

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 10

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2012

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 10 Janeiro/Junho de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Editores: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 10 (Janeiro/Junho de 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2013.

DELIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR À LUZ DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

DÉLIMITATIONS À L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN VERTU DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Alexandre de Albuquerque Sá

Resumo: Trata-se de um estudo acerca da análise da liberdade de contratar sob a ótica do direito concorrencial, desde uma concepção iluminista, como um direito do Homem quase absoluto, inserido em ambiente jurídico que reconhecia apenas uma igualdade meramente formal entre os homens, até a percepção da necessidade da intervenção do Estado para a garantia da manutenção do sistema capitalista. Nesse contexto, pesquisa-se também sobre a influência da experiência alienígena, especialmente americana e europeia, na construção do Direito da Concorrência brasileiro. Procura-se, por fim, compreender os limites à liberdade de iniciativa no contexto da defesa da livre concorrência e o papel do Estado como entidade garantidora de um ambiente concorrencialmente saudável, utilizando-se para tanto as lições da doutrina e da jurisprudência especializadas.

Résumé: Il s'agit d'une étude sur l'analyse de la liberté contractuelle dans la perspective de droit de la concurrence, d'une conception de cette liberté par les illuministes comme un droit humain à presque absolu, inséré dans une culture juridique qui reconnaît seulement une égalité purement formelle entre les hommes, jusqu'à la perception de la nécessité d'intervention de l'État pour garantir le

maintien du système capitaliste. Dans ce contexte, la recherche porte aussi sur l'influence de l'expérience étrangère, surtout l'américaine et l'européenne, dans la construction du droit de la concurrence brésilien. L'objectif final est de comprendre les limites à la liberté contractuelle dans le contexte de la défense de la libre concurrence et le rôle de l'État comme garant d'un environnement concurrentiel, en accord avec les leçons de la doctrine et jurisprudence spécialisée.

Palavras-chaves: Liberdade de Contratar. Livre iniciativa. Recusa de Contratar. Direito da Concorrência.

Mots-clé: Liberté Contractuelle. Libre Entreprise. Refus d'Embauche. Droit de la Concurrence.

SUMÁRIO: I — Introdução. II — As liberdades econômicas no plano constitucional. III — Breves considerações acerca da evolução histórica da liberdade de contratar. IV — A influência da funcionalização dos contratos na leitura bodierna do direito concorrencial. V — As restrições verticais no direito da concorrência pátrio. VI — A recusa de contratar como ilícito concorrencial. VII — Conclusão.

I. Introdução

O presente artigo pretende analisar as relações existentes entre o princípio da livre iniciativa, e a defesa da concorrência, ambos positivados no artigo 170 da CRFB, concentrando esforços para um melhor entendimento acerca da conexão entre o direito concorrencial e a liberdade de contratar.

Salienta-se que, durante o texto, será analisado o impacto do direito concorrencial na liberdade de contratar, com destaque para as cadeias econômicas verticais, sendo relevante tal exame haja vista a necessidade de se impor aos agentes econômicos a manutenção de uma relação jurídica contratual com terceiros, o que causa uma séria restrição à sua autonomia privada a fim de se prestigiar o valor da livre concorrência.

Outrossim, faz-se mister mencionar que o presente artigo não pretende esgotar toda matéria, mas apenas contribuir de forma singela para o estudo de tema tão relevante para o direito concorrencial, que, infelizmente, ainda não possui igual destaque na literatura especializada.

Pretende-se expor o tema através de um estudo do posicionamento da doutrina nacional, analisado em conjunto o entendimento proferido nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além da análise dos principais casos julgados pela Suprema Corte Americana e pela Corte Europeia de Justiça.

II. As liberdades econômicas no plano constitucional

Inicialmente, ressalta-se que a Constituição da República de 1988 optou claramente pela economia de mercado, sendo um dos princípios basilares da Ordem Econômica Brasileira, o respeito à liberdade de iniciativa, traduzida esta por Celso Ribeiro Bastos como “direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco”¹.

No ordenamento brasileiro, a livre iniciativa se encontra positivada em dois dispositivos constitucionais distintos: primeiramente, prevista entre os fundamentos da República, art. 1º, VI, da CRFB, e após, como elemento fundador da Ordem Econômica — art. 170, *caput*, da CRFB.

Comumente, a doutrina atribui um significado mais amplo ao primeiro dispositivo, representando a proteção que o Estado confere ao indivíduo para que se realize plenamente, concretize suas aspirações e desejos livremente, apresentando um caráter diretamente relacionado com o conceito de dignidade da pessoa humana. Desse

1 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

modo, verifica-se que se trata de uma noção mais ampla de liberdade, a qual englobaria não apenas o âmbito econômico, mas também a esfera extrapatrimonial.

Já a segunda previsão do Texto Magno, constante no art. 170, *caput*, trata-se de um desdobramento específico na Ordem Econômica, o qual abarcaria a liberdade de empreender, de trabalho, de produzir, de contratar, possuindo uma evidente conotação econômica da supramencionada liberdade, cabe advertir desde já que é esse conceito mais restrito o qual será utilizado ao longo deste trabalho. Sobre as diferentes concepções de liberdade de contratar, importante trazer à baila as lições de Cristiane Derani:

A iniciativa do sujeito é livre. Este mandamento expresso na forma assertiva é uma norma constitucional (norma-princípio). Ou seja, plena liberdade de ação ao indivíduo, para que ele concretize seus intentos, seus desejos, seus sonhos. Da expressão 'livre iniciativa' é tudo que se pode apreender. É açoadado e impreciso equivaler livre iniciativa a livre iniciativa de empreender no mercado. Esta é uma espécie de ação livre, é uma determinação específica da liberdade de agir. A Constituição Brasileira se recusa a tomar a parte pelo todo e por isso trata da livre iniciativa, não como princípio-base do modo de produção capitalista, mas o considera princípio essencial à sociedade brasileira (art.1º) e como pressuposto da concretização dos demais princípios-base para o desenvolvimento da atividade econômica de mercado (art. 170, *caput*).²

Ressalta-se ainda a importância da liberdade de iniciativa na Ordem Econômica Brasileira, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica

2 DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 201-202.

está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.³

Embora o princípio da liberdade de iniciativa seja de vital relevância em uma ordem econômica de matriz capitalista, devemos

3 FERRAZ JUNIOR, Técio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

ressaltar que ela não pode ser interpretada de forma absoluta, haja vista a necessidade de um juízo de ponderação com as demais liberdades econômicas previstas na Carta Política de 1988. Nesse sentido, leciona Francisco José Marques Sampaio:

A atribuição de liberdade absoluta ou a excessiva limitação estão fadadas ao insucesso. A primeira, já experimentada, conduz a situações de opressão do poder econômico a indivíduos e classes de indivíduos economicamente, socialmente, culturalmente e, nos tempos atuais, também tecnologicamente desfavorecidos. A segunda, a seu turno, revela-se incompatível com o sistema econômico capitalista industrial em que se vive, e por isso mesmo, acarretaria inaceitável freio à liberdade dos indivíduos (...) e traria consigo inevitáveis prejuízos ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, para os quais se faz indispensável a permanente produção e circulação de riquezas, o desenvolvimento de novas tecnologias que permitam o aprimoramento da atividade econômica e a melhoria da qualidade de vida dos povos.⁴

Salienta-se, ainda, que não há como exercer plenamente a liberdade de iniciativa sem um ordenamento jurídico que garanta um ambiente concorrencial nos mercados. Nesse diapasão, tal ambiente constitui elemento necessário à preservação da liberdade de empreender, pois, “em um cenário de exploração abusiva de posição dominante ou colusão entre agentes, a liberdade empresarial dos demais agente restará violada”.⁵

Há ainda de se ressaltar que o principal motivo pelo qual os países que adotam o sistema capitalista se preocupam em efetivamente tutelar a liberdade de concorrência “reside no reconhecimento da eficácia limitada do processo auto-regulador dos mercados, e nes-

4 SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 36-37.

5 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 2.

se sentido, no potencial para ferir liberdades de outros agentes econômicos e dos consumidores em geral”.⁶ Acerca desta relação entre a liberdade de iniciativa e a de concorrência, ministra o professor Fernando Aguilar:

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.⁷

Ora, se as teorias acerca da economia demonstram que os agentes econômicos anseiam posições próximas às de monopólio, uma vez que elas permitem ganhos superiores aos de um ambiente concorrencial, por intermédio de uma política de redução de oferta e aumento de preço⁸.

Outrossim, em situações extremas, tal circunstância pode eliminar a entrada de outros agentes no mercado, não apenas em razão da eficiência econômica de seus concorrentes, mas também em função de práticas artificiais realizadas com o objetivo de evitar um ambiente concorrencial.

A partir deste raciocínio, é forçoso reconhecer que caberia ao Estado, portanto, intervir no mercado, com a finalidade de se garantir o “legítimo exercício da liberdade de iniciativa na seara econômica, porém coibindo e punindo o seu abuso”⁹.

6 Ibidem, p. 21.

7 AGUILAR, Fernando Herren. *Direitos Econômicos e Globalização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 273-274.

8 FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de rendas em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 62-63.

9 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 22.

Ressalta-se que a Constituição da República, adotando um modelo capitalista, normalmente contém previsão de um papel subsidiário ao Estado na vida econômica nacional¹⁰ (art. 173, *caput* da CRFB). Com isso, o Estado deve manter-se afastado do desempenho da atividade econômica, uma vez que a interferência estatal pode ser compreendida como uma restrição à liberdade de iniciativa dos agentes privados. Expõe Alexandre dos Santos Aragão acerca do princípio da subsidiariedade do Estado na Ordem Econômica:

Inserto no princípio da proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade está o princípio da subsidiariedade, que, na seara do direito econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos, e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.¹¹

O papel desempenhado pelo Estado na Ordem Econômica brasileira é normalmente o de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo funções de fomento, fiscalização e planejamento, nos termos do artigo 174 da nossa Constituição.

Registre-se que tal dispositivo deve ser interpretado à luz do princípio da livre iniciativa, de modo que a intervenção realizada pelo Estado seja compatível com o sistema capitalista e com a liberdade de empreender. Portanto, resta vedado, a priori, ao Poder Público instituir mecanismos de controle de preços ou de limitação à

10 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.

11 AGUILAR, Fernando Herren. *Direitos Econômicos e Globalização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. pp. 273-274.

oferta de produtos e serviços no mercado. Assim doutrina Luís Roberto Barroso:

Somente em situações de anormalidade do mercado, ausentes as condições regulares de livre concorrência, o princípio da livre iniciativa poderá sofrer ponderações para admitir o controle prévio de preços, observados determinados pressupostos. Admite-se, todavia, que em situações anormais seja possível o controle prévio de preços pelo Estado, na medida em que o mercado tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular. Nesses casos — excepcionais, repita-se — a intervenção se justifica, afastando o limite material acima referido, exatamente para reconstruir a prática de tais princípios. Isto é: para reordenar o mercado de modo que a livre iniciativa e seus corolários possam realmente funcionar.¹²

Ademais, a aplicação do princípio constitucional da livre concorrência produz como consequência a necessidade de se reprimir e, eventualmente, punir condutas que se traduzem em desvio ou abuso no exercício da liberdade de contratar — art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Acerca do conceito de direito de concorrência, ministra Natalino Irti:

A disciplina da concorrência (...) tem por finalidade tutelar a liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de escolha individual, uma vez que a pluralidade competitiva das empresas, multiplicando a oferta de mercadorias, é condição necessária da escolha: concorrência entre empresas e preferência dos consumidores são lados do mesmo fenômeno.¹³

Portanto, recusas injustificadas de contratação praticadas por agentes econômicos detentores de posição dominante podem consti-

12 BARROSO, Luís Roberto. *A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 187-188.

13 IRTI, Natalino apud SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 24.

tuir barreiras econômicas que inviabilizam a manutenção de um ambiente concorrencial, sendo, nesses casos, classificáveis como condutas violadoras das funções econômica e social da liberdade de empreender — art. 170, III e IV, da CRFB¹⁴, devendo ser sancionadas pela Autoridade de defesa da concorrência.

Resta ainda esclarecer que a proteção à livre concorrência não deve ser confundida com a defesa do micro ou pequeno empresário, ou até mesmo com a proteção aos direitos do consumidor, haja vista que o princípio da liberdade de concorrência busca tutelar o processo econômico de escolha no mercado, ao realizar a difusão do conhecimento que decorre da diluição dos polos de poder econômico.

No mesmo sentido, insta mencionar os ensinamentos de Calixto Salomão Filho, para o qual “trata-se de princípio instrumental à concretização dos objetivos constitucionalmente relacionados à democracia econômica, no sentido de uma crescente inclusão social na vida econômica em sociedade”¹⁵.

Uma vez analisada a questão sobre a ótica das normas constitucionais, faz-se mister tecer comentários mesmo perfunctórios sobre evolução do conceito de liberdade de contratar.

III. Breves considerações acerca da evolução história da liberdade de contratar

A partir da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto do iluminismo e da Revolução Francesa, são reconhecidas

14 CRFB: “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; (...)”

15 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. In: Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, 2003, pp. 28-29.

a liberdade e a propriedade como direitos fundamentais, o que impulsiona no campo econômico, a primazia do entendimento da liberdade de empreender como um direito inerente ao Homem, sendo tal liberdade proclamada expressamente na França pelo Decreto d'Allarde de 1791¹⁶.

Leciona Enzo Roppo sobre o impacto do reconhecimento da liberdade de contratar:

Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupos, de corporação, de 'estado', que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômico-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo — e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e privilégios do passado.¹⁷

O aumento do quantitativo e do grau de complexidade das relações comerciais de decorrer dos séculos XVIII e XIX, aliado à consolidação dos ideais liberais burgueses ocasiona uma excessiva valorização da liberdade negocial, entendida como expressão da autonomia da vontade humana, fonte criadora de obrigações juridicamente exigíveis.

O Código Civil Napoleônico de 1804 em seu art. 1134¹⁸ proclama o primado da liberdade de contratar, baseada numa igualdade formal das partes, estabelecendo a máxima “o contrato faz lei entre as

16 Article 7 — *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.*

17 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almeida, 1988, pp. 36-37.

18 Article 1.134 — *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

partes”. Nesse contexto, o contrato passa a ser compreendido como um encontro de manifestações de vontade, fruto da autonomia privada, o que possibilitou aos particulares estipularem os mais variados pactos.

Ressalta-se, ainda, que, em um ambiente impregnado pelo ideário revolucionário, no qual se tem como pilares a liberdade de contratar e a igualdade formal, além do estabelecimento de um papel claramente não intervencionista para o Estado, não é de se estranhar que não tenha se desenvolvido uma política de interferência dos governos para salvaguardar uma cultura de concorrência leal.

Naquele período se acreditava na capacidade de os mercados se ajustarem por si mesmos, corrigindo eventuais desvios sem a necessidade do apoio estatal; ou seja, o pensamento smithiano-liberal era preponderante. Nas palavras de Paulo Scott:

No final do século XVIII e em todo o século XIX, de modo mais acentuado entre as décadas de 1830 e 1850, a normalidade das atividades econômicas ficou vinculada exclusivamente à concorrência estabelecida pelo mercado. De um lado, exercendo seu poder econômico dentro de um espaço de competição que lhes era particular, estavam os agentes econômicos privados e, do outro, o Estado abstendo-se do exercício de qualquer poder econômico, deixando aqueles livres para se autodeterminarem e intervindo somente quanto solicitado para garantir a observância de regras nele não originadas: as ditas regras naturais do mercado.¹⁹

Embora existisse uma forte valorização da ideia de autonomia da vontade humana, não é possível afirmar que, naquele contexto, a liberdade de contratar era tida como absoluta. Ela sempre foi limitada pelos conceitos de ordem pública e bons costumes, conforme esclarece Francisco José Marques Sampaio:

19 SCOTT, Paulo. *Direito constitucional econômico — estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 41-42.

Mesmo no período de apogeu da autonomia da vontade e, em especial, nos tempos que se seguiram, a liberdade na celebração de negócios jurídicos não foi considerada absoluta, mas, sim, subordinada a parâmetros estabelecidos em lei, considerados restrições à autonomia da vontade. As restrições se consubstanciam, predominantemente, em imposições de ordem pública que visam a proporcionar equilíbrios entre agentes que, por suas condições socioeconômicas e culturais, estão em desigualdade quando celebram negócios jurídicos. São limites que, se transpostos, retiram do negócio jurídico um dos requisitos essenciais à sua validade, a licitude do objeto.²⁰

Com o decurso do tempo, percebeu-se em diversos casos o ato de contratar não revelava uma manifestação livre da vontade e, sim, uma necessidade, já que é “a forma ordinária de se obterem os bens essenciais à existência digna em uma economia capitalista”²¹.

A partir desta percepção, as partes contratantes que demonstram sua hipossuficiência começam a solicitar uma maior intervenção estatal, no intuito de se garantir um reequilíbrio nessas relações.

O movimento que se seguiu, conhecido como dirigismo contratual, buscou inserir um conjunto de regras e princípios no ordenamento jurídico que, levando em consideração questões de justiça e equidade, limitou a liberdade de contratar, legislando sobre a disponibilidade de alguns direitos e considerando certas cláusulas abusivas, portanto, nulas. Sobre a intervenção estatal na autonomia privada, elucida Ana Prata:

Há setores em que, estando em causa a prestação de bens ou serviços de importância vital, pela absoluta falta de fluidez do mercado (situações de monopólio) ou pela carência de bens disponíveis (por exemplo, a habitação), a situação é mais grave do que a resultante da falta

20 SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 36.

21 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 31.

de igualdade, da falta de liberdade na contratação: corre-se o risco de, pela recusa de fornecimento do bem ou serviço, pela recusa de contratar, o sujeito se ver absolutamente impossibilitado de o obter. Não basta aí que o Estado intervenha para conformar a relação contratual: é preciso que a imponha. Isto é, não se substituindo a forma de satisfação das necessidades, não se alterando a forma de mercado, o Estado intervém, por via legislativa, utilizando o instrumento característico dessas relações, que para o adaptar à prossecução dos fins coletivos essenciais (funcionalização do negócio, limitação à liberdade de estipulação) quer para impor a sua utilização quando essa não é a vontade dos privados (obrigação de contratar).²²

As profundas desigualdades entre os agentes econômicos, a ausência de ingerência estatal e imoderada liberdade de comércio ocasionaram uma grande concentração do poder econômico e o surgimento de abusos como o aumento injustificado de preços e as restrições de oferta no mercado. Acerca desse panorama, recorre-se, mais uma vez, às lições de Paulo Scott:

No final do século XIX, unidades econômicas passaram a assumir posições de destaque nos mercados, regulando-os em proveito próprio. Este poder, poder econômico, detido somente por alguns agentes econômicos, foi exercido abusivamente e acabou inviabilizando a mobilidade das próprias forças produtivas, aniquilando os valores da competição e estabelecendo uma evidente contradição no quando dos dogmas econômicos provenientes da visão liberal setecentista. O princípio da livre iniciativa, correspondente ao estado original e revolucionário das forças industriais, não mais enquadrava as condições dos agentes econômicos no mercado. A associação dos interesses das grandes empresas substituiu o livre jogo econômico — organização, produção, distribuição e repartição dos mercados — negando o ilimitado acesso ao mercado e acentuando uma vocação ao protecionismo privado de caráter associativo e monopolístico. Foi o saturamento do campo competitivo. A concentração de capitais se im-

22 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almeida, 1982, p. 44.

pôs como estratégia primordial, desvirtuando por completo a desejada dinâmica da livre concorrência. O entendimento setecentista de que não haveria poder econômico privado capaz de subverter as leis naturais do mercado não resistiu às constatações empíricas e a livre competição acabou sendo eclipsada pelo fenômeno da concorrência imperfeita.²³

Somente em uma sociedade na qual se reconhece a incapacidade de os mercados se autorregularem, bem como se percebe a necessidade de uma intervenção estatal, é que se torna possível verificar uma preocupação com regras relativas ao direito concorrencial, entendido como um conjunto normativo que confere ao Estado autoridade para interferir nas relações econômicas privadas, com o escopo de garantir a livre concorrência.

Assim sendo, apenas a partir desse momento histórico, no final do século XIX, começam a surgir as primeiras leis versando especificamente acerca da defesa da concorrência, destacando-se, entre elas, o Sherman Act americano de 1890.

Ante ao exposto, fica claro que o agente econômico não possui um direito absoluto de iniciativa, seja de empreender ou de contratar, regulado apenas conforme seus interesses egoísticos; na verdade, o que se verifica é a permissão que concedida pelo ordenamento jurídico para se lançar ao mercado, a qual está delimitada, desde seu nascedouro, pelos demais princípios constitucionais.

IV. A influência da funcionalização dos contratos na leitura hodierna do direito concorrencial

No ordenamento infraconstitucional pátrio, a liberdade de

23 SCOTT, Paulo. *Direito constitucional econômico — estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 45-46.

contratar^{24,25} (tanto considerada em seu aspecto positivo, como negativo) deve ser exercida em conformidade com a sua razão econômica ou social²⁶, consoante os artigos 187 e 421 do Código Civil, de modo a justificar a sua tutela jurídica.

Daí é possível se inferir que, em consonância com essa concepção, tal liberdade “pode ser compreendida como orientada a permitir a circulação da riqueza de forma livre e não distorcida em uma sociedade capitalista, a qual confere relevância jurídica à liberdade de empreender”²⁷.

A funcionalização dos contratos se traduz no reconhecimento de que a liberdade de contratar, atendendo aos interesses privados, não pode violar os princípios econômicos constitucionais. Desse modo, percebe-se que é possível a imposição de um dever de contratar ao agente com poder de mercado em prestígio ao princípio da livre concorrência plasmado no Texto Maior.

Outrossim, em uma análise sistemática do ordenamento, pode-se compreender que as normas regulatórias legais não são regras isoladas, mas projeções diretas do princípio constitucional da livre concorrência e da função social do contrato. Corroboram com tal tese os ensinamentos de Gustavo Tepedino:

24 Para o fim do presente trabalho, se considera o conceito de liberdade contratar em sentido amplo, incluído a liberdade de contratar sentido estrito, como a liberdade contratual.

25 Parte considerável da doutrina civilista costuma diferenciar entre a liberdade de contratar (*stricto sensu*) e a liberdade contratual. Liberdade de contratar estaria relacionada com a possibilidade de o agente capaz escolher por contratar ou não, e optar com quem contratar. Já a liberdade contratual diria respeito a possibilidade das partes estipularem o conteúdo do contrato.

26 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

27 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 23.

À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República (...). Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender — ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual — a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relaciona com o contrato ou são por ele atingido.²⁸

Igualmente, o ordenamento jurídico, em atendimento aos princípios da iniciativa e livre concorrência, obriga o intérprete a fazer uma análise ponderada quanto ao conteúdo da liberdade de contratar, exercitando sempre um juízo de proporcionalidade entre as normas constitucionais e demais princípios aplicáveis, tais como os da função social da propriedade e do contrato, da boa-fé e os da legislação consumerista.

Ressalta-se o papel fundamental da cláusula geral da boa-fé, que reforça o caráter solidário das relações contratuais no direito contemporâneo, “pois gera um círculo virtuoso em que o respeito à boa-fé reforça os laços de solidariedade social e essa, por sua vez, reforça a boa-fé”²⁹, reconhecendo que os contratos têm uma dimensão moral³⁰.

Do mesmo modo, a positivação no ordenamento jurídico pátrio de princípios como o dever de boa-fé e a função social do contrato se mostraram instrumentos fundamentais à proteção das partes em uma relação contratual.

28 TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II, pp. 19-20.

29 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

30 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 154.

O dever de boa-fé na celebração e na execução de um contrato permite a feitura de um amálgama entre os interesses egoístas das partes e os coletivos de segurança e de estabilidade nas relações contratuais, constituindo uma verdadeira garantia conferida aos contratantes pelo ordenamento jurídico, eis que “a boa-fé reforça as possibilidades de confiança no sistema, diminuindo os riscos e fazendo aflorar um grau de segurança e de previsibilidade”³¹.

V. As restrições verticais no direito da concorrência pátrio

A legislação que versa sobre o direito concorrencial brasileiro estabelece sanções em relação às restrições verticais, com fulcro na regra geral disposta no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Tal dispositivo determina que os atos, sob qualquer forma manifestados, que limitem a concorrência, dominem mercados, aumentem os lucros de maneira arbitrária, ou ainda, que possam ser tipificados como exercício abusivo de posição dominante, constituem infração à ordem econômica³².

A seguir, o Legislador faz uma lista não exaustiva de exemplos de atos que possam ser enquadrados como infrações contra a ordem econômica, tais como: (1) recusa de contratar, (2) impedir o acesso a mercados de matéria-prima, (3) preços discriminatórios, (4) impedir o acesso de novas sociedades ao mercado entre outras.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica define em sua Resolução de nº 20 o conceito de práticas restritivas verticais:

31 FORGIONI, Paula. *Contratos de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 552.

32 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II — dominar mercado relevante de bens ou serviços; III — aumentar arbitrariamente os lucros; e IV — exercer de forma abusiva posição dominante.

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente — a “montante” ou a “jusante” — ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

Tais práticas são condenáveis no ponto de vista concorrencial em razão de suas consequências danosas ao mercado relacionado, como bem explica a Autarquia Federal no mesmo texto:

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito.

Ademais, a referida Resolução dispõe no seguinte sentido de que as práticas verticais somente estarão sujeitas a sanções caso verificada a existência de uma posição dominante sobre o mercado de origem, bem como o efeito substancial em parcela considerável do mercado alvo, de modo resultar na possibilidade de eventual risco à concorrência³³.

33 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 108.

Finalmente, salienta-se que a autoridade de defesa da concorrência deverá aferir, no caso concreto, se há razões relacionadas a eficiências econômicas que justifiquem tais condutas negociais, de modo a realizar uma ponderação entre tais razões e os potenciais efeitos anticompetitivos, à luz do princípio constitucional da razoabilidade³⁴.

VI. A recusa de contratar como ilícito concorrencial

Como se percebe ao longo do texto, a progressiva influência do direito público sobre a esfera privada, bem como o fenômeno da solidarização no âmbito do direito civil e comercial levaram que cláusulas, antes lícitas à luz da autonomia da vontade, se tornassem vedadas pelo ordenamento jurídico.

Ademais, o direito contemporâneo condicionou a propriedade privada ao cumprimento de sua função social, o que fortalece a legitimidade do Estado como interventor nas relações contratuais, especialmente sobre aquelas que envolvem os bens de produção³⁵.

A tutela jurídica do princípio da liberdade de concorrência vem sancionar recusas de contratar que poderiam ser consideradas lícitas à luz da excessiva valorização da liberdade de iniciativa característica dos séculos XVIII e XIX.

No exterior, a preocupação com os efeitos negativos decorrentes das restrições verticais vieram a partir das primeiras decisões judiciais da Suprema Corte americana com fulcro no Sherman Act de 1890.

34 Ibidem, p. 108.

35 SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 112.

Especificamente sobre as recusas unilaterais de contratar, a visualização de seus efeitos anticompetitivos foi reforçada com a promulgação do Clayton Act de 1914, cujo artigo 3º prevê a possibilidade de sanção de atos que conduzam a acordos de exclusividades que impossibilitem a livre concorrência em mercado relacionado³⁶.

Nesse diapasão, a Suprema Corte americana em um dos primeiros casos relativos ao tema da recusa de contratar, o caso *Colgate*³⁷, julgou a acusação formulada pelo governo daquele país, segundo a qual a sociedade teria violado o Sherman Act ao criar e manter uma política de preços de revenda a ser respeitada compulsoriamente pelos revendedores, sob pena de exclusão da rede.

Dessa forma, tal posicionamento da fabricante teria ocasionado grandes malefícios à concorrência, pois os atacadistas passariam a evitar vender os produtos da Colgate a um preço inferior ao definido na tabela da sociedade.

A Corte entendeu que um agente econômico é livre para escolher discricionariamente seus parceiros comerciais, desde que tal escolha não possua intenção de se criar um monopólio. Assim se manifestou o Tribunal:

O objetivo do Sherman Act é proibir os monopólios, contratos e combinações que provavelmente interfeririam indevidamente sobre o livre exercício dos direitos daqueles engajados, ou que desejem engajar-se, no comércio — em uma palavra, preservar o direito de liberdade de comércio. Na ausência de uma intenção de se criar ou manter um monopólio, o ato não restringe o de há muito reconhecido direito de um comerciante ou fabricante engajado em negócios inteiramente privados, de livre e independentemente exercer sua discricionariedade relativamente a com que partes irá negociar, e, obvia-

36 Ibidem.

37 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 — 1919. Disponível em: "<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>". Acesso em 20 de janeiro de 2012.

mente, ele pode anunciar antecipadamente as circunstâncias nas quais se recusará a vender.³⁸

Porém, como se verá a seguir, haverá uma preocupação da Corte em aplicar tal precedente tão liberal aos demais casos, tendo sido apresentado o argumento segundo o qual as recusas de contratar devem ser analisadas caso a caso e sempre à luz da regra da razão.

No case *United States v. Parke, Davis & Co.*³⁹, a sociedade empresária foi acusada de pactuar previamente preços de revenda de medicamento com farmácias situadas nas cidades americanas de Washington e Richmond, bem como de romper as relações comerciais com aqueles que se negassem a seguir tais preços combinados.

A Suprema Corte americana afastou a aplicação da doutrina *Colgate*, afirmando que tal precedente estaria restrito a recusas de venda cujo propósito fosse o exercício do direito de escolha do fabricante sobre com quem contratar. Porém, no caso em comento, quando a recusa tivesse outros objetivos, como a fixação de um preço único de revenda, tabelamento de preços, tal conduta poderia ser entendida como violadora do direito concorrencial dos Estados Unidos da América. Os magistrados americanos entenderam que:

Quando as ações do fabricante, como no presente caso, vão além do mero anúncio de sua política e da simples recusa de contratar, e empregam outros mecanismos que efetivam aderência aos seus preços de revenda, essa excludente não está presente, e, portanto, ele praticou uma combinação violadora do *Sherman Act*.⁴⁰

38 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 — 1919. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2012 — Em tradução livre.

39 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Parke, Davis & Co.* — 362 U.S. 29 — 1960. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/29/>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

40 SUPREMA CORTE AMERICANA, *United States v. Parke, Davis & Co.* — 362 U.S. 29 — 1960. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/29/>. Acesso em 20 de janeiro de 2012 — Em tradução livre.

Já no direito comunitário europeu, a Corte Européia de Justiça teve que analisar o recurso contra a decisão proferida no caso Oscar Bronner v. Mediaprint⁴¹, no qual a autoridade de defesa da concorrência austríaca requereu que o Tribunal europeu se manifestasse quanto à possibilidade de uma sociedade com posição dominante recusar fornecer a um concorrente direto acesso ao seu sistema de distribuição à luz do atual artigo 82 do Tratado de Roma.

Oscar Bronner, editor e distribuidor, de um jornal diário daquele país, com participação no mercado relacionado de apenas 3,6%, na circulação, e 6%, em termos de anúncios, acusou a Mediaprint, que possuía posição dominante naquele mercado, de violar a lei concorrencial austríaca a se recusar a distribuir, mediante remuneração, o jornal do primeiro, por intermédio de sua rede própria, a única que tinha alcance nacional.

A Corte Européia decidiu que a conduta da sociedade com posição dominante só seria sancionável sob a ótica do direito comunitário se: (1) a recusa de fornecer o serviço de entrega tivesse potencial de eliminar toda a concorrência no mercado relacionado, (2) não houvesse razão jurídica ou econômica legítima para a recusa e (3) o serviço demandado fosse indispensável para que o demandante pudesse desenvolver seu negócio, não havendo outras possibilidades além da utilização da rede de distribuição do demandado⁴². Ausente

41 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG — Case C-7/97. 1998. Disponível em: http://eur-Lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61997J0007&lg=em. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

42 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG — Case C-7/97. 1998. Disponível em: http://eur-Lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61997J0007&lg=em. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

tais premissas no caso concreto, o Tribunal entendeu que não procedia o pedido formulado.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial elaboraram em conjunto diretrizes acerca de um modelo para implementação de política de defesa da livre concorrência baseadas em três critérios fundamentais: (1) poder de mercado do agente econômico, (2) existência de racionalidade econômica ou jurídica para recusa e (3) possibilidade de dano à concorrência no mercado relacionado⁴³.

Conforme dito anteriormente, no direito brasileiro, a Lei nº 12.529/2011 veda a prática de atos que possam produzir efeitos danosos à livre concorrência, sendo incluídas também as recusas injustificadas de contratar que impossibilitem a manutenção de um ambiente concorrencialmente equilibrado.

Nesse contexto, faz-se necessário citar o conceito definido pelo CADE acerca da figura da recusa de negociação, previsto no anexo 1 da Resolução CADE nº 20/1999:

4. Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Ressalta-se que os efeitos anticompetitivos potenciais de tal prática estão vinculados especialmente ao aumento ou bloqueio das barreiras à entrada de novos agentes econômicos nos canais de distribuição, bem como aos serviços de pós-venda aos clientes da cadeia produtiva.

⁴³ Banco Mundial e OCDE apud SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 113.

A jurisprudência do CADE tem se consolidando no sentido da licitude de recusas unilaterais de contratar, com fulcro na liberdade de iniciativa, desde que não possua graves prejuízos à concorrência.

Nesse sentido, durante o julgamento do processo administrativo de nº 42/1992⁴⁴, a autoridade de defesa da concorrência entendeu que não havia ilicitude na negativa de contratação por parte de um agente econômico, de credenciar novos revendedores, desde que não haja possibilidade de formação de monopólio. Assim se manifestou o conselheiro-relator Edison Rodrigues-Chaves no caso em comento:

No presente processo, foi a Goodyear acusada de recusar-se a admitir acesso de novos revendedores de seus produtos no mercado de pneumáticos. Ao defender-se, negou a empresa as acusações, embora afirmasse preferir vender em grandes quantidades a revendedores atacadistas — sem exclusividade ou mesmo qualquer credenciamento especial —, por falta de uma rede de distribuidores capaz de assegurar o abastecimento de micro e pequenas empresas varejistas em todo o País. Estas, salientou, abastecem-se, normalmente, sem qualquer prejuízo, junto àqueles atacadistas. No entanto, dispôs-se a efetuar as vendas diretas reclamadas para pagamento à vista (...). Não vejo apud acta a comprovação da prática lesiva ao Direito da Concorrência atribuída pelas Representantes à Representada. Nem mesmo caracterizada foi a recusa de venda de produtos de sua fabricação pela Representada, às Representantes. Sou assim pelo conhecimento do recurso de ofício interposto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que determinou o arquivamento do processo e, no mérito, por sua rejeição.⁴⁵

44 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo de nº 42/1992, julgado em 07/03/1996. Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

45 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo de nº 42/1992, julgado em 07/03/1996. Disponível em: “http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000478261166.pdf”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Durante a década de 1990, o CADE julgou um caso no qual as sociedades Companhia Petroquímica do Sul — Copesul, OPP Petroquímica S/A, OPP Polietileno S/A e Ipiranga Petroquímica S/A solicitaram a aprovação de um ato de concentração que previa contratos de suprimento de matéria-prima firmados no âmbito do processo de expansão do pólo petroquímico de Triunfo, sendo a fornecedora de matérias-primas a Copesul e clientes, as demais sociedades.

A Petroquímica Triunfo S/A, apesar de deter apenas 1% do capital social da fornecedora, questionou a operação, acusando-a de recusa de fornecimento de matéria-prima vital ao desenvolvimento de seu objeto social, pois a Copesul haveria negado sua inclusão no referido plano de expansão.

A autoridade de defesa da concorrência decidiu que a Copesul teria razões econômicas suficientes para não expandir sua oferta especificamente à Triunfo S/A, cuja indisposição com a Petroquímica decorreria de questões atinentes ao processo de privatização do polo, não sendo vislumbrado risco de exclusão de mercado no caso concreto⁴⁶. Conforme trecho do voto vencedor da conselheira Lucia Helena Salgado, *in verbis*:

Do exame dos fatos trazidos ao conhecimento deste Plenário pelo Relator, formei a convicção de que existem razões econômicas para a não incorporação da Interessada no plano de expansão. Penso que não se trata de um problema de reputação o que envolve a Interessada, mas sim um problema de identidade ou propriamente, de ausência de identidade, que se agudiza com as incertezas associadas ao seu futuro e iminente processo de privatização. A incerteza quanto à futura configuração de propriedade da Interessada acentua o quadro de incerteza em um ambiente, como o do pólo petroquímico, onde a coordenação de decisões é fundamental.⁴⁷

46 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº 54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: “<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>”. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

47 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº

Contudo, o CADE entendeu que, em razão de sua posição dominante naquele mercado, a Copesul estaria obrigada a oferecer não diretamente à Triunfo, mas de oportunizar, ao mercado em geral, oferta pública, da qual todos os concorrentes pudessem participar em iguais condições⁴⁸.

Uma vez apresentadas as principais questões atinentes ao tópico em análise, forçoso é apresentar a conclusão do estudo realizado.

VII. Conclusão

Durante toda a pesquisa efetuada, pode-se perceber a importância de uma análise aprofunda acerca da matéria, seja em razão da complexidade do tema, que envolve tanto questões da ciência jurídica como a econômica, seja em razão da necessidade de uma interpretação com acuidade de todo o arcabouço normativo relacionado com o tema de fundo.

Percebeu-se que, no que tange à possibilidade de aplicação de sanções fundadas em uma recusa de contratar à luz do direito concorrencial, é imperioso atentar-se às particularidades do caso concreto, mediante a verificação de eventuais escusas legais que permitam tal comportamento, ou razões econômicas suficientes a garantir a licitude da conduta praticada.

Salienta-se, ainda, que o tema não se restringe ao panorama brasileiro, sendo objetos de pesquisa em todo o mundo, o que refor-

54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160721990.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

48 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de concentração de nº 54/1995, julgado em 11/02/1998. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

ça a importância da investigação teórica, e a aplicabilidade prática das ideias desenvolvidas pelos estudiosos.

Por fim, ressalta-se que o ordenamento jurídico nacional vem, paulatinamente, se aperfeiçoando no sentido de garantir um exercício da liberdade de iniciativa, constitucionalmente tutelada, sem se olvidar das possíveis consequências danosas de atos de particulares na esfera do direito concorrencial.