

REVISTA DO IBRAC

DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



São Paulo
Volume 16 número 1 – 2009
ISSN 1517-1957

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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETORA: Viviane N. Araújo Lima

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

CONSELHO EDITORIAL: Antônio Garbelini Júnior, Barbara Rosemberg, Diogo Coutinho, João Paulo Leal, Jorge Fagundes, José de Siqueira Neto, Leo Canabrava, Leonor Cordovil, Ligia Bisogni, Lucia Helena Salgado, Nadia de Araújo, Pedro Paulo S. Cristóforo, Rabih Nasser, Ricardo Salles, Tito Andrade, Vicente Bagnoli.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 4 números em 2008

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

APRESENTAÇÃO: 15 ANOS DE *REVISTA DO IBRAC*

*Viviane N. Araújo Lima**

*Vicente Bagnoli***

Na esteira de acontecimentos mundiais, como a Lei Sherman (1890), as Constituições do México (1917) e da República de Weimar (1919), bem como o intervencionismo estatal do Pós-Guerra, a Constituição Federal brasileira de 1937 atribui ao Estado a coordenação da produção, a inserção da competição e a repreensão aos crimes tidos contra a economia popular.

A partir desse preceito constitucional publicou-se o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, o primeiro diploma legal brasileiro destinado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência. Entretanto, tal iniciativa repercutiu na regulamentação de preços e na supressão dos artificios e fraudes na venda de mercadorias. Na área específica da defesa da concorrência, pouco ou nada fez, inclusive pela inexistência de um órgão especializado para se ocupar da matéria e aplicar a lei, bem como a falta de cultura da sociedade nesta temática.

Ainda em 1945, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, aos 22 de junho publicava-se o Decreto-Lei n. 7.666, a “Lei Malaia”, que preceituava “atos contrários à ordem moral e econômica” e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria e subordinado diretamente ao Presidente da República. Contudo, no final de 1945 o Decreto-Lei foi revogado; na prática sequer foi aplicado.

Apesar de revogado, o Decreto-Lei teve importante influência na elaboração da Constituição Federal de 1946, a qual dispunha que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas, seja qual fosse a sua natureza, que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

* Diretora da Revista do IBRAC.

** Membro do Conselho Editorial.

Neste sentido, em abril de 1948 é encaminhado o Projeto de Lei n. 122, o qual adotava as diretrizes da legislação norte-americana com as modificações impostas pelas condições político-econômicas brasileiras para regulamentar o disposto na Constituição Federal, na repressão de toda e qualquer forma de abuso de poder econômico. Após longa tramitação do Projeto de Lei, aos 10 de setembro de 1962 é publicada a Lei n. 4.137 – regulamentada pelo Decreto n. 52.025, de 20 de maio de 1963 –, cuja finalidade era regular a repressão ao abuso do poder econômico e também criava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Aos 23 de janeiro de 1986 o Decreto n. 92.323 aprovou o novo Regulamento para a Lei n. 4.137/62, revogando as disposições do Decreto n. 52.025.

Mas, é apenas a partir da década de 1990 que o Brasil inicia uma ruptura político-econômica favorável ao percurso do desenvolvimento, assegurada por uma política de estabilização, combate à inflação e implementação de reformas do Estado e na relação com os demais países; uma tendência liberal. Neste momento a livre concorrência ganha destaque na realidade brasileira e deixa de ser apenas um tema legal afastado da conjuntura sócio-político-jurídico-econômica.

Diante desta nova realidade, aos 10 de maio de 1990 é criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), por meio do Decreto n. 99.244. Mas em sentido contrário ao que seguia a defesa da concorrência, em 27 de dezembro de 1990 foi publicada a Lei n. 8.137, pela qual os atos contrários à ordem econômica eram configurados como crimes. Logo em seguida, aos 9 de janeiro de 1991, foi publicada a Lei n. 8.158, com a finalidade de instruir normas para a defesa da concorrência.

Aos 11 de junho de 1994, contudo, em conformidade com a ordem econômica estipulada na Constituição Federal de 1988, é promulgada a Lei n. 8.884, a Lei de Defesa da Concorrência. Orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos, a Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e ainda definir a atuação conjunta do CADE com as Secretarias de Direito Econômico e de Acompanhamento Econômico; o que ficou conhecido como Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Sem dúvida, para que a defesa da livre concorrência fosse algo conhecido e difundido na sociedade brasileira como é hoje, a promulgação apenas de uma lei não seria suficiente. Trata-se, sobretudo, de uma mudança cultural implementada pela sociedade civil organizada na esteira daquilo também proposto pelo Estado. Este processo de difusão da cultura da concorrência teve como seu grande pilar o IBRAC, criado em 1992 com o nome Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo.

O IBRAC, atualmente Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, é uma Associação Civil que tem por objetivo a realização de pesquisas, estudos e debates com a finalidade de promover o desenvolvimento no país de um regime de livre concorrência dentro de uma política de economia de mercado, pelo aperfeiçoamento dos mecanismos legais necessários. Para tanto, o IBRAC promove a realização de pesquisas, estudos e debates junto à sociedade para o desenvolvimento das relações decorrentes de concorrência, consumo e comércio internacional pelo contínuo aperfeiçoamento das normas atinentes a tais relações.

A fim de implementar seu objetivo, o IBRAC publicou no ano de 1994 a edição n. 1, volume 1, sua revista, a *Revista do IBRAC*. No decorrer desses 15 anos, a *Revista do IBRAC* consolidou-se como referência democrática para se promover o debate e a cultura da defesa da concorrência, auxiliando os operadores da concorrência, tanto do setor público, quanto do privado, e despertando o interesse, sobretudo em jovens acadêmicos, para esta nova temática tão necessária para o desenvolvimento socioeconômico.

Na comemoração dos 15 anos de publicações ininterruptas da revista, que chega a marca de 92 edições, o IBRAC organizou uma edição comemorativa que reúne artigos de renomados autores. Certamente, outros tantos autores possuem a qualidade para constar nesta edição. Porém, apenas por uma restrição natural, o Conselho Editorial do IBRAC se viu obrigado a limitar a quantidade de artigos, utilizando alguns critérios, como a vedação aos Conselheiros do próprio Instituto em contribuírem com artigos.

Nesta edição comemorativa dos 15 anos da *Revista do IBRAC*, Thompson A. Andrade contribui com o artigo “Notas sobre a nova Lei Antimonopólio da China”, acerca da primeira lei antitruste que começou a vigorar naquele país em 2008 e assim fazer uma avaliação exploratória do conteúdo da lei. Alexandre Santos de Aragão, em “Competências antitruste e regulações setoriais” trata da aplicação do Direito da Concorrência a setores regulados, inclusive a serviços públicos e de infra-estrutura, ou seja, a coexistência entre as técnicas da regulação econômica e as de defesa da

concorrência. Já Luís Roberto Barroso aborda o sentido da garantia do devido processo legal em “A atribuição de voto duplo a membro de órgão judicante colegiado e o devido processo legal”. Maristela Basso, por sua vez, traz ao debate a importação paralela e o Direito da Concorrência em “Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas”.

Diante dos recentes episódios de crise da economia mundial, não têm sido raras as demonstrações de intensa preocupação com os temas do desenvolvimento e da regulação, conforme escrevem Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck em “A constituição econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro”. Ricardo Villas Bôas Cueva traz para o debate “A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE”, que, segundo o entendimento dominante, são instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados e, conseqüentemente, promover o bem-estar social. “Quatro anos à frente do CADE” é o título do artigo de Elizabeth M. M. Q. Farina, no qual a autora faz um balanço do desenvolvimento institucional do CADE nos últimos anos e traz à discussão a importância da gestão dos órgãos de defesa da concorrência para que os objetivos pretendidos pela legislação e pela Constituição sejam alcançados.

Tercio Sampaio Ferraz Junior traz a sua contribuição em “Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador”, no qual trata da concorrência em perspectiva histórica e a atuação do CADE e a diretriz constitucional. Em “O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”, Ada Pellegrini Grinover analisa esta temática à luz dos denominados direitos difusos ou coletivos lato sensu, de que são titulares pessoas não identificadas e freqüentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade. João Bosco Leopoldino da Fonseca em “Tabela de honorários ou justa remuneração?” traz uma questão que já foi objeto de decisões do CADE, mas que merece uma nova análise diante de outras possibilidades de visualização do problema.

“Limites normativos da análise econômica antitruste” é o artigo de Mario Luiz Possas, cujo objeto é identificar e discutir alguns problemas de indeterminação que afetam a aplicação da análise econômica num contexto que pressupõe o mínimo de ambigüidade com o máximo de previsibilidade. Em “A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal”, Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano discutem a disposição

legal, segundo a qual, caberá ao administrador da empresa, mesmo que indiretamente responsável pela infração antitruste, a sanção de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador. Ruy Santacruz, em “Modelos de simulação em análise de atos de concentração”, aborda a aplicação de modelos de simulação dos efeitos de fusões e aquisições sobre os preços. Calixto Salomão Filho, por sua vez, em “A paralisia do antitruste”, analisa a penúria de uma teoria que desde os anos 80, período de ascensão do pensamento neoclássico e da sua aplicação prática no antitruste, primeiro nos EUA, e em seguida influenciando outras jurisdições, vem perdendo densidade teórica.

Apresentar e discutir o significado da impermeabilização e desconstitucionalização metodológica do direito de defesa da concorrência brasileiro é a contribuição de Luis Fernando Schuartz em “A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência”. Por fim, Isabel Vaz em “Arbitrabilidade do direito da concorrência” verifica a possibilidade da aplicação da arbitragem a certas questões antitruste, visto que em contratos administrativos, que têm como escopo a realização do interesse social, existe arbitrabilidade.

A reunião dos artigos citados é mais uma importante contribuição do IBRAC para o aprimoramento e fortalecimento da cultura da defesa da concorrência no Brasil.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO: 15 ANOS DE <i>REVISTA DO IBRAC</i> <i>Viviane N. Araújo Lima e Vicente Bagnoli</i>	3
NOTAS SOBRE A NOVA LEI ANTIMONOPÓLIO DA CHINA <i>Thompson A. Andrade</i>	11
COMPETÊNCIAS ANTITRUSTE E REGULACÕES SETORIAIS <i>Alexandre Santos de Aragão</i>	29
A ATRIBUIÇÃO DE VOTO DUPLO A MEMBRO DE ÓRGÃO JUDICANTE COLEGIADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL <i>Luís Roberto Barroso</i>	45
ANÁLISE DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE: ESPECIAL REFERÊNCIA ÀS MARCAS <i>Maristela Basso</i>	75
A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO <i>Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck</i>	101
A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS DECISÕES DO CADE <i>Ricardo Villas Bôas Cueva</i>	121
QUATRO ANOS À FRENTE DO CADE <i>Elizabeth M. M. Q. Farina</i>	149
CONCORRÊNCIA COMO TEMA CONSTITUCIONAL: POLÍTICA DE ESTADO E DE GOVERNO E O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR <i>Tercio Sampaio Ferraz Junior</i>	169
O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA <i>Ada Pellegrini Grinover</i>	187
TABELA DE HONORÁRIOS OU JUSTA REMUNERAÇÃO? <i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i>	199

LIMITES NORMATIVOS DA ANÁLISE ECONÔMICA ANTITRUSTE <i>Mario Luiz Possas</i>	235
A MULTA ADMINISTRATIVA ANTITRUSTE E A SUA NATUREZA DE CONFISCO PESSOAL <i>Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano</i>	273
MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO <i>Ruy Santacruz</i>	289
A PARALISIA DO ANTITRUSTE <i>Calixto Salomão Filho</i>	305
A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA <i>Luis Fernando Schuartz</i>	325
ARBITRABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA <i>Isabel Vaz</i>	353