

Guia prático para julgamento de processos de Direito Econômico a partir de um estudo de caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Autores: Luciano Benetti Timm

Pós-Doutor pela Universidade de Berkeley, Califórnia, Doutor em Direito pela UFRGS, com os créditos realizados na USP, Master of Laws Warwick. Professor de Direito e Economia da Escola Superior da Magistratura/AJURIS

Ângelo Augusto Bussolletti Chiattonne

Advogado, Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS e Economista

Publicado na Edição 26 - 30.10.2008

Resumo: o presente artigo fornece, a partir do estudo de um caso prático do TJRS, um guia para julgamento de processos envolvendo a Lei 8.884, de 1994 – que trata das infrações à ordem econômica (direito da concorrência ou antitruste) –, a partir da necessidade de estabelecerem os eventuais ilícitos cometidos, a instrução correta do processo e o uso do mecanismo “calibrador” da regra razão.

Introdução

Este artigo tem o objetivo estabelecer um roteiro para julgamento de processos de direito econômico a partir da análise de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à luz do Direito Antitruste, revelando a importância do domínio, pelos operadores do direito, que são compelidos a enfrentar tal tipo de matéria, de conceitos específicos deste ramo do direito, como mercado relevante, geográfico e de produto, market share, autonomia privada, livre iniciativa, livre concorrência, dentre outros, e que são imprescindíveis para a adequada instrução e julgamento de processos antitruste.

O leading case tomado como referência é o acórdão nº 70007157498, da 6ª Câmara Cível, da relatoria do Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que decidiu litígio entre a SOCIEDADE DR. BARTHOLOMEU TACCHINI (gestora do plano de saúde e do hospital da cidade de Bento Gonçalves/RS) e o serviço de radiologia INSTITUTO RADIOLÓGICO BENTO GONCALVES LTDA.

A partir dele desenvolver-se-ão os conceitos fundamentais de direito antitruste como os de mercado relevante, de market share e de regra razão, essenciais ao deslinde de processos de natureza econômica, e posteriormente elaborar-se-á um roteiro de julgamentos de processos envolvendo o direito concorrencial.

1 O Exame do caso prático

A SOCIEDADE DR. BARTHOLOMEU TACCHINI controla o Plano de Saúde Tacchimed, que possui mais de 30.000 associados, e o Hospital Tacchini, único hospital da cidade de Bento Gonçalves/RS.

O Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda., por sua vez, teve negado o seu credenciamento junto ao Plano de Saúde Tacchimed, ficando excluído do direito de atendimento deste mercado (prestação de serviço de exames radiológicos), constituído de parcela significativa da população de Bento Gonçalves.

Outra conseqüência de tal situação era a exigência, aos pacientes conveniados ao Plano de Saúde Tacchimed, de serem obrigados a realizar procedimento de radiologia no serviço do Hospital Tacchini (sob pena de terem de pagar atendimento particular, caso o realizassem no outro serviço de radiologia), retirando do Instituto Radiológico de Bento Gonçalves grande parte do mercado consumidor (mais de 30.000 associados, sendo a população do município de 90.000 habitantes).

Inconformado com tal situação, o Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. moveu ação judicial contra a Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini, postulando que fosse credenciado, além de ser indenizado pelos prejuízos advindos de tal prática, com base na violação ao seu acesso ao mercado e no direito à livre concorrência (fundamentando a ação nos incisos I, II, e IV do art. 20, assim como nos incisos IV, V e VI do art. 21 da Lei 8.884, de 11.6.1994; além do art. 18, inciso III, da Lei 9.656/98, e dos arts. 4º, incisos III e VI, e 6º, incisos II e IV, do CDC).

A sentença julgou procedente a ação, admitiu a ilicitude da prática da Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini, mas o TJRS, por maioria, reconheceu a total improcedência do pedido, sob fundamento de que não houve qualquer violação às normas do Direito Antitruste ou de defesa do consumidor, tendo sido vencido o Desembargador revisor, Dr. Artur Arnildo Ludwig, que entendeu, em suma, manter a sentença de primeiro grau, tendo em vista a existência "de domínio econômico da requerida e concorrência desleal, no exercício de sua atividade, vindo a causar prejuízo tanto aos fornecedores de serviços como aos consumidores".

Houve o manejo de embargos infringentes e recurso especial, os quais não lograram a modificação do acórdão, prevalecendo a decisão do TJRS, que negou o direito do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. a obter o credenciamento, bem como à indenização pelos prejuízos havidos.

Todavia, na instrução do processo e, conseqüentemente, na decisão do TJRS, não foram tomados em conta conceitos da Economia e, por conseqüência, do direito antitruste, imprescindíveis para o enfrentamento de tal tipo de ação, bem como deixaram de ser produzidas provas da mesma forma importantes para a segurança da decisão.

Nesse ponto, deve-se destacar a impossibilidade de dissociação entre o Direito e a Economia para o enfrentamento de litígio na seara da Direito Antitruste.

Para RACHEL SZTAJN, "a relação entre Direito e Economia perpassa todo o espectro de Direitos patrimoniais, notadamente propriedade, contratos e responsabilidade civil, havendo quem a projete até mesmo para o campo delitual penal e relações de família e sucessão."⁽¹⁾ A bem da verdade, a disciplina da análise econômica do Direito ou do Direito e Economia (law and economics) nasce justamente do Direito Econômico justamente pela essencialidade da discussão de alguns conceitos econômicos tornados jurídicos pela legislação concorrencial, fundamentalmente aqueles ligados às estruturas de mercado (oligopólio, monopólio, concorrência perfeita). É dali que saíam conceitos empregados no direito econômico.

E, como tal, conceitos aplicados ao mercado e ao seu funcionamento, importados da economia, seja da teoria da firma, seja da macroeconomia, devem ser observados quando do enfrentamento de litígios dessa natureza, além da própria noção de estrutura do mercado e organizacional em que se dá o embate.

2 Algumas explicações preliminares: CADE ou Poder Judiciário

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia especial federal. Como outra qualquer "agência reguladora", produz julgamentos apenas de caráter administrativo. Suas decisões formam título executivo extrajudicial e podem ser revistas no Poder Judiciário Federal dentro dos critérios postos pela teoria geral do direito administrativo. O CADE julga processos administrativos antitruste instruídos pela Secretaria de Direito Econômico (SDE). Como qualquer via administrativa, ela não precisa ser esgotada para se buscar o Poder Judiciário.

Mas a Lei 8.884, de 1994, como a legislação norte-americana que lhe serve de inspiração (Sherman Act), permite que a empresa prejudicada pela violação do direito da concorrência busque remédio diretamente no Poder Judiciário, sem necessidade de passar pelo CADE. O remédio concedido pela Lei 8.884 é tanto a indenização como a tutela específica. A idéia era, como na sua matriz teórica, incentivar o controle e a aplicação da legislação antitruste pelos próprios agentes econômicos privados, que seriam incentivados a litigar com base na Lei 8.884 para obter uma indenização. Esse mesmo incentivo não existe quando há processo administrativo perante o CADE.

A Lei 8.884, de 1994, permite a intimação do CADE para atuar como *amicus curiae*, dada sua expertise em direito econômico. Ela também permite ações judiciais coletivas promovidas pelo Ministério Público, dado o interesse coletivo na proteção dos mecanismos institucionais de mercado.

Portanto, a vantagem de se buscar diretamente o Poder Judiciário é a indenização para a vítima. O CADE somente pode aplicar multas que reverterão aos cofres públicos e não às empresas prejudicadas pela violação à concorrência. A desvantagem de buscar diretamente o Poder Judiciário (renunciando ao CADE) ainda é a falta de conhecimento específico dos magistrados em temas ligados à Lei 8.884 e sua resistência natural em lidar com conceitos econômicos, que são fundamentais ao deslinde dos processos antitruste.

Dito isso, no caso concreto em exame, o autor da demanda preferiu buscar diretamente o Poder Judiciário para obter uma indenização e para condenar a ré a uma obrigação de fazer (cadastrá-lo no seu plano de saúde). Por isso sua demanda caiu na justiça comum (já que não tratava de revisar decisão administrativa do CADE).

3 A definição de mercado relevante e market share

Um processo envolvendo direito da concorrência depende da compreensão de alguns conceitos-chave provenientes da economia. São eles o conceito de mercado, das suas estruturas e de mercado relevante.

3.1 Mercado como fato social

Como já defendemos em outro artigo,**(2)** o mercado, enquanto instituição social, é um fato – e, portanto, antes de mais nada, existe!**(3)** Como consequência, essa realidade (do mercado) não pode ser negada pela análise jurídica, sob pena de prejuízos à organização e ao funcionamento da própria sociedade, de modo que a

existência de relações sociais entabuladas no espaço público do mercado é o ponto de partida do direito antitruste.

Aliás, como dissemos naquele mesmo artigo, tem-se alguma dúvida de que os preços dos calçados produzidos na China podem afetar as empresas do Vale dos Sinos? Alguém questiona que o preço das ações de sociedades de capital aberto seja usualmente fixado em bolsa de compradores e vendedores? É possível negar que um excesso na oferta de commodities como a soja ou o café tende a provocar uma baixa nos preços das mercadorias nas feiras e nos supermercados? Ou, ainda, será que a proibição da comercialização de álcool pela “Lei Seca” norte-americana evitou o consumo e o tráfico de bebidas? E, por fim, alguém tem dúvida de que o preço para alugar um imóvel no litoral provavelmente será muito mais caro na alta do que na baixa estação (devido ao aumento na procura)?

Certamente que não, porque a existência de um referencial de valor das mercadorias e dos serviços, fruto do surgimento de regras espontâneas de comportamento dos agentes econômicos referenciado pelo espaço público do mercado, é empiricamente evidente. Ou seja, quem quiser concorrer no mercado externo, terá que inexoravelmente enfrentar a China; quem quiser atuar no mercado acionário, enfrentará as oscilações da bolsa, e quem quiser alugar uma casa na praia na alta temporada, pagará um preço mais alto.

Desse modo, seguindo o que dissemos já, o mercado como hoje o conhecemos, portanto, existe como fato social e não como construção jurídica. Trata-se de uma instituição social das mais relevantes, porque é resultado de um longo e complexo espontâneo processo de divisão do trabalho social, do qual resultou a sociedade atual: diversificada e heterogênea, como lembrava Durkheim.**(4)** Em síntese, ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços.

Com efeito, nesta sociedade contemporânea, como diz Trebilcock, “(...) as decisões sobre a produção e o consumo estão descentralizadas e dependem de uma miríade de decisões individuais de produtores e consumidores, agindo em conseqüência de preferências individuais e incentivos, minimizando, portanto, o papel jogado por convenções sociais e status”. Nesse ambiente, portanto, “(...) o mercado é amplamente aceito como uma ferramenta, não um inimigo do desenvolvimento econômico e social”.**(5)**

O mercado, portanto, além de ser um fato social, é uma necessidade social. A sociedade contemporânea não consegue se estabelecer (muito menos atingir níveis adequados de vida) sem as práticas de mercado, porque as trocas sociais em espaços públicos físicos (como as feiras, por exemplo) ou virtuais (como as bolsas de valores

eletrônicas) são conseqüências inarredáveis do ambiente de especialização verificado após o processo de divisão do trabalho, onde as necessidades ilimitadas e os recursos escassos – o conhecido problema central da Economia – exigem otimização.

E por que o mercado é um fato e uma necessidade social? Porque é ele a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa, oportunizando a melhor resposta a este dilema de necessidades ilimitadas com recursos escassos. Não é a toa que, nas palavras de Coase, o mercado “é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas”.**(6)**

Assim, exemplificativamente, quem quer vender seu automóvel muitas vezes recorre a uma empresa que atua no mercado de carros, centralizando informações, potenciais compradores, etc; quem quer vender um apartamento, busca uma imobiliária atuante no mercado de bens imóveis. O custo para a sociedade seria muito maior se cada um deixasse seus afazeres (ou seja, aquilo em que é especialista) para tentar vender esporadicamente alguns bens.

Portanto, 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 que os indivíduos (e conseqüentemente 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.

Mas, dependendo da estrutura de um determinado mercado, ele pode não atender àquela função social de gerar eficiência e, portanto, riquezas à sociedade. As imperfeições de mercado geram a necessidade de regulação estatal. Cada produto ou serviço tem a sua estrutura particular de mercado que necessita ser identificada, pesquisada e estudada. Esse é o mercado relevante, tão importante ao direito antitruste. O ideal ao direito antitruste é uma situação de concorrência perfeita na qual “(...) nenhum agente econômico (indivíduo ou empresa) se preocupa em desempenhar o papel de gerenciar o bom funcionamento do sistema de preços. Preocupam-se em resolver isoladamente seus próprios negócios”.**(7)**

3.2 O mercado relevante e o market share

É a definição do mercado relevante que indicará a estrutura de mercado em jogo (se monopólio, oligopólio ou concorrencial). Note-se

que o direito concorrencial serve para proteger as estruturas de mercado, independentemente de haver monopólio (apenas um fornecedor de um determinado bem ou serviço) ou oligopólio (poucos fornecedores, mas com razoável poder de mercado). O problema a ser atacado na verdade é o poder econômico – normalmente presente em estruturas oligopolizadas e sempre presente nos monopólios. Dessa forma, é a estrutura de mercado que define se se está diante de empresas com poder econômico, e que não se submetem às leis de mercado. É justamente essa falha de mercado que indicará a necessidade de intervenção do Estado. Sem isso não há processo antitruste.

Mas, ao contrário do que deveria ter sido feito idealmente, quando da instrução do processo no caso prático em exame (seja por lapso dos advogados ou dos julgadores, o que não vem ao caso aqui), no julgamento do TJRS em análise não foram tangenciadas a aferição do mercado relevante geográfico nem a do mercado relevante do serviço (ou produto), que necessitavam ser obtidos através de perícia de natureza econômica. Somente uma perícia dessa natureza poderia revelar a estrutura do mercado em questão.

Mercado relevante é onde o agente econômico desenvolve suas atividades e estabelece suas relações de concorrência. O mercado relevante é dividido em Mercado Relevante do Produto (em que é considerado o produto ou serviço objeto das relações de concorrência) e Mercado Relevante Geográfico (área geográfica onde o agente econômico realiza suas relações de concorrência).

Melhor explicando, o mercado relevante geográfico pode ser conceituado como a abrangência geográfica na qual determinado agente econômico é capaz de interferir na concorrência e nos preços.

Já o mercado relevante do serviço (ou produto) é conceituado como serviço ou produto objeto das relações de concorrência, no qual podem ou não as empresas interferirem na sua oferta, qualidade, quantidade, substituição e preço.

No caso em concreto, qual o mercado relevante do serviço de radiologia na cidade Bento Gonçalves ou região? Qual o seu mercado relevante geográfico?

Como não houve prova técnica nesse sentido (seja porque não pleiteado pela parte, seja porque não determinado pelos julgadores, seja pela omissão do CADE), tais questionamentos ficam sem uma resposta segura, sendo lastimável que uma demanda de tal importância tenha sido instruída sem essa prova técnica. O que se pode fazer aqui é um exercício de abstração para demonstrar o eventual equívoco da decisão do TJRS em comento.

É sabido que o serviço de radiologia, diagnóstico por imagem, não pode ser substituído por simples exames médicos clínicos visuais pelo médico, havendo a necessidade de tais serviços de imagem no município de Bento Gonçalves. Ou seja, presume-se que não há substituição do serviço de radiologia por outro de qualquer espécie, ficando preço, qualidade e condições de atendimento definidos pelos prestadores de serviço de radiologia, na cidade de Bento Gonçalves, no Hospital Tacchini, através da Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini e do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda..

Por outro lado, não imaginamos seja razoável que os moradores da cidade de Bento Gonçalves se desloquem mais de 40 quilômetros até a cidade de Caxias do Sul para realizarem seus exames radiológicos, ou seja, os serviços de radiologia de Caxias do Sul e da região não competem com o serviço de radiologia do Hospital Tacchini ou do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda.

Em que pese ausente a perícia econômica, presumimos, então, que o mercado relevante geográfico do serviço de radiologia, no caso, é municipal.

Por outro lado, 30.000 pessoas são associadas ao Plano de Saúde Tacchimed, sendo a população de Bento Gonçalves de cerca de 90.000 habitantes.

Nesse sentido, na instrução do processo, mediante perícia econômica, poderia ter sido aferido o percentual do mercado de radiologia que é detido pelo serviço radiológico do Hospital Tacchini, já que possui, de forma cativa, através do Plano Tacchimed, mais de 33% da população (e quem sabe do Instituto de Radiologia, para aferir o seu poder de mercado).

Assim, a análise do **market share** seria importante para a aferição da participação do serviço radiológico do Hospital Tacchini no mercado de serviços radiológicos em Bento Gonçalves.

Tal análise econômica é importante, pois o Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. poderia ficar, inclusive, inviabilizado economicamente.

Tomando em conta o custo dos equipamentos dos serviços de radiologia, que são elevadíssimos, inclusive com importação de equipamentos pagos em moeda estrangeira (dólar e euro), fazendo com que seu ponto de equilíbrio (break even point) dos serviços radiológicos somente seja alcançado com a realização de muito exames mensais, e com a sua restrição ao acesso de fatia significativa do mercado (no mínimo 33%, que são cativos do

Hospital Tacchini pelo Plano Tacchimed), a sobrevivência do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. poderia ficar ameaçada.

Se 1/3 da população é associada ao Plano de Saúde Tacchimed, bem como outra considerável parcela da população não possui qualquer convênio médico, sendo dependente do SUS, obviamente que, com a negativa da Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini em promover o credenciamento do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. em seu plano de saúde, ele ficará alijado do acesso a uma parcela considerável do mercado em que atua.

Em todo caso, mesmo sem perícia, pode-se presumir, dos fatos relatados no acórdão, o poder econômico da Ré Tacchini, já que a mesma detinha uma fatia de mais de 20% do mercado. O § 3º do artigo 20 da Lei 8.884/94 estabelece que é presumida a posição dominante quando o agente econômico domina 20% do mercado relevante. Ora, em detendo mais de 33% da população de Bento Gonçalves como associada, fica evidente a configuração da posição dominante do Plano de Saúde Tacchimed.

Havia, portanto, indícios de violação ao princípio constitucional da livre concorrência, art. 170, IV, da Constituição Federal, caracterizando-se em abuso de posição dominante (art. 20, IV, da Lei 8884/94), além de lesar o direito dos consumidores à liberdade de escolha do melhor serviço e atendimento (arts. 4º, incisos III e VI, e 6º, incisos II e IV, do CDC), coibindo a concorrência.

Não obstante, o entendimento que prevaleceu no TJRS foi o de que inexistia monopólio no caso vertente, bem como não havia qualquer ilicitude na negativa do credenciamento do serviço radiológico Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda., tampouco prejuízos aos consumidores, verbis:

“De modo nenhum se configura dominação de mercado, prejuízo a livre concorrência ou livre iniciativa ou abuso de posição dominante, tampouco cerceamento do consumidor na sua liberdade de escolha e igualdade nas contratações ou concorrência desleal. Reitero que a autora atua em ramo totalmente distinto da demandada. Não há falar assim em infringência ao art. 170, incisos IV e V, da Constituição da República.”

Primeiramente, quanto à fundamentação da inexistência de monopólio, é evidente que, em havendo dois serviços de radiologia, estamos diante de um duopólio e não de um monopólio (ou pelo menos oligopólio em caso de algumas empresas).

Todavia, tal assertiva não é hábil a afastar a existência de abuso de posição dominante por parte da Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini

ao se negar a promover o credenciamento do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda.

Assim, a fundamentação de que inexistente “dominação de mercado, prejuízo a livre concorrência ou livre iniciativa ou abuso de posição dominante, tampouco cerceamento do consumidor na sua liberdade de escolha e igualdade nas contratações ou concorrência desleal” não se apresenta correta. Justamente porque o que caracteriza uma estrutura concorrencial imperfeita como um oligopólio é poder de mercado dos agentes econômicos fornecedores de produtos e serviços.

Outrossim, devemos ter em conta que o constituinte de 1988 optou claramente por um sistema capitalista ou de mercado (“a ordem econômica na Constituição de 1988 define a opção por um sistema, o **sistema capitalista**”, conforme Eros Roberto Grau(8)), no qual a proteção das estruturas de mercado é fundamental para que o sistema funcione.

Nesta linha, é certo que existirão empresas com maior ou menor grau de participação no mercado, que através de sua liberdade de contratar e liberdade de agir dentro do mercado em que atuam, podem exercer o poder econômico que tenham.

3.3 Livre iniciativa versus liberdade contratual

Lembra FÁBIO ULHOA COELHO:

“é apenas a repressão a certas modalidade de exercício do poder econômico que a lei pode contemplar, em obediência ao mandamento constitucional. Em outros termos, nem todas as manifestações de exercício do poder econômico se encontram, pela constituição econômica, no campo do que a lei pode considerar ilícito administrativo, mas apenas aquelas que têm ou podem ter o efeito de domínio de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.”(9) (conforme artigo 173, § 4º, da Constituição Federal)

Por outro lado, o acórdão confundiu autonomia privada (entendida como liberdade de contratar) com livre iniciativa (entendida como liberdade de interagir nos mercados), ao fundamentar que:

“a autonomia privada, garantida constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de outros sistemas, impõe essa **liberdade de escolha**, que a autora pretende transmutar em ato ilícito, passível de indenização.” (grifamos)

Ora, liberdade de interagir nos mercados, a “liberdade de escolha” fundamentada no acórdão, se refere à livre iniciativa, e não à autonomia privada, que seria a liberdade de contratar.

Como já defendemos:**(10)**

“Nada mais equivocado, já que **autonomia privada** deve ser entendida, com o perdão das opiniões em contrário, como sinônimo de liberdade contratual ou mais precisamente como esfera normativa ou negocial dos indivíduos deixada pelo ordenamento jurídico – em outras palavras, é o mundo dos negócios jurídicos, dos contratos. Já a **livre iniciativa**, como se viu, está associada à livre atuação no mercado pelo agente econômico, comprando e vendendo bens. Ainda que a autonomia privada seja instrumental à livre iniciativa, são conceitos jurídicos diversos, que respondem a finalidades diferentes.” (grifamos)

Assim, está incorreta a fundamentação do acórdão no sentido de que a negativa de credenciamento por parte do réu é direito seu, assegurado pela “autonomia privada” (liberdade de contratar).

E isso porque, com tal conduta, a par dos ilícitos acima apontados (violação à livre concorrência, abuso do poder econômico, violação à liberdade de escolha dos consumidores), ele pode ter violado o direito à livre iniciativa do autor, ao passo que vedou o acesso a (no mínimo) 33% do mercado de saúde da cidade de Bento Gonçalves, que é segurada de seu plano de saúde.

4 Da aplicação da regra da razão

O acórdão do TJRS também não tomou em conta a regra da razão para estabelecer a licitude ou ilicitude da conduta do réu.

A regra de razão consiste justamente em se aferir se a restrição imposta à concorrência pela empresa em julgamento é ou não justificável, sob uma ótica custo-benefício para a sociedade, mesmo que imponha prejuízos à concorrência.

Conforme PAULA A. FORGIONI:**(11)**

“pela regra de razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringirem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrario sensu, por óbvio, são permitidas as práticas que não impliquem restrição desarrazoada ao livre comércio.”

Nesse mesmo sentido, em voto-vista da Ministra do STJ, Nancy Andrigi (REsp 26115/SP), analisou-se restrição à concorrência pela UNIMED à luz da regra da razão:

"No julgamento de 'United States v. Trans-missouri Freight Association' (166 US 290, 312), de 1897, o Juiz WHITE, da Suprema Corte dos EUA, em voto vencido, expressamente enunciou a regra da razão, ao incluir, em conclusão interpretativa, a expressão 'não razoável' (unreasonable) após (antes, no inglês) a palavra 'restrição' (restraint), no § 1º da Lei Sherman, de 1890, ainda em vigor: 'Qualquer contrato, união em forma de truste ou não, ou acordo, em restrição não razoável do comércio entre os Estados, ou perante outros países, é declarado nulo'.

(...)

A validade de um contrato ou cláusula não pode ser determinada simplesmente pela análise referente à existência de uma restrição à concorrência. Vincular, restringir, isto é da essência do contrato. O verdadeiro teste da validade está em se verificar se a restrição imposta apenas visa regular e talvez promover a concorrência, ou se simplesmente visa suprimir ou mesmo destruir a concorrência."

No mesmo diapasão, FIGUEIREDO afirma:

"Na análise de eventual infração anticompetitiva, mister se faz que as autoridades de defesa da concorrência não se atenham apenas à verificação da conduta per se, fazendo-se mister a verificação do dano ou eventual efeito danoso da mesma para o processo competitivo do respectivo mercado relevante, estabelecendo-se ainda nexos causais entre conduta e ameaça."**(12)**

Ora, in casu, é de se indagar quais seriam os benefícios à concorrência da conduta do Hospital em se negar a credenciar outro serviço de radiologia, o que permitiria a escolha da população pelo melhor prestador? Pode-se alegar que tal atitude garantiria a qualidade do serviço de radiologia na localidade.

Num primeiro exame, a intenção de tal atitude da Ré parece ser a de estabelecer ausência de concorrência neste serviço para todos os pacientes conveniados ao Plano de Saúde Tacchimed (mais de 30% da população da cidade), ou, conforme observado, muito mais de 50% do mercado relevante do serviço.

Assim, salvo uma prova dos benefícios coletivos no que tange à qualidade dos serviços vis-à-vis seu potencial aumento de custo à comunidade, não parece passar no teste da razão a restrição da concorrência em relação à prestação dos serviços de radiologia na cidade de Bento Gonçalves, que praticamente veda os segurados (mais de 30% da população de Bento Gonçalves) do Plano de Saúde

do qual o Hospital é controlador, a realizar exames em outros serviços de radiologia.

5 Guidelines práticos para julgar casos de Direito Econômico

O incremento da atividade econômica e a maior concentração empresarial fazem com que casos congêneres ao abordado acima cheguem com maior frequência aos tribunais, devendo os operadores do direito estar aptos a enfrentar de forma correta tais situações e bem aplicar o Direito Antitruste.

E para um adequado enquadramento destas questões, devem ser observadas algumas ferramentas de fundamental importância. À luz daquele caso concreto e dos conceitos fundamentais antes postos, podemos elaborar um guia prático de atuação dos operadores do Direito que tiverem de enfrentar um processo de direito econômico.

5.1 Identificação da conduta ilícita

Primeiramente, devem ser identificados quais são os ilícitos ao direito da concorrência da conduta praticada. São o artigo 173, parágrafo 4º, d Constituição e a Lei 8.884, de 1994, que definem as infrações à ordem econômica: a) condutas (abuso de posição dominante e acordos anticompetitivos); b) não submissão de um ato de concentração às autoridades antitruste. Elas são listadas no artigo 20 da Lei 8.884 e exemplificadas no artigo 21 da mesma Lei.

O Poder Judiciário só deve atentar para as condutas dos agentes econômicos, já que não tem competência originária (apenas revisional) para julgar atos de concentração e aprová-los ou não. Os acordos empresariais são associações e cooperações empresariais, contratos de diversas modalidades, ajustes de preços, cartéis, trusts, associações empresariais, independentemente da forma jurídica e da licitude da forma legal adotada na operação. Eles podem ser horizontais, quando envolverem empresas concorrentes do mesmo setor, como que reproduzindo um monopólio pela ausência de concorrência que promovem (como cartéis de postos de gasolina, de empresas de vigilância, entre outras), e verticais, quando integralizam a cadeia produtiva até o consumidor final (como canais de distribuição e franquia).

O abuso de posição dominante é situação análoga ao abuso de direito (artigo 187 do Código Civil). Trata-se do caso da empresa que, obtendo uma situação dominante no mercado por seus próprios méritos, por deter mais de 20% do mercado relevante, e não sofrendo pressão dos mecanismos normais de concorrência, abusa desse poder impondo obrigações que violam as regras concorrenciais como vendas casadas, vendas abaixo do preço de custo e outras

formas de dumping, controle de estoque, etc (ver artigo 21 da Lei 8.884, de 1994).

No caso estudado, e.g., observamos a alegação de abuso de posição dominante (art. 20, IV, da Lei 8.884/94).

5.2 Definição da estrutura de mercado e do poder econômico: o problema da prova

Após tal identificação, cumpre indagar como e qual o meio de provar tal situação em juízo. Normalmente os processos envolvendo direito econômico exigem uma prova pericial de natureza econômica para determinar o mercado relevante e o market share da empresa ré.

No caso em tela, exsurge a importância da prova pericial, através de perito com expertise em economia, de preferência no mercado relevante em questão (serviços de radiologia), a fim de aferir aspectos importantes da relação vigente, tais como no caso examinado:

- 1) Mercado relevante do serviço de radiologia;
- 2) Mercado relevante geográfico do serviço de radiologia de Bento Gonçalves;
- 3) Market share dos serviços de radiologia em Bento Gonçalves;
- 4) Ponto de equilíbrio (break even point) dos serviços de radiologia;
- 5) Benefícios trazidos pela sociedade com a conduta da ré.

Esse instrumental era imprescindível para a análise da licitude da negativa de credenciamento do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda. pelo Plano de Saúde Tacchimed, mas não foi utilizado, fazendo com que os julgadores do caso não tivessem a noção dos efeitos econômicos práticos da conduta praticada pelo réus, que delimitariam a sua ilicitude.

Ou seja, sem tal auxílio técnico, o julgamento fica precário, assumindo contornos de mera subjetividade, pois carece de fundamento fático e técnico para definir a real ofensa às normas do direito antitruste, lembrando que, mesmo em as partes se omitindo do requerimento da produção de tais provas, deverá o magistrado requerê-las de ofício, nos termos do artigo 130 do CPC, privilegiando o princípio da verdade real, a fim de que o Direito venha a tutelar o bem comum, com a efetiva aferição da ocorrência de ilicitude.

5.3 Julgamento da infração no mérito: conduta objetiva e regra razão

A infração à ordem econômica independe de culpa e se volta à pessoa jurídica, ao grupo econômico, aos sócios e administradores. No entanto, o julgador deve fazer um teste da conduta em julgamento

sob a ótica da regra da razoabilidade (ou regra razão): ou seja, se potencialmente a conduta em análise colocaria em risco o mecanismo de funcionamento do mercado e se ela se justificaria sob um ponto de vista de custo benefício para a sociedade (outro ponto que poderia eventualmente ser abordado na prova pericial, ou seja, os ganhos e economias trazidos à sociedade pela conduta julgada). Diz Figueiredo nesse sentido:

“A infração é efetuada com base na regra razão, não bastando comprovar que houve, tão-somente, uma conduta desleal per se. Para tanto, é necessário averiguar se houve dano, efetivo ou potencial, ao mercado, bem como se tal prejuízo foi oriundo da infração sob investigação.”(13)

Portanto, no julgamento do mérito do caso, ainda será importante o magistrado examinar se a restrição à concorrência seria justificável por algum motivo que uma ponderação de razoabilidade fizesse pender para maiores benefícios coletivos daquela restrição ao mercado.

5.4 Ponderação dos efeitos da decisão judicial

Outrossim, compete salientar a importância da aferição dos efeitos econômicos das decisões judiciais, que jamais pode ser olvidada.

No caso em comento, obviamente, 1/3 da população da cidade de Bento Gonçalves será privada de utilizar os serviços de radiologia do Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda., ficando obrigadas a utilizar tais serviços do Hospital Tacchimed, o único credenciado ao Plano de Saúde Tacchimed.

Ora, porque iriam pagar por um atendimento particular, se poderiam usufruir o serviço credenciado ao seu Plano de Saúde Tacchimed?

Por certo que o direito de escolha do associado está mitigado, além de o serviço de radiologia credenciado, Hospital Tacchini, manter 33% da população cativa aos seus cuidados, restringindo ilicitamente a livre concorrência.

Conclusão

A evolução do Direito Antitruste deve contribuir, e muito, para corrigir as distorções de mercado. Para isso, deve haver maior efetividade nas decisões judiciais e segurança para o funcionamento dos mercados e para os agentes econômicos que neles atuam.

Os efeitos das decisões judiciais no plano econômico devem ser bem avaliados, mormente em face dos vários estudos que vêm sendo

produzidos na seara da análise econômica do direito (cujos principais teóricos são Ronald Coase, Oliver Williamson, Richard Posner e Gary Becker).

Ainda, podemos concluir que nos litígios envolvendo o Direito Antitruste é necessária a correta identificação das condutas ilícitas, para que os operadores do direito e o próprio magistrado determinem e levem a cabo a prova técnica a fim de aferir importantes dados econômicos da situação em comento, seja a análise do market share, do mercado relevante geográfico, até mesmo do estudo da empresa para aferir qual seria o volume de vendas necessárias para atingir seu ponto de equilíbrio. Por fim, o magistrado deve fazer uma exame de razoabilidade entre a restrição eventualmente criada ao mercado e os benefícios coletivos por ela gerados.

Sem tal aferição, as decisões judiciais acabam sendo feitas com demasiada carga de subjetivismo e superficialidade, o que é incompatível com a segurança jurídica e a necessidade de sinalização ao mercado de que as regras do nosso sistema de livre concorrência e da economia de mercado são observadas.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A Lanterna na Popa: memórias*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 50.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCESCHINI, José I. Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do Poder**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- PORTUGAL, Marcelo S. et al. **A Economia do Real**. Porto Alegre: Ortiz, 1996.
- ROSSETTI, José Pascoal. **Introdução à Análise Econômica**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao Projeto de pesquisa Científica**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.
- SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. **Macroeconomia**. São Paulo: Makron Books, 1995.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2005.
- TIMM, Luciano (org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti e Machado, Rafael Bicca. **Direito Mercado e Função Social**. **Revista da AJURIS**, v. 33, n.103, set. 2006.
- TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. **Revista da AJURIS**, v. 106, p. 107 – 124, 2007.
- TORT, Patrick. **Darwin e a Ciência da Evolução**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- WALD, Arnold. **Obrigações e Contratos**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Notas

1. SZTAJN, Rachel **Direito & Economia**, Organização Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão, p. 82
2. TIMM, Luciano Benetti; Machado, Rafael Bicca. Direito Mercado e Função Social. **Revista da AJURIS**, v. 33, n.103, set. 2006.
3. Contra esta análise, MARTINS-COSTA, "A reconstrução...", p. 613, que trata o mercado apenas como instituição jurídica, ou seja, um espaço normatizado e controlado pelo Direito (posição recentemente defendida também por Eros Grau, em palestra no IX Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor promovido pelo BRASILCON na cidade de Ouro Preto, 04 de maio de 2004), na esteira da obra de IRTI, Natalino. "Teoria generale del Diritto e problema del mercato". In **Rivista di Diritto Civile**, n. 02, jan/mar, 1999. p. 01. Ver, também, do mesmo autor, "Persona e mercato". In **Rivista di Diritto Civile**, n. 03, mai/jun, 1995. p. 289.
4. DURKHEIM, Émile. From the division of labor society. In DOBBIN, Frank. **The new economic sociology**. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 227.
5. TREBILCOCK, Michael J. **The limits of Freedom of Contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 268.
6. COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law.**, Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 07.
7. Cf, PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio (Org.). **Manual de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 18.
8. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 352.
9. Coelho, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 50.
10. O direito fundamental à livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. **Revista da AJURIS**, v. 106, p. 107 – 124, 2007.
11. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207.
12. FIGUEIREDO, Leonardo. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 267.

13. FIGUEIREDO, *idem*, *ibidem*.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):