

NOTAS SOBRE A NOVA LEI ANTIMONOPÓLIO DA CHINA

*Thompson A. Andrade**

I – Introdução

Em primeiro de agosto de 2008 começou a vigorar na China a sua primeira lei antitruste, que vinha sendo aguardada com ansiedade há muitos anos pela repercussão que poderá vir a ter sobre os negócios que se fazem no mundo.¹ A discussão sobre a lei se fez durante um largo período de tempo, praticamente quinze anos, período no qual sucessivos projetos foram avaliados não apenas internamente, mas também externamente por empresas de consultoria e por escritórios de advocacia interessados em conhecer os seus detalhes. O processo de discussão parece ter sido proveitoso porque problemas apresentados por projetos anteriores da lei puderam ser sanados, embora ainda permaneçam alguns aspectos na nova lei que terão que ser enfrentados por meio da sua regulamentação para a sua adequada operacionalização.

O propósito deste artigo é fazer uma avaliação exploratória do conteúdo da lei. Por enquanto, o trabalho contido neste artigo deve ser considerado como um conjunto de observações iniciais a respeito dela. Espera-se que esforços complementares feitos pelo autor e demais pessoas interessadas na política de defesa da concorrência venham a traçar um quadro de referência futuro mais profundo sobre como vai operar tal política naquele importante país e seus reflexos sobre a economia mundial.

As referências utilizadas na preparação deste artigo são de origem de textos encontrados na mídia, particularmente de trabalhos obtidos na internet, de autores que os escreveram em inglês. O próprio texto da lei analisado pelo autor refere-se a uma versão naquela língua, preparada por um escri-

* Professor titular na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, julho de 2000/ julho de 2004. Doutor em Economia pelo University College da Universidade de Londres (1994). Endereço de email: thompson@uerj.br.

¹ Como se verá na seção seguinte, já havia uma legislação que tratava de aspectos particulares da defesa da concorrência.

tório de advocacia.² Portanto, a expectativa é a de que os textos chineses a que se faz referência no artigo tenham correspondência adequada com os trabalhos que foram lidos para a sua preparação.

II – Estrutura e conteúdo da lei

A lei é constituída de 57 artigos, distribuídos por oito seções. A primeira seção, “Dispositivos Gerais”, introduz o objetivo da lei, define o seu espaço de aplicação, estabelece a definição de conduta monopolística e outros dispositivos, como o que indica que caberá ao Comitê da Implementação da Defesa Antimonopólio, subordinado ao Conselho de Estado, operar todas as funções de regulação da política de defesa da concorrência.³ A seção II (“Acordos Monopolísticos”) lista inicialmente quais são os acordos entre empresas que são proibidos pela lei, passando no artigo seguinte (art. 15) a relacionar em que circunstâncias alguns dos acordos citados anteriormente poderiam estar isentos da aplicação das sanções da lei. A seção III (“Abuso da Posição Dominante no Mercado”) proíbe algumas condutas consideradas anticompetitivas, define o que é considerado posição dominante e como um empreendimento poderia ser considerado como não tendo posição dominante no mercado. A seção IV (“Concentrações”) define como ocorrem os atos de concentração, estabelece em que situação as concentrações devem ser notificadas à Agência para a Implementação da Defesa Antimonopólio se ultrapassarem os limites estabelecidos pelo Conselho de Estado, a listagem dos documentos de notificação prévia exigidos, os prazos que o Comitê tem para emitir sua decisão inicial e final sobre a concentração, o método de análise a ser empregado para investigar a concentração e a possibilidade de serem consideradas razões de segurança nacional na análise de con-

² A tradução não-oficial da lei usada para este artigo é a de título “Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China”, feita pelo escritório de advocacia chinês T&D Associates. Para acessar a tradução, ver o “link” de entrada em <http://legalpad.blogs.fortune.cnn.com/category/china/>. Acesso em: 17/09/2008. Outra fonte, para outra tradução, pode ser encontrada em <http://www.gasgoo.com/auto-news/7348/Anti-monopoly-Law-of-the-People-s-Republic-of-China.html>. Acesso em: 17/09/2008.

³ O Conselho de Estado é um dos principais órgãos de poder na China. Ele está diretamente subordinado ao Congresso Nacional do Povo, assessorando-o na definição de políticas a serem submetidas ao Congresso. O Conselho também se responsabiliza pela implementação indireta de algumas políticas adotadas, como é o presente caso da defesa contra a monopolização das atividades produtivas.

centrações.⁴ A Seção V (“Proibição do Abuso de Poderes Administrativos que Restringem a Concorrência”) preocupa-se em estabelecer que condutas de agências governamentais podem estar prejudicando a concorrência, as quais a lei passa a proibir. A seção VI (“A Investigação da Suspeita de Conduta Monopolística”) indica quais são as medidas que a autoridade pode empregar na investigação de supostas condutas anticompetitivas. As penalidades previstas na lei para as punições dos infratores estão na seção VII (“Responsabilização Legal”). A última seção, a VIII (“Disposições Adicionais”), trata da questão dos direitos de propriedade intelectual e isenta dos ditames da lei as condutas relacionadas com as atividades agrícolas.

Embora a lei seja nova, não é a única legislação existente na China para enfrentar problemas relacionados com a concorrência. A Lei para Combater a Concorrência Predatória, promulgada em 1993, já tinha vários dispositivos para combater condutas anticoncorrenciais, como, por exemplo, a proibição de vendas casadas, entre outras. É bem verdade que esta lei está mais voltada para a proteção ao consumidor do que propriamente focada na defesa da concorrência, além do fato de não tratar de questões relativas a fusões e aquisições.⁵ Outras leis setoriais, como a Lei Bancária Comercial, de 1995, também tratam de concorrência neste setor, e a Lei do Preço, de 1997, estipula condenações por manipulação de preços. Também as normas contidas nas Regras para Fusões e Aquisições feitas por Investidores Estrangeiros se endereçam a casos nos quais as autoridades suspeitam que a fusão pode trazer problemas de concorrência, mesmo aqueles casos nos quais a fusão ocorre fora do território chinês. Esses casos devem ser notificados ao Ministério do Comércio Exterior e à Agência Estatal da Indústria e do Comércio. Outro conjunto de normas com efeito sobre a política de defesa da concorrência é o documento Regras para a Prevenção de Preços de Monopólio, de 2003. Essas regras proíbem a coordenação de preços, as restrições de oferta, a colusão entre empresas, preços predatórios, a discriminação de preços e a intervenção indevida de agências governamen-

⁴ Neste artigo as referências feitas à Agência de Implementação da Defesa Antimonopólio serão atribuídas alternativamente também à Agência de Implementação ou simplesmente Agência.

⁵ Ver Owen e Zheng (2005). As referências no texto a outras leis que se aplicam à questão concorrencial estão baseadas nas informações destes dois autores.

tais na determinação dos preços.⁶ Em 2001 o Conselho de Estado estabeleceu as Regras para Impedir Atividades de Divisão de Áreas de Mercado Geográficas, proibindo a divisão de mercados entre empresas, bem como impedindo práticas que impeçam a entrada no mercado de uma região de bens e serviços originários de outras regiões.⁷

A importância dessas leis e da recentemente editada lei tem a ver com as transformações por que tem passado a economia chinesa desde o final da década de 70 do século anterior. Até então, a economia chinesa era totalmente planejada, com todas as ineficiências que este tipo de sistema econômico sempre gera, haja vista a experiência soviética e a dos países socialistas do Leste europeu.⁸ As reformas econômicas iniciadas então pelo governo chinês transformaram em pouco mais de uma década a sua economia, levando o país a anunciar o estabelecimento de uma economia de mercado socialista em 1992.⁹ Desde então foram significativos o crescimento do setor privado na China e o declínio na importância das suas empresas estatais, com mudança substantiva na proporção de empresas privadas no país, comparativamente à situação anterior de domínio total do setor público nas atividades produtivas. O governo chinês se afastou de alguns setores industriais considerados como não capazes de oferecer dificuldades se operados pelo setor privado, reservando alguns outros para si por considerá-los estratégicos para o desenvolvimento econômico e para a segurança nacional do país. Em função dessas mudanças, foi necessária a criação de diversos

⁶ Não está claro se essas leis ou partes delas ficam revogadas com a promulgação da lei que começou a vigorar agora em agosto de 2008.

⁷ Este é um caso de redundância com a nova lei; provavelmente, a antiga será ou estará revogada.

⁸ A economia chinesa podia ser classificada na categoria de comando e controle.

⁹ A expressão e o conceito de economia de mercado socialista foram aprovados em 1993 pelo Congresso Nacional do Partido Comunista Chinês. Foram incorporados por emenda à constituição pelo Congresso Nacional do Povo logo após. Segundo a visão chinesa, trata-se de uma economia com ampla regulamentação das atividades produtivas pelo Estado, mas com um crescente papel do mercado como distribuidor dos recursos. Com isto, foi abandonada a idéia de uma economia planejada supercentralizada, adotando-se aquela de, embora ainda sendo uma economia planejada, convive com a possibilidade de o mercado contribuir para o aumento da oferta de bens e serviços na economia chinesa para satisfazer as necessidades materiais e culturais do povo. Fez-se uma revisão da idéia de que a economia de mercado se confundia com o capitalismo, aceitando que o socialismo também pode se beneficiar com o funcionamento descentralizado de mercados competitivos.

órgãos regulatórios que antes não existiam porque a atividade era totalmente estatal, controlada pelos órgãos de planejamento central. Essas reformas regulatórias fizeram bem à economia chinesa, muito embora a existência de monopólios administrativos criados pelo Estado chinês ainda gere ineficiência para a sua economia.

Apesar das mudanças, ainda é forte a presença de elementos anti-competitivos na economia chinesa. Owen, Sun e Zheng (2005) lembram o papel desempenhado pelas associações industriais ou comerciais, entidades que substituíram alguns ministérios setoriais anteriores, associações estas que persistem em ditar os preços e as condições de mercado de várias empresas, funcionando como um cartel. Outras agências governamentais também continuam a ter o viés de dar preferências em compras a determinadas empresas. Há, portanto, necessidade de continuar o processo de mudanças institucionais e legislativas na economia chinesa, mudanças estas voltadas para produzir maior eficiência econômica. É neste contexto que a nova lei de combate aos monopólios e no combate às condutas anticompetitivas se situa.

As transformações que estão ocorrendo no contexto econômico chinês não estão livres de polêmicas. A cultura da defesa da concorrência até este momento não está desenvolvida e, por isso, e dada a experiência de décadas e décadas de controle central de toda a economia, ainda existe uma resistência ao combate às práticas anticompetitivas e à prevenção da concentração econômica. Não é sem razão que a discussão dos sucessivos projetos de criação da nova lei exigiram uma década e meia para finalmente se transformar no presente documento legal.

III – Características da lei

Segundo os arts. 9.º e 10 da lei, os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência são o já citado Comitê para a Implementação da Defesa Antimonopólio do Conselho de Estado e a Agência para a Implementação da Defesa Antimonopólio. O primeiro tem uma função normativa, estabelecendo a política de defesa da concorrência, coordenando o esforço administrativo do governo no combate aos monopólios, redigindo os guias de análise e investigando e avaliando as condições gerais da concorrência nos mercados. O segundo é o órgão executivo da política, encarregado de implementá-la. É importante notar que esse órgão tem a possibilidade de descentralizar a sua atuação pelo território chinês por meio da delegação

a unidades governamentais municipais, provinciais ou regionais das suas funções legais. Ou seja, se antevê no caso chinês que pode ser necessário atuar espacialmente mais próximo dos mercados que devem ser objetos de avaliação concorrencial. Isto difere das experiências brasileira, americana, européia e, particularmente, de muitos países, nos quais a defesa da concorrência se faz de forma centralizada, por parte do governo central.

Deve-se notar que os objetivos da lei antimonopólio chinesa são o combate a condutas monopolistas por meio da promoção da concorrência sã de mercado, do aumento da eficiência econômica, da proteção do interesse do consumidor e do interesse público e da promoção saudável da economia de mercado socialista. Fica claro no art. 4.º que cabem ao Estado a definição e a implementação de normas concorrenciais apropriadas para este tipo de economia, as quais devem estar associadas a medidas macroeconômicas voltadas para a existência de um sistema de mercado ordenado, aberto e competitivo. Em que medida isto pode ser conseguido quando ainda são muitas as empresas estatais, as quais são protegidas pelo Estado, com as suas operações por ele supervisionadas e com controles de seus preços, é o caso de se aguardar. A expectativa de boa-fé, manifestada na lei, é a de que, como prevista no art. 7.º, essas empresas estatais operem em obediência a essa lei, sem abusar da sua situação de monopólios estatais, únicas ofertantes de alguns bens e serviços.

A lei também se dirige ao caso das chamadas “Associações Comerciais”, que congregam empresas não no sentido que as conhecemos no Brasil, porém voltadas não apenas para a sua representação, mas também para coordenar as atividades produtivas das empresas a elas ligadas e para a definição das suas estratégias comerciais. Este tipo de atuação é claramente anticoncorrencial e por isso a lei agora espera que tais associações sejam capazes de disciplinar as empresas de forma a fazê-las operar competitivamente, de acordo com o preceito legal. O art. 16.º estipula que essas associações não devem organizar as suas empresas de forma a que venham a adotar as práticas monopolísticas, as quais são proibidas pela lei. Na verdade, esse dispositivo parece ser um *wishful thinking*, a menos que posteriores regulamentações encontrem uma forma de impedir o contato entre elas, a troca de informações e outras formas de interação, o que parece ser uma tarefa impossível, dadas as características dessas associações e o papel de coordenação setorial que a direção das associações exercem sobre as empresas associadas.

As seções II e III listam as condutas consideradas anticompetitivas. A separação em duas seções se explica pelo fato de que a primeira se refere a condutas associadas a acordos feitos por empresas considerados proibidos, listagem esta exemplificativa, não exaustiva, da mesma forma como o nosso caso, no art. 21 da Lei 8.884/94. A lei chinesa, no art. 13.º, cita os seguintes acordos (acordos monopolísticos) que infringiriam o espírito legal, eliminando ou restringindo a concorrência:¹⁰⁻¹¹

- (i) Para fixar ou mudar o preço dos produtos;
- (ii) Para restringir as quantidades produzidas ou vendidas de um produto;
- (iii) Para dividir o mercado de bens ou de insumos;
- (iv) Para restringir a compra de novas tecnologias ou de novas instalações ou o desenvolvimento de novas tecnologias ou novos produtos;
- (v) Para boicotar conjuntamente as transações comerciais;
- (vi) Para fixar ou delimitar o preço mínimo de revenda para terceiros.

Embora se possa concordar que várias das condutas mencionadas possam efetivamente ser consideradas anticompetitivas, deve-se recordar que nem todos os acordos feitos entre empresas podem ser assim considerados, como, por exemplo, aqueles feitos entre as empresas e seus fornecedores de insumos ou entre as empresas e os seus distribuidores, desde que a finalidade não seja a de restringir o acesso de competidores ao mercado e/ou aumentar o preço e limitar a disponibilidade dos bens.

A seção III, no art. 17.º, relaciona um conjunto de outras práticas de empresas que possam estar abusando de sua posição dominante no mercado, as quais então são consideradas proibidas:

¹⁰ A lei abre a possibilidade de a Agência de Implementação definir outras condutas como anticompetitivas no caso a caso.

¹¹ É interessante observar que rascunhos anteriores da lei definiam o que era considerado como monopólio: eram assim consideradas as atividades que prejudicavam os interesses de outras atividades produtivas. Dada a imprecisão da definição, na presente lei isto foi evitado, pois o monopólio não foi definido, preferindo-se tratar das condutas monopolísticas, listando-as.

- (i) Venda de produtos a preços excessivos ou compra de produtos a preços excessivamente baixos;
- (ii) Venda de produtos a preços inferiores ao custo sem qualquer justificativa;
- (iii) Recusa a transacionar com terceiros sem justificativa;
- (iv) Limitar terceiros a transacionar exclusivamente com a empresa ou com empresas por ela designada, sem justificativa;
- (v) Venda casada sem qualquer justificativa ou impor condições comerciais não-razoáveis;
- (vi) Fazer discriminação de preços ou de condições de venda, sem justificativa.

Como se pode perceber, tanto a listagem anterior como esta descrevem as condutas anticompetitivas de maneira bem menos clara do que a temos na nossa Lei 8.884/94, o que pode gerar dificuldades na hora de implementar a lei.¹² Nota-se também que se repete no caso chinês, nos itens (i) e (ii) da seção III, a preocupação com a necessidade de punir práticas que imponham preços excessivos (altos ou baixos) e mesmo com a questão de uso de preços inferiores ao custo. Sabe-se da dificuldade econômica que estes conceitos trazem para a caracterização de tais práticas, criando polêmica entre diferentes analistas.¹³

Como era de esperar, o art. 15.º busca isentar alguns acordos entre empresas de serem considerados anticompetitivos. Na listagem feita cabem vários tipos de acordo para os quais certamente concordar de que não se trata de qualquer atividade cartelizada entre as empresas. Estão isentos de ser considerados anticompetitivos os acordos que visem a:

- (i) Aperfeiçoar os processos técnicos, a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos;

¹² É claro que a maioria das condutas listadas não pode ser considerada “per se” como uma prática anticompetitiva, daí talvez a expressão “sem justificativa” que aparece na lista. Cada conduta precisa ser analisada para que não sejam punidas práticas que não são danosas à concorrência e que até se justificam do ponto da eficiência econômica.

¹³ É bem verdade que no caso da Lei 8.884/94 o parágrafo único do artigo 21 da lei adianta os elementos que devem ser considerados para que os preços julgados excessivos assim sejam caracterizados. Na lei chinesa falta esta indicação. Provavelmente a regulamentação futura da lei preencherá esta e outras lacunas.

- (ii) Melhorar a qualidade do produto, reduzir custos, aumentar a eficiência, unificar modelos de produtos;
- (iii) Melhorar a eficiência e a competitividade das pequenas e médias empresas;
- (iv) Para conservar energia, proteger o meio ambiente e fornecer apoio em caso de desastres;
- (v) Para mitigar os efeitos de redução de vendas ou de excesso de estoques durante crises econômicas;
- (vi) Para proteger os interesses legítimos no comércio exterior e na cooperação econômica estrangeira;
- (vii) Para outras finalidades estipuladas em lei pelo Conselho de Estado.

O próprio art. 15.º lembra que nas situações descritas entre (i) e (v) haverá necessidade de que seja provado que tais acordos não resultarão em uma substancial restrição na concorrência no mercado relevante dos produtos e que os benefícios resultantes do acordo entre as empresas serão também repartidos com os consumidores. É bom lembrar que, no caso brasileiro, vários processos referentes a acordos entre empresas foram justificados por elas usando justamente os argumentos acima, mas que nem sempre foram suficientemente comprovados como reais. Resta ver se na experiência chinesa a Agência encarregada de implementar essa lei saberá discernir adequadamente o caso cujo acordo se enquadra na situação imaginada por esse artigo da que é apenas um subterfúgio para fugir das penalidades da lei.

O item (iii) desse artigo se dedica a proteger as pequenas e médias empresas que busquem aumentar a sua eficiência e a sua competitividade. É interessante recordar que também a lei americana manifesta a sua preocupação em proteger as atividades de pequena e média escala, favorecendo-as no tratamento em relação à sua política de defesa da concorrência. Em ambos os casos a justificativa para isso estaria ligada à necessidade de evitar que grandes empresas, com o seu grande poder de dominação de mercado e sua maior pressuposta eficiência, expulsem as menores do mercado, reduzindo a concorrência. Também no mercado chinês, mas em uma proporção bem mais acentuada, é grande a quantidade de empresas de pequeno e médio porte, segmentos de empresas nos quais a questão de cultivar e de preservar a concorrência no setor privado da economia chinesa parece estar mais presente.

Os arts. 18.º e 19.º explicitam o que deve ser entendido como “posição dominante de mercado” e que indicadores devem ser observados para a sua caracterização.¹⁴ O rol de fatores considerados relevantes para determinar a dominação de uma empresa tem a ver corretamente com a sua participação no mercado relevante e com o grau de rivalidade nele, a sua capacidade de controlar as vendas dos produtos ou as compras dos insumos e a possibilidade de entrada de competidoras no mercado; entretanto, o art. 18.º lista outras características mais vagas ou abertas, como o *status* financeiro e técnico da empresa, o grau de confiança transmitido pela empresa nas suas transações com outras empresas e outros fatores que sejam considerados determinantes para a dominação. O art. 19.º dá os quantitativos de participação no mercado relevante que podem determinar a situação de dominação do mercado:

- (i) A empresa tem 50% ou mais de participação no mercado relevante;
- (ii) A parcela conjunta de duas empresas é igual ou superior a 2/3 do mercado relevante;
- (iii) A parcela conjunta de três empresas é igual ou superior a 3/4 do mercado relevante.

O mesmo artigo chama a atenção que, nos casos (ii) e (iii), se uma das empresas tiver uma participação inferior a 10%, será considerado que ela não tem uma participação dominante.

É interessante lembrar que várias jurisdições também usam quantitativos de participação no mercado relevante como instrumentos para caracterizar a situação de dominação dos mercados. Obviamente, esses limites deveriam ser entendidos como sugestivos de uma possível capacidade de uma empresa ou de um conjunto de empresas ditar as condições de funcionamento de um mercado. Portanto, os quantitativos acima dimensionados devem ser entendidos como valores arbitrários, mas eventualmente úteis como referência nas análises.

Deve-se assinalar que o art. 19.º isenta da condição de ter uma posição dominante no mercado relevante a(s) empresa(s) que tenha(m) obtido

¹⁴ É importante registrar que versões anteriores do projeto de lei usavam para definir o mercado relevante apenas o espaço geográfico. Na lei aprovada, além da área territorial, incluíram-se as relações que o bem ou serviço possui com outras atividades.

participação de mercado como as acima listadas resultantes da sua eficiência, a menos que haja evidência contrária de abuso desta posição.¹⁵

Embora no processo de discussão dos projetos da lei tenham sido incorporados vários conceitos usados nas leis de defesa da concorrência de outros países, a lei chinesa não incorporou o uso do índice de concentração de Herfindahl-Hirschman (índice HHI), para melhor caracterizar a situação de dominação no mercado relevante.¹⁶

A seção IV, com seus doze artigos, trata do caso dos atos de concentração, como as fusões, as aquisições de empresas e a obtenção do controle sobre outras empresas. As notificações desses atos de concentração, feitas previamente à Agência de Implementação Antimonopólio, serão obrigatórias se atingirem os limites de concentração que serão estipulados pelo Conselho de Estado para a Agência. Portanto, esses limites não estão fixados na lei e serão objeto de decisão a ser feita por aquele Conselho. É importante notar, entretanto, que o art. 22.º libera de notificação os atos de concentração entre empresas nos quais uma das empresas envolvidas na operação já for proprietária de 50% ou mais da outra empresa ou se uma empresa que não estiver envolvida na operação for proprietária de 50% de cada uma das empresas envolvidas na operação.¹⁷

A notificação, junto com documentos descritos na lei, será examinada pela Agência de uma forma preliminar no prazo de 30 dias e decidirá se o ato de concentração necessita ter uma análise mais aprofundada ou não. Caso não se chegue a uma decisão neste prazo de 30 dias ou se nenhuma análise adicional for necessária, o ato de concentração poderá ser implementado. Se a Agência decidir por análises adicionais, esta terá 90 dias de prazo para decidir pela aprovação do ato de concentração, explicando as razões por escrito em caso de não-aprovação.¹⁸ Há possibilidade de extensão desse prazo

¹⁵ Isto é uma extensão do que está expresso no artigo 5.º, o qual permite concentrações de empresas, desde que não prejudiquem a concorrência e resultem da união voluntária de empresas, a qual produza uma expansão da escala de operação e aumente a concorrência no mercado.

¹⁶ O uso do HHI não exclui a situação de arbitrariedade na determinação dos seus limites, mas sua utilização já tem certa tradição como instrumento analítico.

¹⁷ Propriedade de 50% ou mais das ações com direito a voto ou dos ativos da empresa.

¹⁸ Pode-se aprovar um ato de concentração com condições restritivas, como é usualmente feito em outras jurisdições.

por mais 60 dias, em circunstâncias que a justifiquem, como, por exemplo, se a documentação estiver insuficiente ou imprecisa, ou, ainda, se as circunstâncias relevantes tiverem se modificado desde a notificação do ato. O art. 28.º admite que a concentração venha a ser impedida por decisão da Agência de Implementação.¹⁹ O mesmo artigo admite que a Agência venha a autorizar um ato de concentração se os benefícios da sua implementação suplantarem as suas desvantagens ou se o ato estiver em harmonia com o interesse público.²⁰ A este respeito será sempre necessário verificar se esta possibilidade de invocar o interesse público não será uma forma de validar atos que funcionem contra o interesse da política da concorrência.

Em casos que envolvam aquisições de empresas chinesas por empresas estrangeiras, os atos de concentração serão examinados não apenas levando em conta as disposições desta lei de defesa da concorrência, mas também normas de segurança nacional para a sua aprovação.²¹ Aí residem as principais preocupações dos analistas dessa lei, quais sejam, a de que ela venha a ser utilizada para proteger as empresas chinesas da concorrência de empresas estrangeiras, um ato contrário ao espírito buscado em qualquer política de defesa da concorrência. Como lembrado por Bush (2005), há uma posição na China de “... que as empresas multinacionais estrangeiras abusam das suas vantagens financeiras e tecnológicas para dominar mercados, suprimir a concorrência e prejudicar os concorrentes e os consumidores”, o que ofereceria então a desculpa para que as empresas nacionais na China viessem a ser protegidas, mesmo que ineficientes.²²

Ainda relacionado com empresas estrangeiras, outra questão que preocupa os analistas da lei chinesa de defesa da concorrência é a de que, como ela estabelece no seu art. 2.º que a lei é aplicável a condutas antimonopo-

¹⁹ Como a notificação é prévia ao ato de concentração, neste caso trata-se de uma questão de proibi-lo ou não. No caso brasileiro, como há possibilidade de o ato de concentração ser notificado após a sua implementação, a proibição do ato implicaria a sua desconstituição, uma situação mais difícil de ser concretizada.

²⁰ Esta é uma brecha que certamente seria aproveitada pelas empresas interessadas na aprovação do ato de concentração: não será difícil encontrar razões pelas quais o interesse público, qualquer que seja a forma de defini-lo, poderia ser invocado, particularmente usando o argumento, por exemplo, da quantidade de empregados diretos ou indiretos a serem criados ou o aumento na arrecadação tributária.

²¹ Conforme estatuído no artigo 31.º.

²² A citação entre aspas foi retirada de Bush (2005), p. 2.

listas fora do território chinês que tenham efeito de eliminar ou restringir a concorrência no mercado doméstico chinês, várias aquisições importantes feitas a nível internacional, como nos Estados Unidos, venham a ser objeto de questionamento não apenas na Comunidade Européia, mas também na China, passando a ser este país a terceira instância de aprovação delas. Isso alongaria ainda mais o processo de decisão pelas eventuais preocupações concorrenciais, as quais seriam investigadas incansavelmente.²³ Artigo escrito por John Markoff na edição de 28/03/2008 do *New York Times* chama a atenção sobre a possibilidade de ser dificultada a aquisição da empresa Yahoo pela Microsoft porque a Yahoo tem um investimento na China e, portanto, sua aquisição pela Microsoft exige que a operação seja analisada na China por força do que está estabelecido na sua lei de defesa da concorrência e também com a possibilidade de ser invocada a questão da segurança nacional chinesa, como mencionado acima.

Os arts. 38.º a 45.º explicitam normas a serem observadas na investigação de alegados comportamentos anticompetitivos. Não apresentam maiores novidades, a não ser o fato de estarem no corpo da própria lei, quando poderiam fazer parte de um regimento que regulamentasse o funcionamento da Agência de Implementação, o que possivelmente tornaria menos difícil o seu aperfeiçoamento posterior, pois, como está, provavelmente só se modificará com a anuência legal do Conselho de Estado.²⁴

IV – Monopólios administrativos do governo e a restrição da concorrência

A lei chinesa antimonopólio se preocupou em tratar dos monopólios exercidos por agências e demais entidades administrativas do governo ao definir uma série de práticas que até então vinham sendo adotadas na administração pública da China com o sacrifício da eficiência econômica das

²³ Este ponto é levantado pelo jornal inglês *Financial Times* na sua edição de 28 de julho de 2008, no artigo “Antitrust explosion”. No texto escrito pelo correspondente do *Financial Times* em Pequim, James Kynge, publicado em 03/04/2003, “Antitrust law could give China a veto over foreign takeovers”, a questão já havia sido levantada.

²⁴ É bem verdade que também no caso brasileiro muitos dos procedimentos estão especificados na própria Lei 8.884/94, o que faz com que iniciativas para seu aperfeiçoamento tenham que passar por alterações a serem aprovadas no Congresso.

atividades produtivas e com prejuízos para os consumidores e empresas.²⁵ A preocupação geral é com o abuso que o próprio governo pode empregar ao estabelecer normas que restringem a concorrência. O art. 33.º lista algumas dessas práticas:²⁶

- (i) Estabelecer cobranças de taxas discriminatórias, fixar preços discriminatórios ou estabelecer sobretaxas para mercadorias fornecidas por outras regiões;
- (ii) Estipular requisitos técnicos ou padrões de inspeção para produtos originários de outras regiões, exigir inspeções repetidas ou certificações adicionais de mercadorias vindas de outras regiões, ou restringir a entrada de produtos de outras regiões;
- (iii) Criar procedimentos de licenciamento orientados para atingir produtos de outras regiões e restringir a sua entrada no mercado local;
- (iv) Estabelecer postos de fiscalização nas entradas, seja para bloquear a entrada de produtos originários de outras regiões ou a saída de mercadorias locais;
- (v) Impedir a livre circulação de bens entre diferentes regiões.

Como se vê, a lista acima procura combater todos os procedimentos que são comumente adotados por governos locais e provinciais na China para proteger o seu mercado, melhor dizendo, as suas atividades produtivas da rivalidade competitiva que poderia ocorrer se houvesse liberdade de disputa normal entre produtores locais e produtos de outras regiões. Há certa tradição na China de reserva de mercado para os produtores locais, o que agora seria proibido pela lei antimonopólio. Dada a generalidade de emprego deste tipo de instrumento para blindar a ineficiência produtiva de atividades econômicas locais chinesas, resta ver como os objetivos de defesa da concorrência dessa lei vão ser acomodados com os interesses de governos locais de defender seus mercados da competição considerada potencialmente destruidora de empregos e de produção locais.

²⁵ Tudo indica que as proibições aqui mencionadas se estendem também para as empresas estatais chinesas.

²⁶ Esta seção da lei também proíbe: 1) que o poder administrativo local restrinja a possibilidade de que investidores extra-regionais façam os seus investimentos na região ou criem filiais nela; 2) que o poder administrativo obrigue empresas a ter um comportamento anticompetitivo.

V – Penalização das condutas anticompetitivas

Essa lei estabelece penalidades pela não-observância das proibições que ela estabelece concernente a condutas abusivas relativas a acordos monopolísticos. A Agência de Implementação punirá a empresa obrigando-a a cessar a conduta, confiscará os ganhos ilegais e imporá uma multa entre 1 e 10% das receitas totais obtidas no mercado relevante no ano anterior. É curioso observar que haverá confisco dos ganhos obtidos com a prática considerada ilegal, o que exigirá sempre uma estimativa, para a sua quantificação, de quais seriam esses ganhos, tarefa que muitas vezes não é simples. No caso brasileiro há uma obrigação legal de que a multa aplicada pelo CADE à empresa seja superior aos ganhos por ela auferidos (art. 23, inciso I, da Lei 8.884/94), quando quantificável.²⁷

Várias das multas estabelecidas pela lei estabelecem que o seu valor monetário será de até 500.000 RBM, sem critérios estabelecidos na lei para decidir pelo valor escolhido, portanto com liberdade de escolha naquele intervalo.²⁸ RBM ou CNY é a moeda chinesa RENMINBI (“Moeda do Povo”), cuja unidade é o iuan ou yuan. Usando o conversor de moedas do Banco Central, o valor de 500.000 iuans corresponde a cerca de R\$ 136 mil, ou aproximadamente US\$ 73 mil.²⁹ Este é o valor máximo para as multas a serem atribuídas a acordos que ainda não tenham sido implementados, a associações comerciais e a empresas que tenham realizado atos de concentração que violem as proibições legais. Neste último caso, além da multa, a empresa será obrigada a desfazer o ato, parcial ou totalmente, de forma a restaurar a situação anterior do mercado.

²⁷ No Brasil freqüentemente é pressuposto que as multas aplicadas pelos conselheiros do CADE suplantam os ganhos auferidos, sem verificação. Um dos casos para o qual houve esta preocupação de verificação foi o processo relativo a açambarcamento de matéria-prima (Processo n. 08000.022579/97-05), no qual foi feito um exercício de simulação econômica para verificar se a multa aplicada de 5% do faturamento bruto da empresa era suficiente para cobrir os ganhos auferidos pela empresa, o que foi comprovado.

²⁸ O artigo 49.º menciona que a quantificação da penalidade levará em conta a natureza do ato ilegal, a sua extensão e a duração temporal.

²⁹ O conversor do BACEN está em <http://www5.bcb.gov.br/pec/conversao/Resultado.asp?idpai=convmoeda>. As taxas de câmbio usadas foram: 1 iuan = 0,273129 reais e US\$ 1 = 1,866 reais. Cotação de 17/09/2008.

Outros aspectos interessantes relacionados com a responsabilização legal são os seguintes:

- 1) O instrumento da leniência é previsto para empresas participantes de acordos anticompetitivos que colaborem com a Agência de Implementação fornecendo evidências deles. Essas empresas, então, receberão uma punição mitigada ou estarão isentas de punição, ao arbítrio da Agência;
- 2) A violação das disposições desta lei e os danos causados a outros pela violação serão objeto de responsabilização civil;
- 3) A recusa a prestar informações, a destruição delas, a obstrução da investigação serão punidas com multas de até 20.000 RMB para pessoas e até 200.000 para empresas. Se a situação for considerada séria (a lei não especifica como caracterizar esta situação como tal), esses valores passam para até 100.000 RMB e 1.000.000, respectivamente, além da possibilidade de uma responsabilização criminal, quando for o caso;
- 4) É admitida a revisão judicial para todas as decisões feitas pela Agência, particularmente as decisões referentes aos arts. 28.º e 29.º da lei, quais sejam, nas situações em que não tenha sido aprovado o ato de concentração ou que ele tenha sido aprovado com condições restritivas. Primeiramente deverá ser solicitada uma reconsideração administrativa à Agência. Em caso de permanência da insatisfação, as partes envolvidas no ato de concentração podem entrar com um processo legal contra a decisão.

Nas disposições adicionais encontram-se dois artigos importantes:

- 1) Um que isenta as atividades de agricultores e de suas empresas dos dispositivos dessa lei. O art. 56.º relaciona quais seriam essas atividades: a produção, o processamento, as vendas, o transporte e a estocagem dos produtos agrícolas. A abrangência das atividades isentas é bastante ampla e pode ser considerada, em geral, como indevida. É bem verdade que qualquer país pode estabelecer as isenções que bem desejar, sejam motivadas por alguma razão econômica que indicaria a necessidade de blindar algum setor de restrições ou intervenções governamentais, sejam motivadas por alguma escolha determinada pelo jogo de interesses políticos. Provavelmente, a isenção dada à agricultura se deva ao interesse de prestigiar agora um setor que no passado sofreu bastante com as intervenções do Estado autoritário da época, as

quais infligiram grandes perdas aos agricultores. Outra possibilidade é a de que se quer evitar que o setor fique restringido por dispositivos que poderiam limitar a sua produção, tão importante para alimentar e produzir seus bens para um país tão populoso. Esta segunda possibilidade, entretanto, não se sustenta porque é importante preservar a concorrência das atividades justamente para atingir maiores níveis de eficiência produtiva.

- 2) O outro isenta da lei os direitos de propriedade intelectual, considerando que o monopólio da propriedade intelectual pela empresa não deve ser considerado ilegal do ponto de vista dos dispositivos dessa lei. Haverá a possibilidade de a propriedade intelectual ser julgada passível de punição por abuso de direito se ela for usada pela empresa como meio de restringir ou eliminar a concorrência em algum mercado.

VI – Comentários finais

A adoção de uma legislação mais abrangente que incorpore preocupações legítimas do governo chinês com os objetivos de defesa da concorrência na economia do seu país é um passo à frente no sentido de possibilitar que o sistema de economia de mercado possa desempenhar adequadamente o papel esperado de contribuir para maior eficiência nas atividades produtivas e o aumento no bem-estar social de seus cidadãos. Entretanto, não deve ser esquecida a experiência observável em economias ditas capitalistas nas quais, a despeito de professarem a sua fé na importância do funcionamento livre e descentralizado dos mercados, há ainda uma arraigada crença de que é preciso proteger as atividades produtivas contra a destruição que a rivalidade competitiva pode provocar. Anos de intervencionismo, de reserva de mercado e de proteção a atividades ineficientes, como nas experiências históricas brasileiras e de muitos países da América Latina, engendram resistências a um maior apoio da sociedade à política de defesa da concorrência. É comum a evocação feita por pessoas envolvidas com esta atividade a respeito da necessidade de aumentar a cultura da defesa da concorrência no país. O mesmo certamente se põe em relação à economia chinesa, na qual o papel dominante do Estado como planejador e único determinante do que e como produzir, a que preço vender, como remunerar os fatores de produção, possa ser alternativamente substituído de modo parcial por um sistema de alocação de recursos em que a rivalidade competitiva tem papel central.

Será um desafio para o governo chinês equilibrar as funções mistas de uma economia que pretende ser de controle e planejamento em muitas atividades produtivas e, ao mesmo tempo, ter outras atividades regidas pelo livre mercado, com suas conseqüências.

É importante ressaltar que a lei antimonopólio que recentemente entrou em vigor no país ainda requererá um amplo esforço para regulamentar as suas disposições. Muitos dos seus artigos exigirão uma definição mais clara, um esforço interpretativo maior, para terem uma aplicação adequada ao objetivo de defesa da concorrência, criando uma jurisprudência que possa ser considerada confiável pelos investidores.

Finalmente, é importante que a legislação chinesa não venha a ser usada, como se teme, como instrumento de proteção, de blindagem, de atividades produtivas nacionais contra a rivalidade competitiva que a entrada de investidores estrangeiros pode provocar. É a rivalidade competitiva, seja ela nacional ou estrangeira, que gera maior eficiência produtiva, maior desenvolvimento tecnológico, maior nível de bem-estar social.

Referências bibliográficas

- Bush, Nathan G. (2005). *Chinese competition policy – it takes more than a law*. Texto disponível em: <http://www.chinabusinessreview.com/public/0505/bush.html>. Acesso em: 05/09/2008.
- Financial Times* (2008) “Antitrust explosion”. Publicado na edição de 28/07/2008. Disponível em: http://www.ft.com/cms/s/84b17c44-5cc8-11dd-8d38-000077b07658,dwp_uuid=063fb9c2-3000-11da-ba9f-00000e2511c8,print=yes.html. Acesso em: 05/08/2008.
- Kynge, James (2003). “Antitrust law could give China a veto over foreign takeovers”, *Financial Times*, edição de 03/04/2003. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/92d94ba6-24e4-11d8-81c6-08209b00dd01,id=030403001500,print=yes.html>. Acesso em: 05/08/2008.
- Markoff, John (2008). “China law could impede Microsoft deal for Yahoo”. *New York Times*, edição de 28/03/2008. Disponível em: http://www.nytimes.com/2008/03/28/technology/28yahoo.html?_r=2&scp=1&sq=China%20Antitrust%20law&st=cse&oref=slogin&oref=slogin. Acesso em: 15/09/2008.
- Owen, Bruce M., Su Sun e Wntong Zheng (2005). “Antitrust in China: the problem of incentive compatibility”. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1 (1); 123-148. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/123?ck=nck>. Acesso em: 18/09/2008.