

Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Ano 2 número 3
Março 2011

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

Presidente: Marcelo Procópio Calliari

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 2 número 3

Março de 2011

SUMÁRIO**CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO EM CASOS DE AQUISIÇÃO DE ATIVOS INTANGÍVEIS**

Bruno Dario Werneck, Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Villela Mafra 4

CONDUTAS UNILATERAIS EXCLUSIONÁRIAS E ABORDAGEM ECONÔMICA

Jorge Fagundes, Marislei Nishijima, Marcos André de Mattos Lima, Maria Margarete da Rocha..... 8

NOVA DIRETRIZ NA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Pedro Dutra..... 13

CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO EM CASOS DE AQUISIÇÃO DE ATIVOS INTANGÍVEIS

Bruno Dario Werneck, Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Villela Mafra¹

1. Introdução

A obrigatoriedade de notificação de contratos envolvendo cessão ou licenciamento de tecnologia para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) é assunto frequentemente abordado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)². Não obstante o CADE já tenha se pronunciado recentemente acerca dos critérios para aferir a necessidade de submissão de contratos de licenciamento³, ainda não há uma posição clara a respeito de quais tipos de operações que envolvem aquisição de bens intangíveis devem ou não ser submetidos ao escrutínio do SBDC. Além disso, julgados recentes apontam para decisões antagônicas em relação à obrigatoriedade de notificação de atos referentes à aquisição de ativos intangíveis. Neste sentido, cabe expor breve análise do entendimento do CADE nestes casos.

2. Não-conhecimento de operação referente à aquisição de ativos intangíveis

O Plenário do CADE já decidiu, por unanimidade⁴, pelo não-conhecimento de operação referente à aquisição de ativos intangíveis. O caso, que envolvia a aquisição de 3 (três) marcas e 2 (duas) patentes, foi considerado irrelevante do ponto de vista econômico, pois as marcas e patentes estavam inativas há mais de 5 (cinco) anos. Segundo o voto do relator do caso, o conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, operações que gerassem “efeitos somente sobre

¹ Sócio, advogado e estagiário, respectivamente, do escritório Tauil & Chequer Advogados associados a Mayer Brown LLP.

² A questão foi alvo de debate, por exemplo, nos atos de concentração nº 08012.000182/2010-71, nº 08012.010538/2009-41 e nº 08012.005472/2010-10.

³ Segundo o voto-vista do ex-Presidente do CADE, Arthur Badin, proferido no ato de concentração nº 08012.005472/2010-10, há dois critérios para determinar o não-conhecimento dos contratos de licenciamento: “(i) ausência de cláusula de exclusividade ou de não-concorrência; e (ii) o ativo, ou o conjunto de ativos, envolvido na operação não representa mais de 20% do faturamento da empresa ou do estabelecimento comercial”.

⁴ Ato de concentração nº 08012.010538/2009-41, não-conhecido por decisão unânime, na 471ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 23/07/2010.

ativos intangíveis, aí incluindo espécies patentárias, sem uso ou não operantes [...] em tese, deveriam ser notificadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pelo critério de faturamento”. Entretanto, asseverou o conselheiro, a operação não se enquadraria neste caso, pois representava “tão somente a transferência de marcas e patentes que estavam sem uso”.

Desta forma, o argumento utilizado para fundamentar o não-conhecimento do caso foi pautado na irrelevância econômica dos ativos intangíveis envolvidos na operação ou, em outras palavras, a inexistência de poder de mercado associado a tais ativos⁵.

3. Mudança na abordagem do CADE: conhecimento de operação referente à aquisição de ativos intangíveis

Em caso recente, também relacionado à aquisição de ativos intangíveis, o CADE decidiu pelo conhecimento da operação⁶, não obstante parecer da ProCADE em sentido contrário⁷. A análise que fundamentou o conhecimento do ato de concentração, neste caso, não abordou a questão do poder de mercado dos bens intangíveis objetos da operação.

Segundo relatado pelo voto, os bens transferidos não haviam gerado nenhum faturamento. Portanto, para se aferir o potencial de criação de poder de mercado destes bens, e, conseqüentemente, sua relevância econômica, seria necessária uma análise que considerasse as variáveis do mercado, como possível imposição de barreiras à entrada, diferenciação de produtos e substitutibilidade dos produtos protegidos pelas patentes por outros disponíveis no mercado, entre outras⁸.

É importante saber, entretanto, se esta análise deve ser feita de forma preliminar ou se trata-se de análise de mérito. Levando-se em conta a abordagem

⁵ De acordo com o conselheiro, “[o] fato de as marcas e patentes objetos da operação não estarem ativas no mercado, nos últimos anos, corroboram o argumento que não haveria poder de mercado relacionado a essas espécies patentárias”. Ademais, a ausência de poder de mercado seria presumida no caso de inatividade por mais de 5 (cinco) anos, pois “o que se verifica é que a aquisição de marcas e patentes sem uso, ainda mais por um período superior a 5 (cinco) anos, se configura numa situação em que não cabe a análise concorrencial, pois em tal hipótese não haveria importância econômica”.

⁶ Ato de concentração nº 08012.012068/2010-94, aprovado sem restrições por decisão unânime, na 485ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 23/02/2011.

⁷ Parecer ProCADE nº 34/2011.

⁸ A questão foi abordada de forma geral, tendo-se afirmado que “[p]atentes de invenção são vocacionadas a criar barreiras à entrada, a produzir reservas de mercado juridicamente garantidas e, não raro, capazes de resultar em monopólio legal, por isso o seu valor estratégico em termos de competitividade”.

adotada pela jurisprudência do CADE em casos semelhantes, parece razoável supor que a análise da relevância econômica dos ativos envolvidos nas operações, na perspectiva do direito concorrencial, tem caráter preliminar. Esta foi, por exemplo, a postura adotada pela ProCADE, que, utilizando-se do argumento da irrelevância econômica da operação, recomendou o não-conhecimento, alegando que não havia “presença de qualquer risco potencial à concorrência”⁹.

4. Poder de mercado e bens intangíveis: incongruência na jurisprudência do CADE ou circunstâncias diferentes?

O CADE já indicou que a ausência de poder de mercado proveniente de bens intangíveis, como patentes, enseja o não-conhecimento de operações nas quais estes sejam o único objeto envolvido¹⁰. Entretanto, em caso recente, a análise preliminar do poder de mercado foi deixada de lado, acenando-se para a necessidade de notificação obrigatória deste tipo de operação. Não obstante, é possível perceber diferenças entre os dois casos julgados: enquanto no ato de concentração nº 08012.010538/2009-41 os bens intangíveis estavam inativos há 8 (oito) anos, o que ensejou a presunção de ausência de poder de mercado, no ato de concentração nº 08012.012068/2010-94, afirmou-se que os bens intangíveis ainda não haviam gerado qualquer faturamento. No primeiro caso, a inatividade das patentes e das marcas cedidas por período prolongado indica um poder de mercado baixo advindo destes bens, dado o desinteresse do cedente em utilizá-los¹¹. No segundo caso, os bens intangíveis não estavam necessariamente inativos, mas ainda não haviam gerado faturamento. Por um lado, o fato de tais bens não terem originado qualquer receita não significa necessariamente que não possam deter, no futuro, poder de mercado relevante. Por outro, tal hipótese, ainda que possível, não deve ser presumida sem que antes seja feita uma análise cuidadosa do produto e do mercado em questão. Da mesma forma, bens intangíveis que permaneceram

⁹ Esta foi também a posição do conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, em voto proferido no ato de concentração nº 08012.010538/2009-41, que analisou preliminarmente a questão da relevância econômica dos bens intangíveis adquiridos, antes de discutir o mérito da questão.

¹⁰ Neste contexto, contratos que envolvam outros ativos além dos bens intangíveis (ainda que inativos), como plantas industriais e equipamentos, podem eventualmente afetar a concorrência e devem ser notificados caso se enquadrem nas disposições do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994.

¹¹ Partindo-se do pressuposto de que os agentes econômicos buscam maximizar seus lucros, se as patentes e marcas cedidas pudessem conferir poder de mercado relevante ao seu detentor, teriam sido utilizadas antes.

inativos por longos períodos também podem eventualmente gerar poder de mercado em níveis relevantes em determinadas circunstâncias¹².

5. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que os critérios utilizados para definir a necessidade de notificação de operações relacionadas a aquisições de bens intangíveis continuam obscuros. O CADE já adotou o critério do poder de mercado destes bens para determinar a relevância econômica da operação na perspectiva do direito concorrencial¹³. Entretanto, em decisão recente¹⁴ de caso semelhante, tal critério foi sequer abordado, acenando-se para a obrigatoriedade da notificação em todas as operações que envolvam aquisição de bens intangíveis.

Portanto, o CADE ainda carece de entendimento uniforme (e sumulado) sobre os critérios de notificação de contratos envolvendo ativos intangíveis, o que pode gerar insegurança jurídica nos agentes econômicos. A existência de orientação mais precisa acerca da necessidade de notificação - em meio às recentes decisões - torna-se imprescindível para o devido cumprimento dos requisitos da Lei nº 8.884/1994 pelas empresas envolvidas em operações desta natureza.

¹² Imagine-se o caso, por exemplo, de uma sociedade A que adquire a patente do produto Y detida pela sociedade B. O produto Y é o único substituto razoável de X, cuja patente pertence à sociedade A. Devido à potencial entrada da sociedade B no mercado, a sociedade A nunca elevou os preços de seu produto X. A sociedade B, por sua vez, também não introduziu o produto Y no mercado, pois, percebendo que a sociedade A recebia retornos muito próximos aos seus custos marginais, decidiu não investir o montante necessário para entrar no mercado. Após a aquisição da patente do produto Y, entretanto, a sociedade A poderá aumentar o preço de seu produto X, pois, na ausência de entrada potencial, poderá cobrar preços de monopólio.

¹³ Ato de concentração nº 08012.010538/2009-41, citado na nota 4 acima.

¹⁴ Ato de concentração nº 08012.012068/2010-94, citado na nota 6 acima.

CONDUTAS UNILATERAIS EXCLUSIVÁRIAS E ABORDAGEM ECONÔMICA

Jorge Fagundes, Marislei Nishijima,
Marcos André de Mattos Lima, Maria
Margarete da Rocha*

1. Introdução

Como se sabe, o objetivo da Lei de Defesa da Concorrência é o de evitar que determinadas estratégias empresariais diminuam o bem estar social por meio da redução da concorrência.

Na jurisprudência nacional e internacional em geral o bem estar tutelado é o dos consumidores (excedente dos consumidores), e não excedente total (soma do excedente dos consumidores e dos produtores).

Assim, “algo” é anticompetitivo se, a despeito de gerar ganhos para o ofertante, implica prejuízos aos consumidores do bem ou serviço.

Note-se que as *estratégias* a serem inibidas ou punidas pela Lei assumem variadas formas: (i) atos de concentração: fusões, aquisições, etc. que implicam alteração das relações societárias e da estrutura do mercado; e (ii) condutas: ações sem implicações societárias. Tais condutas podem ser ainda: (a) exclusivas, que afetam os consumidores por meio da redução da concorrência; ou “abusivas”, que atingem diretamente usuários, por meio de preços abusivos.

Esse artigo tem por objetivo analisar criticamente a metodologia econômica em casos de condutas unilaterais exclusivas.

2. Visão Geral

As condutas anticompetitivas são definidas por legislações nacionais. Nesse sentido, cada jurisdição possui seus determinantes legais e institucionais, como, por exemplo, quanto aos objetivos da defesa da concorrência (assegurar a efetividade do processo competitivo, promover o bem estar do consumidor, defender pequenas e médias empresas, etc.) ou quanto ao método legal empregado: uso da regra da razão ou da caracterização *per se* das condutas.

Entretanto, há uma tendência à convergência, por meio, sobretudo, da difusão de princípios comuns de teoria e análise econômica e maior cooperação entre Agências.

* Jorge Fagundes (Doutor pela UFRJ e sócio da Fagundes&Associados), Marislei Nishijima (Profa. Doutora da EACH-USP), Marcos André de Mattos Lima (Doutorando pela PUC/RJ e associado da Fagundes&Associados), Maria Margarete da Rocha (Doutora pela FEA/USP e associada da Fagundes&Associados)

Uma das soluções *alegada* para promover a convergência e evitar riscos de excesso ou falta de repressão é uso rigoroso da teoria econômica e análise dos efeitos das condutas no(s) mercado(s) relevante(s), mensurados por variações no excedente do consumidor ou total, a chamada abordagem baseada nos efeitos.

Mas, existe uma teoria econômica única para cada tipo de conduta unilateral exclusionária? Há um único arcabouço analítico para o exame de tais condutas? Entendemos que há: (i) problemas exógenos, tal como eventuais conflitos de objetivos na Lei; e (ii) problemas endógenos, derivados da existência de teorias múltiplas e dificuldades de mensuração em casos concretos dos efeitos das condutas no mercado e sobre a competição.

3. Análise Econômica de Condutas Unilaterais Exclusionárias: Princípios

A abordagem baseada nos efeitos depende do exame rigoroso da dinâmica competitiva no mercado relevante com o objetivo de identificar os efeitos da conduta sobre o processo competitivo e bem estar dos consumidores

Assim, se utilizam a teoria e métodos econômicos e de dados empíricos para mensurar impactos econômicos de condutas exclusionárias, ou seja, seus efeitos anticompetitivos – incremento do poder de mercado – e eficiências (basicamente, alguma forma de redução de custos ou aumento da qualidade).

Note-se que, em geral, o ônus da prova é das autoridades ou representantes, que devem demonstrar o efeito anticompetitivo, cabendo às representadas provar que (i) há eficiências; e (ii) as mesmas produzem resultados líquidos socialmente positivos.

Além do mais, se para a caracterização de um ilícito, as condutas devem ser avaliadas segundo seus efeitos sobre a concorrência e o bem estar social, então, é preciso:

(i) que haja uma teoria – de natureza econômica, por definição - sobre a relação entre as condutas e seus efeitos. Por exemplo, um acordo entre concorrentes sobre preços replica uma situação de monopólio, sendo socialmente indesejável porque implica preços maiores e quantidades menores para os consumidores, sem que haja eficiências compensatórias;

(ii) estabelecer metodologias de análise, ou seja, os passos necessários e suficientes para que a teoria seja operacional e se determine o efeito líquido de uma certa conduta sobre o bem estar dos consumidores. Por exemplo: defina o mercado relevante; examine o nível das barreiras à entrada; etc; e

(iii) aplicar essa metodologia por meio de coleta e interpretação de dados. Por exemplo: buscar dados sobre preços e quantidades ofertadas; gastos com P&D, etc

Como supostos benefícios, tem-se: (a) consistência: duas condutas diferentes produzindo o mesmo efeito receberão o mesmo tratamento: por exemplo; descontos por fidelidade e exclusividade; e (ii) eficiência, minimizando o risco de excesso ou falta de repressão.

Mas existem diversos caso e situações em que as condutas geram eficiências privadas (aumento dos lucros) – que podem ou não ser também sociais – e efeitos negativos para a competitividade dos rivais e o processo competitivo. Além do mais, há problemas com o próprio emprego dos métodos econômicos, posto que:

- (i) pode haver mais de uma teoria quanto aos efeitos de uma mesma conduta, sendo que os resultados dependem de hipóteses nem sempre observáveis;
- (ii) existem elevadas dificuldades na mensuração concreta no que tange ao incremento de poder de mercado; à magnitude das eficiências e, sobretudo, ao efeito líquido sobre excedente estático do consumidor; e
- (iii) a avaliação dos aspectos dinâmicos da conduta, ou seja, seus efeitos no longo prazo, é marcada por incertezas.

Assim o uso da análise econômica *nem sempre* resolve os problemas, embora possa estabelecer, pelo menos, as *condições necessárias* para a avaliação de uma conduta quanto aos seus efeitos sobre bem estar social (anticompetitivos e eficiências).

4. Exemplo: Descontos Casados

Os descontos são prática comum em economias de mercado. Trata-se de uma prática de discriminação de preços, constituída por um mecanismo de precificação não linear. Basicamente, os tipos de descontos são:

- (i) por volume: os consumidores obtêm maiores descontos à medida que o volume das suas compras aumenta;
- (ii) por fidelidade: estratégia de preços que condiciona a concessão de desconto para o consumidor ao alcance de um patamar mínimo, em geral termos de percentual de compras totais realizadas, em um dado período; e
- (iii) descontos casados: descontos multi-produtos (ou *bundling*), em que, no caso de empresas com múltiplas linhas de produto, há concessão de desconto na compra de um produto associada à compra de uma determinada quantidade de outro produto.

A justificativa para esse comportamento é a possibilidade de estimular os consumidores a aumentar (ou concentrar) suas compras, ampliando os excedentes de todos os agentes. *A priori*, a concessão de descontos não deve ser vista como conduta anticompetitiva; pelo contrário.

Todavia, o uso de descontos pode, sob certas circunstâncias, estar associado a exercícios abusivos de poder de mercado, sendo visto como uma forma de obtenção de exclusividade, venda casada ou preço predatório. Em particular:

- (i) os descontos para consumidores finais – p. ex., programas de milhagem das empresas aéreas - não têm sido vistos como anticompetitivos; e
- (ii) os descontos, sobretudo casados e de fidelidade, para distribuidores/varejistas encontram maiores resistências antitruste, sob certas condições.

Particularmente no que diz respeito às práticas de descontos, parece não haver um único *framework* analítico entre as autoridades antitruste. Os EUA parecem ser mais leniente e a Europa mais rígida, embora menos intensa no uso de racionalidade econômica. Mas dois critérios vêm sendo empregados (EUA):

- (i) o primeiro seria o critério de natureza estrutural: por exemplo, a não ser que a firma em questão possua um *market share* elevado, seria improvável que a prática de desconto ocasionasse efeitos anticompetitivos; e
- (ii) o segundo critério seria de natureza comportamental, traduzido, basicamente, por testes de comparação entre preço e custo.

Nos EUA, não houve casos envolvendo descontos em um único mercado (mesmo por fidelidade) e em que preços foram acima de custos com condenação (p. ex., *Concord Boat Corporation v. Brunswick Corporation*, 2000, *Liggett Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 1990, *Barry Wright v. ITT Grinnell*, 1983, *Virgin Atlantic Airways v. British Airways* 2001).

Entretanto, quando os descontos são casados (envolvendo mais de um mercado), as cortes nos EUA são mais rígidas (*SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co*, 1978 e *LePage's v. 3M*, 2003). Nesse caso, é necessário verificar se, mesmo sendo os preços daquele que “casa” os descontos superiores aos custos, um competidor *eficiente* poderia oferecer o mesmo desconto (sobre o seu único produto) sem ter prejuízos.

Já na Europa, descontos por *fidelidade/casados* são geralmente condenados (*Michelin v. Commission*, 2003, *Hoffman-LaRoche*, 1973, *Virgin Atlantic Airways v. British Airways* 2001) sem análise de preço-custo, mas tão somente de fechamento de mercado (exclusividade) por empresa dominante.

No Brasil, no caso Ambev, envolvendo descontos de premiação para PDVs segundo volumes de cerveja adquiridos, houve condenação, baseada, contudo, em provas mais documentais do que econômicas. Segundo o CADE, o programa seria usado veladamente como meio de obtenção de exclusividade dos PDVs.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer a multiplicidade de conceitos e métodos para inferir os efeitos anticompetitivos dos descontos casados.

Figura I – Exemplo

Produto	Empresa A		Empresa B
	X	Y	X
CVM	\$ 1,5	\$ 2,5	\$1,25
Preço	\$ 2,0	\$ 4,0	\$2,0
Preço Pacote	\$5		NA.

CVM = Custo Variável Médio

O quadro acima permite as seguintes considerações:

- (i) $CVM_A X + Y = \$ 4,0$. Logo, A não vende o pacote com prejuízo;
- (ii) mas a diferença entre preços sem pacote e com pacote é de \$ 1. Assim, pode-se interpretar a situação como uma na qual o consumidor paga \$ 4,0 por Y e gasta mais \$ 1 para ter X. Neste caso, o X foi vendido por $\$ 1 < CVM_A$ de X, que é igual a \$1,5;
- (iii) a empresa B não tem como vender X sem prejuízo, sendo mais eficiente do que A nesse produto;
- (iv) por outro lado, por que empresa B não entra no mercado de Y? E, se condenada a prática de A, o consumidor seria privado, no curto prazo, de pacote por \$ 5; e
- (v) finalmente, se as barreiras à entrada nos mercados Y e X são elevadas, a despeito de benefícios no curto prazo da conduta de A, no longo prazo o consumidor poderia pagar preços de monopólio.

5. Conclusões

Em geral, Leis Antitruste usam termos e conceitos vagos e imprecisos. Daí que jurisprudência e *guidelines* são fundamentais para consolidar o significado prático de tais conceitos e termos e os procedimentos de análise, aumentando a segurança jurídica

Com efeito, a ausência de informação, assimetria de informação e deficiências na teoria econômica implicam algum grau de subjetividade na avaliação das autoridades (erros de diagnóstico e de mensuração). Ou seja, a análise econômica não é suficiente para resolver todos os problemas: *safe harbors* e presunções refutáveis com *guidelines* e forte jurisprudência para cada tipo de conduta exclusionária são necessários para incrementar a segurança jurídica e reduzir o custo social da intervenção antitruste.

NOVA DIRETRIZ NA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Pedro Dutra*

Indicado titular da Secretaria de Direito Econômico, o conselheiro do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, deve assumir seu posto tão logo tome lugar o seu substituto naquele Conselho, o que deve ocorrer, segundo se anuncia, no início deste mês de abril de 2011. Nesse meio tempo, o Conselheiro solicitou ao IBRAC reunisse seus associados para deles ouvir opiniões e comentários sobre a atuação da Secretaria na defesa da livre concorrência. O futuro Secretário, na mesma oportunidade, expôs as diretrizes a nortear a sua atuação à frente desse órgão.

1.0 Inicialmente, deve-se ressaltar um fato auspicioso: entre os últimos titulares da SDE, o Conselheiro Vinicius é o único que lhe vai ocupar a chefia tendo experiência na área de defesa da concorrência. A direção desse órgão vital à intervenção democrática do Estado na economia não é – nem deve ser – um noviciado para seu titular, na matéria que lhe distingue a função legal.

Não menos significativa é a determinação, exposta pelo futuro titular da SDE, de buscar fixar quadros nesse órgão, para que ele não seja visto como um estágio inaugural, ou intermediário, em carreiras profissionais privadas, e possa assim atrair e estimular vocações de servidores públicos. Aliás, esse propósito deverá ser buscado designadamente, pois a nova lei de defesa da concorrência prevê a integração da SDE ao CADE e a criação de um quadro de carreira para esse novo órgão.

2.0. Embora a repressão aos cartéis seja um dos objetivos permanentes dos órgãos de defesa da concorrência, a realidade brasileira recomenda a atenção às infrações unilaterais, declarou o futuro Secretário.

Como já observamos em artigo publicado neste Suplemento Eletrônico, a prática do cartel no Brasil não ocorre com a mesma intensidade verificada nos mercados desenvolvidos, em especial o norte-americano. Nesse mercado há um número relativamente pequeno de empresas em posição de domínio e um menor número de oligopólios fechados. É, assim, mais difícil uma empresa deter, sozinha, poder de mercado em índice que lhe permita dele unilateralmente abusar. Daí o registro de um expressivo número de condutas concertadas entre concorrentes no mercado norte-americano.

*Conselheiro do IBRAC

O contrário ocorre no Brasil, onde há várias empresas em posição de domínio e número expressivo de oligopólios fechados. Essa configuração habilita aos detentores de poder de mercado em índice considerável a dele abusar, unilateralmente. Note-se que as empresas nessa situação de mercado atendem, em geral, a um grande número de consumidores, em sua maioria cativos, ou sem uma alternativa verdadeiramente competitiva.

Nesse contexto, a diretriz a ser seguida pela SDE, como a anuncia o seu novo titular, alargará consideravelmente o alcance da defesa da concorrência.

3.0. A ação repressiva aos cartéis movida pelas autoridades norte-americana e europeia estimulam a ação de suas congêneres em diferentes jurisdições, inclusive pelo empréstimo de provas e pela troca de informações entre essas autoridades. Em ação análoga, a SDE nos últimos anos viu-se em boa parte dependente desse fato e do programa de leniência, inscrito na Lei de Defesa da Concorrência.

O que, todavia, não isentou a SDE de questões complexas na instrução desses processos administrativos, algumas por ela mesma criadas, como a inovação, estranha e de duvidosa legalidade, de, por exemplo, não tomar a termo o depoimento do confitente-delator e por conseguinte não dá-lo a conhecer à defesa dos demais representados. Como se sabe, entendeu, até a esta data, a SDE de substituir esse depoimento, sobre o qual a SDE deflagra e fundamenta (por vezes ao lado de outras provas fornecidas pelo mesmo confitente-relator) o processo sancionador, por um texto redigido e firmado (*resumo histórico*, foi ele denominado) pela então titular da SDE.

Esse expediente, cuja legalidade caberá ao CADE, senão ao novo comando da SDE enfrentar, (e eventualmente ao Judiciário), teria sido inspirado pela recusa em depor de confitente-delator, sob a alegação de que ao depor e firmar o respectivo termo o seu depoimento perante a SDE poderia valer como prova a uma possível condenação sua em outra jurisdição.

A nosso ver, não pode a SDE transigir sob esse argumento, pois o princípio, absoluto, da ampla defesa não o admite. Em haver um confitente-delator leniente e se ver vulnerado o princípio da ampla defesa, não pode haver escolha à SDE.

4.0. Em nosso entender, outra questão a ser enfrentada pelo novo Secretário é a inclinação da SDE, verificada em alguns casos – poucos mas expressivos de uma tendência a ser combatida - pela defesa de teses pré-ordenadas, em detrimento de uma investigação comprometida, desde o início, à apuração do fato infrativo imputado.

Nesse contexto, a SDE tem se deixado levar por vezes ao exame de políticas regulatórias, seguindo uma linha de ação que acaba por sombrear a investigação do fato infrativo apontado. Em um dado processo sancionador, por

exemplo, o preço regulado de um determinado serviço atraiu o esforço da Secretaria, relegada a apuração de haver esse preço ter sido, ou não, fixado pelo representado, ou pelo órgão regulador, este o fato a dizer ter o representado cometido ou não a infração imputada.

Embora eventualmente válido a SDE argumentar não ter o preço fixado por órgão regulador atendido ao melhor critério concorrencial, a função precípua, e única, da SDE no âmbito de um processo administrativo sancionador, é investigar a ocorrência de abuso do poder econômico de mercado praticado por um agente nele atuante, ocorrido em mercado regulado ou não regulado.

Ou seja, cabe à SDE verificar a ocorrência, ou não, do fato infrativo – e não analisar o acerto, ou não, de ação regulatória, para, a partir dessa perspectiva, inquirir sobre a existência de violação à Lei de defesa da concorrência.

Outro exemplo pode-se deduzir na perigosa generalização a acometer por vezes a SDE é o estigma por ela lançado a associações e sindicatos, de exibirem eles uma irreprimível potencialidade infrativa – ou uma quase atualidade infrativa, como se esta fosse ínsita à natureza deles.

Em relação a investigação de associações e sindicatos, é necessário que a SDE identifique, preliminarmente, a estrutura e o perfil de atuação de cada qual, ou de qualquer forma associativa a ser investigada, antes de mobilizar os escassos recursos públicos postos a sua disposição. É indispensável verificar os seus integrantes, que podem atuar em diferentes mercados, fato que liminarmente desestimularia e dificultaria a concertação deles pelo órgão associativo. E sobretudo verificar se o órgão associativo, a sua direção efetivamente dispõe de poder para coordenar os seus membros. Por exemplo, uma associação de uns poucos concorrentes é inteiramente diversa de associação a congregar muitos agentes em diferentes mercados geográficos, em distintos mercados relevantes ainda que conexos.

A investigação a partir de teses é naturalmente frágil, pois a sua dinâmica lhe distrai o objetivo. Definida a tese e nela entendida cabível a hipótese infrativa divisada, todo o empenho é voltado à afirmação da tese. Doutrina e jurisprudência são citadas, e abre-se espaço a digressões as quais não faltam um sabor acadêmico. A tese é afinal afirmada, desprendida do plano factual.

Cuida-se de uma hipótese infrativa que a tese contem – por exemplo, toda associação é potencialmente infrativa -, e não da verificação objetiva da ocorrência ou não de ato infrativo. Nesse esquema de raciocínio, o representado já surge, ao início do feito, como infrator.

Ou seja, a investigação começa concluindo. Esse raciocínio, por absurdo que pareça, traz certa coerência: se a tese já está lançada, já se tem a conclusão inexorável, que ela contém. Nesse contexto, o fato não pode, em sua materialidade inafastável, perturbar a tese, o que acarreta outra distorção: uma tendência, inconsciente, em conformar os fatos à “realidade” da tese.

Não há como se ter investigado o alegado fato infrativo, por essa linha de investigação. Aliás, dela não resulta uma investigação senão uma análise de uma dada situação. A SDE, se presa a teses, não investiga, analisa, não conclui, opina. E descumpra a sua função legal.

Por essa razão, tal orientação deve ser corrigida, mesmo se verificada em uns poucos casos, alguns relevantes, sem dúvida.

Mas a crítica aqui feita não desmerece o trabalho dos técnicos da SDE. Ao contrário, a qualidade da maioria das investigações é crescente – sobretudo a qualidade dos textos, muito bem redigidos, mesmo se por vezes muito longos – sobretudo se considerados os escassos meios disponíveis aos funcionários da Secretaria.

O ponto a ser suprido talvez esteja em uma maior e melhor interação entre a direção do órgão e de seus técnicos e a busca por uma visão integrada e harmônica, por parte de todos os órgãos nela envolvidos, da defesa da concorrência. Igual medida a ser buscada, aliás, entre a direção da SDE e do CADE. Não se pode conceber esses órgãos incapazes de se articularem, no atual estágio da defesa da concorrência no Brasil.

É preciso se ter em conta que a SDE e o CADE são órgãos aplicadores – executores – da Lei, e não formuladores de políticas. É verdade que já quis ver nas decisões do CADE formulação de política pública (talvez o termo mais elástico do direito público brasileiro e da ciência política também). Evidentemente o CADE não é tal formulador. É executor da Lei, (como a SDE) e o corpo de suas decisões formam, quando formam, jurisprudência, com todas as vicissitudes e virtudes próprias aos julgados, qualquer a natureza deles, administrativa ou judicial.

Cartéis e associações e sindicatos foram o objeto de uma forte campanha publicitária feita pela SDE recentemente, a incluir desde uma multiplicidade de comparecimento a seminários, nacionais internacionais, visitas, no Brasil e no exterior, divulgação, a ações midiáticas, cujos resultados todos devem ser avaliados a fim de verificar-lhes o real proveito à defesa da concorrência, essa uma inquestionável função pública.

5. Não faltam desafios ao novo titular da SDE, no momento que a defesa da concorrência, com a reforma da Lei atual, que se espera não seja desfigurada em sua fase final de aprovação, espera afirmar-se como um instrumento de defesa do cidadão e de desenvolvimento econômico e social.