

Evolução do Direito Antitruste no Brasil – alguns aspectos

Marcelo Mosconiato

(Artigo publicado no Livro “Lei Antitruste”, ed. Del Rey, 2005, coord. João Carlos de Carvalho Rocha)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por que desenvolver a defesa da concorrência? 3. Defeitos. Quem não tem? 4. Um pouco de história no Brasil e nos Estados Unidos da América. 5. Uma atuação em prol da concorrência. 6. Relato de um caso – a competência federal. 7. Cuidado com a ementa. 8. Relato de outro caso – cooperativa vs. cooperado. 9. A cooperativa tem razão. 10. O cooperado tem razão. 11. Observações sobre o caso. 12. Conclusões.

Resumo: A defesa da concorrência envolve grandes disputas para as quais são exigidas instituições governamentais com respaldo político e institucional. Apesar da boa-vontade, em uma sociedade complexa não existe diploma legal perfeito e para o aperfeiçoamento do sistema, instituições comprometidas com a liberdade e o regime democrático são fundamentais. A proteção da concorrência envolve a idéia de que a liberdade para entabular negócios e competir pela preferência do futuro consumidor é um pressuposto fundamental do sistema empresarial. A competição no comércio de bens e serviços cria incentivos para oferecer produtos com qualidade por preços razoáveis e para melhorar o bem estar social pela promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos¹. A evolução do Direito Concorrencial no Brasil depende da melhor atenção e compreensão dos operadores do Direito.

Palavras-chave: Antitruste – Concorrência – CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Sherman Act – Clayton Act – Ordem econômica – Direito do consumidor – Competência federal – Cooperativa – Regra da razão – Utilidade essencial.

¹ Restatement Third, Unfair Competition, § 1. Adotado e promulgado pelo American Law Institute.

1. Introdução

O desafio deste trabalho é trazer à reflexão algumas informações a respeito da evolução do Direito Concorrencial no Brasil e nos Estados Unidos da América², para refletir a respeito da conclusão de que o sistema brasileiro de proteção à concorrência ainda está no seu estágio inicial de evolução, carecendo de melhor atenção e compreensão dos operadores do Direito.

Para demonstrar a necessidade do estudo e da concentração focada em Direito Econômico, ao final, faz-se uma rápida análise de dois julgados recentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Um a respeito da competência para conhecer e julgar as infrações contra a ordem econômica no Brasil. Outro com relação ao embate entre cooperativas, cooperados e empresas privadas.

As idéias aqui lançadas têm por inspiração os 10 anos da Lei 8884 que, desde Junho de 1994, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e promoveu uma revolução no sistema brasileiro de proteção à concorrência. O CADE fora criado pela Lei 4137/1962 para agir em prol da concorrência, mas, no regime jurídico anterior nunca teve a autonomia necessária à atuação em matéria tão relevante.

² Todas as citações de textos em inglês foram traduzidas para o português pelo autor, único responsável por imperfeições na versão de um idioma para o outro.

2. Por que desenvolver a defesa da concorrência?

Em todo o planeta, a defesa da concorrência envolve disputas de peso. Não é para qualquer órgão ou agente o exercício do controle concorrencial que, de fato, envolve a imposição de limitações ao poder empresarial. Limitações estas nem sempre claras quanto à necessidade ou quanto ao seu alcance, posto que os agentes econômicos envolvidos não possuem os mesmos níveis de informação a respeito dos mercados, dos produtos e dos serviços.

Com a Lei 8884/1994, o nosso sistema antitruste ganhou impulso fenomenal e o resultado está estampado na mídia econômica da última década. Casos emblemáticos foram decididos pelo CADE nestes últimos 10 anos, como por exemplo: a disputa pelo sinal aberto entre a TVA e a Rede Globo, a compra da Kolynos pela Colgate, a criação da AMBEV, a união da Zurich Brasil com a Finasa Seguradora, e mais recentemente o veto inédito à compra da Chocolates Garoto pela Nestlé.

O CADE também passou a buscar contato com órgãos antitruste de outros países, com salutar troca de experiências para a evolução e a fixação de conceitos de Direito Econômico em nosso país.

Muito da melhor doutrina de Direito Econômico é encontrado nos debates e votos lançados nos procedimentos do CADE.

Organizados em tribunal administrativo, os seus sete membros passaram a ser sabatinados pelo Senado Federal antes de serem nomeados pelo Presidente da República para um mandato de 2 anos, permitida uma única recondução. O mesmo ocorrendo com o seu Procurador-Geral. Sem sombra de dúvida, tratou-se de amarração

institucional, repetida em várias outras oportunidades, para dar garantia e estabilidade política para uma autarquia.

Os principais avanços identificados na aplicação da Lei 8884/1994, e não foram poucos ou fáceis é preciso registrar, ocorreram no âmbito administrativo com relação à concentração empresarial e seus efeitos sobre a concorrência. A repressão às infrações contra a ordem econômica ainda vai trilhar o mesmo caminho.

3. Defeitos. Quem não tem?

Em termos de avanços, há quem pense diferente. Como exemplo, nos primeiros momentos da sua aplicação, ao escrever sobre Cartel, Neide Terezinha Malard³, ex-conselheira do CADE, registrou que *mal havia sido testada, a Lei nº 8.158/91 foi revogada pela Lei nº 8.884, de junho de 1994, esta, sem dúvida, a mais imperfeita lei antitruste que o Brasil já teve. Na verdade, o País não precisava naquela ocasião de uma nova lei antitruste, mas sim do que ainda necessita agora: condições materiais, em termos de recursos humanos e financeiros, para aplicar as leis que já vigoravam. O novo diploma legal, ao revogar a Lei nº 4.137/62 e não contemplar as situações nela previstas, facilitou as concentrações econômicas, passando a não ser mais ilícitas per se as operações e transações concentracionistas que pudessem eliminar total ou parcialmente a concorrência.*

Porém, passados 10 anos, o sistema avançou. O CADE de hoje é bem diferente daquele que funcionava antes de Junho de 1994. Se não fosse por todos os casos julgados, seria pelo fato de desafiar o próprio centro do Poder Executivo ao pretender e justificar o exercício do controle da concorrência no sistema financeiro⁴.

Por outro lado, é correto reconhecer que a Lei 8884/1994 contém defeitos e muito há para ser feito.

³ BASTOS, Aurélio Wander (org): *Estudos Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

Mas, em termos gerais, qual é o diploma legal que não tem defeitos?

A resposta é mais simples do que se pode imaginar. Em uma sociedade complexa, **não há diploma legal perfeito.**

Se o poder é compartilhado entre classes, categorias ou grupos, o diploma legal, via de regra, expressa as vontades, as contradições sociais e as negociações envolvidas na sua redação final.

Em sociedades não democráticas, o mesmo ocorre, porém com o acréscimo da opressão, que é um ingrediente perverso à liberdade⁵.

Para Gesner de Oliveira⁶, o desenvolvimento da defesa da concorrência de um país não ocorre subitamente. Trata-se de processo histórico que requer tempo, mudança cultural e investimento em instituições adequadas.

A estes ingredientes, deve-se acrescentar a liberdade e o regime democrático.

A extrema relevância destes dois últimos ingredientes é ressaltada pela realidade descrita pelo Professor Maimul Ahsan Khan⁷, para quem *de acordo com o Direito ninguém é autorizado a monopolizar os negócios. O Direito antimonopólio (antitruste) é compatível com a doutrina do Direito Islâmico. O quanto aquele Direito é efetivo é um assunto completamente diferente. Em qualquer país muçulmano da atualidade, nenhum agente governamental ou juiz poderia enfrentar qualquer*

⁴ FONSECA, Antônio (org): *Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. Confira-se o trabalho de Leonardo de Brito Seixas Neves: *Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Conflito de atribuições entre o Banco Central e o CADE*.

⁵ Observe-se que no Brasil, durante o período ditatorial, o direito concorrencial sempre foi legado ao segundo plano.

⁶ OLIVEIRA, Gesner de: *Concorrência panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

monopolista. Aparentemente os agentes dos governos muçulmanos são extremamente preguiçosos no combate a qualquer corrupção. Na realidade, não há segurança para qualquer pessoa honesta sustentar qualquer batalha legal contra um círculo de corrupção. Além do mais, em muitos casos, oficiais de governo e mesmo os juízes podem ser comprados a não ser que tenham alguma motivação de ordem pessoal. Em contrário à realidade estagnada no mundo muçulmano está o cenário competitivo do Ocidente, onde incontáveis grupos rivais competem por riqueza e poder.

⁷ KHAN, Maimul Ahsan: Human Rights in the Muslim World – Fundamentalism, Constitutionalism and International Politics. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2003.

4. Um pouco de história no Brasil e nos EUA

A história legislativa do Direito Econômico brasileiro no Século XX traz evidências de disputas entre diferentes correntes de pensamento. O que, de fato, é natural.

Uma corrente mais voltada à intervenção do Estado na economia, sob o fundamento da proteção da economia popular, da proteção ao mercado nacional ou para o combate à inflação⁸.

Outra mais interessada pela concorrência como bem jurídico coletivo, na linha do que a Lei 8884/1994 estabelece no seu art. 1º, ou seja, a norma é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. No parágrafo único do mesmo artigo, tem-se que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta última lei.

Como exemplos deste embate, temos a “Lei Malaia”, promulgada como o Decreto-lei 7666/1945, com vigência por aproximadamente 3 meses; e o próprio CADE, criado em 1962 pela Lei 4137. *O longo período que sucede à criação do CADE, dominado por práticas intervencionistas do Estado na economia e de tabelamento de preços (1962/1990), restringiu o seu âmbito de ação e consolidou práticas administrativas mais voltadas para resguardar a reserva de mercado e a intervenção econômica do Estado*⁹.

⁸ OLIVEIRA, Gesner de. *Concorrência panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

⁹ BASTOS, Aurélio Wander: *Estudos Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

O CADE adquiriu relevância e amplo alcance apenas após a sua reforma, em 1994, pois *até o início dos anos 1990, o número de julgados/mês foi apenas ligeiramente superior a um, aumentando para 2,3 em 1994/1996*. Entre 1996 e 2000, a média subiu para 31,3 ao mês¹⁰. É certo que o CADE pré-1994 produziu algumas discussões interessantes, mas, a verdade, é que o órgão foi inspirado, por mais tempo, pela ditadura, em papel secundário, do que pela concorrência.

Após uma década de vigência da Lei 8884/1994, a concorrência ganhou o foco.

Nos EUA não foi diferente.

A despeito de terem inaugurado uma linha de pensamento a respeito do Direito Econômico, com a sua Lei Sherman, de 1890, os EUA gastaram alguns anos (mais de uma década) para compreender o sentido que pretendiam ou poderiam dar ao novo sistema.

O Sherman Act era amplo, vago e nebuloso. Ele não respondeu a nenhum programa específico, exceto ao grito extenso e de certa forma histérico vindo do meio rural para “fazer alguma coisa” sobre os trustes ... Conforme os trustes cresciam, um grande medo cresceu entre o público. No final dos anos 1880, procuradores-gerais em alguns Estados responderam movendo ações para “quebrar” alguns dos mais indesejáveis trustes. Michigan, Kansas e Nebraska passaram leis antitruste em 1889¹¹.

¹⁰ OLIVEIRA, Gesner de. *Concorrência panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

¹¹ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *A History of American Law*. New York: Published by Simon & Schuster, 1985.

A convocação, feita pelo Presidente Benjamin Harrison em 1889, por uma “legislação penal” para controlar “perigosas conspirações contra o público” resultou na passagem da Lei Sherman em 1890¹².

Assim, o Direito Antitruste dos EUA nasceu do *common-law* nos Estados Federados. Não foi na União Federal, como aconteceu com o Brasil.

A Lei Sherman, ao mesmo tempo em que representou uma resposta do governo central à formação de monopólios e oligopólios privados, também consolidou o que já vinha sendo produzido em alguns Estados Federados.

Por sinal, até hoje, quando se fala em Direito dos EUA, não somente em termos de Direito Econômico, um cuidado deve ser tomado: é preciso saber a qual dos Estados Federados dos EUA se faz a referência. Pois há o direito antitruste federal, mas, v.g., também há o direito antitruste da Califórnia, do Texas, de Nova Iorque, etc. Quando o direito federal não se aplica, pode-se ter a surpresa de encontrar uma norma antitruste específica dentro de um Estado da União.

Em 1900, dez anos depois da sua promulgação, o futuro do *Sherman Act* era muito incerto. No primeiro caso decidido pela Suprema Corte, em 1895, conhecido como *United States v. E. D. Knight Co.*¹³, o governo norte-americano moveu uma ação *contra a American Sugar Refining Company; esta companhia tinha dominado a sua indústria e começava a lançar suas garras para comprar as ações de quatro refinarias da Pennsylvania, os únicos competidores importantes que haviam restado. O Ministro Presidente Fuller não viu violação do Sherman Act. Ele traçou uma distinção entre*

¹² SHENEFIELD, John H.: *The Antitrust Laws*. Washington, D.C.: The AEI Press, 1998.

¹³ 156 U.S. 2 (1895)

tentativa de monopolizar a “manufatura” e tentativa de monopolizar o “comércio”. O controle da “manufatura” não era parte da tarefa do Sherman Act, de acordo com Fuller.¹⁴

Com o passar dos anos, novas questões foram apresentadas, mas a incerteza quanto à aplicação do Sherman Act resultou da ausência de maioria sólida para sustentar a sua aplicação em casos concretos.

Com o governo de Theodore Roosevelt, comprometido com uma política de repressão aos trustes, as coisas começaram a mudar. Durante sua gestão, foi criada uma divisão especial dentro do Departamento de Justiça (uma divisão antitruste), com recursos suficientes para aplicar o *Sherman Act*. Antes destas medidas, o governo federal tinha apresentado um ou dois casos por ano¹⁵. Depois, o governo passou a apresentar um grande número de casos importantes perante os tribunais.

O caso Northern Securities¹⁶, em 1904, foi o primeiro grande resultado destas medidas. *O caso envolvia uma companhia holding ... A companhia Northern Securities fora registrada em New Jersey, um Estado chamado algumas vezes como a “mãe dos trustes”. A companhia dirigia nada, fazia nada, empregava quase ninguém; seu único papel na vida era servir como um canal para J.P.Morgan, James J. Hill, e outros moguls das estradas de ferro e das finanças. Dentro da companhia eles negociaram as ações da Northern Pacific Railway e do sistema Great Northern; o resultado era uma grande combinação de estradas de ferro, dominando o tráfego de*

¹⁴ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *A History of American Law*. New York: Published by Simon & Schuster, 1985.

¹⁵ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *American Law in the twentieth century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

Minnesota até o Noroeste do Pacífico. Era esta estrutura que o governo desejava destruir ... E o governo ganhou o seu caso na Suprema Corte – apesar de ser por uma margem apertada (5-4). Em questão estava o verdadeiro significado e propósito da política antitruste¹⁷.

Em 1911, dois casos muito importantes foram julgados. O caso *Standard Oil v. United States*¹⁸, onde a “regra da razão” foi enunciada e a empresa foi dividida em pedaços. O mesmo aconteceu no caso *American Tobacco Co v. United States*¹⁹.

Na pátria do antitruste contemporâneo, um grande lapso de tempo serviu para o amadurecimento do sistema.

No Brasil, como já anotado neste texto, não tem sido diferente.

Ainda com relação ao *Sherman Act*²⁰ de 1890, ele assusta pelo tamanho: são apenas 8 artigos e nenhum deles com mais de 20 linhas escritas no padrão deste texto. Ele contém regras de conduta e sanções, como multas cíveis e sanções penais que já foram atualizadas e emendadas algumas vezes desde a sua edição, em 1890.

A respeito de ser uma lei de página e meia de texto, Lawrence M. Friedman captou magistralmente o seu sentido ao escrever que *a linguagem vaga em uma lei é, com efeito, uma delegação do Congresso para agências, ou para o executivo e para as cortes; ela passa o problema para frente e para outros órgãos. Este tipo de lei freqüentemente ganha tempo, ela atrasa a resolução dos problemas; ela atua como um*

¹⁶ 193 U.S. 197 (1904)

¹⁷ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *American Law in the twentieth century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

¹⁸ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *American Law in the twentieth century*. New Haven: Yale University Press, 2002. 221 U.S. 1 (1911).

¹⁹ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *American Law in the twentieth century*. New Haven: Yale University Press, 2002. 221 U.S. 106 (1911).

*compromisso entre aqueles que querem ação direta, específica e aqueles que não querem mudar. O Sherman Act não reflete, como alguns têm pensado, automaticamente, um sonho perdido de livre empresa. Ele foi o produto de uma Torre de Babel, e dificilmente refletiu alguma teoria econômica*²¹.

De 1890 para cá o sistema antitruste dos EUA evoluiu muito e o correto é que a Lei Sherman ainda é um dos principais estatutos de proteção à concorrência nos EUA.

Tome-se como exemplo o caso julgado em Junho de 2004 (F. Hoffman-La Roche Ltd.²². et al. v. Empagran S.A. et al) a respeito da aplicação do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 e do *Sherman Act*, com repercussão no comércio internacional, onde foram mencionadas opiniões dos Governos do Canadá, da Alemanha e do Japão, como *Amici Curiae*.

No caso (relatado pelo Ministro Breyer), a Suprema Corte dos EUA renovou o entendimento de que *o Sherman Act cobre muitos diferentes tipos de acordos anticompetitivos. [Nestes casos] As cortes teriam que examinar como a lei estrangeira, comparada com a lei americana, cuida não somente da fixação de preços mas também, diga-se, dos acordos de compartilhamento de informações, condições de preços para o licenciamento de patentes, limitações territoriais para a revenda de produtos, e várias*

²⁰ 15 U.S.C §§1-7

²¹ FRIEDMAN, Lawrence Meir: *A History of American Law*. New York: Published by Simon & Schuster, 1985.

²² Em 1999, em razão da atuação da divisão antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, a Hoffman-La Roche sofreu a imposição de uma multa de US\$ 500.000.000,00 (a maior na história) e um dos seus presidentes foi condenado a 5 meses de prisão e ao pagamento de multa de US\$ 150.000,00, pela prática de conspiração internacional para a fixação do preço de vitaminas. Informação colhida em www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/11313.htm, em 13.02.2003.

*formas de joint venture, com relação tanto à conduta material quanto às medidas judiciais*²³.

Pequeno, genérico e vago, como já indicado acima, o *Sherman Act* abriu oportunidade para a atuação do Poder Judiciário, desde que provocado pelas partes, para a construção dos seus contornos, justamente porque à época da sua edição não se tinha a exata dimensão do seu objeto. Esta inspiração não foi expressão de sabedoria legislativa em favor do *common law*. Foi mera ignorância em face ao clamor público.

Em seu § 7º, o *Sherman Act* continha provisão para que indivíduos movessem ações civis por danos resultantes de condutas anti-concorrenciais, garantindo-lhes o recebimento de *treble damage* (indenização correspondente à multiplicação do valor do dano, por três vezes). Esta disposição, reconhecida como fundamental no Direito Antitruste dos EUA, foi revogada e aprimorada pelo *Clayton Act*²⁴, de 1914²⁵.

No seu §4º(b), o *Clayton Act* dispõe que qualquer pessoa que possa sofrer dano, no seu negócio ou na sua propriedade, em razão de alguma conduta proibida nas leis antitruste, pode processar pelo dano em uma Vara Federal dos EUA, no distrito no qual o réu tem residência ou é encontrado ou tem um representante, sem consideração ao valor da causa em controvérsia, e poderá receber três vezes o valor do dano por ele alegado, e o custo do processo, incluindo honorários de advogado em valor razoável²⁶.

²³ 124 S.Ct. 2359

²⁴ A emenda veio em 1955, conforme 69 Stat. 282 (1955).

²⁵ Nova legislação foi sendo promulgada com o passar dos anos. Por exemplo: Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58; Robinson-Patman Act, 15 U.S.C. §§ 13a, 13b, 21a; Hart-Scott-Rondino Antitrust Improvements of 1976, 15 U.S.C. § 18a; Antitrust Civil Process Act, 15 U.S.C. §§ 1311-1314; International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994, 15 U.S.C. §§ 6201-6212; Bank Merger Acts of 1960 and 1966, 12 U.S.C. § 1828(C); Bank Holding Company Act, 12 U.S.C. §§ 1841-1850, 1971-1978.

²⁶ 15 U.S.C. §§ 12-17

A linguagem simples da fixação de *treble damage* esconde um instrumento poderoso no sistema legal dos EUA.

Em primeiro lugar, a Justiça Federal nos EUA não recusa a competência quando o tema é antitruste.

Em segundo lugar, impor a uma das partes os ônus da sucumbência é raríssimo tanto na Justiça Federal quanto na Justiça dos Estados, já que a condenação aos ônus do processo é vista, em termos gerais, como um incentivo ao litígio. A previsão do pagamento de “*attorneys fees*” em valor razoável é sinal indicativo de que há interesse público no ajuizamento da demanda.

Com sua previsão para as ações de reparação de danos com lastro no antitruste, as pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, bem como seus advogados, são incentivados a investigar violações às regras da concorrência e a demandar em busca da indenização e da sucumbência que, muitas vezes, é milionária.

Deste modo, indivíduos e empresas são incentivados a combater a impunidade quando se fala em violações às regras da concorrência e o resultado disto está estampado na avalanche jurisprudencial sobre o tema no Direito dos EUA depois da edição do *Sherman Act*.

Para se ter uma idéia do alcance do instrumento, no mesmo caso acima citado, julgado pela Suprema Corte dos EUA, ficou registrado que *mesmo onde nações concordam sobre condutas materiais, como por exemplo a fixação de preços, elas discordam dramaticamente sobre as medidas legais apropriadas. A aplicação, por exemplo, dos danos triplos privados como solução americana para condutas anticompetitivas praticadas no exterior tem gerado controvérsias consideráveis ... Por*

*exemplo, petição da República Federal da Alemanha e outros como Amici Curiae 2 (afirmando o interesse alemão “em ver que companhias alemãs não estão sujeitas ao alcance extraterritorial das leis antitruste americanas quando o autor [reclamante] privado estrangeiro – cujos prejuízos estão baseados em transações feitas inteiramente fora do comércio dos Estados Unidos – busca receber danos triplos em ações privadas contra companhias alemãs”); Petição do Governo do Canadá como Amicus Curiae 14 (“danos triplos poderiam subverter as decisões políticas nacionais do Canadá”); Petição do Governo do Japão como Amicus Curiae 10 (afirmando “particularmente problemática” a potencial “interferência com a regulação governamental do mercado japonês”)*²⁷

²⁷ 124 S.Ct. 2359 (Breyer, J.)

5. Uma atuação em prol da concorrência

No Brasil, a Lei 8884/1994 contém disposições para incentivar a atuação das pessoas em favor da concorrência. É o que se lê no seu art. 29, ao dispor que os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor²⁸ poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Sem sombra de dúvidas, o dispositivo supracitado abre grande oportunidade de controle de práticas anticoncorrenciais, tanto para indivíduos, quanto para pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou de direito privado.

Isto é extremamente relevante, porque, em apertada síntese, o direito antitruste também é direito do consumidor, no atacado.

Toda decisão de proteção à concorrência também considera a posição do consumidor na relação jurídica, para encontrar o equilíbrio em face às informações disponíveis no mercado e à regra da razão²⁹ (no nosso sistema, em face aos arts. 20 e 21

²⁸ o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, dispensada a autorização assemblear

²⁹ *Uma conduta que não é ilegal por si, somente é ilegal se restar provado que a restrição ao comércio não é razoável ... Mais sucintamente, sobre a Regra da Razão, o efeito competitivo é avaliado pela análise dos*

da Lei 8884/1994, discute-se a existência ou não das violações *per se*) e para prestar respeito ao que a Constituição Federal estabeleceu como princípios da nossa ordem econômica, ou seja, dentre outros, a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do consumidor (art. 170, V).

No Brasil, a despeito de contemporâneo e correlato, o Direito do Consumidor ganhou muito mais atenção, estudo, dedicação e aplicação do que o Direito Antitruste. Este ainda é um grande desconhecido na academia e na prática jurisdicional, em todas as instâncias.

Em outro sentido, o rápido desenvolvimento do Direito do Consumidor e a sua rápida assimilação cultural servem de grande estímulo ao desenvolvimento acelerado da proteção à concorrência. Ou seja, não é preciso esperar 100 anos para implementar políticas e ações saudáveis para a defesa da concorrência.

Na defesa do consumidor, em todas as esferas, a implementação das normas tem contado com atuação efetiva de agentes públicos e privados (inclusive ONGs), tanto no âmbito administrativo quanto no jurisdicional.

Isto parece ser um indicativo de que o Direito Antitruste brasileiro ainda está na sua primeira fase, quando as pessoas e instituições ainda estão descobrindo os seus conceitos e fundamentos. Outrossim, a sua relevância. Os EUA, como indicado no tópico anterior, já superaram esta fase.

Então, pergunta-se: Por que defender a concorrência?

seguintes fatores: - fatos peculiares ao negócio; - história da restrição; - razões para a restrição; - impacto no mercado relevante – John F. McLean, Esq. Professor convidado para Antitruste do MICL do King Hall School of Law, Universidade da Califórnia, em Davis.

Antes de prosseguir, é preciso reconhecer que a concorrência tem razão de ser no sistema capitalista, com seus princípios pertinentes à livre iniciativa, à eficiência econômica e a ação dos mercados.

Já a resposta à pergunta está na idéia de que a liberdade para entabular negócios e competir pela preferência do futuro consumidor é um pressuposto fundamental do sistema empresarial. A competição no comércio de bens e serviços cria incentivos para oferecer produtos com qualidade por preços razoáveis e para melhorar o bem estar social pela promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos³⁰.

Ainda, segundo Aurélio Wander Bastos³¹ *a regra de funcionamento do mercado não é a da concentração, mas a da concorrência: a participação concorrencial leva as empresas a buscarem padrões cada vez mais qualificados para os bens ou serviços que oferecem aos consumidores.*

³⁰ Restatement Third, Unfair Competition, § 1. Adotado e promulgado pelo American Law Institute.

³¹ BASTOS, Aurélio Wander: *Estudos Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

6. Relato de um caso – a competência federal

A necessidade de conhecer e compreender o Direito Antitruste brasileiro é premente.

Algumas questões fundamentais têm sido tratadas de forma contraditória, gerando incerteza ao sistema jurídico e proporcionando grandes distorções em termos competitivos.

Armando Castelar Pinheiro³², ao coordenar trabalho de pesquisa, dentre outros pontos, concluiu no sentido de que diversas empresas *não associam o mau funcionamento do judiciário com a atividade de seus negócios. Antes pelo contrário; assinalou-se que muitas firmas vêem na ineficiência do judiciário algo que tende a beneficiá-las, “as companhias de maneira geral têm-se beneficiado, o cidadão comum é aquele que de fato arca com os custos”. Nesse sentido, as firmas não somente aprenderam a como evitar o judiciário e a substituir os tribunais, mas também a explorar a ineficiência do sistema em seu próprio benefício. Mesmo nos casos trabalhistas, mencionou-se que as empresas, via de regra, optam por não pagar os encargos sociais, negociando adiante um valor menor no tribunal. Indo um passo à frente, a exploração da ineficiência judicial começou a ser interpretada como um elemento de competitividade: “a morosidade dos tribunais beneficia o sonegador (...) que acaba sendo um competidor injusto”.*

³² PINHEIRO, Armando Castelar: *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2000.

A crítica acadêmica tem a função de contribuir para o desenvolvimento dos institutos jurídicos e das instituições. Aqui, adiante, ao se tratar de um julgado do E. STJ, não se pretende desmerecer o eficiente e profícuo trabalho do “Tribunal do Cidadão”, uniformizador da lei federal. Pretende-se, sim, demonstrar como o excesso de trabalho, a falta da súmula vinculante, a falta da uniformização da jurisprudência e a falta da arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais podem estressar o normal funcionamento de uma estrutura de Justiça e ter reflexos extremamente relevantes em uma área do Direito cujos conceitos e institutos ainda estão em franco desenvolvimento no Brasil.

Feita esta ressalva, observe-se, agora, o seguinte caso julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça³³.

Em inquérito policial, foi suscitado o conflito negativo de competência entre o Juízo de Direito de Cantagalo e o Juízo Federal de Nova Friburgo, ambos no Estado do Rio de Janeiro. O inquérito policial tinha por foco *a apuração do delito previsto, em tese, no inc. I, do art. 20 e no inc. V do art. 21 da Lei nº 8.884/94*.

Logo aqui está o primeiro problema: a Lei 8884/1994 não contém disposição criminal. Não há tipo penal na Lei 8884/1994. As infrações penais relativas à ordem econômica estão, por exemplo, na Lei 8137/1990, na Lei 8176/1991, na Lei 9279/1996.

Mesmo assim, na Vara Federal de Nova Friburgo, acolhendo manifestação do Procurador da República, o Juízo Federal declinou da sua competência

em favor da Justiça Estadual, *sob o fundamento de que os delitos previstos na Lei nº 8.884/94 são de competência daquela Justiça (fl. 111).*

Na Justiça Estadual, acolhendo parecer do Promotor de Justiça, o Juízo da Comarca de Cantagalo devolveu os autos à Justiça Federal, entendendo que se tratava, *in casu*, da conduta prevista no art. 198, do Código Penal, cujo julgamento caberia à esfera da Justiça Especializada.

Novamente na Justiça Federal, o Procurador da República pediu a suscitação do conflito de competência. Diante disso, a Juíza Federal, mais uma vez, remeteu os autos ao Juízo Comum que, após manifestação do Ministério Público Estadual, suscitou o presente conflito (fl. 128).

Aqui está o segundo problema: o vai-vem processual. O conflito de competência já deveria ter sido suscitado na Justiça Federal.

No STJ, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela competência da Justiça Estadual, acompanhando o entendimento de que a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se aos casos previstos na Lei 7492/86.

Ao apreciar o conflito, o relator no STJ decidiu o seguinte:

Passo ao exame de mérito.

Entendo assistir razão ao Juízo Suscitado.

De fato, a conduta imputada aos réus não encontra previsão no âmbito da Lei nº 7.492/1986, não cabendo seu julgamento pela Justiça Federal, eis que o rol dos crimes

³³ BRASIL. STJ, 3ª Seção, CC nº 39.989-RJ (2003/0060962-4), Juízo de Direito de Cantagalo-RJ (scte) vs. Juízo Federal da 1ª Vara de Nova Friburgo-RJ (scdo), v.u., j. 25.06.2003. Registre-se que o acórdão transitou

ali previstos não deve ser ampliado, de forma a se firmar, sempre, a competência dessa Justiça especializada.

Saliente-se a consideração feita pela e. Subprocuradoria-Geral da República, em sede de parecer, fundada, inclusive, em precedente desta Corte (fl. 136):

“(omissis)

Conforme bem assentado, à fl. 111 ‘(...) a Lei Antitruste e a Lei 8.176/91, não prevêm competência da Justiça Federal para os crimes contra a ordem econômica. Compete à Justiça Federal processar e julgar crimes contra a ordem econômico-financeira quando lei ordinária expressamente estabelecer, conforme reza o art. 109, IV da CRFB.

Neste diapasão essa Superior Corte de Justiça tem posicionamento no sentido de que ‘A competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se aos casos previstos na Lei nº 7.492/86, não podendo ser ampliada para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão nela previstos.’ ...

Ademais, no caso concreto, verifica-se que a notitia criminis descreve que os réus, mediante ações que provocaram o bloqueio da rodovia RJ 116, impediram o escoamento de mercadoria da CONCREBRÁS S/A – CIMENTO MAUÁ, “ocasionando, portanto, uma super estocagem na fábrica e, conseqüentemente, a perda de, aproximadamente, 90% (noventa por cento) do faturamento estimado para o período, além de outros prejuízos”.

Desta forma, tem-se que o eventual prejuízo causado pelos acusados não afetou bens, serviços ou interesses da União, restando prejudicado, em tese, somente o particular.

A respeito, trago à colação o seguinte precedente:

em julgado e o inquérito foi remetido ao Juízo de Direito de Cantagalo.

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ESTELIONATO. LEI 7.492/86. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INOCORRÊNCIA. LESÃO SOMENTE A PARTICULARES.

1. Não há falar em crime contra o Sistema Financeiro Nacional, previsto na Lei nº 7.492/86, quando a conduta dos indiciados tem projeção apenas no âmbito dos particulares, sem qualquer lesão a serviços, bens ou interesses da União.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de São José dos Campos-SP, o suscitante”.

(CC nº 33.513/SP; Rel. Ministro Fernando Gonçalves; DJ 17/03/2003)

Diante do exposto, conheço do conflito e declaro competente para apreciar e julgar a causa principal o Juízo de Direito de Cantagalo-RJ, o Suscitante.

É como voto”.

Aqui, há uma série de questionamentos.

Em primeiro lugar, qual é a correlação entre os crimes contra a ordem econômica previstos nas Leis 8137/1990, 8176/1991 e 9279/1996 e os crimes contra a ordem financeira previstos na Lei 7492/1986? Este último diploma tem regras de proteção à concorrência (v.g., arts. 3º, 7º, 11, 16, 20 e 22), mas somente aplicáveis às instituições financeiras assim definidas no seu art. 1º. Como poderia uma disputa envolvendo o bloqueio de uma rodovia para impedir o escoamento de mercadoria de uma empresa de cimento ser enquadrada como crime financeiro?

Em segundo lugar, os precedentes acerca da competência da Justiça Estadual para o conhecimento e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a

ordem econômico-financeira, na linha do que dispõe o art. 109, VI³⁴, da Constituição Federal, embutem uma armadilha que gera conflitos entre órgãos da União Federal e órgãos dos Estados Federados, sem qualquer benefício para quaisquer deles, uma vez que o maior prejuízo recai sobre a persecução penal.

A armadilha está no conceito vago de “ordem econômico-financeira”.

Qual é o seu significado? Qual é o seu alcance? É a “ordem econômico-financeira” do Brasil, do Estado federado, do Município? É a “ordem econômico-financeira” pública ou a privada?

Uma resposta possível é que a “ordem econômico-financeira” está restrita ao que trata o Título VII da Constituição Federal (arts. 170 a 192).

Porém, se assim for entendido, é preciso compatibilizar o sistema para dizer que muitos crimes que hoje são julgados pela Justiça Federal, à luz do art. 109, IV³⁵, da CF, são da competência da Justiça dos Estados, justamente por faltar uma lei federal expressa para fixar a competência na forma do art. 109, VI, da mesma CF.

São exemplos: infrações relacionadas à exploração de jazidas e recursos minerais³⁶, bem como os potenciais de energia hidráulica (art. 2º da Lei 8176/1991 e art.

³⁴ BRASIL. Constituição Federal: art. 109. *Aos juízes federais compete processar e julgar: ... VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; ...*

³⁵ BRASIL. Constituição Federal: art. 109. *Aos juízes federais compete processar e julgar: ...IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; ...*

³⁶ Na exploração de recursos minerais sem autorização do DNPM, o STJ tem afirmado a competência criminal da Justiça Federal para a aplicação do art. 2º da Lei 8176/1991, cujo escopo é proteger o patrimônio da União (art. 109, IV, CF). Por exemplo, confira-se: BRASIL. STJ. HC 30852/SP (2003/0176904-8), 5ª Turma, v.u., j. 13.04.2004, DJU-I de 24.05.2004, p. 307.

176, CF); a proteção ao monopólio da União (art. 177, CF); o transporte aéreo (art. 178, CF); a política agrícola e de reforma agrária (art. 184, CF).

Seguindo este raciocínio, no Título VII da Constituição Federal, o único dispositivo constitucional respeitado, em termos de existir lei federal fixando a competência criminal da Justiça Federal seria o art. 192, cujo texto foi drasticamente reduzido no início do atual governo³⁷, para constar apenas o seguinte: *O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*

Esta solução não parece ser a mais apropriada, porque, além dos problemas acima indicados, a noção de ordem econômica e financeira está presente em outras partes da própria Constituição Federal e tem espectro muito maior do que o compreendido no caso ora em comento.

Por exemplo, confira-se o teor dos artigos 163 a 169 da Constituição Federal, porque eles contêm regras de direito financeiro – v.g. finanças públicas e fiscalização financeira, atuação do Banco Central do Brasil, endividamento público, orçamento, gestão e despesas financeiras. O mesmo ocorria antes da Emenda Constitucional nº 40, de 29.05.2003. Por sinal, a redação original do art. 163 da CF, inaugurando o capítulo das finanças públicas, era: *Lei complementar disporá sobre: ... V – fiscalização das instituições financeiras”.*

No mesmo sentido, os arts. 199, 202 e 209 da CF com regras pertinentes à livre iniciativa que, ao mesmo tempo, é um dos fundamentos da República (art. 3º, IV, CF), é um direito fundamental (art. 5º, XIII, CF) também inserido na nossa ordem econômica (§ ún. do art. 170, CF).

Outro exemplo é o art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que regula o capital estrangeiro em instituições financeiras brasileiras.

Estas regras estão inseridas e abrangidas pelo conceito de “ordem econômico e financeira”? Neste texto acredita-se que sim.

Então, qual seria a razão de ser do inciso VI do art. 109 da CF?

A regra está para a hipótese de não existir interesse da União Federal na forma preconizada no art. 109, inciso IV, da CF. Mas, mesmo nesta ausência, se entender o Congresso Nacional que a competência deve ser estendida, assim o será por força de lei especial na forma prevista no referido inciso VI do mesmo dispositivo constitucional.

Um crime, por exemplo, pode ser perpetrado contra o sistema financeiro ou a ordem econômico-financeira de um Estado federado ou de um Município, sem afetar qualquer bem ou interesse da União Federal, uma vez que os termos “sistema financeiro” e “ordem econômico-financeira” não são suficientemente claros e precisos a ponto de permitir a conclusão de que dizem respeito unicamente à União Federal.

Em nossos dias, o “sistema financeiro” e a “ordem econômico-financeira”, como já indicado acima, podem se referir às contas e orçamentos dos Estados federados ou dos Municípios e até mesmo à responsabilidade fiscal, prevista em lei complementar.

³⁷ BRASIL. Emenda Constitucional nº 40, de 29.05.2003.

Tome-se por conta apenas a expressão “sistema financeiro”. Na lição de José Afonso da Silva³⁸, *há dois sistemas financeiros regulados na Constituição: o público, que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos arts. 163 a 169; o parapúblico, que ela denomina sistema financeiro nacional, que cuida das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sob estrito controle do Poder Público (art. 192). O banco central, que é instituição financeira, constitui, em verdade, um elo entre as duas ordens financeiras (arts. 164 e 192)*

O sistema financeiro e a ordem econômico-financeira da União são de seu estrito interesse, é óbvio. Qualquer infração cometida contra o seu sistema será da competência da Justiça Federal.

O entendimento contrário pode levar a conclusões pouco razoáveis ao nosso sistema constitucional republicano.

Imagine-se o seguinte. Se o “sistema financeiro” e a “ordem econômico-financeira” somente serão da competência da Justiça Federal quando a lei assim o determinar, a competência para conhecer e julgar os crimes previstos na Lei 10.028 (crimes de responsabilidade fiscal), de 19.10.2000, será da Justiça dos Estados.

Então, teremos a *contratação de operação de crédito* sem autorização legislativa (art. 359-A, do CP), da competência unicamente estadual. O mesmo se diga a respeito dos demais tipos logo seguintes, como por exemplo, o art. 359-D, do CP: *ordenação de despesa não autorizada*.

³⁸ SILVA, José Afonso: Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

Ou então o art. 359-H, do CP, que trata da *oferta pública ou colocação de títulos no mercado* e diz respeito tanto ao sistema financeiro público quanto ao sistema financeiro parapúblico.

Ainda mais dramática é a situação encontrada na Lei 10303/2001 que, alterando a Lei 6385/1976³⁹, introduziu novos tipos penais relativos ao mercado de valores mobiliários. Dentre as inovações, uma foi muito especial porque durante muito tempo ficou ausente do sistema, ou seja, passou a ser crime o uso indevido de informação privilegiada⁴⁰.

Todos os delitos introduzidos por esta norma também são infrações administrativas, cuja competência para apurar é da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), uma autarquia federal com poder de regulação e poder de polícia sobre o mercado de valores mobiliários⁴¹.

Em outras palavras, quando se trata dos crimes introduzidos pela Lei 10303/2001, há evidente interesse da CVM, porque somente ela tem poder de regulação e de polícia sobre o mercado relevante e, na prática, são dela os principais instrumentos de apuração dos indícios relativos aos referidos tipos penais.

Em todos estes casos, como não há lei especial atribuindo a competência à Justiça Federal (art. 109, VI, CF), mesmo quando o crime é praticado em detrimento da União Federal (art. 109, IV, CF), a competência seria da Justiça do Estado federado? E se na conduta prevista no art. 359-H do CP ou na do art. 27-D da Lei 6385/1976 ocorrer a

³⁹ Esta lei criou a Comissão de Valores Mobiliários e cuida da regulação federal do mercado de valores mobiliários brasileiro.

⁴⁰ Art. 27-D da Lei 6385/1976.

participação de, digamos, um diretor do Banco Central do Brasil? Neste caso, afasta-se o art. 109, VI, e aplica-se o art. 109, IV, ambos da CF? Ou vice-versa?

A competência para estas hipóteses será federal e esta conclusão, ao levar em conta a independência e a harmonia entre os entes federativos, é resultado da interpretação sistemática e teleológica dos dois dispositivos constitucionais acima citados, já que o art. 109, VI, da CF tem por pressuposto a compreensão dos sistemas financeiros públicos e parapúblicos, especialmente os dos Estados e Municípios, já que os da União Federal já estão insertos no art. 109, IV, da CF.

⁴¹ O mesmo ocorre com o Banco Central do Brasil. Ele tem poder de regulação e poder de polícia sobre o mercado financeiro.

7. Cuidado com a ementa

Por fim, com relação ao relato do caso supracitado, ganha força a orientação provinda do *common law* no sentido de que as ementas de julgados não devem ser citadas na argumentação jurídica, porque elas podem não expressar a vontade do Tribunal.

No caso aqui tratado, a ementa do julgado⁴² no STJ traz a seguinte afirmação: *I. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível infração contra a ordem econômica, prevista na Lei nº 8.884/94.*

Porém, esta afirmação não encontra amparo na Lei 8884/1994.

Há muitos pontos a serem considerados.

Primeiro, compete ao plenário do CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica (arts. 15 a 28) e aplicar as penalidades previstas na lei (art. 7º, II).

Segundo, todas as penalidades previstas na Lei 8884/1994 são de ordem administrativa, pois não há tipo penal no seu texto.

⁴² A ementa está assim redigida: *CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO QUE PROVOCOU O BLOQUEIO DO ESCOAMENTO DE PRODUÇÃO DE INDÚSTRIA. INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. LEI Nº 8.884/94. CONDUTA NÃO PREVISTA NA LEI Nº 7.492/86. LESÃO A INTERESSE DE PARTICULAR. NÃO CONFIGURAÇÃO DE OFENSA A BENS E INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*
I. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível infração contra a ordem econômica, prevista na Lei nº 8.884/94.
II. O rol dos crimes tipificados na Lei nº 7.492/86 não deve ser ampliado, de forma a se firmar, sempre, a competência desta Justiça especializada. Precedente.
III. Não se configura a ofensa a bens ou interesses da União, se evidenciado que a conduta que provocou o bloqueio do escoamento da produção de indústria de cimento causou prejuízo, tão-somente, a particular.
IV. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Cantagalo-RJ, o Suscitante”.

Terceiro, a competência para a apuração das infrações da ordem econômica previstas na Lei 8884/1994 é da Secretaria de Direito Econômico, que é órgão da administração pública direta (arts. 13 e 14).

Quarto, o CADE é uma autarquia federal (art. 3º).

Quinto, as condenações do CADE constituem títulos executivos extrajudiciais (art. 60) e, quando implicarem em obrigações de pagar, observarão o rito da Lei de Execuções Fiscais (art. 61) e serão promovidas na Justiça Federal do Distrito Federal ou na do local da sede ou domicílio do executado (art. 64), com preferência sobre outras ações, salvo o *habeas corpus* e o mandado de segurança (art. 68).

Sexto, na hipótese de intervenção em empresa, a ordem será expedida por Juiz Federal (art. 77).

Sétimo e último, nos processos onde a aplicação da Lei 8884/1994 for objeto de discussão, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no processo como assistente (art. 89).

Por todos estes fundamentos, na realidade, compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feito relacionado à apuração de possível infração contra a ordem econômica, prevista na Lei nº 8.884/94.

8. Relato de outro caso – cooperativa vs. cooperado

Em um outro caso julgado pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça⁴³ os temas de Direito Econômico foram muito mais debatidos.

Os fatos considerados no caso concreto dizem respeito à expulsão de uma médica do quadro associativo de uma cooperativa profissional para a prestação de serviços médicos (a Unimed), porque a médica passou a prestar serviços para uma empresa privada organizada, também, para a prestação de serviços médicos (a Bradesco Saúde). Entendeu a Unimed que a médica cooperada havia violado os estatutos da cooperativa, ao prestar serviços para uma empresa privada concorrente, e a expulsou dos seus quadros. A médica demandou contra a Unimed; ganhou em primeira instância; perdeu, por maioria, no Tribunal de Justiça de São Paulo e recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde também perdeu por maioria, e ao Supremo Tribunal Federal. Deste último, ainda aguarda-se o processamento e julgamento do Recurso Extraordinário.

Dos fundamentos do julgamento, extraem-se bons argumentos de Direito Econômico, tanto para dar razão à recorrente quanto para negar-lhe o direito à reintegração à cooperativa.

⁴³ BRASIL. STJ, 2ª Seção, REsp nº 261.155-SP (2000/0053298-3), Marialda Meyer de Castro Araújo vs. UNIMED de Rio Claro, j. iniciado em 22.11.2000 e concluído em 10.03.2004, por maioria; documento 27839 no site certificado, DJU-I de 03.05.2004. Registre-se que, além do recurso especial, também foi interposto o recurso extraordinário e o caso deve ir ao Supremo Tribunal Federal.

9. A cooperativa tem razão

Por exemplo, em favor da cooperativa, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar⁴⁴ escreveu que *há grande diferença entre as sociedades seguradoras e outras empresas de medicina de grupo, que, por escolha livre ou dirigida, contratam e remuneram médicos, para a prestação dos serviços correspondentes, e as cooperativas de médicos, que, em prol de seus próprios sócios e cooperados, os médicos dela integrantes, angariam os contratos de prestação de serviços. Que dizer, enquanto naquelas o médico é meio e instrumento, nestas, instrumento e o meio são as próprias cooperativas, em que a marca prevalente é o mutualismo. ... Se assim é, não há nada de absurdo exigir-se que cada cooperado, dentre os deveres que lhe competem, não atue contrariamente aos fins e objetivos da cooperativa. Logo, a requerida exclusividade de atuação, usual e comum em várias práticas negociais e relações de trabalho, não deixa de fazer sentido e de modo algum constitui ilegalidade. Assim, não poderia deixar de configurar quebra de um dever do cooperado o também prestar ele, paralelamente, serviços a empresa de medicina de grupo. Isso, sem dúvida, esmaece a affectio societatis e representa atuação contraposta aos objetivos da própria cooperativa, cujo funcionamento sofrerá prejuízos, podendo até redundar em inviabilidade, no caso de proceder repetido e reiterado de outros cooperados. Se a cooperativa de médicos nasceu de sua necessidade de obter melhores condições para o exercício das atividades*

profissionais, com o que aprimora, conseqüentemente, a qualidade da assistência médica, o eventual controle de mercado nunca representaria ilicitude. A Lei nº 8.884/94, no seu art. 20, § 2º, deixa expresso que ‘a conquista do mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II’, ou seja, o dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Como se vê, ao final, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar usou a “regra da razão” (*rule of reason*) para dar razão à cooperativa.

Ainda em favor da cooperativa, a Ministra Nancy Andrighi⁴⁵ enunciou que *as cláusulas de exclusividade sempre restringem, de alguma forma, o nível de concorrência existente em dado mercado relevante. Um franqueador, por exemplo, freqüentemente impede o seu franqueado de comercializar produtos de empresas concorrentes, fato esse capaz de restringir a concorrência. Não se pode considerar nula, entretanto, toda cláusula que restringe a concorrência, porque é da essência dos contratos empresariais restringir a concorrência. ... A conclusão pela nulidade ou validade da restrição à concorrência, como anota a Doutrina Antitruste, em exegese adequada dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, resulta da identificação das restrições concorrenciais legítimas, porque razoáveis, e das ilegítimas, por lhes faltarem a razoabilidade. A este instituto antitruste, originado no Common Law e desenhado pela Suprema Corte dos EUA no início do Século XX, chama-se regra da razão. ... A regra da*

⁴⁴ BRASIL. STJ, 2ª Seção, REsp nº 261.155-SP (2000/0053298-3), Marialda Meyer de Castro Araújo vs. UNIMED de Rio Claro, documento 27839 no site certificado, DJU-I de 03.05.2004

razão constitui, assim, uma forma de interpretação lógica, por meio da qual os efeitos restritivos da concorrência são comparados com os efeitos promotores da concorrência, ou efeitos ditos pró-competitivos. ... Do exposto pode-se concluir que a cláusula de exclusividade exigida pela Unimed não caracteriza abuso de posição dominante, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, porquanto tal prática não inviabiliza a entrada de concorrentes de porte na região indicada no processo em análise (interior do Estado de São Paulo). Ao contrário, bem aplicada a regra da razão na hipótese, deve-se concluir que a cláusula de exclusividade adotada pela Unimed mais propicia do que restringe a competitividade no setor, porquanto aumenta a rivalidade econômica existente entre a Unimed e as prestadoras de plano de saúde de porte, em especial aquelas que atuam em todo o mercado nacional e que, por essa razão, não deixarão de ingressar e atuar de forma competitiva nos mercados regionais onde a Unimed se faz presente com maior grau de penetração. Inexiste, em consequência, violação aos arts. 20, incs. I, II e IV, e 21, incs. IV, V e VI, ambos da Lei 8884/94.

Mais uma vez, ressalte-se, para a maioria no acórdão, prevaleceu a regra da razão⁴⁶, ou seja, uma conduta que não é tipificada materialmente como ilegal (*per se*), somente será ilegal se restar demonstrado que, no caso concreto, a restrição ao comércio não é razoável, em face às peculiaridades do negócio, ao histórico da restrição, às razões para a restrição e ao impacto sobre o mercado identificado como relevante.

⁴⁵ BRASIL. STJ, 2ª Seção, REsp nº 261.155-SP (2000/0053298-3), Marialda Meyer de Castro Araújo vs. UNIMED de Rio Claro, j. iniciado em 22.11.2000 e concluído em 10.03.2004, por maioria; documento 27839 no site certificado, DJU-I de 03.05.2004

⁴⁶ Veja a nota de rodapé nº 28.

10. O cooperado tem razão

Como o acórdão foi decidido por maioria, também há fortes motivos para dar razão à cooperada e não à cooperativa.

No voto de divergência, o Ministro Aldir Passarinho Júnior⁴⁷ firmou que *o Estatuto da Unimed é vago, genérico, creio que propositalmente vago e genérico, porque, assim fica o Conselho de Administração com plenos poderes para até arbitrariamente interpretar os comportamentos dos cooperados e puni-los sem muita oportunidade de defesa. Os poderes são quase ilimitados. ... Não identifico incompatibilidade de objetivos ou comportamento prejudicial à cooperativa pelo simples fato de o profissional da medicina ser também referenciado ou credenciado de uma instituição de seguro saúde. ... Ora, se um cooperado pode ser sócio ou quotista, portanto um dos donos, de um hospital ou casa de saúde ou instituições congêneres, que têm, como curial, objetivo de lucro, qual a razão para se excluir o cooperado que não é sócio ou quotista da Bradesco Seguros, apenas presta-lhe serviços como médico? Tudo soa não como uma tentativa de preservação do “espírito cooperativo”, mas como uma batalha comercial, em que as vítimas, lamentavelmente, são os doentes, que órfãos do sistema público de saúde, vêem o atendimento às suas necessidades ser conduzido por interesses que escapam à sua compreensão. ... não identifiquei, como visto acima,*

⁴⁷ BRASIL. STJ, 2ª Seção, REsp nº 261.155-SP (2000/0053298-3), Marialda Meyer de Castro Araújo vs. UNIMED de Rio Claro, j. iniciado em 22.11.2000 e concluído em 10.03.2004, por maioria; documento 27839 no site certificado, DJU-I de 03.05.2004

restrição legal à filiação do médico cooperativado a outra instituição de saúde, como prestador de serviços profissionais, no que beneficia, sem dúvida, a população, porquanto notadamente em uma cidade interiorana, com menor número de médicos, deve ser proporcionado amplo acesso aos mesmos pelos usuários dos planos,...

Nesta fundamentação, ressalta-se a posição do consumidor dos serviços de saúde para dar razão à cooperada.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro⁴⁸ ao divergir também focou atenção ao consumidor e escreveu que *várias têm sido as ações ajuizadas contra a ré [Unimed], inclusive com base em inquéritos, para inibir o comportamento utilizado pela recorrida, que, segundo se alegou, vem trazendo transtornos a empresas concorrentes, sobretudo em cidades do interior e, conseqüentemente, aos usuários de modo geral. Recebi diversas cópias de ações promovidas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra a Unimed, o que me fez ver que, antes de, como in casu, cuidar-se da exclusão de uma médica por prestar seus serviços também a outra instituição, envolve o presente julgamento interesse preponderante a ser protegido. ... É necessário haver uma concorrência sadia e leal entre empresas de planos privados de saúde, para que mais e mais pessoas possam ter acesso a eles. Impedir ou criar dificuldades para que a coletividade possa ser atendida por profissionais de outras empresas, principalmente em locais onde o número de médicos nem sempre é suficiente para atender à população, é infringir a legislação antitruste, acima transcrita. ... Parece-me que a alegação de que a Unimed, por se tratar de Cooperativa, não tem fins lucrativos não se mostra sincera,*

pois a restrição imposta tem como objetivo evitar empresas concorrentes, haja vista as informações de que a ré está respondendo a vários processos perante a Secretaria de Direito Econômico. ... Atente-se, ainda, para o fato de que Lei nº 9.656, de 3/6/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde vedou expressamente a imposição de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

Novamente, a concorrência foi analisada sob um dos seus focos centrais: o consumidor. Para não prejudicar o consumidor dos serviços de saúde em pequenas cidades, nos dois votos divergentes acima citados, entendeu-se que as cooperativas devem se expor à concorrência empresarial.

⁴⁸ BRASIL. STJ, 2ª Seção, REsp nº 261.155-SP (2000/0053298-3), Marialda Meyer de Castro Araújo vs. UNIMED de Rio Claro, j. iniciado em 22.11.2000 e concluído em 10.03.2004, por maioria; documento 27839

11. Observações sobre o caso

No julgado acima considerado desenvolveram-se argumentos do mais alto nível, suficientes tanto para dar razão à cooperativa quanto à cooperada. Oxalá seja o caso admitido ao Supremo Tribunal Federal para que uma orientação definitiva seja publicada.

Por agora, algumas observações são cabíveis.

Primeiramente, não é motivo de alegria encontrar um caso tão rico e relevante para o Direito Econômico brasileiro tramitando em recurso especial por aproximadamente 3 anos e 5 meses antes de ser publicado. Sabe-se que a causa disto é o descomunal volume de processos que são encaminhados e julgados, a cada ano, pelo nosso Tribunal do Cidadão.

Em segundo lugar, salta aos olhos a ausência dos interessados e afetados pela solução da demanda no curso processual. A Bradesco Seguros não compareceu ao processo. Mas também não compareceu ao processo o CADE que, por força do art. 89 da Lei 8884/1994⁴⁹, poderia intervir. Dada a sua natureza e o seu escopo, como autarquia federal, a Agência Nacional de Saúde Suplementar⁵⁰ (ANS) também poderia, em tese, intervir.

no site certificado, DJU-I de 03.05.2004

⁴⁹ BRASIL. Lei 8884/1994, art. 89: *Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.*

⁵⁰ BRASIL. Lei 9961/2000, art. 1º.

Em terceiro lugar, uma questão não foi tratada no julgado e aos advogados que funcionaram no processo cabe a resposta. O § 2º do art. 1º da Lei 9656/1998 é claro ao prever que se incluem *na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas, que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração*. Se as cooperativas prestadoras de serviços médicos estão no escopo da Lei 9656/1998, é necessário explicar melhor o motivo pelo qual elas não estão sujeitas à obrigação inserta no art. 18, III⁵¹, da mesma lei, porque este foi um dos pontos controvertidos entre as duas correntes de pensamento expostas no julgado, sendo este último artigo citado como fundamento nos votos dos Ministros Aldir Passarinho Júnior e Antônio de Pádua Ribeiro.

Em quarto lugar, considerando a concorrência empresarial (aqui estão incluídas as cooperativas) pelos consumidores dos serviços de saúde, poderia o médico ser tratado como uma utilidade essencial (*essential facility*⁵²) e, conseqüentemente, elemento fundamental ao acesso ao mercado relevante?

A referida doutrina (*essential facility*) foi articulada pela Suprema Corte dos EUA, em 1912, no caso *United States v. Terminal Railroad Ass'n*⁵³ e, em suma,

⁵¹ BRASIL. Lei 9656/1998, art. 18, III: A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará nas seguintes obrigações e direitos: ... III- a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

⁵² Alguns preferem traduzir *essential facility* como facilidade essencial. O autor prefere a compreensão de utilidade essencial, já que utilidade também tem o sentido de propriedade ou aptidão de uma coisa para satisfazer as necessidades econômicas do homem (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda: *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986).

⁵³ 224 U.S. 383 (1912)

contém a idéia de que *a doutrina da utilidade essencial implica na responsabilidade quando uma empresa, que controla uma utilidade essencial, sem motivo razoável nega a uma segunda empresa o acesso a um produto ou serviço que esta segunda empresa necessita ter para competir com a primeira empresa*⁵⁴.

A doutrina da utilidade essencial constitui uma limitação à idéia de que uma empresa, mesmo grande, não tem obrigação de negociar com os seus competidores. É da essência da concorrência a disputa entre empresas. Então, como dizer que elas não devem disputar, mas, sim, compartilhar determinadas utilidades? Somente em favor da própria concorrência e do consumidor.

O acesso à utilidade essencial, por um competidor, como exceção, na linha do que foi construído nos EUA, depende da demonstração de alguns elementos: *1- o controle da utilidade essencial por um monopolista; 2- a impossibilidade ou a falta de razoabilidade na duplicação da utilidade essencial pelo competidor; 3- a negação do uso da utilidade essencial por um competidor; e, 4- a possibilidade de proporcionar a utilidade essencial ao competidor*⁵⁵.

O serviço médico pode ser uma utilidade essencial? Uma vez presentes os quatro elementos retrocitados, a resposta é positiva.

Para a linha de argumentação, tome-se por correto que em qualquer parte do planeta a formação de um profissional médico é dispendiosa, em termos de recursos públicos e/ou privados, tanto para o indivíduo quanto para a coletividade. Um médico é

⁵⁴ PITOFSKY, Robert: The essential facilities doctrine under United States antitrust law. Internet: www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf, visitado em 22.08.2004

⁵⁵ PITOFSKY, Robert: The essential facilities doctrine under United States antitrust law. Internet: www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf, visitado em 22.08.2004

formado em anos de estudo e prática, em instalações muito especiais. Por exemplo, não é possível dissecar cadáveres ou trabalhar com peças anatômicas do corpo humano em qualquer ambiente.

Nos EUA, *as cortes também tem aplicado a doutrina para os serviços referenciais de cuidado à saúde. ... Dado o contexto variado em que a doutrina da utilidade essencial tem sido aplicada, os tribunais tem deixado de impor qualquer limitação artificial nos tipos de produtos, serviços, ou outros bens para os quais a doutrina pode ser apropriadamente aplicada*⁵⁶.

No Brasil, um exemplo interessante da aplicação da doutrina da utilidade essencial está no processo administrativo iniciado por representação da TVA Sistema de Televisão S/A contra a TV Globo Ltda. e a TV Globo São Paulo Ltda., julgado pelo CADE. No caso, o Conselheiro Celso Campilongo⁵⁷ trata da doutrina da utilidade essencial e esclarece que *tal idéia foi desenvolvida pela doutrina norte-americana para aqueles casos extremos, nos quais a detenção exclusiva de um serviço ou produto por um determinado prestador inviabiliza por completo a existência de um regime de competição, visto que o bem negado não poderia ser duplicado por constituir um monopólio natural.*

O serviço médico, assim, pode ser compreendido como utilidade essencial para a concorrência empresarial entre planos, seguros e cooperativas de saúde, desde que presentes os requisitos para a aplicação da doutrina no mercado relevante.

⁵⁶ PITOFISKY, Robert: The essential facilities doctrine under United States antitrust law. Internet: www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf, visitado em 22.08.2004

⁵⁷ BRASIL. CADE, processo administrativo nº 53500.000359/99, voto do Conselheiro Celso Campilongo. Internet: www.cade.gov.br/julgados/directv.htm, visitado em 22.08.2004.

Neste mercado, a posição do consumidor é fundamental. Sempre é necessário verificar se em dado território geograficamente delimitado o consumidor tem substituto próximo, para o bem ou serviço que pretende consumir, ou se não tem, a um custo/benefício razoável.

Em quinto e último lugar, em termos de concorrência, o credenciamento universal de médicos por seguradoras, planos e cooperativas de saúde mudaria o foco da utilidade essencial em saúde e poderia estabelecer um novo patamar de concorrência no setor, com conseqüências ainda desconhecidas em nosso sistema em razão da necessidade do aprofundado estudo dos modelos disponíveis, para responder a algumas perguntas como, por exemplo: no credenciamento universal, os médicos e as empresas não poderiam recusar o credenciamento ou somente os médicos podem recusar as empresas? No modelo atual, as empresas (planos, seguros e cooperativas) escolhem (e recusam) os seus médicos contratados/cooperados. Há alguns anos o tema vem sendo discutido e disputado entre empresas e órgãos de representação dos médicos, como o Conselho Federal de Medicina e a Associação Médica Brasileira⁵⁸. Seria muito interessante saber o que pensam, a respeito do tema, as associações de consumidores.

⁵⁸ Associação Médica Brasileira, Internet: www.amb.org.br/inst_noticias_amb_template.php3?pagina=not_040114_05, visitada em 23.08.2004.

12. Conclusões

1. A defesa da concorrência envolve grandes disputas para as quais são exigidas instituições governamentais com respaldo político e institucional. A Lei 8884/1994 introduziu um pouco disto ao reformar o CADE e estabelecer novos critérios para a escolha dos seus conselheiros e do seu Procurador-Geral.

2. Em uma sociedade complexa, não há diploma legal perfeito e sempre há muito para ser feito. Neste jogo, a liberdade e o regime democrático são fundamentais.

3. A liberdade para entabular negócios e competir pela preferência do futuro consumidor é um pressuposto fundamental do sistema empresarial. A competição no comércio de bens e serviços cria incentivos para oferecer produtos com qualidade por preços razoáveis e para melhorar o bem estar social pela promoção da alocação eficiente dos recursos econômicos⁵⁹.

4. A Lei Sherman, de 1890, a despeito de ser um dos principais instrumentos antitruste dos EUA, foi promulgada com futuro incerto e levou alguns anos para ganhar força. Estatuto vago e genérico, com o passar dos anos, foi sendo complementado por novas emendas e pela jurisprudência.

5. Nos EUA, os *treble damages* e os *attorneys fees* são instrumentos poderosos para a proteção à concorrência, incentivada entre indivíduos e empresas.

6. O art. 29 da Lei 8884/1994 abre grande oportunidade para o controle das práticas anticoncorrenciais no Brasil. Outrossim, o rápido desenvolvimento do Direito

do Consumidor no Brasil é indicativo da possibilidade de rápida introdução de valores concorrenciais centrados na defesa do consumidor. O Direito Econômico é a defesa do consumidor no atacado.

7. Os precedentes acerca da competência da Justiça Estadual para o conhecimento e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, na linha do que dispõe o art. 109, VI, da Constituição Federal, embutem uma armadilha.

8. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos casos relativos às infrações contra a ordem econômica previstas na Lei nº 8884/1994.

9. A regra da razão e a defesa do consumidor têm sido reconhecidos e utilizados na jurisprudência brasileira, para a solução dos conflitos de Direito Econômico. O mesmo pode ocorrer com a utilização da doutrina da utilidade essencial.

10. A reflexão sobre a evolução do Direito Concorrencial no Brasil pode nos levar à conclusão de que o sistema de proteção à concorrência ainda está no seu estágio inicial e carece da melhor atenção e compreensão dos operadores do Direito. Um dos caminhos para superar este obstáculo é a difusão de idéias e a organização de estruturas para uma atuação mais focada no tema.

⁵⁹ Restatement Third, Unfair Competition, § 1. Adotado e promulgado pelo American Law Institute.