

# O QUE ESPERAR DO ANTITRUSTE BRASILEIRO NO SÉCULO XXI?

Paula Forgioni

“Os preceitos legais correspondentes à aplicação da política econômica envolvem posições de conflito valorativo que não podem ser ignoradas quer pelo político, quer pelo economista, quer sobretudo pelo jurista” [Fabio Nusdeo].

## INTRODUÇÃO



há duas décadas, a *Internet* ainda não havia se espraído pelo mundo e o acesso à informação era incrivelmente difícil. Para ter notícia das decisões antitruste europeias ou norte-americanas, éramos obrigados a esperar que revistas especializadas chegassem até nós; viajávamos para copiar artigos e comprar livros. A pesquisa era manual, com total dependência dos índices.

Por mais que nossos jovens alunos custem a crer, no Brasil, mulheres solteiras não costumavam ser aceitas na Magistratura, não se falava em direito ambiental, a ideia de responsabilidade objetiva causava arrepios na maior parte de nossos professores, não existia direito do consumidor e muito menos preocupação com a disciplina jurídica da competição entre os agentes econômicos.<sup>1</sup>

---

1 Já nos anos 80, o Professor Fabio Nusdeo representava uma exceção, pois nos transmitia visão moderna do Direito e de sua relação com a Economia. A primeira vez que ouvi falar de abuso do poder econômico e de antitruste, ainda com dezessete anos, foi em uma aula desse querido e respeitado Professor das Arcadas. Enquanto houver professores como ele na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, poderemos seguir cumprindo o papel reservado à Universidade Pública. As cadeiras de direito ambiental e de direito do consumidor foram criadas quando o Prof. Nusdeo era chefe do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade. Desde os anos 80, Prof. Nusdeo influenciava marcadamente os talentos

Não é segredo que o antitruste somente floresceu no Brasil a partir dos anos 90 e, mesmo assim, alternando períodos de relativa euforia com outros de razoável descaso. Desde então, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica muito trabalhou para conscientizar as empresas da necessidade de submissão das concentrações econômicas ao crivo governamental e a Secretaria de Direito Econômico tratou de caçar cartéis. Muito pouco --- ou quase nada --- foi feito em relação às condutas dos agentes econômicos com poder de mercado.

Mas, as mudanças sofridas pela sociedade e pela economia brasileiras nos últimos anos exigem a alteração dessa postura leniente de nossas autoridades antitruste.<sup>2</sup>

Recentemente, três principais aspectos, imbricados entre si, impactaram profundamente nosso país: [i] o espraiamento da banda larga, [ii] o incremento da importância da propriedade intelectual [ou, como preferimos referir, dos “exclusivos”] e, por fim, [iii] o aquecimento da economia, com o acentuado crescimento do poder de compra das chamadas classes “C” e “D”.

Nesse novo contexto, somos obrigados a repensar certas premissas da matéria, tantas vezes escondidas no cipoal de teorias e de análises empíricas dos casos específicos. Aqui, tratarei de alguns problemas/desafios do antitruste brasileiro no século XXI que gravitam em torno das seguintes questões [i] necessidade de assunção do caráter político do antitruste, com a determinação clara dos rumos a serem seguidos; [ii] reconhecimento da interface entre direito concorrencial e propriedade

---

brasileiros que se dedicam ao Direito Econômico.

2 No plano internacional, as modificações na área do antitruste são impressionantes. Pulularam decisões e novos regulamentos relevantes para a compreensão da matéria. Os repercussões dos casos *Microsoft*, a revisão das *horizontal mergers guidelines* norte-americanas, os novos regulamentos europeus sobre concentrações, restrições verticais e distribuição de automóveis, o julgado do caso *Wanadoo*, a crise de 2008, quando analisados em conjunto, levam à conclusão de que a função do antitruste no século XXI será cada vez mais diversa daquela que estamos acostumados.

intelectual; [iii] exagero da proteção à “inovação” e a atuação abusiva de empresas dominantes; [iv] repressão ao abuso de dependência econômica; [v] restrições verticais e mumificação do mercado e [vi] necessidade do espraiamento do antitruste para além dos gabinetes governamentais.

## ASSUNÇÃO DO CARÁTER POLÍTICO DO ANTITRUSTE. OS PRECONCEITOS QUE LIMITAM A CONCREÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

Inexiste técnica ideologicamente neutra - e a técnica antitruste não é uma exceção. Ao contrário do que se apregoa, *a aplicação das regras antitruste encerra sempre, ainda que veladamente, uma opção política*. Transcurar essa dimensão da disciplina da concorrência impede sua adequada compreensão, reduzindo-a à simplicidade apenas aparente. A afirmação de que “a melhor política industrial é não ter política industrial” implica, como é óbvio, assunção de escolha *política* – e não mero reconhecimento do resultado da atuação de certa força natural e aprioristicamente mais adequada [=eficiente]. *Esconder o mote político traz consigo a admissão do livre comportamento dos agentes econômicos como única forma de alocar recursos na sociedade, desprezando – ou procurando impedir – o emprego de ferramentas que visem a subjugar os determinismos econômicos.*<sup>3</sup> “*Longe de serem ‘naturais’, os mercados*

3 Na síntese de AVELÃS NUNES: “A ciência econômica não pode continuar a adiar a busca de um outro padrão de racionalidade. A ciência econômica tem de assumir-se de novo como economia política, como um ramo da filosofia social [...]. O que está em causa, em última instância, é um dos pontos fundamentais do neoliberalismo reinante: a ideia de que o mercado é o único mecanismo racional de afectação de recursos escassos a usos alternativos, nele se realizando o princípio universal de racionalidade inerente à natureza humana, que o marginalismo imprimiu no código genético do *homo oeconomicus* [um agente racional maximizador]” [*Neoliberalismo e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 62]. E, mais adiante: “[...] a história das sociedades humanas mostra que o mercado não é um puro mecanismo natural de afectação eficiente e neutra de recursos escassos e de regulação automática da economia. O mercado deve antes considerar-se, como o

*são políticos*”<sup>4</sup>. Nas palavras do Prof. Nusdeo:

“O estudo dos fins a serem propostos para o desempenho do sistema econômico tende a escapar a qualquer tratamento de cunho científico, --- pelo menos no campo da ciência econômica ---, porque a sua definição e colocação passam-se na esfera política”<sup>5</sup>.

Há, contudo, o outro lado da moeda. A assunção explícita do caráter político da lei implica graves consequências, na medida em que divergências [e opções] sobre aspectos *fulcrais* do antitruste, cujas raízes estão nas peculiaridades de cada sistema, mostram-se mais importantes do que se quer fazer crer. Afinal, é mais confortável esquivar-se de possíveis críticas afirmando que a decisão tomada foi puramente técnica, orientada apenas pelo critério da “busca da eficiência e do aumento do grau de competição efetiva no mercado”. Caso contrário, a impressão seria de regras demasiadamente imprecisas e, conseqüentemente, inseguras, para não se dizer arbitrárias.

A análise das recentes divergências entre União Europeia e Estados Unidos, nos casos General Electric/Honeywell e Boeing/MacDonnel Douglas, deixa claros os problemas derivados do caráter político do antitruste. Ou haveria outra forma de explicar as diferentes posturas sobre a ilicitude das práticas comerciais da *Microsoft*, ou, ainda, sobre o dever de empresas dominantes se comportarem de forma a não aniquilar a concorrência por conta de seu poder econômico?

Não bastasse, lembremos ainda que, no Estado Democrático de Direito, o antitruste aparece como *a disciplina capaz*

---

estado, uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade, que surgiu em determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Uma instituição que veio servir [e serve] os interesses de uns [mas não os interesses de todos], uma instituição política destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais” [mesma obra, 64].

4 AVELÃS NUNES, baseado em DAVID MILIBAND [*Neoliberalismo e direitos humanos*, 64].

5 *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*, 6ª e., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2.010, 172.

*de gerar maior grau de insegurança e imprevisibilidade para os agentes econômicos*, especialmente em virtude da [necessária] amplitude de sua linguagem. Julgar algo “certo” ou “errado” obriga a consideração de variáveis quase infinitas: momento histórico, estágio de evolução da ciência econômica, capacidade *daquela* empresa [*naquela* situação, praticando *aquele* ato] prejudicar a concorrência, eventuais benefícios para os consumidores etc. As questões multiplicam-se, sem jamais trazer apenas uma resposta certa: o que é beneficiar o consumidor? O que é realmente concorrer [“competition on the merits”]? O que é prejudicar a concorrência? Qual a diferença entre uso e abuso do poder econômico? Isso, para não mencionar os exercícios de quiroscopia: “o que o consumidor faria se a situação fosse diversa”? “Acertada a exclusividade, é crível que outras empresas passarão a atuar no mesmo mercado em prazo razoável para evitar abusos? Qual prazo razoável? Três meses? Quatro? Um ano?”.

O texto legal [seja aqui, nos EUA ou na União Europeia] limita-se a, de forma geral, condenar atos que tenham por objeto ou efeito prejudicar a concorrência. O resto, queiramos ou não, toca ao intérprete.

Devemos resistir à tentação de afirmar que o antitruste está “em crise”. Por definição, crises são passageiras, possuem início, meio e fim. Quando a situação perpetua-se no tempo e no espaço, não se trata de crise, mas de *característica* da matéria. Embora a ninguém agrade admitir, um dos apanágios do direito concorrencial é a *insegurança*.

Nas últimas décadas, apreendemos que, no direito, *há sempre mais de uma resposta possível*. O leque de opções “corretas” abre-se diante do intérprete, que segue por apenas um caminho, desprezando outros. *No antitruste, para o bem ou para o mal, esse leque é muito mais amplo do que em outros ramos do direito*.

Os pressupostos da Escola de Chicago, construída em

torno da busca por *soluções previsíveis e seguras*, desdobram-se a partir dessa relativa [e natural] imprevisibilidade do resultado da interpretação dos textos normativos. Richard Posner, ao ler Hans Kelsen pela primeira vez, concluiu que seus pensamentos seriam semelhantes, pois ambos preocupar-se-iam agudamente com a *segurança jurídica*. Se não se sabe o que é justo, ao menos se diga aquilo que pode ou não ser feito! A análise econômica do direito apresentaria solução que o positivismo não foi capaz de alcançar. No entender de Posner, as proposições de Kelsen sucumbiriam diante da insegurança ínsita à linguagem, imprecisa por natureza. Chicago, ao buscar a adoção da decisão economicamente mais “eficiente”, indicaria ao destinatário da norma um único caminho a seguir, eliminando a angústia que deriva da incerteza.

Salvo aberrações, todas as correntes almejam que o antitruste traga a melhor distribuição dos recursos de que a sociedade dispõe, que haja crescimento/desenvolvimento e que as pessoas vivam bem. Apenas divergem profundamente sobre qual é essa situação perfeita e como alcançá-la.

Ora, a concorrência, por definição, promove a sobrevivência do agente econômico mais forte; elimina o *clientelismo* dos empresários que somente sobrevivem por conta de protecionismos governamentais, muitas vezes estabelecidos em detrimento da população [que deve pagar preço mais elevado por determinado produto ou serviço]. Deixa livre o caminho para que empresas melhores tomem o mercado, trazendo benefícios para o consumidor. Com essa linha de argumentação, justifica-se a ausência de qualquer indução da economia pelo Estado.

A premissa básica de que seria possível entregar a condução da economia [e de nossas vidas] a uma “instituição” [mercado] impermeável à instrumentalização por determinada categoria econômica, social ou política não encontra respaldo na realidade. Como recentemente admitiu o mesmo Posner: “a capitalist system cannot consist just on free markets”. E mais:

“[m]odern economics is, on the one hand, very mathematical, and, on the other, very skeptical about government and very credulous about the self-regulating properties of markets. That combination is dangerous. Because it means you don’t have much knowledge of institutional detail, particular practices and financial instruments and so on. On the other hand, you have an exaggerated faith in the market. That was a dangerous combination.”

A análise econômica não pode ser considerada como a solução de todos os males, e muito menos apta a proporcionar a *segurança jurídica* que buscamos há séculos. Apenas para utilizar exemplo recente: se a segurança pregada pela análise econômica fosse verdadeira, economistas de alto renome não teriam se digladiado no caso *Microsoft*.

Eis aqui uma das principais diferenças entre as Escolas que se debruçam sobre a disciplina da concorrência: desde Adam Smith, muitos presumem que *o bem comum deriva da atuação egoísta de cada um de nós*: “Todo indivíduo empenha-se continuamente em descobrir a aplicação mais vantajosa de todo capital que possui. Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem individual natural ou, antes, quase necessariamente, leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta as maiores vantagens para a sociedade”. [...] “Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo; [...] e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções”. Em suma, para Adam Smith e seus seguidores: “ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. Nunca ouvi dizer que tenham

realizado grandes coisas para o país aqueles que simulam exercer o comércio visando ao bem público”.

Isso pode realmente ser verdadeiro em certas situações. Jhering já advertia: *a concorrência é o regulador natural do egoísmo*. Entretanto, as livres forças de mercado não são capazes de operar “milagres”, como alguns países estão apreendendo a duras penas. Tampouco os consumidores são a única categoria a ser beneficiada pelo sistema econômico. A uma, porque nem toda a população é “consumidora”. Há empregados, empresas dos mais variados portes, pessoas carentes, serviços públicos a serem prestados, esgotos a serem construídos, remédios a serem distribuídos, crianças a serem tiradas das ruas e seres humanos a serem vacinados. Bem apontou Amartya Sen que podemos não saber o que é justo, mas percebemos o que é muito injusto. Não havendo vacinas suficientes para todos, seria correto deixar que a lei da oferta e da demanda se encarregasse de escolher os que serão imunizados?

Há momentos e situações em que o ordenamento jurídico trabalha e incentiva a *colaboração* ou o estabelecimento de critérios não baseados na capacidade de pagamento do “agente econômico”. *A lei da sobrevivência do mais forte é realmente ótima, quando se é o mais forte.*

Lembremo-nos, por exemplo, da organização dos trabalhadores em sindicatos, neutralizando a competição que entre eles seria “natural”. Considerando que a demanda por empregados é igual àquela de qualquer outra mercadoria [Adam Smith], os primeiros casos antitruste aplicaram o *Sherman Act* contra os sindicatos. Tanta foi a pressão social que, em 1.914, o *Clayton Act* veio a autorizar a união, declarando que o trabalho não é bem em comércio.

Até hoje, muitos sustentam [ou veladamente acreditam] que os sindicatos, por arrefecer a concorrência entre os trabalhadores, sobem artificialmente os salários e aumentam a inflação. O antitruste, que tende a aumentar a eficiência das empre-



sas, também fomentaria aquela dos trabalhadores, forçados que seriam a disputar os postos disponíveis.

O mais interessante é que o antitruste acaba sendo objeto de ataques provenientes de todos os lados. Os chamados “liberais” acreditam que o progresso decorre da livre atuação das empresas que, mesmo poderosas, devem ser deixadas sem amarras que as impeçam de crescer. Viu-se essa postura claramente assumida quando o juiz Thomas Jackson pretendeu coibir práticas comerciais da *Microsoft*. À época, Milton Friedman afirmou: “Under the circumstances, given that we do have anti-trust laws, is it really in the self-interest of Silicon Valley to set the government on Microsoft? Your industry, the computer industry, moves so much more rapidly than the legal process, that by the time this suit is over, who knows what the shape of the industry will be. Never mind the fact that the human energy and the money that will be spent in hiring my fellow economists, as well as in other ways, would be much more productively employed in improving your products. It’s a waste! But beyond that, you will rue the day when you called in the government. From now on the computer industry, which has been very fortunate in that it has been relatively free of government intrusion, will experience a continuous increase in government regulation. Antitrust very quickly becomes regulation. Here again is a case that seems to me to illustrate the suicidal impulse of the business community”

Ao mesmo tempo, autores de esquerda encaram o antitruste como mera forma de preservar a estrutura vigente, corrigindo distorções do modelo capitalista para viabilizar sua sobrevivência. A concorrência não há de ser incentivada, pois faz emergir o pior do ser humano, empobrecendo-o moral e economicamente. Para Engels, a competição criou e desenvolveu o proletariado; fez com que o capital se concentrasse em poucas mãos e a população se aglutinasse nas cidades. “*A concorrência é a expressão mais completa da guerra de todos contra*

*todos que impera na moderna sociedade burguesa. Essa guerra, uma guerra pela vida, pela existência, por tudo e que, em caso de necessidade, pode ser uma guerra de morte, não se trava apenas diante entre as diferentes classes da sociedade, mas também entre os diferentes membros dessas classes: cada um constitui um obstáculo para o outro e, por isso, todos procuram eliminar quem quer que se lhes cruze o caminho e tente disputar seu lugar”.*

Até mesmo na Bíblia, a concorrência aparece como algo destrutivo, que afasta o ser humano da colaboração. Lê-se na Carta de São Paulo aos Filipenses [Fl 2, 1-11]: *“Irmãos, se existe consolação na vida em Cristo, se existe alento no mútuo amor, se existe comunhão no Espírito, se existe ternura e compaixão, tornai então completa a minha alegria: aspirai à mesma coisa, unidos no mesmo amor; vivei em harmonia, procurando a unidade. Nada façais por competição ou vanglória, mas, com humildade, cada um julgue que o outro é mais importante e não cuide somente do que é seu, mas também do que é do outro”.*

Concluindo: não é preciso grande esforço para enxergar que o Brasil precisa cuidar de sua política concorrencial, pois ela será fundamental para sua vida econômica dos próximos anos. Sem a formatação e explicitação dessas diretrizes, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência assume as feições de uma nave sem rumo ou --- o que é pior --- conduzida por agentes governamentais sem legitimidade para tanto. Insisto ser insuficiente afirmar-se que o SBDC tem por escopo “proteger a concorrência saudável”; como vimos, esse discurso é vazio.

As sinalizações por parte da Administração Pública são também fundamentais para diminuir o grau de insegurança jurídica a que estão sujeitos os agentes econômicos.<sup>6</sup>

---

6 Recentemente, a União Européia sinalizou, por meio de regulamento, que acordos verticais somente poderão gozar de isenção antitruste quando não envolverem mais de trinta por cento dos mercados de fornecimento e de distribuição. Os empresários europeus dispõem de balizas relativamente seguras nas quais se apoiar.

Embora certo grau de imprevisibilidade não possa ser afastado do antitruste, é fato que a explicitação das políticas deixa mais claro o campo para exercício da autonomia privada. Aqui, isso infelizmente não ocorre, deixando-nos à míngua de orientação mais segura.

## PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CONCORRÊNCIA

Atualmente, um dos mais tormentosos aspectos do antitruste reside na sua interface com a propriedade intelectual, ou seja, em que medida os direitos sobre bens imateriais devem sujeitam-se às regras que visam à proteção de um mercado saudável e competitivo. A cada dia, aumentam os conflitos norte-sul e os debates acadêmicos sobre os limites dos poderes atribuídos pelas patentes, marcas, desenhos industriais, direitos do autor, etc. Para se dar conta da importância do tema, basta pensar que a propriedade intelectual é o maior produto de exportação dos Estados Unidos.<sup>7</sup>

Essa discussão – embora possua seus aspectos técnicos – é eminentemente *política*, pois relacionada aos *interesses comerciais* dos países. Normalmente, as nações exportadoras de propriedade industrial tendem a defender proteção mais intensa dos exclusivos, enquanto as importadoras preferem interpretação que tome em conta interesses outros que não apenas os dos titulares dos direitos. É preciso aclarar esse debate, su-

---

De uma forma ou de outra, o mesmo acaba ocorrendo nos Estados Unidos. Os movimentos jurisprudenciais são lentos e as autoridades antitruste também costumam deixar claras as pautas de sua atuação.

7 Para Makan Delrahim, integrante da divisão antitruste do Departamento de Justiça, “intellectual property-based exports — whether copyrighted music, movies or software, or patent-protected goods such as pharmaceuticals or electronic products — have become this country's number one export. As such, their creation and protection is critical to maintaining a vibrant economy. But, with the rapid pace of globalization, intellectual property rights are increasingly crucial to all sectors of the global economy as well” [International antitrust and intellectual property: challenges on the road to convergence, disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/205629.htm>].

perando a hipocrisia que, muitas vezes, permeia o assunto, sob pena de mascararmos os reais problemas a serem enfrentados.

De início, note-se que a expressão “propriedade” intelectual já denota tomada de posição ideológica, atribuindo às descobertas, criações e inovações a forte proteção ligada à visão clássica dos direitos absolutos: poderes de usar, fruir e dispor, oponíveis *erga omnes*.<sup>8-9</sup> Segundo Ascensão, essa qualificação continua a existir “com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade”. Por conta desse viés, vários autores preferem referir-se a “exclusivos” no lugar de “direitos de propriedade intelectual”.

Embora os exclusivos sempre tenham desempenhado relevante papel no direito mercantil, é inegável que a matéria ganhou importância na última década<sup>10</sup> a ponto de se afirmar

---

8 Na dicção de Karin Grau-Kuntz, “[a] escolha do termo *propriedade* para designar o direito exclusivo que recai sobre bens intelectuais foi calcada em razões de cunho ideológico. A passagem da Idade Média para a Idade Moderna foi marcada especialmente por uma mudança no eixo do pensamento filosófico; a sociedade se libertou da religião e o homem passou a ser considerado em sua individualidade. O conceito de propriedade exerceu, naquele momento histórico de grandes transformações sociais, um papel importantíssimo, até mesmo revolucionário. O reconhecimento estatal da propriedade privada como direito político viabilizaria o desaparecimento das corporações de ofício e dos odiados privilégios ou, em outras palavras, dos meios de controle do Estado mercantilista. A essência desse pensamento vem bem expressa no famoso grito de batalha de Gournay: “Laissez-faire” [O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo, disponível em <http://ibpibrasil.org/44072.html>].

9 A obra de Ascensão intitulada “Direito autoral” é indispensável para aqueles que pretendem estudar a interface entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual. V., também, artigo de sua autoria Direito intelectual, exclusivo e liberdade, publicado no sítio do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual – IBPI. Também são relevantes os modernos textos de Karin Grau-Kuntz, vários deles disponíveis no mesmo sítio [<http://ibpibrasil.org/>].

10 Alguns dos dados empíricos trazidos por Landes e Posner são úteis para demonstrar a modificação desse cenário e a valorização da propriedade intelectual, ocorridas a partir dos anos 80. Entre 1.985 e 2.001, o número de patentes concedidas pelo *U.S. Patent and Trademark Office* aumentou de 111.000 para 269.000. No mesmo período, dobrou o número de ações judiciais sobre direitos de propriedade industrial. Entre 1.980 e 2.001, os membros da *Intellectual Property Section of the*

que o *direito da propriedade intelectual* teria se transformado no *direito da informação*. Anota Hovenkamp, referindo-se à postura norte-americana sobre patentes e *copyrights*: “we have become much more tolerant of practices that were routinely condemned a few decades ago”.<sup>11</sup>

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como “ilha de proteção” do agente econômico contra a força concorrencial, na qual lhe é assegurado o *monopólio de exploração*. Os direitos de propriedade intelectual corporificam *privilégios* que tendem a diminuir o grau de concorrência em determinado setor da economia, restringindo a livre-iniciativa e a livre-concorrência de forma a *recompensar* o criador por seu esforço de inovação e, desta feita, incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias.

A justificativa econômica desse pressuposto é de fácil intelecção: sem a perspectiva de obtenção de lucros por conta do investimento, o agente econômico tende a não o realizar.<sup>12</sup>

---

*American Bar Association* aumentaram de 5.526 para 21.670. De duas revistas especializadas em propriedade intelectual, existentes em 1.980, saltou-se para vinte e seis, em 2.003. Em 1.981, a Universidade de Chicago oferecia sete cursos ou seminários sobre direito tributário e apenas um sobre propriedade intelectual; nos primeiros anos do século XXI o número igualou-se. Revistas econômicas publicaram cinco artigos sobre propriedade intelectual em 1.982, e 235 no ano 2.000. E, mais importante do que tudo, entre 1.987 e 1.999, a renda anual norte-americana derivada do comércio da propriedade intelectual aumentou de US\$ 10 bilhões para US\$ 36,5, enquanto os pagamentos externos realizados no ano de 1.999 não ultrapassaram o montante de US\$ 13 bilhões [*The economic structure of intellectual property law*, Cambridge: Harvard University, 2.003, 3].

11 *The antitrust enterprise*, London, Harvar Press, 2005, 3.

12 Na explicação de Hovenkamp: “In a private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so” [*IP and antitrust. An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law*, New York, Aspen, 2.006, § 1.1]. Para Landes e Posner: “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 [for example, planting a crop], given that no one else can appropriate the resource in period 2 [harvest time]” [*The economic structure of intellectual property law*, 13]. Ainda Posner: “Suppose that it costs \$10 million to invent a new type of food blender, the marginal cost of producing and selling the blender

Assim, seguindo linha de pensamento esboçada desde o século XVI, os direitos de propriedade intelectual acabam tomados por muitos como espécie de *direito natural*,<sup>13</sup> monopólio absoluto de seu titular: a pesquisa e a inovação devem ser recompensadas mediante a outorga de exclusividade de exploração capaz de atribuir lucros sedutores.<sup>14</sup>

O problema – ao qual não se costuma dar o devido destaque – reside no fato de que a garantia do bom retorno econômico decorre da *exclusividade* concedida e, portanto, da *ausência de força concorrencial* que pressionaria a redução dos preços e o aumento da qualidade; é fato que o titular do exclusivo muitas vezes consegue impor aos consumidores preços mais altos dos que praticaria caso enfrentasse a competição. A distorção gerada pelos privilégios altera o funcionamento do mercado, aumentando os custos de transação e sujeitando os adquirentes às agruras dos preços de monopólio.<sup>15</sup> Além disso,

---

once it is invented is \$ 50, and the estimated demand is for 1 million of the blenders [we can for present purposes ignore the fact that demand will vary with the blender's price]. Unless the manufacturer can charge \$60 per blender, he will not recoup his costs of invention. But if other manufacturers face the same marginal cost as he, competition will [in the absence of patents] bid the price down to \$50, the effort at recoupment will fail, and anticipating this the manufacturer will not make the invention in the first place; he will not sow if he won't be able to reap. Moreover, in a world without patents, such inventive activity as did occur would be heavily biased toward inventions that could be kept secret, in just the same way that a complete absence of property rights would bias production toward things that involve minimum preparatory investment" [*Economic analysis of law*, 4. e. Boston, Little, Brown and Company, 1.992, 38-39].

13 Essa a visão de cultuados autores: “Assim, a propriedade intelectual é de direito natural e não um direito de criação humana, ainda que deduzido logicamente dos princípios do direito natural; ou, por outras palavras, a propriedade intelectual é imediatamente de direito natural e não apenas mediatamente, por intermédio da atividade deliberante ou, pelo menos, discursiva da razão, ao contrário da propriedade privada” [João da Gama Cerqueira, *Tratado da propriedade industrial*, Rio de Janeiro, Forense, 1.946, v. I, 157].

14 Sobre as discussões a respeito do fundamento da concessão de patentes, v. Calixto Salomão Filho, “Direito industrial, direito concorrencial e interesse público”, disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/732/912>.

15 É importante notar que a outorga de exclusividade [i.e., do monopólio da exploração da propriedade intelectual] não implicará ausência de concorrência, caso

a sociedade restará privada das inovações, algumas, como no caso dos remédios, indispensáveis à vida.

Em suma: de uma parte, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade.<sup>16</sup> Tudo está em acertar o “tênuo equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano [...] e o estímulo à evolução cultural e industrial do pa-

---

haja outros bens ou serviços que satisfaçam as mesmas necessidades dos adquirentes. Por exemplo, Tício deterá a patente de determinada impressora, mas não será titular de posição dominante no mercado caso aquele produto enfrente a concorrência de outros que lhe são intercambiáveis. Em tais situações, existe o monopólio de exploração do bem protegido, mas não a ausência de concorrência.

16 A esse respeito, a explicação de Karin Grau-Kuntz é precisa: “A questão é simples: a lei garante proteção exclusiva aos bens imateriais com base no argumento de que a inovação é conveniente para o mercado [inovação = aumento da concorrência = aumento do bem-estar]. Em um primeiro momento, a concorrência é limitada pela propriedade industrial; entretanto, essa limitação gera concorrência, pois ambos os institutos são complementares e não antagonicos. O estímulo à inovação dá-se por meio da atribuição de proveito econômico, ou seja, àquele que inovou é assegurado o direito de não ser imitado, o que implica vantagem concorrencial. Essa vantagem cristalizar-se-á no mercado, no processo de formação do preço do bem protegido, uma vez que o titular do direito exclusivo o determinará levando necessariamente em conta a concorrência oferecida pelos outros produtos substituíveis existentes no mercado. Ou seja, os limites e a dimensão da vantagem que lhe assiste por ser titular do direito exclusivo serão determinados pela concorrência no mercado. Dizendo-o de outro modo: uma vez que o preço do produto será formado pelo processo concorrencial, a dimensão da vantagem garantida por esse direito exclusivo sobre o bem imaterial – a dimensão do estímulo – é formada pela situação de concorrência no mercado. Quanto mais inovador for o produto, maior será o lucro do titular do direito exclusivo. Assim, se a propriedade intelectual garante o prêmio, a concorrência estipula o quantum desse prêmio. Esse o pensamento tradicional sobre a propriedade intelectual. No entanto, note-se que ele pressupõe a existência de concorrência no mercado pois, como visto, a natureza do prêmio pela inovação é obrigatoriamente concorrencial. Se o titular do direito exclusivo possui a exclusividade e não está sujeito à concorrência, seu prêmio não será de natureza competitiva, mas monopolista. Ocorre que esse prêmio que não é determinado ou limitado pela concorrência mostra-se absoluto e sem dimensões, é contrário à natureza estimuladora da competição da propriedade intelectual, aviltando-a” [“O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis”, disponível em <http://www.apdi.pt/>].

ís”.<sup>17</sup>

A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem “garantia de monopólios”, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como *exceção*.<sup>18</sup> A interpretação que a eles se dá será *restritiva* e não *extensiva*. E mais: *o direito da propriedade intelectual [e as exclusividades por ele garantidas] deve ser interpretado em consonância com o direito concorrencial*.

No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5.º, XXIX, da CF. Entretanto, para que se dê a concreção desse preceito constitucional, é preciso encarar a *concessão de exclusivos como instrumento concorrencial*.<sup>19</sup> Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema para beneficiar o agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma *ferramenta* de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem.

Com efeito, a proteção das criações dá-se para atribuir

---

17 Newton Silveira e Walter Godoy dos Santos Jr., “Propriedade intelectual e liberdade”, Propriedade intelectual e liberdade. *Revista de Direito Mercantil*, n. 142:20 [2006].

18 A doutrina norte americana tende a atribuir maior proteção à propriedade e aos direitos dela decorrentes. Por exemplo, v. RICHARD POSNER, *The law & economics of intellectual property*, 2002, disponível em: <<http://www.amacad.org/publications/spring2002/posner.pdf>>, acesso em mar. 2008.

19 Como já se observou: “historically IP regimes have been used by countries to further what they perceive as their own economic interests. Countries have changed their regimes at different stages of economic development as that perception [and their economic status] has changed”. [Integrating intellectual property rights and development policy, relatório produzido no ano de 2002 pela Commission on Intellectual Property Rights do Reino Unido, disponível em [http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final\\_report/CIPRfullfinal.pdf](http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf)].



incentivo competitivo às empresas, e não para agraciá-lhes com poder ilimitado de propriedade. *Se a humanidade já evoluiu até que a função social fosse incorporada ao exercício da propriedade de bens móveis e imóveis, não há por que excepcionar os direitos de propriedade intelectual desse compromisso.* Como adverte Calixto Salomão Filho: “[m]onopólios devem ser admitidos na menor extensão possível e mesmo quando admitidos, é de ser reconhecida sua função social. A essa luz, a função econômico-jurídica dos institutos de direito industrial muda substancialmente de figura”.<sup>20</sup>

Nesse prisma, tanto a livre concorrência como a concessão de direitos de propriedade intelectual colocam-se como *elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar*, deixando de apoiar a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico. Nas palavras de Karin Grau-Kuntz:

“O legislador, ao *transformar* informações em bens dotados de valor econômico, premia o sujeito que exercerá no mercado a exclusividade com uma vantagem concorrencial. Essa vantagem concorrencial que, como bem expressa o termo “concorrencial”, é um *instrumento destinado a ser aplicado no mercado* [e daí, mais uma vez, evidencia-se uma diferença entre as naturezas da propriedade imaterial e do direito de propriedade sobre as coisas], apela [e aqui, no verbo “apelar”, vem ressaltado o caráter instrumental] aos interesses dos outros agentes econômicos, que também aspiram alcançar uma vantagem concorrencial semelhante. Em outras palavras, a vantagem concorrencial de um significa um *meio* [portanto, instrumento] de estímulo para que outros se esforcem em superar aquele agente agraciado, gerando nesse processo, no que toca às patentes, a desejada *concorrência de superação inovadora*.”<sup>21</sup>

## A CONFUSÃO ENTRE PROTEÇÃO À INOVAÇÃO E FALTA DE REPRESSÃO ÀS EMPRESAS DOMINANTES

20 “Direito industrial, direito concorrencial e interesse público”, 14.

21 Sobre a controvertida questão da patente “pipeline”, v. <http://ibpibrasil.org/media/155123c1662385b4ffff819cac144221.pdf>.

É bastante conhecida entre nós a idéia de “destruição criativa”, desenvolvida por Joseph Schumpeter.<sup>22</sup> A concorrência impele o agente econômico a ser cada vez melhor e, nessa luta, leva-o ao aprimoramento, gerando *inovação* e, conseqüentemente, progresso. Quando a empresa conquista a inovação, é natural até que aniquile seus concorrentes, mas, porque esse processo destrutivo leva ao desenvolvimento da economia como um todo, deve ser estimulado.

O problema é que a aplicação exagerada [por vezes com marcado viés ideológico] dos ensinamentos de Schumpeter implica distorções graves. Chega-se a afirmar que “o objetivo da concorrência não é a redução de preços, mas o incentivo à inovação”. As inovações Schumpeterianas tudo justificariam; admitem-se práticas verdadeiramente abusivas, restritivas da concorrência e prejudiciais à sociedade para preservar pretensa “capacidade de inovar”. Nessa visão, quase não há “abuso” dos grandes agentes, pois estes costumam deter maiores recursos e, portanto, maior capacidade de inovar. Uma empresa nitidamente dominante fecha os canais de distribuição aos competidores? Trata-se de “inovação” nas técnicas de venda. *Microsoft* vincula seu navegador ao sistema operacional? Nada mais correto, pois beneficia o consumidor. *Wanadoo* pratica preços baixíssimos no mercado francês de banda larga? Sem a comprovação da possibilidade de recuperação de seu “investimento” na prática predatória, não se deve penalizar esse “bônus” concedido aos consumidores.

Há verdadeira apologia das grandes empresas, que se fortalecem cada vez mais, via operações de concentração raramente obstadas e imposição de restrições verticais a fornecedores e distribuidores.

Cabe aqui breve questionamento. É realmente coerente, ao mesmo tempo, condenar severamente os cartéis entre os

agentes econômicos e não obstar as concentrações? Diz-se que estas trazem consigo “eficiências” que jamais seriam alcançadas individualmente por seus partícipes, e que os cartéis nada têm de bom. Em inúmeros casos de aprovação de concentrações, o observador atento poderia pensar que a mesma prática, ainda que com “restrições”, jamais teria sido admitida caso fosse apresentada como acordo entre concorrentes.

Ninguém discute que a garantia de exclusivos fomenta a economia e o progresso do país, sendo impensável sua abolição na economia moderna. Todavia, quando há atribuição de poder de mercado [em virtude dessa mesma exclusividade], a concorrência pode ser distorcida, prejudicando o jogo concorrencial ao invés de fomentá-lo. As idéias Schumpeterianas devem ser aplicadas com cautela quando tratamos de mercados em que nem todos os agentes são titulares de grau de poder econômico semelhante.

Sabe-se que tanto a pesquisa quanto o desenvolvimento costumam ser mais intensos em mercados nos quais os concorrentes encaram disputa equilibrada [“neck-to-neck”] e não estão assimetricamente colocados. Afinal, garantidos a posição dominante e os lucros de monopólio, o que resta do estímulo de inovar?

Grandes descobertas podem ser até feitas por adolescentes nas garagens das casas de seus pais; diz-se que Isaac Newton não precisou de muito para modificar a história da ciência: bastou-lhe observar a queda de uma maçã. Mas, convenhamos: isso não costuma ser comum, muito menos nos dias de hoje. É preciso dispor de recursos --- inclusive de tecnologia, conhecimento e informação --- para poder promover a inovação. Ou seja, desafiar a posição do detentor exclusivo da tecnologia não parece ser fácil como se apregoa.

Na economia moderna, uma inovação pode semear inúmeras outras, de forma que *o congelamento do mercado derivado da excessiva proteção dos exclusivos gera temor*. É

notória a importância das “short-follow innovations”, que, para virem à luz, requerem acesso ao conhecimento antes sedimentado.<sup>23-24</sup>

Ao estudarmos a relação entre inovação, progresso e propriedade industrial, deve-se sempre ter em mente a observação de Hovenkamp: “patents and copyrights sometimes constitute formidable barriers to entry”.<sup>25</sup> A proteção excessiva aos exclusivos pode retardar ou mesmo dizimar a inovação e --- o que é pior --- congelar mercados, petrificando-os.<sup>26</sup>

## DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A definição de posição dominante tem gerado acirradas discussões a respeito do poder que um agente econômico detém em relação a outros, mesmo que enfrente certo grau de concorrência no mercado em que atua. A hipótese geralmente trazida como referência é o poder dos grandes varejistas sobre seus fornecedores. Essa análise reflete momento de preocupação mundial, em que são repensadas algumas premissas a respeito do funcionamento de mercados concentrados, que alguns davam como certas.

---

23 Essas preocupações parecem orientar a atuação da União Européia, mas não dos Estados Unidos. Para a análise da diferença desses posicionamentos, v. John Vickers, *Competition policy and property rights*, 2.009.

24 Por essa razão, é preciso analisar detidamente institutos e teorias estrangeiros antes de “transplantá-los”, tal e qual, para a nossa realidade. Nas palavras de Calixto Salomão Filho, Brisa Lopes de Mello Ferrão e Ivan César Ribeiro: “não seria nenhum excesso afirmar que o que alguns autores denominam de transplante legal pode ser interpretado como uma imposição de instrumentos jurídicos protetivos das estruturas concentradoras” [*Concentração, estruturas e desigualdade*. As Origens Coloniais da Pobreza e da Má Distribuição de Renda, São Paulo, Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, 2.008, 25].

25 *The antitrust enterprise*, 14.

26 Lea Shaver, *Access to knowledge in Brazil. New research on intellectual property, innovation and development*, disponível em [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/ISP/A2KBrazil\\_bkmlk.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/ISP/A2KBrazil_bkmlk.pdf).

Até pouco tempo, certa visão teórica parecia razoavelmente consolidada: a concorrência existente entre as grandes redes de supermercados impediria que praticassem preços “excessivos” para os consumidores. No prisma tradicional da análise concorrencial – defendido principalmente por integrantes da Escola de Chicago –, se a empresa não tem o poder de controlar os preços, não é titular de posição dominante e nada [ou muito pouco] haveria de causar preocupação. O inegável poder de barganha dos grandes varejistas, o lançamento das chamadas “marcas próprias”, a concorrência existente entre os grandes grupos daria o sinal verde para uma postura omissiva das autoridades antitruste.

A partir do momento em que os supermercados possuem interesse em atrair público, proporcionando-lhe preços mais baixos do que a concorrência, utilizariam seu poder negocial sobre os fornecedores para oferecer melhores condições de venda ao consumidor final. Ademais, os grandes supermercados, possuindo abertos os canais necessários ao escoamento dos produtos, lançam-se no mercado das coisas que comercializam. Aproveitando-se das vantagens dessa integração vertical, podem oferecer bens com marca própria mais acessíveis, que concorrem diretamente com os fabricados por terceiros, forçando seus preços à redução. Bom exemplo é o do sabão em pó, quando a diferença entre os preços praticados por um varejista com a sua marca própria e a de maior penetração no mercado chegou, na cidade de São Paulo, a 50%. Na semana seguinte, o preço da marca renomada foi consideravelmente reduzido. As chamadas “guerras de preços” também são entendidas como benéficas e pró-concorrenciais, porque não seriam praticadas em intensidade apta a comprometer a sobrevivência dos *players* desse mercado.

Em suma: grandes redes trar-nos-iam, ao final das contas, os tão almejados resultados de um mercado concorrencial – e, em época de preocupação com taxas inflacionárias, nada

mais providencial que baixos preços no mercado varejista alimentar. Por tudo isso, as normas antitruste costumam ser afastadas desse contexto; se o escopo principal da defesa da concorrência é o aumento da eficiência alocativa do sistema e, conseqüentemente, o benefício para o consumidor, o incremento do poder dos distribuidores – que os capacita a encarar melhor os fornecedores sem lhes conferir “posição dominante” no mercado – haveria de ser fomentado e não coibido.

No entanto, a questão não pode ser colocada de forma tão simples. A opção por fomentar grandes conglomerados gera o chamado *buyer's power*, ou seja, o poder econômico dos grandes varejistas sobre seus fornecedores, que, por sua vez, acabam em situação de *dependência econômica*. Conseqüentemente, ao contrário do que se pensava, efeitos anticoncorrenciais podem ser produzidos. Por exemplo, o desenvolvimento de marcas próprias pode dificultar o surgimento de novas marcas e de inovações tecnológicas, porque dificulta cada vez mais o acesso dos concorrentes aos canais de distribuição.

Em relação a esse tema, os seguintes fatores causam especial preocupação competitiva:

[i] *estrangulamento e abuso dos fornecedores*: a situação de dependência econômica dos fornecedores, da qual, muitas vezes, os varejistas se prevalecem, estrangula a margem de lucro dos primeiros. Embora, teoricamente, o sistema jurídico ofereça instrumentos para viabilizar a coibição desse abuso, é pouco provável que um “agente econômico racional” disponhasse a atacar seu principal cliente, sujeitando-se a retaliações comerciais. A grita contra os excessos é cada vez mais forte, em vários países do mundo. No contexto francês, Sylvie Lebreton anota que, após a compra, pela Cora, da Société Européenne des Supermarchés, a Société Grands Magasins B [GMB], encarregada da distribuição, impôs aos fornecedores a renegociação das condições de compra, dentro da idéia de *participation à la corbeille de la mariée*. Segundo a visão crítica dessa auto-

ra, a prática não foi obstada em virtude de uma *timidé certaine* do Conselho da Concorrência. Outras condutas bastante comuns são a exigência de vantagens como descontos financeiros, verbas de fidelidade, taxas de parcerias comerciais, colaboração em reformas e construções de novos pontos-de-venda, contribuição com promoções, garantia de margem de preço, obrigação de alocar funcionários próprios para trabalhar nas lojas. É freqüente, também, a obrigação de entrega de “enxoval” [produtos fornecidos gratuitamente ou no início do relacionamento comercial, ou quando de promoções e inaugurações] e de efetuar a troca da mercadoria caso haja o vencimento do prazo de validade.

Se, por um lado, em teoria, essas práticas poderiam diminuir o preço de venda para o consumidor, por outro, muitas vezes, implicam abuso da situação de dependência econômica do fornecedor.

No Brasil, ao sairmos dos grandes centros comerciais, percebemos que a submissão das economias locais aos grandes varejistas pode ser extremamente prejudicial à população, aos produtores locais e, especialmente, à concorrência. Nesse contexto, cada vez mais grave é a prática de venda dos espaços das gôndolas do grande varejo para os agentes econômicos de maior poder econômico, cerrando as portas à produção local.

Deixando os fabricantes menores fora das prateleiras [ou reservando-lhes espaço ínfimo], diminui-se a contestação oferecida aos grandes fabricantes, que se fecham em suas confortáveis posições, sem enfrentar marcas pequenas destinadas ao público de menor renda. Ademais, aniquilar o comércio local significa também colmatar canais alternativos de distribuição, indispensável à sobrevivência de produtos concorrentes às grandes marcas. Ou seja, menor número de empresas, diminuição de pontos de venda à disposição dos consumidores e de opções de escoamento da produção para os fornecedores, especialmente os de menor porte. Algumas cidades preocupam-se

com esse fato e, de uma forma ou de outra, impedem o estabelecimento de grandes varejistas nos chamados “centros urbanos”.

Pesquisa conduzida por iniciativa da AAI – Agribusiness Accountability Initiative insiste nos seguintes efeitos perniciosos do *buyers power* na União Européia, ainda que não sentidos no curto prazo: diminuição das escolhas e da qualidade dos produtos disponíveis aos consumidores, falha de abastecimento em determinadas localidades, diminuição da inovação em vários produtos, com o aumento de dependência das marcas próprias.

No início de 2008, na União Européia, o Parlamento requereu à Comissão que [i] investigasse os impactos que a concentração do setor de varejo está produzindo sobre os pequenos negócios, fornecedores, trabalhadores e consumidores, identificando especialmente os abusos do poder de compra decorrentes dessa concentração e [ii] propusesse medidas adequadas, incluindo regulação, para proteger os consumidores, trabalhadores e produtores de abusos de posição dominante ou impactos negativos identificados ao longo da investigação.

As preocupações do Parlamento justificam-se na medida em que [i] o mercado interno está, cada vez mais, dominado por pequeno número de redes de supermercado, [ii] essas redes estão se transformando em porteiros [“gatekeepers”], controlando o acesso de produtores rurais e fornecedores aos consumidores europeus; [iii] há evidências em toda a União Européia de que os grandes supermercados abusam do seu poder de compra, forçando a diminuição dos preços pagos aos fornecedores a níveis insustentáveis, impondo-lhes condições desleais de comercialização; [iv] esse estrangulamento [“squeeze”] dos fornecedores impacta negativamente tanto a qualidade do emprego e a proteção ambiental; [v] a diversidade de produtos oferecida aos consumidores tende a diminuir, incluindo prejuízos à herança cultural e aos outlets e [vi] alguns países euro-



peus já emanaram regulação específica para limitar tais abusos e, como as grandes redes atuam concomitantemente em vários países, mostra-se conveniente a uniformização das legislações.<sup>27</sup>

O momento mundial é instigante e requer reflexão desprovida de motivações passionais. É preciso, contudo, ter-se em mente que, ao contrário do que às vezes se pretende fazer crer, não estamos tratando de meras tecnicidades econômicas, mas do futuro de nossas empresas, de empregos e da concreção dos princípios constitucionais que garantem a todos uma ordem econômica baseada na dignidade da pessoa humana.

O observador atento da realidade nacional perceberá que, por conta do aumento do poder de compra da população menos favorecida, o comércio nas periferias e nas cidades pequenas é fervilhante. Ignorar o problema do fechamento [ou estrangulamento] dos canais de distribuição tradicionais poderá redundar na petrificação do mercado. Os agentes econômicos de maior porte passam a ter vivo interesse na exploração desse mercado antes desprezado e sua atuação destrói a concorrência que lhes poderia ser oferecida, assim como aquela oposta a seus grandes clientes.

## ESPRAIAMENTO DO ANTITRUSTE PARA ALÉM DOS GABINETES ADMINISTRATIVOS DE BRASÍLIA. O MITO DA ESPECIALIZAÇÃO

Outro mito que precisa ser superado no Brasil toca à “especialização” dos julgadores em matéria concorrencial. Por óbvio, não se discute ser urgente a formação de quadros profissionais aptos a lidar com o direito antitruste. O primeiro passo

---

27 Cf. Written declaration pursuant to Rule 116 of the Rules of Procedure on investigating and remedying the abuse of power by large supermarkets operating in the European Union, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WDE+CL+P6-DCL-2007-0088+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

seria introduzi-lo como matéria obrigatória no *currículum* das escolas de direito e de administração e passar a exigi-la no exame nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e nos concursos para Magistratura e Ministério Público Estaduais, a exemplo do que já se faz no âmbito federal. No início dos anos de 1980, nada se sabia sobre direito do consumidor e direito ambiental. Hoje, o país é referência nessas matérias, especialmente por conta da atuação do Ministério Público e da Magistratura.

Ao contrário de campos afeitos à regulação setorial [telecomunicações, eletricidade, saneamento básico, transporte terrestre e marítimo, saúde, educação etc.], que possuem *corte vertical*, a análise antitruste é *horizontal*. A ANATEL domina as peculiaridades técnicas, políticas, econômicas e jurídicas do mercado de telecomunicações. A ANAC, da aviação civil, a ANVISA, da saúde e assim por diante. Já o aplicador do antitruste é obrigado a julgar práticas em mercados completamente diversos, que vão desde chocolates, cervejas, cimento e frutas até aviação, motores, padarias, grande varejo, fabricação de helicópteros. Ou seja, mesmo dominando as bases teóricas da matéria, o operador do direito, na maioria das vezes, debruça-se sobre *mercado cujo funcionamento lhe é absolutamente estranho*. A especialização das autoridades antitruste é, pois, *relativa*.

Essa é também uma das razões pela qual muitos aplicadores do antitruste assumem postura tímida, advogando ser melhor deixar “o livre-mercado cumprir o seu papel”. “Na dúvida, é melhor não intervir”, costumamos ouvir com frequência. Assim, o *“culpado” do desastre será sempre o mercado [ou seja, a ineficiência do agente privado], nunca da autoridade pública*. Com isso, a força do poder econômico vai ditando as regras, sujeitando consumidores e empresas de menor porte. Talvez aí tenhamos o verdadeiro paradoxo do [atual] antitruste: *ao acreditar que a concorrência está conduzindo o mercado,*

*na verdade, está se entregando a formatação das regras que pautam a conduta dos agentes econômicos às empresas dominantes, ou detentoras de tecnologia.*

## FECHAMENTO DE MERCADOS E ACORDOS VERTICAIS

No momento atual da economia brasileira, olhos complacentes com acordos de exclusividade, de imposição de preços de revenda e de divisão de mercado podem levar ao acentuado incremento das barreiras à entrada de novos agentes, fossilizando o mercado e prejudicando a inovação.

Um dos pontos mais delicados – e ignorado por grande parte da doutrina – diz respeito à diminuição das opções do consumidor que podem derivar das restrições verticais. Para compreender esse efeito, é necessário examinar cuidadosamente o contexto de cada mercado envolvido. Consideremos a seguinte hipótese: as duas principais fabricantes de refrigerantes celebram acordos de exclusividade com bares, restaurantes e similares, de forma que cada uma delas deterá parcela significativa do mercado relevante. Nesse processo, inicialmente deverá ser tomada decisão sobre a existência de um mercado relacionado à venda de refrigerantes [ou bebidas em geral?] aos bares, restaurantes e similares ou se, ao contrário, deve-se incluir no mesmo segmento o fornecimento para grandes atacadistas [por exemplo, supermercados]. Feito isso, impõe-se verificar qual o percentual de mercado “fechado” pelos acordos de cada marca e, então, concluir sobre os impactos concorrenciais do ato. Supondo que a grande maioria dos bares e restaurantes esteja vinculada à cláusula de exclusividade, é inegável a redução do grau de escolha do consumidor.

Discute-se se, efetivamente, em virtude das restrições impostas aos adquirentes, um caráter anticoncorrencial macularia as cláusulas de exclusividade. Muitos sustentam que, nessas

hipóteses, a concorrência entre as marcas não restaria prejudicada, porque deslocar-se-ia da competição “no ponto” de distribuição, para aquela “pelo ponto” de distribuição. No nosso exemplo dos refrigerantes, as duas marcas disputariam os estabelecimentos privativos. Como quase sempre, em antitruste não há uma única resposta, porque o impacto dependerá do mercado analisado. De qualquer forma, em muitas localidades do Brasil, a concorrência “no ponto” de venda [e não apenas “pelo ponto” de venda] *pode ser importante para o mercado, forçando uma competição mais efetiva entre os produtores e impedindo-os de agasalharem-se em exclusividades que têm por efeito o arrefecimento da concorrência.*

## CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM ANTITRUSTE BRASILEIRO

Aos juristas cabe identificar problemas e propor soluções para melhorar a vida das pessoas, não meramente lastimar situações fáticas.

O progresso dos últimos quinze anos autoriza o Brasil a afirmar sua própria política antitruste. Mais do que isso: *é hora de fincar nossos objetivos em matéria concorrencial, pois não poucos são os aventureiros que almejam fazê-lo.*

A introdução da efetiva concorrência mostra-se indispensável em inúmeros setores, garantindo que nosso mercado, aquecido e esparramado por todo o território nacional, não acabe indevidamente fechado em benefício de poucos. *Restrições impostas pelas empresas detentoras de poder econômico são capazes de causar verdadeiros desastres a médio e longo prazos.* A garantia do acesso aos canais de distribuição implica a efetiva proteção da liberdade de concorrer e do bem-estar social.

Permitir a concentração em alto grau e a imposição de restrições verticais, com a destruição do empreendedorismo local,

pode não ser o remédio para o Brasil em todas as situações. Há regiões em que essa postura leva ao desemprego, diminuição da atividade econômica e compromete o ciclo de desenvolvimento. É preciso perceber que, considerando até mesmo a *extensão física do território brasileiro*, os gabinetes do chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” em Brasília podem não ser suficientes para garantir que os benefícios da *efetiva* concorrência cheguem à população. Daí a importância da política concorrencial séria e efetiva, que considere nossa realidade. Ou alguém poderia razoavelmente supor que o abastecimento da população pode ser feito da mesma forma no Brasil e na Europa [ou nos Estados Unidos]? Quem assim crê não conhece a realidade dos nossos mercados e da nossa gente.

O Brasil *realmente* não é para amadores.

Ao mesmo tempo em que somos obrigados a considerar a pequena venda perdida na periferia do Nordeste, lidamos com problemas típicos da *Era da Informação*. O fechamento dos canais de distribuição, inclusive da *Internet*, ou a obstrução do acesso ao conhecimento pode significar a destruição da concorrência.

O antitruste é capaz de auxiliar o desenvolvimento do país, mas, para tanto, devem-se explicitar *os objetivos a serem perseguidos pela disciplina da concorrência entre os agentes econômicos*.

A questão é saber *como* pretendemos melhorar o funcionamento do mercado brasileiro e catalisar o desenvolvimento. Podemos até nutrir nossas dúvidas, mas, com certeza, o caminho não passa pela inércia complacente que muitas vezes testemunhamos e, tampouco, por *teorias de prateleira* que nos servem bem menos do que se anuncia.

