

O objetivo final destas medidas é, sem dúvida, estabelecer um centro de referência em defesa comercial, é fazer surgir um órgão com credibilidade, sério e competente, que se utilize de regras claras e conhecidas, e atue com completa transparência e em total convergência com os anseios da sociedade brasileira. Tudo isso depende de nós e não podemos perder esta oportunidade; da minha parte, estou integralmente mergulhado nesta missão. Espero o apoio dos senhores.

REQUISITOS PARA DETERMINAÇÃO DE ABERTURA DE UMA INVESTIGAÇÃO:

- - apresentação de petição pela indústria doméstica ou em seu nome;
- - representatividade dos que apoiam a petição;
- - apresentação de elementos de prova suficientes da existência de "dumping" ou subsídio, de dano e de relação causal.

INDÚSTRIA DOMÉSTICA

Define-se como "indústria doméstica" a totalidade dos produtores nacionais do produto similar, ou aqueles cuja produção conjunta do mencionado produto constitua a maior parte da produção nacional do produto.

PRODUTO SIMILAR

Entende-se como produto similar, o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se está examinando ou, na ausência deste produto, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto que se está considerando.

DEFINIÇÃO DE DANO

O conceito de dano engloba três situações:

- dano material à indústria doméstica
- ameaça de dano material à indústria doméstica
- retardamento sensível na implantação de indústria doméstica

DETERMINAÇÃO DE DANO

Para determinação de dano é avaliada a evolução dos seguintes indicadores:

a. Importações

- valor e quantidade, por origem;
- participação das importações objeto de "dumping" no total importado e no consumo aparente;
- preço;

b. Indústria Doméstica

- vendas e participação no consumo aparente;
- produção, capacidade produtiva e grau de ocupação;
- estoques;
- emprego, salários e produtividade;
- preços domésticos e margem de subcotação;
- balanço patrimonial e demonstrativos de resultado.

DETERMINAÇÃO DE CAUSALIDADE

Verifica-se em que medida as importações objeto de "dumping" ou subsídios explicam o dano à indústria doméstica, levando-se em consideração outros fatores, tais como:

- volume e preço de importações de outras origens;

- impacto das alterações na política de importações;
- contração ou mudanças nos padrões de consumo, etc..

DIREITOS ANTIDUMPING

Taxa imposta às importações, realizadas a preços de "dumping", com o fim exclusivo de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional.

“DUMPING”

Introdução de um produto no mercado de outro país a um preço inferior ao "valor normal, isto é:

- o preço de exportação é menor que o preço efetivamente praticado para o produto similar, nas operações comerciais normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.

OUTRAS COMPARAÇÕES POSSÍVEIS

Quando a comparação entre os preços (do mercado interno do país exportador e de exportação) não é possível, utiliza-se como valor normal:

- o preço do produto vendido pelo exportador a um terceiro país;
- um valor construído no país de origem (custo de produção + gastos gerais, administrativos e de comercialização e margem de lucro).

No caso de país de economia planificada:

- o preço praticado ou valor construído do produto similar em um terceiro país de economia de mercado, ou o preço praticado por este país na exportação para outros países, exclusive o Brasil.

REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE DIREITOS ANTIDUMPING

- Determinação positiva de “Dumping”, de dano e de relação causal.
- Margem (relativa) de “DUMPING”
(valor normal - preço de exportação) > 2%
preço de exportação
- Volume de importação objeto de “Dumping” > 3% do total importado pelo Brasil, a não ser que os países que individualmente respondem por menos de 3% sejam, coletivamente responsáveis por mais de 7% das importações.

Relação dos Processos Antidumping e Anti-subsídios no Brasil por tipo dos processos

Antidumping

1. Correntes de bicicletas (jun/88)
2. Cimento Portland (out/90)
3. Cloreto de alumínio anidro (ago/91)
4. Fios, telas e sacos de juta (nov/91)
5. Ferro-cromo alto carbono (nov/91)
6. Magnésio metálico (dez/91)
7. Carbonato de bário (jan/92)
8. Policloreto de vinila -PVC (abr/92)
9. Fosfato monoamônico -MAP (jun/92)
10. Tubos para coleta de sangue à vácuo (nov/92)
11. Ferro-cromo baixo carbono (dez/92)
12. Trietanolamida (mar/93)
13. Dietanolamina (mar/93)
14. Éter butílico de monoetilenoglicol (mar/93)
15. Monoetilenoglicol (mar/93)
16. Ácido sulfônico - AS (jun/93)
17. Polieterpoliol para espuma flexível (jul/93)
18. Fosfato monoamônico -MAP (ago/93)
19. Pós e escamas de alumínio (out/93)
20. Côcos frescos ou secos, mesmo ralados (nov/93)

21. Fios de algodão (nov/93)
22. Tecidos (nov/93)
23. Acetato de vinila (nov/93)
24. Pêssego em calda (nov/93)
25. Lápis comum (nov/93)
26. Correntes para motos serras (nov/93)
27. Ventiladores de mesa (jan/94)
28. Roda livre para bicicletas (jan/94)
29. Tripas artificiais para salsicharia
30. Cadeados, exceto para bicicletas (set/94)
31. Magnésio metálico, em forma brutas (dez/94)
32. Alho fresco ou refrigerado (dez/94)
33. Ferro-cromo baixo carbono (jan/95)
34. Lápis de mina de grafite e de cor (fev/96)

Anti-subsídios

1. Fraldas descartáveis (jan/91)
2. Fios de látex (mar/91)
3. Leite em pó (mar/92)
4. Grão de trigo descascado (set/92)
5. Fios de algodão (nov/93)
6. Grão de trigo descascado (nov/93)
7. Côco ralado e leite de côco (jun/94)
8. Algodão em pluma, não cardado nem penteado (dez/??)

PROCESSOS ANTIDUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS ABERTOS NO BRASIL REGISTROS POR REGIÕES E SETORES POSIÇÃO EM MARÇO DE 1996

Região	Produtos Químicos	Plásti-co & Borra-cha	Meta-is	Têx-til	Agro-indús-tria	Diversos	Total
NAFTA	9	4	3	1	2	2	21

EUROPA	3	1	1	-	2	-	7
LESTE EUROPEU	5	-	10	-	-	2	17
ÁSIA	1	1	1	4	9	6	22
MERCOSUL	-	-	-	-	-	3	3
ÁFRICA	-	-	1	-	2	-	3
TOTAL	18	6	16	5	15	13	73

¹ Compreende os seguintes produtos: cimento Portland, fraldas descartáveis, tubos para coleta de sangue a vácuo, lápis, corrente de motosserra, ventiladores, cadeados, roda e corrente para bicicleta.

² Duração média dos processo é de 11 meses e 10 dias.

LEGISLAÇÃO BÁSICA

- Decreto n.º 1.488, de 11 de maio de 1995.

Regulamenta as normas que disciplinamos procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda.

Medidas de salvaguarda - Podem ser aplicadas sob a forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas ou ainda de restrições quantitativas (cotas).

- Decreto n.º 1.602, de 23 de agosto de 1995.

Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas antidumping.

Direitos antidumping - Podem ser aplicados sob forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas.

- Decreto n.º 1.751, de 19 de dezembro de 1995.

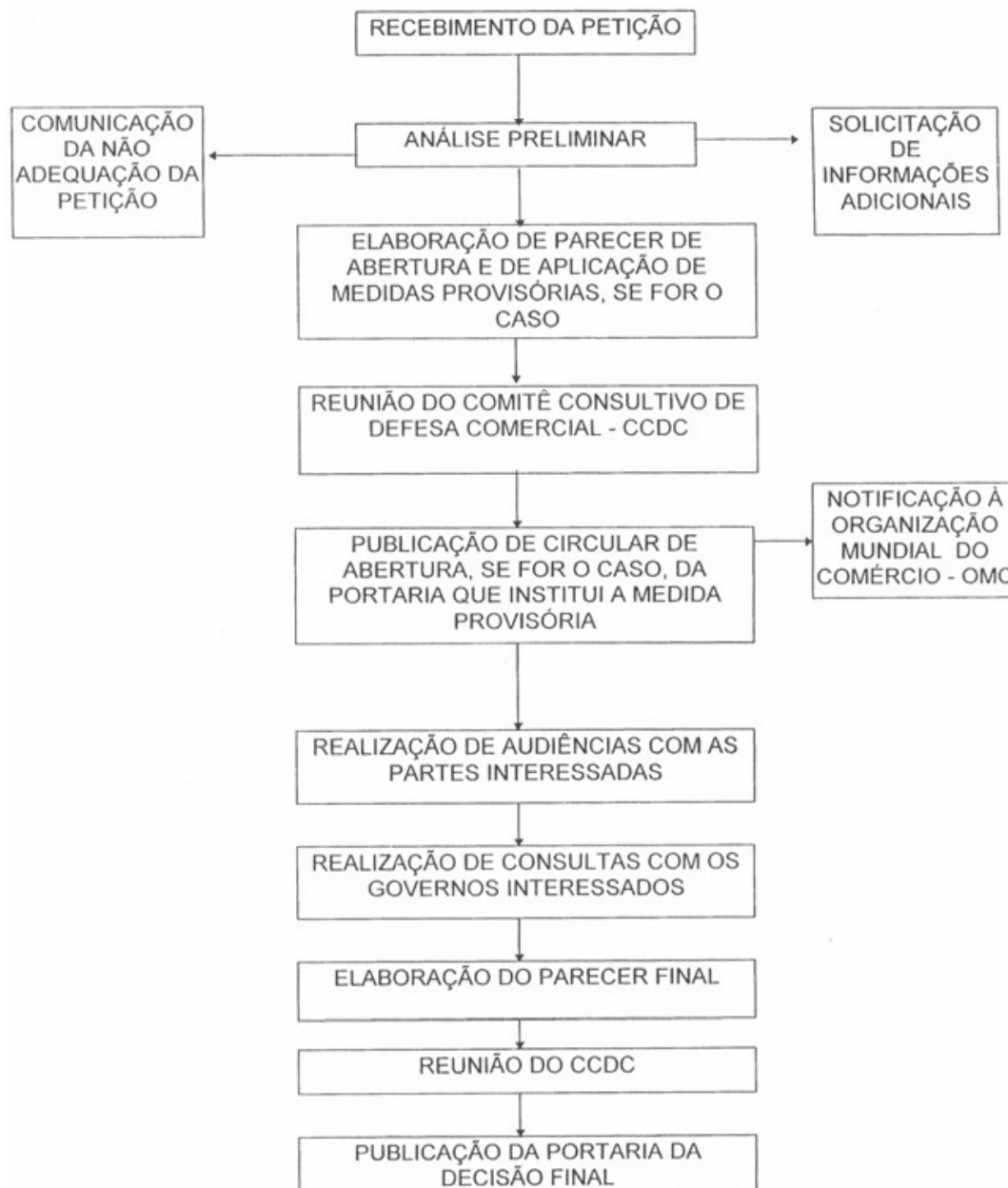
Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias.

Direitos compensatórios - Podem ser aplicados sob a forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas

SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

**FLUXOGRAMA DAS INVESTIGAÇÕES PARA APLICAÇÃO
DE MEDIDAS DE SALVAGUARDAS**



MEDIDAS DE SALVAGUARDA

Poderão ser aplicadas medidas de salvaguardas a um produto que haja apresentado aumento expressivo de suas importações em quantidades, em termos absolutos ou em relação à produção nacional e que, em tais condições causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes.

SALVAGUARDAS

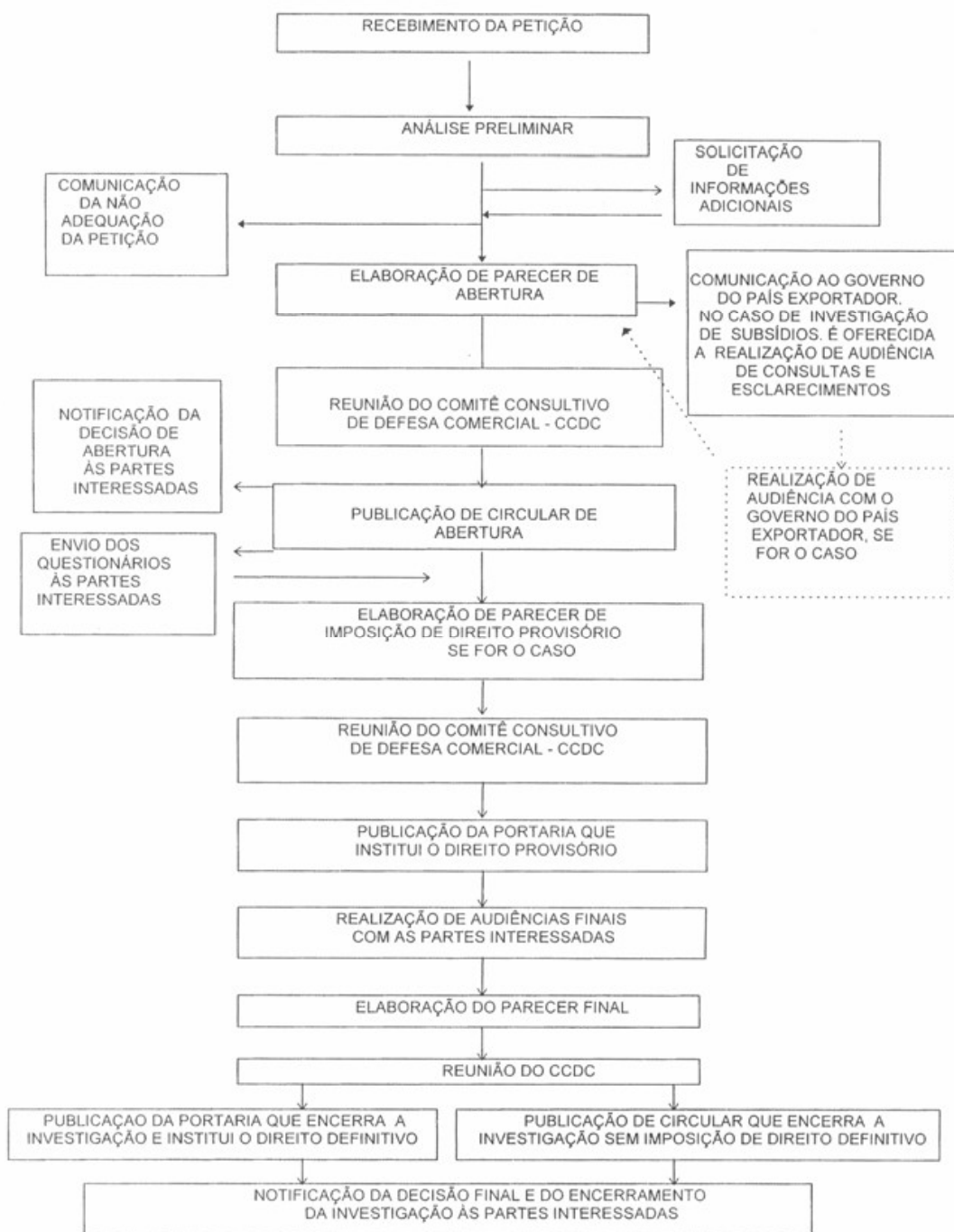
Diferem dos direitos antidumping e compensatórios no que:

- não exigem uma prática “desleal”;
- há necessidade de compensação;
- - não existe seletividade;
- - há necessidade de comprovação de “dano grave”;
- - exigem um programa de ajustamento da indústria;

REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

- Determinação positiva de subsídio, de dano e de relação causal;
- Montante de subsídios $> 1\%$ “ad valorem”, exceto para países em desenvolvimento (PED’s):
 - normalmente $> 2\%$ ad valorem” ou,
 - - para os PED’s que eliminarem seus subsídios à exportação antes de 8 anos, contados a partir da entrada em vigor do Acordo Consultivo da OMC, $> 3\%$ “ad valorem”;
- Volume de importação objeto de subsídio $> 3\%$ do total importado pelo Brasil, a não ser que os países que individualmente respondem por menos de 3% sejam, coletivamente responsáveis por mais de 7% das importações; exceto
 - para os PED’s $> 4\%$ individualmente ou, coletivamente $> 9\%$

FLUXOGRAMA DAS INVESTIGAÇÕES PARA A IMPOSIÇÃO E DIREITOS ANTIDUMPING E COMPENSATÓRIOS



DIREITOS COMPENSATÓRIOS

Taxa imposta às importações de produtos beneficiados com subsídio(s) com o fim de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional.

“SUBSÍDIO”

Existe subsídio quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir:

- - haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou
- haja contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportador.

Relações dos Processos Antidumping e anti-subsídios no Brasil por tipo de resultado

Assinatura de termo de compromisso de preços

1- Cimento Portland

Sem imposições de medidas

- 1- Fraldas descartáveis
- 2- Magnésio metálico
- 3- Éter butílico de monoetilenoglicol
- 4- Monoetilenoglicol
- 5- Ácido sulfônico
- 6- Polieterpoliol para espuma flexível
- 7- Fosfato monoamônico -MAP (2º processo)
- 8- Pós de alumínio
- 9- Fios de algodão

- 10- Tecidos
- 11- Acetato de vinila
- 12- Pêssegos conservado em calda
- 13- Lápis comum
- 14- Correntes de motosserra
- 15- Côcos frescos ou secos, mesmo ralados
- 16- Tripas artificiais para salsicharia
- 17- Algodão em pluma, não cardado nem penteado
- 18- Grão de trigo descascado

Com imposição de direitos definitivos

- 1- Correntes de bicicleta
- 2- Fios de látex
- 3- Cloreto de alumínio anidro
- 4- Fios, telas e sacos de juta
- 5- Ferro-cromo alto carbono³⁷
- 6- Carbonato de bário
- 7- Leite em pó³⁸
- 8- Policloreto de vinila - PVC
- 9- Fosfato monoamônico -MAP³⁹
- 10- Tubos para coleta de sangue à vácuo
- 11- Ferro-cromo baixo carbono
- 12- Trietanolamina
- 13- Dietanolamida
- 14- Ventiladores de mesa
- 15- Roda livre para bicicletas
- 16- Cadeados, exceto para bicicletas
- 17- Alho fresco ou refrigerado
- 18- Ferro-cromo baixo carbono
- 19- Côco ralado e leite de côco

³⁷ a decisão foi revista e a investigação encerrada sem imposição de medidas

³⁸ ² por conta da decisão do GATT, dando ganho de causa à CEE, os direitos estabelecidos foram revogados.

³⁹ foram revogados os direitos estabelecidos contra a Rússia

**PROCESSOS ANTIDUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS COM
IMPOSIÇÃO DE DIREITOS NO BRASIL REGISTROS POR
REGIÕES E SETORES POSIÇÃO EM MARÇO DE 1996.**

Região	Produtos Químicos	Plástico & Borracha	Metais	Têxtil	Agro-indústria	Diversos ⁴⁰	Total
NAFTA	4	2	-	-	1	1	8
EUROPA	1	1	-	-	2 ⁴¹	-	4
LESTE EUROPEU	1	-	2	-	-	2	5
ÁSIA	1	1	-	4	11	6	23
MERCO-SUL	-	-	-	-	-	-	-
ÁFRICA	-	-	1 ⁴²	-	1	-	2
TOTAL	7	4	2	4	8	6	42

⁴⁰ compreende os seguintes produtos: tubos para coleta de sangue, corrente de bicicletas, cadeados, ventiladores e roda livre.

⁴¹ por conta da decisão do GATT, dando ganho de causa à CEE, os direitos estabelecidos na importação de leite em pó foram revogados.

⁴² a decisão foi revista e a investigação encerrada sem imposição de direitos

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS

Ary Solon

1- DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS

O art. 21, inciso XII, da Lei no. 8.884 /94 contempla a figura da infração à ordem econômica consistente em **discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços ou condições operacionais de venda ou de serviços**. Trata-se de figura delituosa estruturada a partir daquela a que alude o artigo 2o. , inciso IV, alínea *a* da Lei no. 4.137/62, já revogada, que previa a formação de grupo econômico por agregação de empresas em detrimento de livre deliberação dos compradores por meio de **discriminação de preços entre compradores**.

Para não responder pelos ilícitos acima tipificados, poder-se-ia considerar, em tese, admissível uma certa diferença de preços, atendendo a circunstâncias justificáveis que destacaremos a seguir, à luz da doutrina e jurisprudência do **direito comparado**. Utilizaremos, de início, a legislação norte-americana, na falta de precedentes balizadores análogos no direito pátrio.

O Robison-Patman Act que foi promulgada em 1936 como emenda à seção 2 do Clayton Act e que proíbe a discriminação de preços na legislação norte-americana deu origem a uma vasta casuística a seguir comentada que levou em conta aspectos como():

- A) A **contemporaneidade** das diversas vendas (a proibição só se aplica à vendas contemporâneas, ou seja, a discriminação poderia ser justificada por vendas em diversas épocas).
- B) A **similaridade** dos produtos ou sua diferença física (com especial ênfase à questão de commodities onde não existe a diferenciação).
- C) A **categoria de compradores** (grandes revendedores, lojas de descontos ou varejistas).
- D) A **localização geográfica** do comprador (em que a diferenciação decorre de transportes e seus riscos).

E) A **quantidade** adquirida (em que se limitou o desconto quantitativo apenas à economia de custos decorrente da venda em uma maior quantidade).

F) **Serviços** prestados pelos adquirentes na **promoção** dos produtos, e outros muitos fatores justificadores de diferenciação de preços.

A Seção 2 a) da lei americana trata da discriminação **direta** de preços - que é o caso que nos interessa mais de perto - do vendedor fixar diferentes preços a distintos compradores (diferente da discriminação **indireta** quando os diferentes **termos e condições** de uma venda resultam em uma vantagem econômica para determinados compradores - objeto de outras seções da referida lei). Esta seção proíbe "discriminar preço, direta ou indiretamente, entre diferentes compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade", que, de maneira substancial, possa "diminuir a concorrência ou tenda a criação de um monopólio em qualquer ramo do comércio". É certo, portanto, que a infração mencionada só se constitui se existirem pelo menos duas vendas pelo mesmo vendedor a compradores diferentes com uma diferença de preços e que se tenha produzido um efeito anticompetitivo.

Uma **defesa absoluta** perante a acusação de discriminação de preços na legislação norte-americana é a prova de que o preço mais baixo foi feito para cobrir a de outro concorrente ("to meet a competitive price"). Tal disposição fundamenta-se no sistema da economia de mercado que as leis antitruste visam a proteger. Parece-nos de suma importância que a própria legislação americana, dentro do contexto da economia de mercado, deixou claro que **nenhuma proibição de diferenças de preços poderia impedir que o vendedor pudesse fazer uma oferta por preço mais baixo que outro vendedor concorrente de boa fé**, ou seja, é possível a diferenciação de preços desde que fundada na livre concorrência. Outrossim, acreditamos que esta também será a jurisprudência brasileira, uma vez que o contrário determinaria um total engessamento de preços e a não flexibilização feriria completamente o sistema de mercado e a livre concorrência.

Ademais, para efeito da proibição, a venda deve ser efetiva, não apenas potencial. Assim, uma mera cotação de preço discriminatório (por ex., uma comparação entre uma lista de preços e uma venda) não é suficiente para demonstrar o delito.

A seguir, detalharemos as exceções à proibição já enunciadas no parágrafo terceiro supra, tratando-se de saber se a diferenciação é ou não justificada, em especial, no caso de "commodities" ainda à luz da legislação norte-americana sobre a matéria.

a) Vendas em diversas épocas

A questão da oscilação das "commodities" pode servir de justificativa ligada ao aspecto da contemporaneidade das diversas vendas. Quando se faz uma acusação de discriminação no preço contra uma indústria com preços flutuantes, como a de grãos, metais e alimentos perecíveis, costuma-se usar como defesa o fato - e, em cada caso, é uma questão de fato, - de que as condições de mercado mudaram entre as vendas em questão. "As condições de um mercado em mutação", diz Carla Hills (in "Antitrust Adviser"), "podem claramente ser a causa de diferenças de preços, tanto quanto se possa discriminar num mercado flutuante".

b) Similaridade e uso diferenciado

A legislação norte-americana fala em "mercadorias do mesmo grau e qualidade". No que diz respeito, portanto, a eventual defesa baseada em requisitos de qualidade onde se releva a **utilização** do produto, é interessante a observação da autora acima referida de que "obviamente, se os itens da mercadoria em questão são inteiramente distintos quanto aos ingredientes, aparência e utilidade, não há razão de serem vendidos pelo mesmo preço".

De um lado, ainda segundo Carla Hills, produtos de qualidade similar mas não fungíveis, de diferentes tamanhos ou de aparência diferente ainda são subsumidos pelas cortes norte-americanas no tipo legal "like grade and quality". De outro lado, as mesmas diferenças físicas de tamanho, design, estilo e características "*que afetem a negociabilidade do produto*" apoiam a conclusão de que referida mercadoria não é de mesmo grau e qualidade. Aliás, esta parece ser a posição do FTC no sentido de que "diferenças físicas de boa-fé que afetam a "marketability" do produto, mesmo as pequenas e sem impacto nos custos do vendedor, fazem com que os produtos não sejam considerados de grau e qualidade similar". De modo igual, no caso *Checker Motors Corp vs Chrysler Corp.* a corte entendeu que "se houver diferenças físicas substanciais nos produtos afetando o uso pelo consumidor, preferência ou negociabilidade, tais produtos não são de "grau e qualidade similar", não importando os custos de produção". Da mesma forma, se uma mercadoria é feita de acordo com as especificações do consumidor, sendo diferente do produto comum do fabricante, tal fato obsta a similaridade. Já diferenças de marcas em produtos fisicamente idênticos não precluem o citado enquadramento.

c) Categorias de compradores

A lei norte-americana não admite explicitamente a diferenciação de preços em razão da categoria dos compradores (distribuidores/ atacadistas/ utilizadores do produto como matéria-prima/ varejistas). No entanto, "justificam-se descontos funcionais com base na ausência de prejuízo à competição". "Sua legalidade não se fundamenta em justificação de custos mas no fato de que diferentes tipos de consumidores realizando diferentes funções não competem, e assim a diferenciação de preços entre tais classes não tem nenhum efeito negativo sobre a concorrência".

d) Localização geográfica

Conquanto a posição da *Federal Trade Commission* não seja clara a respeito de discriminação por fatores geográficos, existe um princípio de que, numa venda efetuada para áreas distantes, o preço ofertado a um determinado consumidor *após* a consideração do elemento frete não pode exceder ao ofertado a um consumidor mais próximo.

e) Quantidade

Aceita-se como justificativa para diferenciação de preço a quantidade adquirida desde que vinculada a efetiva economia de custos decorrente de uma venda maior. A jurisprudência americana é muito rigorosa na correspondência custo/desconto, autorizando a concessão de descontos proporcionais às quantidades vendidas, desde que preenchidas as condições fixadas pela *Federal Trade Commission*.

f) Serviços

Ajuda para publicidade e promoção de vendas, equipamento para demonstrações são consideradas diferenciações "indiretas" de preço, também vedadas pela lei norte-americana.

Conclusão

À luz do exposto, pode-se concluir que, pela legislação norte-americana não haverá discriminação de preços se o vendedor provar que (1) o diferencial de preço é justificado por uma diferença no custo para o vendedor ,(2)ou que surgiu para cobrir uma oferta por preço mais baixo de outro vendedor concorrente de boa fé (3)ou que a diferenciação resultou de uma resposta para condições em mudança afetando o mercado ou a negociabilidade dos bens em questão. As exceções contidas neste item 3, consubstanciadas nos aspectos A) e B) poderiam, em tese, justificar que um produtor eleja certos distribuidores para oferecer-lhes uma diferenciação de preço em razão dos fatores acima analisados, entre os quais, destacam-se a oscilação dos preços para acompanhar o mercado internacional e a utilização diferenciada do produto .

A jurisprudência brasileira sobre a questão anterior à atual lei e feita sob a Lei n.º 4137, apenas examinou até agora um dos aspectos, permitindo descontos quantitativos no preço, ou seja, uma discriminação baseada na quantidade de produtos adquiridos, tendo porém deixado claro que tais descontos não poderiam ser de forma tal que impedissem a mais de um revendedor o acesso aos descontos maiores, ou seja, não se admitiu que apenas um concorrente, pelo seu domínio de mercado, pudesse ter acesso à descontos máximos. (A discriminação seria injustificada por não serem bastantes os compradores que se poderiam beneficiar do preço mais baixo).

Veja-se, bem a propósito, o seguinte trecho de decisão proferida pelo CADE no processo administrativo n.º 3 (in DOU de 19 de setembro de 1969, Seção I, Parte I, pp. 7.925 e ss.):

"Aliás, a tabela de descontos em função dos volumes de compras é uma prática difundida, de há muito, no comércio de todo o mundo ocidental, constituindo, mesmo, uma das praxes mais arraigadas em nossas praças comerciais, e não só nas grandes, mas também nas pequenas do interior. Os próprios peritos que funcionaram no presente Processo Administrativo, só verberaram a tabela de descontos adotadas pela VIDROBRÁS, única e exclusivamente, pela enormidade da distância que, no seu entender, separava, então, a CVB do grosso dos demais compradores."

Comentando tal julgamento NEIDE MALARD em seu estudo "Práticas Verticais Restritivas à Concorrência" afirma que o Conselho entendeu, ainda, que tabelas de descontos quantitativos são uma prática comercial difundida, sendo razoável uma diferenciação de 19,5% entre os tetos máximo e mínimo de desconto".

Já na representação dos revendedores de pneus contra as indústrias de pneumáticos (processo administrativo n. 10, DOU de 27 de maio de 1976, Seção I, Parte I, pp. 7.545 e ss.), o CADE decidiu que:

"É certo que podiam usar da faculdade de conceder descontos variáveis a revendedores, mas não ao ponto de concessão de descontos discriminatórios e altamente elevados, causando prejuízos a um considerável número de empresas revendedoras, criando dificuldades ao seu funcionamento, tanto que muitas foram levadas à falência ou a encerrar suas atividades."

No processo n.º 8, o CADE assim se pronunciou (Cf. DOU de 29 de julho de 1971, Seção I, Parte I, pp. 5.967 e ss.):

"A mera existência de escala de descontos em função de quantidades compradas, por si só, não basta ao reconhecimento de discriminação de preços, máxima quando as bonificações sejam razoáveis e conseqüentes da própria concorrência do mercado. Os aspectos de cada caso concreto é que indicam a existência de conduta condenável ou não, devendo ser repelida, como regra geral, a tabela que tenha o efeito de criar a razoável possibilidade de prejudicar a concorrência ou que tenda para a criação de um monopólio."

Assim, temos que a existência de descontos quantitativos não bastariam, por si só, para configuração do ilícito de que trata a lei brasileira. Como vimos nos casos em análise, só se admite a punição se a discriminação de preços objetivasse a eliminação da concorrência, dominação do mercado ou aumento arbitrário dos lucros, o que nos parece uma interpretação apropriada e também conforme à Constituição Federal ora em vigor.

O que se pode concluir a respeito de preços diferenciados em nossa legislação é que o Brasil terá um longo caminho a percorrer até encontrar uma jurisprudência que nos forneça **guide lines** mínimas para os agentes econômicos, no que diz respeito a fixação de preços diferenciados.

Entretanto, se recebida entre nós a forma pelo qual o direito norte-americano trata a matéria, serão válidas as seguintes recomendações que devem ser examinadas em cada caso concreto:

- 1) Em princípio, é ilegal fazer discriminação de preços entre compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade.
- 2) Essa proibição não impede diferenciação feita para cobertura de oferta de preços de outro concorrente desde que fique documentado o preço do concorrente semelhante ao praticado pelo vendedor (por ex., solicitando-se ao comprador fax ou carta informando que recebeu oferta que o vendedor teve de cumprir)
- 3) Se as diferenças forem resultantes do uso que as mercadorias estão sujeitas (uso humano/uso não humano, por exemplo), exigindo métodos de controle de qualidades diferenciados que repercutam nos custos de fabricação, venda ou entrega, as mesmas devem ser diferenciadas através de embalagens que justifiquem através do controle de qualidade tais diferenciações. O uso humano sendo mais nobre, envolve uma responsabilidade maior do fabricante no que diz respeito a sua qualidade, devendo-se admitir uma diferenciação de preço para essa utilização do produto, a qual será justificada pelo fato de se assumir maior responsabilidade por problemas futuros, maior controle de qualidade, armazenagem especial e embalagem especial, com o que se terá maiores justificativas para explicar a diferenciação.
- 4) Diferenciações feitas com base em fatores geográficos justificam-se no Brasil, onde condições peculiares aumentam os riscos de transportes, atrasos de pagamento, grandes distâncias de determinadas regiões
- 5) É importante que uma tabela progressiva de descontos não impeça o acesso de terceiros aos maiores descontos com a evolução de suas vendas.

Excurso: Em defesa (parcial) da responsabilidade subjetiva na Lei Antitruste e legislação correlata

De uma exposição dogmático-jurídica sobre um determinado delito anticoncorrencial, passamos em seguida a uma avaliação político-jurídica com matriz zetética (2) sobre o problema da culpabilidade na responsabilidade delitual de modo geral, em especial no direito econômico.

Estabelece o art. 20 da Lei n.º 8.884/94 que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”(grifo nosso)

Bem assim, no Código de Defesa de Consumidor, existem casos de responsabilidade, independentemente de culpa, como a do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro, e do importador, quando responsáveis por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos(art. 12) O mesmo acontece ao comerciante (art. 13) e ao fornecedor de serviços(art. 14).

Neste sentido, multiplicam-se as ofensas por responsabilidade objetiva no direito contemporâneo, afastando a velha idéia de Jhering acerca de uma proposição eternamente verdadeira “der ewige Wahre Satz: kein Ubel ohne Schuld” (nenhum mal sem culpa).É a própria doutrina da culpa que se coloca em crise, chegando alguns autores a negar a própria distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva.(3)Também no plano histórico, atacam os autores a noção subjetiva de responsabilidade, tendo sido o mérito do filósofo do direito Hägeström haver contestado as supostas raízes romanas da noção voluntarista da responsabilidade jurídica(4). É neste horizonte crítico que procuraremos fazer uma defesa moderada e não reacionária de uma concepção da culpa do sujeito responsável de direito.

Segundo o uso linguístico, “ Ser A responsável por X ”significa que A realiza todas as condições, sejam subjetivas, sejam objetivas, necessárias e suficientes para ser condenado (a uma pena, como na Lei Antitruste, ou à indenização como no Código de Defesa do Consumidor).

Fala-se em condições subjetivas nos marcos de uma concepção tradicional profundamente enraizada que exige para determinar-se a responsabilidade, além do nexos objetivo com a violação, também a satisfação de algumas condições subjetivas ou psicológicas. Tais condições enfeixam-se em nosso direito sob o termo genérico de *culpa*. (“*mens rea*” nos países de “common law”).

O requisito da culpa pressupõe que a violação tenha sido realizada em certas condições psicológicas que atinjam a vontade e o intelecto do autor pelo qual o fato punível é ligado ao agente e não às circunstâncias causais. A

fase subjetiva, portanto, denota-se pela presença de certos requisitos acerca do *habitus* psíquico do agente como condições para que ele possa ser punido.

Um tratamento satisfatório da culpa como condição da responsabilidade também é possível se analisarmos o sentido do conceito de responsabilidade do ponto de vista da filosofia analítica.

Como resultado da investigação linguística, a responsabilidade aparece apenas como um conceito sistemático que tem a função de juntar certos fatos condicionantes à determinadas consequências. Que uma pessoa A seja juridicamente responsável pelo fato X, significa, segundo o uso lingüístico, que A satisfaz a todas as condições necessárias e suficientes para que, num processo diante dos tribunais, A possa ser condenado por X a uma pena, ao ressarcimento de danos ou a uma outra sanção. Pressupõe-se que x represente a violação de uma norma jurídica. O momento da responsabilidade não existe por si só. Na realidade, tudo o que existe é a relação jurídica entre fatos e consequências. O fato de a responsabilidade não ter referência semântica não significa, porém, que afirmações de responsabilidade sejam ilusórias, no sentido de serem privadas de objeto mas apenas que sua função pragmática é a de exprimir a relação entre fatos condicionantes e consequências condicionadas.

Hart, ainda que se afastando dos indeterminismos metafísicos da concepção clássica da “vontade livre”, conseguiu demonstrar ser plenamente justificado o requisito de condição subjetiva de culpa, como *mens rea*

De um ponto de vista filosófico-analítico, Hart concebe a retribuição não como fim da pena (efeito querido) mas como sua justificação e critério de mensuração. Racionalmente, aceita-se o requisito da culpa como princípio limitativo mais do que como consideração sobre o fim.

Na exposição tradicional da matéria, os juristas tentaram construir uma teoria geral dos “elementos psíquicos” da culpabilidade de maneira insustentável. Num tratamento diferente, Hart observa que, no caso de um delito, é apenas possível compilar uma lista de exceções de que resultam a exclusão da ilicitude, revelando-se que as tentativas de definir em termos gerais as condições psíquicas de responsabilidade são tentativas destinadas ao fracasso. Quando se atribui uma ação a um sujeito, a questão de haver ocorrido um acontecimento psicológico não se apresenta nesta concepção analítica na forma positiva da busca de um movimento interior da vontade mas sob a forma de uma pesquisa se alguns dos motivos de defesa dizem respeito ao caso em espécie. Já na ética aristotélica, o termo “voluntário” servia para excluir uma série heterogênea de casos, como a violência física, a coação, o caso fortuito, o erro etc... e não para designar um elemento ou um estado psíquico. As definições essenciais passam assim a ser consideradas

simplesmente como abreviação do fato de serem admitidas as mais variadas formas de exclusões do ilícito. O que vem considerado como elemento psíquico na responsabilidade delitual pode ser compreendido apenas levando-se em conta as causas de exclusão do ilícito como o erro de fato, o caso fortuito, a força maior, coação, a doença mental etc...O fato de que referido fatores sejam admitidos como exclusão ou atenuante a uma acusação formulada constituiria o valor prático da máxima *acutus no est reus nisi mens sit rea*.

No entanto, os teóricos do direito procuram impor uma unidade fictícia a esta coletânea heterogênea de exclusões, sugerindo que um só elemento (a intenção) ou, segundo certas teorias mais recentes, dois elementos (previsão e voluntariedade) seriam universalmente requeridas como condições necessárias da responsabilidade. É possível apresentar a admissibilidade destas exclusões mostrando-se que há um único elemento psíquico (“voluntariedade”) ou dois (“voluntariedade” e “previsibilidade”) requeridas como condições psíquicas necessárias para uma plena responsabilidade. Mas para poder determinar que coisas seriam a voluntariedade e a previsibilidade e para poder estabelecer sua presença ou ausência é necessário tornar a fazer referência às várias exclusões. Assim, tais termos gerais assumem simplesmente a função pragmática de exprimir abreviadamente a ausência de todas as várias condições a que se referem à capacidade de entender e de querer do agente, eliminando ou diminuindo a responsabilidade.

A velha intencionalidade, contudo, pode encontrar algum apoio nas investigações da Teoria Geral do Direito contemporânea. Numa visão aprofundada, é um erro do comportamentalismo acreditar que um ato possa ser descrito objetivamente como uma série concatenada de fatos exclusivamente físicos, prescindindo de elementos psíquicos. Se se exclui tudo o que se possa chamar intenção, o ato de A se limita a algumas contrações musculares e a certos movimentos. A distinção entre o ato mesmo e as circunstâncias psíquicas que o acompanham é uma abstração artificial e impossível.

Não precisamos ser jusnaturalistas para aceitar que normas requerendo o impossível não devem ser consideradas normas jurídicas. Cumprir uma norma efetivamente depende da apreensão de que estas normas obrigam. A idéia de normatividade traz implícita uma atitude crítico-reflexiva em direção a determinados padrões de conduta, na pretensão à conformidade e no reconhecimento de que tal crítica é justificada.

A posse deste atitude refletiva é central para a capacidade de um indivíduo de seguir a regra. Uma interferência em nosso processo mental, que nos incapacite identificar que nos encontramos em situação de seguir uma

regra ou que “desligue” nossa obrigação pode ser considerado uma exclusão. Desta forma, o ataque contra o conceito de culpa torna-se em certo sentido irrelevante. A abolição da culpa parece-nos assim teoricamente pouco consistente. Mesmo que o legislador venha a afirmar que uma infração poderá ser praticada “independente de culpa”, isto esbarra na verdadeira natureza normativa do direito da qual, por assim dizer, a culpabilidade é inextricável.

(1) Carlos Francisco de Magalhães - “A Nova Lei Antitruste no Brasil - Aspectos Ligados aos Setores de Informática e Telecomunicações”.

(2) Nesta minha passagem um tanto arbitrária da prática à teoria da culpa tenho como interlocutores ideais o autor de “Introdução ao Estudo do Direito-Técnica, Decisão e Dominação”, Alf Ross e Hart que, além de filósofos, por exercitarem a profissão de advogados respectivamente na área do direito econômico, constitucional e penal conseguem uma penetração mais bem sucedida do teórico no prático.

(3) “No matter how it is turned and twisted, it is logically impossible to adhere to the concept of guilt.” A. Vilhelm Lundstedt in Legal Thinking Revised, p.57

(4) Hoje se sabe que a palavra *responsabilidade* que descende da primitiva obrigação contratual do direito quiritário romano, pelo qual o devedor se vinculava ao credor por intermédio de perguntas e de respostas orais *spondes? spondeo* tinha uma raiz sacra, onde a vontade não tinha nenhum papel (Originariamente, a *sponsio* era um ato de libação, um ritual de oferta coletiva acompanhado de promessa solene (a origem grega desta palavra significa justamente libação). Quem quebrasse o juramento, incorria em sanções de caráter sagrado fazendo recair sobre si a vingança dos deuses. Na concepção primitiva romana, não era, portanto, o consentimento das partes que produzia a obrigação, mas tão somente a prolação solene das palavras prescritas.

Assim também, originariamente a palavra culpa, no direito civil, era sinônima de *inuria*, significando simplesmente a falta de um determinado *ius*, ultrapassar as fronteiras do próprio direito ocasionando impureza e a ira dos deuses. Com o correr dos tempos, em virtude da revolução no pensamento jurídico romano causado pela filosofia grega, o conceito religioso tornou-se moral. A princípio, em decorrência da noção objetiva de culpa, esta existia tanto numa conduta *prudenter* (o delito era cometido com consciência da consequência do ato) como *imprudenter* (quando se admitia sacrifícios expiatórios). Pelo novo conceito subjetivo de culpa de origem helênica, o comportamento era repreensível somente enquanto traduzisse uma consciência imoral na conduta. Em antítese com o significado religioso mais

antigo, a palavra adquire o sentido de uma conduta contra o direito moral (o *bonum et aequum*).