
O DIREITO ECONÔMICO E OS MERCADOS: uma análise da evolução jurisprudencial sobre as infrações

Economic Law and Markets: an Analysis of the Evolution of Jurisprudence on Infringements

Raphael Boëchat Alves Machado¹

Resumo: Este trabalho, de natureza acadêmica, refaz o histórico de alguns casos icônicos de condenação de agentes econômicos por infrações ao mercado, tendo como escopo elucidar e por em debate as variadas condutas infracionais.

Palavras-chave: Infrações, Conduta, Mercado.

Abstract: This work, of an academic kind, remakes the history of some hard cases of condemnation of economic agents for infractions to the market, having as a scope to elucidate and to debate the various infractions.

Keywords: Infractions; Behavior, Market.

INTRODUÇÃO

O Direito Econômico é, sem dúvidas, um dos mais apaixonantes e arrojados ramos do direito, não sendo possível identificar elementos que o aloque, isoladamente, em determinado conceito.

Para o domínio desse tema, é necessário que o intérprete ultrapasse os modelos estandardizados da disciplina codificada e que alie, com perspicácia, conceitos que unam a interdisciplinaridade necessária para matéria, sejam dos ramos jurídicos, como do direito constitucional, administrativo, societário, empresarial, tributário, trabalhista e ambiental, ou mesmo da economia, como mercado, eficiência e concorrência.

Mas, todas esta análise multifacetada pode ser condensada numa visão dinâmica, basta compreender que a (i) construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantir o desenvolvimento de nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são **objetivos** da República, traçados no artigo 3º da CR/88.

Logo, o Estado se valerá de um arsenal de instrumentos para conduzir a economia, enquanto meio, para atingir estes objetivos.

Daí, sob a perspectiva do objeto de estudo, o Direito Econômico é o ramo jurídico que estudará o direcionamento da economia do Estado como meio para se alcançar os objetivos na Constituição da República.

¹ Sócio no João Bosco Leopoldino Advocacia e Consultoria. Graduado em Direito e Especialista em Direito Empresarial pelas Faculdades Milton Campos; Mestre em Direito pela PUC/MG; Doutorando em Direito pela PUC/MG; Professor das Faculdades Minas Gerais (FAMIG) – Direito Administrativo, Econômico e Ambiental.

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A compreensão que rege a intervenção direta do Estado no domínio econômico exige uma ótica restritiva, pois, apesar de essencial para a sociedade que haja as limitações impostas pelo interesse público, é também necessário fincar que esta modalidade será uma exceção, e não uma regra.

Neste aspecto, cita-se Fernando Herren Aguillar (2012):

O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última. (AGUILLAR, 2012, p. 266).

Leonardo Vizeu Figueiredo (2013), ao se referir ao conceito de Ordem Econômica, tem o mesmo sentido de Eros Roberto Grau e assim a divide:

[...] a Ordem Econômica, consoante o tratamento que lhe foi dado pelo legislador constituinte de outubro de 1988, assim duas vertentes conceituais, uma ampla e uma estrita:

a)Ampla: parcela de ordem de fato, inerente ao mundo do ser. Isto é tratamento jurídico dispensado para disciplinar as relações jurídicas decorrente do exercício de atividades econômicas. É a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia.

b)Estrita: parcela da ordem de direito, inerente ao mundo do dever-ser. Isto é o tratamento jurídico dispensado para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos no mercado. É a regulação jurídica do ciclo econômico (produção, circulação e consumo). (FIGUEIREDO, 2013, p.39).

Entender e conceituar o direito econômico é uma questão ainda conflituosa na doutrina², pontuando, João Bosco Leopoldino da Fonseca (2015), que:

O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos. (FONSECA, 2015, p.8).

Interpretando sobre o caput do art. 170³ da Constituição, base piramidal do trabalho, cita-se Eros

2 Eros Roberto Grau (2002) assim define: Pensar o Direito Econômico é pensar o Direito como um nível todo social- nível da realidade, pois- como mediação específica e necessária das realidades econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo interpretação essencialmente teleológico, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o direito. É compreender que a realidade jurídica não se resume ao direito formal. É concebê-lo - o Direito Econômico - como um novo sentido de análise, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico. (GRAU, 2002, p. 179-180).

Já para Washington Albino Peluso: Trata-se do ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objetivo regulamentar medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando- as pelo princípio da economicidade – com ideologia adotada na ordem jurídica. (Direito econômico. São Paulo: Saraiva, 1980,p. 3.)

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos

Roberto Grau (2014):

Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. (GRAU, 2014, p. 1793).

E, como forma de proteção do Agente Econômico, o Estado reprimirá a conduta abusiva, que vise a dominação de mercados, o aumento arbitrários dos lucros, o abuso de posição dominante e ainda a eliminação da concorrência.⁴

A partir deste comando constitucional, foi estruturado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, SBDC, tendo o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) o papel de fiscalizar e coibir as práticas abusivas, além de analisar e aprovar a estrutura dos atos de concentração.

Para este trabalho, importa avançar sobre as infrações à ordem econômica, trazendo ao debate casos clássicos de (i) carteis, (ii) monopólio e (iii) *sham litigation*.

3 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

A defesa da concorrência está prevista constitucionalmente como princípio da ordem econômica, o que impõe uma conduta proativa do Estado que assegure a regulamentação e a fiscalização das condutas de mercado.

O professor João Bosco Leopoldino pontua que:

O Direito da Concorrência “moderno” tem origem e influência inegável no direito americano da virada do século XIX para o século XX. O Direito “Antitruste” americano é o primeiro a propor uma visão global de um direito da concorrência e como um instrumento de regulação do mercado. Marco importante dessa mudança de visão, temos no “Caso Standard Oil”. Os irmãos Rockefeller arquitetaram, a partir de 1870, um empreendimento que, a partir da produção de petróleo se tornou um gigante através de concentrações horizontais (aquisição de empresas concorrentes) e verticais (aquisição de empresas a montante e a jusante: refinarias, empresas de transporte, ferrovias, etc.). Em 1888, o senador John Sherman requereu a abertura de uma Comissão para analisar o funcionamento do “trust”, pautando-se pela defesa dos consumidores e dos pequenos produtores agrícolas ou industriais (⁵).

Porém, os acordos ou melhor, as condutas, não podem ser analisadas sobre o mero enfoque da

produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

4 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

5 MAINGUY, Daniel et alii. *Droit de la Concurrence*. Paris, Litec, 2010, p. 13.

restrição de mercado, já que todo contrato naturalmente restringe ou limita os comportamentos.

A questão que norteia a análise é o objeto da regulação, como bem afirmou o juiz Brandeis:

Mas a legalidade de um acordo ou regulação não pode ser determinada simplesmente por um teste para se saber se restringe a concorrência. Todo acordo de comércio, toda regulação de comércio, restringe. Obrigar, restringir, são de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta apenas regula e, talvez, de tal forma, promova a concorrência, ou se a suprime e destrói. Para determinar essa questão a corte deve considerar os fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição é imposta; a condição do negócio antes e depois de a restrição ser imposta; a natureza da restrição e seus efeitos, reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para se adotar tal remédio em particular, o propósito e a finalidade que se buscam atingir pela adoção da restrição, são todos fatos relevantes. E isso não é porque a boa intenção salvará uma regulação questionável, ou o contrário; mas porque o conhecimento da intenção pode ajudar a corte a interpretar os fatos e prever as conseqüências. Board of Trade of the City of Chicago: 246 U.S. 231 - Justice BRANDEIS

A partir do marco teórico traçado pelo Juiz Brandeis, passa-se a expor diversas condutas analisada pelo CADE e pelos tribunais internacionais, como a Suprema Corte Americana ou tribunais europeus.

Carteis

O mercado é o lugar em que as trocas entre produtores e consumidores se operam. O contexto social formado entre aqueles que produzem bens e serviços e os que demandam o resultado daquela oferta, independentemente de um local geográfico, é o que se denomina mercado. Os ofertantes procuram naturalmente superar uns aos outros buscando inovar sempre, pela qualidade de seus produtos e por preços convidativos.

Em sua organização, os mercados podem apresentar-se como formações simples, em que o produtor alcançar diretamente o consumidor, que paga imediatamente pelo que recebe, mas podem também sofisticar esse relacionamento, alcançando formas complexas de organização. A finalidade dessa organização é sempre a consecução do lucro, que não pode colidir com o impulso da função social da propriedade e com o fim do bem estar social ⁽⁶⁾.

Numa visualização mais simples, presume-se que os ofertantes sejam iguais entre si, e que concorram em igualdade de condições. A partir, entretanto, do momento em que consigam poder superior aos demais concorrentes, pode parecer mais eficiente que entendam melhor para sua sobrevivência no mercado, deixarem de concorrer (com o que os melhores chegariam a superar e eliminar os mais fracos), garantindo reciprocamente sua permanência, mesmo que em prejuízo

6 Releva citar a observação de TIM e MACHADO: “Ao se falar em mercado, é importante ter em mente que o mercado é – antes de mais nada – um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e consequentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas” Timm e Machado, 2006).

dos consumidores.

Num contexto de mercado em que sejam poucos os ofertantes, com homogeneidade de produto, pode surgir a hipótese de conluio entre eles. Podem acertar entre si o preço a ser exigido, a divisão de mercado, de tal forma que se restrinja ou até mesmo se elimine a possibilidade de escolha do consumidor. Este conluio pode ter como consequência a imposição de uma qualidade única, a eliminação da inovação. As empresas garantirão a própria permanência no mercado, assegurarão o lucro cada vez maior, perderão interesse para investir em inovação, e transformarão o consumidor em cativo. O Conselheiro Ruy Santacruz, na decisão do Processo Administrativo 08000.045337/97-48, conhecido como Cartel do Aço (CSN, Cosipa e Usiminas) traz uma conceituação perfeita da configuração do cartel:

Cartel é um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou mercado é dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma da elevação compulsória de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral. Sendo assim, é considerado infração da ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência (também conhecidas como leis antitruste). Conselheiro Ruy Santacruz, processo Administrativo 08000.045337/97-48, no CADE, Cartel do Aço (CSN, Cosipa e Usiminas).

A colusão pode efetivar-se quer no nível horizontal, ou seja entre produtores, quer também na relação vertical, isto é entre agentes que se situam em níveis diferentes da cadeia produtiva (?). Tem por finalidade desvirtuar a concorrência.

A tipificação dos carteis no Brasil foi feita de maneira pulverizada, permitindo que o procedimento investigativo e o processo punitivo seguissem caminhos próprios; no sentir deste trabalho, tal técnica jurídica decorre do objeto jurídico tutelado e da especificidade da penalidade aplicável.

Enquanto prescritivo de padrão de comportamento, os carteis, a sua investigação e respectiva punição estão traçados como infração administrativa no artigo 36 da Lei Federal 12.529/11 e com procedimento previsto no artigo 48 da mesma Lei.

Já como crime, o cartel está tipificado nos artigos 4º da Lei Federal 8.137/90 e 90 da Lei Federal 8.666/93.

Tal situação permite de início, que um mesmo cartel desencadeie procedimentos autônomos que desaguarão em penalidades individuais, cada qual ligado ao seu objeto tutelado. Independentemente

⁷ O vocábulo “*colusão*” provém do verbo latino “*colludere*”, composto de “*ludere*”, que significa “*jogar*”. “*Colludere*” significa “*jogar com*”. Mas já no latim, “*collusio*” apresentou um sentido de “*fraude*”. O direito processual acentuou essa conotação de fraude.

disto, pode o ofendido buscar a reparação individual do prejuízo sofrido, como possibilita o artigo 47 a Lei Federal 12.529/11.

O problema então que guia a resposta deste trabalho é, a partir da estrutura legal brasileira e dos conhecimentos da análise econômica do direito, discorrer sobre o combate aos carteis e a sua eventual existência no sistema das concessões de serviços público, em especial, no sistema de telefonia móvel.

O Cartel das Bananas

Sem dúvidas, as Bananas desencadearam inúmeros casos de infrações à Ordem Econômica, sendo vasta a doutrina e jurisprudência sobre o tema. Em análise, o Processo C 286/13 P, em que litigaram *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe OHG* contra Comissão Europeia.

Segundo consta do relatório do citado caso, *“as bananas são geralmente expedidas verdes por barco a partir de portos da América Latina para a Europa do Norte, onde são, na maior parte dos casos, desembarcadas uma vez por semana.*

As bananas são entregues diretamente aos compradores europeus ainda verdes ou amarelas, após cerca de sete dias de maturação. A maturação pode assegurada pelo importador ou em seu nome ou realizada pelo comprador. Os clientes dos importadores são geralmente maturadores ou cadeias retalhistas.

Durante o período em causa, a formação dos preços dessas bananas na Europa do Norte estava organizada em ciclos semanais, com base nos preços de referência para as bananas verdes. O preço de referência para as bananas amarelas compunha-se normalmente da oferta para as bananas verdes acrescida de uma taxa de maturação. Os preços pagos pelos retalhistas e pelos distribuidores pelas bananas (chamados «preços reais» ou «preços de transação») baseavam-se quer em negociações realizadas semanalmente, em geral à quinta-feira à tarde ou à sexta-feira, quer em contratos de fornecimento com fórmulas de fixação de preços preestabelecidas.

Por um lado, as empresas em causa mantiveram comunicações bilaterais de pré-fixação nas quais discutiam fatores relevantes para a fixação semanal dos preços de referência, debateram ou revelaram as tendências seguidas pelos preços ou deram indicações sobre os preços de referência para as semanas seguintes. Estas comunicações tinham lugar antes de as partes fixarem os seus preços de referência, em geral à quarta-feira, e eram todas relativas aos futuros preços de referência. Essas comunicações bilaterais destinavam-se a reduzir a incerteza ligada ao comportamento das partes quanto aos preços de referência que viriam a ser fixados na manhã de quinta-feira.

Por outro lado, as empresas em causa trocavam os seus preços de referência de forma bilateral depois de os terem fixado na manhã de quinta-feira. Esta troca de informações permitia-lhes controlar as decisões de fixação de preços individuais à luz das comunicações de pré-fixação de preços levadas a cabo anteriormente e reforçavam os seus laços de cooperação.

Esses preços de referência serviam, pelo menos, como sinais, tendências e/ou indicações para

o mercado no que respeita à evolução previsível do preço das bananas. Além disso, em certas transações, o preço estava diretamente ligado aos preços de referência em aplicação de fórmulas fixadas contratualmente.

As informações recebidas dos concorrentes eram necessariamente tomadas em consideração pelas empresas em causa na definição do seu comportamento no mercado, o que a Chiquita e a Dole admitiram expressamente.

Em 8 de abril de 2005, a Chiquita apresentou à Comissão um pedido de imunidade ao abrigo da comunicação sobre a cooperação de 2002 (9). Após ter procedido a inspeções em diversas empresas, nomeadamente nas instalações da Dole Fresh Fruit Europe, e enviado vários pedidos de informações, em 20 de julho de 2007 a Comissão enviou uma comunicação de acusações a numerosas empresas com atividade na comercialização de bananas. Na sequência do procedimento administrativo, as empresas em causa tiveram acesso ao processo e foram ouvidas entre 4 e 6 de fevereiro de 2008. Em 15 de outubro de 2008, a Comissão adotou finalmente a decisão controvertida.

Na decisão controvertida, a Comissão declarou que várias empresas, entre as quais a Dole, tinham violado as disposições do artigo 81.º CE ao participarem numa prática concertada que consistiu na coordenação dos preços de referência das bananas. Geograficamente, esta infração respeitava à Bélgica, à Dinamarca, à Finlândia, à Alemanha, ao Luxemburgo, aos Países Baixos, à Áustria e à Suécia (10). A Comissão constatou que o período de participação da Dole na infração decorreu entre 1 de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2002 (11).

Na decisão controvertida, a Comissão aplicou coimas a várias empresas envolvidas pela respetiva participação na infração. A Comissão condenou solidariamente a empresa Dole, constituída pelas sociedades Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe, numa coima de 45,6 milhões de euros (12).

Vários destinatários da decisão controvertida interpuseram recursos de anulação distintos no Tribunal Geral. Em 14 de março de 2013, através do acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso de anulação da Dole Food Company e da Dole Germany na totalidade e condenou as recorrentes nas despesas.”

Na estrutura de cartel em análise, a mera indicação entre os competidores sobre a flutuação dos preços foi considerada como fator determinante para a condenação, o que evidencia as várias formas de materialização dessa infração.

Veja-se o parecer da Advogada Geral, Dra. Juliane Kokot sobre o tema, apresentadas em 11 de dezembro de 2014:

No âmbito de aplicação do artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE), o caráter anticoncorrencial de uma prática entre empresas pode resultar não apenas dos seus efeitos mas também do seu objetivo. Isto é válido tanto para os acordos como para as decisões e práticas concertadas.(...)

Contrariamente ao que a Dole parece pensar, a constatação de uma troca de informações com um

*objetivo anticoncorrencial não depende da existência de uma troca de informações frequente ou regular entre as empresas em causa. **Segundo a jurisprudência, uma única troca de informações pode ser suficiente para sustentar a conclusão de que se verificou uma infração e a aplicação de uma coima se as empresas em causa se tiverem mantido ativas no mercado após essa troca de informações**.*

A conduta dos agentes infratores neste caso, como se percebe, foi duramente punida pelo Tribunal Europeu com base em informações trocadas pelos representantes da empresa que conseguiam, com antecedência, fixar e pré-estabelecer, a movimentação dos preços das bananas.

Kimble Vs. Marvel

O monopólio em si não é uma ilegalidade, havendo diversos exemplos na legislação, inclusive na Constituição, sobre a possibilidade de exploração, com exclusividade, de determinada atividade econômica.

Entre estes exemplos, está a patente, que segundo a legislação nacional é garantida ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade de exploração exclusiva por determinado período.

Caso queira, o inventor pode fazer a cessão dos direitos de exploração econômica do invento, contrato este que lhe garantirá o recebimento de uma contrapartida chamada de *royalties*.

No caso em análise, se está a elucidar o seguinte tema problema. Será que poderia o inventor estabelecer com um terceiro um prazo de pagamento de *royalties* superior ao período de vigência do monopólio da patente?

O caso Kimble V.s Marvel pôs em discussão a aplicação interpretativa das *Regras da Razão* ou das *Regras Per se*, dualidade esta que se aplica sobre a análise dos efeitos no mercado de uma determinada conduta.

A lei brasileira de defesa da concorrência não estabeleceu claramente qual é a regra interpretativa adequada, sendo utilizada as Regras da Razão como método interpretativo para a análise das estruturas de mercado, Atos de Concentração, e ainda as Regras Per Se para análise de condutas abusivas, em especial os conhecidos carteis *hardcores*, que são aqueles em que há: (i) divisão de mercados, (ii) controle de preço/quantidade ou (iii) licitações.

A questão da análise do resultado sobre a ótica das regras per se ou regras da razão como forma de julgamento foi debatida no caso o caso Brulotte v. Thys Co., 379 U.S. 29 (1964), no qual se decidiu, a partir das regras per se, que o contrato de exploração da patente não pode superar o prazo de vigência do monopólio, sob pena de se configurar um abuso do direito.⁸

⁸ Whatever the merits of this economic argument, it does not represent a serious attempt to interpret the Patent Act. A licensing agreement that provides for the payment of royalties after a patent's term expires does not enlarge the patentee's monopoly or extend the term of the patent. It simply gives the licensor a contractual right. Thus, nothing in the text of the Act even arguably forbids licensing agreements that provide for post-expiration royalties. (Votos divergentes neste caso dos Juizes Alito, Roberts e Thomas)

Utilizando-se este caso como paradigma, a Suprema Corte Americana se deparou 50 (cinquenta) anos mais tarde com o caso *Kimble vs Marvel*, em que se enfocava, novamente sobre a possibilidade da exploração de uma patente por disposição contratual em período superior ao previsto na legislação referente ao monopólio do invento.

Resumidamente, o Senhor Kimble desenvolveu um brinquedo que lançava teias, a partir da pressão realizada no pulso, um brinquedo que se chamava *Web Blaster*⁹, em que foram acertados entre Stephen Kimble e a Marvel um contrato de exploração comercial da patente de três por cento sobre as vendas futuras. À época, a Marvel não projetava o quão seriam lucrativas as vendas das franquias do filme *Homem Aranha*, ou mesmo por quanto tempo duraria a demanda pelo brinquedo¹⁰.

Com a expiração do direito do S.r Kimble sobre o monopólio econômico decorrente da patente, a Marvel propôs uma ação judicial buscando uma declaração que evitasse o pagamento de royalties em favor do Sr. Kimble.

A Suprema Corte neste caso decidiu que o cerne da demanda seria uma questão legislativa, *stare decisis*, sobre os efeitos no tempo e no espaço do monopólio decorrentes da patente, e qualquer intervenção judicial em matéria contratual representaria insegurança jurídica àquele microsistema, prevalecendo, ainda que em caráter tangencial, as regras *per se*.

O Sham Litigation e os Correios

Como fruto do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº46, APDF 46, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos obteve a declaração favorável de seu monopólio de exploração, em que pese a louvável divergência instaurada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, a qual cita-se:

Vale frisar que, no Brasil, a intervenção direta do Estado na economia, seja por absorção – hipótese do monopólio estatal-, seja por participação direta na atividade econômica – concorrência de empresas estatais com empresas privadas -, verificou-se em um momento em que não havia empresas com capacidade financeira, nem infraestrutura suficiente, para promover o desenvolvimento de tais atividades. Como exemplo, é dado destacar as chamadas indústrias de base- mineração e siderurgia-, que durante muito tempo foram consideradas monopólios naturais, uma vez que os altos custos da elaboração dos bens, decrescentes à medida que a produção aumentava, somente compensariam a instalação se uma única empresa atuasse no setor.

Mas, o ramo de entregas de mercadorias é variado, destacando-se áreas como cartões de crédito, encomendas, cargas vivas, enfim, uma série de itens podem subdividir o mercado de entregas em diversos mercados.

E, ainda que os correios tenham obtido a declaração do privilégio (monopólio) de exploração para determinadas áreas, como as correspondências agrupadas, há áreas acinzentadas sobre as quais

10 Recomenda-se a leitura de BRULOTTE’S WEB. HOVENKAMP, Herbert. University of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 15-17, October, 2015.

não houve uma definição específica.

Utilizando assim de seu poderio econômico, os correios têm lançado mão de um expediente conhecido como *sham litigation* (litigância abusiva) que consiste num verdadeiro ataque incessante de ações judiciais e administrativas contra eventuais concorrentes, confundido estes quanto aos reais limites do monopólio.¹¹

O controle das estruturas essenciais

A teoria conhecida como *essential facilities* ou infraestrutura essencial, a qual é contextualizada pelo relacionamento existente entre dois agentes econômicos, sendo um deles dominante da infraestrutura essencial, para que o outro alcance o mercado.

No célebre julgamento que envolveu a *Communications Corp Vs. AT&T* (708 F 2d 1081, 1132 (7th Cir). Cert denied, 464 U.S 891 (1983), o sétimo circuito de apelação entendeu que há 4 (quatro) elementos necessários para a caracterização da *essential facilities doctrine*, a saber:

- (i) Controle da infraestrutura essencial por um monopólio;
- (ii) Um competido incapaz de duplicar essa infraestrutura essencial;
- (iii) A negativa por parte do monopolizador de acesso do competidor a esta infraestrutura;
- (iv) A viabilidade de fornecer o acesso à infraestrutura.

A teoria do *essential facilities* deve ser analisada caso a caso, tendo a sua interpretação sido aplicada, a partir das regras da razão, desde o julgamento do caso *United States V.s Terminal Railroad Ass'n*, 1.912, pela Suprema Corte, 224 U.S. 383 (1912).

Obviamente que não há obrigatoriedade de um concorrente ceder espaço para outro, apenas por *fair play* ou regras de lealdade de mercado, mas o caráter definidor da conhecida teoria do *essential facilities* restará demonstrada pelos obstáculos injustificáveis opostos pelo monopolizador.

O caso *Lorain Journal vs. United States*, 342 U.S. 143, 146-149, 156 (1951) quando somente havia um jornal de anúncios em circulação em determinada cidade, e este se recusava a publicar anúncios de uma pequena estação de rádio. A Suprema corte entendeu pela violação do *Sherman Act* no presente caso.

CONCLUSÃO

Diante da análise contextual, percebe-se que a disciplina do direito econômico é rica e variada, tal qual as diversas estratégias que podem ser adotadas pelos agentes de mercado.

Impõe-se assim que os órgãos de fiscalização e combate as infrações tenham uma atuação proativa e destacada, valendo-se, muitas vezes, da experiência internacional de combate e repressão às condutas infracionais.

11 Vide: [08700.009588/2013-04](#)) CADE

A doutrina e a jurisprudência são um seguro repositório para a análise das condutas infracionais, abalizando-se as condenações dos infratores, o que garante, além da devida repressão ao abuso, um terreno fértil para que prospere a livre iniciativa.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitruste policy: The law of competition and its practice*. St. Paul: Est Publishing, 1994, p. 140-141.

DELION, André. **Notion de Régulation et Droit de l'Économie**, em *Annales de la Régulation*, Volume I (2006), Paris, LGDJ, 2006, p. 43.

FEAR, Jeffrey. **Cartels and Competition: Neither Markets nor Hierarchies**. 2006. Harvard Business School.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto. Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MACHADO, Raphael Boëchat Alves. **Limitações ao poder de controle na sociedade de economia mista**. 2015, PUC/MG.

STIGLER, George. **A theory of Oligopoly**. The Journal of political economy, Volume 72, Issue 1 (Feb., 1964), 44-61.

TIMM, Luciano Beneti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, mercado e função social**. Revista da AJURIS, v. 36, n. 103, set. 2006. Disponível em:

<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf> Acesso em: 25 fev. 2015.

UNITED STATES DISTRICT COURT. 14 CV 10117: **complaint for violations of federal securities laws**. Demand for jury trial. New York: 24 Dec. 2014. Disponível em: <<http://www.labaton.com/en/cases/upload/Petrobras-Complaint-2.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2015.