiência econômica oriunda de um decréscimo de produção e aumento de preços.

Os demais sujeitos desse mercado, buscando manter-se *vivos* na atividade econômica que desenvolvem, percebem a necessidade de também firmar acordos de

²⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.252-7.

²⁸⁷ Ainda que a conseqüência lógica disso seja exatamente a exclusão de concorrentes.

exclusividade por meio dos quais logrem redução dos riscos de seu negócio e, por via lógica, diminuição dos custos de seu produto.

Atente-se para o fato de que a cláusula de exclusividade utilizada pela primeira vez não foi, em momento algum, desautorizada. Pelo contrário, foi válida e originou efeitos significativos no mercado, tanto que alterou a forma de atuação dos outros agentes econômicos, que também procuram, agora, assegurar-se pela seletividade.

Daí surge uma questão de relevo: a cláusula de exclusividade, utilizada pela primeira vez, não foi afastada pelas autoridades antitrustes, tendo representado para seus participantes eficiências significativas. Todavia, a manutenção de uma posição pacífica por parte do agente antitruste pode desencadear a formação de um mercado inteiramente interligado, que não permita a entrada de produtores ou distribuidores *independentes* em condições concorrenciais, sem deles exigir a participação nos dois mercados.

Indaga-se, dessa forma: Qual deve ser a atitude do órgão de defesa da concorrência em uma situação como a demonstrada: punir apenas os agentes que firmaram, por último, acordos de exclusividade (e que desencadearam, portanto, o *fechamento integral* do mercado) ou estender a ilegalidade a todos, mesmo àqueles que, inicialmente, tiveram sua prática aceita?

Para SALOMÃO FILHO²⁸⁸, a resposta encontra-se na teoria da incipiência, recepcionada pelo art. 20, incisos I e II, da Lei n. 8.884/94. Para esse doutrinador, deve-se reconhecer que impedir o acesso a fontes e canais de distribuição (art. 21, inciso VI, da mesma lei) não implica, necessariamente, o esgotamento das redes de distribuição, bastando que exista uma limitação de relevância tal que altere a estrutura do mercado em causa, gerando importantes barreiras à entrada de novos concorrentes e dificultando a permanência de produtores independentes, que optaram pela não-verticalização.

Em face do exposto, conclui o autor que “uma política antitruste coerente é aquela que reprime a integração vertical em sua incipiência, desde que não existam justificativas que permitam eliminar o efeito anticoncorrencial da conduta”.²⁸⁹

²⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.257.

²⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.257.

Por fim, ao se proceder à análise das cláusulas de exclusividade, é importante apurar a presença dos requisitos naturais a toda negociação compulsória, gênero que abarca a seletividade.

O primeiro deles é a *coerção*, que define entre os agentes uma posição de dependência, uma vez que “só há que se falar em exclusividade quando essa é imposta, e não voluntária”.²⁹⁰ Ainda que a imposição decorra de ato de ambas as partes (necessidade de contrapartida – *quid pro quo*), será atitude coercitiva, posto haver a dependência, estudada, destarte, à luz dos preceitos que regem a exclusividade.

Outro requisito a ser apurado, mormente nos casos de exclusividade na distribuição, é a existência de pelo menos um dos mercados não competitivos. Isso porque a presença de oligopólio no pólo dos produtores, por exemplo, incentiva os distribuidores a buscar, o mais rápido possível, integrar-se verticalmente, sob pena de serem até mesmo *banidos* daquele mercado.

Note-se que se nenhum dos extremos analisados é concentrado, haverá produtores e distribuidores suficientes para sempre atender às demandas, não forçando nenhum dos agentes a, necessariamente, vincular-se com exclusividade a outrem, sob pena, até, de perderem boas oportunidades de negócios com outros partícipes.

Entretanto, alerta SALOMÃO FILHO²⁹¹ para o fato de que a oligopolização dos mercados não é suficiente. “É necessário também que existam mínimas barreiras à entrada no mercado que concedeu a exclusividade (dos distribuidores e/ou fornecedores)”, uma vez que a verticalização “exige que o novo potencial concorrente se estabeleça em dois e não em um nível de mercado para ter chances de competir”.

Um último elemento que impende ser verificado cinge-se na existência ou não de justificativas, uma vez que incumbe ao agente acusado de conduta anticoncorrencial provar que as potenciais eficiências são o único objeto daquele ato, servindo como instrumento de defesa do sujeito perante as dificuldades próprias daquele mercado.

²⁹⁰ Explica Calixto Salomão Filho que a ausência de imposição, isto é, a voluntariedade do agente, não torna a prática em análise lícita e alheia ao Direito da Concorrência, mas simplesmente a desloca para outro enquadramento, relativo não à *exclusividade* mas à *recusa de contratar*. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.258.

²⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.259.

Daí ser relevante, no caso da figura do *free rider* vista acima, demonstrar que a sua atuação já vem contaminando o mercado em causa, distorcendo as condições de competição e forçando os agentes, portanto, a firmarem acordos de exclusividade, e não que aquela atuação é meramente potencial, fictícia. A eficiência, nesse caso, é pró-competitiva, e não anticoncorrencial.

Relatadas as principais conseqüências que os acordos de exclusividade acarretam à concorrência, parte-se para o estudo de uma espécie particular de cláusula de exclusividade: a cláusula de unimilitância *imposta*, pela UNIMED, a seus cooperados.

4 CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO DIREITO COOPERATIVO

4.1 Atipicidade da cláusula de exclusividade no caso das cooperativas

4.1.1 Unimilitância

Inseridos no gênero das restrições verticais, encontram-se os acordos de exclusividade, que, conforme visto no capítulo anterior, cingem-se na coerção proibitiva de um agente comercializar determinado bem ou serviço com um concorrente.

No presente capítulo, o objeto do estudo será um tipo diferenciado de cláusula de exclusividade, chamado de “cláusula de unimilitância”, que, conforme o próprio nome sugere, refere-se à obrigatoriedade de um sujeito militar/trabalhar somente para um outro agente. Esta cláusula será analisada tal como utilizada em um caso concreto, que ora se coloca em discussão: o caso “UNIMED”.

Para um entendimento incipiente da questão, que será analisada minuciosamente em seguida, pode-se resumi-la da seguinte maneira: os médicos cooperados da UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico, por meio de uma cláusula inserida no Contrato Social da cooperativa citada, restaram proibidos de atender pacientes que lhes remunerem o serviço por meio de outras operadoras de plano de saúde, sob pena de serem excluídos dos quadros de cooperados da UNIMED.

Há, portanto, um acordo de exclusividade no corpo do próprio ato constitutivo da cooperativa, pelo qual os médicos somente podem prestar seus serviços a clientes da UNIMED. É, em suma, uma vedação a um profissional de estabelecer uma relação contratual com outro prestador de serviços que não a UNIMED, não obstante possa atender clientes que não estejam vinculados a nenhum plano de saúde, considerados como “particulares”.

Trata-se de uma exclusividade atípica, contudo, uma vez que inserida no âmbito das relações profissionais entre um cooperado e uma cooperativa da qual este faz parte, cujos termos foram previamente aceitos pelos prestadores de serviços ao aderir à cooperativa

médica, que tem, por definição, o escopo inicial de promover o desenvolvimento das atividades da classe sem a usurpação de agentes externos.

Não se apresenta neste caso um agente econômico individual, com interesses diversos do outro pólo contratante, mas sim um agente revestido na forma composta, de cooperativa, na qual os lucros de toda a atividade são divididos entre todos os prestadores de serviços, o que não ocorre em outras espécies de empreendimento. A consequência disso é que os efeitos econômicos da unimilitância exigida são suportados por todos, sejam eles maléficis ou benéficos. Em tese, não há elementos que denotem que alguém seja beneficiado por essa conduta, senão os próprios cooperados que a impõe e, ao mesmo tempo, a ela estão impostos.

Daí se dizer que a unimilitância a ser estudada não é uma cláusula de exclusividade típica, mas sim diferenciada de todas as até aqui estudadas, razão pela qual alguns pontos específicos em seu estudo devem ser analisados, verificando-se, afinal, se lícita ou ilícita a conduta perpetrada pela UNIMED de exigir a unimilitância dos médicos a ela cooperados, sob pena de exclusão de seus quadros de prestadores de serviços.

4.1.2 Casos UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Prefacialmente, impende esclarecer que não será trazido à baila neste item um caso específico julgado pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca do tema “acordos de exclusividade – unimilitância”. Por razões didáticas, optou-se pela explicitação de uma generalidade de julgados que versam, em seu cerne, sobre a mesma matéria fática, tendo sido, portanto, analisados sob ótica jurídica semelhante.

Tratar-se-á neste segmento fundamental do trabalho dos inúmeros processos administrativos anticoncorrenciais envolvendo a cooperativa médica UNIMED – presente em parcela significativa do território nacional –, em especial a cláusula de exclusividade que ela impõe aos médicos associados, independentemente da área de atuação destes.

O ponto principal dos processos envolvendo a UNIMED diz respeito a uma cláusula constante no Estatuto Social da cooperativa que vincula seus médicos cooperados ao atendimento exclusivo de pacientes que possuam o plano de saúde da UNIMED. A cláusula em questão, denominada de “Cláusula de Unimilitância”, determina, em linhas gerais, que os

associados estão impedidos de prestar seus serviços a outros agentes econômicos concorrentes da UNIMED, sob pena de serem excluídos do quadro de cooperados.

Referida prática da cooperativa em causa originou diversos Inquéritos Civis Públicos, que apuraram a ocorrência da atitude citada em variadas regionais da UNIMED. A conclusão desses inquéritos foi encaminhada ao Ministério Público Federal, que entendeu por apresentar denúncia em desfavor de algumas regionais da UNIMED, enviando cópia dos inquéritos efetivados para o CADE, que os encaminhou para a SDE.

Instauradas as averiguações preliminares, por parte da Secretaria de Direito Econômico, sobre a conduta ora apreciada, as seccionais da UNIMED foram instadas a prestar esclarecimentos, tendo formalizado as seguintes informações perante aquele órgão:

- São sociedades cooperativas instituídas a partir da livre manifestação de vontade dos médicos que as compõem, não exercendo qualquer coação sobre seus cooperados no ato da adesão;
- As cooperativas são sociedades instrumentais que viabilizam a agregação dos profissionais médicos, eliminando a intermediação de caráter mercantil;
- As cooperativas exercem atividade econômica, e não mercantil, não devendo equiparar-se suas atividades àquelas exercidas pelas empresas mercantis, próprias do sistema capitalista, dentre as quais se inserem as empresas de medicina de grupo;
- O resultado econômico do trabalho médico dos cooperados tem origem exclusiva nos contratos celebrados por intermédio da sociedade, observada a proporcionalidade da atuação de cada um na execução dos citados contratos;
- No contrato de cooperativa, as pessoas se obrigam, reciprocamente, a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro;
- O médico cooperado pode atuar livremente no atendimento a pacientes que o procurem. Todavia, não pode vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que é instituída;

- Ao se formalizar a constituição da cooperativa, impondo-se ao cooperado a proibição de fazer parte de pessoas jurídicas ou associações colidentes com os propósitos da entidade cooperativa, não se está tolhendo o direito de livre exercício profissional, mas se estabelecendo, tão somente, uma regra de comportamento enquanto cooperado;
- O cooperado, por ser um dos *sócios* da cooperativa, deve ser impedido de exercer sua atividade profissional em favor de empresas concorrentes que mercantilizam o trabalho médico;
- A cooperativa é uma *longa manus* do cooperado; se este favorece a concorrência, estaria agindo de forma paradoxal, eis que se tornaria concorrente de si mesmo, prejudicando com isso seus sócios, que se dedicam exclusivamente à cooperativa;
- Pelo princípio da fidelidade cooperativa, é legítima a cláusula que impede o ingresso nos quadros de uma cooperativa de agentes do comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade;
- A exigência estatutária das cooperativas médicas de que seus médicos cooperados guardem fidelidade é legítima, não configurando qualquer infração à ordem econômica.

Diante do panorama exposto, algumas observações urgem serem feitas:

Inicialmente, cumpre ressaltar que nenhuma das regionais da UNIMED questionadas negou a imposição da cláusula de unimilitância, tendo todas se limitado a argüir a legalidade dessa imposição e as justificativas econômicas que embasam a necessidade de sua manutenção. Em verdade, o que sustenta a UNIMED, em sua generalidade, é que a atitude por ela perpetrada está em consonância com os princípios e ditames legais atinentes às cooperativas, uma vez que o interesse dessa espécie societária é indissociável do interesse de seus membros, os quais não poderiam cometer qualquer ato em contrariedade ao proveito comum a que se propuseram, sob pena de agirem em contrariedade ao *affectio societatis*, que, como em qualquer outra sociedade, deve ser estritamente observado. Nessa senda, se o cooperado compromete-se a contribuir com seus serviços para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, não pode favorecer, também, o concorrente, o que estaria acontecendo com a dupla militância.

Ademais, insta sobrelevar que a base fundamental de todas as argumentações citadas outrora encontra-se nos princípios que regem uma sociedade cooperativa, cuja guarida no ordenamento jurídico pátrio é conferida pelo § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, que expressamente proíbe o ingresso no quadro das cooperativas de agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.

Por fim, pertinente apontar a alegação de ausência de *coerção*²⁹² no caso da unimilitância, ao argumento de que as cooperativas são abertas a todas as pessoas aptas a usar seus serviços e dispostas a aceitar as responsabilidades que dela decorrem (livre adesão), não se tendo jamais compelido nenhum médico a tornar-se associado (*pacta sunt servanda*).

Em que pese as razões apresentadas pelas cooperativas, a prática em apreço foi encaminhada ao CADE para julgamento, tendo este órgão caracterizado, na maioria dos casos, a unimilitância como infração à ordem econômica, com enquadramento legal nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94.

O inconformismo com essa decisão levou a problemática ao Judiciário, tendo este, em sua grande maioria, contrariamente ao posicionamento firmado pelo órgão antitruste brasileiro, entendido ser essa conduta válida e legítima, afastando a ilegalidade aposta pelo CADE.

Diante da divergência de opiniões exaradas pelos órgãos administrativo e judicial do país, urge fazer um exame particularizado das razões de decidir que cada instância adota, diligenciando a concreção de um paralelo entre os entendimentos suplantados, a fim de se perquirir a procedência dos argumentos apresentados.

4.2 Julgamento da questão: análise administrativa e judicial do problema

Consoante vislumbrado no item anterior, faz-se de supina importância estudar o tema da unimilitância em conformidade com os entendimentos até então dispensados sobre o tópico, aferindo os pontos principais que cada órgão administrativo e judicial suscita e

²⁹² O elemento da coerção, conforme analisado no Capítulo 3, é de especial relevância para a prática de exclusividade anticoncorrencial.

buscando definir, assim, a melhor perspectiva para uma possível solução do caso ora em apreço.

Iniciar-se-á, dessarte, pela análise das decisões de cunho administrativo, haja vista ser no CADE que se analisam, em regra, em primeiro plano, questões de ordem concorrencial.

4.2.1 Entendimento administrativo: CADE

Vislumbrou-se, em itens anteriores, que o CADE, por meio de sua Resolução n. 20/99, arrolou a forma como a análise antitruste de condutas e atos de concentração seria efetivada. Em linhas gerais, poder-se-ia resumir a verificação do CADE da seguinte forma: a) análise da posição dominante, que ocorre pela delimitação dos mercados relevantes em causa (do produto e geográfico), pela estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s) e pela apuração das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s); e b) análise da conduta específica, que engloba a avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre o(s) mercado(s) relevante(s) (ou outros), o exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta, e a avaliação final dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

Seguindo, então, essa mesma linha de ponderação, demonstrar-se-á, neste item, a forma pela qual o CADE analisou a questão da unimilitância imposta pelas UNIMEDs regionais que tiveram um processo administrativo instaurado pela SDE.

Antes, contudo, de iniciar a cadeia de perquirição acima trasladada, insta abordar uma questão preliminar, que é, reiteradamente, suscitada pela UNIMED:²⁹³ a aplicabilidade ou não da Lei n. 8.884/94 às sociedades cooperativas, haja vista a alegação de que elas não exerceriam atividade comercial, mas apenas econômica.

²⁹³ De agora em diante, utilizar-se-á o termo UNIMED para englobar todas as regionais que tiveram processos administrativos alusivos à unimilitância, e não mais a expressão “UNIMEDs regionais”, a menos que seja necessária a especificação de alguma delas.

Superando qualquer abordagem nesse sentido, as decisões proferidas pelo CADE são taxativas ao afirmar a efetiva e necessária aplicação da Lei Antitruste brasileira às cooperativas²⁹⁴, fundamentando seu entendimento no art. 15 da lei, que assim dispõe:

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Segundo se observa do preceito transcrito, a legislação em comento possui aplicabilidade sobre todas as pessoas físicas e jurídicas, independentemente da forma como se encontram constituídas ou da validade formal de sua constituição.²⁹⁵ Assim, aplicável também às cooperativas, razão pela qual, uma vez superada a preliminar suscitada pela UNIMED, adentra-se no mérito da questão.

No que concerne à análise da posição dominante, que necessariamente envolve uma apuração dos mercados relevantes (material e geográfico), o entendimento do CADE é no sentido de configurar o mercado relevante do produto como sendo “a prestação de serviços médicos por meio de planos privados de assistência à saúde e/ou seguro-saúde”. Com relação ao mercado relevante geográfico, é este caracterizado como sendo as **áreas de atuação regional** das Representadas. Tome-se como exemplo a UNIMED de Araras: o seu mercado relevante geográfico foi composto pelas cidades de Araras, Conchal, Leme e Santa Cruz da

²⁹⁴ Segundo voto proferido pelo conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer nos autos dos Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e 08012.000353/2004-14: “[...] as cooperativas estão submetidas à Lei n. 8.884/94. Em outras palavras, elas não são dotadas de imunidade antitruste pelo fato de serem cooperativas, *vis a vis* a claríssima disposição do art. 15 da Lei n. 8.884/94. Tanto isto é verdade que o CADE vem impondo condenações a cooperativas médicas que determinam exclusividade a seus membros”.

Também o conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcelos proferiu voto no sentido de se conferir ao art. 15 da Lei n. 8.884/94 interpretação extensiva, entendendo ser ele aplicável, até mesmo, a uma associação médica, conforme se vislumbra no processo administrativo n. 08012.004025/2000-63, assim dispondo: “No que pertine à Associação Médica de Umuarama não resta dúvidas de que a Lei n. 8.884/94 também lhe é aplicável por interpretação do art. 15, que confere a aplicabilidade desta lei às pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado, bem como a quaisquer associações e entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito. As associações, de acordo com o art. 53 do Código Civil, são constituídas pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Porém, muito embora não visem lucro, as associações podem visar vantagens materiais. Neste caso, devem colimar objetivos altruístas, morais, religiosos, de interesse geral, em benefício de toda a comunidade ou de parte dela e não dos sócios particularmente. Embora tais entes tenham por natureza serem constituídos para o atendimento de finalidades sociais, nada obsta que sejam passíveis de cometer condutas e infrações à ordem econômica” fonte: <<http://www.cade.gov.br>>, acessado em 15 de abril de 2006.

²⁹⁵ Ensina LEOPOLDINO DA FONSECA que: “O legislador procurou dar amplitude à norma para abranger todas aquelas situações em que se verifique a possibilidade de ocorrerem infrações à ordem jurídica. Tais infrações podem ser praticadas quer por pessoas físicas, quer por pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou público, tenham-se constituído segundo as exigências legais, ou sejam sociedades meramente de fato. Ressalte-se que o legislador não exclui as situações de monopólio legal, em que poderá haver situações de abuso

Conceição. Já o mercado da UNIMED Leste Paulista abrange as cidades de São João da Boa Vista, Aguaí, Águas da Prata, Casa Branca, Espírito Santo do Pinhal, Itobi, Santa Cruz das Palmeiras, Santo Antônio do Jardim, São Roque da Fartura, São Sebastião da Gramma, Tambaú e Vargem Grande do Sul.

Diante dessa configuração dos mercados em causa, o CADE, na maioria dos casos julgados, decidiu pela existência de posição dominante por parte da UNIMED, uma vez que esta, nos mercados analisados, congregava mais de 20% dos profissionais disponíveis no mercado para a prestação de serviços médicos, enquadrando-se no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94.

Insta observar que a apuração do poder de mercado da UNIMED foi feita comparando-se o número de médicos que cada cooperativa analisada congrega e o número de médicos credenciados no Conselho Regional de Medicina da área de atuação da UNIMED. Por meio dessa análise, verificou-se que, em alguns casos, a UNIMED chegava a possuir em seu quadro de associados até 78%²⁹⁶ dos médicos existentes na região em causa, aos quais ela impunha exclusividade na prestação de serviços.

Em decorrência do quadro exposto, concluiu o CADE pela existência de poder de mercado por parte da UNIMED, fulcrando esse entendimento no posicionamento adotado pelo § 3º do art. 20, que determina ser presumida a posição dominante quando a empresa controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante em análise, bem como no fato de ela impor cláusula de exclusividade aos seus cooperados, impedindo que exercitem sua profissão em benefício de outros planos de saúde, sob pena de serem expulsos da cooperativa.

A cláusula de exclusividade/unimilitância não era negada por nenhuma UNIMED e constava de forma expressa de seus Estatutos, por exemplo, no da regional de São José do Rio Pardo²⁹⁷, que assim previa:

Art. 8º - O Cooperado se obriga a:

que deverão ser coibidas, sob pena de ocasionar-se lesão à ordem econômica". LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.125.

²⁹⁶ Esse percentual foi apurado no Processo Administrativo n. 08012.004025/2000-63, relativamente à UNIMED de Umuarama, cujo mercado relevante englobava as cidades de Umuarama, Alto Piquiri, Altônia, Brasilândia do Sul, Cafezal do Sul, Cruzeiro do Oeste, Douradinha, Esperança Nova, Icaraíma, Iporã, Ivaté, Maria Helena, Nova Olímpia, Pérola, Perobal, São Jorge do Patrocínio, Tapira, Vila Alta e Xambre, situadas no Estado do Paraná.

²⁹⁷ O Estatuto Social da UNIMED de São José do Rio Pardo consta nos autos dos Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e 08012.000353/2004-14, às folhas 255.

[...]

l) não participar de sociedades, mesmo a nível administrativo, que prestem serviços às empresas que exerçam atividade concorrente à UNIMED;

m) não praticar as vedações das letras “i”, “j” e “l” supra, mesmo que as empresas não tenham fins lucrativos;

n) não praticar a dupla militância na forma como já constante deste estatuto.

[...]

Art. 12 – Além dos motivos de direito, o Conselho de Administração é obrigado a eliminar o associado que:

a) venha a exercer qualquer atividade considerada prejudicial à Cooperativa, ou que colida com seus objetivos;

b) deixe de cumprir dispositivos da Lei, deste Estatuto e deliberações da cooperativa;

[...]

e) deixe de cumprir quaisquer obrigações previstas no art. 8º, letras “a” a “n”.

Houve um caso em que se vislumbrou, até mesmo, a utilização da exclusividade imposta como forma de publicidade da UNIMED, consoante se infere na notícia abaixo²⁹⁸

A partir de agora todo médico cooperado da Unimed Bragança irá atender exclusivamente aos usuários da Unimed. Agora quando você for agendar uma consulta com seu médico, não haverá mais pacientes de outros planos de saúde.

Em face dos dados apurados, o CADE entendeu, na maioria dos casos envolvendo as regionais da UNIMED, que esta, ao impor a unimilitância, tinha a manifesta intenção de obstar o acesso dos demais concorrentes (outros planos de saúde) às fontes de insumo (os médicos) necessárias para atuar no mercado relevante material, criando dificuldades à constituição, funcionamento e desenvolvimento (manutenção) de empresas concorrentes, trazendo, em decorrência, efeitos deletérios à concorrência e às estruturas de mercado.

Segundo verificado nas decisões proferidas pelo órgão administrativo antitruste brasileiro, o entendimento é que o objetivo da UNIMED ao impor a exclusividade de seus médicos é limitar artificialmente a possibilidade de concorrência, dificultando tanto a entrada de novos planos no mercado como a permanência dos que já existem.

²⁹⁸ Propaganda veiculada pela UNIMED Bragança Paulista, constante dos autos dos Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e 08012.000353/2004-14, às folhas 869.

Veja-se que, para que uma empresa de plano de saúde, incipiente ou preexistente, possa se manter no mercado material descrito acima, é necessário que ela possua em seus quadros de conveniados profissionais de qualidade, experientes, sem os quais essas empresas não serão atrativas aos consumidores, que, por obviedade, buscam a excelência quando o assunto é sua saúde. Sobreleve-se, ainda, que o consumidor desses produtos demanda uma disponibilidade de grande variedade de especialidades de tratamentos e opções de profissionais em cada especialidade, o que não será vislumbrado se um plano de saúde que detém mais de 20% dos médicos no mercado impõe-lhes a unimilitância.

Argüi-se, outrossim, que em cidades dotadas de poucos médicos, novos ou não, se todos eles possuírem exclusividade com seus planos de saúde, impossível é a entrada de uma nova operadora nesse centro, tendo-se criado, por conseguinte, uma barreira artificial à entrada de novos concorrentes. Fecha-se, destarte, o mercado em causa (*market foreclosure*), aniquilando o acesso de planos de saúde concorrentes a médicos capazes de influenciar o funcionamento dos mercados relevantes geográficos (*downstream foreclosure*).²⁹⁹

O ex-conselheiro do CADE Afonso Arinos de Mello Franco Netto, em voto proferido no Processo Administrativo n. 08012.011363/99-93, chegou a asseverar que a exclusividade pretendida pela UNIMED era uma estratégia de açambarcamento de mão-de-obra especializada, na medida em que coibia o emprego das horas de trabalho disponíveis desses profissionais por outras empresas.

Apontou o CADE, finalmente, para a necessidade de analisar o presente caso sobre o prisma da regra da razão, concluindo, também neste aspecto, pela inexistência de qualquer eficiência econômica na cláusula de exclusividade em questão, ponto este salientado pelo conselheiro Afonso Arinos, em voto proferido no Processo Administrativo n. 08000.004961/95-76³⁰⁰, no qual ele explica:

Os acordos de exclusividade têm caráter restritivo das transações de mercado e, potencialmente, são aptos a causar prejuízos à concorrência, mas devem ser examinados pela regra da razão, já que também podem ter como efeitos ganhos de eficiência.

A imposição de exclusividade de filiação dos profissionais médicos insere elementos de **rigidez ao funcionamento do mercado** do fator trabalho para as empresas de

²⁹⁹ Voto do conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer nos autos dos Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e 08012.000353/2004-14.

³⁰⁰ No Processo Administrativo n. 08000.004961/95-76, as Representadas eram a UNIMED de Nova Friburgo, a UNIMED do Estado do Rio de Janeiro e a UNIMED do Estado do Espírito Santo.

planos de saúde, devido à imposição de uma **indivisibilidade do tempo disponível do profissional médico**. [...] os **custos de transação** incorridos na desfiliação e para uma possível futura refiliação são fatores que desestimulam a realocação da mão de obra médica nos empregos onde ela é mais demandada. [...]

As possíveis razões para ganhos de eficiência das práticas de exclusividade estão relacionadas com o desestímulo à livre apropriação da reputação ou de outros recursos próprios de uma empresa pela outra, através da dupla filiação do profissional empregado. Não há, contudo, nenhum indício nos autos de que a reputação de um plano tenha sido explorada por outro ou que possa ser transmitida a outro, através da filiação de um mesmo médico a ambos. Também não há notícias de que uma empresa tenha sido prejudicada em favor da outra em outras medidas, além da reputação, em razão da dupla filiação profissional. (sem grifos no original)

Com relação à assertiva oposta pela UNIMED de que a unimilitância nada mais é do que uma defesa da cooperativa, decorrência lógica e legal (além de estatutária) da colaboração a que os médicos se comprometeram, o CADE expôs entendimento rechaçando essa alegação, conforme se pode observar no voto-vista do conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, nos autos do Processo Administrativo n. 08012.003083/2001-51:³⁰¹

Importante é considerar que a referida lei das cooperativas foi promulgada quando os objetivos políticos, no contexto social do Brasil à época, não alcançava grandes preocupações com a coletividade, dada a escassez de legislação protetiva. Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, passou-se a repelir diversos institutos contrários aos interesses coletivos, dentre os quais, os denominados contratos de adesão. E, os contratos firmados entre os médicos cooperados e as Unimed's se enquadram perfeitamente nessa espécie contratual.

Veja-se que o principal argumento utilizado é a questão histórica da legislação que rege as cooperativas (Lei n. 5.764/71), haja vista ser ela anterior à Carta Fundamental de 1988, bem como à Lei Antitruste brasileira, Lei n. 8.884/94, nas quais princípios como defesa da concorrência e livre iniciativa não eram tão sobressalentes como o são na atual conjuntura da sociedade moderna. É ressaltado, até, que o Código de Defesa do Consumidor somente veio a surgir posteriormente à edição da lei própria das cooperativas, trazendo disposições sobre contratos de adesão que seriam, em verdade, exatamente os que firmam os médicos ao se associarem à UNIMED.

Conclui-se, portanto, que todas as teses defensivas apresentadas pela UNIMED foram rejeitadas pelos conselheiros do CADE, sendo rebatidos, um a um, os argumentos suscitados. Nessa senda, outra não poderia ser a decisão do órgão administrativo em tela

³⁰¹ A Representada neste caso era a UNIMED de Campinas – São Paulo.

senão a de condenar a Representada por infração à ordem econômica, em especial aos arts. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV, V e VI, da Lei n. 8.884/94.

A condenação mencionada consistia na imposição de multa pecuniária, além da remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal, Estadual e à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS; determinação de alteração do Estatuto Social das Representadas, a fim de excluir a cláusula de exclusividade; obrigação de realizar, às expensas da UNIMED, publicação da decisão proferida, em meia página do jornal de maior circulação no mercado relevante geográfico, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas; determinação de comunicação do inteiro teor da decisão a todos os cooperados; aplicação de multa diária em caso de descumprimento; e, por fim, a remessa dos autos ao setor responsável para fiscalização dos termos da decisão.

Insta gizar que os valores cominados pelo CADE, a título de multa, variavam de caso a caso, observadas as peculiaridades de cada conduta, bem como eventuais atenuantes e agravantes. Ressalte-se, ademais, que também a tipificação legal da conduta descrita não era idêntica, tendo havido situações em que a UNIMED regional representada foi inserida apenas nos incisos I e IV do art. 20 da Lei citada, bem como somente nos incisos IV e V de seu art. 21.

Ponto importante a ser suscitado cinge-se nas variações em que a conduta da UNIMED era apresentada ao CADE. Com efeito, foi possível observar-se em decisões desse órgão que algumas regionais da UNIMED não impunham, diretamente, a exclusividade a seus associados, mas alcançavam esta de forma indireta. A atuação nesses casos era feita da seguinte forma: apresentava-se ao cooperado uma tabela de honorários com montantes diversos para as hipóteses em que o médico era unimilitante e aquelas em que o profissional atendia a mais de um plano de saúde. Em geral, haja vista a diferenciação existente quando a opção era a exclusividade à UNIMED, os médicos acabavam optando por se desvincular das outras operadoras ou, então, forçavam estas a aumentar seus honorários, desencadeando, por via reflexa, aumento também dos custos para os consumidores.

Exemplo claro dessa prática pode ser visualizado no Processo Administrativo n. 08012.004428/2000-11, em que a UNIMED de Belém/PA enviou correspondência aos cooperados indagando sobre a forma de atuação que optariam: para os profissionais que atendessem somente a pacientes conveniados da UNIMED, o preço do Coeficiente de Honorário Médico era de R\$ 30,00 (trinta reais), ao passo que para aqueles que atendessem a

múltiplos planos de saúde, era de R\$ 20,00 (vinte reais), atinente a um Coeficiente de Honorário Médico mínimo (chamado de “CH mínimo”).

Uma análise econômica dessa atitude demonstrou que seria, na realidade, incompatível que um profissional optasse por manter-se vinculado a operadoras diversas da UNIMED, seja pela diminuta capacidade de trabalho por elas ofertada, seja pela diferenciação de preços necessária para que elas pudessem suprir o deságio imposto pela UNIMED. Daí ter sido apurado que cerca de 80% dos médicos que já haviam respondido ao questionamento da UNIMED *optaram* pela unimilitância.

Dessa forma, houve a condenação da então Representada como incurso nos arts. 20, incisos I e II, e 21, incisos IV, V e XII, da Lei n. 8.884/94, sendo-lhe aplicada multa de R\$ 95.769, 00 (noventa e cinco mil, setecentos e sessenta e nove reais), além da obrigatoriedade de cessação imediata da conduta infrativa (imposição de coeficiente de honorário mínimo aos seus cooperados), remessa de cópia dos autos ao Ministério Público (Federal e Estadual) e à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, publicação da decisão em jornal de grande circulação e divulgação da decisão a todos os cooperados, tudo isso sob pena de multa diária por descumprimento.

Todavia, há que se relatar que nem todos os processos envolvendo a matéria da exclusividade e a UNIMED foram concluídos no sentido de se configurar a infração à ordem econômica. Um dos julgados analisados pelo CADE envolveu situação diversa das narradas acima. Trata-se do Processo Administrativo n. 08012.005779/2002-01, em que a Representada era a UNIMED São Gonçalo Niterói.

Tratam esses autos de imposição de proibição dos cooperados dessa regional da UNIMED de se filiarem a **outras cooperativas** com objetivos similares, segundo previsto no art. 8º, alínea “c”, do Estatuto Social daquela UNIMED:

Art. 8º - A eliminação de associados é de competência do Conselho de Administração, depois de parecer do COTEP, incidindo sobre a pessoa que:

[...]

c) associe-se a outra Cooperativa singular que tenha o mesmo ou similar objeto social da Unimed.

De início, já se denota ser pacífica a diferenciação com a exclusividade inicialmente analisada, uma vez que nesta situação não há imposição de unimilitância, mas

apenas vedação de associação à **cooperativa similar**, o que, certamente, fere os objetivos da cooperação visada.

Há que se sobrelevar neste caso que não há a proibição vislumbrada nas situações anteriores de atuação para outros planos de saúde, mas apenas no sentido da não vinculação com outra sociedade cooperativa de objetivo semelhante.

O que se infere dessa cláusula é que não se verifica nesta hipótese qualquer forma de abuso de posição dominante³⁰², uma vez que os médicos não estão impedidos da prática da medicina, podendo filiar-se a outros planos de saúde, além de atender autonomamente. Não se caracteriza, por conseguinte, prejuízo à livre iniciativa dos profissionais médicos, que podem vincular-se a planos de saúde privados, atender pacientes particulares e, até mesmo, prestar serviços autônomos a outras cooperativas, não podendo, apenas, a estas se filiarem.

Diante dos fatos e dados acima narrados, entenderam os conselheiros do CADE, por maioria³⁰³, proceder ao arquivamento do processo administrativo instaurado, consentindo não ter sido vislumbrada infração à ordem econômica.

As situações trazidas a lume neste item refletem apenas um resumo dos processos até hoje julgados pelo CADE e demonstram como a questão da unimilitância vem sendo debatida na esfera administrativa.

No próximo ponto, observar-se-á como vem ocorrendo a evolução judicial da problemática narrada, analisando-se, principalmente, as diferenças observadas entre o entendimento do Judiciário e do CADE.

³⁰² Segundo Relatório da SDE, a UNIMED analisada teria 21% dos médicos credenciados ao CRM/RJ, possuindo, portanto, posição dominante. Todavia, a presidente do CADE, Elizabeth Farina, no voto que proferiu nos autos desse Processo Administrativo, entende que não há que se falar em posição dominante, afastando, portanto, a presunção relativa encontrada no parágrafo terceiro do art. 20 da Lei n. 8.884/94: “[...] cumpre destacar que, no caso em tela, o critério adotado como parâmetro para definição de posição dominante, qual seja, a proporção de cooperados no total de médicos inscritos no CRM/RJ, não é adequado, eis que médicos credenciados a outros Conselhos Regionais podem também atuar no mercado relevante em apreço. Por outro lado, um mesmo profissional pode prestar serviço não apenas por meio da cooperativa, mas também por meio de outros planos de saúde, inclusive autonomamente. Exatamente por não haver exclusividade na prestação de serviços, a soma das razões entre o número de médicos que presta serviços por meio de cada canal e o número total de médicos registrados no CRM/RJ excede a unidade. A soma das partes dá mais que 100%. Ora, uma variável com tal propriedade não pode ser uma boa aproximação da participação de mercado das empresas. Incita-se a dúvida, pois, quanto à efetiva existência de poder dominante”. Voto proferido pela Conselheira-Presidente do CADE, Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, nos autos do Processo Administrativo n. 08012.005779/2002-01.

³⁰³ Vencido o conselheiro Ricardo Villas Bôas Cuevas, que entendia que a situação narrada estava inserta nos arts. 20, I e IV, e 21, IV e V, da Lei n. 8.884/94.

4.2.2 Decisões judiciais brasileiras

Assim como vislumbrado no item precedente, as decisões judiciais acerca da unimilitância exigida por algumas regionais da Cooperativa Médica UNIMED são altamente cambiantes. Isso ocorre não apenas no aspecto decisório da jurisprudência originada, mas também no tocante à forma como a discussão é levada aos Tribunais.

Com efeito, nota-se ser, para fins deste estudo, desnecessária a análise pontual de todos os casos até hoje julgados sobre o tema, sendo, contudo, de supina importância analisar as nuances de cada decisão, sobrelevando seus principais aspectos e suas características mais sobressalentes.

Iniciar-se-á, portanto, mencionando os sujeitos envolvidos nos processos judiciais vislumbrados. Ao passo que no CADE os julgamentos envolvem, em sua grande maioria, cooperativas médicas e o Ministério Público, no Judiciário os litigantes são variados. De fato, as demandas analisadas envolveram médicos *versus* a UNIMED, um plano de saúde privado *versus* a UNIMED e também Ministério Público Estadual *versus* UNIMED. O ponto debatido nessas demandas, contudo, sempre foi a legalidade, ou não, da exigência da unimilitância.

Diferentemente das decisões proferidas em âmbito administrativo, no Judiciário a discussão tem sido bem mais acirrada e as decisões, sumamente variadas. Com efeito, um dos pontos que se observou é que a constante divergência de posicionamento demonstra não estar consolidada nenhuma decisão final sobre o caso.

As discussões abrangem, em resumo, a análise dos princípios cooperativos insertos na Lei n. 5.764/71, o alcance e a abrangência da Lei n. 9.656/98, o idealismo do *pacta sunt servada* e, por fim, a aplicabilidade da Lei n. 8.884/94 aos casos da UNIMED.

As duas vertentes antagônicas de posicionamento podem ser claramente vistas no julgamento do Recurso Especial n. 261.155 SP, em que, por cinco votos a dois³⁰⁴, o Superior

³⁰⁴ Votaram a favor da UNIMED nesse julgamento os Ministros Rui Rosado de Aguiar, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho. Contrariamente à imposição da unimilitância, tem-se os votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Antônio de Pádua Ribeiro.

Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso interposto por uma médica cooperada excluída dos quadros da UNIMED.³⁰⁵

Os votos vencedores, favoráveis à cláusula de unimilitância imposta pela UNIMED, traziam à baila os seguintes fundamentos:

Primeiramente, suscitou a então Recorrente violação ao art. 29, § 4º, da Lei n. 5.764/71³⁰⁶, sob o argumento de que adotar-se interpretação ampliativa do pacto cooperativo validando-se a cláusula que proíbe o médico-cooperado de se associar a outro plano de saúde seria equipará-lo à figura do agente de comércio concorrente da cooperativa.

Contraopondo-se a esse argumento, entendeu o STJ, por maioria, que as cooperativas exercem atividade econômica, exigindo, portanto, de seus cooperados o esforço mútuo no sentido de se manterem competitivos no mercado capitalista. Sustentou o Egrégio Tribunal citado que o pacto cooperativo não impede o livre exercício da medicina por parte dos médicos, desde que sua atividade não seja caracterizada como empresária, nos termos do art. 966, parágrafo único³⁰⁷, do Código Civil de 2002.

Em outras palavras, o que se defendeu no Judiciário é que o médico é livre para exercer a medicina diretamente a qualquer paciente, bem como por meio de sociedade de médicos constituída para esse fim. Contudo, o que não se poderia permitir perante uma cooperativa é que esse médico atendesse a pacientes por meio de outros planos de saúde, configurando um caráter empresarial que fere os ditames do pacto cooperativo.

Excerto jurisprudencial relevante para verificação do ora explanado foi citado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar quando do julgamento do Recurso Especial n. 261.155 – SP, ao fazer menção ao julgamento de segunda instância feito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

³⁰⁵ Trata-se de processo ajuizado pela Sra. Marialda Meyer de Castro Araújo em face da UNIMED Rio Claro/SP Cooperativa de Trabalho Médico, haja vista sua exclusão dos quadros dessa cooperativa em virtude de filiação à Bradesco Seguros. Segundo alegado pela UNIMED, a médica autora teria violado o disposto em seu estatuto, mais especificamente a cláusula 12, alínea *a*, que preconiza que o médico cooperado se obriga a não exercer “qualquer atividade considerada prejudicial à cooperativa ou que conflite com seus objetivos”.

³⁰⁶ “Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I, desta Lei.

[...]

§ 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

³⁰⁷ “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Assim, não poderia deixar de configurar quebra de um dever do cooperado o também prestar ele, paralelamente, serviços a empresas de medicina de grupo. Isso, sem dúvida, esmaece a *affectio societatis* e representa atuação contraposta aos objetivos da própria cooperativa, cujo funcionamento sofrerá prejuízos, podendo até redundar em inviabilidade, no caso de proceder repetido e reiterado de outros cooperados.

O cooperativismo não impede o exercício regular da medicina pelos próprios médicos cooperados. Continuarão livres para atendimento particular de pacientes, que, até mesmo por força de seu Código de Ética, não poderiam deixar de assistir. Apenas impedidos estariam de, em atividade concorrente e contrária aos fins de associação, que, por livre vontade, passaram a integrar, prestar serviços médicos a entidades dedicadas à exploração econômica dos planos de saúde.

E tal impedimento mostra-se consentâneo com o princípio genérico inserto na Lei n. 5.764, de 16.12.1971, a Lei Nacional das Sociedades Cooperativas, cujo art. 29, § 2º, não permite a admissão, no corpo dos cooperados, de pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão.

Assim, vislumbra-se que o entendimento aceito pela maioria dos magistrados é no sentido de se interpretar a prática da unimilitância como sendo princípio basilar da formação de uma sociedade cooperativa, sem o qual poder-se-ia tornar inviável a manutenção do pacto firmado.

Com relação ao argumento de cunho antitruste suscitado pelos defendentes da dupla militância, vários pontos impendem ser analisados.

Inicialmente, cumpre destacar o posicionamento isolado apresentado pelo Ministro Ari Pargendler, quando do julgamento do Recurso Especial n. 261.155 – SP, no sentido de que não caberia aos médicos combatentes da imposição de unimilitância por parte da UNIMED suscitar em juízo violação a dispositivos da Lei n. 8.884/94, por faltar-lhes legitimidade. De acordo com esse Ministro, somente as empresas que se sentirem prejudicadas é que poderiam ingressar com ação discutindo dispositivos da legislação concorrencial, sendo, contudo, vedado aos médicos particulares esse tipo de discussão.³⁰⁸

O voto do Ministro Ari Pargendler foi, todavia, isolado ao entender pela ilegitimidade *ad causam* citada, tendo os demais julgadores firmado o entendimento de que o direito à concorrência possui natureza de interesse difuso, podendo qualquer pessoa demandar o Poder Judiciário se entender violado qualquer dispositivo da legislação antitruste.

³⁰⁸ “Já o tema da *concorrência*, propriamente tal, não pode ser decidido nestes autos, porque falta à recorrente legitimidade para esse efeito. Se a cláusula *sub judice* contrária, ou não, o art. 20, incisos I, II e IV, bem assim o art. 21, incisos IV, V e VI da Lei n. 8.884, de 1994, a respectiva aplicação deve ser reclamada pelas empresas prejudicadas. A lide, neste aspecto, é falsa, porque os verdadeiros interessados dela estão ausentes”. Voto proferido pelo Ministro Ari Pargendler, nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP.

O embasamento legal para a legitimidade citado é claro, encontrando-se insculpido no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.884/94, que dispõe:

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Não fosse a disposição expressa do preceito acima transcrito, tem-se como embasamento legislativo suscitado pela Ministra Nancy Andrighi, em voto proferido no Recurso Especial n. 261.155 – SP, o art. 29 daquela mesma lei, que preconiza que:

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Diante desses argumentos, restou afastada a tese da ilegitimidade ativa suscitada pelo Ministro Ari Pargendler, passando-se, portanto, a analisar os argumentos de mérito utilizados no julgamento da questão.

Segundo entendimento esposado pelo Ministro Rui Rosado de Aguiar, o afastamento da violação a dispositivos da Lei n. 8.884/94 deve ser feito com fulcro em seu art. 20, § 1º³⁰⁹, que afasta a conquista de posição dominante advinda de maior eficiência. Confira-se excerto do voto proferido nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP:

Se a cooperativa de médicos nasceu de sua necessidade de obter melhores condições para o exercício das atividades profissionais, com o que aprimorada, conseqüentemente, a qualidade da assistência médica, o eventual controle de mercado nunca representaria ilicitude. A lei n. 8.884/94, no seu art. 20, § 2º (sic), deixa expresso que 'a conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II', ou seja, o dominar mercado relevante de bens ou serviços.

³⁰⁹ Não obstante ter sido citado no voto do Ministro que o embasamento legal para seu entendimento encontrava-se no § 2º do art. 20 da Lei n. 8.884/94, acredita-se que o correto seria focar-se no § 1º do mesmo artigo, que transparece, exatamente, a tese adotada pelo Magistrado.

A análise que pode ser aferida do voto retratado é a de que a única violação à legislação antitruste seria atinente ao alcance de posição dominante por parte da UNIMED ao exigir a unimilitância de seus cooperados.

Rebatendo esse argumento, o Ministro observou que a legislação antitruste permite que uma empresa (no caso, uma cooperativa) possua essa posição dominante, desde que esta seja alcançada pela eficiência de seus membros e métodos.

Não adentrou o julgador nas questões do abuso de posição dominante, da criação de barreiras à entrada de novos competidores, do fechamento do mercado e de outros pontos trazidos à discussão pela Recorrente, que, no caso, era uma médica expulsa dos quadros da UNIMED Rio Claro/SP.

Buscando aprofundar um pouco mais a questão anticoncorrencial suscitada nos autos, a Ministra Nancy Andrighi explanou entendimento englobando a regra da razão. Fez a ilustre julgadora uma breve digressão sobre o conceito desse princípio e suas origens na jurisprudência estrangeira. Com efeito, o voto da Ministra buscou explicar a possibilidade de existirem cláusulas de exclusividade em contratos particulares, desde que as restrições impostas por essas cláusulas sejam razoáveis.³¹⁰

Aplicando o conceito propagado em seu voto sobre a “regra da razão”, a Ministra Nancy utilizou-se de três pontos para afastar a ilicitude da cláusula de unimilitância imposta pela UNIMED:

Primeiramente, asseverou ser *acirrada a competição no setor*, haja vista que outras empresas de grande porte também atuam no mesmo ramo da UNIMED ao longo de todo o país. Como exemplo dessas empresas, citou-se instituições financeiras e as alianças por estas firmadas.

³¹⁰ Atestou a Ministra Nancy Andrighi em seu voto que: “Neste contexto, a regra da razão constitui o marco divisor da licitude ou ilicitude das cláusulas restritivas da concorrência. O seu fundamento está na percepção de que algumas restrições à concorrências fomentam a rivalidade econômica no mercado pertinente (as restrições ditas boas, ou razoáveis), enquanto que outras impedem o desenvolvimento econômico e o estabelecimento de concorrentes (essas, as chamadas más restrições, ou não razoáveis).

A regra da razão constitui, assim, uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos promotores da concorrência, ou efeitos ditos pró-competitivos.

Desse balanço aufere-se o saldo líquido para a concorrência: se positivo, a cláusula restritiva deve ser aprovada, porque beneficia o nível de concorrência existente; se negativo, deve ser sancionada, porque a restrição da concorrência prepondera sobre a sua promoção, em prejuízo do mercado, dos concorrentes e também dos consumidores”. Recurso Especial n. 261.155 – SP.

Em segundo plano, atestou a Ministra ser necessário reconhecer a imprescindibilidade de que a prestação de serviços médicos seja proporcionada em âmbito nacional, “porquanto coberturas meramente estaduais ou regionais são, cada vez mais e mais, insuficientes ao atendimento das necessidades do consumidor”.

Justificando esse segundo argumento, explanou a Magistrada que determinados tratamentos médicos procurados pelos pacientes somente são ofertados em grandes centros urbanos e, ainda, que existe uma constante e crescente mobilidade das pessoas beneficiárias do atendimento médico, exigindo a prestação de serviços em caráter nacional.

Finalmente, uma vez observada a necessidade de atendimento nacional dos serviços médicos, bem como a citada competitividade no setor, concluiu a Ministra que a UNIMED possuiria baixo grau de competitividade, uma vez que estaria concentrada em determinados centros regionais.³¹¹

Com fulcro nesses argumentos, negou-se provimento ao recurso interposto pela médica Marialda Meyer de Castro Araújo, mantendo-se o posicionamento de validade da unimilitância imposta pela UNIMED.³¹²

Um último ponto a ser destacado nas decisões judiciais proferidas acerca da unimilitância recai sobre o disposto na Lei n. 9.656/98, em especial seu art. 18, inciso III, que, conforme será analisado mais à frente, preconiza, em linhas gerais, o direito do profissional de saúde filiar-se a quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar.

³¹¹ No mesmo sentido, tem-se também o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que, citando voto proferido no julgamento do Recurso Especial n. 126.391 – SP, assim asseverou: “A natureza cooperativa da ré tem contorno particular. Não se trata de uma cooperativa nacional. Não explora planos de seguro saúde. Seu âmbito de atuação é local. Isso quer dizer que os médicos de uma determinada localidade podem reunir-se sob regime de cooperativa para prestação de serviços médicos. Aquele médico que ingressa na cooperativa faz uma opção pessoal de trabalho sob tal regime, o que cria impedimento de prestar serviços da mesma natureza a outra entidade concorrente, sob pena de gerar prejuízo para o conjunto dos cooperados”.

³¹² Na parte final de seu voto, a Ministra Nancy Andrighi conclui que a atitude da UNIMED, ao invés de ferir a concorrência no setor, propicia esta, posto aumentar a *rivalidade econômica* com as outras prestadoras de plano de saúde, cujo porte seria bem mais elevado que o da Unimed: “Ao contrário, bem aplicada a regra da razão na hipótese, deve-se concluir que a cláusula de exclusividade adotada pela UNIMED mais propicia do que restringe a competitividade no setor, porquanto aumenta a *rivalidade econômica* existente entre a Unimed e as prestadoras de plano de saúde de porte, em especial aquelas que atuam em todo o mercado nacional e que, por essa razão, não deixarão de ingressar e atuar de forma competitiva nos mercados regionais onde a Unimed se faz presente com maior grau de penetração”. Recurso Especial n. 261.155 – SP.

No que tange a esse tópico, o STJ não trouxe, no caso vertente, opinião de mérito consolidada a respeito, restringindo-se a alegar, primeiramente, a não aplicabilidade daquele dispositivo às cooperativas e, posteriormente, a falta de pré-questionamento da matéria por parte da Recorrente.³¹³

Consoante informado anteriormente, os entendimentos até então trazidos à baila não foram unânimes, não obstante tenham prevalecido em vários julgamentos. As posições divergentes, que muito bem fundamentaram a questão, trouxeram argumentos novos, alguns não avaliados ou analisados pelos Ministros, argumentos esses que transpareceram a instigada controvérsia instaurada sobre o tema no Judiciário.

O debate é inaugurado com uma análise da questão do pacto cooperativo e sua extensão em face dos estatutos sociais das regionais da UNIMED avaliadas.

Para a corrente contrária à unimilitância, a Lei n. 5.764/71 não tem o condão de proibir os médicos de se associar a outros planos de saúde e tampouco visa a esse tipo de atitude.

Em verdade, o art. 3º da Lei das Cooperativas³¹⁴, suscitado como violado no Recurso Especial n. 261.155 – SP, teria por objetivo regrar o comportamento dos profissionais dentro da própria instituição, e não fora dela. Ademais, consoante firmado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior, “o recebimento de honorários por serviços prestados, como referenciado de uma empresa de seguro-saúde, não é lucro, é contraprestação financeira que visa a manutenção pessoal do próprio médico”.³¹⁵

Esse mesmo entendimento acerca do recebimento de honorários também foi utilizado para afastar a alegação de que os médicos seriam empresários ou agentes econômicos, o que, por conseguinte, afastava a suscitada violação ao § 4º do art. 29 da Lei n.

³¹³ Nesse sentido é o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, também no Recurso Especial n. 261.155 – SP: “A Lei 9656, de 4.6.98, cujo art. 18, inc. III, veda às operadoras de planos ou seguros privados estabelecerem cláusulas de exclusividade, não se aplica à entidade ré, uma vez que a relação que se estabelece é de natureza cooperativa. Além disso, trata-se de diploma não apreciado no r. acórdão recorrido, e a divergência é posterior aos fatos que originaram a demanda”.

³¹⁴ Art. 3º da Lei n. 5.764/71: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

³¹⁵ Excerto do voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP.

5.764/71.³¹⁶ Note-se que este último dispositivo atesta a proibição de agentes de comércio e empresários ingressar nas cooperativas se atuam, fora delas, no mesmo campo econômico. Inexistindo, portanto, equiparação entre a figura do profissional médico, que recebe honorários, e a do agente de comércio, que recebe lucro, não haveria que se falar em aplicabilidade do art. 29 citado.³¹⁷

Relativamente ao alcance do pacto cooperativo, o Ministro Aldir Passarinho Júnior foi claro ao expor seu entendimento no sentido de afastar a alegação de que haveria incompatibilidade de objetivos se um cooperado da UNIMED atendesse também por outro plano de saúde. Para esse Magistrado, não há como se afirmar que, pelo fato de poder atender a pacientes de outros planos de saúde, o cooperado deixará de prestar seus serviços àqueles que o procurem como vinculados à UNIMED. O que aconteceria, em verdade, nessa hipótese é uma simples prestação de serviço mediante pagamento dos honorários respectivos. E isso, para o citado Ministro, não fere, de forma alguma, o pacto cooperativo.

O mesmo Ministro Aldir Passarinho Júnior faz uma crítica à exacerbação do chamado “espírito cooperativo”, alertando o seguinte:

Tudo soa não como uma tentativa de preservação do 'espírito cooperativo', mas como uma batalha comercial, em que as vítimas, lamentavelmente, são os doentes, que órfãos do sistema público de saúde, vêm o atendimento às suas necessidades ser conduzido por interesses que escapam à sua compreensão.³¹⁸

No que tange à alegação de que alguns estatutos contêm cláusulas que impediriam diretamente a unimilitância, mormente se consideradas à luz dos arts. 21, II, 29, *caput*, e 35, IV, da Lei n. 5.764/71, os Ministros da corrente contrária à UNIMED entenderam que os estatutos não eram diretamente impeditivos da dupla militância. De fato, o que os estatutos previam eram vedações vagas, genéricas, que acabavam conferindo aos Conselhos de

³¹⁶ “Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preenchem as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I, desta Lei.

[...]

§ 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

³¹⁷ O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro traz, sobre este ponto, importante observação, no sentido de não ser verossímil a alegação da UNIMED de não possuir intuito lucrativo. Para esse Magistrado, “a restrição imposta tem como objetivo evitar empresas concorrentes”, e não proteger o pacto cooperativo.

³¹⁸ Excerto do voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP.

Administração poderes arbitrários, praticamente ilimitados. Como bem observado pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior:

Ao dizer que pode ser excluído o cooperado que 'venha a exercer qualquer atividade considerada prejudicial à cooperativa ou que conflite com os seus objetivos' (art. 12, 'a'), o Estatuto não apenas autoriza o discricionarismo, mas vai além: permite a arbitrariedade, pois que o conceito de atividade prejudicial ou contrária aos objetivos fica à livre compreensão do Conselho.

Outro argumento forte suscitado pela corrente dissidente encontra respaldo na legislação antitruste. Com efeito, ao passo que o voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior encontra seu fundamento primordial na validade da dupla militância em face dos princípios cooperativos que norteiam o ordenamento jurídico, o ponto nodal do voto proferido pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro repousa sobre os fundamentos da norma concorrencial e a possibilidade de se vislumbrar uma infração à ordem econômica na espécie.

Segundo esse último Magistrado, é de relevância sobranceira observar que o caso da unimilitância em discussão deve ser analisado sob o aspecto da dificuldade criada para a coletividade em buscar profissionais de saúde que possam, contratualmente, atendê-la, sem que para isso devam os membros daquela comunidade estar vinculados a um mesmo plano de saúde.³¹⁹

Sobre esse ponto, bem observou o Desembargador Alberto Vilas Boas, do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 372.732-2:

O elevado número de pessoas que consomem o serviço ou potencialmente estão aptas a fazê-lo passam a não ter liberdade de escolha quanto ao plano de saúde mais conveniente para seus interesses, especialmente quando observam que profissionais cooperados somente podem prestar o serviço à Unimed e não a qualquer outra entidade para tanto capacitada.

A derradeira análise efetuada é baseada na Lei n. 9.656/98, que, dentre outros aspectos, veda a imposição de exclusividade na atividade profissional médica. Tanto para o Ministro Aldir Passarinho Júnior quanto para o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, a aludida legislação é, também, aplicável às cooperativas, uma vez que a finalidade desse preceito é

³¹⁹ Para o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, “é necessário haver uma concorrência sadia e leal entre empresas de planos privados de saúde, para que mais e mais pessoas possam ter acesso a eles. Impedir ou criar dificuldade para que a coletividade possa ser atendida por profissionais de outras empresas, principalmente em locais onde o número de médicos nem sempre é suficiente para atender à população, é infringir a legislação antitruste, acima transcrita”. Excerto do voto proferido nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP.

proteger o cidadão e o consumidor em uma área sumamente carente de iniciativa pública como é a saúde. Veja-se:

E não se diga que por se cuidar de uma cooperativa, a ré estaria infensa a tais normas, porquanto não pode a natureza da instituição prevalecer sobre toda e qualquer norma direcionada, especificamente, ao exercício de uma atividade vinculada à área de saúde, bem assim as que visam proteger, em essência, o cidadão e o consumidor, cujo bem-estar não pode ser olvidado no exercício da atividade econômica. Seria privilegiar a forma, meramente, em detrimento de princípios maiores, guardados em normas de ordem pública.³²⁰

Na mesma senda, também o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 372.732-2, assim proferiu entendimento, no voto do Desembargador Alberto Vilas Boas:

A circunstância de a agravada (UNIMED) ser uma cooperativa não autoriza dizer, *data venia*, que possa valer-se de expediente desta natureza para preservar a sua auto-suficiência econômico-financeira. Ao atuar em área dedicada à iniciativa privada, é natural que a cooperativa objetive a percepção de capital para o atendimento de seus fins, mas o que se observa é um afastamento gradual das finalidades para as quais foi o cooperativismo criado, por meio da Lei n. 5.764/71.

Dessa forma, tem-se demonstrada a acirrada divergência criada tanto entre o CADE e o Judiciário quanto dentro dos próprios órgãos judiciais no que concerne ao tema da unimilitância exigida pela UNIMED, razão pela qual torna-se cada vez mais necessário estabelecer-se um estudo sobre o tópico, como ora se propõe.

4.3 Questão histórica principiológica e legislativa

Conforme visto acima, a divergência sobre a questão da unimilitância imposta pela UNIMED a diversos de seus cooperados trouxe muitos questionamentos abrangendo a aplicabilidade de princípios constitucionais às cooperativas bem como o embate criado em decorrência do momento histórico em que foi originada a legislação que rege as sociedades revestidas sob a forma de cooperativas.

Em decorrência disso, entende-se ser sumamente relevante abordar, de forma particularizada, cada um desses aspectos, fazendo-se remissão, neste momento, a todos os

³²⁰ Excerto do voto proferido pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior nos autos do Recurso Especial n. 261.155 – SP.

embasamentos teóricos estudados nos capítulos 2 e 3, evitando-se tratar, novamente, de diversos pontos já exaustivamente analisados.

4.3.1 Enfoque histórico da legislação ordinária sobre cooperativas: Lei n. 5.764/71

Um dos pontos mais debatidos na seara judicial acerca da unimilitância imposta pela UNIMED cinge-se na aplicabilidade dos princípios puramente cooperativos, insculpidos na Lei n. 5.671/71, ao caso da restrição de prestação de serviços médicos por meio de outras operadoras de planos de saúde.

De fato, não obstante essa matéria não ter sido objeto de deliberação por parte do CADE, posto ter este órgão se centrado na apreciação dos temas concorrenciais, no Judiciário a abordagem da problemática da exclusividade no âmbito cooperativo acabou sendo o centro dos debates, tendo-se deixado para uma análise mais superficial as conseqüências de cunho antitruste da conduta verificada.

Rememorando-se o principal ponto que embasou o entendimento judicial favorável à conduta da UNIMED, tem-se o seguinte: a marca prevalecente nas cooperativas, e fim último de sua criação, é o mutualismo entre seus cooperados, visando a eliminar a intermediariedade de terceiros e propiciar, destarte, melhores condições de trabalho para determinada classe. Assim, no caso em comento, se um profissional cooperado prestasse os mesmos serviços médicos por intermédio de outra empresa, estaria rompendo o liame associativo (*affectio societatis*) necessário para a manutenção da própria cooperativa. Dessa forma, haveria uma violação do art. 29, § 4º, da Lei n. 5.764/71³²¹, permitindo, portanto, a exclusão desse cooperado dos quadros de associados.

Veja-se que a base de toda a fundamentação jurisprudencial favorável à unimilitância repousa sobre o escopo da criação das cooperativas: ajuda mútua para o desenvolvimento de determinada classe de profissionais, ou de um grupo específico de

³²¹ “Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preenchem as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I, desta Lei.

[...]

§ 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade”.

pessoas, que busca encontrar melhores condições de vida e de trabalho por meio da associação.

Todavia, o que se observa é que essa finalidade mutual, utilizada hoje como justificativa para validar a atitude perpetrada pela UNIMED, não mais condiz com o momento histórico em que foi criada. Em verdade, há aí uma mescla de questões cronologicamente interligadas que não foram sopesadas pelos julgadores atuais ao ratificar a observância de princípios cooperativos desenvolvidos no passado.

Fazendo um rápido estudo sobre a criação e a evolução das sociedades cooperativas no mundo e no Brasil, tem-se que suas origens se encontram em um panorama histórico-social inteiramente diverso do vislumbrado hodiernamente.

Com efeito, ensina-nos ALMEIDA³²² que a primeira cooperativa que se constituiu com significativas raízes históricas foi a cooperativa de Rochdale, por volta de 1843 e 1844, na Inglaterra. Nessa associação, 28 tecelões teriam se reunido em Rochdale (distrito de Lancashire, Inglaterra) e fundado um armazém comunitário no final de 1843, a partir da contribuição simbólica de cada um para a formação do capital. Esse armazém beneficiava os cooperados na medida em que supria diversas necessidades surgidas após um período de prolongada greve (aquisição de gêneros alimentícios de forma conjunta, obtendo, assim, melhores preços), deflagrada para reivindicar alterações nas condições de trabalho, e que culminou na demissão de vários trabalhadores.

Tornou-se, portanto, típica cooperativa de consumo, regida por normas concretas acerca de seu funcionamento, baseadas em princípios morais e de conduta. Houve, até mesmo, a elaboração de um “Estatuto da Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale”, que continha elementos norteadores de sua estrutura e as regras de funcionamento da cooperativa de consumo, que depois passaram a constituir os fundamentos da doutrina cooperativista³²³ mundial.

³²² ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira. Sociedades Cooperativas, *in* Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial – Repositório de Jurisprudência autorizado pelo STF sob o n. 004/85, e pelo STJ, sob o n. 12 (Portaria n. 8/90), ano 15, abr./jun./1991, *apud* GIL, Vilma Dias Bernardes. *As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado*. São Paulo: LTr, 2002, p.27-39.

³²³ VEIGA, Sandra Mayrink; FONSECA, Isaque. *Cooperativismo: uma revolução pacífica*. Rio de Janeiro: DP&A/Fase, 2001, p.20.

Ao passo que na Inglaterra o cooperativismo surgiu como uma reação à exploração promovida pelo capitalismo (que, à época, submetia mulheres e crianças a condições de trabalho degradantes, chegando a impor-lhes jornadas de 16 horas de trabalho), no Brasil sua gênese encontra-se impulsionada pelas elites agrárias. Prova disso é que a primeira cooperativa brasileira de grande repercussão foi a colônia Tereza Cristina, constituída em 1847 pelo médico francês Jean Maurice Faivre, com um grupo de europeus residentes no sertão do estado do Paraná.

Somente com o advento da Lei n. 8.949/94, que acrescentou ao art. 442 da CLT o parágrafo único³²⁴, é que se verificou o desenvolvimento maciço de outras espécies de cooperativas, em especial as de trabalho, como é o caso da UNIMED. Uma nova tendência flexibilizante, motivada mais pelo desemprego e pelo corte de custos trabalhistas do que por quaisquer outros ideais, declarou que na hipótese de terceirização dos serviços das cooperativas não haveria vínculo empregatício entre seus associados e os tomadores de serviços da cooperativa.

Com isso, ultrapassou-se a fase de predominância das cooperativas agrícolas, vislumbrada nas décadas de 1970 e 1980 (quando da edição da Lei n. 5.764/71), multiplicando-se, de forma vertiginosa, cooperativas nos mais diversos setores. Importa, aqui, sobrelevar o desenvolvimento das cooperativas de trabalho, especificamente relacionadas aos serviços médicos, objeto do presente estudo. Houve também a criação de cooperativas habitacionais, educacionais, de estivadores, de segurança, de transporte urbano, de pescadores, de músicos, de enfermeiros, de comerciários etc.³²⁵

Note-se, destarte, que o desenvolvimento das cooperativas de trabalho não surgiu como consequência direta da criação da Lei n. 5.764/71, mas sim do retrospecto histórico ligado à promulgação da Lei n. 8.949/94. Seu impulso não foi, portanto, o fortalecimento dos princípios cooperativistas previstos na norma de 1971, como foram as cooperativas de consumo e as agrárias, mas sim a necessidade de combater-se o desemprego e os problemas sociais dele advindos.

³²⁴ “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

³²⁵ MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Cooperativas de trabalho: sua relação com o Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2001, p.266-267.

Logo, vislumbra-se ser equivocado basear-se todo um estudo e a adoção de um posicionamento judicial no caso das cooperativas médicas com fulcro nos ideais apostos na Lei n. 5.764/71, cujo quadro político que incitou a sua publicação é diverso daquele verificado quando do efetivo desenvolvimento das cooperativas de trabalho.

O que se deixou de observar em todas as decisões proferidas é que variadas foram as formas como as sociedades cooperativas se desenvolveram no país, tendo cada uma delas surgido em decorrência de questões temporais diversas, com ideais também sortidos, não obstante, é claro, o núcleo do movimento cooperativista ter permanecido em todos os casos, qual seja, fortalecer o trabalhador, gerar renda e promover o trabalho decente, como preconizado na Recomendação n. 193 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.³²⁶

Frise-se que o centro do cooperativismo de trabalho é, como não poderia deixar de ser, a angariação de emprego para todos os que dele precisem, mas que não encontram em decorrência de razões sociais e políticas da época.

Diante do exposto, tem-se o seguinte: se o que se buscava centralmente era o fortalecimento do trabalhador, concedendo-lhe meios para arrecadação de renda e, conseqüentemente, melhorando sua condição social, então as cooperativas de trabalho não podem impedir o profissional de exercer seu mister também em outros locais, ou por meio de outras empresas.

Essa multiplicidade de meios que o prestador de serviços conseguiu angariar, como fruto de seu trabalho, não pode ser obstada sob o argumento de ferir o princípio cooperativo. Não se trata, no caso sob análise, de cooperativa agrícola, que depende, integralmente, do trabalho concentrado, direcionado e eqüitativo de todos os cooperados. Trata-se, em verdade, de uma cooperativa médica, que deve visar à inclusão do profissional no mercado de trabalho, mormente quando as condições impostas pelas empresas privadas de planos de saúde impossibilitavam o profissional de exercer seu labor.

Uma vez logrado o fim último da associação cooperativa de trabalho, que é, por obviedade, a obtenção do próprio trabalho em condições dignas e capazes de fornecer ao profissional uma remuneração suficiente para promover a inclusão social da categoria, não se

³²⁶ *Recomendação sobre a Promoção de Cooperativas*, adotada pela Conferência em sua 90ª Reunião, ocorrida em Genebra, na data de 20 de junho de 2002. Essa Recomendação substituiu a anterior *Recomendação sobre Cooperativas (Países em Desenvolvimento)*, de 1966.

pode excluir o médico dessa associação pelo fato de ele ter logrado desenvolver seu trabalho também de outras formas.

Sobreleve-se que o próprio atendimento de outros planos de saúde viabiliza, de forma reflexa, o desenvolvimento da cooperativa e o seu fortalecimento. Ora, se o médico logra ingressar nos quadros de outras operadoras de planos de saúde, sem que com isso deixe de integrar a equipe de cooperados, cria espaço para que novos associados exerçam seu labor por meio daquela cooperativa.

Veja-se um exemplo fictício: suponha-se que em uma cidade X existam 2 mil habitantes com planos de saúde. Buscando-se uma média de um médico para cada cem habitantes, tem-se que seriam necessários na cidade cerca de duzentos médicos. Suponha-se, agora, que desses 2 mil habitantes mil possuam como plano de saúde a UNIMED. Logo, esta, para propiciar condições decentes de trabalho para seus associados, poderia acoplar em seus quadros cem médicos, sob pena de retirar trabalho de seus cooperados.³²⁷ Nessa situação, ter-se-ia que cem médicos, que não puderam ser filiados à UNIMED³²⁸, haja vista a impossibilidade material de existir trabalho para todos, restaram desamparados e “à mercê” das instituições privadas.

Ainda no exemplo citado, suponha-se que desses cem médicos cooperados da UNIMED cinquenta lograram atender a pacientes também de outros convênios – é dizer, por meio de outros planos de saúde. Com isso, não se poderia dizer que se estaria violando o princípio cooperativo de ajuda mútua dos cooperados, uma vez que a área de atendimento (pacientes) é diversa daquela suportada pela UNIMED. Assim, a situação que se vislumbraria seria outra: o médico que conseguia atender a cem habitantes vinculados à UNIMED não mais será capaz de atendê-los no mesmo espaço de tempo.³²⁹ Com isso, a UNIMED poderá

³²⁷ Note-se que se um médico consegue atender a cem pacientes, se existir uma média de dois médicos para cada cem habitantes, cada médico sairia prejudicado, uma vez que atenderia quantidade inferior ao que conseguiria.

³²⁸ A não filiação ora mencionada encontra-se pautada no art. 4º, inciso I, da Lei n. 5.764/71, que determina a inviabilidade de associação ilimitada quando há impossibilidade técnica de prestação de serviços, que é, exatamente, o que ocorreria caso se tivessem cooperados mais médicos que a capacidade de clientes a serem atendidos. Veja-se o teor do preceito citado:

“Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, **salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços** [...]”.

³²⁹ Não se adentrará aqui na discussão sobre o tempo em que as consultas demorariam a ser marcadas. O que visa é, unicamente, fazer uma relação direta entre número de pacientes atendidos e número de médicos, considerando-se que todas as demais hipóteses circunstanciais sejam as mesmas.

agregar mais profissionais em seu quadro de cooperados sem diminuir o número de sua clientela ou causar qualquer prejuízo aos demais cooperados.

Se há, destarte, a possibilidade de se incluir novos profissionais na associação cooperativa criada, a finalidade do instituto foi mantida. Ou melhor, foi, até, reforçada. Não se pode olvidar que o fim das cooperativas de trabalho não é excluir concorrentes do mercado relevante, mas sim propiciar aos profissionais daquela área empregos decentes e boas condições de gerar renda.

Se a vinculação dos médicos cooperados a outros planos de saúde permitiu que se criasse a necessidade de agregação de novos cooperados, os quais poderiam, também, estar em situação de extrema necessidade de atender por algum plano de saúde, então o escopo da cooperativa foi observado, tendo-se permitido o trabalho de mais profissionais.

Não houve qualquer abalo na *affectio societatis*, uma vez que a forma de atuação das cooperativas de trabalho não prescinde de quantidade igualitária de trabalho por parte dos cooperados, como ocorre nas cooperativas agrícolas. Nestas últimas, os princípios preconizados pela Lei n. 5.764/71 necessitam, efetivamente, ser observados com mais rigor, em especial os que tratam da impossibilidade de prestação de serviços a agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.

A diferença é cristalina: ao passo que nas cooperativas agrícolas é o fruto do trabalho diário que se divide entre os cooperados (devendo o labor, portanto, ser equitativo, para proporcionar um bom resultado final, cuja averiguação se faz, exclusivamente, por contagem quantitativa), nas cooperativas de trabalho o que se divide é a possibilidade de exercer a profissão, cabendo a cada médico atender bem seus pacientes para honrar o bom nome da cooperativa. A averiguação final, neste último caso, é feita sob o aspecto qualitativo, visando-se a apurar não o montante final monetário obtido por cada profissional, mas o número de profissionais que lograram exercer seu mister.

Ressalte-se que a própria Organização Internacional do Trabalho – OIT, por meio de sua Recomendação n. 193, já preceitua a necessidade de se criar e desenvolver atividades geradoras de renda e de emprego decente e sustentável.³³⁰ Se a dupla militância levada a efeito

³³⁰ “4. Medidas deveriam ser tomadas para promover o potencial de cooperativas em todos os países, independentemente de seu grau de desenvolvimento, para ajudá-las e a seus associados a:
(a) criar e desenvolver atividades geradoras de renda, e emprego decente e sustentável[...]”.

por alguns médicos não ofende a esse preceito, mas, ao contrário, propicia o seu atendimento, não há como se entender pela ilegalidade dessa prática, principalmente sob o prisma dos princípios cooperativos.

Em conclusão, tem-se que o prisma histórico que encetou a promulgação da Lei n. 5.764/71 focou seus princípios em associações cooperativas de cunho diverso à perpetrada pela UNIMED. Tratava o legislador de 1971 de cooperativas mais simples, que se voltavam para o desenvolvimento produtivo de elementos primários e agrícolas, ou então evidenciadas sob a forma de cooperativas de consumo. Não se vislumbrava, até o advento da Lei n. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, um desenvolvimento encorpado de cooperativas de trabalho, como é a UNIMED. Daí porque devem ser aplicadas com ressalvas as disposições da Lei das Cooperativas de 1971 nos dias de hoje, em que tanto o texto constitucional em que foi publicada quanto a situação histórica de seu surgimento sofreram alterações significativas.

Com relação à temática constitucional que se tornou fundamento da lei de 1971 e que hoje não mais se pode dizer inteiramente incorporada pela Carta de 1988, desenvolver-se-á seu estudo mais aprofundado a seguir.

4.3.2 Lei n. 8.884/94 *versus* Lei n. 5.764/71 – dissenso analisado à luz dos postulados políticos, econômicos e sociais das Constituições de 1967 e de 1988

Uma vez analisada a questão posta como fundamento primordial pelo Judiciário para embasar a validade da cláusula de exclusividade/unimilitância imposta pela UNIMED, qual seja, a extensão do pacto cooperativo e a aplicabilidade dos princípios insculpidos na Lei n. 5.764/71, mister se faz proceder ao estudo da problemática concorrencial que envolve a discussão.

Todavia, para aprofundar o estudo da área antitruste do tema posto em debate, depara-se, logo de início, com um embaraço histórico-legislativo: a possibilidade de estender a questão concorrencial às sociedades que possuem natureza jurídica de cooperativas.

O obstáculo em causa exsurge como decorrência das origens temporais em que as legislações analisadas – Lei n. 8.884/94 e Lei n. 5.764/71 – foram editadas, bem como de suas diferentes perspectivas ideológicas, fruto, é claro, de bases fundamentais diversas.

Explica-se a necessidade de abordar a presente problemática, uma vez que várias decisões judiciais emanadas, quando não afastavam de plano a possibilidade de se imiscuir o debate concorrencial para as cooperativas, entendiam que a aplicação da Lei n. 8.884/94 para essas sociedades é diferenciada – até mesmo abrandada, haja vista os princípios cooperativos apostos na Lei n. 5.764/71.

Para iniciar o estudo da divergência instaurada, insta frisar, novamente, que a Lei das Cooperativas foi criada em um momento histórico diverso do que se vislumbra hoje e se encontrava voltada para formas diferentes de associação das que atualmente se observam.

Em verdade, não havia, no texto constitucional vigente à época da promulgação da Lei n. 5.764/71, a preocupação acentuada que hoje se observa no tocante à proteção do consumidor e, sobretudo, da concorrência. Aliás, importante notar que a questão consumerista passou ao largo do constituinte de 1967, tendo este se dirigido, apenas, à repressão ao abuso do poder econômico, em clara alusão aos preceitos da então vigente Lei n. 4.137/62.

Destacando do texto constitucional de 1967, já com as alterações trazidas pela Emenda n. 01/1969, os pontos que abarcam os ditames sociais e econômicos que serviram de sustentáculo para o ordenamento jurídico desenvolvido à época, poucos são os dispositivos que se apresentam, sendo eles os seguintes:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

§ 23. **É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Art. 160. A ordem econômica e social **tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social**, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Dos preceitos transcritos, algumas observações são originadas:

Primeiramente, ressalta notar que o espírito imbuído no Texto Fundamental de 1967 retrata a preocupação histórica com o desenvolvimento nacional, originada pelo regime militar prevalecente na esfera governamental e pela necessidade de progredir o Estado enquanto ente soberano e independente.³³¹

Nesse contexto, volta-se a disposição fundamental para assegurar um próspero crescimento do país, apondo, como finalidade última da ordem econômica e social, ao lado da justiça social, o desenvolvimento nacional. E como meio de garantir a consecução do fim almejado, preconizou a Constituição de 1967 ser princípio magno a valorização do trabalho humano e a expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Pode-se observar que a conotação dada pela Carta de 1967 ao trabalho foi bem diversa daquela verificada no Texto de 1988. Com efeito, não poderia ser diferente, eis que se tinha como fim desenvolver o país em uma época de crescente desemprego e enfraquecimento econômico. Há que se rememorar, por exemplo, a criação dos Planos Nacionais de Desenvolvimento, a partir de 1971, com o intuito de transformar o Brasil em um país competitivo em relação às grandes potências internacionais.

Sobre o tema, assinala LEOPOLDINO DA FONSECA:³³²

No Brasil, a partir da segunda grande guerra, incentivou-se a política econômica de favorecimento da criação de um empresariado forte, capaz de competir em nível nacional e internacional. Esse direcionamento mais se enfatiza a partir da Lei n. 5.727, de 4 de novembro de 1971, que aprovou as diretrizes e prioridades estabelecidas no Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento – I PND – . O Primeiro Plano, ao sintetizar a proposta de realizações nacionais, preconiza:

_ Implantação de novos instrumentos para modernizar a empresa nacional, fortalecendo-lhe a capacidade competitiva e eliminando as condições de desigualdade em que opera, relativamente à estrangeira.

Com uma necessidade tão grande de promover o desenvolvimento do país, compreensível que as políticas sociais direcionadas ao emprego fossem consideradas como

³³¹ Nesse sentido, José Afonso da Silva leciona: “Essa Constituição, promulgada em 24.1.67, entrou em vigor em 15.3.67, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p.86-7.

³³² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.9.

pontos-chave do governo então vigente. De igual maneira, torna-se compreensível a edição, em 1971, de uma lei de incentivo às cooperativas, estruturando a sua forma de organização e trazendo os principais ideais dessa nova forma organizacional. É praticamente a concretização do princípio constante do inciso VI do art. 160 da Carta de 1967, qual seja: “expansão das oportunidades de emprêgo produtivo”.

Veja-se, contudo, que o contexto acima descrito revela a incipiência das cooperativas no país, que se desenvolveriam, primeiramente, sob a forma de cooperativas agrícolas e de consumo, vindo a se fortalecer as cooperativas de trabalho somente após 1994, com a edição da Lei n. 8.949/94. As primeiras cooperativas criadas demandavam, sim, uma legislação mais protecionista de seus fins, posto serem ainda inexperientes e pouco competitivas na economia de mercado que se desenvolvia com os Planos Nacionais de Desenvolvimento.

Entretanto, o atual pacto cooperativo não é mais aquele de 1971. As cooperativas que hoje se desenvolvem possuem, em sua maioria, forte poder econômico e já estão habituadas às práticas mercadológicas hodiernas. É fato que a própria cooperativa em causa, a UNIMED, possui poder de mercado elevado, obtido por meio de eficiência e bom desenvolvimento de trabalhos.

Não se trata, portanto, de cooperativa fraca e incipiente, que necessita de respaldo protetivo excessivo para manter-se no mercado. Já se desenvolveu e cresceu pelos próprios méritos, ocupando uma posição de destaque no cenário empresarial do ramo de planos de saúde. Chega a possuir quase um monopólio em certas cidades do interior.

Em função disso, não pode escapar de atender aos preceitos das mesmas legislações aplicáveis a todas as demais empresas, em especial aqueles contidos na Lei n. 8.884/94, que busca não só proteger a concorrência efetiva e leal como também, em um fim mais mediato, proteger a figura do consumidor, princípio este que, embora inexistente na Constituição de 1967, é expressamente colocado na Carta de 1988.

Prova maior da necessidade de as sociedades cooperativas atenderem aos dispositivos da atual legislação antitruste é a regra contida no art. 15 dessa lei, que determina o seguinte:

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a **quaisquer associações de entidades ou pessoas**, constituídas

de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Nessa seara, FORGIONI³³³ já comentava:

[...] o teor do art. 15 da Lei Antitruste, traz à luz, de imediato, a idéia de que não apenas empresas (no sentido de entidades que organizam fatores de produção), mas qualquer agente que desempenhe uma função no mercado está sujeito à regulamentação antitruste.

Finalmente, também os votos proferidos no CADE apresentam esse entendimento:

Inicialmente, cumpre ressaltar que as cooperativas estão submetidas à Lei nº 8.884/94. Em outras palavras, elas não são dotadas de imunidade antitruste pelo fato de serem cooperativas, *vis a vis* a claríssima disposição do art. 15 da Lei nº 8.884/94. Tanto isto é verdade que o CADE vem impondo condenações a cooperativas médicas que determinam exclusividade a seus membros.³³⁴

Diante do exposto, se nem mesmo o pacto cooperativo é razão suficiente para isentar a UNIMED de atender aos preceitos da legislação antitruste. Então deve-se analisar se alguma das disposições nela contidas foram violadas quando da imposição da unimilitância.

Prefacialmente, é importante assentar que, ao contrário do entendimento esposado pelo Judiciário, a UNIMED possui hoje elevado poder de mercado. Com efeito, entende-se que o acórdão proferido no STJ partiu de uma premissa equivocada ao analisar o mercado relevante na conduta apreciada, razão pela qual alcançou uma conclusão contrária àquela vislumbrada nas decisões do CADE quando da apuração do poder de mercado da UNIMED.

Segundo o posicionamento adotado pela corrente predominante do STJ, o mercado relevante geográfico³³⁵ em debate seria o nacional, ao passo que para o CADE o mercado seria limitado às áreas de atuação de cada regional da UNIMED. A divergência se funda nos seguintes argumentos:

Consoante a maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, o mercado material analisado é composto de concorrentes fortes, derivados de alianças firmadas com

³³³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.323.

³³⁴ Voto proferido pelo conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no julgamento conjunto dos processos administrativos n. 08012.005071/2002-41 e n. 08012.000353/2004-14.

³³⁵ O mercado relevante dos produtos restou corretamente assentado, tendo sido considerado como o de prestação de serviços médicos por meio de planos e/ou seguros de saúde.

instituições financeiras e congêneres de porte. Com isso, denota-se acirrada a concorrência nessa área.

Não fosse isso suficiente, tem-se ainda que o mercado de planos de saúde deve possuir abrangência nacional, para atender à grande mobilidade das pessoas e às facilidades de transporte vividas hoje em dia.

Nesse panorama, uma empresa que visa a desenvolver um produto desse porte relacionado à saúde deve possuir capacidade de atendimento nacional de seus clientes, e não apenas regional. Sendo assim, o mercado relevante geográfico não poderia considerar, somente, as áreas de atuação regional da UNIMED, mas sim a prestação de serviços oferecidos em âmbito nacional.

Veja-se a respeito excerto do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial n. 261.155 – SP:

[...] a competitividade existente no mercado de serviços de planos de saúde implica reconhecer a necessidade de prestação desse serviço em âmbito nacional, porquanto coberturas meramente estaduais ou regionais são, cada vez mais e mais, insuficientes ao atendimento das necessidades do consumidor, dado que: (a) certos tratamentos médicos são oferecidos apenas nos grandes centros urbanos, e (b) a mobilidade crescente das pessoas, decorrente da facilitação dos meios de transporte e da conjuntura do mercado de trabalho, torna exigível a prestação em âmbito nacional.

[...] considerado que a prestação em âmbito nacional é essencial à manutenção da competitividade da prestadora de plano de saúde, deve-se concluir que a Unimed, cuja penetração de mercado está concentrada em determinados centros regionais, possui baixo grau de competitividade no setor, em especial se comparada com sociedades prestadoras de plano de saúde em âmbito nacional.

Contrariamente ao posicionamento citado, na concepção dos conselheiros do CADE, a definição do mercado relevante geográfico não poderia abarcar todo o mercado nacional, mas apenas a área restrita de atuação de cada regional da UNIMED.

Entende-se que a posição do órgão administrativo é a mais acertada.

Consoante analisado no Capítulo 3 deste trabalho, a definição do mercado relevante geográfico é sumamente relevante para uma correta aferição da condição mercadológica de uma determinada empresa. De fato, é a caracterização desse mercado em causa que vinculará a existência, ou não, de elevado poder de mercado em um agente ou se esse poder encontra-se bem diluído entre os diversos componentes desse setor.

Para definir, portanto, esse relevante mercado geográfico, vários pontos devem ser observados, dentre eles o costume dos consumidores, a incidência de custos de transportes e as características do produto.

No caso em exame, pode-se entender que o produto analisado é a saúde das pessoas, bem como a forma como esta será tratada e como esse tratamento será pago. Destarte, deve-se observar o próprio cotidiano de cada consumidor e a maneira pela qual ele atua quando da necessidade de lidar com esse produto.

Tome-se um exemplo simples, porém concreto, para apurar se o mercado relevante deve ser tido como o nacional ou o local.

Um das regionais da UNIMED que teve processo tanto administrativo quanto judicial em que se discutiu a unimilitância por ela imposta é a UNIMED de Uberlândia/MG. Considere-se, então, que um habitante dessa cidade tenha se sentido mal e optado por procurar um médico. Para tanto, ele avalia a especialidade do médico que lhe poderá atender, o preço que lhe será cobrado e a localização daquele profissional. Por se tratar de uma indisposição rotineira, esse paciente, certamente, optará por um médico local, que lhe atenda pelo plano de saúde que ele possui e que possa entender especificamente dos problemas que ele está sentindo.

Veja-se que essa é a situação da maioria das pessoas que buscam um médico. Não possuem doenças crônicas que demandem atendimento em determinados centros específicos do país (ou, até mesmo, do estrangeiro); necessitam de um profissional local, que dispense grandes deslocamentos e conseqüente aumento dos custos de transporte; e demandam que o médico atenda pelo convênio de saúde que esses pacientes possuem, haja vista o elevado valor de uma consulta particular.

Um paciente daquela cidade (Uberlândia/MG) não buscaria consultar um médico situado em São Paulo/SP, por exemplo, para tratar daquela simples indisposição. Poderia fazê-lo, é claro, mas em regime de exceção. Em condições normais, o profissional procurado seria mesmo algum de Uberlândia/MG.

A apuração de um mercado relevante, conforme ensina a doutrina mais renomada, não pode basear-se em fatos isolados, que podem ocorrer, mas que não retratam a atitude do

consumidor comum diante daquele produto. Deve, ao contrário, fundar-se na conduta mais esperada por parte dos consumidores.

Na presente situação, não obstante a prestação de serviços médicos por diversas operadoras ocorrer em todo o país, propiciando, portanto, ao paciente optar por um médico em diversos estados, a busca de profissionais em uma determinada cidade ou, até mesmo, região, é a mais comum por parte dos consumidores.

Daí porque se entende que o mercado relevante geográfico, para o caso da prestação de serviços médicos por meio de planos/seguros de saúde, não pode ser nacional, mas sim regional, limitado à área de atuação de cada regional da UNIMED.

Considerando-se, por conseguinte, esse restrito mercado em causa, tem-se que a UNIMED, em diversos casos analisados, possui elevado poder de mercado, englobando em seu quadro de cooperados mais de 20% dos médicos regionais.³³⁶ Esse percentual, de acordo com o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.884/94, presume a ocorrência de posição dominante por parte da UNIMED, ao contrário do que foi definido pelo Judiciário. Além disso, têm-se ainda dados empíricos que demonstram que a maior parte da população de certas regiões³³⁷ possui a UNIMED como seu plano de saúde, o que denota seu poder de mercado também sob o aspecto dos consumidores.

³³⁶ Exemplo desse poder de mercado foi trazido pelo conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no voto proferido nos Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e n. 08012.000353/2004-14, conforme tabela abaixo:

Representadas	Nº de médicos Cooperados	Nº de médicos credenciados no CRM/SP	Percentual que a representada detém (em %)
Araras	154	381	40
Mococa	52	87	60
Jundiá	398	1639	24
Leste Paulista	235	381	62
Capivari	49	76	64
Amparo	118	183	64
Bragança Paulista	192	661	29
São José do Rio Pardo	36	143	25
Regional da Baixada Mogiana	210	499	42

Fonte: SDE.

³³⁷ Dentre elas, a própria capital mineira, por exemplo.

Insta, neste ponto, esclarecer que duas foram as posições observadas nas decisões judiciais sobre o debate do poder de mercado da cooperativa médica: a primeira delas, emanada pela Ministra Nancy Andrichi, que entendeu que a UNIMED possui baixo grau de competitividade no setor, uma vez que adotou como mercado relevante o cenário nacional; a segunda delas, transcrita pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao fazer menção ao acórdão do TJSP, entendeu que não haveria violação à Lei n. 8.884/94, uma vez que esta permite que um agente econômico conquiste um mercado relevante pela eficiência.³³⁸

Considerando que o primeiro posicionamento já foi debatido linhas atrás, proceder-se-á a um breve comentário sobre a questão suscitada pelo Ministro Ruy Rosado. Para tanto, transcrever-se-á o excerto de seu voto, no qual ele cita a decisão supramencionada, visando a um melhor entendimento do ponto proposto:

Se a cooperativa de médicos nasceu de sua necessidade de obter melhores condições para o exercício das atividades profissionais, com o que aprimorada, conseqüentemente, a qualidade da assistência médica, o eventual controle de mercado nunca representaria ilicitude. A lei n. 8.884/94, no seu art. 20, § 2º (*sic*), deixa expresso que 'a conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II', ou seja, o dominar mercado relevante de bens ou serviços.

O que se destaca do juízo emitido é que se entendeu que a ilicitude concorrencial apontada seria restrita à posse, por parte da UNIMED, de posição dominante. E, contra essa teórica prática antitruste, o julgador acima citado teria entendido que não é ilícito possuir posição dominante, uma vez que o art. 20, § 1º³³⁹, permite a ocupação dessa condição se obtida pela eficiência do próprio agente. Com fulcro nisso, afastou qualquer ofensa à Lei n. 8.884/94.

Conquanto esteja correto esse posicionamento no que toca à inexistência de ilicitude quando se possui posição dominante fruto de condutas eficazes, não é esse o ponto que se questionou. Em verdade, o que foi suscitado e debatido amplamente pelo CADE é o fato de a UNIMED estar abusando dessa posição dominante, impondo cláusulas de exclusividade aos seus cooperados e gerando com isso conseqüências anticoncorrenciais. É

³³⁸ Ambos os posicionamentos podem ser observados nos votos proferidos no Recurso Especial n. 261.155 – SP.

³³⁹ O acórdão faz menção ao § 2º do art. 20. Todavia, pelo contexto tratado, pode-se entender que o correto seria apontar o § 1º desse dispositivo, razão pela qual assim se procedeu.

justamente o abuso perpetrado que configura o ilícito vergastado, e não a simples obtenção de posição de destaque no mercado.

FERRAZ JR.³⁴⁰ esclarece, de forma precisa, a tênue linha que separa o ato de possuir uma posição dominante do ato de abusar dessa posição:

Na verdade, embora a posição dominante não seja incriminada por si mesma, ela é vista como um estado perigoso, isto é, como a 'antecâmara do delito' (cf. F.-Ch. Jeantet: Vers um contrôle européen de la concentration, JCP, 1975). Por isso, mesmo em sistemas que não conhecem os chamados delitos *per se*, a mais leve e, aparentemente, usual prática anticoncorrencial cometida por empresa em posição dominante corre forte risco de ser tratada como infração.

Em decorrência da posição dominante obtida, a UNIMED possui, atualmente, o condão de excluir outros agentes do mercado, bem como de criar barreiras à entrada de novos concorrentes. Essa atitude é a que se pretende hoje vedar.

Antigamente, como visto outrora, sequer se cogitava que uma cooperativa pudesse ter um poder econômico de tal forma concentrado que lhe permitisse abalar o cenário em que atua. A característica primordial das primeiras cooperativas surgidas, que baseou a criação da Lei n. 5.764/71, na qual se funda a posição do Judiciário no caso da UNIMED, era a união de cooperados para promover o desenvolvimento de atividades primárias que suprissem o surto de desemprego vislumbrado à época. Isso tanto é verdade que as primeiras cooperativas que despontaram foram, como já asseverado, as de consumo e as agrícolas.

As cooperativas médicas, por sua vez, foram fruto de uma nova e diferente realidade. Ainda que buscassem, inicialmente, proteger a classe médica dos abusos que, certamente, sofriam em face das operadoras de plano de saúde fortes e bem estruturadas, hoje essa situação já se alterou. Pode-se entender que, à época da criação da cláusula de exclusividade, esta era, de certa forma, necessária para que a UNIMED se consolidasse no mercado material acirrado que é o de planos/seguros de saúde. Hoje, todavia, a tolerância temporal foi ultrapassada, tornando claro o objetivo da UNIMED não é mais o de proteger a seus cooperados, como era no início, mas sim o de fortalecer-se como empresa competitiva que se tornou, desenvolvendo a capacidade de excluir concorrentes do mercado, bem como de impedir o acesso de novos agentes naquele setor.

³⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. São Paulo: Revista do IBRAC, v.4, número 1, janeiro 1997, p.25.

Não há como se negar que a oposição da contestada cláusula de exclusividade não atende aos preceitos constitucionais visualizados pela Carta de 1988, não obstante talvez pudesse ser compreendida em momento histórico distinto, como foi o da criação da Lei das Cooperativas. Repise-se que a preocupação do legislador na década de 1970 certamente não abarcava conceitos como “livre iniciativa”, “proteção ao consumidor” e “liberdade de concorrência”, posto seu fortalecimento ter ocorrido com a Norma Fundamental que vigora hodiernamente.

Há que se observar, outrossim, que a mencionada lei foi promulgada em um contexto social nacional ainda despreocupado com a figura da coletividade, a qual somente veio a ser questionada e defendida na década de 1990, com o marco representado pelo Código de Defesa do Consumidor. A partir desta data, não mais se aceitam irrestritamente os chamados “contratos de adesão”, claramente visualizados nos estatutos sociais a que aderem os médicos cooperados para ingressar nos quadros da UNIMED. Depois da lei de proteção ao consumidor, o surgimento da Lei n. 8.884/94 reforçou o caminho percorrido no sentido de dar maior ênfase aos interesses da coletividade, estabelecendo, em seu art. 1º, parágrafo único, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.³⁴¹

A cláusula contratual estabelecida pela cooperativa não pode gerar efeitos nocivos à própria coletividade, como ocorre no caso em análise, sob a alegação de que tal cláusula de exclusividade é legítima, vez que os médicos livremente aderiram à associação e aos termos de sua constituição e funcionamento.

O conselheiro do CADE, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no Processo Administrativo n. 08012.009991/98-82, aborda muito bem a questão da autonomia da vontade

³⁴¹ Nesse sentido é o voto do ex-conselheiro do CADE, João Bosco Leopoldino da Fonseca no processo administrativo n. 08000.026711/95-32: “lei de cooperativas foi promulgada em 1971, quando o quadro social brasileiro ainda não tinha despertado para as grandes preocupações com a coletividade. Depois daquela lei, em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, que é um marco sumamente importante para os interesses da coletividade, sobrepujando os interesses meramente individuais. A partir dessa data, não se aceitam, senão após severa crítica, os chamados contratos de adesão. E os contratos firmados pelos médicos com as Unimed são autênticos contratos de adesão. Depois da lei de proteção ao consumidor, o surgimento da Lei n. 8.884/94, veio reforçar o caminho percorrido no sentido de dar maior ênfase aos interesses da coletividade. Tanto é assim que o parágrafo único do artigo primeiro desta última lei estabelece que ‘a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei’. Sob essa fundamentação, não se pode permitir que a atividade da Representada no desempenho de sua finalidade prejudique a coletividade, na forma de restrição à concorrência. A cláusula contratual estabelecida pela Cooperativa não pode gerar efeitos nocivos à própria coletividade, como ocorre no caso em tela, sob a alegação de que tal cláusula de exclusividade é ilegítima, vez que os médicos livremente aderiram à Cooperativa e aos termos de sua constituição e funcionamento”.

contraposta à tutela da livre concorrência, razão pela qual mister se faz trazer à colação seus ensinamentos:

Cumpre, inicialmente, analisar o argumento de que, como a cláusula de exclusividade encontra-se inserta em um contrato, livremente pactuada entre as partes, constituiria indevida intervenção estatal a sua análise, por constituir infringência ao princípio da livre iniciativa.

Porém, ao contrário do que aleguem as representadas, o “*pacta sunt servanda*” não pode ser tomado em sentido absoluto. Tanto isto é verdade que o Estado intervém com o intuito de controlar cláusulas contratuais que afrontem a lei. Um eloqüente exemplo é o do controle judicial e administrativo sobre as cláusulas abusivas estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu art. 51. Da mesma forma a legislação anti-truste permite o controle judicial e, especialmente, administrativo sobre as cláusulas contratuais (como, por exemplo, aquelas que imponham determinada espécie de exclusividade), que, após devidamente analisadas sob a ótica da regra da razão, venham a ser consideradas como infringentes às normas de defesa da ordem econômica. São constitucionalmente legítimas as duas espécies de controle estatal mencionadas neste parágrafo, uma vez que a Constituição Federal erigiu à categoria de princípios gerais conformadores da ordem econômica, tanto a defesa da concorrência como a defesa do consumidor.

Assim, além de contrariar os dispositivos da Lei n. 8.884/94, tal prática fere os princípios constitucionais da liberdade de profissão, da livre iniciativa, da livre concorrência e da valorização do trabalho humano (pontos estes que serão abordados no item seguinte) e ainda constitui abuso de poder econômico, condenado pelo art. 174, § 4º, da Carta Magna.

O que se deve impedir é que, mediante a imposição de exclusividade, a UNIMED limite artificialmente a possibilidade de concorrência, criando dificuldades para outros planos concorrentes entrarem e permanecerem no mercado relevante.

Tampouco sob uma ótica consumerista a prática atacada oferece alguma vantagem. Em verdade, a exclusividade visada pela UNIMED gera um fechamento relativamente ao consumidor, que se vê compelido a contratar um plano de saúde com aquela cooperativa caso opte pelos serviços de um médico a ela cooperado.

Diante do exposto, pode-se concluir que a unimilitância imposta pela UNIMED a seus cooperados não observa os preceitos da legislação antitruste atual, não obstante a ela esteja submetida mesmo sendo uma cooperativa.

As decisões judiciais, embora contrariem em alguns casos o entendimento que vem sendo propagado pelo CADE, não podem ser tidas como suficientes para apoiar a legalidade irrestrita da cláusula de exclusividade constante dos estatutos sociais da UNIMED. A análise feita pelos órgãos administrativo e judicial não foi, em vários casos, focada sob um

mesmo prisma e sob a atenção dos mesmos dados econômicos. Há que se observar, também, que a análise econômica que desencadeia uma possível conduta anticoncorrencial não pode ser feita em tese, dependendo, sempre e intrinsecamente, dos dados concretos de cada situação, tais como o mercado relevante analisado, o poder de mercado dos demais concorrentes daquele setor e as características do produto ou serviço prestado, dentre outros fatores. Esse alerta foi oportunamente feito pelo conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer³⁴², em face da alegação da UNIMED, em vários processos administrativos, no sentido de que a matéria já se encontraria pacificada no Judiciário, razão pela qual o CADE deveria, portanto, rever seu posicionamento:

A análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça permite a conclusão de que: a) os recursos especiais analisados foram interpostos no curso de ações nas quais médicos que foram excluídos das cooperativas discutiam a legalidade da cláusula de exclusividade, b) assim, o enfoque central foi a análise da licitude de tal imposição exclusivamente à luz da Lei nº 5.764/71; c) tanto isto é verdade que na maioria dos acórdãos a exigência de exclusividade não foi analisada sob a ótica das disposições da Lei nº 8.884/94; d) finalmente, não foi examinado se a cláusula de exclusividade era ou não harmônica com a Constituição Federal.

Ressalte-se que muito embora haja votos proferidos no Resp. nº 261.155 que mencionaram disposições da Lei nº 8884/94, entendo não possa ser tal aresto invocado como desautorizador do entendimento tradicional adotado pelo CADE.

Em primeiro lugar, em virtude do recurso especial ter analisado conflito entre médico e operadora, não se tratando, assim, de revisão judicial de nenhuma decisão do CADE. Em outras palavras o CADE não foi parte na ação judicial que motivou a interposição do Recurso Especial.

Em segundo lugar porque as disposições da Lei nº 8.884/94 foram analisadas segundo as peculiaridades do caso concreto sub judice. Inclusive houve divergência de posicionamento entre os Ministros que mencionaram tal lei. Aliás, **a verificação da efetiva ocorrência de infração às disposições da lei de defesa da concorrência jamais pode ser feita em tese, dependendo sempre da análise do caso concreto.** Assim, para que a imposição de cláusula de exclusividade possa configurar infração contra a ordem econômica ela deve ter o potencial de produzir efeitos anticoncorrenciais, o que somente ocorrerá caso a cooperativa congregue elevado número de médicos que atuam na região. Apenas atendidos tais pressupostos a exclusividade terá o condão de restringir a concorrência, constituir abuso de posição dominante e contribuir para que a cooperativa continue a dominar o mercado.

Assim, tais aspectos são analisados nos processos administrativos julgados pelo CADE e deles depende a conclusão sobre a infringência ou não das disposições da Lei de Defesa da Concorrência, uma vez que somente há infração à concorrência caso a conduta tenha o potencial de produzir os efeitos descritos no art. 20, caput, da Lei nº 8884/94, o que depende da análise pormenorizada de cada caso concreto.

Deste modo, entendo que os precedentes do STJ não desautorizam a jurisprudência tradicional do CADE.

³⁴² Processos Administrativos n. 08012.005071/2002-41 e n. 08012.000353/2004-14.

Assim, resta ao intérprete e julgador analisar, caso a caso, as variáveis econômicas que abraçam a questão, não podendo pré-julgar situações diversas quando o tema envolve efetivas cambiantes.

4.3.3 Princípios constitucionais expressos na Carta de 1988 relativos ao livre exercício de atividade profissional e ao direito social à saúde e à existência digna

Restou observado nos itens anteriores que a conduta perpetrada pela UNIMED não está em consonância com a legislação infraconstitucional que trata das cooperativas, cujas bases ideológicas repousam em um texto constitucional que regeu época política e econômica diversa da atual.

O trabalho até então elaborado demonstrou, também, não haver incongruência entre os ditames da Lei n. 5.764/71 e da Lei n. 8.884/94, sendo o convívio de ambas as legislações possível e necessário para a manutenção de um ordenamento jurídico coeso e condizente com os ditames constitucionais de 1988.

Carece analisar, todavia, em especificidade os princípios do atual texto fundamental, mormente aqueles que se referem ao livre exercício de qualquer profissão, bem como outros ausentes na Constituição de 1967.

Para início deste estudo, buscou-se no texto constitucional todos os dispositivos que fazem menção à importância do trabalho dentro da atual República Federativa, bem como outros correlatos à discussão proposta, tendo-se destacado os seguintes:

Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

.....

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...].

Art. 5º **Todos são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XIII - **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão**, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, **a saúde, o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

.....

IV - **livre concorrência**;

V - **defesa do consumidor**;

.....

VIII - **busca do pleno emprego**;

.....

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 193. **A ordem social tem como base o primado do trabalho**, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 199. **A assistência à saúde é livre** à iniciativa privada.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....

III - a promoção da **integração ao mercado de trabalho** [...].

A atual Constituição consagrou, como **fundamentos** da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, dentre outros. Clara foi, portanto, a preocupação do constituinte de 1988 com o caráter social do homem, na condição de pessoa digna de proteção e na posição de cidadão, merecedor de resguardo de seu trabalho e de suas iniciativas.

Desde o artigo primeiro da Carta Magna atual até a parte final de suas disposições, quando se trata da assistência social aos brasileiros, demonstrou-se que a valorização do trabalho humano e a adequada proteção ao seu livre exercício foram pontos nodais da ideologia aposta no Texto Fundamental de 1988.

Diante disso, não se poderia deixar de analisar como a questão da unimilitância imposta pela UNIMED se encontra diante, não mais das legislações infraconstitucionais, mas sim do diploma maior que nenhum dispositivo, seja ele contratual ou legal, pode ofender.

Veja-se que duas bases principiológicas encontram-se entrelaçadas no corpo da Constituição: a proteção do ser humano e a proteção da profissão por ele exercida. Não é sem motivos que esses são fundamentos da República vigente.³⁴³ Nesse sendeiro, importante observar o tema da exclusividade na prestação de serviços médicos e sua relação com os alicerces mencionados.

Não obstante inexistir hierarquia formal de profissões, é inegável que algumas possuem importância social mais acentuada que outras. Tal é o caso da especialização em medicina. O profissional médico lida, diariamente, com o bem supremo de todo homem: a sua saúde³⁴⁴. É a vida do paciente que é posta nas mãos desse profissional, cabendo a ele envidar todos os esforços para tratar os males que acometem as pessoas. Não pode o médico, diante do que propõe o texto constitucional (e não apenas em decorrência de seu Código de Ética), deixar de atender um paciente que necessite de ajuda urgente ou que demande qualquer atuação sua no sentido de minorar qualquer sofrimento.

Dessa forma, questiona-se se possui a UNIMED legitimidade para, ferindo o pressuposto constitucional que sustenta seus artigos, exigir de um médico a prestação exclusiva de seus serviços a pessoas que possuam o plano de saúde disponibilizado pela cooperativa.

³⁴³ Assinala José Afonso da Silva que: "Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os *valores sociais do trabalho*; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na *valorização do trabalho*, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o *primado do trabalho*. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o *direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). E aqui se entroncam o *direito individual* ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o *direito social ao trabalho*, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, assim como o direito à relação de emprego (art. 7º, I) e o seguro-desemprego, que visam, todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 288-9.

³⁴⁴ José Afonso da Silva faz uma importante observação relativamente à inserção da saúde como direito fundamental: "É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 307.

Argüir-se-á, como de fato já foi feito³⁴⁵, que permanece a prerrogativa do médico de atender qualquer paciente pela via da consulta particular, não podendo o profissional, unicamente, receber a contraprestação por seus serviços por meio de outros planos de saúde concorrentes.

Ora, não pode, como já alertava o ex-conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em voto transcrito no item anterior, tratar questões de relevância superior como esta de forma abstrata, como um caso teórico que não possui variáveis fáticas verdadeiras e determinantes.

De todos os ângulos, a perspectiva da imposição de uma exclusividade deve ser analisada, desde o ponto de vista do próprio instrumento de insumo, que é o médico, até o aspecto social e econômico que envolve a temática.

Não se vive, atualmente, uma realidade nacional que permita aos cidadãos não se filiarem a planos de saúde e optarem, livremente, pelo pagamento de consultas particulares. Em verdade, os serviços médicos demandam um potencial financeiro vultuoso, que grande parte da população não dispõe. Daí o papel social exercido pelos planos de saúde, tornando alguns procedimentos médicos mais acessíveis a quem necessita.

Não se está afastando o fato de que as empresas de planos/seguros de saúde possuem um enorme porte econômico e de que muitas não visam, certamente, a concretizar qualquer papel social. Mas a verdade é que o fazem, ainda que indiretamente. E essa finalidade não pode ser afastada pelos intérpretes da lei e da Constituição, principalmente porque esta preconiza, em seu art. 6º, ser a saúde um direito social e determina, em seu art. 199, que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Se a própria Constituição preconizou a liberdade de qualquer profissional competente assistir a saúde dos demais, é inconstitucional qualquer norma ou avença particular contrária a esse preceito, ainda que firmada de comum acordo pelas partes, como

³⁴⁵ Em voto proferido no julgamento do Recurso Especial n. 261.155 – SP o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao transcrever trecho do acórdão de segunda instância, denota entender que não fere o Código de Ética Médica a exclusividade exigida pela UNIMED, uma vez que o médico é livre para se desfiliar da cooperativa a qualquer momento, bem como não se encontra impedido, ainda que permaneça associado, de atender a pacientes particulares: “O cooperativismo não impede o exercício regular da medicina pelos próprios médicos cooperados. Continuarão livres para o atendimento particular de pacientes, que, até mesmo por força de seu Código de Ética, não poderiam deixar de assistir. Apenas impedidos estariam de, em atividade concorrente e contrária aos fins da associação, que, por livre vontade, passaram a integrar, prestar serviços médicos a entidades dedicadas à exploração econômica de planos de saúde”.

alega a UNIMED ocorrer em seus Estatutos Sociais. Nem mesmo o *pacta sunt servanda* é capaz de se sobrepor a uma norma constitucional, mormente estando esta expressa no texto magno e amplamente propagada em todo o seu conjunto.

Veja-se, ademais, que, existindo um cunho sociológico na atuação das empresas citadas, não cabe à UNIMED obstar o bom desenvolvimento desse fim maior mediante a aposição de cláusulas de exclusividade que não encontram qualquer fundamento tão ou mais relevante, sob o ponto de vista constitucional, para a sua ocorrência.

Ao contrário, a unimilitância fere outros pressupostos fundamentais, além daqueles relativos à saúde: a) restringindo o exercício do trabalho, exercício ou profissão médica (violando, portanto, o art. 5º, XIII, da CR/88); b) impedindo a busca do pleno e irrestrito acesso ao emprego por parte de seus cooperados (ferindo, dessa forma, o art. 170, VIII, da CR/88); c) criando obstáculos ao livre exercício de qualquer atividade econômica por parte dos médicos que a ela queiram se associar (afastando, assim, o preceito disposto no parágrafo único do art. 170 da CR/88); d) limitando a base de nossa ordem social, que é o trabalho (contrariamente ao previsto no art. 193 da CR/88); e, por fim, e) não atendendo ao objetivo da assistência social propagado pela Carta Magna em seu art. 203, III, eis que veda, pela exclusividade, a integração do profissional médico ao mercado de trabalho, que lhe procura e lhe necessita.

A violação de todos esses princípios acarreta, por conseguinte, a não observância de um outro primado: o da livre iniciativa, na posição de valor social previsto no art. 1º, IV, bem como no *caput* do art. 170, ambos da Constituição de 1988.³⁴⁶

Inicialmente, cumpre ressaltar qual o papel da livre iniciativa no ordenamento desenhado pelo constituinte de 1988. Para tanto, utilizar-se-á dos ensinamentos de Maurício de Moura Costa³⁴⁷, que assim escreve:

³⁴⁶ O autor espanhol Daniel Vázquez Albert trata bem sobre a questão da livre iniciativa no exercício das profissões: "La regulación de las profesiones debe inspirarse en el principio <pro liberate>. Tal y como se ha apuntado más arriba, este principio encuentra su fundamento en la regulación constitucional de las profesiones y, en concreto, en una interpretación conjunta de los preceptos que contemplan la libertad de profesión (art. 35 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE), así como los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE). El principio <pro liberate> viene reforzado, además, por el reconocimiento constitucional de la libertad como valor supremo del ordenamiento (art. 1 CE)". ALBERT, Daniel Vázquez. *Derecho de la competencia y ejercicio de las profesiones*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2002, p. 212.

³⁴⁷ COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v. 5, n. 1, 1998, p. 8 e 12.

Apesar do papel primordial atribuído à livre iniciativa na ordem econômica constitucional, o seu valor é relativizado pela própria Constituição. A livre iniciativa não é admitida de maneira absoluta, mas unicamente em razão do seu valor social (CF, art. 1, IV), e deve ser entendida no contexto de uma ordem econômica, idealmente concebida pela Constituição, que 'tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social', e que deve respeitar toda uma série de princípios.

.....

Com efeito, estabelecendo que a ordem econômica deve respeitar uma série de princípios, a Constituição delimita ainda mais o contexto no qual a livre iniciativa se conformaria com o seu valor social. A liberdade de iniciativa deve ser exercida em um espaço jurídico-econômico idealmente delimitado por estes princípios. Em os respeitando, a livre iniciativa se beneficia de uma presunção de conformidade com as finalidades da ordem econômica, e também, conseqüentemente, com o seu valor social.

Assim, se a livre iniciativa é um fundamento da ordem econômica que deve promover a dignidade da pessoa humana – ou seja, orientar os valores-fim da ordem constitucional –, então ela não pode ser obstada por meio de condutas anticoncorrenciais de agentes econômicos.

Sobreleve-se que, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa deve respeitar a livre concorrência (esta na condição de princípio da ordem econômica – art. 170, IV, da CR/88), a liberdade concorrencial deve-se voltar para garantir a livre iniciativa de todos os *jogadores* do mercado, bem como dos consumidores que neste atuam.³⁴⁸ O tripé consagrado dentro da livre concorrência constitucional, o qual garante, por sua vez, a observância da livre iniciativa, também é descrito por Maurício de Moura Costa:³⁴⁹

Livre ação dos agentes econômicos, livre acesso ao mercado e livre escolha pelos consumidores e utilizadores, tais são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, um mercado onde a concorrência joga livremente. Ou seja, tais são as três liberdades visadas pelo princípio de livre concorrência.

Veja-se, portanto, que, tendo a UNIMED, por meio de uma conduta anticoncorrencial (conforme decisão acertada do CADE), limitado o acesso de novas empresas ao mercado, e limitado a escolha dos consumidores, feriu o fundamento constitucional da livre iniciativa e, por conseguinte, a existência digna que ele tem por função assegurar.

³⁴⁸ O paralelo entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência já foi feito no Capítulo 1 deste trabalho, razão pela qual não se aprofundará no tema novamente.

³⁴⁹ COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.5, n.1, 1998, p.16.

Além do já exposto, importa ter sempre em vista a questão da pessoa do paciente, que não só pode como tem o direito de escolher o médico que julgar mais adequado. Essa questão também é abarcada pela Constituição, quando apõe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e finalidade da ordem econômica. Proibir o médico de atender por meio de algum plano de saúde é, pela via transversa, proibir o paciente de optar pelo profissional que ele entender mais capaz.

O paciente, nessas hipóteses, é um consumidor, que está sendo obstado em seu direito de escolha como decorrência de uma imposição inconstitucional de um terceiro. Até mesmo o princípio da proteção ao consumidor, previsto no art. 170, V, da CR/88, está sendo inobservado.

Não pode a UNIMED invadir a esfera do livre arbítrio do consumidor e impedi-lo de optar pelo profissional da área médica que ele preferir. E, repita-se, não procede a alegação de que o paciente ainda possuiria o direito de ser atendido por aquele médico pela via do pagamento sem convênio, uma vez que tal assertiva partiria do absurdo de se acreditar que todos os cidadãos conseguem suportar os custos de uma consulta particular com qualquer médico. Seria partir de elementos falsos da realidade para se alcançar uma conclusão somente viável na teoria. E o papel dos nossos tribunais não é julgar a vida em tese.³⁵⁰

Se o profissional logrou ser aceito por outro plano de saúde que não a UNIMED, e há pacientes que o procuram por meio dessa outra empresa, não pode o médico deixar de atendê-los, assim como não pode a cooperativa em questão excluir esse profissional de seus quadros como decorrência dessa atitude.

Um último princípio que se encontra violado pela cláusula de unimilitância é o que preconiza a isonomia entre os agentes do mercado. Com efeito, além de o art. 5º da CR/88 ter previsto, em seu *caput*, que todos são iguais perante a lei, consagrando, paralelamente, a inviolabilidade do direito à igualdade, ainda determinou, em seu inciso I, que todos os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

³⁵⁰ Tércio Sampaio Ferraz faz uma observação interessante sobre a inexistência de uma posição imutável quando se trata de concorrência. Segundo ele, há que se levar em conta “que a posição dominante não é uma situação estática no interior de uma estrutura, mas depende fortemente do fator temporal, o qual deve ser ligado ao estágio de desenvolvimento de um mercado”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.4, número 1, janeiro 1997, p.26.

Com esse procedimento, propositalmente repetitivo, o constituinte reforçou, sobremaneira, a importância da igualdade para a consecução dos pressupostos da Carta de 1988, estendendo o direito e o dever da igualdade não apenas ao legislador, mas também a todas as pessoas que compõem a República Federativa brasileira.

A relevância dessa atitude foi bem apreciada por FERRAZ JR.:³⁵¹

Esse texto generaliza uma aspiração bem mais ampla que alcança também as desigualdades de fato, na medida em que desvaloriza a existência de condições empíricas discriminantes e exige equalização de possibilidades. A igualdade, assim, como conteúdo da norma constitucional, deve ser tomada, de um lado, num sentido negativo, como direito de não ser discriminado. Mas, de outro e num sentido positivo, é também conteúdo do direito ao máximo de condições e oportunidades e de participação nos benefícios da vida social, ao que corresponde o dever de todos no sentido de agir de modo a propiciá-los [...].

.....

Assim, se no passado o princípio só se dirigia ao legislador (impedindo-o de emanar leis arbitrárias), agora ele atinge também os particulares, 'na forma de um autêntico direito subjetivo' [...]. As pessoas (físicas ou jurídicas) possuem o direito de não ser diferenciadas por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia discriminar.

Deflui-se, destarte, da análise da nova posição assumida pela isonomia na atual Carta Fundamental que em todos os aspectos protegidos por ela, até o econômico, devem Estado e particular observar o impedimento à discriminação de quaisquer pessoas.

Ora, se assim se interpreta o princípio da isonomia no Texto de 1988, então, como observa FERRAZ JR.³⁵², atitudes anticoncorrenciais são propícias a configurar ofensa a esse postulado, sobretudo quando falseiam condições do mercado de forma a criar condições de acesso desiguais para outros agentes.

O caso da UNIMED pode, portanto, ser visto também sob esse prisma, na medida em que cria condições desiguais para outros concorrentes entrarem e permanecerem no mercado de planos/seguros de saúde. Não se pode olvidar que, em vários casos analisados

³⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.4, número 1, janeiro 1997, p.21-22.

³⁵² “Com base na igualdade assegurada como princípio e como direito subjetivo pela Constituição Federal (art. 5º), entende-se que a concorrência entre empresas não deve ser falseada por condições desiguais de acesso ao mercado. Portanto, se a concorrência vier a ser desvirtuada por alguém que transgrida o princípio, com prejuízo de direito constitucionalmente garantido, pode ser devidamente promovida a correspondente representação junto à autoridade constituída, que deverá encaminhá-la nos termos da lei. [...] Constata-se de imediato que condutas limitativas da igualdade de oportunidade ou expressamente discriminantes estão previstas, por exemplo, entre

pelo CADE, havia a alegação da UNIMED de que, embora possuísse a cláusula de unimilitância em seu estatuto, dela não fazia uso. Contudo, apurou-se que várias outras regionais tampouco exigiram o cumprimento dessa avença em seus primeiros anos de mercado, mas somente após a concorrência no setor ter denotado um princípio de acirramento.

Essa última atitude é a que melhor reflete a ausência de isonomia causada pela UNIMED, uma vez que falseia a concorrência no setor nos primeiros anos, para, após uma alteração na perspectiva econômica, atuar de forma incisiva no esvaziamento dos insumos do mercado em causa. Tratou, pois, de forma desigual não só os seus concorrentes mas também os médicos que a ela se associaram. Ao passo que alguns lograram atender pacientes por variados convênios por tempo mais elástico, a outros impediu, de início, a referida prática, não obstante a cláusula debatida ter sempre existido.

Não foi, de forma alguma, uma técnica de sobrevivência para adentrar em um mercado novo, como ocorreu, por exemplo, nas cláusulas de exclusividade territorial utilizadas por alguns *shopping centers*³⁵³ da cidade de São Paulo/SP, mas sim uma forma clara de restringir direitos de seus concorrentes, dos médicos e, finalmente, dos consumidores.

Diante de todos os preceitos suscitados como violados, não se pode entender pela validade das cláusulas de unimilitância analisadas, não obstante ter-se consciência de que variáveis econômicas podem existir caso a caso, tornando impossível a conclusão pela ilegalidade *per se* desse acordo de exclusividade.

outros, nos incisos IV, VI, XII do art. 21 da Lei 8.884/94 [...]”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.4, número 1, janeiro 1997, p.23.

³⁵³ Menciona-se, aqui, as chamadas “cláusulas de raio”, definidas como sendo “aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel” CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. São Paulo: Revista do IBRAC, vol. 10, n. 3, 2003, p.73. Sua utilização, em alguns casos, foi justificada como medida necessária para que um novo *shopping center* pudesse entrar nesse mercado, que, além de competitivo, demanda o investimento inicial elevado, cuja proteção tornava-se medida de sobrevivência daquele próprio agente. Todavia, o entendimento propagado pelo CADE, no caso do Condomínio Shopping D x Center Norte S/A (Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13), foi de que essas cláusulas devem ser limitadas no tempo, deixando de ser legais quando o empreendimento já se encontra firmado no mercado ou já teve oportunidades suficientes para fazê-lo.

4.3.4 Lei n. 9.656/98, com a alteração trazida pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001

A problemática que ora se estuda também foi objeto de apreciação por parte do legislador infraconstitucional moderno, certamente inspirado pelos fundamentos constitucionais da nova Carta Magna. Trata-se da edição da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que versa sobre os planos e os seguros privados de assistência à saúde.

Dentre as várias disposições acerca da operacionalização dos sistemas de assistência à saúde, a lei citada aponta: o órgão responsável pela regulamentação das atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde; a fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde; os critérios normativos em relação aos procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores de serviço do sistema, visando assegurar o equilíbrio das relações entre os consumidores e os operadores de planos e seguros privados de assistência à saúde; e o estabelecimento de mecanismos de garantia, visando a preservar a prestação de serviços aos consumidores.³⁵⁴

Todo o escopo da legislação em comento é pautado pelo preceito inserto no art. 170, inciso V, da CR/88, que determina ser a defesa do consumidor princípio da ordem econômica nacional, cujo fim é a existência digna conforme os ditames da justiça social.³⁵⁵

Visando a tornar efetivo o ideal constitucional da proteção à figura do consumidor, mormente em um campo tão delicado e conturbado como é o tema da saúde, necessário se fez editar uma legislação especial para regulamentar os planos de saúde privados. Dentre as disposições do texto legislativo promulgado, existiu uma que abarcou exatamente a situação ora debatida: a impossibilidade de as operadoras de planos de saúde

³⁵⁴ “Art. 6º da Lei n. 9.656/98: É criada a Câmara de Saúde Suplementar como órgão do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, com competência privativa para se pronunciar acerca das matérias de sua audiência obrigatória, previstas no art. 3º, bem como propor a expedição de normas sobre:

I - regulamentação das atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde;

II - fixação de condições mínimas dos contratos relativos a planos e seguros privados de assistência à saúde;

III - critérios normativos em relação aos procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores de serviço do sistema, visando assegurar o equilíbrio das relações entre os consumidores e os operadores de planos e seguros privados de assistência à saúde;

IV - estabelecimento de mecanismos de garantia, visando preservar a prestação de serviços aos consumidores;

V - o regimento interno da própria Câmara”.

³⁵⁵ Para mais informações sobre o dispositivo em questão, remete-se ao estudo efetuado no Capítulo 2.

imporem contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. É o art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/98:

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado ou credenciado de uma operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde, impõe-lhe as seguintes obrigações e direitos:

[...]

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, **independente de sua natureza jurídica constitutiva**, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Antes de prosseguir na análise desse dispositivo, uma observação relevante se faz necessária: o texto originário do art. 18 transcrito não possuía a expressão *independente de sua natureza jurídica constitutiva*, acima grifada e aposta em negrito. Essa complementação foi conferida, hoje, pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001, justamente para tentar colocar uma pá de cal em uma discussão judicial que envolve o dispositivo em tela. Explica-se.

Embora para alguns estivesse claro que a vedação à exclusividade fosse aplicável a qualquer espécie de operadora de plano de saúde, é dizer, independentemente de sua constituição jurídica (sociedade anônima, limitada ou, até mesmo, cooperativa), para outros a aludida clareza não se verificava.

Com efeito, o Judiciário tem-se poupado de adentrar no mérito da discussão ora suscitada, normalmente alegando falta de pré-questionamento da matéria. Todavia, em certos casos tornou-se inevitável alguma manifestação sobre o tema, momento em que se pôde notar a tendência de afastar a aplicabilidade das disposições da lei em pauta para as cooperativas. É o que ocorreu no voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do Recurso Especial n. 261.155 – SP:³⁵⁶

A Lei 9656, de 4.6.98, cujo art. 18, inc. III, veda às operadoras de planos ou seguros privados estabelecerem cláusulas de exclusividade, **não se aplica à entidade ré, uma vez que a relação que se estabelece é de natureza cooperativa**. Além disso, trata-se de diploma não apreciado no r. acórdão recorrido, e a divergência é posterior aos fatos que originaram a demanda.

³⁵⁶ No julgamento desse mesmo Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrihgi não adentrou no mérito da Lei n. 9.656/98, suscitando apenas a falta de pré-questionamento de seu art. 18, inciso III, fazendo incidir, na espécie, a Súmula n. 282 do STF.

Outro entendimento nesse mesmo sentido que se torna interessante destacar foi proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em voto do desembargador Eduardo Mariné da Cunha, quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.0209.04.039296-8/001:

Na época exata dos fatos narrados na inicial, inexistia, no Brasil, disposição específica, regulando, em sentido proibitivo, a imposição, pelas administradoras dos planos de saúde, de cláusula de exclusividade aos médicos que junto a elas atuasse. A Lei n. 9.656/98, que entrou em vigor logo após, para reger os planos de saúde, dispunha, em sua redação original, da seguinte forma, a respeito das condições que poderiam ou não ser impostas aos *credenciados e contratados*:

.....

III – a manutenção de relacionamento de contratação ou credenciamento com quantas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde desejar, sendo expressamente vedado impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Nota-se que tal dispositivo proibia a imposição de cláusula de exclusividade somente aos profissionais que atuassem junto às operadoras de planos de saúde na qualidade de contratados ou de credenciados, não impedindo sua fixação, em caso de médico cooperado. Tal vedação somente foi introduzida pela MP n. 1.908-20, de 15.11.99, muito posterior à data em que a assembléia da ré deliberou pela vedação da dupla militância e à comunicação de tal impedimento aos cooperados. O texto modificado pela medida provisória, em relação à questão discutida nos autos, foi o seguinte:

.....

III – a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Assim, não há dúvida de que, quando, em outubro de 1997, a requerida passou a enviar a seus cooperados de Curvelo correspondência advertindo-os que deveriam cumprir com a exigência da exclusividade estabelecida em assembléia geral, estava exercendo regularmente direito seu, pois, naquele momento, inexistia, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação de que as cooperativas que operavam planos de saúde deliberassem, no exercício de seu poder de regulamentação *interna corporis*, pela vedação da dupla militância.

Segundo afirmado pelo desembargador Eduardo Mariné da Cunha, somente com a edição da Medida Provisória incidente sobre o art. 18, inciso III, da lei em destaque é que se pôde aceitar que a impossibilidade da unimilitância também se estende às cooperativas. Contudo, trata-se de Medida Provisória, ainda não convertida em lei, cujo teor não se faz ainda tão presente na prática da questão.

SALOMÃO FILHO³⁵⁷, ao comentar a conduta da unimilitância imposta pela UNIMED, entende que a questão da ilegalidade da cláusula de exclusividade em comento – tratada por ele como “recusa de contratar” – já se encontra pacificada, em decorrência da promulgação da Lei n. 9.656/98. Veja-se:

O segundo grupo de situações é aquele em que a recusa de associação baseia-se na existência de poder monopolista por parte do agente. A dependência tem aqui, portanto, origem no poder de mercado. A recusa pode ser, direcionada a eliminar ou impedir o estabelecimento de concorrentes no mercado. Situação típica desse gênero ocorria, até recentemente, no setor de saúde no Brasil. Durante anos a *Unimed*, virtual monopolista no interior do Brasil, recusou-se a aceitar em seus quadros, e até excluiu deles, médicos filiados ou credenciados por empresas de planos de saúde ou seguro-saúde concorrentes. Dessa forma, na prática, impossibilitou durante longo período o estabelecimento de concorrentes no interior do Brasil, permanecendo monopolista.

Só recentemente, com a introdução da regra proibindo o estabelecimento de regras estatutárias em operadoras de planos de saúde (incluindo as cooperativas médicas) que imponham a filiação exclusiva de médicos, o problema foi legislativamente resolvido (v. art. 18, III, da lei 9.656, de 3.6.1998).

Não obstante se concorde com o autor citado no sentido de que a legislação de 1998 clarificou o debate sobre o tema, entende-se que não há que se falar, ainda, em pacificação da problemática. As discussões, conforme visto acima, continuam girando em torno da aplicabilidade ou não do preceito insculpido no art. 18, III, da Lei n. 9.656/98 às cooperativas, sendo certo que a inclusão destas no dispositivo legal se verificou, por enquanto, apenas por meio de Medida Provisória. A transitoriedade da determinação, portanto, não permite que se aceite irrestritamente a ilegalidade da cláusula ora versada, sobretudo quando a discussão de cunho principiológico-cooperativo ainda se demonstra forte e vigente na jurisprudência dos tribunais judiciais.

Um último ponto sobre a lei em comento foi abordado por MOSCOGLIATO³⁵⁸ em artigo que trata exatamente sobre a exclusividade exigida pela UNIMED:

O § 2º do artigo 1º da Lei n. 9.656/98 é claro ao prever que se incluem

³⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p.244.

³⁵⁸ MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do Direito Antitruste no Brasil – alguns aspectos. *In Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 194-5.

Nesse mesmo artigo, esse autor ainda suscita uma outra questão abrangendo a unimilitância: questiona ele se o médico não poderia ser considerado como uma utilidade essencial (*essential facility*) e, conseqüentemente, como um elemento fundamental ao acesso de outros planos de seguro/saúde ao mercado relevante. Sua conclusão é em sentido positivo.

"na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas, que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração".

Se as cooperativas prestadoras de serviços médicos estão no escopo da Lei n. 9.656/98, é necessário explicar melhor o motivo pelo qual elas não estão sujeitas à obrigação inserta no artigo 18, inciso III, da mesma lei, porque esse foi um dos pontos controvertidos entre as duas correntes de pensamento expostas no julgado, sendo este último artigo citado como fundamento nos votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Antônio de Pádua Ribeiro.

Segundo exposto por esse autor, causa-lhe espanto o fato de que, mesmo tendo a Medida Provisória n. 2.177-44/2001 incluído, em seu art. 1º, § 2º, as cooperativas como também abrangidas pela Lei n. 9.656/98, poucos foram os julgados que adentraram nesse cerne, demonstrando a fragilidade de muitos argumentos vistos na seara judicial.

Entende-se, contudo, que novamente aqui encontrar-se-á a questão da transitoriedade da norma, que deve acabar causando certo desconforto ao julgador ao fundamentar sua decisão em regra ainda não "consolidada" pelo Congresso.

4.4 Análise econômica da cláusula de unimilitância

Finalmente, um último tópico que impende ser abordado para complementar o estudo sobre a cláusula de unimilitância imposta pela UNIMED aos seus cooperados cinge-se na análise econômica da exclusividade em questão. Para tanto, é de supina relevância entender, inicialmente, as bases do movimento denominado Análise Econômica do Direito (AED) e o modo como seus estudos se desenvolveram na doutrina e jurisprudência estrangeiras a ponto de se tornarem aplicáveis também no ordenamento jurídico interno de cada país.

4.4.1 Breves considerações sobre a Análise Econômica do Direito

A relação entre Direito e Economia certamente não se originou do movimento que hoje é conhecido como Análise Econômica do Direito. Pode-se observar que desde o século XIII, na obra de ADAM SMITH³⁵⁹, já se versava sobre a ligação havida entre essas

³⁵⁹ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

disciplinas, não obstante seu fundamento ter sido exatamente o da não interferência de uma sobre a outra.³⁶⁰

Com efeito, as idéias liberais pregadas por Adam Smith traduziam a necessidade de regulação dos mercados pela *mão invisível* do Estado, e não por normas positivadas que dirigissem a atividade econômica. Esse ideal, contudo, não sobreviveu aos embates do tempo, que demandaram uma atitude mais intervencionista do Estado na Economia. E o meio encontrado para essa formalização foi justamente o Direito.

JEREMY BENTHAM³⁶¹ também trouxe uma contribuição importante nesse aspecto, destacando a utilização da análise econômica do direito como balizador de diversas condutas humanas, não apenas alusivas ao aspecto mercadológico mas também nos crimes, acidentes, casamento etc.³⁶²

Mas é PEDRO MERCADO PACHECO³⁶³ quem bem resume o que seria a Análise Econômica do Direito (AED), asseverando:

Lo común, y definitorio, del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más en concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría macroeconómica neoclásica en general y de una de sus ramas desarrolladas en este siglo, la Economía del Bienestar, en particular, en la explicación y evaluación de las instituciones y realidades jurídicas.

A parte do movimento que se torna de curial interesse para o presente estudo é aquela consolidada nas décadas de 1960 e 1970, com os trabalhos de Ronald Coase³⁶⁴, Guido Calabresi³⁶⁵ e Richard Posner³⁶⁶, que tratam dos custos sociais das transações, da distribuição

³⁶⁰ Para Guiomar T. Estrella Faria, foi Karl Marx, em sua obra *Para a Crítica da Economia Política*, quem, pela primeira vez, “vinculou, de maneira mais estreita, o universo das relações jurídicas aos conceitos e ao modo de raciocínio próprio da ciência econômica, insistindo na absoluta dependência do ordenamento jurídico, imperante nas ‘sociedades burguesas’, ao modo de produção capitalista”. ESTRELLA FARIA, Guiomar Theresinha. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p.19.

³⁶¹ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

³⁶² Segundo POSNER, “Although Bentham’s economic analyses of crime was anticipated by Beccaria, Beccaria’s analysis was far less systematic than Bentham’s”. POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, number 2, p. 281-315, winter 1979, p.282.

³⁶³ MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

³⁶⁴ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n.3, p.1-44, outubro 1960.

³⁶⁵ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, v.68, 1961. Cf. PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.27.

³⁶⁶ POSNER, Richard A. *Economic analyses of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977 (a edição atual é de 1998).

dos riscos nos ilícitos e do conceito de eficiência e sua necessária utilização em todos os ramos do direito.

Com COASE, desenvolveu-se o estudo dos custos sociais das atividades econômicas, com o seu necessário balanço, quando comparados com os custos do aparato estatal utilizado para dirimir eventuais controvérsias. Segundo Coase, a constante intervenção estatal³⁶⁷ na correção das falhas do mercado acarretaria um desnecessário aumento dos custos para todas as partes. De fato, para esse autor a solução eficiente do problema das externalidades³⁶⁸ poderia ser encontrada na auto-regulação do mercado, por meio de negociações dos efeitos externos entre os próprios sujeitos envolvidos na questão.

A viabilidade de tais transações dependeria, contudo, do implemento de duas condições: a) a efetiva delimitação dos direitos debatidos na questão analisada, a fim de se determinar quais seriam as partes legítimas para esse litígio e qual é o posicionamento do Direito frente à temática; e b) e a inexistência (ou, até mesmo, insignificância) dos custos de transação, assim compreendidas as barreiras à negociação ilimitada dos efeitos externos nocivos (despesas com a concretização de reuniões entre os interessados, a discussão do problema em si, que poderá demandar a contratação de consultoria jurídica e/ou técnica, a finalização da avença, a observância do efetivo cumprimento do acordado etc).

Enfim, a análise coasena, que parte do pressuposto da existência de uma concorrência perfeita, isenta de custos de transação e com níveis de informação equitativos entre os envolvidos, conclui ser possível uma atuação mínima do Estado na resolução de externalidades, uma vez que os custos de transação advindos dessa intervenção superariam os custos próprios de uma negociação particular. Com isso, tornar-se-ia desvantajoso para ambas

³⁶⁷ O trabalho de Ronald Coase representa uma crítica ferrenha à linha teórica trilhada pela *Teoria Econômica do Bem-Estar* e, em particular, à intervenção estatal arduamente defendida por Arthur Cecil Pigou, no intento de solucionar a questão da produção de efeitos externos. Para Pigou, a existência de externalidades é consequência das falhas de mercado, falhas estas que necessariamente existem em um mercado imperfeito como o nosso e que podem ser corrigidas mediante um processo de internalização das externalidades, cujo papel encontrar-se-ia a cargo do Estado. PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co., Limited St. Martin's Street, 1950, 1950.

³⁶⁸ Pedro Mercado Pacheco traz um importante conceito de *externalidade*: “El coste externo o externalidad es un efecto favorable o desfavorable que recae sobre terceros ajenos a la actividad económica que lo causa. Un efecto externo es el efecto, por ejemplo, que los ruidos de un aeropuerto pueden causar a las viviendas cercanas o los daños que los humos de una fábrica pueden producir en los residentes de esa zona, pero también e un efecto externo la revalorización de un terreno como consecuencia de la construcción de una carretera. En definitiva, una externalidad es un coste o beneficio económico que provoca una actividad económica y que recae sobre terceros ajenos a esa actividad”. MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.27-28.

as partes acionar a máquina estatal para mediar as tratativas, devendo-se, portanto, negociar uma solução amigável para se obter maior vantagem econômica.

Para CALABRESI, a AED deve ser analisada sob o aspecto normativo do direito. É dizer, que observa as possibilidades de se alterar a realidade por meio da Economia para torná-la melhor. Segundo esse autor, isso se concretizaria na medida em que se demonstraria ser possível controlar a ocorrência de acidentes mediante a adoção de uma estrutura de regras e instituições de cunho essencialmente econômico.³⁶⁹ Seu objetivo é minimizar os custos dos acidentes para se prevenir acidentes.

Conforme observa MERCADO PACHECO:³⁷⁰

Para Calabresi [...], si el derecho de daños dice establecer unas normas cuyo fin primordial no es exclusivamente hacer que el sujeto culpable del daño tenga que correr con los costes de su acción perjudicial, sino la distribución del riesgo y de las pérdidas causadas, es preciso averiguar si este objetivo significa bien un fraccionamiento interpersonal y temporal de los daños, bien una imputación de los mismos a los sujetos que se hallan en mejores condiciones de afrontarlos, bien una imputación a las empresas que los originan, o bien las tres cosas a la vez. Y si se trata de esto último, es conveniente saber si es posible alcanzar plenamente uno de esos objetivos sin afectar, sensiblemente, la consecución de los demás. En definitiva, en el artículo de Calabresi resalta la aplicación de la teoría económica en la tarea de definir los fines que ha de perseguir el derecho de la responsabilidad así como para evaluar cuáles sean las normas o reglas más eficaces para conseguir el objetivo fijado como óptimo.

Finalmente, os estudos de POSNER prosseguem o desenvolvimento da AED, desta vez tornando-a disciplina autônoma, por meio da obra *Economic Analysis of Law*. De acordo com esse autor, para se entender a essência da AED deve-se partir da realidade fática do mundo (perspectiva positivista), e não de idéias normativas (de certa forma, programáticas), como Calabresi. De fato, o que Posner queria era apurar como o sistema da *common-law*

³⁶⁹ Observa Posner que: “He [Calabresi] wants to show how society can better control accidents by adopting a structure of rules and institutions based primarily on economics”. POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, number 2, pp. 281-315, winter 1979, p.284.

³⁷⁰ MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.29.

propiciava a eficiência econômica³⁷¹, uma vez que se considerava a eficiência como o principal objetivo do direito.³⁷²

O foco do trabalho desenvolvido por esse autor encontra-se na difusão da inferência da análise econômica em todos os campos do Direito, por meio do conceito de eficiência buscado de Wilfredo Pareto. O que veio a se chamar de “ótimo de Pareto” se traduz pela idéia de ser eficiente qualquer alteração econômica que coloque alguém em situação mais vantajosa sem que outro fique em situação desvantajosa.³⁷³

Segundo Posner, analisado por Guiomar T. Estrella Faria, *eficiência* poderia ser definida da seguinte forma:

[...]o resultado da maximização do valor, obtido na exploração dos recursos necessários à satisfação das necessidades econômicas do homem, medido (o valor) pela agregada intenção do consumidor de pagar pelos mesmos bens.

Ou seja, há *eficiência* quando se atinge o valor máximo proposto pelo vendedor, comparado ao valor máximo que se tem a intenção de pagar – havendo, portanto, ganhos para ambas as partes.³⁷⁴

Denota-se, portanto, da obra de Posner um caráter jusfilosófico da AED, que, nas palavras de ESTRELLA FARIA:³⁷⁵

[...] não se restringe a avaliar a eficácia econômica das normas e das decisões judiciais, naqueles domínios do direito já historicamente conhecidos como sensíveis às teorias econômicas e às mudanças nas relações de mercado: o direito comercial, o direito de seguros, os contratos, as sociedades, etc., mas dedica-se, com afinco, a demonstrar as relações – que na opinião de Posner são estreitíssimas – entre o Processo (Civil e Penal), o Direito Constitucional, o sistema legislativo, a organização do Judiciário, as relações de família e parentesco, etc. e a teoria econômica.

³⁷¹ Comparando seu trabalho com o de Calabresi, Posner afirma: “My approach to torts is different. I have been interested primarily in discovering to what extent the tort system supports the hypothesis that common-law rules and institutions tend to promote economic efficiency”. POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, number 2, pp. 281-315, winter 1979, p.285.

³⁷² Importante destacar que para Posner a eficiência acaba se transformando em um valor, não apenas jurídico, mas social, sendo equiparado, até, ao sentido de justiça. POSNER, Richard A. *Economic analyses of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977, p.22.

³⁷³ Observa Guiomar T. Estrella Faria que Ronald Dworkin, em seu livro *A Matter of Principle* (1986, p.237) faz uma crítica severa a Posner quando este afirma que suas teorias estão baseadas no conceito de eficiência de Wilfredo Pareto. Para Dworkin, Posner teria incorrido em uma *confusão conceitual* dos estudos de Pareto, acarretando diversos equívocos quando da utilização, por Posner, de expressões como *econômico* e *eficiente* na descrição de sua própria obra. ESTRELLA FARIA, Guiomar Theresinha. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p.45-47.

³⁷⁴ ESTRELLA FARIA, Guiomar Theresinha. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p.37.

³⁷⁵ ESTRELLA FARIA, Guiomar Theresinha. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p.43-44.

Tem-se, assim, uma breve perspectiva sobre as bases do desenvolvimento da AED no mundo, bem como seus principais expositores e as idéias que mais se destacaram sobre o tema.

Passar-se-á, neste momento, a vincular os preceitos econômicos apresentados e a estudar a cláusula de unimilitância imposta pela UNIMED sob o prisma da AED, buscando, talvez, neste movimento a validade da exclusividade assinalada.

4.4.2 Aplicabilidade dos preceitos da AED à questão concorrencial das cooperativas

Quedou-se assentado nos itens precedentes que, sob o prisma constitucional e o infra-constitucional, não há preceitos que justifiquem ou tornem legal a imposição da unimilitância aos médicos cooperados da UNIMED. Contudo, resta analisar se, sob a perspectiva econômica, a cláusula em exame apresenta alguma eficiência que torne necessária a sua manutenção.

Um primeiro ponto a ser observado é a questão da validade temporal das cláusulas que restringem a concorrência. Com efeito, a atual jurisprudência do CADE vem aceitando a existência de justificativas econômicas para a manutenção de algumas cláusulas de exclusividade nos contratos mercantis. Isso se deve ao fato de ser necessário grande aporte de capital na concreção de determinados empreendimentos, o que demanda a manutenção das condições do mercado para o êxito daquela prática comercial. Nesse sentido, preleciona Tânia Bahia Carvalho Siqueira:³⁷⁶

A exclusividade é apontada por Carlo D'Avack como um típico exemplo de negócio que se tornou necessário na prática comercial para manterem-se firmes as mutáveis condições da vida econômica, podendo ser considerado um elemento essencial em certos negócios, como na concessão.

Afirma que a função econômica do negócio revela seu duplo aspecto: de um lado, a intenção de um comerciante de eliminar o risco no mercado em que se insere; de outro, a intenção de uma das partes, ou das duas, de manter-se em posição privilegiada em face de eventuais concorrentes, criando uma modalidade de monopólio.

Na Europa, onde a livre concorrência tem grande importância, o tratamento dado à exclusividade é de aceitação desde que não implique em restrição à concorrência

³⁷⁶ SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. *Revista de Direito Privado*, v.13, a.4, jan./mar. 2003, p.256 e 260.

com pretensão à dominação de mercado, prejudicando o comércio entre os Estados-membros da comunidade.

Enfim, podemos registrar, no contexto do mercado europeu, a conclusão de que os acordos de exclusividade são aceitos e válidos, quando não ínsitos ao próprio ajuste negocial, merecendo censura, contudo, quando implicarem em restrição da liberdade econômica. Para se aferir a ocorrência desse abuso, examinam-se os objetivos perseguidos e os efeitos da exclusividade à luz da razoabilidade.

Em atenção à necessidade dos empreendedores de garantir certos aspectos mercadológicos para investir em ramos específicos, que exigem grande fluxo de investimento, o próprio CADE já vem aceitando a existência de algumas cláusulas restritivas nos contratos mercantis. Todavia, essa aceitação vem limitada no tempo, tendo-se apontado o prazo médio de 5 (cinco) anos para a validade e legalidade dessa espécie de avença.

Note-se que não se pode abstrair que grandes aportes de capital, fundamentais para o desenvolvimento da economia nacional, somente são realizados mediante a apresentação aos investidores de garantias concretas de retorno financeiro. É essa a lei do mercado, a qual não pode ser olvidada pelos órgãos julgadores quando da análise dos casos concretos, bem como no momento da apreciação de eventuais condutas contrárias à lei.

Essa a razão que imbuíu o próprio órgão administrativo de defesa econômica a considerar viáveis cláusulas de não-concorrência em alguns casos, desde que sua duração não seja eterna, uma vez que ao Estado não cabe a proteção específica de cada empresa, dever da iniciativa privada, mas sim a manutenção de uma concorrência saudável e que possibilite o crescimento da economia interna.

Insta observar que o quinquídio aceito pelo CADE para os acordos de exclusividade não surgiu ao acaso. Ele foi fruto de uma interpretação da legislação comparada – em especial o Código Civil italiano, art. 2.577, que trata da proibição pelo prazo de cinco anos, a contar da transferência dos bens, de o vendedor iniciar uma nova firma que, pelo objeto, sua localização e outras circunstâncias, seja apropriada para desviar a clientela do estabelecimento da firma cedida.

Hoje, por meio de uma análise sistêmica de nosso ordenamento jurídico, já é possível encontrar-se, no art. 1.147 do vigente Código Civil, norma concorrencial que versa sobre questão análoga:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Para melhor visualização desse estudo, impende trazer à baila excerto de acórdão proferido pelos conselheiros do CADE nos autos do Ato de Concentração n. 08012.006197/2005-86:³⁷⁷

Antes de enfrentar a necessidade da restrição ao prazo de vigência do contrato, devo tecer breves comentários sobre a limitação temporal pelo CADE das cláusulas de não concorrência.

Reiterados julgados deste Colegiado têm determinado como razoável o limite temporal de 5 anos em cláusulas de não concorrência. Em tais julgados, o Plenário traz como precedente, sempre mencionado, o voto no AC nº 109/96 da lavra do Ex-conselheiro Renault de Freitas Castro. A seguir, reproduzo em parte o referido voto:

“Quanto ao prazo de 5 (cinco) anos fixado para a vigência das cláusulas em discussão, recorro, na ausência de disposições expressas em nossa legislação antitruste, ao art. 2.577 do Código Civil italiano, que, ao tratar da proibição de restabelecimento em vendas de estabelecimentos, fixou o prazo de 5(cinco) anos, a contar da transferência dos bens, prazo em que o vendedor fica proibido de iniciar uma nova firma que, pelo objeto, sua localização e outras circunstâncias, seja apropriada para desviar a clientela do estabelecimento da firma cedida.”

Cuida-se de julgado anterior à vigência do atual Código Civil, que, após entrar em vigência, passou a servir como balizamento a determinar a razoabilidade para as cláusulas de não concorrência (art. 1.147 CC).

Sob tal contexto, não havendo regra expressa, a cláusula de não concorrência deve ter sua abrangência temporal apreciada levando-se em conta a regra da razão, uma vez que é preciso avaliar sua necessidade para a consecução do objeto do acordo principal, tendo em vista a proteção dos legítimos interesses negociais das empresas contratantes.

Trazendo esses preceitos para o caso em análise, tem-se que a unimilitância imposta pela UNIMED não atende ao requisito principal previsto acima. Efetivamente, não há nos Estatutos Sociais da UNIMED qualquer limitação temporal à exclusividade de atendimento, sendo certo que a indeterminação dessa condição já exclui a unimilitância da exceção aceita pelo CADE.

Note-se que o empreendimento envidado pela UNIMED (plano de saúde) exige um relevante aporte de capital, uma vez que lida não apenas com grandes potenciais concorrentes (conforme já asseverado, normalmente estes são empresas ligadas a instituições financeiras), mas também com uma área na qual os recursos são sumamente caros e os procedimentos médicos extremamente difíceis de serem realizados. Não obstante esse fator comercial relativamente positivo para a permissibilidade de cláusulas de exclusividade, não há nenhuma limitação temporal a essa atitude, o que torna, a toda vista, ilegal tal prática.

³⁷⁷ Requerentes: Bunge Alimentos S.A. e Perdigão Agroindustrial S.A.

Não se está aqui afirmando que a simples aposição de um prazo de validade para a unimilitância tornaria possível a prática em tela, posto ser necessário, para tanto, analisar as variáveis de cada mercado regional onde queira se inserir a UNIMED, bem como se esta já estava consolidada naquele mercado antes do quinquídio ser inserido. Não se está, tampouco, afirmando que o prazo de cinco anos seria considerado, de antemão, como possível, uma vez que outro lapso temporal pode vir a se apresentar como mais plausível para o mercado de planos/seguros de saúde.

Cumpra deixar claro que nenhum dos casos julgados pelo CADE em que se reduziu a validade das exclusividades impostas para cinco anos envolveu o mercado relevante em análise, sendo certo que já houve julgados em que o prazo apostado pelo órgão de defesa da concorrência foi menor.

Sob outro aspecto, tampouco se encontra eficiência na conduta da UNIMED. De fato, do ponto de vista econômico, vislumbra-se ser melhor para a UNIMED que seus médicos atendam a pacientes também por outros convênios. Isso porque, dessa forma, torna-se possível o ingresso de novos médicos na cooperativa, uma vez que haveria certa “sobra” de pacientes para serem atendidos.³⁷⁸ Com mais médicos no mercado, há maior disponibilidade de mão-de-obra para os pacientes que queiram utilizar a UNIMED como convênio, tornando esta mais atrativa para os pacientes.

Isso possibilita, também, uma maximização dos lucros da cooperativa, uma vez que haverá o atendimento de um maior número de pacientes em menor tempo, gerando, conseqüentemente, maior receita, considerando-se o mesmo lapso temporal. Veja-se que o que poucos médicos conseguiriam gerar de renda atendendo somente a pacientes da UNIMED um maior número de médicos o fará em menos tempo.

Sobreleve-se que a UNIMED não remunera seus cooperados de forma fixa e pré-ajustada. Todo retorno obtido pelos médicos decorre de seu próprio esforço e trabalho. Dessa forma, se há mercado de pacientes para serem atendidos, não há prejuízo na filiação de mais médicos. Pelo contrário, haverá maior satisfação dos clientes, que terão à sua escolha um maior número de profissionais e, certamente, um atendimento mais rápido. É justamente isso que atrairá nova clientela para a UNIMED. É o bom atendimento que vai ser criado (boa

³⁷⁸ Essa questão foi analisada, também, no tópico 4.3.1, que tratou do enfoque histórico da legislação ordinária sobre cooperativas.

quantidade de médicos, rapidez no atendimento e diversidade de especialidades) que levará mais pessoas a quererem utilizar o plano de saúde UNIMED, e não o fato de que ela monopolizou os médicos e, de certa forma, compeliu a população a optar por ela.

Analisando-se a questão ainda sob a perspectiva da eficiência alocativa, trazida na idéia de produzir mais a menor custo, a unimilitância somente afasta essa eficiência. Veja-se que se o médico só atende a pacientes pela UNIMED, uma vez que assim foi obrigado contratualmente a agir, ele terá menos pacientes para atender, haja vista que nem toda a população possui esse plano de saúde. Logo, para suprir seus custos, o profissional terá que exigir da UNIMED um pagamento maior por consulta. E isso leva a UNIMED, por conseguinte, a cobrar mais de seus clientes.

Destarte, não haveria, nem maior produção, nem menor custo. Ao contrário, ter-se-ia uma produção limitada, que exige para sua viabilidade e manutenção de sua qualidade a cobrança de preços mais altos para a contratação do plano de saúde UNIMED.

Insta destacar que a inexistência de eficiência econômica na conduta perpetrada pela UNIMED foi observada pelo conselheiro Afonso Arinos, em voto proferido no Processo Administrativo n. 08000.004961/95-76.³⁷⁹

Os acordos de exclusividade têm caráter restritivo das transações de mercado e potencialmente, são aptos a causar prejuízos à concorrência, mas devem ser examinados pela regra da razão, já que também podem ter como efeitos ganhos de eficiência.

A imposição de exclusividade de filiação dos profissionais médicos insere elementos de rigidez ao funcionamento do mercado do fator trabalho para as empresas de planos de saúde, devido à imposição de uma indivisibilidade do tempo disponível do profissional médico. Por um lado, a filiação exclusiva representa um comprometimento contratual que adiciona custos à mudança de emprego para o profissional médico. Os custos de transação incorridos na desfiliação e para uma possível futura refiliação são fatores que desestimulam a realocação da mão de obra médica nos empregos onde ela é mais demandada. A exclusividade também permite estratégias veladas de açambarcamento de mão de obra especializada, na medida em que coíbe o emprego das horas de trabalho disponíveis desses profissionais por outras empresas. Esta possibilidade estratégica pode se tornar interessante para uma firma estabelecida como fator de aumento dos custos de entrada de concorrentes no mesmo mercado. Os planos de saúde são produtos de natureza análoga aos seguros, isto é, que protegem o usuário de uma gama de riscos à sua saúde, com custos de tratamento também incertos, a um preço fixo pré-estabelecido. Devido à incerteza sobre os riscos de saúde e às idiosincrasias do relacionamento entre médico e paciente, o comprador de um plano demanda a disponibilidade de uma grande variedade de especialidades de tratamento e de opções de profissionais em cada especialidade. Por isso, em mercados geográficos de pequenas dimensões, a prática

³⁷⁹ Processo Administrativo n. 08000.004961/95-76, Representadas: UNIMED de Nova Friburgo, UNIMED do Estado do Rio de Janeiro e UNIMED do Estado do Espírito Santo.

de exclusividade de filiação pode se tornar uma barreira à entrada importante no mercado de planos, já que poderia não haver escala suficiente para a sobrevivência econômica de dois planos, cada um obrigado a contratar o tempo integral de cada profissional especializado em tratamentos com baixa demanda estatística.

As possíveis razões para ganhos de eficiência das práticas de exclusividade estão relacionadas com o desestímulo à livre apropriação da reputação ou de outros recursos próprios de uma empresa pela outra, através da dupla filiação do profissional empregado. Não há, contudo, nenhum indício nos autos de que a reputação de um plano tenha sido explorada por outro ou que possa ser transmitida a outro, através da filiação de um mesmo médico a ambos. Também não há notícias de que uma empresa tenha sido prejudicada em favor da outra em outras medidas, além da reputação, em razão de dupla filiação profissional.

Conclui-se assim que os efeitos líquidos da exclusividade de filiação são deletérios para a concorrência, trazendo certamente ineficiências para o mercado de trabalho médico e aumentando as barreiras à entrada no mercado de prestação de serviços médicos através de planos de saúde.

Infere-se do exposto neste tópico, portanto, que tampouco sob a perspectiva de uma análise econômica da cláusula de unimilitância existe algum ponto positivo que torne legal sua imposição.

O que se pode aferir, ao contrário, é que a referida cláusula pode tornar-se maléfica até mesmo para a UNIMED, sendo comercialmente favorável a esta apenas se considerada sob a ótica da eliminação de potenciais concorrentes, uma vez que promove o fechamento do mercado, impedindo novas empresas de nele adentrar ou as já existentes de nele permanecer.

5 CONCLUSÃO

Finalizado o presente trabalho, mas não o estudo sobre o tema, algumas conclusões puderam ser alcançadas. Todavia, ressalta-se, desde já, que não há cunho definitivo e imutável em nenhum dos pontos a seguir traçados. Em verdade, eles representam apenas o posicionamento hoje adotado sobre a questão proposta, em virtude das leituras efetuadas e dos casos concretos analisados.

Por se tratar de estudo inserido no Direito da Concorrência, sabe-se ser impossível a sua cristalização no tempo e no espaço, uma vez que estes não poupam esforços para trazer à lume, cada vez mais, diferentes e impensadas variáveis econômicas. Sendo estas as bases de uma sólida interpretação antitruste, não podem deixar de ser analisadas a cada novo evento vislumbrado, sobretudo quando possuem o condão de alterar diversos pontos aqui retratados.

Feitas essas considerações, passa-se à pontuação das seguintes conclusões:

1. A cultura concorrencial no Brasil ainda está em fase de consolidação. Não obstante já seja possível visualizar um desenvolvimento notável dos estudos antitruste no país, certo é que esse progresso é mais sobressalente na esfera administrativa, quedando, ainda, ao Judiciário uma lacuna nesse sentido. Como decorrência disso, têm-se visto diversas decisões judiciais sumamente contrárias ao posicionamento adotado pelo CADE, gerando prolongadas discussões jurídicas nas demandas que envolvem questão antitruste.

Laércio FARINA³⁸⁰ atenta para esse fato, fazendo, de certa forma, um apelo para que se possa promover o desenvolvimento do direito econômico concorrencial no Brasil, por meio de seu principal representante, o CADE:

[...] estamos em formação de uma cultura antitruste [...]. A cultura do CADE ou a cultura do estudo das questões antitruste no nosso país, embrionária que é, impõe um reforço e impõe também a formação de uma cultura sobre a força que o órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deva ter, de forma a elevá-lo à categoria de órgão efetivamente eficaz e reconhecido como tal, nos moldes da Federal Trade Commission nos Estados Unidos.

³⁸⁰ FARINA, Laércio. Do processo administrativo da natureza do ato. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.3, n.6, junho 1996, p.104.

2. Em decorrência do incipiente estudo antitruste no Brasil, muitas práticas que seriam comumente consideradas ilícitas em outros países, principalmente nos Estados Unidos, são executadas explicitamente por empresas nacionais, que não necessariamente entendem seu alcance anticoncorrencial. Não se visa a encontrar qualquer espécie de dolo na atitude engendrada por referidos agentes, mas tem-se certo que muitos atos firmados não atendem aos preceitos da Lei n. 8.884/94. Dentre eles, destaca-se a cláusula de unimilitância estudada.

3. Sob o prisma do Direito Cooperativo, apurou-se que a exclusividade demandada pela UNIMED nos casos citados não atendia aos princípios cooperativistas preconizados pela Lei n. 5.764/71, analisada à luz do atual Texto Fundamental, e tampouco às diretrizes laborais ditadas pela Organização Internacional do Trabalho, por meio de sua Recomendação n. 193.

4. Analisado o tema pelo foco do Direito Antitruste, apuraram-se, ao invés de eficiências econômicas, condutas anticoncorrenciais, que provocavam o fechamento do mercado relevante apurado, tanto para entrada quanto para permanência de competidores, conduzindo para um aumento dos preços dos serviços e limitação da mão-de-obra médica disponível. Isso atinge, em última instância, não somente os planos de saúde concorrentes mas também o consumidor, tido como escopo mediato da defesa da concorrência.

5. Verificou-se, outrossim, que há uma certa confusão na interpretação da Lei n. 5.764/71 em face dos princípios e fundamentos da República fundada em 1988. Com efeito, olvidou-se, em muitas decisões, que o ordenamento jurídico é um todo único, interligado, que deve ser compreendido dentro de um sistema de normas e princípios condizentes entre si. Não pode haver no sistema normativo e principiológico fundado na Carta Magna de 1988 normas dissidentes fulcradas no espírito de 1967/69, que retratou, claramente, um epítome da história mundial e nacional da época.

6. Analisado o tema pelo foco da AED, tampouco acolheu-se de sucesso a UNIMED, tendo-se demonstrado inexistirem eficiências alocativas na prática e menos ainda eficiências sob o prisma dos fins cooperativos. Ao contrário, apuraram-se custos de transação que podem tornar dispendiosa a questão, mormente quando vislumbrada em cidades pequenas que poucos *insumos* (médicos) possuem.

7. Em face do exposto, pode-se concluir, para fins deste trabalho e em decorrência do estudo dos casos ora mencionados, que a unimilitância imposta pela UNIMED nas

hipóteses vertentes é nitidamente contrária aos fins da legislação pátria, tanto a que rege os fundamentos das Cooperativas (Lei n. 5.764/71) quanto a que coordenada as atividades anticoncorrenciais (Lei n. 8.884/94), sem afastar, ainda, a própria incoerência apontada diante dos ditames constitucionais de 1988.

8. O que se visou com o presente estudo foi estabelecer um paralelo entre as decisões proferidas pelo CADE e pelo Judiciário em tema tão recorrente como tem sido a exclusividade imposta pela UNIMED, abarcando desde as minúcias dos votos e acórdão proferidos até o cerne de cada posicionamento. Não se procura fixar, como já exposto no início da parte conclusiva, um ponto de vista imutável sobre o tema, uma vez que seu estudo na presente dissertação baseou-se em análise de casos concretos cujas variáveis econômicas já haviam sido apuradas de forma concreta e desvelada. Contudo, um panorama de um outro mercado relevante pode induzir a conclusão diversa, em que eficiências sejam encontradas e o princípio cooperativo se encontre fortalecido.

6 REFERÊNCIAS

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust Law Developments*. v.1. 4.ed., Chicago: ABA, 1997.
- ALBERT, Daniel Vázquez. *Derecho de la competencia y ejercicio de las profesiones*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2002.
- BAEL, Ivo Van; BELLIS, Jean-François. *Competition law of the european community*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Altas, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- BORK, Robert. *The antitrust paradox: a police at war with itself*. New York: The free press, 1993.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.
- CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Direito Econômico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, v.68, 1961.
- CARONE, Edgard. *A segunda república (1930-1937)*. São Paulo: Difel, 1973.
- CARREAU, Dominique. *Droit International Economique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder econômico – a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- CHAMPAUD, Claude. *Contribution à la définition du droit économique*. Chron, D. 1967.
- CLARK, John Maurice. Competition as a dynamic process, 1961. Tradução: Ruy Jungman. *A concorrência como processo dinâmico*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n.3, p.1-44, outubro 1960.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 184, ano 47, jul./dez. 1994.

- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*, n. 63/73, 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. *In: Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva. 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição alemã de 1919*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>, acessado em 10 de abril de 2006.
- COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.5, n.1, 1998.
- CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.10, n. 3, 2003.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTRELLA FARIA, Guiomar Theresinha. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.
- FARINA, Laércio. Do processo administrativo da natureza do ato. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.3, n.6, junho 1996.
- FARJAT, Gérard. *Droit Economique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1971.
- FARJAT, Gerard. *A noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais. São Paulo: *Revista de Direito Público*, n. 91, ano 22, jul-set 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, origem histórica e base constitucional. *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, 45 (180):175-185, jul./dez. 1992.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida. São Paulo: *Revista do IBRAC*, v.4, número 1, janeiro 1997.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1989.
- FRANCESCHINI, José Inácio. *Legislação brasileira antitruste: seus antecedentes legislativos*. São Paulo, 1986.
- GALÁN, Font. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- GAVIL, Andrew I. *An antitrust anthology*. New York: Anderson Publishing, 1996.
- GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust law and economics in a nutshell*. New York: West Group, 1994.
- GIL, Vilma Dias Bernardes. *As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado*. São Paulo: LTr, 2002.
- GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Editora Singular, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Interpretação e crítica da ordem econômica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio. Notas para uma sistematização do Estado na Ordem Econômica, *in: Revista de Direito Público*, n. 49/50, 1979.
- HOTTENSTEIN, Marcus S. The sherman anti-trust law: an address before the bar association of lehigh county. *American Law Review*. November-December, n.44, 1910.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, n.84, 1985.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Group, 1999.
- KORAH, Valentine. Concept of a dominant position within the meaning of article 86. *Common Market Law Review*, v.17, n.3, 1980.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

- LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public Économique*. 4.ed. Paris: Dalloz, 1986.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção à concorrência*. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Revisitando as tabelas em busca da justa remuneração. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.92, Belo Horizonte/MG, julho/dezembro 2005.
- MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly – business, labor and government policies*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.
- MAGALHÃES, Agamemnon. *Justificação do Projeto de Lei n. 122*, regulamentando o art. 148 da Constituição Federal – Discurso proferido na Sessão da Câmara dos Deputados de 15.04.1948 (D.C.N. de 06.05.1949, pp. 3574 e ss. e no Suplemento “A” do D.C.N. de n. 123, de 28.07.1961, Seção I).
- MARKOVIS, Richard. *Antitrust: alternatives to delegalization*. Juridification of social spheres. Gunther Teubner ed. Berlin: De Gruyter, 1986.
- MATTOS, César. *A revolução do antitruste no Brasil*. A teoria econômica aplicada aos casos concretos. São Paulo: Singular, 2003.
- MAUAD, Marcelo José Ladeira. *Cooperativas de trabalho: sua relação com o Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MELO, Claudinei de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz e MARANHÃO, Ricardo. *Brasil história: texto e consulta*, (volume 2 - Império). São Paulo: Brasiliense, 1977.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo: IOB, n. 23, verbete n. 1/8175, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994.
- MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.
- MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. New York: West Group, 1994.
- MOSCOGLIATO, Marcelo. Evolução do Direito Antitruste no Brasil – alguns aspectos. In: *Lei Antitruste: 10 anos de combate ao Abuso do Poder Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

- MUÑOZ, T. Puente. *El contrato de concesión mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1976.
- NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.
- NUSDEO, Ana Maria. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.
- PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co., Limited St. Martin's Street, 1950.
- PITOFISKY, Robert. Vertical restraints and vertical aspects of mergers – A U. S. perspective. *In: 24th Annual Conference in International Antitrust Law and Policy*. Fordham Corporate Law Institute, out. 1997.
- PITOFISKY, Robert; GOLDSHMID, Harvey J.; WOOD, Diane P. *Trade regulation – cases and materials*. Fifth edition, New York: Foundation Press, 2003.
- POSNER, Richard A. *Economic analyses of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1977.
- POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, number 2, pp. 281-315, winter 1979.
- POSNER, Richard A.; LANDES, William M. Market power in antitrust cases. New York: *Harvard Law Review* n. 94, 1981.
- POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust – cases, economic notes and other materials*. Second Edition. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1981.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1991.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*. Paris: L.G.D.J., 1948.
- ROBINSON, E. A. G. *A indústria em regime de concorrência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1960.
- ROSS, Stephen F. *Principles of antitrust law*. Westbury: The Foundation Press Inc., 1993.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.
- SAN TIAGO DANTAS, F.C. de. Preço uniforme do açúcar para todas as usinas do país. *In: Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

- SHIEBER, Benjamin M. O conceito de dominação dos mercados nacionais na lei antitruste. *Revista dos Tribunais*, v.338, a.52, p.27-39, dezembro 1963.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.
- SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. *Revista de Direito Privado*, v.13, a.4, jan./mar. 2003.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1996.
- SOUSA FRANCO, Antônio L. *Noções de Direito da economia*. v.I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1982-1983.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.
- SULLIVAN, Thomas E.; HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 4.ed. New York: Lexis Nexis. Mathew Bender, 2003.
- TENÓRIO, Igor. *Manual de Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1983.
- VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel; Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1964.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VAZ, Isabel. Aplicabilidade do Direito da Concorrência. Brasília, *Revista de Direito Econômico*, n. 32, 2001.
- VEIGA, Sandra Mayrink; FONSECA, Isaque. *Cooperativismo: uma revolução pacífica*. Rio de Janeiro: DP&A/Fase, 2001.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4.ed. Brasília: UnB, 2000.
- WISH, Richard. *Competition law*. 5th edition, Lexis Nexis, 2003.
- <<http://www.cade.gov.br>>: *Relatório OECD 2005, Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*, acessado em 10 de abril de 2006.