

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 1 nº 3

CADERNO DE TEXTOS

TRANSCRIÇÃO DOS SIMPÓSIOS:

- PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS
NA LEGISLAÇÃO ANTISTRUSTE**
- DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA**
- CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL**

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 8722609/2636748

Fax.: (011) 8722609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Carlos Francisco de Magalhães

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Alberto Venâncio Filho, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria.

A REVISTADO IBRAC está aberta a colaborações tanto acadêmicas como não acadêmicas , que sejam de interesse para o desenvolvimento das relações de concorrência e consumo. Textos em língua estrangeira ou traduções poderão se aceitos, a critério da Redação.

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

ÍNDICE

SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE"

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES.....	5
NEIDE TERESINHA MALARD.....	6
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR	16
UBIRATAN MATTOS	22
MAURO GRINBERG	26
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES.....	38
JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI	42
LÁZARA COTRIM	45
EUGÊNIO DE OLIVEIRA FRAGA.....	47
MARCOS VINÍCIUS DE CAMPOS	49
JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA	51

SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA"

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR	67
LEANE NAIDIN.....	72
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES.....	78
UBIRATAN MATTOS	83
PEDRO CAMARGO NETO	89
PEDRO WONGTSCHOWSKI	93
EDMONDO TRIOLO	97
MAURO GRINBERG	99
GUILHERME DUQUE ESTRADA	100

SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL"

WERTER R. FARIA	107
MARIA ISABEL VAS.....	113
LUIZ OLAVO BAPTISTA	134
MICHEL A. ALABY	143

RELAÇÃO DE PALESTRANTES

SIMPÓSIO: "Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste"

DATA: 07/10/93

- Tércio Sampaio Ferraz Jr. – Prof. da Fac. de Direito da USP
- Ubiratan Mattos - Advogado do Escritório Pinheiro Neto
- Mauro Grinberg - Advogado e ex-Conselheiro do CADE
- Carlos Francisco de Magalhães - Advogado e Presidente do IBRAC
- Neide Teresinha Malard - Conselheira do CADE
- José Inácio Gonzaga Franceschini - Advogado e Vice-Presidente do IBRAC
- Marcos Vinícius de Campos - Advogado e ex-Diretor do DPDE
- Lázara Cotrin - Coordenadora de Assuntos Jurídicos do DPDE
- Eugênio de Oliveira Fraga - Coordenador de Assuntos Econômicos do DPDE
- José Del Chiaro Ferreira da Rosa - Advogado, ex-Secretário de Direito Econômico e Vice-Presidente do IBRAC.

SIMPÓSIO: "Dumping e Concorrência Externa"

DATA: 25/11/93

- Tércio Sampaio Ferraz Júnior - Prof da Fac. de Direito da USP
- Carlos Francisco de Magalhães - Advogado e Presidente do IBRAC
- Leane Naidin - Departamento Técnico de Tarifas - DTT
- Pedro Camargo Neto - Sociedade Rural Brasileira
- Pedro Wongtschowski - Oxitenio
- Ubiratan Mattos - Advogado
- José Del Chiaro Ferreira da Rosa - Advogado e ex-Secretário de Direito Econômico
- Mauro Grinberg - Advogado e ex-Conselheiro do CADE
- Guilherme Duque Estrada – Abiquim

SIMPÓSIO: "Concorrência no Mercosul"

DATA: 16/03/94

- Maria Isabel Vianna de Oliveira Vas – Prof^a. de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais.
- Werter Rotundo Faria - Ex-Presidente de CADE, Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração.
- Michel Alaby - ADEBIM
- Luis Olavo Baptista - Prof Titular de Direito do Comércio Internacional da Fac. De Direito da USP.
- Carlos Francisco de Magalhães - Advogado e Presidente do IBRAC .
- José Del Chiaro Ferreira da Rosa - Advogado e ex-Secretário de Direito Econômico.
- Mauro Grinberg - Advogado e ex-Conselheiro do CADE

SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE"

**Coordenadores : Dr. Carlos Francisco de Magalhães
Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa**

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

As minhas primeiras palavras são de agradecimento a todos presentes, que vem aqui mais uma vez prestigiar esta iniciativa do IBRAC, inclusive muitos de outros Estados que estou vendo aqui, em especial nossos agradecimentos às autoridades presentes que deixaram as suas responsabilidades e afazeres em Brasília para colaborar nessa difusão da legislação antitruste.

Com o evento de hoje, estamos pretendendo examinar a matéria concorrencial, mais sob uma ótica prática, objetiva e direta, o que talvez venha a frustrar os juristas e economistas presentes, mas pretendemos deixar de lado um enfoque mais profundo sobre a matéria para podermos atingir o dia-a-dia das empresas, o cotidiano, que realmente é onde se passam as relações de concorrência entre as empresas.

Nessa maneira, o nosso Simpósio de hoje está organizado de maneira bastante informal: vamos ter uma exposição geral feita pela Dra. Neide Malard que fará um traçado a respeito das restrições de concorrência em geral, enumerando aquelas mais comuns e depois deixamos para os demais componentes das duas mesas desses painéis, a escolha dos temas específicos em que cada um possa dar a sua melhor contribuição.

Tendo em vista que o nosso tempo será bastante exíguo e o tema é bastante vasto, eu peço a todos já previamente que procurem fazer a maior síntese possível, e que tenhamos assim oportunidade de ter a participação dos presentes no auditório que será fundamental para o sucesso dos trabalhos.

Gostaria também de fazer um apelo para os presentes para que qualquer que seja a questão trazida à mesa, seja feita em tese, em face da presença das autoridades e técnicos na matéria, especialmente os integrantes dos órgãos de defesa da concorrência, pois seria uma descortesia nós pedirmos para que eles se manifestassem sobre casos concretos, mesmo que

não estejam ainda sub judice. Em tese, evidentemente, nós poderíamos falar sobre tudo que for necessário.

Então, reiterando os meus agradecimentos pela presença de todos, passo a apresentação da mesa, estando à minha direita a Dra. Neide Malard que deve ser conhecida de todos as pessoas que lidam com problemas de concorrência; Conselheira do CADE tem se apresentado em muitas ocasiões em seminários e simpósios, e tem revelado seus profundos conhecimentos com brilhantismo incomum. Também a minha direita estou com a Dra. Carla Barroso, atual Procuradora do CADE que também há muitos anos, creio que 10 ou 15 anos, vejo militando na matéria concorrencial, com grande esforço e dedicação e também com bastante brilhantismo e do meu lado esquerdo o Dr. Tércio Sampaio Ferraz que também dispensa apresentação, Professor titular da USP, além de um dos maiores especialistas na matéria de Direito Econômico e também autor de inúmeras obras; o Dr. Ubiratan Mattos, advogado especialista em Direito Econômico e participante do Escritório Pinheiro Neto Advocacia, que também dispensa quaisquer apresentações, e finalmente o Dr. Mauro Grinberg que também dispensaria apresentações porque foi Conselheiro do CADE durante muitos anos, tendo deixado essa função para atuar na Procuradoria da Fazenda Nacional, sendo ainda advogado militante e especialista na área, o qual como membro do CADE, nos trouxe excelentes decisões, algumas até contrárias a quem o está apresentando. Registro ainda que quem deveria estar aqui fazendo papel de moderador é o Dr. José Inácio Franceschini, mas pelo fato de estar voltando de viagem (12 horas de avião), está quase completamente afônico como os senhores poderão depois constatar porque ele estará presente ao segundo painel pelo menos, para tentar falar alguma coisa, e pediu para que nós o substituíssemos aqui. Então, queria dar, sem mais, a palavra a Dra. Neide Malard e em seguida ouviremos os demais expositores debatedores dentro daquela informalidade que nos propusemos no início.

DRA. NEIDE TERESINHA MALARD

Boa Tarde,

Eu gostaria de agradecer, mais uma vez, a oportunidade que o IBRAC proporciona aos membros do CADE de estarem em contacto com advogados, economistas e a classe empresarial de São Paulo, para debatermos esta matéria tão candente atualmente no Brasil, que é a defesa da concorrência. Eu vou fazer para os senhores uma exposição bem genérica e simples a respeito das práticas restritivas da concorrência. As práticas da

concorrência são divididas em práticas verticais e práticas horizontais, e eu vou tratar daquelas práticas que são adotadas a partir do fabricante até o vendedor do produto.

A produção passa por vários estágios até que o produto final chegue às mãos do consumidor, vindo desde a elaboração de projetos, passando pela aquisição da matéria prima até chegar à distribuição do produto fabricado. É exatamente nesse relacionamento vertical, a partir da execução de um projeto até que o produto chegue pronto ao mercado para ser consumido, nesse relacionamento entre os diversos agentes econômicos que funcionam nessa cadeia e que, em geral não são concorrentes entre si, que se costuma celebrar acordos ou adotar comportamentos que podem refletir no mercado e restringir a concorrência.

No Brasil, nós adotamos, principalmente, o sistema de abuso do poder econômico. Existem praticamente dois sistemas nas diversas legislações que cuidam da defesa da concorrência. Nós temos o sistema da proibição ou "**per se condemnacionem**" e o sistema de abuso. No sistema "**per se condemnacionem**", as legislações trazem condutas que, por si próprias, constituem infração à ordem econômica. Já no sistema do abuso, só constituem infração econômica determinadas condutas que impliquem em domínio de mercado ou em prejuízo à concorrência. No Brasil, nós adotamos um sistema misto. Praticamente todas as condutas dependem de um objeto ou de um resultado - o domínio de mercado ou o prejuízo à concorrência. Apenas algumas condutas são tratadas na Lei nº 4.137/62 como condutas ilegais por si próprias. Essas condutas não necessariamente de uma análise do contexto econômico onde elas se desenvolvem para que sejam consideradas abusivas do poder econômico. Já a Lei nº 8.158/91 exige que a análise do contexto econômico em que a conduta ocorreu seja feita para que se possa caracterizar a inflação à ordem econômica. Então, nós temos que todas aquelas condutas elencadas do artigo 3º da Lei nº 8.158/91 são condutas meramente indiciárias, ou seja, elas só serão passíveis de repressão se tiverem como objeto ou se resultarem a dominação de mercado, o prejuízo à concorrência ou o aumento arbitrário de lucros. Em princípio uma conduta não seria ilegal **per se**; nós teríamos que examinar como que essa conduta ocorreu num determinado contexto econômico.

Na verticalização, há várias razões por que o fabricante de um determinado produto impõe restrições a todos aqueles outros agentes que vão lidar com seu produto: o revendedor ou distribuidor e, muitas vezes, o fornecedor da matéria-prima. Então o que nós vamos ver a partir de agora são as razões que levam o fabricante a adotar determinadas condutas.

Não se pode negar que o fabricante tenha o interesse de fazer com que o seu produto seja bem recebido e aceito pelo consumidor. Em geral, as justificativas que são por ele oferecidas para adoção de certas condutas são a preservação do nome, a preservação da marca, enfim a qualidade final do seu produto.

Há várias maneiras do produto chegar ao consumidor. Muitas vezes o fabricante adota a venda direta, outras vezes ele usa distribuidores. Às vezes ele adota agentes ou simplesmente coloca o produto à disposição de atacadistas que repassam a varejistas. Quando o produto é vendido diretamente pelo fabricante, ele está ali próximo de quem o está comprando. Então, ele cuida de saber o que está acontecendo com seu produto; se o consumidor o está recebendo bem; quais são as reclamações que o consumidor tem; se o produto precisa ser inovado, e se as exigências do consumidor estão sendo atendidas. Quando ele usa intermediários nessa relação com o consumidor, essas informações chegam a ele com uma certa dificuldade. O que acontece, então, em geral, é que o fabricante procura impor aos seus distribuidores alguma forma de conduta e, muitas vezes, essas formas de conduta, principalmente em contratos especiais, como é o caso do **franchising**, que nós vamos ver com mais detalhes, podem ser restritivas da concorrência, em função dos efeitos prováveis que podem causar no mercado.

Uma das práticas muito comuns no mercado é o acordo de exclusividade. O acordo de exclusividade não tem sido considerado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao longo de sua história, como uma prática abusiva **per se**, a não ser que se detecte nessa exclusividade algum interesse do fabricante em dominar o mercado ou excluir algum concorrente.

Nesse acordo de exclusividade, o que as partes geralmente buscam é a exclusividade da venda, a fixação de preço, a divisão de território e, muitas vezes, a restrição a clientes ou até a imposição de certos serviços. Essa exclusividade, para o distribuidor, proporciona uma certa garantia. Ele sabe que terá uma quantidade de produtos à sua disposição e sabe em que área poderá atuar sem concorrência.

No pacto de exclusividade para distribuição e revenda, o fabricante geralmente escolhe apenas um revendedor para determinada zona ou área. Esses acordos, em geral, restringem a concorrência quando são feitos por um monopolista. Por exemplo, vamos supor que um determinado fabricante tenha um monopólio de certo produto. Se ele escolhe os seus distribuidores com exclusividade com determinada área, isso significa que ele vai impedir ali a concorrência na sua própria marca. Então, se se trata de um produto só, não

tendo o fabricante concorrentes de outras marcas, o que vai haver, realmente, é a total eliminação da concorrência na sua marca. Essa distinção, os americanos a fazem muito bem: a "**interbrand competition**" e a "**intradbrand competition**". Então, quando existe um só produto, a distribuição exclusiva passa a ser preocupante para os órgãos de defesa da concorrência porque aquele distribuidor daquela a área será o único a vender ali o produto que é também único do mercado.

Quando não existe o monopólio sobre determinado produto há a competição entre as marcas. A exclusividade já não terá tanto problema para a concorrência porque se o distribuidor não adotar técnicas avançadas de distribuição para baratear o custo do produto, o fabricante sofrerá as consequência diretamente, pois o consumidor procurará a marca alternativa. Então, quando o fabricante não detém poder de mercado, a exclusividade não tem muita importância para a concorrência. A análise fundamental para se saber se a exclusividade reflete no mercado e traz prejuízos para a concorrência é a que se faz sobre o poder de mercado do fabricante. O poder de mercado é a participação relativa significativa que o agente tem no mercado de determinado produto, como, por exemplo, um oligopólio composto de poucos agentes, cada qual detendo um percentual de, no máximo 25%, do mercado, caso em que teríamos um oligopólio mais ou menos de umas 5 ou 6 empresas, ou então, o caso de um monopolista. A partir dessa posição dominante, desse poder de mercado, a exclusividade passaria a ser olhada com determinada cautela pelo órgãos de repressão ao abuso do poder econômico.

No tocante à divisão de mercado podemos dizer que é uma prática adotada comumente pelos cartéis, uma prática que nós conhecemos no nível horizontal. Mas ela também pode ser adotada em nível vertical e está expressamente prevista como conduta indiciária na Lei nº 8.158/91, no seu artigo 3º: dividir os mercados de produtos acabados ou semi-acabados ou de serviços ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários.

Nos EUA essa divisão de mercado era, em princípio, considerada uma ilegalidade **per se**. Isso significava que qualquer divisão de mercado praticada por qualquer agente econômico era tida como ilegal e passível de repressão. Essa tendência americana, que vigorou mais ou menos até 1977, foi desfeita por uma decisão da Suprema Corte, que resolveu adotar o princípio do abuso ou da regra da razão. Não se olha mais a divisão de mercado como sendo uma ilegalidade **per se**, ou seja, procura-se examinar todo o contexto econômico em que ocorreu a conduta para saber se aquela divisão de mercado realmente promoveu um impacto no mercado. Esse impacto deve ser

substancial, pois é evidente que qualquer conduta pode provocar impactos no mercado. Porém, há de se verificar se a substancialidade desse impacto envolve realmente problemas concorrenciais.

Na Comunidade Européia nós temos, com relação à divisão de mercado, uma posição mais marcante do que nos EUA, tendo em vista que a Comunidade Européia é uma comunidade de países e não de estados federados como nos EUA. A divisão de mercado é ali olhada com mais rigor. Então, o que acontece na Comunidade Européia é que a divisão de mercado é tratada como se fosse uma ilegalidade **per se**. Isto porque dividir um mercado na Europa significa proibir a entrada do produto em outro país e não pode haver qualquer discriminação entre os países membros.

No Brasil nós adotamos uma postura semelhante à postura americana. Aliás, no Brasil, atualmente, com a Lei nº 8.158/91, nós temos sempre que fazer a análise do contexto econômico em que se desenvolve a conduta. As condutas previstas na Lei nº 4.137/62, que dispõe de alguns exemplos de ilegalidade **per se**, são condutas raramente praticadas pelas empresas. A grande maioria, o que cai realmente na vala comum, são as condutas da Lei nº 8.158/91, que exigem dos órgãos de apuração das infrações à ordem econômica a análise detalhada de todo o mercado relevante, que é o espaço da concorrência, onde os agentes colocam seus produtos que concorrem entre si.

Então, nós temos hoje no Brasil uma situação muito semelhante à situação dos EUA, pois não olhamos a divisão de mercado como uma infração **per se**. Em alguns contratos nós temos sido bastante tolerantes, como em relação aos contratos de concessão e de **franchising**. Entre nós a divisão de mercado ou exclusividade territorial pactuada em contrato de concessão de vendas com exclusividade há de ser analisada à luz da regra da razão. Esses acordos são considerados práticas normais de comércio e somente quando trouxerem indícios de dominação de mercado é que serão reprimíveis.

A exclusividade pode ser vista como uma maneira de estimular a concorrência entre marcas, podendo, pois, não ser relevante para o mercado a concorrência entre revendedores da mesma marca. Decisão nesse sentido foi proferida no Processo Administrativo nº 71, em que foi relator o Conselheiro **Mauro Grinberg**. O que existe, então, é o seguinte: quando se tem a exclusividade com várias marcas, essa exclusividade pode estimular a concorrência. Suponhamos, por exemplo, que nós tenhamos 10 fabricantes de automóveis, cada qual com distribuidores exclusivos, bastante agressivos, com técnicas impecáveis de **marketing**. Nós teríamos um impacto favorável no mercado concorrencial, e o consumidor estaria bem atendido. Agora

suponhamos que nós tivéssemos apenas uma ou duas marcas. Nesse caso a exclusividade não permitiria a concorrência entre essas duas marcas, porque nós teríamos em cada cidade ou em cada zona ou área apenas dois distribuidores vendendo automóveis, e é evidente que os fabricantes teriam sobre eles um enorme poder de manobra, impondo preços, discriminando clientes, enfim, adotando uma série de práticas que causariam impactos anticoncorrenciais no mercado.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica entendeu, ainda, que não existe abuso do poder econômico no acordo celebrado entre fabricantes e seus concessionários, através do qual se obriga o concessionário que vende produtos fora da área de sua responsabilidade a transferir parte da comissão que recebe para o concessionário daquela área. Essa estratégia é muito utilizada nos contratos de "**franchising**", em que é comum a demarcação de áreas para cada distribuidor. Então, o que a empresa geralmente objetiva com isso é que o distribuidor de uma certa área não invada a área do outro. Assim, quando um vende na área do outro, o que geralmente se faz - e tem sido aceito pelo CADE e também pelas áreas cortes americanas - é a repartição da comissão. Isto porque o vendedor da área onde mora o consumidor será o responsável pela manutenção técnica durante todo o prazo da garantia. Assim, o repasse de um percentual dessa comissão para aquele revendedor seria uma maneira de remunerar os serviços que estariam sendo prestados ali naquela área. Desde que essas comissões não sejam retiradas totalmente de quem vendeu o produto e desde que não impeçam que o distribuidor saia daquela área demarcada para oferecer o produto que representa em outros lugares, não haveria problemas para a concorrência. O que se deve preservar é a liberdade que tem o distribuidor de procurar bons negócios porque todas as vezes que ele está procurando bons negócios e vender mais, ele estará estimulando o fabricante a produzir mais e, evidentemente, a tendência dos preços é exatamente a de cair. Então haverá um estímulo para a concorrência, em benefício do consumidor, preservada a autonomia, a independência do distribuidor.

A conduta que, nesse processo vertical, o CADE tem buscado combater veementemente é a fixação de preço. A fixação de preço, que é uma conduta arraigada no nosso sistema econômico, em quase todos os setores, exatamente em decorrência da intervenção do Estado durante esses anos todos, promovendo controle de preços e baixando tabelas, é realmente o delito hediondo da concorrência. Esta é uma prática que inibe radicalmente a concorrência e o CADE tem procurado veementemente combater qualquer tipo de fixação de preço. E não é só o CADE. Essa conduta é tida como ilegal

per se em todos os países da Europa, na Comissão Européia e nos EUA. Não se admite em lugar algum a fixação de preço. Seja ela praticada horizontalmente pelos concorrentes - este é o pior cartel que pode haver - seja ela imposta de cima para baixo, do fabricante ao distribuidor, não se aceita num mercado concorrencial a fixação de preço, que é vista como sendo uma conduta anticoncorrencial. Na verdade, todas as justificativas utilizadas pelo fabricante para explicar a fixação de preço têm sido recusadas em todos os lugares do mundo. Os preços devem ser fixados de acordo com as forças de mercado e, na sua formação, não deve haver intervenção de qualquer fabricante. Uma vez que ele se remunera dos seus custos, ao passar o seu produto para o distribuidor, ele já está completamente alijado do processo de fixação de preço, que tem de ficar por conta do mercado, de acordo com as forças que nele atuam, que são, a partir do momento em que é liberado o produto para os distribuidores, os vendedores e os consumidores. Cada distribuidor cobrará aquilo que pode cobrar, de acordo com seus custos e de acordo com a sua capacidade, enquanto que o consumidor comprará aquilo que tem condições de comprar. A fixação de preços é uma conduta que eu chamaria delito hediondo do mercado concorrencial, sejam os preços mínimos ou máximos. Não importa se a fixação é de preços mínimos ou máximos, porquanto os preços máximos de hoje podem ser os mínimos de amanhã. Os preços, sem fixação, irão flutuar de acordo com as normas de mercado e não por conta da imposição do fabricante.

Tem-se diferenciado a venda em consignação da venda direta. Admite-se a fixação de preços na venda em consignação, ao argumento de que, quando a venda é feita em consignação, o risco do negócio ainda é do fabricante, porque o distribuidor não comprou o produto. O produto é colocado para o distribuidor, é um produto consignado, e o risco de perda do produto, da colocação do produto e da venda do produto é do fabricante. Então, neste caso, tem-se sido mais tolerante com a venda em consignação, tanto na Europa como nos EUA. O CADE ainda não julgou qualquer caso de venda em consignação.

E tem-se sido, também, tolerante com a sugestão de preços. A sugestão de preços vem, geralmente, nas embalagens do produto. Se ela for simplesmente um referencial não haverá problemas. Mas isto também terá que ser olhado no contexto em que a sugestão é apresentada. Se a sugestão é apresentada por um monopolista, ela não faz qualquer sentido. Ele não precisa sugerir coisa alguma e o que ele está querendo realmente é fixar preços.

Outra prática que também é adotada pelos fabricantes são os descontos concedidos aos distribuidores. O CADE já teve a oportunidade de

apreciar a concessão de descontos de fabricantes a distribuidores e entendeu que esses descontos são válidos se estabelecidos em função de quantidades vendidas, e não por conta de discriminação de distribuidor ou de revendedor. Então, desde que sejam descontos em função de quantidades vendidas pelo revendedor ou pelo distribuidor não haveria razão para reprimir essa conduta porque ela estaria simplesmente premiando a eficiência.

Outra conduta sobre o qual o CADE já teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes é a venda casada. A venda casada, como os senhores sabem, é a vinculação de um produto ou serviço a outro produto ou serviço. É o caso, por exemplo, de uma empresa que fabrica um determinado produto e presta assistência técnica. Nessa assistência técnica ela usa material de consumo próprio e impõe aos compradores daquele serviços a aquisição de seu material. A venda casada também é uma prática que preocupa muito. E por que ela preocupa muito? Porque ela constitui uma verdadeira barreira à entrada de concorrentes potenciais no mercado. Porque, geralmente, as grandes empresas que adotam essa prática são empresas que têm poder de mercado. Não nos interessa, absolutamente, uma venda casada feita numa mercearia qualquer do bairro, que só vende o feijão se o freguês comprar também o arroz. Isto porque, se alguém não quiser comprar o arroz e o feijão pode ir a outra loja e lá comprar. Não é essa a venda casada que interessa à concorrência. O que interessa à defesa da concorrência é a venda casada praticada por agente econômico que detém poder de mercado e consegue, com isso, erguer barreiras à entrada de concorrentes potenciais no mercado ou empecilhos à expansão dos concorrentes que já estão no mercado. Então, qualquer vinculação de serviço a produto ou produto a serviço, realizada por empresa que detém poder de mercado, seria também uma conduta a ser apreciada com certo interesse pelos órgãos de defesa da concorrência.

Eu gostaria até de ler aqui para os senhores o que o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, num processo que cuidou de venda casada no CADE, julgado neste ano, afirmou. Disse o Conselheiro que a vinculação do produto a serviço ou vice-versa, **"outro objetivo não tem que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente sem direito de escolher o produto ou serviço que melhor lhe convenha, restringindo-se assim o mercado relativamente aos compradores do produto vinculado, eliminando-se, via de conseqüência, concorrentes reais ou potenciais, já que cria dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento das empresas do setor"**, Quer dizer, uma venda casada praticada por uma empresa que detém poder de mercado significa o mesmo que empurrar para o consumidor um produto - que é o produto vinculado - por conta do produto

vinculante, aquele único no qual o consumidor está interessado. Ele não está interessado no produto vinculado. Pode até estar, mas o que se quer assegurar ao consumidor a escolha do produto alternativo, se ele existir no mercado. A venda casada é uma imposição indevida que há de ser reprimida quando praticada por empresa que detém poder de mercado.

Bem, finalmente, nós temos aqui o caso do **franchising**, que é realmente um contrato atípico, e que pela sua própria natureza requer uma série de restrições por parte do fabricante, para que a marca do produto seja preservada.

O **franchising**, como os senhores devem saber, é um conjunto de direitos de propriedade intelectual - direitos de propriedade intelectual, como a propriedade de marcas, de patentes, know-how, direitos autorais - que são colocados à disposição de terceiros interessados em explorá-los. Então, é uma marca que é cedida, ou um nome comercial, ou uma patente. E, exatamente, por conta da proteção especial que a lei outorga à propriedade industrial, é que uma série de práticas, que seriam consideradas abusivas num outro contexto, não o são no contexto do contrato de franquia.

Bem, no contexto do contrato de franquia, é realmente importante observar o seguinte: o poder de mercado do franqueador, o poder de mercado do franqueado e o grau de concorrência que existe entre as marcas. Se nós estamos tratando de sanduíches, que podem ser comprados de um franqueado aqui e acolá, nós temos uma concorrência muito grande. Se nós estamos tratando de serviços especializados, nós já estamos tratando de uma franquia que pode levar ao domínio de mercado. Então, essa diferenciação de uma franquia em que o franqueador ou franqueado tem poder de mercado de uma franquia em que não existe esse poder de mercado, é absolutamente relevante para a concorrência.

Na franquia, admite-se com mais tolerância a divisão de mercados do que em outro contrato qualquer de distribuição. Admite-se, também, o mesmo repasse de comissões que nós vimos na distribuição de outros produtos.

A venda casada tem sido freqüente na franquia e constituído um abuso da parte do franqueador. Suponhamos a franquia de uma marca de sanduíches em que o franqueador exige que o franqueado compre dele sacos plásticos para embalar os sanduíches, e que esses sacos sejam facilmente achados no mercado, fabricados por qualquer outro fabricante. Pouco importa para o produto final se o saco plástico é aquele vendido pelo franqueador ou por qualquer outro fabricante. Ele não vai alterar em nada o conteúdo do sanduíche, o sabor do sanduíche, a qualidade do sanduíche. Para o

consumidor do sanduíche não fará diferença alguma. Então, qual a intenção do franqueador em vender aquele saco plástico para o franqueado? É que ele realmente quer um espaço no mercado para o seu produto secundário e a maneira que encontra para fazer isso é vincular o saco plástico à franquia, que é a marca do sanduíche, o **know-how** para fazer o sanduíche, os temperos do sanduíche, etc.

Então, o que se entende é o seguinte: se o produto vinculado é relevante para a preservação da qualidade, para a reputação da marca, não ocorreria a venda casada ilegal, e essa exigência seria considerada como uma cláusula essencial do contrato. Todavia, se o produto vinculado for um produto facilmente adquirível no mercado, não importando, absolutamente, na melhoria da qualidade do objeto da franquia e em nada afetando a marca do franqueador, então essa imposição seria considerada uma imposição abusiva.

A fixação de preços em **franchising** seria absolutamente ilegal, como em qualquer outro contrato. É preciso que o consumidor saiba que, na sua cidade, o franqueado do bairro A e o franqueado do bairro B têm preços diferentes porque um é mais competente do que o outro ou porque um é estipulado a produzir em maior escala. Isso é muito importante principalmente em cidades grandes como São Paulo ou Rio de Janeiro, onde a franquia é distribuída por zonas maiores e o consumidor passa de uma zona para a outra. Quer dizer, se alguém que mora na zona leste vai comprar o produto na zona oeste, porque trabalha na zona oeste, a tendência de quem vende mais caro na zona leste, é puxar o preço para baixo. Então, por isso que a fixação de preços, no contexto da divisão de mercado, que é admissível no contrato de **franchising**, seria extremamente abusiva, pois colocaria nas mãos do franqueador, além do poder de dividir o mercado, o de fixar preços, eliminando, com isso, a concorrência entre os franqueados.

É importante observar que, no contexto do **franchising**, a preservação da marca não diz respeito apenas ao direito de propriedade industrial. Não se está protegendo apenas isto, mas também o próprio interesse do consumidor, porque no **franchising**, a pessoa que consome o produto de uma marca conhece a relação que existe entre o dono da loja e o franqueador, ou entre o franqueado e o franqueador. Para ela trata-se da mesma pessoa. Somente os consumidores mais sofisticados sabem que existe uma relação de franquia. Então, o consumidor de São Paulo que aqui consome um determinado sanduíche e vai a Brasília, procura lá o mesmo sanduíche, acreditando que irá comer o mesmo sanduíche, do mesmo sabor, feito da mesma maneira. É por isso que no **franchising** há o interesse público em que a reputação da marca seja preservada, pois, em última instância, é o próprio

consumidor que está sendo protegido. Isto porque o consumidor tem o direito de sair de local onde mora e consumir em outra localidade o produto de sua preferência, encontrando-o de qualidade igual, senão idêntica, à do que consome em seu domicílio.

Então, existe o interesse público na proteção da marca, e é exatamente em função desse interesse público que se admite uma série de restrições em favor do contrato de **franchising**. E essa posição mais tolerante no tocante ao contrato de **franchising** tem sido adotada nos EUA e na Europa. Nós ainda não tivemos a oportunidade de examinar no CADE qualquer caso.

Bem, cabe-me concluir, afirmando que as leis de defesa da concorrência visam a fluidez do mercado. O mercado tem que ser um espaço onde todos os que tenham capital e aptidão possam ingressar. Este é o princípio da livre concorrência que a Constituição consagra. Não se quer, com a lei de defesa da concorrência, impedir que a empresa cresça que seja impedida de fazer novos investimentos, de promover inovações, enfim, de conseguir a sua expansão no mercado. Há espaço para todos no mercado. Mas o mercado é um espaço concorrencial, onde todos têm de respeitar o direito de todos. Este é o espírito das leis de defesa da concorrência. O sistema adotado em nosso País não proíbe a grandeza, o poder econômico, mas sim a sua exploração abusiva.

Muito obrigada.

PROF. DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Gostaria de focar um dos temas tratados pela Dra. Neide, que o fez com grande proficiência, mas de um ângulo muito mais abrangente, de minha parte gostaria de circunscrever-me à questão da venda casada, e examiná-la de um ângulo estritamente jurídico. Como uma preliminar à exposição, tentando ficar dentro do meu tempo, gostaria de fazer uma observação a respeito da natureza mesma dos ilícitos, na área do direito econômico. Sem aprofundar esta questão, e lamento, que o meu amigo Franceschini, esteja afônico, porque ele tem uma posição divergente da minha, tenho para mim que o ilícito, na área do direito econômico, passa de uma concepção quase, eu diria, estritamente penalista, isto é, a idéia de que se trata do direito penal econômico, ou pelo menos, numa hipótese mais suave, de direito econômico penal, aos poucos para uma concepção mais ligada a administração da concorrência, não em termos de intervenção do Estado, no sentido de dirigismo econômico, mas de uma espécie de regulação do

mercado, no sentido de propiciar a livre concorrência, sem conectar diretamente, a prática do abuso do poder econômico, com a idéia do direito penal. Isso não aconteceu sempre, e eu tenho para mim, que, por exemplo, ainda durante toda a vigência exclusiva da lei nº 4.137, os aspectos penalistas, isto é, a concepção penal dos tipos de ilicitude, isto é, a idéia de que aquilo é uma tipificação bastante restrita, preponderava. Nós podemos até nos interrogar, se a atual lei nº 8.158, na medida em que sistematiza os tipos de ilicitude, mantendo, porém, os tipos de ilicitude da lei anterior, da nº 4.137, que não desaparece e fica, se não teríamos, no caso, a convivência de dois enfoques diferentes: na lei nº 4.137, um enfoque mais voltado para a configuração de tipos, e que nos permite até, falar em direitos a se ou per se condemnationem, não em todos, mas em boa parte deles. E no outro caso, na 8.158, a idéia de que o Estado tem por incumbência, entre outras as coisas, a fiscalização do mercado, e nessa fiscalização, o poder normativo, com poder regulatório para a prevenção do abuso do poder econômico.

No caso de venda casada, podemos perceber a convivência destes dois aspectos, na verdade, três aspectos. Percebemos que a questão está disciplinada em vários diplomas. Está disciplinada na lei nº 4.137 de 1962, na lei nº 8.158 de 1991, mas também está disciplinada na lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem econômica e ordem tributária, caso em que se trata de crimes, esta também disciplinada na lei do consumidor. São pois várias formas de tratar o mesmo assunto. Gostaria de mencionar todos eles, para que, possamos ter uma visão abrangente.

Começamos com a lei nº 4.137/62.

A expressão "venda casada" refere-se à subordinação da venda de determinado bem ou utilização de determinado serviço à aquisição de um outro bem ou ao uso de outro serviço. Tal comportamento vem capitulado expressamente no art. 2º, IV, b da Lei nº 4.137/62, bem como no art. 5º, II da lei nº 8.137/90 e no art. 3º, VIII da lei nº 8.158/91.

O disposto no art. 2º, IV, b da Lei nº 4.137/62 tipifica uma infração ao chamado Direito Econômico Penal. A jurisprudência, tanto do CADE quanto dos Tribunais, e a doutrina assentaram de longa data que as infrações previstas naquela lei estão subordinadas aos princípios do Direito Penal, exigindo pois não só prévia definição legal, mas também tipicidade. Mormente quando se sabe que os delitos econômicos são delitos artificiais, posto que correspondem muitas vezes a práticas usuais que impedem o indivíduo tenha sua consciência como guia. Sua tipificação decorre muitas vezes de um ponto de vista macroeconômico, do mercado como um todo, mais da defesa da concorrência do que de concorrentes.

Desta exigência segue-se a necessidade de se ler com rigor o texto que configura a infração. O *caput* do art. 2º da Lei nº 4.137/62, define formas "de abuso de poder econômico". Não incrimina, pois, o "uso" do poder econômico, apenas o seu "abuso". O direito positivo moderno, ao disciplinar o fenômeno do poder econômico, reconhece que se trata de uma ocorrência virtualmente constante das relações econômicas, aos menos em uma ordem econômica que tenha por fundamento a livre iniciativa e por princípio a livre concorrência (Constituição Federal, art. 170). Em outras palavras, reconhece que faz parte daquelas relações a ocorrência de práticas, atos, ajustes, concentrações enquanto instrumentos estratégicos resultantes da situação na qual cada agente, ao adotar uma decisão, não pode deixar de levar em conta as possíveis decisões de seus concorrentes atuais ou potenciais.

O reconhecimento destes comportamentos estratégicos, contudo, não adota a possibilidade do seu uso abusivo. Ora, abuso é, primordialmente, desvio de finalidade. Abuso de poder econômico é, pois, uso que desvirtua as finalidades postas pelo constituinte e, em nível legal, pelo legislador. Dentre elas interessa ao caso em tela a livre disponibilidade de vendedores e compradores no mercado. Esta livre disponibilidade é mesmo condição para o exercício do poder econômico, cujas atividades estratégicas para "conquistar" os parceiros, dela dependem. Há abuso quando, por meios ardilosos, a livre disponibilidade é fraudada, torna-se aparente. Por exemplo, a persuasão do consumidor via publicidade é uso legítimo do poder. Já é abuso aproveitar-se da necessidade de um bem por parte do comprador para impor-lhe a aquisição de outro que ele, livremente, não quereria. Neste caso, o poder econômico está sendo abusivo, pois está servindo a um interesse egoísta contra o interesse do mercado concorrencial.

Para haver abuso, além do desvio de finalidade - antijuridicidade teleológica - exige a lei o elemento volitivo. Não se trata necessariamente, no caso dos delitos econômicos, de dolo direito em que concorre a plena consciência da ilicitude. Tratando-se, como dissemos, de delitos artificiais, basta a ocorrência de dolo eventual, presumindo a lei que o agente, ao praticar os atos negociais, assumiu como possíveis eventuais consequência lesivas para o mercado (cf. Código Penal, art. 18 - crime doloso). No caso que examinamos basta, portanto, que a prática tipificada tenha como dolo específico a assunção do risco de se impedir a livre disponibilidade de compradores e vendedores.

Qual, porém, a prática tipificada? O inciso IV do art. 2º fala, inicialmente, em "formar grupo econômico, por agregação de empresas". Interpretando este texto, Pontes de Miranda ("Acusação injustificada de abuso

do poder econômico e interpretação do art. 2º, IV, b da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962", in *Poder Econômico: exercício e abuso*, org. José Inácio e José Luiz Franceschini, RT, São Paulo, 1985, p. 481 ss.) preleciona com grande acuidade que a referida norma "somente concerne à vinculação de compradores, ou de vendedores, a "grupos econômicos" resultantes de "agregação de empresas". Ou seja, não cogita de vinculação de vendedores ou compradores a uma só empresa. O alvo da ilicitude é a formação de grupos por agregação. E explica: "Se, por exemplo, as empresas A, B e C costumam, nos contratos com clientes, inserir cláusulas de exclusividade, sem qualquer laço entre elas, de modo nenhum se pode pensar em agregação de empresas". O ardil, portanto, está na agregação de empresas "que competem entre si" e não na relação entre "uma" empresa e "seus" clientes. Para que ocorra a infração é preciso que as empresas concorrentes, componham, por ajuste ou, da forma que seja, uma agregação (de grex, grei) com o fito de prejudicar a livre disponibilidade de vendedores ou compradores, pois nesse caso sim estaria sendo fraudada a livre concorrência.

Além disso, a prática tipificada exige "subordinação" da venda de um bem ou serviço à aquisição de outro. Esta subordinação exige que se produza uma restrição na liberdade de comprar ou vender. E que esta restrição ocorra por pressão (do grupo econômico por agregação). Assim, como diz Pontes de Miranda (op. cit. p. 484), "se alguma empresa dá vantagens a empresa cliente em troca de exclusividade de compra ou de venda, de modo nenhum boicota, nem abusa de poder econômico". Está claro, nesse sentido, que a subordinação deve estar acompanhada de uma coação, sem que haja, para o coagido, qualquer benefício na aquisição vinculada. Aí há abuso. Mas há apenas uso do poder quando a vinculação vem aliada a uma vantagem para o cliente, pois então temos persuasão, estratégia econômica. Por exemplo, é muito comum em pequenos hotéis ou hospedarias da Alemanha um abatimento no preço da diária quando o hóspede toma ali o desjejum, para qual há preço em separado (diária com desjejum 45, preço do desjejum 15). Esta vinculação é legítima, não havendo subordinação.

Por fim, entenda-se por "bem tudo aquilo que possa ser objeto de direitos, ressalvando-se o que for inalienável ou inapropriável juridicamente. Por "serviços", prestações de atividade mediante remuneração, exceto as trabalhistas.

O disposto na Lei nº 4.137/62 sobre "venda casada" foi mantido (art. 23) pela Lei nº 8.158/91, que, no entanto, prescreve de forma diferente sobre o assunto (art. 3º - VII).

A Lei nº 8.137/90 define "crimes" contra a ordem econômica. São delitos econômicos de Direito Penal Econômico. Contra as tipificações ali configuradas, as sanções não são administrativas ou civis, mas penais. O seu Art. 5º prescreve: "Constitui crime da mesma natureza: ... II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço". "Da mesma natureza" significa "crime contra a ordem econômica" (art. 4º).

À diferença da Lei nº 4.137/62 que qualifica a "subordinação" como instrumento da prática ilícita (formar grupo por agregação), a Lei nº 8.137/90 qualifica diretamente a subordinação como comportamento ilícito. O agente do ato ilícito é não a pessoa jurídica, mas a pessoa física.

Sendo o ato incriminado, diretamente, a "subordinação" de vendas ou serviços a outras vendas e serviços, com plena razão vale aqui o que dissemos sobre ela anteriormente. Não é qualquer vinculação mas apenas aquela que restringe a liberdade de escolha do adquirente, aproveitando-se da necessidade que ele tem do bem ou do serviço procurado. Excluídas estão, assim, as vinculações em que há contrapartida para o consumidor, ou seja o exercício legítimo de estratégia econômica. A lei penal protege, no caso, a liberdade do adquirente contra uma coação injusta. Trata-se de crime material e não de crime formal, exigindo-se a realização do resultado, isto é, que a vítima ou deixe de comprar ou acabe adquirindo o outro bem ou serviço contra a vontade.

Do agente se exige a consciência do ato e do resultado. Aproveita-se conscientemente da situação do adquirente, para forçá-lo àquilo que não quer, com o intuito de obter uma vantagem egoística. Exige também consciência da relação causal entre o ato e o resultado colimado. Supõe consciência da ilicitude do comportamento e a vontade de praticar o ato e alcançar o resultado.

Parece-nos, ademais que, ao contrário do que sucede à Lei nº 4.137/62, no crime previsto pela Lei nº 8.137/90, estamos diante de dolo direto e não dolo eventual. Assim, no dolo eventual, a vontade do agente não se dirige propriamente ao resultado, mas só ao ato inicial que, aliás, nem precisa ser ilícito. No tipo em exame, porém, o resultado deve ser querido pelo agente e representado não como possível, mas como certo. Ou seja, ele não coage o comprador à venda casada, supondo que, eventualmente, poderá com isso obter uma vantagem egoística, mas quer esta vantagem como certa. O resultado está na sua previsão. Não é apenas uma decorrência possível. Mais do que previsível, é previsto.

Com o advento da Lei nº 8.158/91, a venda casada volta a ser objeto de disciplina normativa, agora, outra vez, no plano do Direito Econômico. O seu art. 3º, VIII assim prescreve: "Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins usados não sejam alcançados, tais como: ... VIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro à aquisição de um bem".

Nesta norma não consta, como na prescrição semelhante da Lei nº 4.137/62, o resultado "em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores". Ademais, a "subordinação" não é "instrumento", mas "exemplo" de infração ("tais como"). A Lei nº 8.158/91 tipifica, assim, o ato de subordinar uma venda à outra, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercados, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Em outras palavras, a figura típica contém o elemento subjetivo do injusto e o elemento normativo. Daí se segue que subordinar a venda de um bem/serviço a outro bem/serviço não caracteriza por si só o ilícito: nesta subordinação reside a base material ou elemento objetivo do tipo, a conduta que pode caracterizar a infração. Todavia, para que esta conduta seja tida como típica, de modo a constituir o abuso econômico, faz mister que seja integrada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo. Ou seja, do ângulo normativo, que a subordinação se opera abusivamente, isto é, que se aproveite o agente de necessidade do paciente em adquirir o bem ou serviço para impingir-lhe o outro, e, do ângulo subjetivo, que tenha como dolo específico o objetivo de (dolo direto) ou o efeito (dolo eventual) dominar mercado de bens e serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Por último, a Lei nº 8.002/90, pelo seu art. 1º, inciso II, pune com multa de 500 a 200 mil BTN, condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviços acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que ele indicar ou contestar, "quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco". O texto em grifo mostra que esta lei, mesmo quando fala em "prestação de serviços acessório" está tipificando um caso específico de venda casada "com serviço de transporte". A infração ocorre quando, querendo o comprador transportar a mercadoria ele mesmo, o vendedor se recusa a vendê-la, salvo se o comprador "usar o transporte do vendedor" ou "contratar" um serviço de transporte (do próprio vendedor ou de

terceiro por ele indicado). No primeiro caso, o preço do transporte vem embutido no preço da mercadoria e o vendedor se recusa a batê-lo quando o próprio comprador que fazer o transporte; no segundo caso, são contratos distintos, ocorrendo a chamada venda casada (de mercadoria com o serviço de transporte). Esta lei, no entanto, é específica "para os casos de serviço de transporte".

Por amor à abrangência, mencione-se que a Lei nº 8.078/90 conhecida como "Código do Consumidor", no seu art. 39 - I veda também condicionar a venda do produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. Saliente-se, no entanto, que este dispositivo só se aplica a relações de consumo, isto é, entre o fabricante e o destinatário final, aquele que "não" usa o produto adquirido para a elaboração de novo produto a ser comercializado, mas o utiliza para o consumo próprio e final.

Eram as observações que tenha a fazer sobre o tema.

Obrigado.

DR. UBIRATAN MATTOS

1. - O tema que me foi atribuído neste Simpósio - Recusa de Vendas - confunde-se com outras práticas de abuso do poder econômico, notadamente com a venda casada, a discriminação de preços entre compradores e a retenção de bens de produção ou de consumo.

2. - Não poderia deixar de fazer uma observação crítica quanto ao excesso de leis sobre temas idênticos, que me fazem lembrar o brocardo latino *Pessima Republica Plurimae Legis*, ou seja, Quanto mais leis, pior a República.

3. - O brocardo se torna ainda mais verdadeiro quando verificamos a confusão que uma norma jurídica repetidamente reproduzida pode causar nos meios de produção e consumo, lançando toda sorte de dúvidas e interpretações sobre aquilo que se pretende de fato disciplinar, proteger ou reprimir.

4. - Para não retrocedermos muito na história jurídica brasileira, comecemos pela Lei 4.137/62, cópia fiel do Sherman Antitrust Act americano. Pretendendo regular a repressão ao abuso do poder econômico, a Lei 4.137, no seu artigo 2º, definiu como as formas de abuso do poder econômico, dentre outras, as seguintes condutas:

(g) criação de dificuldades, à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

III. - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de :

(c) retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou de consumo;

IV. - Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

(a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;

(b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado bem;

5. - A recusa de vendas pode ter relação de causa e efeito em qualquer das condutas tipificadas no artigo 2º. Mas o que vale ressaltar é que a simples leitura daqueles textos nos leva à conclusão de que o elemento essencial a ser considerado para se verificar se há ou não abuso do poder econômico é o dolo do agente - a intenção deliberada de prejudicar o concorrente.

6. - O dolo do agente, como elemento essencial, e o nexo de causalidade, como requisito necessário, ficam ainda mais claros na legislação subsequente. Assim, por exemplo, o Decreto nº 4.137, estabelece que:

Art. 1º - Será reprimido o abuso do poder econômico, quaisquer que sejam as formas que assuma, desde que caracterizadas, isolada ou simultaneamente, situações de:

I. - domínio dos mercados

II - eliminação da concorrência;

III - aumento arbitrário dos lucros.

7. - Mais recentemente, no furor legislativo do Governo Collor, a Lei 8.002/90, dispondo sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor, estabeleceu multa de 500 a 200 mil BTNs para aquele que:

I. - recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

II. - condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que lhe indicar ou contratar, quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco.

8. - Não bastassem as sanções administrativas, em 1990 foi também sancionada a Lei 8.137, definindo os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Foram tipificadas como crime, dentre outras, as seguintes condutas:

Art. 5º - Consitui crime da mesma natureza (contra a ordem econômica):

II. - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem ou ao uso de determinado serviço;

III. - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

9. - Não poderíamos ignorar o Código do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

II. - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes.

9. - E finalmente a Lei 8.158/91, ora em fase de revisão no Congresso, que salvo melhor entendimento evidencia o dolo do agente como elemento essencial para configurar o abuso do poder econômico:

Art. 3º - Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresa, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre

concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I. - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

II. - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;

III. - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

10. - Toda a legislação de repressão ao abuso do poder econômico tem por finalidade única evitar o domínio de mercado, assegurando a livre concorrência. Menciono o óbvio porque lamentavelmente temos assistido a reiteradas investidas do Governo, que, a pretexto de defender os princípios da ordem econômica, socorre-se da legislação antitruste na tentativa de monitorar preços, como se isso fosse meio eficaz para o controle da inflação.

11. - A recusa de vendas não constitui necessariamente prática predatória de concorrência. Pode ela ser justificada por diversas variáveis, como por exemplo a disponibilidade de estoque, o sistema de distribuição via representantes exclusivos, os sistemas de quotas mínimas, restrições de crédito e muitas outras.

12. - O dolo do agente como elemento essencial do abuso do poder econômico, há de estar diretamente relacionado com o prejuízo causado ao mercado ou ao concorrente. Importa, pois, verificar se a conduta do agente pode resultar em domínio do mercado, em prejuízo à livre concorrência ou em aumento arbitrário de lucros, estabelecendo então a relação de causa e efeito, ainda que os fins visados pelo agente não sejam alcançados.

13. - Fora dessas situações, que constituem no meu entender a essência da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, não se pode considerar a recusa de vendas como prática ilícita, mas sim como o exercício do princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, resguardando-se, ainda, a liberdade de contratar.

MAURO GRINBERG

Contrato de Distribuição e Cláusula de Exclusividade

1. A evolução do direito comercial e do direito econômico acarretou a abertura de vários campos de estudos jurídicos; deve-se dizer, com realismo, que tal evolução não tem como agentes efetivos os advogados, pois estes estão sempre tentando achar soluções jurídicas para os institutos que são realmente inventados pelos empresários.

2. Apenas a título de exemplo, não consta que o uso dos cartões de crédito tenha sido precedido de uma grande formulação jurídica; todavia, apesar de tal formulação jurídica só ter ocorrido após a sua efetiva introdução no comércio e apesar, ainda, de até hoje inexistir lei no Brasil para regular tal matéria, os cartões de crédito vão muito bem.

3. O mesmo ocorre com outras formas contratuais, inclusive a que nos traz aqui, o contrato de distribuição; não existe ainda, na realidade, uma definição ou um conceito que se possa chamar de definitivo do que seja um contrato de distribuição.

4. Apesar disso, paradoxalmente, todos têm idéias razoáveis do que seja tal contrato, até porque ele é amplamente praticado.

5. Aliás, a própria terminologia apresenta dificuldades, pois o que para uns é distribuição, para outros pode ser agência, representação, franquia ou concessão comercial.

6. Já que não é possível solucionar neste momento tal complicação, posso ter a minha própria visão, adaptada de OSVALDO J. MARZORATO ("Sistemas de Distribución Comercial", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, página 53), do contrato de distribuição, visto como aquele através do qual o fabricante ou produtor aliena seus produtos finais ao distribuidor que, através de seus próprios meios e de sua própria organização, coloca tais produtos no mercado com exclusividade em determinado âmbito, vendendo o produto diretamente ao público consumidor ou através de outros empresários.

7. Em um sentido mais amplo, o distribuidor faz parte da rede de distribuição do fabricante, possibilitando uma forma específica de fazer chegar ao público consumidor o produto em questão.

8. Ainda dentro dos conceitos, é possível diferenciar a distribuição da agência e da representação, pois nestas existe a idéia de agir em nome de outrem (o agente ou representante em nome do fabricante) e a remuneração por meio de comissões.

9. Menos esquemática é a diferença entre os contratos de distribuição e de franquia, sendo possível, entretanto, colher dados diferenciados, entre outros, na existência de uma aparência externa de igualdade entre franqueador e franqueado (enquanto o fabricante e o distribuidor têm aparências externas distintas), na prestação de assistência técnica e de mercadologia pelo franqueador ao franqueado (que não precisa existir na distribuição), e na intensidade da parceria entre franqueador e franqueado (que também não precisa existir na distribuição).

10. A sutileza maior está na distinção entre contrato de distribuição e contrato de concessão comercial, sendo certo que alguns autores e intérpretes fazem confusão implícita ou explícita; ou seja, a referência a uma ou outra figura - distribuição ou concessão - com frequência pode ser recebida como aleatória.

11. Na verdade, a diferença é por demais sutil, pois, ficando com JUAN M. FARINA ("Contratos Comerciales Modernos", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, página 393), a distribuição se distingue da concessão comercial porque nesta há a obrigação de prestação de assistência técnica pelo concessionário aos adquirentes dos bens, o que não ocorre na distribuição.

12. Entretanto, para efeito desta exposição, prefiro não estender tal diferenciação, até porque, por um lado, o tempo que me é dado sofre severas limitações e, por outro lado, tal precisão terminológica tem um interesse mais acadêmico do que empresarial.

13. Assim, ao se tratar do tema da exclusividade, é possível aplicá-lo tanto à distribuição quanto à concessão comercial.

14. Os contratos de distribuição e de concessão comercial costumam ou podem ter várias obrigações, de que são exemplos a uniformidade de publicidade, a manutenção de estoques mínimos e a fixação de padrões de atendimento.

15. Todavia, deixando tais aspectos de lado, permitam-me focalizar duas características interligadas - que acabam por levar à um único, grande e espinhoso caminho -, a formação de grupos empresariais e a cláusula de exclusividade (que pode ser por área geográfica, por produto ou por ambos).

16. Há, sem dúvida, com o contrato de distribuição, a formação de um grupo de empresas, pois esta é exatamente a consequência da criação de uma rede de distribuição; o produto é fabricado e passa através da rede de distribuição - e só por esta rede, por canais exclusivos que não se misturam - até chegar ao consumidor.

17. Os mais fiéis e literais intérpretes do direito podem ver aí um grave indício de abuso do poder econômico, pois poderia a formação deste grupo ser inibidora da concorrência; aliás, em sentido estrito, isso é o que realmente acontece.

18. A formação desse grupo econômico ocorre exatamente através da exigência de exclusividade, implicando tal exigência, em seu extremo, em que o fabricante só pode vender através da iludida rede e que o distribuidor só pode comprar do fabricante.

19. É certo que a cláusula de exclusividade pode ser por área geográfica ou por ambos e não implica na impossibilidade do distribuidor comercializar outros produtos não concorrentes (desde que não haja proibição contratual).

20. Cumpre esclarecer que a exclusividade não constitui regra mas característica especial dos contratos de distribuição; ao mesmo tempo, não encontra obstáculo legal, sendo amplamente praticada.

21. Todavia, sempre que se examina uma questão de defesa da concorrência, a primeira visão deve ser sobre o mercado relevante; isto significa que é preciso antes de mais nada ter presente qual a concorrência que se quer ver defendida.

22. Ou seja, devemos verificar quem concorre com quem e assim conceituar qual a concorrência que deve ser defendida e qual a concorrência que a cláusula de exclusividade pode enfrentar e evitar.

23. Assim, se o produto A passa por uma rede de distribuição - com canais exclusivos - até chegar ao consumidor final, e se o produto B, seu concorrente, também passa por sua rede de distribuição - igualmente com canais exclusivos - , tem-se que o mercado relevante é aquele em que concorrem os produtos A e B e não aquele em que concorrem os vários distribuidores.

24. Ou seja: concorrentes são os produtos ou as marcas e não os distribuidores.

25. Há, todavia, um outro aspecto, que reside na dúvida do empresário que está obrigando a não vender por uma cláusula de exclusividade mas que tem uma venda solicitada por um comprador que não aceita comprar do distribuidor ou concessionário que tem a exclusividade das vendas para a sua região geográfica ou para o produto visado.

26. A dúvida está em vender e descumprir uma cláusula contratual - sujeitando-se às conseqüência de tal descumprimento - ou recusar a venda e sujeitar-se a um processo por abuso do poder econômico.

27. Lamentavelmente não vejo solução para resolver a dúvida após sua instalação; a solução será sempre casuística até porque a cláusula de exclusividade, embora não seja em si mesma punível, pode eventualmente constituir uma atividade restritiva de concorrência, se utilizada fora dos padrões aqui analisados.

28. É óbvio que, se o contrato de distribuição estiver registrado na Secretaria de Direito Econômico e se não houver desvios em sua utilização, a alegação de recusa de venda como atividade restritiva da concorrência não poderá vingar.

29. A questão da exclusividade pode e deve ter sua discussão levada às conseqüência mais extremas, ou seja, à exclusividade nos pontos de venda ao público em geral, sobretudo nos casos de produtos de consumo generalizado.

30. Aqui, se não se registra dano à concorrência - que, como vimos, opera-se entre marcas e produtos e não entre distribuidores -, não há também porque impedir a aplicação da cláusula de exclusividade aos pontos de vendas aos consumidores finais.

31. É certo, entretanto, que a existência ou não de dano à concorrência depende sempre de exame caso a caso.

PERGUNTAS DIRIGIDAS A DRA. NEIDE MALARD

Pergunta formulada pelo Dr. Leonardo Kossoi.

Na área rural ocorreu a fixação de preços de compra de produtos agrícolas. O oligopólio elimina a concorrência, fixando um preço único para a compra de determinado produto agrícola, que constitui a matéria-prima deste oligopólio. A lei sempre se refere à eliminação da concorrência para venda de produtos. Como o CADE vê a eliminação da concorrência na compra de produtos agrícolas? Trata-se do mesmo delito? Por que a lei nunca menciona o oligopólio?

Resposta

Neste caso incidiria a lei de defesa da concorrência. A lei fala em abuso do poder econômico, venha de quem vier. Não distingue entre monopólio e monopolista, oligopsônico e oligopolista.

A lei da defesa da concorrência é realmente uma lei feita para empresas grandes e não para o bar da esquina. Qualquer forma de abuso é passível de repressão. Nós temos um dispositivo na lei que abrange qualquer conduta ao afirmar que constitui prática abusiva criar dificuldades ao funcionamento de empresas. Por aí se pode punir qualquer prática abusiva. Então, o que nós temos de verificar é se há a tentativa de prejuízo à concorrência, se ocorre lucro arbitrário ou se há domínio do mercado. E me parece ser este o caso. A conduta, então, seria passível de investigação se houvesse realmente a imposição de preços por parte desse oligopólio e, no caso afirmativo, seria reprimida sem a menor dúvida. O que a lei realmente visa reprimir é a conduta de empresas poderosas que impõe o seu poder de venda ou o seu poder de compra sobre o mercado.

Pergunta do Dr. Fernando

A venda através de distribuidores não pode ser considerada uma terceirização das vendas? Se sim, o cliente passa a ser o produtor e não o distribuidor?

Resposta

Produtor é quem produz e distribuidor é quem vende. A empresa pode adotar várias estratégias: ela pode ter os seus agentes, pode ter os seus distribuidores exclusivos, ela pode ter vários distribuidores, mas todos são pessoas que aparecem já no 2º, 3º ou 4º nível do processo de produção. Não é o produtor do bem. Ele é um distribuidor e, como tal, pode praticar conduta abusiva do poder econômico ao repassar o produto para atacadistas ou varejistas.

Pergunta do Dr. Délio

Numa determinada região existem três distribuidores especializados. O produtor decide nomear apenas dois deles porque não confia no terceiro. Isto pode ser considerado recusa de vendas?

Resposta

Não. Não existe ilegalidade **per se**. As condutas **per se** são raríssimas e dificilmente ocorrem. O que se procura sempre é demonstrar o prejuízo à concorrência, o domínio do mercado e o lucro arbitrário. Então, uma mera recusa justificada não seria o mesmo que um boicote, este sim passível de repressão. Seria uma conduta lícita pois ninguém vai entregar os seus produtos a um distribuidor inidôneo. Não seria abusiva do poder econômico se demonstrado tudo isso.

Pergunta Dr. Ayrton Queiroz

É considerado venda casada o fato do locador comunicar ao locatário que o bem locado pode ser danificado com o uso de material de consumo inadequado?

Resposta

Não, absolutamente. O caso da locação é um caso específico. Muitos imóveis são alugados com uma série de benfeitorias e isto não poderia ser considerado venda casada. O preço do aluguel vai incluir todas as benfeitorias que, na grande maioria das vezes, são a razão de ser da procura do imóvel. São, em geral, apartamentos destinados a uma clientela mais sofisticada. Ademais, os produtos colocados à disposição do locatário não são de fabricação do locador. Não vejo como essa situação possa conduzir ao domínio de um mercado relevante ou prejudicar a concorrência. Acho muito remota essa hipótese.

Pergunta do Dr. José Carlos Bichara

Para efeito de caracterização da infração à ordem econômica, qual é o conceito de lucro abusivo?

Resposta

Bem, a lei não fala em lucro abusivo, ela fala em lucro arbitrário. É aquele que fica ao arbítrio de uma parte, e não das forças do mercado. Existe um projeto-de-lei onde se inseriu um dispositivo que fala em preço abusivo. A idéia do "preço abusivo" é adotada em praticamente todas as

legislações do mundo, talvez com terminologia diferente. Nos EUA, se chama preço acima dos níveis de competição; na Inglaterra se fala em preço excessivo. O preço excessivo ou preço abusivo, como é o caso do projeto-de-lei, atualmente no Congresso Nacional, seria aferido também num contexto econômico. É evidente que preço abusivo não é o preço alto em função de um processo inflacionário. Nós teríamos que realmente examinar a evolução dos preços da empresa durante um certo período e a história da empresa, para se saber porque aquele preço chegou a certo patamar para, então, caracterizar o preço abusivo.

Já o lucro abusivo é o que a lei chama de lucro arbitrário. Esse lucro seria detectável num mercado tipicamente monopolístico, onde existe a possibilidade do preço ser imposto pelo fabricante, porque ele não tem concorrente. Mais uma vez, nós teríamos de examinar todo o contexto econômico do auferimento do lucro para determinar se ele é realmente arbitrário.

Pergunta do Dr. Laércio Farina

Em casos de **franchising** a padronização do produto admite concessões em relação a práticas restritivas, que não seriam admitidas em situação diversa, porque a fixação do preço, um dos componentes da característica daquele produto, não é aceitável?

Resposta

Não é verdade que a fixação de preço seja característica de um produto. Se fosse assim todos os produtos iguais teriam o mesmo preço e isto não é verdade. No caso do **franchising** o que se tem é um pacote de direitos de propriedade industrial ou intelectual a ser explorado pelo cessionário, de acordo com os padrões estabelecidos pelo cedente, o franqueador. **Franchising** é isto. É evidente que quem vai explorar o direito tem escalas de produção diferentes, vai explorar em locais diferentes, distantes muitas vezes dos meios de produção dos insumos. Então, isso tudo vai influenciar no custo final do produto. Por isso que o preço não há de ser necessariamente o mesmo para todos os franqueados. Há, portanto, de ser concorrencial. Cada distribuidor vai cobrar o preço que pode remunerar os investimentos feitos no seu negócio.

Pergunta do Dr. Paulo Sérgio

Considerando que a política salarial prescreve reajuste quadrimestral; considerando que a maioria dos brasileiros recebe o salário mínimo de US\$ 100,00; considerando que os grandes grupos econômicos dominam o mercado, impondo preços que lhe convêm; considerando que esses grupos prefixam a inflação com a exposição de preços sempre acima da inflação do mês seguinte, obrigando o varejo e atacado a comprarem seus produtos, pois estes não podem ficar com suas prateleiras vazias; considerando que o Brasil tem um mercado mais fechado do que os EUA, portanto mais sujeito a práticas do abuso do poder econômico, pergunto: a prefixação do percentual de preços e tarifas públicas não seria a melhor maneira para procurar a queda na inflação, uma vez que a inflação de 36% é absurda em qualquer país do mundo?

Resposta

As leis de defesa da concorrência não podem ser vistas como instrumento de combate à inflação. Elas funcionam muitíssimo melhor em economias de inflação baixa ou inexistente. Exemplo disso nos EUA e a Comunidade Européia. É evidente que, num contexto de inflação alta, é muito difícil falar em concorrência, quando esta se dá em relação a duas coisas: qualidade e preço. Numa economia de inflação muito alta, o elemento preço fica difícil de ser analisado. Ainda, a opção do Estado intervir no mercado e prefixar preços - nós já tivemos vários pacotes nesse sentido - jamais resolveu o problema da inflação que, aliás, não foi resolvido em lugar algum do mundo mediante congelamento ou prefixação de preços.

Eu acredito que as causas da inflação brasileira são outras, com os excessivos gastos públicos, a desorganização fiscal, o próprio sistema financeiro, entre outras.

Eu acho até que a defesa da concorrência não deve ser falada, nem prometida e nem usada como "santo milagre" para curar a inflação. É um erro achar que a inflação é causada, principalmente, pelo setor privado.

Pergunta da Dra. Cristina

Quando a locação de um determinado equipamento é vinculado à aquisição de um determinado produto químico, pelo fato do referido

equipamento ter sido desenvolvido especificamente para aplicação do produto químico, há configuração da prática de venda casada?

Resposta

Quando se fala de concorrência e venda casada há de se ter em mente o mercado relevante, que é o espaço da concorrência, onde existem substitutivos para os produtos. Então nós falamos em substitubilidade. Se existe um outro produto que serve para aquela máquina, então a venda casada é mascarada, pois o produto não é exclusivo. Porém, não há de se falar em venda casada se não existe outro produto no mercado, sendo aquele o único. Para que ocorra a venda casada é preciso, em primeiro lugar, a existência de dois produtos, o vinculante e o vinculado; em segundo, é preciso que haja poder de mercado do agente em relação ao produto vinculante e, em terceiro lugar, é necessário que haja uma alternativa para o consumidor do produto vinculado ou que este seja desnecessário em relação ao produto vinculante. Se não existir alternativa para o produto vinculado e este não puder ser dispensado, é evidente que a vinculação é compulsória. Ou a máquina funciona com aquele produto ou então não funciona de jeito nenhum. Não haveria, então, a venda casada.

Pergunta Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Além dos descontos admitidos por quantidade, existem outras razões para justificar um desconto maior de um para outro revendedor, sem que houvesse a chamada discriminação de preços entre revendedores.

Resposta

Dr. Carlos, a questão gira em torno da discriminação. No desconto por quantidade vendida não há discriminação porque existe um dado objetivo: quem vende mais canaliza, evidentemente, os interesses do fabricantes, que vai prestigiar mais aquele distribuidor que está abastecendo o mercado com sua marca. Então, não seria discriminação, mas sim um prêmio. A questão de se privilegiar determinados distribuidores, por cotas de áreas, etc., isto teria que ser visto no contexto concorrencial, mas é importante que o desconto não seja uma discriminação, porque é certo que quem recebe desconto tem condições de vender o produto mais barato e, sem qualquer razão que

justificasse esse desconto, haveria uma discriminação indevida, que prejudicaria a concorrência e poderia criar até uma situação de monopólio para o distribuidor que recebe o desconto. É nesse contexto que a conduta deve ser examinada. Se o desconto constituir uma discriminação indevida contra um determinado distribuidor, atacadista ou varejista, em uma determinada região, eu acredito que ela seria restritiva da concorrência. Todavia se o desconto for concedido em situações especiais, plenamente justificáveis, e não ofender a concorrência, não haveria porquê punir a conduta.

PERGUNTAS DIRIGIDAS AO DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ

Rapidamente são duas as perguntas. A primeira do **Dr. José Cássio**: Qual o verdadeiro alcance do artigo 5º do inciso 1º da Lei nº 4.137, que define como crime de ordem econômica, exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade em detrimento de concorrência. Por exemplo, cláusula de exclusividade exigida por um comprador de uma determinada cota de patrocínio de um evento. É considerado crime?

Vou responder genericamente. Qual o verdadeiro alcance? Em princípio quando se fala em exigir exclusividade em propaganda, o evento está abrangendo também, por isso vou falar genericamente. Tenho para mim que este diploma legal, na Lei nº 8.137, ostensivamente um diploma penal, o ato incriminado, a exigência da exclusividade deve ser tal que ela efetivamente restrinja a liberdade de escolha, a liberdade do interessado, ou seja, toda vez que houver, por exemplo, uma exigência de exclusividade de propaganda, de transmissão, etc., onde esta disponibilidade não seja afetada, mas por exemplo, se pague por esta exclusividade, se dê algo mais, neste caso, no ponto de vista, estritamente penal não me parece que esteja havendo a restrição da liberdade de escolha e portanto o tipo não estaria caracterizado, além do mais, aqui também, essa exigência da exclusividade, ela também prevê consciência do ato, que deve estar por sua vez na condição de não poder resistir à exigência, que se deve forçá-lo, deve aparecer a idéia que se força, aquele que sofre a exigência, com o intuito de obter uma vantagem para si, além do mais, exige consciência da relação causal entre o ato e o resultado colimado, ou seja, supõe a consciência da ilicitude do comportamento e a vontade de se praticar este ato, de alcançar o resultado, eu diria que aqui, estamos, portanto, diante de casos de dolo direto e não de dolo eventual. O caso específico, além do mais, quando se fala de exclusividade da propaganda, da transmissão, da difusão, de aquisição de cota de patrocínio,

exige também a consideração do próprio mercado e a possibilidade de substitutibilidade, ou seja, o interessado precisa estar na condição de que ou ele aceita ou fica sem, comprador de cota ou coisa parecida. Nestes casos é que, eu diria que o artigo 5º inciso 1º da Lei nº 8.137 alcança este comportamento de exigir exclusividade e etc.

Segunda pergunta: Pela, tocando o artigo 3º, Lei nº 8.158, ainda que os fins visados não sejam alcançados se, se poderia falar aqui, em infração tentada, quando da concretização dos fins visados pelo agente, tenho a impressão de que no texto do artigo 3º, que fala ainda que os fins visados não sejam alcançados, a possibilidade da tentativa existe, principalmente no caso de dolo direto, embora ache que a possibilidade de tentativa, no caso do dolo eventual, obviamente fica prejudicada a questão, porque aí o objetivo não é propriamente o fim visado, mas é aquele ato que pode eventualmente levar ao fim visado. Aqui a tentativa se excluiria, ao meu ver, mas no caso do dolo direto a possibilidade de tentativa existiria sim.

PERGUNTA DIRIGIDA A DRA. CARLA LOBÃO

Dra. Carla Lobão Barroso de Souza

A pergunta do **Dr. Júlio Leão**: quando um dos contratantes usa de sua faculdade de rescindir unilateralmente, por mera vontade sua, contrato por prazo indeterminado, a outra parte contratante desfavorecida, sempre alegará criação de dificuldade ao seu funcionamento e desenvolvimento, artigo 3º, inciso 16 da lei nº 8158. O CADE, na opinião da palestrante entendeu ter havido infração à ordem econômica ou mero exercício de vontade?

Bem, Dr. Júlio, a hermenêutica exige que incisos sejam interpretados em consonância com o caput do artigo. Assim a criação de dificuldades, a constituição ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas, conduta descrita no inciso 16, deve ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Assim não é toda e qualquer dificuldade que interessa a legislação de antitruste e sim aquelas definidas na lei.

PERGUNTAS DIRIGIDAS AO DR. MAURO GRINBERG

Dr. Mauro, tenho aqui duas perguntas, eu vou deixar a mais comprometedora para depois e vou ler a pergunta do **Dr. José Carlos**

Bichara. Ele pergunta se a dúvida hamletiana não poderia ser resolvida com a mera aplicação do princípio de que a lei não pode ser revogada pela vontade das partes, ou seja, a obrigação de vender, não recusar a venda é legal e o compromisso de não vender é contratual. Agora a pergunta, é uma que esperava que ninguém fizesse, mas não teve jeito de fugirmos ao tema.. **O Dr. Luiz Carlos Stringher** diz que: a Dra. Neide falou que os contratos de distribuição com exclusividade, segundo o CADE, não são considerados como forma abusiva de dominação de mercado; no entanto a lei nº 8.002/90 sujeita à multa, a recusa de venda de mercadoria pela fábrica a quem, dispuser a comprá-la, ressalvando apenas os casos regulados em leis especiais. Ora sabe-se que existe no Brasil, apenas uma lei especial que é a chamada lei Ferrari, que disciplina a distribuição de veículos. O dispositivo da lei 8.002/90 se interpretado literalmente, impede ou viola o contrato de exclusividade na distribuição , qual é a sua opinião?

Dr. Mauro Grinberg

Em primeiro lugar, essa lei nº 8002, é uma lei que "recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser adquiri-la mediante pronto pagamento, com a ressalva dos casos de intermediação de regulamentos especiais, isso significa que eu como consumidor vou a uma fábrica de pneus e quero comprar um pneu, e esta lei se interpretada literalmente, obrigaria a fábrica a me vender este pneu. A lei nº 8137, que trata dos crimes contra à ordem tributária, ela diz que, constitui no artigo 7, crime contra as relações de consumo, favorecer ou preterir sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores. Esta certo, isto aqui é uma lei penal, de qualquer forma os seus princípios podiam ser aplicados, mas nós vamos a lei 8158, no artigo 3º, inciso 7, que diz: "recusar injustificadamente a venda de bens ou a prestação de serviços dentro das condições de pagamento normais aos uso de praxes comerciais", dizer que isto tenha revogado a lei nº 8002, talvez seja temerário, agora a lei nº 8002 neste artigo que fale em recusa de venda na verdade, me parece que foi uma lei que é fadada a não ser aplicada pela própria impossibilidade técnica de aplicá-la literalmente, ela deve ser aplicada dentro dos princípios normais

PAINEL II

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Estava no 1º Painel, mas devido a impossibilidade de ser presidido pelo Dr. Franceschini por problemas de estar afônico, então me desloquei para cá, trazendo este tema de aprovação das restrições de concorrência, que poderá até parecer estranho, à primeira vista. Falamos da aprovação de uma restrição à concorrência, que em princípio se pensaria que não pode ser referendado por lei que tem por objetivo defender a livre concorrência inclusive como princípio básico da Constituição Federal.

Tenho para mim ser este o tema mais importante da legislação de concorrência e que vem sendo muito pouco examinado, porque se refere à aplicação preventiva dessa legislação, não repressiva, como vem sendo, talvez por se entender que seria essa apenas uma legislação de repressão ao abuso do poder econômico como estava na ementa da lei nº 4.137. Então este tema que trataremos é a parte da matéria concorrencial que se refere à aplicação preventiva da legislação.

Os senhores sabem que a doutrina de matéria concorrencial, tanto a estrangeira como a nacional, faz uma divisão entre os bons acordos e os maus acordos que restringem a concorrência.

O próprio nome já diz que bons são aqueles que, embora, trazendo certos inconvenientes à concorrência pela sua própria restrição, trazem por outro lado algumas vantagens, eu diria, por exemplo, uma vantagem de economia de escala, uma possibilidade de implantação de mega projetos pela união de diversas empresas o que não seria possível se não houvesse essa união restringindo concorrência. A racionalização de serviços, o desenvolvimento econômico, possibilidades de aumento de exportação, pelos chamados cartéis de exportação que em todo mundo são válidos e, às vezes, em tempos de crise, até a sobrevivência de empresas em situações conjunturais recessivas, pode ser alcançada com restrições à concorrência entre empresas como por exemplo estabelecendo preços mínimos de venda, o que em princípio seria uma heresia em tempos normais. Isso já aconteceu inclusive nos Estados Unidos onde ao tempo do Governo Roosevelt se admitiram acordos de preços dentro do Plano de Reconstrução Nacional destinado a tirar o país da recessão iniciada após o crack da Bolsa de 1929.

Nesses casos, a restrição à concorrência continua a existir, mas colocados numa balança os malefícios e os benefícios desta restrição, ela pode vir a ser admitida e a nossa legislação desde 1962, já permitia que acordos com restrição à concorrência fossem aprovados pelo órgão próprio. Isto estava

previsto no artigo 74 da lei nº 4.137 de 1962, numa redação extremamente infeliz, pois ao invés de tratar a questão de uma maneira positiva, dizendo que seriam validados acordos de restrição da concorrência, em determinados casos, começou pelo inverso, dizendo que não teriam validade acordo em diversos casos que enumerou e que não chegaram bem à prática, nunca foram bem entendidos.

Posteriormente, veio o regulamento da lei nº 4.137, que através de um parágrafo simplesmente acabou com este dispositivo, ao dizer que os acordos, que fossem de conformidade com as praxes e usos comerciais, não precisariam ser levados a registro. Acho que o regulamentador da lei nº 4.137, pensou de que poderia dessa forma, evitar um grande número de processos que chegasse ao CADE e que não houvesse um aparelhamento do órgão para examiná-los. Esse parágrafo do regulamento sempre foi muito criticado, inclusive desde Benjamim Schieber, autor da melhor obra da doutrina sobre legislação antitruste brasileira. Já no final da conclusão da "CPI das multinacionais" em 74, nós batalhávamos pessoalmente, pela mudança desse dispositivo, pela retirada desse parágrafo, que transformava o dispositivo do caput em letra morta, pois, nunca se pensava levar a registro quaisquer acordos em restrição à concorrência.

Na história do CADE, sei apenas de cinco ou dez processos de registro de acordo que foram levados até lá na anterior redação do art. 74. Porém a partir da última medida provisória que resultou na lei nº 8.158, procedeu-se a uma nova redação para o artigo 74, baseado num anteprojeto em 1988, feito por uma comissão de que participaram o Dr. Franceschini, o Dr. Alberto Venâncio e o próprio expositor. Nós neste anteprojeto, realmente tratamos a questão de maneira muito mais ampla, obrigando a registro não só os atos privados, particulares, mas também aqueles que viessem do Poder Público, como medidas que fossem tomadas pelos diversos órgãos, que naquela época, dirigiam e regulamentavam a nossa economia de uma forma quase que como uma "camisa-de-força". Então nós pretendíamos, naquela época, que fosse submetido ao CADE como o órgão regulador da concorrência, todos os atos, não só os contratos particulares, como também os do Poder Público, como por exemplo, atos que dividissem mercados, proibissem a criação de indústrias, através de organismos como o CDI e coisas tais, que os senhores conhecem, oriundos da política econômica dirigista vigente nos regimes militares e assim neste anteprojeto de 1988, nós colocávamos até o Poder Público obrigando-se a registrar no órgão de concorrência seus atos relativos a interferência de mercado. Transformávamos

então o CADE em um organismo que concentrava em si toda a atribuição de fazer o exame da validade desses atos.

Essa disposição do anteprojeto foi aproveitado na medida provisória que resultou na lei nº 8.172, um pouco mais reduzida, pois não se tinha mais essas preocupações de verificar a validade dos atos do poder público, porque já estava numa política de franca desregulamentação e isso tornou-se desnecessário.

A partir da lei nº 8.172, é que realmente começou a se dar certa importância a esse dispositivo, que na minha opinião, ainda é o mais importante da legislação atual, ao tratar da aplicação preventiva da lei.

Todavia, as empresas em geral, tem dado mais importância aos parágrafos do que ao "caput" do artigo 13 da Lei 8.158, que deu nova redação ao artigo 74 da Lei nº 4.137. Os senhores poderão verificar no artigo 74 da Lei 4.137, que inclusive, no livro distribuído hoje, está com a nova redação, que no caput, nós falamos dos acordos de restrição de concorrência em geral, enquanto que nos parágrafos fala-se numa espécie, que era aquela de aquisição de empresas, de concentração econômica de corporações.

Passou-se a dar mais importância, nesses últimos anos ao caso que ficou bem caracterizado que é a concentração econômica, quando duas ou mais empresas se unem através de aquisição de ações ou de qualquer outra forma, desde que domine mais de 20% do mercado, nessa concentração. Então esses parágrafos realmente tomaram uma importância muito grande; inclusive agora, vem sendo motivo de inúmeros debates, até na questão de privatização, como os senhores sabem, como aquele caso da Cosipa, por exemplo, suscitou inúmeros problemas dessa ordem, porque existiria uma concentração de mais de 20% de determinado mercado. Até a ausência do Dr. Rui Coutinho, no nosso simpósio, é exatamente por causa desse problema, de colocar nos editais de licitação, essa obrigatoriedade de registro de concentração, mas então, como estava falando, deu-se mais importância a esse problema de concentração econômica e não do registro dos acordos. Tais acordos em restrição à concorrência e estou tratando de todas essas práticas que foram faladas inicialmente pela Dra. Neide e outros no 1º Painel, quase todos, poderão ser validados, desde que apresentados aos órgãos de defesa da concorrência, no caso, a SDE, embora se poderia, inclusive cogitar também de consulta ao CADE.

Hoje não existe mais aquela exceção que existia para a não apresentação de atos que fossem comum a praxes usos comerciais. Portanto qualquer contrato, mesmo que verbal ou epistolar, que tenha qualquer restrição à concorrência, uma cláusula de qualquer ordem que restrinja a

concorrência, deve ser levado ao órgão de concorrência para aprovação, sob pena de não ter validade e nestes nós podemos, então, incluir grande parte dos contratos com cláusula de exclusividade; os contratos de cotas de fornecimentos; os contratos de franchising, que contém obrigações sobre preços, imposição de preço de revenda, de uso de material exclusivo, de não concorrência após o término do contrato de franquia; os contratos que tenham negócios casados, como serviços de turismo com financiamento, quer dizer, se você só adquire uma passagem, se fez financiamento no mesmo banco; os contratos com restrições à venda a certa categoria de compradores, quer dizer, se impuser ao distribuidor que ele não revenda a uma certa categoria de compradores que seriam concorrentes deles; os acordos de cooperação para transportes, de comercialização comum de mercadorias, a granel, tipo commodities; os acordos sobre preços máximos ou condições de pagamento feitos com os distribuidores; os acordos para limitar a produção também podem ser validades em tese, em tempos de crise; padronizar a produção também pode ter justificativas para serem validados; acordos de divisão de mercados até podem ser validados, como por exemplo, farmácias em determinados municípios pedirem regulamentação para que não se estabeleçam dentro de um raio de 1 km uma outra; até os acordos de venda de empresas, de ações mesmo que não atingindo os 20%, mas desde que contenham nelas uma cláusula restritiva à concorrência, como aquela de os vendedores não poderem se restabelecer num prazo de 20 anos, numa cláusula que restrinja a concorrência, mesmo não atingindo aquela concentração de 20%, esse acordo para ter validade, precisa ser apresentado ao órgão de concorrência da Secretaria de Direito Econômico. Todos esses atos não tem validade se não apresentados para registro.

O que é pior, é que além de não terem validade, os seus praticantes se submetem a processos por infrações de ordem econômica. Nesses processos de registro ou consulta, aliás, gostaria de fazer uma observação que é especialmente importante a participação efetiva da Secretaria de Política Econômica através de seus pareceres, porque através deles, é que o Governo deverá dar a política vigente sobre as restrições de concorrência, que é uma política muito conjuntural, que pode mudar de ano para ano, de mês para mês, quer dizer, conforme uma conjuntura recessiva ou não. Então, é um processo em que realmente a questão da política econômica é muito importante, quer dizer, o que é hoje um bom acordo, admissível porque estamos em tempo de recessão, pode ser daqui há alguns anos, se sairmos dela, nós poderemos até ter a invalidade desse acordo. Então, essa política econômica, que deve trazer ao processo o Núcleo de Defesa Econômica, antigo DAP, tem uma

participação importantíssima no processo. Eu gostaria de falar que na Comunidade Européia, por exemplo, dezenas de milhares desses contratos já foram submetidos à Comissão de Concorrência. A atribuição da Comissão de Concorrência Européia, digamos 90% refere-se ao exame desses acordos, preventivamente, feitos sob consultas, sob fórmulas aprovadas que eles tem, ficando a parte repressiva do órgão europeu sensivelmente diminuída.

No Brasil, poderia dizer que ainda hoje, mesmo com a nova legislação, com a nova redação do artigo 74, ainda conta-se nos dedos, ao que me consta, os acordos que foram levados a registro. Eu faria aqui uma indagação: se o órgão está aparelhado para examinar tais acordos; provavelmente não; ao que me consta temos apenas um ou dois técnicos economistas tratando dessa matéria. Na hora que todos resolverem cumprir a sua obrigação legal e forem levar a registro esses acordos, acho que não haverá mínima condição de examiná-los. Aliás a lei prevê, inclusive, a validade do acordo por decurso de prazo do exame, quer dizer se o órgão não examinar o acordo em 60 dias, tal acordo será validado por decurso de prazo.

Queria chamar a atenção sobre o aspecto positivo desse artigo 74 para as empresas. Se um acordo for considerado lícito, não será inquinado de doloso no futuro, e sobre suas conseqüências a empresa não poderá sofrer processos, não poderá ser objeto de sanções ou multas. O registro ou consulta ao órgão concorrencial equipara-se e funciona como uma consulta na matéria fiscal. Então, vejo uma grande vantagem para o agente econômico e para o Estado, que precisa conhecer os acordos restritivos, eventualmente impedi-los e impor condições para a sua validade. Aliás, impor na verdade o órgão não pode; pode sim sugerir condições para validade do ato que pode ou não ser aceito pela parte consulente, que pode inclusive entender em não fazer ou desfazer o ato face a tal sugestão. Então a minha mensagem nesta tarde, seria de que fosse dada mais atenção ao artigo 13 da Lei nº 4.137 e verificado pelos agentes econômicos, as vantagens que podem trazer a aplicação ou utilização do dispositivo porque um dia vai chegar realmente em que esse agente econômico verificará que está sendo processado por uma determinada prática e que se tivesse registrado o acordo ou contrato onde está prevista esta prática de exclusividade, por exemplo, ele não estaria sendo processado naquela data, teria resolvido o problema muito antes, teria se adaptado, teria verificado uma forma de solucionar seu problema comercial sem infringir a lei. Então, essa a mensagem que eu tinha a trazer no final desta exposição, voltando a palavra ao nosso moderador.

DR. JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

Vou tentar ser o mais breve possível e fazer um resumo do que iria dizer, para preservá-los de maiores penalidades.

Primeiramente, porém, gostaria de agradecer o honrosa menção feita pelo Dr. Tércio no 1º painel.

Observe-se que a natureza da lei evidentemente implica em como deve ser interpretada e efetivamente aplicada.

Defendo a tese de que a legislação de defesa da concorrência possui natureza penal econômica, e não apenas econômica. Não vou me alongar nas razões, mas uma das principais é que o direito econômico regula, a grosso modo, as relações entre o Estado e seus administrados no tocante às matérias de caráter econômico, e por isso se encontra engajado no campo do planejamento, monetário e fiscal.

À medida que classifico esta matéria como de Direito Econômico, estou na realidade transformando o Estado em titular do bem juridicamente protegido e restringindo a liberdade de concorrência, o que me parece um contra-senso. O Estado tem que se afastar, deixar de interferir na gestão dos negócios.

Mais uma razão para incluir esta matéria no âmbito do Direito Penal Econômico é que ela gera efeitos diretos no tocante à autonomia de gestão dos negócios, bem jurídico este, extremamente sério e gravoso para o empresariado.

Por estas razões, e não querendo me alongar, classificaria esta lei como de Direito Penal Econômico e não de Direito Econômico em si.

Quero, porém, levantar um outro ponto que embora esteja passando ao largo, inclusive de um projeto de lei que ora tramita pelo Congresso, me parece da maior relevância.

Sob meu ponto de vista, este projeto apresenta aspectos extremamente polêmicos em diversos de seus dispositivos. Mas um desses dispositivos, e acredito que seja aqui consenso, deveria ser mais debatido devido sua importância. É o compromisso de cessação, o qual sabemos teve sua origem no reconhecimento do compromisso de cessação norte-americano, do "*consent decree*", largamente aplicado nos E.U.A.

Cerca de 80% dos casos da Divisão Antitruste do Governo dos Estados Unidos que passam pelo Departamento de Justiça são resolvidos por meio do compromisso de cessação. Este interessa tanto ao empresariado, quanto ao mercado e ao próprio Estado, os quais incorrem em ônus menores com a sua celebração.

Inúmeras vezes, o empresário e o próprio Governo praticam de boa-fé, mas faltando maior conhecimento da matéria, atos que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DPDE) entende como questionáveis.

Estes problemas poderiam ser solucionados de forma rápida e séria, trazendo enormes benefícios ao mercado, empresariado e consumidor.

Questiona-se, atualmente, se este compromisso está ou não condicionado ao reconhecimento de culpa do empresário. O regulamento da Lei nº 4.137 dispensava o reconhecimento da culpa, ao contrário de regulamento da Lei nº 8.158.

Acredito que, dado o interesse público da matéria, pode-se perfeitamente entender desnecessário o reconhecimento. Um decreto não revogou o outro, pois ambos se referem a órgãos diferentes, cada qual com sua competência própria.

Entendo que o regulamento do CADE continua a vigorar nessa parte em todos os seus efeitos, sendo que a própria Lei nº 8.158 ressalvou não só a própria existência do CADE, como também todas as suas competências.

Desta maneira, me parece perfeitamente viável, que haja a possibilidade de se celebrar um compromisso de cessação sem reconhecimento de culpa, com a interveniência do CADE, mesmo quando o processo estiver sob a jurisdição do DPDE.

O Decreto do DPDE é que pode ser considerado excessivo neste ponto específico, tendo em vista que o CADE poderia, posteriormente, aceitar o compromisso sem necessidade de reconhecimento da culpa.

Há teses em sentido contrário, de autoria de pessoas respeitáveis que estudaram a questão com profundidade. Estas teses defendem que o Decreto que regulamentou a Lei do DPDE teria, por sua posterioridade, revogado o Decreto que regulamentou a legislação do CADE.

Procuró questionar um pouco esse ponto, na medida em que a própria Lei nº 8.158 determinou a preservação das esferas de competência do CADE, entre as quais a celebração do compromisso de cessação sem o reconhecimento de culpa.

Portanto, não poderia um Decreto que regulamentou uma Lei e preservou a competência do CADE se sobrepor à própria de regência da Lei do CADE.

São evidentemente questões técnicas, de interesse estatal e do próprio público e empresariado. O DPDE se vê assoberbado de processos e com carência de pessoal e meios financeiros. A despeito da extrema boa-vontade e capacidade dos técnicos envolvidos, faltam condições materiais.

Talvez, a solução à realidade nacional resida na aplicação extensiva deste dispositivo, deste preceito.

A única ressalva que gostaria de fazer, refere-se a uma questão técnica; é quanto à dúvida do cabimento do compromisso de cessação quando a infração já se consumou, isto porque estamos tratando do compromisso de cessação, e não se pode cessar o que já cessou. É um pormenor que poderá ser melhor aprofundado por aqueles que estudarem a matéria.

Agradeço a paciência e peço seu perdão pelos altos e baixos que aqui ocorreram. Muito obrigado.

DRA LÁZARA COTRIM

"VENDA CASADA" DE BENS E SERVIÇOS

O acentuado clamor pela atuação dos órgãos encarregados da aplicação das normas de defesa da concorrência e do mercado é que nos impulsiona a debater em eventos como ao que ora o IBRAC realiza, dando-nos a oportunidade de contribuir, com diminuta experiência prática que o dia-a-dia no DPDE/SDE tem nos permitido adquirir.

Pegando um gancho da brilhante exposição do Prof. Tércio Ferraz sobre a denominada "venda casada", legalmente conceituada como subordinação ou vinculação da venda de determinado bem ou utilização de determinado serviço à aquisição de um outro ou ao uso de outro serviço, cuja tipificação se agalha nas Leis 4.137/62, art. 2º, inciso IV, alínea "b", 8.158/91, art. 3º, inciso conseqüente, abordaremos enfatizando-se a diferenciação finalista dos preceitos. Essas condutas censuradas correspondem ao abuso do poder econômico caracterizado pelos pressupostos constitucionais previstos no § 4º do art. 173 da Constituição Federal que reservou à lei ordinária reprimí-las quando visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

A prática restritiva tipificada no art. 2º, inciso IV, alínea "b" da Lei 4.137, estabelece a vinculação de compradores ou de vendedores, a grupos econômicos por agregação de empresas. O ponto crucial está na união de empresas concorrentes entre si, de modo que esta tenha por meta prejudicar a livre disponibilidade ou deliberação de vendedores ou compradores com conseqüente prejuízo à livre concorrência. Assim visto, a mera subordinação, por si só, não constitui ilícito econômico, sendo imprescindível para sua configuração que a vinculação sirva de meio para formar e manter um cartel

aglutinando-se empresas. Sob esta imputação, inúmeros processos tramitaram no CADE, antiga fase (Processos Administrativos nº 05, 12, 16, 31 e outros), e julgada improcedente por não restar configurada a infração.

A Lei 8.158/91, ao tipificar as práticas lesivas à concorrência adotou, exemplificativamente, o critério da conduta-meio descrita nos incisos de I a XVIII do art. 3º para materialização da conduta-fim, ou resultado, qual seja, domínio dos mercados, prejuízo à concorrência ou aumento arbitrário de lucros, ainda que não alcançados.

Destaca-se neste passo, a "venda casada", prevista no inciso VIII. Aqui também a simples subordinação da venda de um bem ou serviço a outro bem ou serviço não basta para caracterizar o ilícito reprimível. Requer para tanto que o agente aproveite da necessidade do adquirente do bem ou serviço, para impor-lhe outro bem ou serviço, com objetivo ou produzindo o efeito de obter os múltiplos comportamentos característicos. Sob esta tipificação a SDE/DPDE tem instaurado um número considerável de processos, inclusive, alguns já julgados pelo CADE. Em grande parte desses processos, fundamenta a representação a existência da cláusula contratual, mesmo que proveniente de acordo tácito, onde se vincula, por exemplo, a venda ou locação de equipamentos ao emprego de produto fabricado pela vendedora ou locadora, ou à assistência técnica. Com a agravante de que, em mão se cumprindo, o comprador ou locatário, a estipulação, ocorre a recusa pura e simples da continuidade da assistência. Disso resulta que "a concorrência baseada no valor real do bem ou do serviço vinculado é inevitavelmente restringida".

É comum também observar essa prática, e a doutrina americana é rica em exemplos, em empresas detentoras de patentes que vinculam a venda ou arrendamento do produto patenteado com a utilização de produto complementar. Para ilustrar lembremos um caso famoso, entre tantos, ocorrido nos U.S. Um fabricante (Motion Pictures X Universal Filme) de projetor de filmes subordina a venda do produto à aquisição exclusiva de filmes por ele fabricado. No julgamento o Tribunal negou ao fabricante do produto patenteado (projetor) a extensão do direito de patente ao produto complementar (não patenteado). Considerou que o detentor legal de um monopólio estaria utilizando tal faculdade para monopolizar outro mercado (o de filme).

Neste cenário jurídico consagrou a Lei 8.158/91, art. 1º, parágrafo único, a SDE, a repressão das infrações previstas na Lei 8.002/90, e entre elas inclui-se a "venda casada" que consiste também em condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou a prestação de serviço acessório, pelo vendedor ou terceiro que indicar ou contratar, na hipótese de o comprador,

por sua conta e risco, querer transportar a mercadoria adquirida. Aqui, a descrição fática se satisfaz e se completa. Não exige a assunção do objetivo ou produzindo o efeito de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Ilícito per si.

Verifica-se esta conduta, em geral, quando impõe-se, em detrimento da livre deliberação de compradores a aquisição de outros bens ou prestação de um serviço. O exemplo mais evidente é a não venda na porta da fábrica com o fito de condicionar a venda do bem à sua entrega, de forma a que o frete seja mais um componente na formação do preço do produto.

Sobre essa matéria, em julgado recente firmou, o CADE, não ser competente para exame de conduta compreendida em tipo da Lei 8.002, por entender que esta "não tem por objetivo a defesa da concorrência".

Esperamos ter sido esclarecedores e estamos abertos às questões que os senhores apresentarem.

Obrigada.

DR. EUGÊNIO DE OLIVEIRA FRAGA

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS E SERVIÇOS

Senhora e Senhores integrantes da Mesa, minhas Senhoras, Meus Senhores.

Sinto-me lisonjeado com o convite do IBRAC e, ao mesmo tempo, agradecido pela oportunidade de como economista, participar destes trabalhos. A ciência econômica está intimamente ligada ao Direito Econômico, e eu, particularmente, vejo a necessidade de trazer a economia para um entrelaçamento mais intenso com a área de defesa da concorrência. Portanto, minha gratidão ao IBRAC, na pessoa de seu ilustre Presidente, pelo convite.

Dentre as formas de abuso do poder econômico previstas na Lei nº 4.137, de 1962, encontra-se a discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou a fixação discriminatória de prestação de serviços (art. 2º, IV, a). Da mesma forma, a Lei nº 8.137, de 1990, qualifica como crime contra a ordem econômica discriminar preços de bens ou de prestação de serviço visando deter o monopólio ou eliminar a concorrência (art. 4º, III).

A Lei nº 8.158, de 1991, nesse particular, não mantém a mesma clareza quanto às retromencionadas leis, mas de forma bastante abrangente

tipifica como infração à ordem econômica, dentre outras, estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos (art. 3º, I).

Conceitualmente, a discriminação de preços consiste na venda de um mesmo bem a preços diferenciados, no mesmo lugar e momento, observadas, ainda, as mesmas condições de venda. Podemos observar essa prática sob dois ângulos: o da demanda e o da oferta. Do lado da demanda, duas são as condições para que isso ocorra: a existência de mercados distintos e identificáveis e a dificuldade de se transferir o bem.

Quando se verifica a demanda, a necessidade de mercados distintos é óbvia, pois se assim não fosse o monopolista não poderia praticar preços desiguais. É necessário ainda que os grupos de clientes tenham elasticidade preço da demanda diferentes de forma a permitir que o vendedor monopolista pratique preço superior àquele grupo de clientes com demanda mais inelástica. De forma bastante simples, podemos conceituar a elasticidade preço da demanda como a sensibilidade de resposta da quantidade demandada de determinado bem, a variações percentuais do preço deste mesmo bem.

A dificuldade de se transferir o bem é igualmente importante, caso contrário um grupo poderia transferir ao outro o produto adquirido, anulando assim a discriminação de preços praticada pelo monopolista.

Do ponto de vista da oferta, para que a diferenciação de preços ocorra é necessário que haja situações de monopólio ou oligopólio, ou seja, concorrência imperfeita. O ofertante deve ter um mercado próprio, ou uma parte substancial desse mercado.

A discriminação de preços e serviços típica consiste em proporcionar a determinado cliente vantagens não concedidas a outros, ou recusar as que habitualmente lhe são dispensadas, sob as mesmas condições, guardados os pré-requisitos legais, ou seja, o objetivo de formação de grupo econômico.

Os órgãos antitruste norte-americanos consideram ilegal cometer, ou aceitar, discriminação relativa a preço de produto da mesma classe e qualidade, que possa enfraquecer a concorrência ou criar monopólio em qualquer atividade. Há também o receio dos próprios vendedores em discriminar preços por temerem que os compradores se reúnam em *pool* para adquirir os bens em situações mais vantajosas que conseguiriam individualmente.

Entretanto, há condições em que a discriminação de preços é legal e aceitável. Isso pode ocorrer tanto em circunstâncias peculiares a cada mercado

quanto em condições amplamente aceitas nos diversos segmentos do comércio, indústria e serviço.

Observe-se o exemplo da discriminação de preços dos ingressos de cinema mais baratos para estudantes. O bem ofertado é o mesmo, porém diferenciado para estudantes e não estudantes. Além das diferenças de gosto, renda, etc, os estudantes para se beneficiarem desse privilégio devem apresentar sua identidade. Assim, esse produto - ingresso - não é transferível ao outro grupo. Temos, portanto, um caso típico de discriminação de preços de um grupo homogêneo.

Outra forma aceitável de diferenciação de preços e serviços verifica-se entre os diversos segmentos compradores - atacadista, varejista, consumidor industrial, usuário final, etc - o atacadista compra da indústria o mesmo produto com maior desconto que o varejista, da mesma forma que este obtém situação para si mais vantajosa que o usuário final. Essa diferenciação permite que em todas as fases da cadeia comercial cada segmento tenha sua rentabilidade condizente com seus custos.

Ainda dentro de cada segmento é possível que haja diferenciação de preço conforme a quantidade adquirida. Em função dos rendimentos de escala é aceitável que uma transação de grande volume de unidades tenha preços menores que outra de reduzida quantidade. Importante observar que a diferenciação de preços assume diferentes formas, que pode manifestar-se diretamente em preços desiguais, mas também em função de prazos e condições de pagamento.

Os arquivos do CADE e do DPDE registram diminuta demanda de investigação dessa prática, e os casos já julgados foram considerados improcedentes. Outros tantos estão em fase de instrução processual e, portanto, não há ainda decisão sobre o assunto.

Há que se ter em conta, entretanto, que dentro das diversas formas de discriminação de preços permitidas ou aceitáveis, pode ocorrer determinada situação que leve às condições vedadas pela legislação antitruste. Para cuidar dessa possível ocorrência, é necessário analisar a estrutura do mercado em questão, a natureza do produto, o comportamento dos preços em um período considerável, além de outros aspectos ou fatores que no caso concreto poderá afastar ou não, o caráter discriminatório da conduta.

Obrigado.

DR. MARCOS VINÍCIUS DE CAMPOS

Gostaria de tecer breves comentários tendo como ponto de partida uma afirmação feita pelo Dr. Mauro Grinberg referente a aplicação da Lei nº 8.002/90. Cabe ressaltar que esta Lei disciplina as hipóteses de recusa de venda e venda casada que resultem em prejuízo do comprador seja ele pessoa física ou jurídica.

Quando o consumidor dirige-se a um determinado fornecedor para a compra direta de um produto, certamente procurará pelo produto de melhor qualidade com o menor preço.

A busca pela maximização da relação custo/benefício, no caso, pela tentativa de comprar um produto pelo "menor" preço, normalmente realiza-se com a chamada compra direta do fabricante do produto.

É razoável supor-se que a compra com o menor número de intermediários deveria beneficiar o consumidor na questão do preço (ao menos em economias relativamente estabilizadas). Ocorre que, na realidade, a forma de estruturação da cadeia de distribuição dos bens atende a conveniência dos produtores que tendem a adotar sistemas não competitivos entre seus revendedores e distribuidores e não acessíveis aos consumidores (surgindo práticas abusivas como "recusa de venda", e "imposição de quantidades máximas ou mínimas", "venda casada", etc.)

Aquilo que apresenta-se como um direito do consumidor pode representar um problema técnico operacional quase intransponível para a empresa fornecedora. Um exemplo extremo seria o caso do consumidor que dirige-se a uma fábrica de cimento desejando comprar 1 (um) Kilo do produto. Estaria o produtor obrigado a vender? Poderia impor uma qualidade mínima "razoável"?

Resta evidente que a integração das leis de proteção e defesa da concorrência entre si e as leis de proteção ao consumidor (incluindo a lei de economia popular) devam considerar a razoabilidade dos fatos e situações, particularmente àquelas que geram um certa perplexidade exatamente pela ausência de parâmetros, e que necessitam ser arbitrariamente fixadas ao caso concreto.

Um dos pressupostos econômicos básicos das leis antitruste é a idéia de que as estruturas econômicas influenciam o comportamento dos agentes, afetando a performance das empresas que atuam no mercado em questão. Organizar as estruturas de mercado sob a forma concorrencial é o objetivo procurado pelas autoridades responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência. A aplicação desta legislação ao caso concreto implica no reconhecimento da diversidade de "estruturas" de mercado, logo, no seu tratamento diferenciado. Nesse sentido, a recusa de venda e a

imposição de quantidades mínimas, por exemplo, podem caracterizar ou não uma infração à ordem econômica dadas as circunstâncias concretas.

Esta razoabilidade na aplicação dos conceitos de práticas comerciais restritivas pelas autoridades não justifica, entretanto, determinadas situações encontradas no mercado, tais como a proliferação de tabelas de preços (tabela ao consumidor, distribuidor, varejista, etc.). Este tipo de comportamento não poderá ser aceito com qualquer critério de razoabilidade. Trata-se, no caso, da discriminação entre compradores e de uma imposição da intermediação pelo fabricante. Vale ressaltar que os canais de distribuição possuem função econômica importantíssima mas não poderão ser impostos ao consumidor sob a forma de recusa de venda direta, discriminação de preço ou de qualquer outra prática que resulte na **obrigação** de compra via intermediários.

DR. JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA

Dr. Marcos, muito obrigado. No papel de mediador, eu gostaria de fazer alguns comentários sobre algumas colocações que foram colocadas a mesa, não apenas pelo Dr. Marcos Vinícios, mas também pelo Dr. Mauro Grinberg, foi pessoalmente citado, pela Conselheira do CADE, Dra. Neide, então eu gostaria de tecer algumas considerações mais no sentido de levantar questões para serem apreciadas, ponderadas, analisadas por todos os participantes, uma vez que, a principal razão desse seminário é exatamente comentar a discussão do Conselho de Legislação de Antitruste e do Conselho de Legislação de Defesa da Concorrência, e nesse sentido eu acho que é muito importante, não se perder de vista algumas denotações, a primeira delas, é que a legislação de defesa de concorrência é uma legislação, que vem para viabilizar a livre concorrência no mercado, a livre concorrência que, como o Dr. Franceschini, acabou colocando, ela tutela um bem do Estado, um bem maior, em alguns aspectos do Dr. Tércio colocou também, aspecto de direito penal econômico colocando questão da concorrência de um bem maior. O que é importante se mencionar, é que questões do tipo a quem compete fixar o preço, por exemplo, no contrato de franquias, onde pode o franquizador disciplinar o seu preço ou não, é uma questão que não pode ser analisada, por exemplo apenas sob a ótica da legislação de defesa da concorrência, uma vez que o contrato de franquia, é um contrato novo, é um contrato que surge para viabilizar, inclusive, a maior penetração de empresa no mercado como um todo, então, a própria questão de preço há que ser melhor verificada, quando o franquizador em relação aos seus franquizados, define um preço, nós poderíamos até ver no contrato de franquia, algo assemelhado a uma parceria

ou até mesmo uma tercerização naquele desempenho das funções que são atribuídas a ponto de venda, a ponto de comercialização.

Com relação a algumas colocações, também do Dr. Marcos no final, a gente não pode perder de vista aqui, a maior questão que se discute em economia de mercado, não é a relação de particulares, então no momento em que se colocam práticas excessivas, rompimento de contratos individuais, tratados entre empresas, como inclusive, aquele objeto da discussão ontem, nós precisamos verificar até que ponto a legislação de defesa da concorrência, deve-se preocupar com relação de particulares e não apenas no seu objeto maior, que é exatamente a realização da economia de mercado. Então nós estamos todos caminhando na apreciação de penas, que são efetivamente polêmicos, que são efetivamente novos, no nosso dia-a-dia porque embora eles especializam a lei nº 4137/62, infelizmente, a nossa economia dirigista, muito dificultou essa prática de abertura de vivência da concorrência, mas nós não podemos pensar que direitos individuais discutidos no âmbito de defesa da concorrência e também temos que lembrar que a recusa de venda e os contratos de distribuição devem ser visto sob a ótica melhor para concorrência, se uma empresa detentora de uma estrutura de venda, detentora de uma vontade efetiva de ganho de mercado com legitimidade, com ética, sem intenção de prejudicar, a concorrência ela neste contexto, se recusa a fazer a venda direto o consumidor, prevista na lei nº 8.158, prevista na lei nº 8.002 e antigamente também transformada na lei nº 4.137, nós precisamos verificar até que ponto, essas próprias legislações, que impedem e que exerceram a recusa de venda, não estão contra a própria lei maior, porque existe a liberdade de iniciativa, a liberdade de iniciativa procedida com ética procedida com correção e que viabiliza um distribuidor que vai garantir a concorrência, vai garantir o mercado e nem por isso está sendo má condutivo da concorrência, porque com aquilo que se pretende é a discussão e graças a Deus, ninguém tem a razão de dizer que direito é uma ciência de posicionamento e de tudo, tanto é que temos aqui hoje presentes, empresas que não tem nenhuma discussão no CADE, são filiados do IBRAC, temos aqui empresas que estão mitigando posições divergentes da Secretaria de Direito Econômico do próprio CADE e temos aqui as grandes expressões de Direito Econômico Dr. Franceschini , Dr. Magalhães, Dra. Neide, Dr. Mauro Grinberg, Profº Tércio e outros mas eu acho que nós não podemos radicalizar, então quando se faz a afirmação categórica, tipo a recusa de venda, franquidor, não podendo definir preço final, eu acho que nós estamos assumindo posturas muito firmes em algo que ainda é principiante na

formação de grupos e valores, eu acabei falando mais, mas eu acho que era necessário. Eu pediria agora para passar a palavra ao Dr. Edson.

DR. EDSON RAIMUNDO MACHADO

Eu gostaria de agradecer a participação desse evento e estou aqui justificando a ausência do Secretário de Direito Econômico e do Diretor de Departamento de Proteção de Defesa Econômica, que estão realmente, numa reunião no Gabinete do Ministro, exatamente tratando de assuntos desta área, gostaria só de pegar este gancho oportuno deixado pelo Dr. Del Chiaro, dizer que, o parágrafo único da lei 8158 torna mais claro ainda, de que a lei 8002 está em vigor e deve se adotar todas providências no SNDE para repressão das infrações nela prevista, então ela não está revogada, então eu gostaria de precisar e muito obrigado.

PERGUNTAS

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Eu gostaria agora de passar as questões que foram formuladas a mesa e eu apresentaria a primeira pergunta ao Dr. Carlos Francisco de Magalhães, a pergunta é de **Francisco Atílio Neto** do seguinte teor: O contrato de constituição de consórcio, obras de engenharia entre empreiteiros que deveriam ser objeto de resulta perante os órgãos do controle do abuso do poder econômico, defesa econômica tendo em conta que pode abrigar práticas comerciais efetivas.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Eu acho que o consórcio é um contrato típico a ser levado a registro, porque traz realmente restrição à concorrência à medida que, restringe os competidores no mercado, que fazem consórcio entre si. Pensemos em dois consórcios de três empreiteiras cada um: nós deixaríamos de ter seis empresas tentando obter uma obra pública, para ter apenas duas empresas no sentido econômico. Então é um contrato que restringe a concorrência, quer dizer, propicia uma divisão de maiores lucros entre concorrentes pois é natural que com apenas dois concorrentes se consiga um preço maior numa concorrência

pública, pois se trata de dividir um mesmo espaço entre dois ao invés de seis concorrentes. Assim eu acharia que o consórcio é um contrato típico a ser registrado, inclusive aqueles consórcios mais permanentes, para se fazer equipamentos, como de uma empresa montar uma carroceria, outra fornecer motor e outra o chassi e assim compor um ônibus, um caminhão, ou veículo qualquer. Acho que tal contrato também deve ser registrado, pela segurança que traz até às próprias empresas que estão realizando um negócio de altos investimentos e que poderia ocasionar queixa de um terceiro que não participou do consórcio e queira impor a compra de um dos componentes para fazer o seu veículo, aproveitando-se do esforço do consórcio em desenvolver o projeto.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

A pergunta seguinte é dirigida a **Dra. Lázara Cotrin**, por parte do economista Dr. Airton Queiroz. A pergunta do seguinte teor: É possível com base no diploma em vigor, considerar a venda casada, sem haver agregação de empresas, isto é, como sendo ato da empresa isolada.

Dra. Lázara Cotrin

Dr. Airton, a venda casada que se verifica pela imputação da lei nº 4.137, parágrafo 4º, alínea b, é aquela que requer como instrumento, a subordinação com formação de grupo por agregação de empresa. Mas outras tipificações existem diplomas legais diferentes, a lei nº 8.158 se vê, a subordinação, a famosa venda casada, o art. 3º parágrafo, inciso 8º, que é subordinar a venda de um produto à serviço ou de um produto ao outro produto ou de um bem a um serviço, com a finalidade de dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente lucros. Este dispositivo, este comando legal, ele não prevê agregação de empresas, consequentemente, uma empresa isoladamente, pode praticar a venda casada com a imputação deste dispositivo, na mesma forma que, a lei nº 8.002, a venda casada, é condicionar a venda do produto ao transporte ou a serviço acessório, também por empresa isoladamente.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Muito obrigado, agora uma pergunta para o Dr. Carlos Francisco de Magalhães de Lélío Lacerda do seguinte teor: O Dr. Mauro Grinberg afirmou que a legislação sobre concorrência visa o produtor, e não o distribuidor. O Senhor disse que, os contratos de distribuição que estabelecem restrição de vendas há alguns clientes deveriam ser registrado no CADE, não há uma contradição entre duas afirmações.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

O Dr. Mauro Grinberg, não teria afirmado que se aplica a legislação concorrencial a uma categoria econômica de produtor ou fabricante. Evidentemente, a legislação se aplica a todos os agentes econômicos. Fala-se em empresa no sentido amplo, até abrangendo pessoas físicas que constituem uma empresa que é produtora, no sentido econômico. Estes são os sujeitos passivos da legislação antitruste, quer dizer, não é apenas o produtor, o fabricante, mas o distribuidor. A legislação aplica-se ao circuito de distribuição.

De modo que, todas as empresas no sentido amplo, no sentido econômico que a lei dá, são passíveis de infração na legislação antitruste. Assim sendo, todos os contratos de distribuição, que contenham cláusulas de restrição à concorrência, dentro de uma análise que tem que ser feita caso a caso, e com aquela relatividade que foi muito bem ressaltada pelo Dr. Del Chiaro, quer dizer, a relatividade que existe na matéria e dentro de um critério de razoabilidade, devem ser examinados caso a caso para se concluir se precisa ou não, realmente, ser apresentado. Acho que se existe uma cláusula de exclusividade, o contrato, em princípio precisaria ser apresentado a registro. Acredito não ter havido qualquer contradição entre o que eu disse e o Dr. Mauro Grinberg, o que penso estar confirmado pelo Dr. Mauro pelo seu posicionamento nessa resposta.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

A pergunta do **Dr. Mauro Grinberg**, já que ele foi mencionado, para o Dr. Marcos Vinícius de Campos. Na sua opinião todas as indústrias devem ter atendimento varejista?

Dr. Marcos Vinicius de Campo

Parece-me que o legislador brasileiro é A minha opinião em termos concretos, nós temos uma legislação, se nós pegarmos o Código do Consumidor, onde realmente o consumidor tem o direito de comprar diretamente do fabricante, evidentemente, nós poderíamos, temos que usar a razoabilidade e temos que, evidentemente, também considerar os aspectos, as quantidades que são adquiridas, porque não teria sentido chegar numa fábrica de cimento e querer comprar 1Kg de cimento ou 1/2Kg de cimento. Eu me refiro há muito casos concretos, que estão, pelo menos estavam, em tramite no departamento onde essas questões eram trazidas e evidentemente, não se haviam uma posição a priori de declarar, se era absolutamente necessário ter a venda direta ou não.

O que me parece, que nós temos que integrar é o conceito. São os conceitos de discriminação de consumidores e discriminação de preços e de recusa de venda, porque uma das formas que o fabricante tem de recusar-se ao fabricante a vender é discriminar o preço. Discriminando o preço numa venda direta tão alto que inviabilize a venda direta, então esses critérios, esses princípios, eles estão pelo menos na experiência concreta, integrados em si, porque quando as empresas adotam várias tabelas de preços, elas estão impondo um sistema de distribuição e querendo garantir margens de lucros para os seus agentes de distribuição. Então, neste contexto eu diria que pela legislação, pelo menos no momento, até que o CADE se posicione, até agora não houve o imposicionamento, a interpretação é de que deve haver uma venda direta e a lei 8.002 fala que inclusive pode haver a não coincidência entre a fábrica e o ponto de venda, considerando-se o aspecto no caso que foi uma lei feita para o setor cimenteiro, mas de qualquer forma, a lei trabalha essa idéia, nós não estamos dizendo que cada unidade fabril tenha que vender diretamente, mas ela poderá ter um ponto de venda para fazer venda ao consumidor, não vejo nenhuma jurisprudência ainda afirmada no âmbito brasileiro, mas no meu entendimento, sim.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Dr. Marcos, dando continuidade ao assunto, uma nova pergunta formulada pela **Dra. Neide Malard**, Conselheira do CADE, com o seguinte teor: o fato do consumidor querer comprar certo produto diretamente da fábrica, não significa que o produtor possa vendê-lo diretamente ao consumidor. O fabricante é pessoa jurídica constituída na forma de seus estatutos, fixando o seu objeto social. E se o fabricante não tiver esse varejo, o

senhor já imaginou as filas de consumidores batendo as portas das fábricas para comprar o que quiserem invocando o seu direito de consumidor.

Dr. Marcos Vinícius de Campos

O que a gente presenciou em casos concretos e aí eu cito alguns exemplos evidentemente, nós não podemos nunca esquecer do critério da razoabilidade, mas é comum as pequenas empresas enquanto são pequenas, elas venderem diretamente ao consumidor, até pela sua necessária inserção no mercado. Então, vende através de distribuidores, vende através de atacadistas, de representantes, e também vende ao consumidor, a partir de um certo tamanho operacional, ela decide não vender ao consumidor, como opção estratégica, evidentemente nós temos que ter uma razoabilidade na interpretação e na formatação da empresa, na sua formatação, no seu parque industrial, evidentemente casos concretos, por exemplo, a compra de madeiras em grandes empresas que processam isso, a compra de combustíveis por exemplo, que é uma questão que foi falada numa exceção, a lei Ferrari, mas o combustível também é regulado por relações muito específicas, onde a um regramento pela Petrobrás na distribuição. Então, nós temos que ter a razoabilidade, o que não é razoável, é a empresa discriminar o consumidor, tendo a condição de vender diretamente a ele. Então, eu colocaria aí, no caso que a razoabilidade seria um critério para avaliação.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Eu acho que o critério razoabilidade, eu gostaria apenas de como mediador, tentar ainda aprofundar um pouquinho este assunto, mas levantar uma ponderação um pouco diferente.

O Objetivo do Código de Defesa do Consumidor, num aspecto que vem, inclusive, introduzindo colocações originárias da própria lei delegada nº 4, é no fundo, evitar o desabastecimento, evitar a cada colocação prevista no Código de Defesa do Consumidor, é aquela colocação que visa evitar o ágio, que visa evitar a retenção de mercadoria, buscando prevenir o desabastecimento do mercado.

A lei nº 8.002, o Dr. Marcos bem colocou agora, ela foi originada especificamente ao setor cimenteiro e no momento daquele afã de se redigir uma legislação que caracterize os momentos de crise econômica ou no momento em que os nossos economistas de plantão resolvem agir para

combater a inflação, nós temos em única cessão feita ao setor regulamentado em lei de distribuição, que no caso era aqueles conceituados pela lei Renato Ferrari, do setor das montadoras, das redes autorizadas de veículos. Essa legislação acaba alcançando hoje, todo o setor. Eu acho que é o próprio critério da razoabilidade que deve nos orientar. Nós estamos num mercado ditado pela Constituição, que tem em comum, os fundamentos da ordem econômica, a livre iniciativa. A livre iniciativa pressupõe o direito da pessoa jurídica com ética, definir como ela pretende colocar o seu produto em mercado. Se o seu produto for colocado com razoabilidade e com a ética comercial, isso pressupõe que deva existir. Eu não posso entender uma legislação que visa tutelar a concorrência e esta sim, exercida corretamente, vai beneficiar o consumidor, vindo a se confundir com o objeto do Código de defesa do Consumidor ou de tutela do consumidor. Eu vejo aí, uma intervenção indevida do poder executivo ou do órgão aplicador da lei de defesa da concorrência, quando quer assegurar o consumidor através dos mecanismos de defesa da concorrência, o acesso é um produto e esse acesso, eu acho que deve ser garantido por outros meios, mas ele escapa do âmbito de atuação da Secretaria de Direito Econômico e do CADE. Eu acho que a forma de distribuição de um produto, quando esta forma de distribuição é feita.....ela é uma prática que, ela é legítima, não afronta e não é nem um pouco abusiva. Eu acho que é importante a gente colocar essa colocação, porque é um assunto que vem ganhando contornos diferentes e então se colocam declarações de governantes, declarações de pessoas do Ministério da Economia, do jornal, de assessores do ministro, confundindo um pouco o papel da SUNAB, o papel da Secretaria de Direito Econômico, o papel do CADE. Eu acho que a legislação antitruste, em primeiro lugar, ela não pode ser vista como elemento de intervenção do controle da infração ou como elemento de tutela de imediata do consumidor.

A legislação antitruste, ela garantindo a concorrência, viabiliza os melhores preços, e os melhores preços, sim, são os benefícios que se espera para o consumidor. A defesa do consumidor, ela deve ser exercida pelos órgãos de defesa do consumidor e até mesmo pela SUNAB, observando as limitações que vão diregrar da lei delegada nº 4 e até mesmo, se estudando, verificando se esta foi de fato recepcionada por uma nova constituição.

Eu acabei estendendo a colocação, eu pediria ao Dr. Magalhães que lê-se a pergunta que foi formulada pelo Prof. Tércio e paulatinamente fosse respondendo a pergunta que acabou bastante extensa.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Vou ler as questões colocadas pelo Dr. Tércio Sampaio Ferraz Junior, por partes, fazendo os comentários cabíveis a seguir:

"O artigo 13 que deu redação ao artigo 74 no CADE, não fala sem ajustes, atos, etc.... Em suma, em práticas que sejam do tipo práticas receptivas, mas em práticas que possam limitar ou reduzir a concorrência, ou seja, não são práticas per si restritivas, mas que trazem de fato, a possibilidade de restringir. Não lhe parece assim, que a lei malgrado a vontade do legislador, acabou por exigir um juízo empírico e não apenas um juízo analítico, por parte das empresas? "

Realmente é uma questão complexa, pois fica a juízo do próprio agente econômico, a quem é dirigido o dispositivo, o juízo se deve ou não, apresentar a registro um determinado acordo em restrição de concorrência. Isto realmente , envolve um juízo, eu diria exatamente, um juízo empírico, casuístico, inclusive.

Continuando a pergunta, o Sr. fala, afinal, de um bar de esquina que compre outro, com cláusulas de abstenção de concorrência, se estaria obrigado a registrar o ato, quanto a sua validade?

Não, evidentemente não. Eu acho que não se trata de mercado relevante, ainda que o contrato tenha cláusula de restrição de concorrência, de não se restabelecer, por exemplo, A questão tem que ser analisada através de outros aspectos, inclusive esse do mercado relevante, quer dizer, se um bairro pode constituir um mercado geográfico relevante ou não; se essa cláusula está com prazo razoável como previsto no Projeto do Código das Obrigações onde se prevê 5 anos. Exige realmente, um exame empírico em cada caso. Acho que a lei é realmente complexa e precisa que o agente se detenha para examinar a questão. Precisamos ver as vantagens e eu vejo muitas vantagens do registro como uma consulta feita em matéria fiscal, para deixar a salvo o agente econômico de qualquer penalidade.

E finalmente, aqui há uma colocação interessante: Quanto a validade do ato jurídico, quer dizer, a lei fala que não terão validade os ajustes, os acordos, etc.. que possam limitar ou reduzir a concorrência. "Somente serão considerados válidos", diz a lei e então Dr. Tércio, coloca assim: "Como é que é possível se dizer que o contrato não é válido, se no parágrafo 4º , se exige

que os ajustes, etc., sejam desconstituídos. Falando em desconstituição, então existiria uma contradição na lei. Então ele conclui dizendo que não lhe parece, na verdade, que ao falar em validade, a lei está disciplinando a eficácia dos atos?

Eu estou plenamente de acordo, é eficácia dos atos. Aqui nós repetimos a redação que vinha da legislação anterior da própria Lei nº 137/62 que foi aproveitada na nova redação. Mas eu acho que se fala mais em eficácia do que em validade. Eu diria até que, infelizmente, quando redigimos esse artigo 13, tínhamos apenas um artigo para colocar dentro de um texto, e tudo deveria estar contido em parágrafos. Então o parágrafo 4º, na realidade se referia apenas ao parágrafo 3º, que era desconstituição de um ato jurídico de concentração de empresas, mas na verdade, ficou inserido dentro de um dispositivo mais geral. Eu acho realmente, que ocorreu essa imperfeição técnica, que também passou pelo Congresso que foi motivada, porque em caso de concentração de empresa, nós sempre procuramos preservar a validade. Foi aquela discussão do Projeto de 89 e havia este objetivo de preservar a validade da constituição, da nova empresa originada pela concentração econômica, porque o ato tinha efeitos múltiplos, que não poderia ser simplesmente declara nulo. Então eu estou com o Dr. Tércio, e acho que se trata de não dar eficácia ao ato o que também, no fundo dá quase que no mesmo; quer dizer, o ato que não tem eficácia é como ato nulo, pois embora tenha efeitos jurídicos, economicamente traz os mesmos problemas.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

A próxima pergunta é do **Dr. Nivaldo S. Trindade** para o Dr. **José Inácio Franceschini**, a pergunta é do seguinte teor: Sobre sua exposição, que já abortou o compromisso de cessação, não compreendo como poderia alguém fazer ou se comprometer a fazer cessação, à determinada conduta que para a sua eclosão não colaborou como na hipótese de firmar-se compacto, sem a caução pelo menos de culpa. Esta o dolo com maior evidência, não deveria ser pressuposto da cessação do ato. Se positiva a resposta, penso eu, haveria confissão. pergunto: havendo confissão como percurso hábil para atingir o compromisso de fazer cessar determinada prática, não deveria existir algum tipo de caução positiva em contraposição apenas mais severas para o CADE, descumprimento do fato?

Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini

Primeiramente, obrigado pela pergunta. Se me permitem, queria antes fazer um pequeno comentário sobre dois pontos que ficaram sem resposta.

Caso não tenha ficado claro, gostaria de dizer que, no meu entender, o bem jurídico protegido não é o Estado, mas sim o mercado e seus agentes econômicos. A última coisa que gostaria de ver, pois representaria um desvio de finalidade social, seria à legislação de concorrência servindo como instrumento político e econômico de proteção ao Estado.

A lei de defesa de concorrência visa proteger a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos e não do Estado.

Quero esclarecer o segundo ponto mediante o seguinte exemplo: falou-se que havia cinco ou seis leis em vigor, as de nºs. 1.521, 8.158, 8.137 e 4.137, mas para mim existem apenas duas, as de nºs. 4.137 e 8.158. As Leis 8.002 e 8.137 estão inteiramente revogadas pela última, na parte de crimes contra a ordem econômica. A lei nº 1.521, quanto aos tipos, têm-nos repetidos nas leis posteriores. Dizer que a lei nº 8.002 está em vigor não cabe, pois esta repete os mesmos tipos da Lei de Defesa de Concorrência restando assim revogada pela Lei nº 8.158.

Não vejo, pois, motivos para que se complique muito ou se imagine a existência de duas, três, quatro ou cinco leis prevendo a mesma figura.

Agora, respondendo à sua pergunta, penso que não. Se há um compromisso de cessação é porque existe um fato. Não há como se comprometer a cessar algo inexistente. Ainda assim, há que se examinar o elemento subjetivo, pois que o fato pode ser juridicamente atípico ou não. A figura típica é composta de duas partes, ou melhor, elementos objetivo e subjetivo. O elemento objetivo pode levar a uma tipicidade ou atipicidade, assim como sua juridicidade ou anti-juridicidade.

Existindo o fato, posso reconhecê-lo e dizer que, como este não é anti-jurídico ou punível, me comprometo a cessá-lo, uma vez que é de meu interesse continuar com os negócios e não perder tempo com o processo.

Isso não implica numa confissão. Poder-se-ia no máximo dizer confissão da matéria de fato, mas não de direito. Caso haja descumprimento do compromisso, aí sim será desejável o exame da tipicidade, a qual é composta do elemento objetivo mais o subjetivo, possibilitando-se, então, a apreciação da figura como um todo.

O importante no compromisso de cessação é que ele consiste num instrumento não somente de economia e interesse público, mas também numa

excelente forma de se evitar o que ainda não foi previsto na legislação, isto é, a representação de má-fé. Muitas vezes se apresentam e formulam representações, visando impedir a concorrência. Isso é muito sério, porque diversos processos são iniciados por representações mal-intencionadas e litigantes de má-fé.

O compromisso de cessação é de interesse geral, e como disse anteriormente, inexistente confissão de culpa. Muito obrigado.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Só vou formular as duas últimas perguntas ao Dr. Magalhães uma com relação e outra indagando com relação ao pronunciamento do CADE e a livre concorrência frente ao decreto 793 que estabelece um preço médio de um medicamento isto não se levará mais em conta a marca do mesmo, na hora de sua venda. Pergunta se inicia vendo uma total restrição a concorrência já que tem, já que também não se estará levando em consideração a qualidade do produto.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Como o CADE se pronunciará absolutamente não posso prever. Posso dizer como eu entenderia a questão como advogado, mas não como juiz, absolutamente. Eu entendo que pelo decreto 793 não vai haver um desaparecimento da marca de um produto certo, ele vai ser colocado numa dimensão menor, vamos falar assim, sobre a dimensão que deverá ter cada um dos dizeres dos medicamentos. De modo que não é que vai desaparecer a marca, ela terá um efeito menor. Não estará havendo uma total restrição à concorrência. Acho que vai ficar mais caracterizado é o mercado relevante daquele medicamento, se todos forem tratados por um nome genérico, então o mercado relevante daquele produto vai ficar mais caracterizado. Então até a acusação que se faz de que cada medicamento, cada marca seria um mercado relevante, isto daí caria por terra, porque acho que nesse ponto até a situação ficará mais definida, quer dizer, existirão oito medicamentos com o mesmo nome genérico constituindo o mesmo mercado relevante com marcas diferentes. Essa obrigatoriedade de levar em consideração a qualidade do produto, é uma questão do consumidor procurar verificar nos dizeres a marca do produto que ainda constará e a sua qualidade decorrente dessa marca. Então, acho que não foi impedido a verificação da marca porque o

consumidor pode pedir determinado produto e daquela marca, que ainda constará do rótulo.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Dr. Magalhães, essa pergunta deveria ser feita no I Pannel e não foi respondida, então eu vou passar ao Sr. é da **Dra. Valéria Correia de Mello**, indagando como podemos entender o artigo 3º, da artigo 13º lei 8151/91 a expressão limitar ou conduzir a concorrência resultante do reajuste do acordo que devem ser plenamente aprovado pela SDE. O parágrafo II do mesmo artigo estabelece característica da concentração econômica quando do ato resulta uma participação de 20% da empresa no mercado relevante. Assim, acordo do ajuste que resultem em menor porcentagem de participação no mercado, não são entendido pelo CADE como limitadores da concorrência?

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Sim, os ajustes que resultem em menor porcentagem da participação do mercado não são entendidos pela lei como limitadores da concorrência, isso de uma forma geral.

Então, os acordos do ajuste que resultem em menor porcentagem que 20% não precisariam ser apresentados ao órgão competente, no caso a Secretaria de Direito Econômico. Esse número de 20% foi uma questão muito discutida no projeto de 89 porque nós queríamos ver um número que representasse um percentual que chegasse a atingir aos oligopólios, mais concentrados. Entendemos que se houvesse cinco ou seis empresas no mercado, então já não há tanto interesse no registro. Esse número percentual é o mesmo que consta ou constava da legislação alemã da época, então esse número foi adotado por esses motivos. Mas a questão não é tão simples e aí eu vejo grande interesse na pergunta. Entendo que um acordo de compra de uma empresa, mesmo que não atingida ao fim da concentração o percentual de 20% de um mercado relevante, ele deve ser levado a registro, se contém uma restrição de concorrência, uma restrição fora do comum. Então se tem uma cláusula de não restabelecimento comercial quer dizer, que o vendedor fique proibido de concorrer naquele mercado, esse contrato deve ser levado a registro sob pena de ter riscos para os seus participantes, não entrando no caso geral dos 20%, mas por conter uma cláusula de restrição. Agora se não tiver nada, evidentemente não há porque apresentá-lo, e aí entra aquele juízo

empírico que o Dr. Tércio falou, que não há como escapar. Poderia então resumir a questão da seguinte forma: as concentrações de que resultem participações iguais ou superiores de 20% no mercado relevante devem ser de per se registradas e as demais apenas se trouxerem cláusulas restritivas de concorrência, que se encaixem no caput do artigo 74.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

A última pergunta é do **Dr. Ricardo Carvalho** para o Dr. Franceschini, é que embarga como se analisa a prática do fabricante de sugerir à sua rede de distribuição o preço de venda ao consumidor final.

Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini

Agradeço a pergunta.

Como foi dito anteriormente, não entendo que a mera sugestão do preço de venda ao consumidor final, pelo fabricante, seja passível de qualquer punição, desde que se limite tão-somente a um valor referencial.

Penso que o fabricante, enquanto produtor de bens ou prestador de serviços, possui um nome a zelar. Certamente ele espera que seu produto obtenha reconhecimento no mercado, inclusive com base no preço, pois que este constitui um importante fator de preservação do marketing; evita a prática de preços predatórios.

Muitas vezes o empresário pratica um preço predatório de certo produto, visando a venda de outro, geralmente concorrente do primeiro.

Logo, a simples sugestão por parte do fabricante não significa muito para mim, ainda que esta empresa detenha condições monopolísticas.

Evidentemente, a fixação do preço de revenda é mundialmente considerada como infração à ordem econômica. Entretanto, resta questionar se esta constitui efetivamente uma sugestão ou, isto sim, uma imposição disfarçada.

O que deve regular a matéria são os fatos. Note-se, entretanto, que o fabricante tem interesse na preservação do seu aviamento. Este é o resultado da colocação do produto no mercado.

Entendo ser legítima a vontade do produtor de sugerir o preço.

Inquestionavelmente, não pode ele impor os preços. Na medida em que os fatos demonstrem não ser esta somente uma sugestão, o produtor ficará

sujeito a medidas repressivas, podendo mesmo ter que explicar os fatos em juízo, quando da instauração de um processo.

Porém, a mera sugestão como fato isolado é muito razoável, normal. Muito obrigado.

Dr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa

Encerrando, eu apenas gostaria de registrar o agradecimento a presença de tanto os senhores Conselheiros do CADE, da Dra. Lázara, Dr. Tércio, Dr. Eugênio, Dr. Edson que veio representando o Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, Dr. Fabiano, e registrar aqui, o nosso apoio ao trabalho que vem sendo feito pela Secretaria de Direito Econômico, à pessoa de Dr. Antônio Gomes e ao trabalho que vem se desenvolvido pelo CADE, pela Presidência do Dr. Rui Coutinho, órgãos esses, que deveriam merecer do Governo, o maior respeito e consideração, no que diz respeito à detenção de verbas, recurso de pessoal para que possam dispor de condições, inclusive técnicas e logísticas para melhor poder de desempenhar a sua relevante função, nesse momento estamos incrementando, de fato, como diz o mercado do país e gostaria de recordar a todos que no próximo dia 25 de novembro, neste mesmo local, o IBRAC estará realizando um seminário sobre Dumping, tendo em vista as constantes reclamações que vem surgindo no assunto, problemas que vem ocorrendo na área de importações ao Brasil, não sendo levadas ao DPDE como objeto da lei antitruste, e finalmente, eu passaria a palavra ao Dr. Francisco Magalhães, Presidente do IBRAC, para que pudesse encerrar o evento.

Dr. Carlos Francisco de Magalhães

Nossas palavras finais, são apenas para lembrar que o IBRAC sempre esteve e está aberto à todas as empresas, associações, pessoas físicas de quaisquer profissão, que queiram trazer a sua contribuição à cultura da concorrência, dentro da econômica de mercado, através de debates, sugestões e qualquer outra forma de participação. Embora, por motivos vários, nosso projeto ainda esteja atrasado, de vez que não temos ainda uma sede definitiva e tenhamos apenas iniciado a organização da biblioteca e outras atividades programadas como o Prêmio sobre trabalhos de matérias de relações de concorrência e de consumo, cursos regulares, e bolsa de estudos, devido ao nosso modesto orçamento mensal, neste primeiro ano de atividade, cremos

que estamos caminhando no sentido de cumprimento desses objetivos sociais, através de eventos, como este, iniciando a publicação de debates, como este que serão objeto de transcrição da fita respectiva, trabalho esse que também vem sendo feito quanto à legislação e a jurisprudência do CADE, que já vem sendo publicada.

Sobre o nosso próximo evento, o Dr. Del Chiaro que coordenará, já comunicou aos senhores e lembro da extrema importância que é a análise do dumping nos dias atuais de abertura da ECONOMIA..

Contamos no dia 25 de novembro com a presença dos senhores e agradecendo mais uma vez a presença de todos, contando sempre com a colaboração dos representantes dos órgãos estatais e das autoridades, para que venham aqui difundir as normas e essa jurisprudência aos quais mais uma vez apresentamos nossos sinceros agradecimentos por se deslocar a São Paulo deixando seus afazeres e familiares em Brasília e no Rio de Janeiro para prestar a valiosa colaboração decorrente de sua participação neste simpósio.

Nosso muito obrigado a todos e boa noite.

SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA"

PROF. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Agradeço o convite do IBRAC, para participar mais uma vez de uma de suas reuniões e cumprimentando os meus companheiros de mesa, o Sr. Presidente, passo diretamente a tratar do meu assunto dentro de um tempo restrito. O sistema do painel exige a obediência a este tempo, para que as pessoas possam se manifestar, e os assuntos que vão ser discutidos aqui, são seguramente assuntos polêmicos.

Escolhi, dentro desta temática, um tema sobre o qual participei de um trabalho realizado em conjunto com o Dr. José Del Chiaro e com o Dr. Mauro Grinberg. Desse trabalho, entre vários outros aspectos, um deles me pareceu importante de trazer a esse auditório e se refere aos direitos anti-dumping e compensatórios, mais especificadamente do ponto de vista jurídico, a questão da natureza jurídica destes direitos. A questão é de ordem prática. Quando se examina a natureza jurídica dos direitos anti-dumping e anti-compensatórios, uma questão importante na aplicação deles no Direito Brasileiro, se refere à retroatividade das medidas. Esta retroatividade está prevista no artigo 11 do Código Anti-dumping e no artigo 5º do Código de Subsídios. Sucede, porém que, a resolução do CPA, ainda em vigor, Resolução nº 1.227 de 14 de maio de 1987, declara os direitos anti-dumping e compensatórios como adicional do imposto de importação e consequentemente atribui a estes direitos o caráter, a natureza jurídica de tributo. Tratando-se de uma natureza tributária e isso, até por força do disposto da Constituição, cria uma impossibilidade e um obstáculo quase intransponível para a aplicação da retroatividade prevista nos dois códigos. Portanto, a questão de ordem prática se refere especificamente ao problema da retroatividade. O que se discute é a natureza jurídica dos direitos anti-dumping e dos direitos compensatórios.

A resolução do CPA qualifica ambos como de natureza tributária, na medida em que se diz que se trata de imposto de importação adicional. Esta posição, na pouquíssima literatura que existe sobre o assunto no Brasil, é reforçada por uma personalidade ilustre, Aliomar Baleeiro, o qual também os considera de natureza tributária. Ele menciona a nossa lei vigente sobre as tarifas aduaneiras e, de fato, nesta lei, se fala em adicional do imposto de importação. É verdade que essa lei, à qual se refere Baleeiro, foi ou pode ser considerada no que diz respeito aos direitos anti-dumping como revogada pela entrada em vigor do próprio GATT no país, por meio de um decreto presidencial, como manda a própria Constituição Brasileira.

A entrada em vigor do GATT, e o trabalho do Prof. Baleeiro é anterior a isto, nos permite repensar a questão da natureza jurídica dos direitos anti-dumping.

Eu disse que no Brasil a literatura é muito escassa sobre esta questão. Na verdade conheço apenas um trabalho que não está publicado, um trabalho de um mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Aquiles Varanda, que por sinal faleceu há uns dois ou três anos, jovem ainda. Aquiles Varanda mostra com muita perspicácia e pertinência que não caberia a qualificação de natureza tributária para esses direitos, por várias razões e resolve o problema dizendo que na verdade, a natureza correta seria a natureza de ordem penal. Esses direitos constituiriam uma pena ao chamado dumping. E esse aliás, é o primeiro argumento dele, para dizer que não é uma medida tributária condenável, porque como ela tem caráter de sansão e o código penal exclui exatamente a sansão na definição do tributo, então não poderia ter caráter tributário.

A solução, na verdade, representa mais um argumento para derrubar o caráter tributário do que propriamente uma solução para a questão. Porque se de um lado pudéssemos admitir que se trata de uma sansão contra atos que o próprio Acordo considera como condenáveis, por outro lado, isso não resolve o problema da retroatividade, porque se a norma é penal e se esta norma é constituída na medida em que surge por um ato da autoridade, posto que seu conteúdo não está previsto genericamente pelos dispositivos do GATT, então no ato da autoridade é que se configura propriamente o fato gerador. Assim, tributo ou norma penal, o problema da retroatividade aparece do mesmo modo.

A questão da natureza jurídica dos direitos anti-dumping e compensatórios, na literatura internacional, aponta para uma certa despreocupação, mostrando-se os diversos autores muito mais preocupados com suas condições substantivas e procedimentais de imposição do que com seu enquadramento jurídico.

Não obstante, alguns traços delinearam o problema mesmo à luz do Direito Internacional. O primeiro aspecto a ser ressaltado é o caráter "paratarifário" dos direitos anti-dumping (cf. Valerio Dia Chiara: *L'Antidumping Nella Política Commerciale Della CEE*, Padova, 1989, p. 117). "Se bem que nos encontramos diante de uma imposição (dazio)" - diz Chiara - "as suas modalidades de aplicação são, como foi visto, particulares; de outro lado a freqüência dos procedimentos e a "forzatura" do conceito de discriminação podem ser interpretados como um meio para evitar a proibição

de imposição de impostos, em via normal, para a proteção das indústrias nacionais".

Esta segunda razão - evitar a proibição genérica de utilização de impostos como instrumento de proteção - leva D. Carreau, T. Flory e P. Juillard (*Droit International Économique*, Paris, 1990, págs. 140, 149) a falar em "mesure de rétorsion légalisée", uma espécie de represália legal que, para aqueles autores, tem a natureza de um "direito aduaneiro suplementar", ou também de uma "medida não-tarifária". Caráter "paratarifário", "direito aduaneiro suplementar", "medida não-tarifária", a verdade é que a doutrina percebe tratar-se de um instrumento jurídico que não se confunde, apesar das proximidades, com os direitos aduaneiros. Neste sentido, G. Venturini (*L'accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio*, Milano 1988, p. 218), interpretando o art. II do GATT (e seus correlatos: art. III.2, VI e VII) cita um caso de jurisprudência italiana, no qual se fala de uma categoria de direitos ou imposições de qualquer modo percebidos na importação ou por ocasião da importação, completando a seguir que, no seu interior, a norma visa a "specifiche sub-categorie", contemplando, de um lado, os "droits de douane proprement dits" (art.II.b) e, de outro, as três figuras da imposição equivalente a uma taxa interna, do "direito anti-dumping ou compensatório" e, por fim, das "redevancer ou autres droits proportionnels au coût des services rendus" [art. II, 2 a), b), c) e, correspondentemente, art. II. 2, art. VI e art. VIII, todos do GATT]. Note-se que a citada jurisprudência distingue entre direitos aduaneiros propriamente ditos, aí certamente incluídos os impostos de importação, e outros direitos, como é o caso do antidumping, subsumindo-os a uma categoria geral que engloba quaisquer direitos ou imposições a qualquer título percebidos na importação, isto é, que não têm por fato gerador a importação, ou percebidos por ocasião da importação, isto é, cujo fato típico não é a importação, mas é uma ocorrência por ela condicionada: uma distorção nas trocas comerciais.

Tanto que o dumping vem caracterizado pela comercialização (introduced into the commerce) do produto de um país em outro país por preço inferior ao valor normal, causando ou ameaçando causar um dano material em uma indústria estabelecida no território de uma parte contraente ou retardando materialmente o estabelecimento de uma indústria doméstica. Note-se que a importação/exportação entram na configuração do dumping regido pelo GATT apenas porque se trata de uma comercialização de produtos de um país em outro país. Em termos lógicos, a exportação/ importação é conditio sine qua non, mas não é conditio per quam do dumping, correspondendo a primeira a um fato sem o qual efeito não ocorre, mas cuja

existência não implica sempre o mesmo efeito (não há dumping sem importação/exportação, mas há importação/exportação sem dumping), sendo a segunda o caso de uma relação biunívoca: havendo a causa, segue o efeito, havendo o efeito, terá havido a causa (se houver comercialização distorcida há dumping e vice-versa).

Pode-se dizer, ademais, que os direitos antidumping constituem medidas de proteção econômica, que as partes contraentes, tendo ratificado o Acordo, estão autorizadas a estabelecer, desde que ocorram os pressupostos tipificados.

Percebe-se que o GATT não impõe às partes contraentes a adoção das medidas, mas as autoriza. Isto significa que fica a critério do Estado contratante fazer ou não uso delas. Trata-se, pois, de um ato da Administração Pública estatal resultante de uma avaliação prévia, na qual se constata (ou não) o dumping, e, ao depois, se toma a decisão de impor os direitos antidumping ou, apesar de ser o caso, de não impô-los. O ato da Administração, portanto, contém uma verificação (existência de dumping), uma avaliação econômica (existência de dano ou ameaça de dano) e uma eventual imposição (juízo de oportunidade).

Um ato desta natureza não tem o caráter de uma imposição tributária do tipo imposto. Em primeiro lugar em virtude de sua afetação específica: corrigir uma distorção prejudicial à economia do País. Poder-se-ia, no entanto, perguntar se não estaríamos diante de uma contribuição (de intervenção no domínio econômico - C.F. art. 140), que é tributo afetado. Falta-lhe, no entanto, a exigibilidade compulsória: um tributo, verificada a ocorrência do fato gerador, exclui qualquer juízo de oportunidade, obrigando-se a Administração a cobrá-lo. Num certo sentido há de se reconhecer que a autorização contida no GATT atribui aos governos contraentes um poder discricionário para aplicar os direitos anti-dumping, os quais podem até deixar de aplicá-los mesmo diante da ocorrência do fato típico, em face da avaliação político-econômica. Além disso, eles podem ser elididos por ato do próprio sujeito passivo, por meio de um aumento espontâneo nos preços (undertaking) que elimine a distorção (o que, obviamente, não cabe nem para contribuições, nem para impostos, nem para taxas).

É possível dizer, em suma, que os direitos antidumping constituem conteúdo de normas de direito econômico (internacional), que impõe ao produto exportado/importado condições de acesso ao mercado (pagamento dos direitos ou celebração do undertaking), de modo que a comercialização seja condizente com o interesse global da economia. Neste sentido, os direitos antidumping são distintos de meras imposições de direito administrativo, pois

os atos impositivos e, em consequência, autorizativos emanam de órgãos eminentemente técnicos, revestidos de uma certa competência política e regulamentar (cf. Modesto Carvalhosa: Direito Econômico, São Paulo 1973, p. 290), visando inclusive imprimir uma direção racional correspondente ao programa sócio-econômico estatal (cf. Carvalhosa, p. 322), cuja premissa básica, até por força da Constituição, é o critério da economicidade, o da eficiência econômica dos agentes privados em termos de livre mercado e livre concorrência. Em conclusão, a imposição dos direitos antidumping não constituem pena imposta ao importador, mas uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional que reequilibra, para o mercado interno, um equilíbrio de competitividade rompido.

Ao ter essa função de proteção e na forma de uma compensação ou neutralização do dumping e não da sua punição, é possível em consequência, dizer que, como norma que neutraliza um ato de um outro estado ou de um importador/exportador em relação ao comércio interno, esta norma na classificação do direito se enquadra mais adequadamente no direito econômico e não do direito tributário.

Em sendo norma de direito econômico, poderíamos dizer que é um tipo de norma que estabelece por assim dizer uma condição para a entrada daquele produto (dumpiado ou com subsídio) no comércio do país. Esta condição é que o dumping ou subsídio seja neutralizado. Trata-se dentro do direito econômico daquilo que Modesto Carvalhosa chama de norma de acesso. Ela não é propriamente , o resultado de uma imposição em termos de uma taxa ou coisa parecida, mas é por assim dizer, uma regra de ajuste, tanto que, como dissémos, a parte que vai ter que pagar os direitos anti-dumping pode deixar de fazê-lo, simplesmente elevando o seu preço. Ela é uma norma de acesso para efeito de uma neutralização que pode ser obtida por ela mesmo ou pelo comportamento do agente, ele próprio reconsiderando a sua posição e aumentando seu preço (isto é, como vimos, um motivo para mostrar que não se trata de norma de natureza tributária, porque não se pode compensar a exigência do tributo deste modo).

Esta questão posta desta maneira, isto é, entendendo-se os direitos anti-dumping na literatura brasileira, não como de natureza tributária, nem mesmo como de natureza sancionadora, mas sim, como norma econômica do tipo norma de acesso, resolve, a nosso ver, o problema da retroatividade, pois não há problema para que o acesso (a introdução no mercado interno) seja interrompido e a imposição de uma condição seja, retroativamente, estabelecida para produzir o efeito de neutralização e permitir o acesso.

Bom, este é tema que desejo trazer a debate. Muito obrigado pela atenção.

LEANE NAIDIN

Muito obrigada, eu gostaria de início de agradecer o convite e gostaria de fazer uma pequena ressalva com relação ao comentário que o Sr. fez. Embora eu tenha recebido o convite diretamente do IBRAC, eu não poderia ter vindo participar deste seminário a não ser com uma autorização oficial, como não poderia deixar de ser e assim foi pelo Diretor do Departamento, Dr. Armando Taddei. Nós agradecemos pela oportunidade de poder acompanhar esses debates na medida em que teremos aqui a chance de discutir com eminentes juristas, advogados, especialistas na área, registrar os trabalhos e os esforços de interpretação que estão sendo feitos recentemente na área e contribuir para o aprimoramento subsequente do aparato institucional e legislativo no Brasil. Como todos sabem, este é um instrumento novo no Brasil. Como a nossa platéia não é leiga, não preciso entrar em detalhes com relação aos dispositivos legais que amparam a implementação desses Códigos no Brasil. Eu tenho a relação aqui do material, depois se alguém tiver alguma dúvida acerca de procedimentos mais específicos, podem ser detalhados.

Eu queria fazer só alguns comentários de ordem geral. Eu sou economista, não sou advogada, e sendo assim vou tentar enfocar a aplicação desses códigos no Brasil do ponto de vista econômico, enfatizando o contexto econômico inicial no qual se deu a adesão do Brasil à esses códigos no GATT, o contexto atual da desgravação tarifária e a nossa percepção acerca da aplicação destes instrumentos no Brasil. Como vocês sabem esse é um instrumento cercado de regras relativamente precisas, não muito precisas no ponto de vista econômico, mas elas delimitadas pelo Acordo Geral do GATT, pelo qual os países signatários aderem à um arcabouço de regras dentro das quais operam suas políticas comerciais. Em linhas gerais, um dos aspectos principais deste arcabouço é a natureza de contencioso que se estabelece desde o início de uma abertura de investigação. Todas as partes envolvidas tem por força do próprio acordo, o legítimo direito de apresentação de argumentos de contestação; essa é uma característica básica que distingue os Códigos do GATT de outros instrumentos de controle administrativo de importações que já estiveram em vigor em outras épocas, não só no Brasil como em outros países.

Esse é um aspecto muito importante que quero enfatizar. Não só o ponto de vista da oportunidade da defesa de outros parceiros comerciais. Do ponto de vista do GATT, tais regras são freqüentemente questionadas, não só contra nós, como nós também questionamos outros países quando julgamos que aplicam medidas de proteção abusivas em relação às exportações brasileiras.

Em linhas gerais há três princípios básicos que devem ser respeitados: a constatação da prática desleal, seja dumping ou subsídios, a constatação do dano à indústria doméstica e a relação causal entre esses elementos.

Existem alguns detalhamentos nos códigos acerca desses três conceitos. O acordo prevê a aplicação de um direito provisório que seria uma sobretaxa tarifária às importações, de maneira a prevenir o dano durante o período da investigação. Existe também a possibilidade que já foi mencionada aqui pelo Dr. Tércio, de se realizar um acordo e preços, ou, no caso de subsídios, um acordo suspensivo dos subsídios. Durante todo esse processo, as possibilidades de audiência são abertas a qualquer parte que seja credenciada e interessada no processo de investigação. Caso haja uma determinação final positiva de dumping ou subsídios, dano e de relação causal entre estes, está prevista a aplicação de um direito definitivo. Essas são em linhas gerais a que se presta o objetivo final desses instrumentos de política comercial.

Outro aspecto que eu queria enfatizar é a natureza da proteção, que também já foi abordada aqui nesta mesa. Esses acordos foram desenhados no GATT de uma maneira a proteger as respectivas indústrias domésticas dos países signatários, mas dentro dos limites das regras negociadas consensualmente. Existe um arcabouço geral e a intenção é que cada país aplique esses instrumentos da maneira mais eficiente e produtiva possível. E é para isso que o Brasil está no GATT, para poder se defender de práticas desleais de outros países. Este é um direito legítimo de todos os países, desde que as regras sejam respeitadas dentro do marco previsto.

Os critérios mencionados, como vários aqui devem saber, são critérios sujeitos a amplas margens de interpretação, tanto jurídica como econômica. Não é por outra razão que estão sendo feitos esforços na Rodada Uruguai de harmonização de alguns conceitos desses códigos. Eu posso até já dar uma noção positiva do que está se tratando. De qualquer maneira caso se tenha um resultado positivo da Rodada Uruguai, os nossos decretos vão ter que ser também aperfeiçoados de maneira a se adaptar ao que os novos acordos do GATT estão prometendo daqui para frente. No caso de dumping e

subsídios, já está sendo feito um trabalho sobre isso no Departamento Técnico de Tarifas. Já está se desenhando do ponto de vista dos códigos anti-dumping e subsídios, quais são os novos conceitos que vão repercutir na implementação dos códigos no Brasil.

Em linhas gerais, podemos adiantar alguma coisa no caso dos procedimentos técnicos. A definição do dumping, que é visto como dois fenômenos distintos: tanto a discriminação de preços em mercados diferentes como a venda abaixo dos custos de produção.

A partir da década de 70, como se sabe, o conceito de discriminação de preços cedeu rapidamente terreno ao de vendas abaixo dos custos de produção nas ações anti-dumping de uma maneira geral, inclusive em ações contra as exportações brasileiras.

O esforço da Rodada Uruguai, com relação a esses códigos está sendo o de recuperar o uso do preço doméstico do produto, no mercado do país exportador, como constituindo o seu "valor normal". A minuta de texto que está sendo discutida estabelece certas condições, sobre as quais daqueles preços não deverão ser desconsiderados. Como um todo a tendência é a de se estabelecer regras mais restritas para a definição do que seja um "valor normal" no cálculo do dumping, na definição do que seja o preço de exportação, no cálculo de médias e por conseguinte na comparação entre esses preços.

No caso por exemplo, da construção do "valor normal", que é o "valor construído", é explicitada a orientação de que os custos sejam normalmente calculados com base nos registros contábeis do produtor ou exportador sob investigação; igualmente as margens imputadas a lucros e aos custos gerais de administração e vendas deverão se basear nos dados reais de produção e vendas observados no curso de comércio do produtor ou exportador.

Se esta determinação não for possível, são apresentadas outras alternativas que se reportam também a valores efetivamente observados na produção e venda da mesma categoria de produto no mercado doméstico do país exportador.

Embora possam parecer a primeira vista critérios óbvios, na verdade esses detalhamentos são um avanço do ponto de vista de se determinar critérios mais específicos para o cálculo das margens de dumping, do que os prevalecentes atualmente.

O método de comparação recomendado entre o "valor normal" e o preço de exportação se refere a transações individuais, usando-se menos a técnica de "médias" para a comparação de preços.

Também está se buscando na Rodada, a definição de critérios de determinação de dano mais rigorosos do que nós temos atualmente. Ficarão diretamente estabelecidos requisitos mais rígidos para o início de aceitação de petições.

No texto revisado estão sendo incluídas desde a enumeração de informações que devem estar contidas na petição da indústria até os novos critérios que devem nortear o término imediato de uma investigação. Por exemplo, o que se deve ocorrer nos seguintes casos: quando se obtiver uma determinação de uma margem de dumping inferior a 2%, expressa como porcentagem do preço de exportação do produto, esta será considerada como uma margem de dumping "de minimis", implicando o término da investigação. Da mesma forma, discute-se a determinação de um "volume desprezível" das importações com dumping, i.e., menos de 3% do total das importações, bem como a determinação do próprio dano desprezível. Assim algumas das tendências da negociação da Rodada Uruguai enfatizam as dificuldades que tanto o setor doméstico como os governos enfrentam na implementação efetiva desses Códigos.

Sendo assim, os requisitos para a condução dessas investigações não são triviais. Eu não estou aqui eximindo o governo, nem diminuindo o esforço que deve necessariamente ser feito. Não foi por outra razão que o Brasil aderiu a esses códigos. A intenção na verdade é se completar uma fase de desgravação tarifária que foi iniciada em 1989, que está expondo a indústria nacional à concorrência externa de uma maneira diferente da que prevaleceu na política de importação em um período anterior. Necessariamente este processo tem que ser complementado com a construção de um arcabouço institucional que não exponha a nossa indústria às chamadas "práticas desleais de comércio". Só para finalizar eu queria comentar que as sucessivas emendas que as legislações nacionais de outros países vem sofrendo ao longo da história de aplicação desses códigos, refletem a ampla margem de interpretação econômica das questões comerciais envolvidas. Desde os procedimentos que mencionei, de comparação dos preços domésticos e de exportação, efetivos ou inferidos; de ajustes na composição de preços nos diversos níveis comerciais; de determinação de preços abaixo do custo de produção; da definição do conceito de "indústria" pertinente para a análise de dano; das bases factuais para determinação de ocorrência de dano ao setor produtivo do país importador, até a incorporação de procedimentos de

valorização aduaneira, de maneira a se isolar o subfaturamento em relação matriz-filial, as opções metodológicas adotadas requerem um grau de escrutínio, só justificado pelo benefício, ainda que complexo, da negociação multilateral consensual para os interesses nacionais. E o incipiente estágio da aplicação destes códigos no Brasil ainda não permitiu o desenvolvimento de uma jurisprudência ampla o suficiente para abarcar toda a gama de interpretações possíveis, o que não implica prescindir da sua necessidade. Esta decorre da exigência de transparência na aplicação desses instrumentos, estabelecida pelo GATT e requerida pelos agentes econômicos afetados. O escopo do trabalho de montagem do arcabouço administrativo e legal, bem como a definição da orientação da política comercial que norteará a coerente aplicação dessas medidas, não deve se constituir em fator inibidor deste avanço.

A preservação do cronograma de redução tarifária previsto até 94, deve revestir de crescente importância a aplicação desses códigos no Brasil, bem como eventualmente de uma cláusula de salvaguardas. Contudo, o exemplo da condução dessas ações por parte dos países de economias mais avançadas deve ser adotado apenas na parte que imprime àqueles sistemas eficiência e credibilidade, tanto nos mercados internos daqueles países como no âmbito do GATT. Ainda que a instabilidade macroeconômica renitente tenha inibido qualquer impacto mais significativo do programa de liberalização de importações sobre o setor produtivo nacional, é imprescindível que se construa uma "interpretação econômica brasileira" dos códigos que não permita a obstrução do ajustamento estrutural do parque industrial doméstico, em nome do qual vem se implantando a reforma da política comercial brasileira há quase uma década. Obrigada

Dr. **José Flávio** me faz a seguinte pergunta:

"Tendo em vista a natureza jurídica dos direitos anti-dumping, compensatórios, não ser tributário, presumindo-se que não seja, a legislação brasileira atual, ao estabelecer o imposto de importação adicional como forma de aplicação de tais direitos, não caracterizaria um vício jurídico formal insanável, levando-se em conta também a própria definição de tributo inserido no artigo 3º, do código Tributário Nacional."

Resposta: Sim. Assumindo-se todos aqueles argumentos, não se tratando de natureza tributária de qualquer maneira, é claro, na legislação brasileira, precisaríamos saber do que estamos falando. A lei vigente a respeito disto não é a lei das tarifas que dispõe sobre o assunto, no parágrafo 2º, do artigo 3º (da Lei nº 3.244/57). Ao meu ver, esse parágrafo 2º, que

dispunha sobre dumping, foi revogado, essa parte desta lei teria sido revogada pelo Acordo do GATT e sua decretação no país.

Então o que está em jogo, quando nós falamos na legislação é justamente a resolução do CPA; essa resolução não tem a meu ver, o poder de definir permanentemente qual seja a natureza daquilo que está no acordo do GATT; isso sim, que pode ser contestado a partir de uma discussão jurídica e eventualmente até ser substituída essa resolução por outra fonte de regulamentação da lei, isto é, do Acordo.

Pergunta do **Dr. Luis Fernando Almeida:**

"Na atual legislação brasileira, qual o direito anti-dumping aplicado no caso dumping de produto imune por força da constituição federal?"

Resposta: Bom, eu responderia aqui também em tese. Segundo a apresentação, se nós entendemos que o direito anti-dumping não tem natureza tributária, não afetaria a aplicação dos direitos anti-dumping. Se eles não são adicional de imposto, então ser imune ou não ser imune, não afetaria a questão desde que se entenda que a natureza não é tributária. Obviamente, se nós aceitarmos que a natureza é tributária, aqui se cria um complicado problema de ordem teórico jurídica e jurídico-prático: se é imune a qualquer imposto ou se está isento do imposto de importação.

Pergunta do **Dr. José Alberto Rodrigues:**

"Se a imposição dos atos anti-dumping, compensatórios é uma discricionariedade do poder executivo, seria possível levar a questão a apreciação do poder judiciário sem a manifestação do poder executivo?"

Resposta: Não, não é possível. A aplicação dos direitos anti-dumping é conferida pelo Acordo ao país e portanto é uma medida de caráter econômico do governo, é só depois disto que o Poder Judiciário poderá entrar; isto é, não existe conflito entre as partes; a situação é diferente do dumping tratado no direito interno pelo Dr. Francisco de Magalhães.

Uma outra pergunta que também foi dirigida a ambos, à Dra. Leane e a mim, a vista do preceito condicional e que assegura o direito contraditório, sobre qual fundamento vem o DTT, negando integral conhecimento da denúncia ao denunciado?

A Dra. Leane, me assegura aqui, que isto não tem acontecido, mas se acontecesse, caberia habeas data, acho.

Pergunta da **Dra. Maria de Fátima Roque** : Diante de seus argumentos ... da Receita Federal que exige recolhimento de adicional do imposto de importação, consequência do IPI, sobre adicional, já no momento do desembaraço aduaneiro.

Resposta: Eu estou entendendo aqui adicional no sentido do direito anti-dumping ou alguma outra forma de adicional; se é o adicional aplicado e temos inclusive um direito anti-dumping aplicado, portanto já depois do processo, é claro, então aí a imposição do IPI se justificaria e inclusive a exigência do recolhimento; agora se é antes o próprio código diz que no processo anti-dumping, o processo não pode impedir o desembaraço aduaneiro; ou seja, são coisas distintas; de resto a idéia do adicional foi exatamente o que nós tentamos mostrar, a que não se justificaria.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Pretendo ser extremamente objetivo e rápido pois visamos aqui única e exclusivamente lembrar a existência de normas de direito concorrencial sobre a questão da importação de produtos que possam ocasionar distorções na economia nacional. Nosso objetivo é lembrar a existência especialmente de um dispositivo que foi criado, em um anteprojeto de 1988, quando foi constituída pelo Ministro da Justiça, Dr. Brossard, uma comissão para fazer um projeto da lei concorrencial brasileira que consolidaria todos os textos então vigentes e da qual tomamos parte junto com o Dr. Franceschini, com Dr. Alberto Venâncio Filho. Nessa ocasião verificamos o problema do dumping e seus reflexos no comércio brasileiro e naquela ocasião, o que nos pareceu bastante importante, é de que o problema das importações poderia estar coberto tarifariamente, mas teria sempre um efeito futuro compensatório e jamais um efeito punitivo e ainda mais não alcançaria as empresas que realmente estivessem praticando preços predatórios aqui no Brasil. Então nossa preocupação foi de colocar um dispositivo a respeito na legislação concorrencial, nesse ante-projeto de 88 com base inclusive no fato de que em outros países também dispositivos semelhantes existiam paralelamente às normas tarifárias de proteção compensatórias e tudo isso. Eu poderia lembrar que já um ato de 1916 dos EUA, previa ações privadas pelos prejudicados e sanções criminais para os agentes econômicos que praticassem determinadas práticas, que eles consideravam ilegais, como as importações habituais e sistemáticas, vendas ou práticas dando causa à importação de mercadorias dentro dos EUA à preço substancialmente abaixo do preço real de mercadoria no país exportador com a intenção de destruir ou prejudicar uma indústria norte-americana.

Então, os senhores vêem que em 1916, nos EUA, paralelamente aos instrumentos tarifários, já existiam normas de natureza criminal e protegendo também civilmente os prejudicados, para as importações e comercializações

realizadas dentro dos EUA, que prejudicassem as empresas que lá estavam estabelecidas. Então, com base nesses precedentes, nessa analogia, com legislação de outros países, colocamos um dispositivo que vinha a ser o do artigo 23, alínea "q", deste ante-projeto, que tipificava com a infração, importar ou exportar mercadoria ou comercializá-la abaixo do preço praticado nos países exportadores, em prejuízo de concorrência, estabelecida no Brasil.

Este anteprojeto foi muito discutido em seminários e publicado no Diário Oficial mas como se estava no fim do Governo Sarney não foi enviado ao Congresso, pois teve uma série de problemas em sua tramitação, no Executivo. Todavia, na medida provisória inicial do Governo Collor sobre a matéria, reeditada por três vezes e que serviu de base à lei atual vigente, nº 8.158, foram reproduzidas muitas das disposições deste anteprojeto, entre as quais, também absolutamente da mesma forma, esta que foi lida para os senhores, que está no artigo 3º da lei nº 8.158, acho que no inciso 15. A redação é exatamente a mesma, por isso eu deixo de lê-la.

Então vejam, o nosso objetivo ao transpor este dispositivo para a legislação anti-truste e está mais ou menos da mesma forma que na legislação de proteção tarifária, foi evidentemente punitivo.

Então a lei tem um caráter penal bastante diferente daquilo que foi exposto com referência a tarifação ou tributo ou para-fiscal visto que até agora não se chegou a conclusão com referência a natureza do mecanismo antidumping. Na lei 8.158 foi realmente uma punição, especialmente para o importador, aquele que traz a mercadoria e que realmente é o responsável pelos preços predatórios praticados aqui. Nós não vemos, sob o ponto de vista da legislação concorrencial única e exclusivamente, não vemos nenhuma infração no fato de o importador trazer uma mercadoria dumpiada, vamos falar assim, a preço realmente fora dos custos normais, quando acresce a este preço valores tais que coadune a mercadoria com os preços praticados no Brasil. Quer dizer que o importador que não pratica preços predatórios na revenda, não estaria sujeito a sanções previstas neste dispositivo, o que é diferente, na imposição tarifária, cujo mérito eu não gostaria de entrar. Mais especificamente ficando aqui nesse dispositivo, teria que haver para a infração um pressuposto básico que é o prejuízo da concorrência, dentro do conceito da legislação antitruste, ou seja, dominar, eliminar total ou parcial a concorrência, não eliminar um concorrente propriamente dito, mas a concorrência como ente a ser protegido; não se trata de eliminar um concorrente apenas ou dois concorrentes, mas "a concorrência" o que dá uma amplitude muito maior. Mesmo que o mercado esteja extremamente pulverizado, quer dizer, a entrada de um concorrente predador com preços

baixos trazidos do exterior, já afeta a concorrência, então ele já é passível de punição.

No caput do dispositivo fala-se "ainda que os fins visados não sejam alcançados", o que também dá um elastério bastante amplo, já que a simples tentativa à introdução da mercadoria no mercado nacional, poderia configurar a infração. como é que poderia ser aplicado uma sanção, mas eu diria que esse é um

O dispositivo tem sido objeto de algumas críticas. Já tenho ouvido, inclusive impugnações a respeito dele, com respeito especialmente a um problema de extra-territorialidade. Pergunta-se: uma infração praticada fora dos limites do território nacional, problema comum à todas as infrações de natureza antitruste. Aliás, muitas delas são praticadas além de fronteiras, como, acordos internacionais de preços entre empresas transnacionais que tenham efeito no Brasil, por exemplo, não são praticados dentro do país, mas no entanto, estão sujeitos a legislação pátria, e isto também acontece na Comunidade Européia. A extra-territorialidade é consagrada também nos EUA. Em todos os países, o que vale é a teoria dos efeitos; realmente se o efeito vier a ser sentido dentro do território, realmente poderá ser penalizada esta conduta, independente do fato de ter sido praticado no exterior ou no país.

Existe evidentemente um problema muito sério, que é o dos braços da lei; se existem condições de alcançar empresas sediadas no exterior. O dispositivo fala em exportar, quer dizer, o ato de exportar lá fora, uma empresa não estabelecida no Brasil, que está praticando este ato fora do país. O que acontece, é que normalmente existe o importador e a lei prevê a punição para o importador. Também muitas vezes, existe no território nacional, um agente, um representante do exportador, então este poderá ser alcançado.

O que realmente nos parece importante, é que a figura do importador seja alcançado pelo dispositivo. Realmente o exportador nem sempre é possível de se chegar a ele e muitas vezes, isso pode até prejudicar o desenvolvimento de um processo administrativo, quer dizer, dentro de um processo administrativo, a procura de representantes e de prepostos no Brasil, é realmente muito difícil, inclusive pode ser dispensada. A lei não obriga que seja processado o exportador e o importador; pode se tentar alcançar um ou outro conforme se queira, inclusive uma maior ou menor brevidade do processo.

Mas o que eu vejo sempre aí, é a figura do importador que está comercializando e que está praticando preço predatório e a quem deve ser dirigido o processo em primeiro lugar.

Vejam que, antes mesmo da existência deste dispositivo, que é realmente recente, da lei de 91, já existiam precedentes no Brasil, na jurisprudência do CADE sobre problemas de importação com dumping.

Houve um caso ocorrido, eu acho que em 1974, de uma empresa que importava instrumentos musicais, órgãos eletrônicos e que foi processada no CADE, mas que não chegou a ser condenada, porque não se configurou que ela estivesse vendendo abaixo do preço de custo e aí, que esse dispositivo eu acho que tem uma grande serventia, porque o preço predatório de forma geral, já é previsto na legislação, não teria nenhum problema em configurar, o preço abaixo de custo ou sem uma margem mínima de lucro, inclusive existe um dispositivo, um dos incisos, do artigo 3º, prevê essa infração.

Mas nós não estamos falando na empresa que realiza lucros no Brasil, a empresa importadora que acrescenta sua margem de lucro, não está vendendo por preço abaixo do custo que ela pagou lá fora. Nós estamos falando em empresa que importou um produto abaixo de seu preço praticado no país de origem, o seu preço que deveria ser de custo de mercado internacional e que repassa esse preço predatório para o mercado, eliminando a concorrência. Quer dizer que, há uma diferenciação básica aí, e nesse julgado, estava-se aplicando a lei anterior e se pensou apenas no fato de ter sido ou não, realizada essas vendas desses órgãos eletrônicos com um acréscimo de lucro. Apenas isto se examinou. Agora através deste dispositivo, que estamos comentando aqui, embora a empresa nacional importadora acrescente o seu lucro, se ela pratica o preço predatório, ainda assim, caracteriza-se a infração.

Eu vejo algumas vantagens no dispositivo da lei antitruste sobre as tarifas compensatórias, no sentido de que com a economia globalizada, nós verificamos a existência de empresas sediadas ou com estabelecimentos, plantas em diversas nações, à medida que se consiga uma sobretarifa pelas vias normais, para a importação de um produto, vindo de uma determinada nação, imediatamente uma empresa que tenha filiais em 20, 30, 50 países, imediatamente passará a trazer de outros países, a mesma mercadoria. Então é um novo processo que se abre, é todo um procedimento complicado, extenso, embora com prazos, que terá que ser tomado, ao passo que se nós visarmos o importador, aquele que comercializa a mercadoria no Brasil, que poderá ser inclusive muitas vezes, a subsidiária de uma empresa do exterior, nós estaremos combatendo o problema imediatamente, contra aquele que

realmente faz a prática e não a empresa que poderá trazer o produto a preço predatório de um país ou de outro. Não estaremos atrás de uma imposição tarifária que poderá ficar sem efeito de um dia para o outro facilmente, conforme as ordens de um escritório central, de uma matriz, que possa uma hora para outra determinar mandar produtos da Malásia, outra vez da Coreia, outra vez de Hong Kong, ou o que for. Nós estaríamos alcançando exatamente a figura do importador que me parece esta, que deve ser perseguida pela legislação antitruste.

Eu ainda lembraria que dentro da legislação atual, e por aquele projeto que também se encontra em tramitação no Congresso Nacional, que já deveria ter sido aprovado há muito tempo, existe a previsão de medidas preventivas que poderão tornar, dependendo da responsabilidade que seja assumida pelo órgão competente, extremamente eficazes, as medidas que venham a ser tomadas, já que na lei atual, já estão previstas as multas diárias pela prática de infração e outras medidas para cessação imediata das práticas. Isto também, eu acho uma vantagem em relação a esfera que eu chamaria tarifária de combate ao dumping.

Finalmente, a possibilidade de aplicação de uma multa e não só direitos compensatórios futuros, ou mesmo retroativos, uma multa que atualmente está em dois milhões de dólares, aproximadamente, sobre as importações realizadas no passado, eu acho que representa uma grande penalidade, no sentido de afastar também intuitos predatórios através de mercadorias subsidiadas com dumping mais do que aqueles direitos compensatórios que venham ser aplicados em futuras importações e que apenas vão fazer com que feche uma porta de entrada mas que não traz uma figura realmente repressiva para essas importações.

Eu gostaria então de encerrar a análise desse texto, dizendo que realmente este dispositivo, é um dispositivo não conflitante, mas sim complementar, auxiliar e paralelo à legislação derivada do GATT, dos acordos tarifários e do código anti-dumping e de todos aquelas salvaguardas que estão por aí, sendo examinados por especialistas. Acho que é um dispositivo complementar, que deve ser sempre utilizado paralelamente e que poderá surtir bons efeitos práticos, principalmente no caso de se tratar de uma empresa que tenha estabelecimento no país, ou seja uma subsidiária da exportadora, como tem sido. Acredito que, grande parte dos casos de dumping que nós temos visto atualmente, quer sempre existe este braço importador no Brasil que pode ser alcançado pelo órgão antitruste brasileiro.

De modo que, visando esse braço importador, eu acho que teremos efeitos muito bons para evitar essas práticas danosas à indústria nacional. É

uma recomendação meio suspeita pois fui redator deste dispositivo, mas vejo que é uma disposição que realmente pode auxiliar esse problema e que não tem sido utilizada com a frequência de outros remédios legais. Tenho conhecimento de apenas dois casos, em tramitação na Secretaria de Direito Econômico, em que foram dadas queixas com base em preços predatórios, originárias de importações dumpiadas realizadas por empresas brasileiras. Comparativamente às queixas e aberturas de inquéritos que foram realizadas no âmbito do Ministério da Indústria e Comércio, que constam ser dezenas acho que não vem sendo utilizado o dispositivo da Lei nº 8.158 que, paralelamente ao processo anti dumping do MIC, deveria ser usado com a mesma frequência e objetivo.

Então, são essas as observações que eu tinha a dar sobre os reflexos na legislação brasileira, das importações sob dumping, e ficando a disposição para futuros debates, eu passo a palavra para o Presidente da mesa.

UBIRATAN MATTOS

É com satisfação que eu compareço diante das Senhoras e dos Senhores para discorrer rapidamente sobre um tema tão palpitante quanto desconhecido. Antes de abordar o tema que me foi proposto, gostaria de parabenizar a diretoria do IBRAC por mais este evento, destacando particularmente o extraordinário trabalho do nosso querido secretário executivo, José Carlos Busto, que tem demonstrado uma dedicação ímpar nos assuntos do IBRAC. A realização deste Simpósio é um claro exemplo disso.

1.- Referi-me ao fato de que o dumping ainda é assunto desconhecido para nós, diante da constatação de que a economia brasileira durante muitos anos esteve praticamente fechada à concorrência estrangeira, de tal sorte que pouco havia a se discutir, administrativa ou judicialmente, a respeito de abuso do poder econômico pela prática de dumping.

2.- Estamos aqui a falar do dumping externo, ou seja, o que se verifica quando o produto é comercializado no mercado brasileiro por preço inferior àquele normalmente praticado no país de origem. E a reflexão que eu proponho às Senhoras e aos Senhores diz respeito ao critério a ser observado na comparação de preços para se verificar a configuração ou não do dumping.

3.- Os técnicos do Departamento Técnico de Tarifas (DTT), antiga Comissão Técnica de Tarifas (CTT), adotam hoje um critério simplista na comparação dos preços para investigar a existência dumping. Tal critério limita-se a verificar o preço praticado no mercado de origem, comparando-o

com o preço FOB de exportação, conforme registrado na guia de importação ou indicado em listas de preço. Se este for menor, decide-se pela caracterização do dumping, sugerindo-se a imposição de direitos compensatórios.

4.- Há situações, entretanto, em que a exportação é feita entre empresas coligadas, da matriz estrangeira para subsidiária brasileira, que recebe o produto para distribuí-lo ou revendê-lo no país importador. Nestes casos, que não são poucos, me parece irrelevante o preço FOB de exportação. E justifico esse entendimento com os seguintes argumentos:

(i) a definição de dumping está contida no artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio ("General Agreement on Tariffs and Trade" - GATT), no Brasil implementado pelo Decreto nº 93.941/87 (Código Antidumping). No próprio acordo relativo à implementação do artigo VI, ressalta-se, preliminarmente, que o dumping somente será combatido quando da sua prática puder resultar dano considerável à indústria doméstica.

"As partes do presente Acordo (doravante denominadas "Partes"),

Reconhecendo que as práticas antidumping não devem constituir um entrave injustificável ao comércio internacional e que os direitos antidumping **somente ser utilizados** contra o dumping **se** este causa ou ameaça causar um dano considerável a uma indústria instalada ou se retarda sensivelmente a implantação de uma indústria;"

(ii) pelo artigo 2º do Código, a comparação de preços há de ser feita entre o preço pelo qual o produto foi **introduzido no mercado** importador e aquele preço praticado no país exportador no **curso de operações comerciais normais**. De fato, diz o artigo 2º, item 1:

"1.- Para os fins deste Código, um produto é objeto de dumping, isto é, **introduzido no mercado** de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, **praticado no**

curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao **consumo** do país exportador."

(iii) a comparação necessariamente deve ser feita entre preços praticados no mercado de consumo, exportador e importador. Quando a exportação se der entre empresas coligadas, o preço a ser adotado é aquele pelo qual o produto exportado tiver sido revendido pela primeira vez a um comprador independente. É o que dispõe o artigo 2º, item 5, do Código:

"5.- Quando não existir preço de exportação ou quando as autoridades competentes entenderem que o preço de exportação não é confiável por existir associação ou acordo compensatório entre o exportador, o importador ou de uma terceira parte, o preço de exportação pode ser calculado com base no preço pelo qual os produtos importados tiverem sido revendidos pela primeira vez a um comprador independente, ou em base razoável determinada pelas autoridades, se não revendidos a um comprador independente ou se não revendidos no mesmo estado em que foram importados"

(iv) por uma questão de equidade, a comparação de preços, deve ser feita, ainda, entre preços na mesma fase comercial, normalmente ex fábrica, e se referirem a vendas realizadas em datas as mais próximas possíveis. É o que está escrito no item VI do mesmo artigo 2º:

"Para uma justa comparação entre o preço de exportação e o preço interno do país exportador (ou do país de origem), ou se for o caso, o preço estipulado de acordo com as disposições de letras "b" do parágrafo 1º do Artigo VI do GATT, os dois preços deverão ser comparados **na mesma fase comercial**, normalmente ex fábrica, e se referirem a vendas realizadas em datas mais próximas possíveis. Serão devidamente levadas em conta em cada caso, de acordo com suas particularidades, as diferenças nas condições de vendas, de tributação e outras diferenças que afetem a comparação dos preços. Nos casos previstos no parágrafo 5º deste artigo, também se devem levar em conta os custos, inclusive direitos e taxas que incidirem entre as fases de importação e de revenda, bem como os lucros auferidos."

5.- Se o combate ao dumping tem por finalidade reprimir práticas predatórias de concorrência, assegurado o livre mercado a benefício do consumidor, me parece razoável entender que o preço a ser examinado no país importador, para efeito de comparação com o preço praticado no mercado de origem, é o preço do produto colocado no mercado de consumo. Daí porque nenhuma relevância tem o preço FOB de exportação, quando esta se dá entre empresas coligadas, para revenda ou distribuição. Caberá sim examinar o preço pelo qual o produto será colocado no mercado de consumo, pois é este preço, e só ele, que poderá representar uma ameaça ou causar um dano ao concorrente aqui estabelecido.

6.- Ressalte-se que o dumping para ser caracterizado como prática predatória de concorrência, há de reunir três elementos fundamentais, expressamente previstos no artigo 5º do Código, como condição para início do procedimento de investigação. São eles:

- (a) o próprio dumping;
- (b) o dano no sentido do Artigo VI do GATT, como interpretado no Código, ou seja, dano material à indústria doméstica;
- (c) a relação de causalidade entre as importações objeto de dumping e o alegado dano.

7.- O DDT, entretanto, não compartilha desse entendimento, preferindo adotar, a meu ver sem razão lógica ou base legal, o preço FOB indicado na guia de importação, para efeito de comparação com o preço praticado no mercado exportador. Pela nossa própria in experiência neste campo, que é novo, a doutrina é escassa e temos que nos socorrer de autores estrangeiros. Na comunidade européia, adota-se com tranquilidade o critério de comparação entre os preços praticados nos mercados de consumo, exportador e importador, quando a importação se der entre empresas coligadas, ainda que a participação de uma no capital da outra seja insignificante:

"Thus, a stock participation of more than 1 per cent could be sufficient basis for finding that there is an association between parties, although it would not appear to be conclusive evidence of such an association.

Where parties are considered to form such a "single economic unit", e.g., where one party acts as a sales company, then sales by the sales company will usually be assimilated to the sales of the exporter.

.....
What is relevant is not the legal structure but the facts that the principal function of these sales companies is to sell or facilitate the sale of the corporate products, that they are either wholly owned or controlled by the corporate parent company, or that are strong links with respect to management personnel and staff.

One or more of these conditions was fulfilled in this case. Consequently, the sales companies are to be considered part of (the) corporate structure and **its only sales principle of these companies to their customers that can be relied on to reflect the true normal value of the product** ("in" "Anti-Dumping and other Trade Protection Law of the EEC"; Ivo Ban Bel e Jean François Bellis; CCH Editions Limited; 2ª Edição, pág. 47).

"Dessa forma, **uma participação acionária superior a 1% poderia servir de base suficiente para comprovar a existência de associação entre partes**, embora não pareça constituir evidência conclusiva dessa associação.

Nos casos em que as partes forem consideradas integrantes dessa "unidade econômica comum" (ou seja, nos casos em que determinada parte atue como empresa de vendas), as vendas realizadas pela aludida empresa serão normalmente assimiladas às vendas da exportadora."

.....
Considera-se relevante não a estrutura jurídica mas o fato de que o principal objetivo dessas empresas de venda é vender ou facilitar a venda dos produtos da sociedade; de que essas empresas são subsidiárias integrais ou controladas pela matriz; ou de que existem ligações marcantes no que se refere aos funcionários da área de gerência.

Neste caso, pelo menos uma dessas condições foi preenchida. Como consequência, as empresas de venda

devem ser consideradas parte da estrutura societária e **somente o preço de venda dessas empresas a seus clientes poderá servir de base para refletir o valor real normalmente atribuído ao produto**".

"Dumping is not defined through the relation ship between the price of the exported product and the price of similar products on the market of the importing country. Rather, the general criterion used is the difference between a product's price on its home market and the sale price of the same product on the market of the importing country" ("in" E.E.C. Regulation Against Dumped and Subsidized Imports"; D. Voillemot; Dictionnaire du Marché Commun).

Não se pode definir a prática de dumping através da relação existente entre o preço do produto exportado e o preço de produtos similares praticado no mercado do país importador. Ao contrário, o critério geralmente utilizado refere-se à diferença existente entre o preço do produto praticado no mercado de seu próprio país e o preço de venda para o mesmo produto no mercado do país importador."

8.- A investigação de dumping deve observar o rigor, a técnica, o procedimento e os critérios estabelecidos pelo GATT, tratado ao qual o Brasil aderiu não para contestá-lo, mas para cumprí-lo. O bem maior a ser tutelado é o interesse do consumidor. Numa economia de mercado, o que se procura é assegurar a pluralidade de fornecedores, a bem do consumidor, e a disputa sadia entre concorrentes, a bem do próprio mercado. Não é por outra razão que o dumping encontra-se também tipificado na lei nº 8.158/91 artigo III, inciso XIV, que institui normas para a defesa da concorrência, impondo sanções para situações capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade e iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. Em resumo, o combate ao dumping se faz na proporção direta dos efeitos que tal conduta possa ter no mercado, como tal entendendo-se, evidentemente, o mercado de consumo.

9.- Esse é o tema que coloco à reflexão das Senhoras e dos Senhores.

PEDRO CAMARGO NETO

Agradeço ao IBRAC, o convite para estar aqui hoje. Pensei no que poderia trazer de interesse para os senhores. Senti que, não sendo advogado ou economista, sou um fazendeiro, e diante dos experientes advogados e economistas aqui presentes, o que poderia acrescentar é um lado que não pode ser ignorado na introdução de direitos compensatórios no Brasil, o lado político. O assunto não é eminentemente jurídico ou econômico. Existe um componente, o político que gostaria de trazer aqui hoje. Este componente tem enorme influência e precisa ser discutido e analisado.

Tenho sérias críticas sobre a velocidade com que a figura direito compensatório está sendo introduzida no Brasil. Não é dirigida especificamente a ninguém, mas fruto da falta de força política no sentido de se conseguir que as necessárias alterações. Portanto a crítica seria crítica a mim mesmo, pois represento o lado político de um setor.

Em primeiro lugar, para a agricultura a abertura não é de 1990. A abertura na agricultura sempre existiu. Nosso recorde de importação agrícola foi em 1986. A importação de 1986, era basicamente toda de produto subsidiada. Toda em regime de concorrência desleal ao produtor nacional. Abertura desleal não é novidade para nós. O recorde de importação coincide com a entrada em vigor dos Decretos Legislativos nos. 20 e 22 pelo Congresso Nacional. A ratificação internamente ao acordado no GATT tem esta infeliz coincidência.

Vamos agora em 1993, talvez superar o recorde de importações de 1986. Não representa novidade porem é um agravante. Temos uma dificuldade a mais do lado político. Nosso modelo de desenvolvimento, dá um tratamento diferenciado para a indústria. Uma característica de país subdesenvolvido, junto com o deslecho pela educação é o desrespeito à agricultura. Os países desenvolvidos protegem quando não subsidiam a agricultura e os sub desenvolvidos fazem justamente o inverso. No esforço de tornar o Brasil desenvolvido, temos que passar a dar um tratamento, não de proteção à agricultura, mas de condições de igualdade com a indústria.

Ao analisarmos nossas tarifas de importação, veremos que as da agricultura são sempre as menores. Considera-se a coisa mais normal do mundo, o algodão ter alíquota zero. Todo mundo acha que é o óbvio. Para que mais do que isso? Os setores industriais tem sempre alíquotas superiores. É uma parte do modelo de desenvolvimento que ainda não percebemos que se esgotou e que estamos insistindo. Esse esforço do setor agrícola para

introduzir a figura do direito compensatório é parte do esforço para mudar uma cultura. Um novo projeto nacional para se tornar desenvolvido.

Começamos a tentar introduzir a figura do direito compensatório em 1990. Conheci a Dra. Naidin em maio de 1990 quando fomos ter as primeiras lições sobre exatamente o que deveríamos fazer para conseguir a proteção contra a concorrência do produto subsidiado. O primeiro caso que estudamos, foi o das importações de leite em pó, que ocorrem na entressafra.

Nesse processo de aprender apresentamos inúmeras petições. Gostaria de mencionar rapidamente o que aconteceu com cada uma delas:

Em 1990, fizemos uma petição para o caso das importações de carne bovina da comunidade econômica européia. A indústria frigorífica nacional foi à Europa, e com a ajuda do governo brasileiro conseguiu uma oferta especial de 80 mil toneladas de carne dirigidas especificamente para o Brasil. Eles ofereciam a carne por US\$600 e poucos dólares a tonelada. Carne que eles compram do pecuarista europeu por US\$4.000 dólares. Isto mesmo, 15% do valor. Com esse documento publicado no diário oficial da CEE fizemos uma petição, e demos entrada no fim de 1990. Naquela ocasião, existiam na CTT dois casos. O caso das fraldas argentinas e o caso do cimento uruguaio. Foi a primeira petição que fizemos, sua divulgação pela imprensa foi a primeira da Portaria 1227. A indústria não conhecia, os importadores não conheciam a legislação, Nos primeiros dias eles foram ao governo, e dependendo de com quem eles conversaram, receberam opiniões diferentes se haveria ou não a aplicação do direito compensatório. Nesses quinze dias ocorreu um fato externo, que não tinha nada a ver com o caso, mas em setembro/outubro de 1990, houve uma mídi desvalorização, o dólar mudou em 20% em quinze dias e isso aí tornou a importação inviável. Desistiram da importação.

Posteriormente em janeiro de 91, no lançamento do Plano Collor 2, houve um tumulto no abastecimento geral. Acredito que todos lembram foi um plano louco com tablita e outras novidades A indústria automobilística ficou quase trinta dias sem faturar, porque não sabia qual era o preço juridicamente correto. O pecuarista ficou dois dias sem faturar porque também não sabia qual era o preço. O boi foi para a primeira página dos jornais. Virou especulador, acusações que estaríamos escondendo o boi no pasto. Novamente o governo decidiu importar diretamente, desta vez cem mil toneladas de carne bovina.

Reduziram a alíquota à zero. Recebemos uma carta arquivando aquela petição de 1990 das 80 mil, toneladas. A justificativa foi a decisão de governo importar para atender o abastecimento. Não houve análise ou pelo

menos não nos transmitiram que a petição teria tido uma tramitação normal. A alíquota estava zerada, o governo ia importar, e ponto final

Também em janeiro de 1991, embora tramitava no Congresso Nacional o que chamamos de Lei Agrícola. É uma legislação que trata de diversos aspectos da política agrícola e tinha um artigo específico sobre concorrência desleal. Foi aprovada, houve um veto presidencial e depois uma Medida Provisória com nova redação. O fato representa um enorme esforço político para introduzir a figura do direito compensatório, a eliminação da concorrência desleal. Aprovar um artigo, negociar o veto, introduzir uma medida provisória

Fizemos em 1991 quatro petições. Uma nova petição para a carne, dessa vez do caso das 100 mil toneladas, uma petição de arroz proveniente dos EUA, uma petição do trigo dos EUA e uma petição do leite da Comunidade Européia. Estávamos no ano da aprovação da Lei Agrícola. Apesar de tudo nos informaram que para produto agrícola seria diferente. Haveria a necessidade de uma regulamentação. Exigiram um decreto específico. Em julho, depois de um enorme esforço político arrancamos o decreto. Posterior ao Decreto imaginávamos que os processos fossem tramitar. Então nos informaram que faltava agora a regulamentação da regulamentação. Novo esforço para arrancar uma portaria, a no. 444 de outubro de 1991. Agora com a portaria, com a regulamentação da regulamentação nós imaginávamos que as nossa petições fossem tramitar.

Para a da carne desistimos. O caso era a Conab importando carne e sentimos que ia ser muito difícil o governo tributar ele mesmo. Nunca foi fornecida nenhuma resposta. Desistimos de perguntar porque achamos que politicamente era impossível conseguir qualquer coisa aí. A carne foi importada, custou um desembolso inicial pago os europeus de cento e vinte milhões de dólares, sessenta milhões de carne e sessenta de fretes. Gastaram mais 80 milhões em armazenagem no Brasil. Acabou dando prejuízo para o Tesouro Nacional de mais noventa milhões. Acho que não vão importar mais, não porem em função da figura do direito compensatório, porque até os europeus vendendo por 15% do que pagaram ao pecuarista ainda dá prejuízo. Tem uma proteção natural tão grande, que não vamos precisar.

A petição do arroz foi negada. Em 1991 houve um aumento de 350% no volume de arroz importado dos Estados Unidos. O arroz era sabidamente subsidiado, houve um aumento de 350% porem este foi considerado insuficiente, não teria atingido o gatilho de 2,08% da Portaria 444. Informaram que a importação tinha sido de 2,01% e portanto, não teria havido dano. Foi arquivada.

A de trigo, teve uma tumultuada tramitação em 1992. A do leite foi a única que finalmente foi aberta formalmente a investigação. Fixaram direitos provisórios, isso no começo de 92, depois direitos definitivos. Tivemos algumas outras petições em 92, uma de borracha da Malásia, que nos foi negada também, alegando que existia uma política de contingenciamento por produto, portanto não caberia direitos compensatórios.

Neste ano temos outras petições, uma do trigo do Canadá, uma cevada da Comunidade Européia, uma de coco e uma de algodão dos Estados Unidos.

Além dos processos administrativo, resolvemos em 1991 entrar com um mandado de segurança contra o Governo. Entendíamos que a petição não tinha uma tramitação regular.

Perdemos no STJ, recorremos ao Supremo, o STJ não julgou o mérito, entenderam que não cabia mandado de segurança. Recorremos ao Supremo, ganhamos no Supremo, o Supremo devolveu para o STJ, Agora perdemos no STJ por quatro a três e vamos recorrer ao Supremo. Dificilmente vamos ganhar, mas é um ato político, tentar obter o que entendemos é devido, no Judiciário. Agora no caso do trigo norte-americano, tivemos sucesso no direito provisório e agora fracasso nos direitos definitivos. Estamos aguardando a publicação da circular para entrar na justiça, contestar o processo, Não imaginando que algum juiz vá saber julgar exatamente. Os senhores aqui que são especialistas tem divergências como eu vi. Imaginem alguém que não é da área. Sera um ato político de contestar, ver se alteramos a cultura. Estão destruindo um setor inteiro, vamos perder postos de trabalho, vamos perder a segurança alimentar, Da quase auto suficientes, hoje produzimos um terço, fruto da concorrência de trigo de países que subsidiam. É muito mais um problema de respeito à agricultura, de compreensão que a agricultura tem que ter a mesma condição da indústria. É um problema político.

Já falei mais ou menos o que gostaria de acrescentar. Quando assisti a indústria têxtil reclamar aqui agora pouco, estava pensando que parecia discurso de agricultor. A história do eu sou você amanhã. Ha um ano nós agricultores de algodão falávamos exatamente a mesma coisa. Escutávamos, desta mesma industria, que éramos ineficientes, que não tínhamos competitividade, que faltava produtividade. Com isso perdemos aí, no mínimo 300 mil postos de trabalho diretos. O algodão que está entrando é o algodão do Estados Unidos. Muito mais caro que o nosso e o algodão da Rússia que eles estão despejando., Acredito que os senhores sabem melhor do que eu, o que a Rússia está fazendo com os mercados de commodities., Foram 300 ou

400 mil impostos de trabalhos. Um aumento da miséria no campo, que depois certamente vão consertar com a reforma agrária. Enfim, é uma realidade, uma cultura, um modelo de desenvolvimento que estamos tentando alterar. É mais que direitos compensatórios.

Quando estive em 1990, no GATT, senti o quanto éramos subdesenvolvidos. Fui não tratar da rodada Uruguai. Fui buscar documentos pra completar a petição de leite, de carne. Estávamos lutando para abastecer o mercado brasileiro. A Rodada Uruguai, para alguns países é abertura de novos mercados. Para os Estados Unidos representa entrar na Europa. Para outros países a Rodada do Uruguai é uma maneira de fazer um acordo bilateral. A Austrália, consegue que a Europa não torpedeie o mercado da Ásia. Agora para nós brasileiros a luta era para abastecer o Brasil. O nosso oponente também brasileiros no governo ou no setor importador.

É coisa de país subdesenvolvido. É preciso ter consciência, é uma luta política para alterar esse modelo de desenvolvimento. Obrigado.

PEDRO WONGTSCHOWSKI

Eu vou falar sobre a experiência específica da OXITENO, empresa do setor químico, e vou tentar tirar algumas lições daí.

Enquanto que no comércio internacional, as décadas de 50 e 60 se caracterizam pelo liberalismo, seguindo depois a partir da década de 70, pelo neoprotecionismo o Brasil seguiu o caminho inverso; até 1990 tínhamos um forte protecionismo, uma economia absolutamente fechada especialmente no setor industrial e a partir de 90 adotamos um modelo de livre comércio.

Em decorrência hoje nos principais países existem uma série de barreiras não tarifárias como o anti-dumping, o direito compensatório, cotas de importação, preços de referência, barreiras técnicas, barreiras ambientais (como o seio verde), políticas de compra de governo, salva-guardas e os chamados acordos de restrição voluntária de exportações.

O Brasil nesse período, passou por um processo de redução tarifária acelerando e no caso específico da indústria química a ABIQUIM tem demonstrado à exaustão que as tarifas são nominais, que as tarifas reais são negativas. Houve remoção de praticamente todas as barreiras não tarifárias exceção feita evidentemente ao código anti-dumping e anti-subsídios.

Na realidade o número de processos de investigações abertas para casos de dumping e subsídios no Brasil é um número pequeno, eu não posso assegurar que a lista é completa, mas pelo levantamento que fizemos, temos

entre 89 e 93, apenas 28 investigações abertas contra dumping e subsídios. E a grande maioria cerca de 17 desses 28, na realidade são investigações abertas a partir de 1992. Portanto, o uso dos códigos anti-dumping e anti-subsídios no Brasil é extremamente recente que originou uma série de problemas na sua aplicação no caso brasileiro. Há um número muito grande de produtos químicos nesta relação em função da facilidade de exportação e da inexistência de barreiras contra a importação de produtos químicos que em geral são commodities vendidas com especificação universal.

Aqui está assinalado o número de casos onde estas investigações foram transformadas em direitos provisórios em direitos definitivos que é um número muito limitado.

Vamos então, fazer algumas observações sobre a aplicação do código anti-dumping no Brasil que decorre da experiência prática que nós vivemos ao pleitear a aplicação do direito anti-dumping para quatro produtos e de passar por toda a "via crucis" que este processo representa. Há primeiro uma questão política, não há hoje uma orientação de política industrial que favoreça a manutenção ou se quiserem a sobrevivência da indústria nacional.

Dra. Leane com muita propriedade diz que todos os códigos tem uma certa área de interpretação e aí é que sentimos que a interpretação não é hoje necessariamente favorável à indústria estabelecida no Brasil, e hoje o rei é o consumidor, o consumidor pessoa física. Há um entendimento, na minha opinião equivocado, de que eventualmente o dumping favoreça o consumidor na medida em que baixa os preços. Sabemos evidentemente que via de regra este efeito não se transfere para o consumidor final, como também já foi observado aqui hoje, e segundo que não haverá consumidor se não houver agricultura e se não houver indústria no Brasil.

Não há então claramente uma definição, uma vontade de dar à indústria brasileira condições de concorrer em igualdade com a indústria estrangeira. Há ainda uma certa hesitação na aplicação da lei que eu acredito que decorre em especial da falta de seu uso. Há uma certa insegurança, temor na minha opinião infundado de que especialmente a adoção de direitos anti-dumping venha a gerar contencioso com outros países, especialmente com países desenvolvidos, eu diria até talvez mais especialmente com os Estados Unidos, como se não fossem os Estados Unidos aqueles que adotassem com mais rapidez e eficiência, proteção para sua indústria e para a sua agricultura.

Do ponto de vista técnico, há algumas questões que eu selecionei que me parecem mais relevantes; a primeira questão da ameaça do dumping e do dano, quer dizer, tem se dito que muitas vezes no caso da indústria química para haver dano não precisa haver necessariamente dumping, a simples

ameaça da importação em regime de dumping faz com que o dano se estabeleça de imediato, se estabelecem novos patamares de preço no mercado interno tendo em vista a oferta de produtos em regime de dumping.

Isto implica em que eventualmente um volume relativamente pequeno de importações tenha um efeito enorme sobre o mercado brasileiro. Nós estamos sentindo alguma dificuldade da aceitação deste conceito dentro dos órgãos que analisam os processos de dumping.

Temos a questão do efeito volume, efeito preço - tem se dado muito mais importância à perda de market-share, ao volume de importações sobre o total de mercado do que ao efeito preço e o efeito preço tende a ser em geral, pelo menos no setor químico, claramente muito mais devastador do que o efeito volume. Há algumas dificuldades conceituais no cálculo do valor construído ainda, há inclusive discussões entre diferença de custo e preço; às vezes, tomam-se custos construídos os conceitos são evidentemente distintos. Há a questão da aplicação da margem de dumping ou a margem de dano; a tendência tem sido a de dar o menor dos dois valores quando é possível calcular a margem de dumping e é extremamente complicado calcular a margem de dano.

Enquanto a margem de dumping tem via de regra um cálculo extremamente simples e razoavelmente objetivo, margem de dano é uma coisa muito incerta, muito difícil de fazer mas a despeito disso tem havido uma tendência de dar maior ênfase à margem de dano do que à margem de dumping.

Há uma questão de infra-estrutura, quer dizer, é absolutamente evidente até mesmo numa visita física ao DTT, que o aparato administrativo é claramente insuficiente para lidar com a dimensão do problema que a concorrência desleal representa hoje para o Brasil e para a indústria brasileira.

Os quadros técnicos são pequenos, claramente insuficientes e em decorrência os prazos muitas vezes não são obedecidos.

Estatísticas de importação em geral não são disponíveis a não ser 6 meses depois do evento acontecido e se trata aí simplesmente de um contato entre o DTT e o DTIC o órgão que supostamente tem os dados, então é extremamente comum que a indústria já tenha todos os dados disponíveis, fruto de estatísticas de importação fornecidas pelos portos, enquanto que o DTT ignora ou não tem acesso a essas informações.

Na parte administrativa não há procedimentos solidamente estabelecidos; não há claramente tradição na utilização dos códigos em virtude do volume relativamente pequeno de casos que já tramitaram. Não

tem sido possível aos técnicos do DTT atenderem aos prazos das portarias e mesmo aquele prazo de 20 dias dentro do qual em tese deveriam ser dados direitos provisórios se a decisão for nesse sentido, tem sido usados contra o produtor nacional. O DTT tem usado e uma interpretação de que se ele não deu o direito provisório em 20 dias ele não poderá fazê-lo numa data posterior, que é uma interpretação que pelo menos alguns advogados que nós consultamos não aceitam.

Há a questão já levantada aqui pelo Guilherme que há muitas dúvidas sobre os direitos anti-dumping quando e se definidos estão efetivamente sendo cobrados pelos órgãos da Receita Federal.

Na questão processual, observamos que o nível de conhecimento das partes interessadas é baixíssimo, então no nosso caso particular no processo, há alegações do tipo "não mas o produto A é fornecido por um monopólio no Brasil", ora não tem qualquer vínculo com uma questão de dumping. Alegações do tipo "mas vocês são exportadores e eventualmente exportadores em regime de dumping", é uma questão rigorosamente irrelevante no caso da análise se um produtor estrangeiro está ou não causando dumping no Brasil, além do que suponho que os órgãos do governo brasileiro não são procuradores das partes eventualmente prejudicadas no exterior.

Há uma confusão muito grande entre o que é a atribuição do DTT e o que é eventualmente a atribuição do CADE. Há em geral, e aí eu não estou falando dos órgãos do governo eu estou falando do setor privado das empresas que se defendem dos processos de dumping, uma ignorância razoavelmente generalizada, de quais são os conceitos básicos do dumping.

Acredito que deveria haver um tipo de hierarquização das partes interessadas porque tende a se colocar num mesmo conjunto as partes que eu chamo as principais que são o peticionário de um lado, e o exportador do outro lado com potenciais interessados. O potencial importador brasileiro se apresenta como interessado, e passa a ter o mesmo grau de influência no processo e isso acaba criando conturbações, quer dizer, nós tivemos casos de audiências no órgão do governo e que além do peticionário e dos exportadores participaram mais de 15 diferentes partes interessadas criando um tumulto de difícil administração.

Finalizando, à guisa de algumas sugestões e recomendações, sugeria primeiro uma discussão mais ampla do impacto da aplicação dos códigos, estes tem que ser mais conhecidos na comunidade industrial ouso dizer também na comunidade dos advogados, tem que ser mais bem conhecido na sociedade em geral porque há uma ignorância muito grande sobre efetivamente o que ele significa.

Eu acredito que, se uma série de procedimentos e práticas fossem implantadas o processo seria mais transparente, mais rápido para o benefício dos órgãos do governo, na medida em que as próprias petições seriam apresentadas de maneira mais completa, mais bem fundamentada. É urgente a construção de um amparado administrativo com quadros técnicos especializado dispondo de informações mínimas necessárias. Para o Brasil, com o porte da indústria e da agricultura brasileira isso me parece absolutamente indispensável.

É muito importante para o setor industrial e em particular a questão do conceito do imposto adicional ser ou não imposto já foi discutido aqui, e a questão das cláusulas de salva-guardas que são mecanismos que ao que me consta não tem sido utilizados até aqui eu acredito que deveria se abrir uma discussão para verificar a conveniência e a forma da sua utilização pelo Brasil. Era só isso que eu tinha a relatar, muito obrigado.

EDMONDO TRIOLO

Boa Tarde Senhores.

Meu nome é Edmondo Triolo, faço parte da Coordenação da ABIT e do SINDITÊXTIL com Domingos Mosca e, como Domingos disse, nossa experiência neste terreno de anti-dumping e subsídios é relativamente nova, mas como bons alunos, depois de ter recebido tanta paulada até hoje, temos também a capacidade de nos defender.

Até hoje temos, na realidade, apenas três processos movidos, um contra a importação de tecidos de juta procedentes do Bangladesh, assunto que foi tratado há dois anos atrás com relativo sucesso, pois conseguimos para a agressão que o Bangladesh estava fazendo contra os tecidos de jutas nacionais, e os dois casos mais recentes, um contra importações de fios de algodão do Paquistão e o segundo contra a importação de tecidos artificiais e sintéticos da Coréia. Os dois casos estão em estudo hoje no DTT e provavelmente teremos a abertura da investigação e o envio dos questionários aos exportadores que serão submetidos à investigação.

É lógico que nós não apreciamos muito este procedimento porque não consideramos que os códigos anti-dumping e anti-subsídios sejam realmente uma salvaguarda, não é salvaguarda porque não é preventivo, é apenas um corretivo e nem corretivo será se a medida for tomada com muito atraso.

Nós, como disse o companheiro Domingos Mosca, temos um regime especial no GATT que, por força do Acordo Multifibra, nos daria a possibilidade de estabelecer cotas de exportação contra qualquer país que venha procurar acesso ao mercado de forma irregular e nestes casos do Paquistão e da Coréia, justamente esta procura irregular de acesso ao mercado não vai se corrigir com um processo anti-dumping, nem vai se corrigir ao longo desses próximos seis meses ou mais de seis meses, que é o curso que o processo vai levar.

Acreditamos, também, que essa alegação que todo mundo ouviu e que eu também ouvi, tem um pouco de distorção entre o conceito de salvaguarda, ou defesa do mercado, e entre as vantagens que essas importações dariam ao consumidor final.

Me parece que é uma falácia, me parece que entre nós ninguém notou, em nenhum campo em que realmente as importações feitas a valores dumping, ou feitas a valores normais no mercado do país exportador, tenham provocado o rebaixamento de preço em nosso mercado, nós não estamos vendo isso, nós estamos vendo que dia a dia os produtos aumentam de preço, quando falamos de produtos que todo mundo usa, que todo mundo está vendo nas vitrines. Sabemos que se compra na Coréia, se compra em Taiwan, se compra em Hong Kong um par de tênis a oito ou dez dólares, que está sendo vendido aqui a cem dólares. Sabemos muito bem que tecidos que estão sendo importados a quarenta centavos do dólar o metro são vendidos a quatro e meio dólares o metro, portando, o consumidor está sendo iludido, ele não recebe nenhum benefício dessas importações, muito pelo contrário, essas importações provocam continuamente o fechamento de estabelecimentos, tanto pequenos, médios ou eventualmente até grandes, provocam desemprego, provocam uma redução de renda e, portanto, um estreitamento de mercado e não um alargamento de mercado. Eu acho que o Governo está trilhando por um caminho extremamente delicado, não é desta maneira que se abre o mercado à concorrência, não é desta maneira que se tenta corrigir erros do passado, eu acho que os países desenvolvidos que nos deram sempre lições e que hoje, além de todas as proteções que eles criaram ao longo de décadas, ainda estão tripudiando em cima de países em desenvolvimento com códigos como esses dois que foram mencionados aqui, código anti-dumping e código anti-subsídios, deveriam ser um exemplo para nós voltar atrás e processar a abertura de mercado de uma maneira lógica, coerente e não desgraçada, como está sendo feita hoje.

Então a mensagem é esta, nós temos uma abertura de mercado que não vem em benefício do consumidor, essa abertura de mercado vem apenas

contra os interesses das empresas e do próprio trabalhador, não será com imposição de direitos compensatórios ou direitos anti-dumping da ordem de mais dez, mais quinze por cento que se protegerá nosso mercado.

MAURO GRINBERG

Há uma questão envolvendo a aplicação dos direitos anti-"dumping" e compensatórios no Brasil que precisa ser resolvida com urgência; trata-se da competência ministerial para aplicação de tais direitos.

Ainda no âmbito da Constituição Federal de 1988 (CF), existia, na estrutura do Ministério da Fazenda (MF), a Comissão de Política Aduaneira (CPA), que era encarregada do processamento e das decisões relativas aos direitos anti-"dumping" e compensatórios.

Todavia, dentro da economia brasileira, tais direitos eram de pouca importância, pois somente com a gestão presidencial iniciada em 1990 passou a existir a abertura econômica e a conseqüente necessidade de aplicação no Brasil dos direitos anti-"dumping" e compensatórios.

Não se está aqui a analisar a legalidade ou a natureza jurídica ou a conveniência da aplicação de tais direitos; parte-se do pressuposto - de resto indiscutível - de que, tendo o Brasil aderido ao tratado internacional denominado "General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)", e promulgado internamente as suas normas, elas constituem leis internas e são como tal válidas e eficazes.

Ocorre que a reforma administrativa operada pela gestão presidencial que teve início em 1990 - consubstanciada basicamente na Lei nº 8.028, de 12.04.90, e no Decreto 99.244, de 10.05.90 - extinguiu a CPA e transferiu a sua competência para o titular do que veio a ser o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (MEFP)

Não nos parece relevante aqui examinar como passou a funcionar o processo naquela ocasião, mas é certo que todos os passos estavam englobados dentro do mesmo ministério.

Com a nova reforma administrativa operada pela Lei nº 8.490, de 19.11.92, criou-se o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (MICT), que passou a abranger algumas das funções do antigo MEFP.

O artigo 16 desta última lei estabeleceu os assuntos de competência de cada ministério, atribuindo ao MICT o relativo a "comércio exterior" (inciso XI, alínea "d") e ao MF o relativo a "fiscalização e controle do comércio exterior" (inciso III, alínea "h").

A simples leitura dos dispositivos aludidos pode levar à confusão do intérprete; acrescente-se a essa confusão o disposto no artigo nº 237 da CF, segundo o qual "a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda".

É bem verdade que o Ministério da Fazenda de que trata o dispositivo constitucional não é o mesmo MF existente hoje, já que duas reformas administrativas alteraram completamente as estruturas então existentes; além disso, faz-se necessário melhor definir o que seja "interesses fazendários nacionais" para esse efeito.

Este não é o momento de se escolher a competência correta, até porque as interpretações dadas nos Ministérios envolvidos são conflitantes.

O que se quer aqui apontar é a perplexidade ante a competência dividida entre dois Ministérios, que é a maneira como o processo é levado a efeito hoje.

Em outras palavras, acompanhe-se o feito: na estrutura do MICT, a investigação é feita no Departamento Técnico de Tarifas (DTT), que a envia à Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) que a envia ao Ministério (o da Indústria, do Comércio e do Turismo), que a envia ao outro Ministro (o da Fazenda), que deve assinar a portaria impondo direitos anti-"dumping" ou compensatórios.

Mas este outro Ministro (o da Fazenda) certamente quer ouvir a sua assessoria, enviando o processo para consulta à Secretaria de Política Econômica (SPE) ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou a ambas; pode ser imaginada - com forte dose de verossimilhança - a hipótese da SPE ou da PGFN levantarem dúvidas quanto ao processamento e o processo ter que fazer o caminho inverso (quantas vezes for necessário).

Isto demonstra que é necessária uma definição urgente a respeito da competência para a aplicação dos direitos anti-"dumping" e compensatórios, que deixe encarregado apenas um ministério.

MAURO GRINBERG é ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e advogado.

GUILHERME DUQUE ESTRADA

"Bem, acho que o que me cabe é, antes de tudo, explicar porque a indústria química tem um interesse tão grande nesse tema, aqui e em outros países. Por que a ABIQUIM, no caso brasileiro, se envolveu tanto com esse

assunto a ponto de, com a assessoria de um Grupo de Trabalho e de consultores jurídicos entre os quais o Dr. Del Chiaro, o Dr. Tércio Sampaio Ferraz, o Dr. Mauro Grinberg, procurar elaborar até mesmo um projeto de decreto para regulamentar a legislação anti-dumping vigente no Brasil?

Num congresso da indústria química realizado nos últimos dias no Rio de Janeiro, o Presidente da Associação da Indústria Química do México teve a oportunidade de nos revelar que um levantamento feito por sua associação, em praticamente em todos os países que atuam na comercialização de produtos químicos, demonstra que 50% dos casos de dumping praticados no mundo, e comprovados, dizem respeito a produtos químicos. Só por aí, já se pode medir o interesse que a indústria tem nesse assunto.

Por que isso ocorre? Primeiro porque é fácil importar produtos químicos. Quem se dispuser a importar automóveis ou eletrodomésticos praticando preços "dumpeados" terá de fazer investimentos vultosos antes de começar, terá de montar uma rede de assistência técnica, terá de estocar peças de reposição, terá de investir em treinamento para os técnicos que darão, depois, a assistência aos produtos colocados no mercado, enfim, terá de investir quantias que poderão não vir a ser recuperadas, se por acaso a importação for questionada do ponto de vista da prática do "dumping" e se for atribuído algum direito anti-"dumping", posteriormente.

Já no caso da indústria química, as coisas são diferentes. Produtos químicos e principalmente petroquímicos são importados de tal forma que não é necessário ter nenhuma estrutura no país aos quais se destinam os produtos. Basta que se faça referência a uma determinada especificação. Há casos de produtos que já estão até embarcados e praticamente prontos para serem deslocados de um ponto para o outro no nosso planeta. É muito fácil trazer um produto por algum tempo sem nenhuma consideração a respeito da continuidade ou não da operação. Para agravar esse quadro, nós temos hoje uma situação em que há excedentes incriveis de produtos, principalmente petroquímicos. Há produtos que tem excedentes de até 50%, ou seja, existem casos em que o excesso de capacidade de produção em relação à demanda existente vai a 50%.

Isso decorre de uma série de fatores: a recessão no Primeiro Mundo, a entrada em operação de diversas plantas moderníssimas, produzindo grandes quantidades de produtos no sudeste asiático, e uma série de outros fatores. Não caberia agora falar sobre isso. O fato é que há excedentes, e é claro que se há excedentes, há um interesse em colocar produtos a qualquer preço para dar vazão à produção de unidades que de outra maneira teriam que parar.

No caso brasileiro, as coisas se agravam com a reforma tributária realizada em 1990, implantada de forma muito acelerada e que teve inclusive a sua última etapa antecipada para julho desse ano. Hoje, a maioria dos produtos petroquímicos, no Brasil, tem uma tarifa em torno de 15%. Quinze por cento numa economia que tem uma inflação mensal em torno de 35% pode se considerar uma tarifa de incentivo à importação, em muitos casos.

Essa é uma questão que poderia parecer estranha ao tema que nós vamos debater, mas que também diz respeito às condições favoráveis à prática do "dumping". Um produto produzido e comercializado no mercado interno é normalmente comercializado com 30 ou 28 dias de prazo para pagamento. Por força das disposições do fisco estadual, no caso do ICMS, e da Receita Federal, no caso do IPI, o ICMS o IPI são cobrados pelo valor total da nota, valor esse que embute um custo financeiro inevitável, já que o pagamento vai ser feito em 30 dias. A empresa precisa embutir o custo do desconto da duplicata num banco, custo esse que hoje é alguma coisa em torno de 40% e que não onera o produto importado.

É claro que existem muitos custos envolvidos numa importação, além do imposto de importação. Mas o fato é que, de acordo com as normas tributárias brasileiras, tanto o ICMS como o IPI, no caso de produto importado, são devidos na data da internação do produto. Ou seja, não interessa a data em que o produto vai ser pago, não importa se o financiamento concedido lá fora, a juros certamente muito mais baixos do que os praticados no mercado local, vai ser de dois, três ou seis meses. O que importa é a conversão da moeda do país de origem do produto (ou da moeda que foi feita a operação) em cruzeiros na data da internação do produto. Mesmo que se adicionem os custos portuários e outros custos específicos, como fechamento de operação de câmbio, etc., há uma enorme diferença, que favorece as importações.

Tudo isso gera um aumento das importações de produtos petroquímicos. É fácil olhar os números já disponíveis na própria ABIQUIM e na Secretaria da Receita Federal e verificar um aumento fantástico na importação de produtos químicos e petroquímicos. Se nós compararmos, por exemplo, o primeiro semestre de 93 com o primeiro de 92, veremos casos de produtos cujas importações, em volume, aumentaram 215%. É o caso das resinas termoplásticas. Plastificantes intermediários tiveram aumento de 206% e elastômeros 111%.

Em muitos casos, o que nós verificamos é que essas importações estão se dando porque está havendo a prática de "dumping", como se já não bastassem todas as outras condições favoráveis.

Foi com base nesse quadro, foi nesse cenário que a ABIQUIM, então, decidiu mergulhar no assunto e procurar estudar isto em profundidade. Constituiu-se um grupo de trabalho, coordenado pelo Dr. Pedro Wongtschowski, que faz parte aqui da mesa, com a participação do Dr. Candal, que é o nosso consultor econômico já há muitos anos, e que, posteriormente, veio contar com a participação dos consultores jurídicos que eu nomeei há pouco. O que é que a ABIQUIM deseja? Deseja, naturalmente, que a legislação anti-"dumping" seja devidamente aplicada no País, para evitar que o "dumping" destrua boa parte da indústria química e petroquímica.

No primeiro momento, desconhecendo o assunto, como até hoje muita gente desconhece no País, a ABIQUIM quase sucumbiu à tentação de defender a tese, defendida até mesmo no seio do Governo, de que era preciso dispor de uma lei, uma nova lei anti-"dumping" no Brasil. Muita gente defendia essa idéia, por não conhecer bem o que vem a ser o acordo que trata dessa matéria - o GATT - no que diz respeito ao "dumping" em particular. Esse acordo já tinha se convertido em lei, pelo simples fato de ter sido aceito pelo Congresso Nacional, referendado, etc.

Analizada essa situação, o que se verificou é que de fato lei não era preciso, mas era preciso mexer na sua regulamentação. A regulamentação tinha sido feita no tempo do Conselho de Política Aduaneira, o CPA, e não previa, naturalmente - como não era possível prever naquela época - que fossem realizadas não uma, mas duas ou três reformas administrativas que arrumariam ou desarrumariam, não sei, os órgãos do Governo Federal que lidam com a matéria.

O que nós encontramos foram dois Ministérios atuando no assunto: o Ministério de Indústria, do Comércio e do Turismo e o Ministério da Fazenda. E deparamo-nos com uma certa dificuldade até mesmo de natureza ideológica nisso, porque enquanto o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo olhava a questão do "dumping" do ponto de vista de política industrial e de política de comércio exterior, o Ministério da Fazenda muitas vezes olhava isto com a ótica de política de combate a inflação. E olha até hoje. O que nós notamos é que algumas autoridades do Ministério da Fazenda muitas vezes viam com desconfiança o uso do instrumento anti-"dumping", porque acreditavam que um "dumpingzinho" aqui ou acolá não faria muito mal, já que o Governo queria baixar os preços dos produtos no mercado interno. Seria possível, assim, conviver com isso por algum tempo para que se forçasse a indústria nacional a reduzir os preços de uma série de produtos. Parece que nunca foram levados em conta outros fatores, que fazem com que os produtos possam ser mais caros no Brasil, entre os quais aqueles que geram

inflação, segundo a ótica de quem não está daquele lado da mesa: custos financeiros e encargos sociais elevados, a carga tributária excessiva sobre o produto e outros fatores mais.

Dentro desse quadro, nós objetivamos uma maior concentração dessa matéria em um ponto. E de início se verificou que deveria ser o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, por ser o órgão do Governo encarregado da política de comércio exterior. Talvez seja este, aliás, o aspecto mais difícil do problema. Embora ele seja muito simples do ponto de vista jurídico, ele é o mais complicado do ponto de vista da discussão política da questão, porque diz respeito a poder, a divisão de poder, divisão de tarefas no âmbito do Governo. E isso não é fácil. É lógico que isso interfere na discussão de toda matéria. Acho que o Dr. Del Chiaro, que já viveu também a área de Governo, e o Dr. Mauro Grinberg conhecem bem essa questão.

Iniciado o processo da elaboração de sugestão ao Governo Federal, nós nos deparamos com a principal questão, que já foi aliás abordada aqui hoje, pelo Dr. Tércio Sampaio Ferraz. É exatamente a questão da retroatividade. Qualquer solução que nós encontrássemos precisaria permitir a cobrança dos direitos anti-"dumping" de forma retroativa, uma vez que a cobrança do direito provisório não é satisfatória para o nosso setor. Talvez alguém possa deixar de se importar um produto, talvez um bem de consumo durável, um eletrodoméstico, um automóvel, quando vê a ameaça de que pode vir a ser decretado um direito provisório, ou até de que, lá no fim, pode ser decretado um direito anti-"dumping" definitivo. Mas no caso de produtos químicos ou petroquímicos, não. A abertura de um processo anti-"dumping" pode ser até um incentivo para que a empresa passe a importar o máximo possível, no mais curto espaço de tempo, para estocar mercadorias, porque quando vier a ser lançado o direito provisório ou o direito definitivo, ela já terá aqui um estoque bem grande. Ela poderá, assim, causar danos até maiores à indústria nacional, ainda por cima em curto prazo.

O direito provisório, no caso de alguns produtos, é também difícil. E é preciso reconhecer isto. Para o funcionário do Governo é muito difícil, em alguns casos, tomar a decisão de cobrar o direito provisório. É preciso que ele esteja muito bem convencido de que o "dumping" existe, é preciso que o processo esteja muito bem instrumentado. Nós próprios, representantes das empresas e empresários em geral, não estamos preparados para isto, pelo menos por ora. Em alguns casos, não é fácil comprovar o preço de mercado no país de origem. Comprovar o dano aqui também não é fácil, mas em todo caso é possível. Comprovar o preço lá fora é muito mais difícil. É difícil, por

exemplo, no caso dos países que recém saíram de uma economia planificada e que estão ensaiando os seus primeiros passos numa economia de mercado, países em que os conceitos de custos fixos e custos variáveis são ainda muito precários. É difícil saber nesses países qual é realmente o preço da mercadoria.

Além de tudo isso, nós sabemos - e é um dado da realidade - que a estrutura de que o governo dispõe para tratar dessa matéria é uma estrutura muito pequena, muito precária do ponto de vista quantitativo. Há pessoas competentes, conhecedoras da matéria, mas são poucas, para tantos processos a serem apreciados.

Então, seria preciso que essa solução que nós viéssemos a encontrar, contemplasse a possibilidade da cobrança do direito retroativamente. Entre, sim, espantaria qualquer importador que estivesse disposto a trazer para cá um produto "dumpeado" porque ele estaria correndo um sério risco de depois ter de pagar muitos elevados, que lhe tirariam todas as vantagens auferidas. E foi aí que nós esbarramos com grande dificuldade de termos na regulamentação atual a definição do que nós chamaríamos de direito anti-"dumping" como um imposto de importação adicional. Foi isso o que conduziu a toda essa discussão com os nossos advogados, com os nossos consultores jurídicos. O Dr. Tércio já discorreu aqui hoje sobre essa questão e não vale a pena voltar ao assunto.

Nós não temos nem mesmo a certeza, hoje, de que os direitos anti-"dumping" que vêm sendo atribuídos estejam sendo cobrados efetivamente pela Receita Federal. Há pouco, o Dr. Pedro Wongtschowski me dizia que em alguns casos não há como conseguir a comprovação de que essa cobrança está sendo feita. O fato, portanto, de nós termos dois Ministérios envolvidos nisso dificulta muito, realmente, o acompanhamento. De modo que evitar isso seria também uma das metas desse trabalho que a ABIQUIM procurou não conduzir, mas provocar, levando esta questão a diversos foros. Nós andamos discutindo esse assunto em muitas áreas, dizendo respeito a vários segmentos da indústria, procurando inclusive levar a experiência do setor a outros que poderiam vir a ser ou que já estão sendo vítimas de práticas desleais de comércio. E principalmente ao Governo, com quem temos discutido amplamente questão, tanto no âmbito do Ministério da Fazenda, como no Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. Temos nos colocado à disposição dos órgãos governamentais para ajudá-los nessa tarefa, mostrando casos concretos, inclusive os que são trazidos por associações congêneres de outros países, sempre buscando o que nos parece ser essencial: uma regulamentação que realmente permita a aplicação dos direitos anti-

"dumping" de forma retroativa e inteiramente desvinculada das políticas de combate a inflação.

Acho que era o que eu poderia dizer, como contribuição no sentido de explicar o porque dessa presença tão intensa da ABIQUIM e da Indústria Química na discussão do tema "dumping". Obrigado".

SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL".

DR. WERTER R. FARIA

Professor Titular aposentado de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Diretor Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI).

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) deve ser constituído em 30 de dezembro do corrente ano. Para a realização desse objetivo, o artigo 1º do Tratado de Assunção prevê a utilização de diversos meios, entre os quais *"a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados partes"*, com a finalidade *"de assegurar condições adequadas de concorrência"* entre eles.

De acordo com o artigo 4º, nas relações dos Estados partes com terceiros países, aqueles procurarão impedir importações cujos preços não sejam determinados pelo jogo da oferta e da procura, mas resultem de práticas que ofendam a lealdade do comércio, tais como subsídios, *"dumping"* e outras.

Pelo mesmo artigo 4º, os Estados partes obrigam-se a coordenar suas respectivas políticas nacionais, *"com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial"*. *"Normas comuns"* serão regras de concorrência que a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai estabelecerão em conjunto e se empenharão em incorporá-las aos seus ordenamentos jurídicos.

O Tratado de Assunção institui um mercado comum entre os Estados partes. Estes decidem constituí-lo e fixam a data de 31 de dezembro deste ano para ficar estabelecido.

Se compararmos o Tratado de Assunção com o Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia verificaremos que as partes contratantes do segundo, conforme deixaram expresso no preâmbulo, *"decidiram criar uma Comunidade Econômica Européia"*, cuja missão é *"promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas dos Estados membros, o desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas no seio da Comunidade, uma expansão econômica contínua e*

equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado no nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram".

O artigo 8º do Tratado de Roma acrescenta que o mercado comum será progressivamente estabelecido ao longo de um período de transição de doze anos. Alguns intérpretes do Tratado de Assunção apegam-se ao ponto de vista de que os Estados partes não instituem entre si um mercado comum, pois se trata de um *"Tratado para a constituição de um espaço econômico comum"*. Na realidade, o Tratado constitui um mercado comum e marca o prazo dentro do qual deverá estar estabelecido. Este prazo teve início trinta dias após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação (ocorrido no oitavo mês posterior à assinatura) e estará encerrado a 31 de dezembro do ano em curso. Este lapso de tempo corresponde ao período de transição a que se refere o artigo 3º do Tratado de Assunção.

O Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia divide o período de transição em três fases, de quatro anos cada, e determina o conjunto de ações que deverão ser iniciadas e prosseguidas simultaneamente nesses períodos. O Tratado de Assunção prevê uma fase única de pouco mais de três anos, na qual se estabelecerá progressivamente o mercado comum. As ações que conduzem à formação do mercado comum estão indicadas no artigo 1º, e dizem respeito à *"livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países"*, ao *"estabelecimento de uma tarifa externa comum e à adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e à coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais"*, à *"coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais"* e à harmonização das legislações dos Estados partes, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

No Tratado de Roma, a enumeração das ações é mais extensa e inclui *"o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum"*. Ao contrário do Tratado de Assunção, que deixa a definição do regime de concorrência para os Estados partes, o Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia dispõe sobre as regras de concorrência aplicáveis às empresas e atribui competência ao Conselho, que é composto por representantes dos Estados membros, para adotar regulamentos ou diretivas que se façam necessários ao cumprimento dessas normas. O artigo 3º do Tratado coloca a defesa da concorrência entre as ações ou instrumentos destinados a garantir a realização dos seus objetivos. Além disso, o próprio Tratado contém as regras de concorrência, que se resumem a proibir *"todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações e*

empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum" , bem como, *"na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados membros, o fator de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste"*. As proibições constantes dos artigos 85 e 86 correspondem às da lei antitruste norte-americana de 1890, que proíbe as restrições à concorrência baseadas na colusão e as possíveis restrições decorrentes de monopolização ou da intenção de monopolizar qualquer parte do comércio interestadual ou internacional.

Os Estados partes no Tratado de Assunção ficaram muito aquém dos que decidira criar a Comunidade Econômica Européia: não quiseram instituir uma organização internacional dotada de órgãos deliberativos e executivos. Enquanto a realização das tarefas confiadas à Comunidade compete às suas instituições (o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça), o MERCOSUL não dispõe de um quadro institucional autônomo. A administração e a execução do Tratado de Assunção e dos acordos e decisões correlatos cabem a dois órgãos intergovernamentais: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum.

As regras da concorrência que vierem a ser incorporadas ao Tratado de Assunção devem ser objeto de negociação entre os Estados partes. As *"normas comuns"* sobre a concorrência assim elaboradas tomarão a forma da lei nacional de cada um, após a aprovação do projeto, segundo o processo legislativo previsto nas respectivas constituições. Outro modo de cumprir o dispositivo do Tratado de Assunção referente à elaboração de normas comuns e a estipulação de um acordo internacional que tenha por objeto a introdução das regras de concorrência nos ordenamentos jurídicos dos Estados partes, que se fará nos termos dos preceitos constitucionais relativos à execução das normas internacionais em seus territórios. No primeiro caso, há o risco de que os legislativos não se atenham à norma estabelecida no Tratado de Assunção (obrigação de elaborar *"normas comuns de concorrência"*), e alterarem o texto acordado. Desse modo, persistiria a desuniformidade entre as regras de concorrência aplicáveis no MERCOSUL. A inclusão das regras de concorrência em um instrumento que se derive do Tratado de Assunção e tenha aplicação como qualquer protocolo é preferível a projetos de iniciativa de cada um dos chefes de Estado que reproduzam as normas comuns elaboradas em conformidade com o artigo 4º do Tratado de Assunção.

Se na reunião extraordinária dos Estados partes para determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do MERCOSUL, que ocorrerá antes de 31 de dezembro deste ano, não forem criados órgãos semelhantes aos da Comunidade Econômica Européia, mas continuarem existindo órgãos intergovernamentais, a solução que se impõe é dar cumprimento ao disposto no artigo 4º do Tratado de Assunção por uma das formas expostas.

Porém, se forem criados órgãos semelhantes aos da Comunidade Européia o problema ficará simplificado. A solução ideal consiste na elaboração de um protocolo que contenha as "*normas comuns sobre concorrência*", na concessão do poder regulamentar a um órgão supranacional e na atribuição de competência a ele para aplicar tais regras. No que respeita ao protocolo, seria aconselhável que adotasse o modelo da lei Sherman e do Tratado de Roma. Em poucos artigos proibiria os acordos entre empresas e os abusos de posição dominante, que são práticas restritivas da concorrência suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados partes. Quanto à concentração de empresas, já nos manifestamos a favor da elaboração de normas específicas para o controle dessas operações, que ora assumem a forma de acordos entre empresas restritivos da concorrência, ora de abuso de posição dominante.

Não obstante o paralelismo entre as normas do direito antitruste norte-americano e do direito comunitário europeu que proíbem as cartéis (acordos entre empresas) e os monopólios (abuso de posição dominante), as primeiras impõem sanções necessariamente aplicáveis em todos os casos em que se realize a conduta proibida e as segundas, nos casos de abuso de posição dominante. Há, portanto, dois tipos de legislação de defesa da concorrência: o da licitude e o da proibição, que vigoram respectivamente na Comunidade Européia e nos Estados Unidos. O artigo 85 do Tratado de Roma declara incompatíveis com o mercado comum e proibidos os comportamentos nele descritos, ou seja, os acordos restritivos da concorrência. Entretanto, o § 3º permite que a norma seja declarada inaplicável se o acordo entre empresas contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico e forem satisfeitas as demais condições previstas no dispositivo. Antes do Tratado de Roma, a lei brasileira, ao proibir o ajuste ou acordo entre empresas, permitiu a aprovação e o registro dos atos que pudessem limitar ou reduzir a concorrência e preenchessem quatro requisitos cumulativos: a) aumento da produção ou melhoria da distribuição de bens ou do fornecimento de serviços, propiciação da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incremento das

exportações; b) distribuição equitativa dos benefícios decorrentes do acordo entre as partes e entre os usuários; c) observância dos limites estritamente necessários para a consecução dos objetivos visados; d) não eliminação da concorrência numa parte substancial do mercado de bens e serviços pertinentes. O artigo 74 da lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, também permite a aprovação e o registro dos atos que não preencham os mencionados requisitos, no caso em que a restrição à concorrência seja necessária, por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, tenha duração prefixada e fique provado que sem a prática do ato poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário.

Em razão da possibilidade de serem aprovados restritivos da concorrência que satisfaçam os mencionados requisitos, a lei brasileira pertence aos sistemas da licitude. Nem poderia ser diferente porque todas as Constituições prescrevem a repressão ao abuso do poder econômico, e não a este. No sistema da proibição, regra geral, as restrições à concorrência são vedadas.

O direito argentino filia-se ao mesmo sistema: proíbe e sanciona os atos ou condutas restritivas da concorrência, assim como os abusos de posição dominante, somente quando forem contrários ao "*interesse económicos geral*" (artigo 1º da lei nº 22.262, de 1º de agosto de 1980).

As duas maiores economias do Cone Sul que possuem tradição no combate aos abusos do poder econômico adotam o mesmo tipo de legislação antitruste. Isto facilita a tarefa de elaborar as regras de concorrência para o mercado comum.

A adoção das "*normas comuns sobre concorrência*" faz surgir o problema das relações entre estas e as legislações nacionais dos Estados partes do MERCOSUL. Na Comunidade Européia, o Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta da Assembléia, adota os regulamentos ou diretivas conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma. Compete à Comissão velar pela aplicação desses princípios, propor os meios adequados para pôr termo às infrações e instaurar processos contra os infratores. As autoridades competentes dos Estados membros podem ser solicitadas a colaborar para a condução dos processos e para a execução das decisões da Comissão que podem ser atacadas por meio de recurso ou anulação ou de plena jurisdição para o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

As autoridades nacionais dos Estados membros da Comunidade Européia são competentes para aplicar as regras de concorrência, mas cessa a competência quando a Comissão tenha dado início à abertura de processo.

Aberto o processo, suspende-se a instância nacional, sem arquivamento dos autos.

As regras de concorrência do Tratado que institui a Comunidade de Economia Européia coexistem com as leis de concorrência dos Estados membros. Em razão disso, assume grande importância o problema relações entre umas e outras normas. Duas teorias - a da exclusão recíproca e a do concurso - procuraram solucionar o possível conflito entre o direito comunitário da concorrência e os direitos nacionais dos Estados membros. A teoria da exclusão recíproca ou da barreira única sustenta a prevalência do direito comunitário e, por conseguinte, o direito nacional só se aplicaria a restrição à concorrência de caráter interno. A teoria do concurso ou da barreira dupla defende a autonomia e independência dos ordenamentos jurídicos comunitário e nacionais. Consequentemente, é possível cumular as sanções comunitárias e nacionais, posto que as regras de concorrência do Tratado de Roma visam o efeito intracomunitário dos acordos entre empresas e a afetação do comércio entre os Estados membros, em virtude da exploração abusiva de uma posição dominante, enquanto as normas das legislações nacionais objetivam o efeito interno das condutas proibidas. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia admite o cúmulo dos processos e das sanções. Não tolera, porém, que os princípios da primazia e da aplicação uniforme do direito comunitário sejam prejudicados. Estes princípios constituem uma limitação à aplicação do direito interno dos Estados membros. Desse modo, as autoridades nacionais não podem, sob pena de violação do Tratado de Roma, admitir a licitude de um comportamento proibido pelas regras de concorrência comunitárias. Quando as regras de concorrência, tanto comunitárias como internas, proíbem determinada conduta nada impede que as autoridades nacionais instaurem um processo e apliquem sanções previstas na legislação do seu país, ainda que tenha sido iniciado outro processo perante a Comissão. Nada obsta, também, que as leis dos Estados membros proíbam conduta que as regras de concorrência comunitária não considerem ilícitas. O direito comunitário regula a conduta das empresas que afetem o comércio entre os Estados membros e os direitos nacionais, o comportamento prejudicial aos mercados internos.

O Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia inclui entre os meios que devem ser empregados para a consecução dos seus objetivos "*o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum*". O Tratado para a constituição do MERCOSUL não chega a elevar a concorrência à categoria de princípio, mas a relaciona com a coordenação das políticas nacionais. A política de

concorrência, como afirma o Administrador Principal na Comissão da Comunidade Européia, NICOLAS MOUSSIS, precisa ser respeitada, daí a necessidade de um escritório neutro e respeitado, colocado acima dos conflitos dos interesses nacionais. Na Comunidade Européia a Comissão realiza essa tarefa.

A natureza intergovernamental dos órgãos criados pelo Tratado de Assunção dificulta a defesa da concorrência, para não dizer que conspira para o sucesso da política da concorrência no MERCOSUL. O respeito às normas comuns sobre a concorrência deve ser assegurado pela expedição de normas secundárias por um órgão supranacional, que também seja dotado de competência para processar e julgar as infrações a essas normas, com recurso para o Tribunal de Justiça "*comunitário*" que imprima uniformidade em sua interpretação e aplicação.

ISABEL VAS

A FORMAÇÃO DOS BLOCOS ECONÔMICOS E AS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

A expressão "bloco econômico" está muito em moda, embora seja difícil definir, técnica e precisamente, o seu sentido. O Dicionário Aurélio nos dá conta, entre inúmeros significados, de que "bloco" pode ser "1. Massa volumosa e sólida de uma substância: bloco de gelo" (...) "b. Estrutura em que não há predominância duma dimensão sobre outras". Em sentido figurado: "8. Reunião de vários elementos políticos em torno de um objetivo comum".

A palavra "econômico", por sua vez, vem com o sentido de algo "2. Relativo aos meios materiais necessários à economia".

É na significação do substantivo "economia", tomado como "3. Ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, distribuição, acumulação e consumo de bens materiais" e imateriais, sobretudo, (acrescentamos) que se encontram os mais importantes elementos para um conceito de "bloco econômico".

Mas este conceito não prescinde do componente político. As lições da História contemporânea o explicam pelo estudo da "Política dos Blocos" e através do recurso à noção de "aliança", na estrutura das relações políticas internacionais, não obstante as divergências existentes nos elementos de

formação e de sustentação de cada uma dessas instituições, "bloco" e "aliança".

No plano político, a referência a bloco supõe uma associação de Estados diferentes, em geral geograficamente próximos ou dotados de culturas afins, que, baseados numa "união de fato", buscam enfrentar um inimigo comum. Assim, a chamada "política dos blocos" tem origem na idéia de "aliança". Esta se forma por acordo fundado nas regras do Direito internacional, e supõe uma igualdade pelo menos formal entre as partes. O bloco prescinde de reconhecimento formal e se caracteriza por uma estrutura hierárquica.

Em se tratando da aplicação das regras de concorrência no plano internacional, aquele "inimigo comum" pode assumir as feições de outro bloco econômico, estruturado segundo regras e visando à conquista de metas semelhantes. Pode configurar uma potência econômica isolada, ou não formalmente associada a outros Estados. E pode, entre outros desenhos e conformações jurídicas possíveis, apresentar apenas traços comuns à esmagadora maioria dos que aspiram a conquistar uma porção modesta no mercado internacional: uma dívida externa considerável, cujo "serviço" absorva quase toda a sua capacidade de investir em seu próprio desenvolvimento; uma taxa de analfabetismo, de doenças endêmicas, de mortalidade infantil e de instabilidade institucional incompreensíveis para os umbrais do ano 2.000. Em resumo, é com a presença de todos esses elementos e muitos outros, não citados - que os povos do Terceiro Mundo terão que procurar administrar o seu esforço de agregação em blocos ou em outras entidades, para representarem o papel de "parceiros" comerciais do Primeiro Mundo. Em regime de "livre concorrência" - o que pressupõe uma certa igualdade entre os contratantes, a expressão de vontades autônomas, uma perfeita conscientização do alcance dos compromissos assumidos, a capacidade de honrá-los no prazo ajustado e uma exata compreensão dos efeitos do acordo, a médio e longo prazos, em suas economias - é que tais relações devem desenvolver-se.

Mas com o predomínio de condições desfavoráveis no plano interno, agravada pela falta de solidariedade externa, tem sido penoso o caminho percorrido pelos povos do Terceiro Mundo no sentido de formarem blocos econômicos capazes de lhes assegurar maior poder de barganha nas suas relações comerciais internacionais. Os postulados da livre concorrência, longe de lhes trazerem os benefícios de uma competição sadia e honesta, capazes de assegurar a defesa dos direitos do consumidor, acabam, em alguns casos,

sufocando as tentativas de desenvolvimento endógeno, arriscando-se a pesquisar a sua dependência, em relação aos povos mais adiantados.

A idéia de um país hegemônico, dotado de características de liderança no plano político, econômico e social parece atuar nas hipóteses descritas, como um elemento aglutinador, cujas propostas, predicados e estratégias funcionariam como garante de sucesso e condutor das ações daqueles que a seu redor vierem a se colocar. O fator de aglutinação tanto pode ser a afinidade política, ideológica ou cultural, quanto uma imposição forçada a Estados conquistados através das diferenças formas de imperialismo nos mais distintos planos.

Após a segunda Guerra Mundial delineiam-se os perfis de dois países que emergem como lideranças diametralmente opostas, não obstante tenham vivenciado, no decorrer do conflito, um período de colaboração contingente: Estados Unidos e União Soviética, "campeões de dois sistemas ideológicos opostos inconciliáveis".

O nascimento da "política dos bocos" aparece bem caracterizado nas palavras de Winston Churchill, ao preferir o discurso de Fulton (05 de março de 1946), que marcou o início da chamada "guerra fria": "desde Stettin, no mar Báltico, até Trieste, no mar Adriático, caiu sobre o continente europeu uma cortina de ferro".

A alusão a esta "cortina de ferro" ilustra, de modo eloqüente, a natureza dos elementos - por demais conhecidos - que propiciaram, desde aquela época, até os fins da década de oitenta, a divisão do mundo em dois blocos. Um, liderado pela U.R.S.S. e os países por ela dominados. O outro, capitaneado pelos E.U.A., e os países adeptos do modelo liberal apregoado e esperançosos de poder usufruir um dia, o tão decantado *american way of life*.

Se se racionar em termos político-geográficos vai-se verificar que as divisões mencionadas e as citadas alianças não se continham nas fronteiras da Europa, embora fosse o território europeu o cenário dos embates que lhes deram origem. Se a ex-U.R.R.S. tinham o seu centro de poder em Moscou, situado no Leste europeu, os comandos do bloco capitalista, inclusive aqueles endereçados aos países da Europa Ocidental, da América Latina e outros rincões do Planeta, provinham de um cento irradiador de poder e de idéias localizado em Washington. Do coração da América do Norte, partiam as emissões de poder militar e econômico, este último representado pelo "Plano Marshall", subsídio gigantesco, destinado à reconstrução dos países arrasados pela Guerra.

É bem verdade que a criação e a instalação de bases militares na Europa, notadamente através da utilização do Pacto Atlântico, criando a

Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), permitiram aos E.U.A. a delimitação de suas áreas de influência no continente europeu.

Esta iniciativa de natureza militar, e a ajuda econômica promovida e sustentada pelos E.U.A., constituíram o que Luigi Bonanate denominou "as duas pilstras" que mantinham de pé a integração no interior dos blocos.

A seu turno, a Rússia cuidou de promover a integração do bloco oriental, pelo emprego de estratégias político-militares, como as decorrentes do Pacto de Varsóvia, e econômicas, a exemplo do COMECON (Conselho de Ajuda Econômica Mútua). Mas não se pode desconhecer, nas táticas utilizadas, a presença daqueles elementos identificados por Jacques Maritain na obra de Maquiavel e classificados como "meios perversos nas realizações políticas da humanidade".

Em sua crítica a determinados pontos do maquiavelismo, Maritain afirma a efemeridade histórica das organizações cuja estrutura e coesão interna são mantidas à custa da força, da opressão e do aniquilamento dos indivíduos:

"Quanto mais tremendo em intensidade parece o poder do mal, tanto mais fracos em face da duração histórica serão os progressos internos e o vigor alcançados por um Estado que empregue tais meios".

Os Estados totalitários, ao invés de procurar obter uma integração paulatina, inspirada pelo fortalecimento das afinidades, pela realização de aspirações e pela busca de objetivos comuns, partiram para a técnica de "homogeneização da sociedade socialista". Isto se fez freando a autonomia pessoal e promovendo o "nivelamento por baixo" das condições de vida, sufocando as mais legítimas expressões do pensamento e inibindo as manifestações do espírito e da criatividade individuais.

O "bloco", ou a forma de Estado assim estruturada, poderia parecer, vista do exterior, uma fortaleza inexpugnável. Como observaria Maritain,

"Quanto mais perfeitas e mais implacáveis se tornam as técnicas de opressão, da espionagem mútua e universal, do trabalho forçado, das deportações e dos aniquilamentos em massa, peculiares aos Estados totalitários, tanto mais difícil se torna qualquer tentativa

de mudar ou de vencer, de fora para dentro, esses gigantescos autômatos maquiavélicos".

Paradoxalmente, porém, essa aparatosa demonstração de força, de coesão e de indestrutibilidade, nada mais significa senão o reconhecimento da ausência de uma verdadeira integração. Essa falta de união no interior de organizações desse tipo indica a fragilidade dos elementos de coesão e passa a funcionar como fator corrosivo, de dentro para fora.

Como diz Maritain,

"A desintegração da liberdade e da consciência humana, engendrando por toda parte o medo e a insegurança, é, por si mesmo, um processo de autodestruição do corpo político".

Numa antevisão do que viria a ocorrer cerca de quatro décadas depois, com o mais refinado protótipo do "Estado totalitário", a ex-Rússia, "o maior país multinacional que o mundo já teve" e os demais componentes ou partidários das economias de tipo soviético, Maritain indagava, numa perspectiva histórica:

"Por quanto tempo pode, então subsistir o poder de um Estado que se hipertrofia no que diz respeito às forças externas ou técnicas, e se atrofia cada vez mais no que diz respeito às forças humanas e realmente vitais? É possível que, durante algumas gerações, possa levar avante a tarefa que lhe foi cometida ou permitida. Duvido que possa criar raízes na duração histórica das nações".

A referência a esse pensamento - conquanto não mereça, ao menos teoricamente, sofrer contraposições - justifica-se por espelhar uma idéia que acabou transformando-se em realidade. Ainda quanto ao aspecto teórico, esta projeção identifica-o com o posicionamento de Bonanate, quando aponta, em técnicas totalitárias semelhantes às descritas por Maritain, os mesmos fatores corrosivos da coesão dos blocos políticos, a partir do interior. A posição hegemônica assumida pelo Estado líder do bloco é calcada numa relação de hierarquia, a qual, mesmo na ausência de uma constituição formal - e talvez por essa razão - encontra sustentação na posição de inferioridade dos demais

membros. Assumindo uma posição de autoridade, permitida pela superioridade - usufruída sob todos os aspectos - em relação aos outros, o "líder" age como um soberano no "Estado policial", aduz Bonanate; e assume, ao mesmo tempo, o cuidado e a proteção dos interesses dos "súditos".

Com expressões semelhantes, Bonanate refere-se à situação precária da integração ou formação de blocos pela força, identificando paradoxos similares aos apontados por Maritain:

"A integração econômica, a proteção militar, a homogeneidade, a comunicação cultural fazem com que, para quem observa de fora, o conjunto dos Estados com esta organização se configure como um bloco. Porém, uma vez que esta estrutura parece ser fundamental fruto de imposição (ou superposição) a uma realidade complexa de Estados com tradições e cultura muitas vezes diferentes, é possível que a ordem hierárquica venha a ser perturbada por tentativas subversivas levadas por algum dos membros. A falta de uma codificação formal, daquilo que é permitido a cada Estado, por outro lado, deixa-lhes a liberdade aparente para manifestar posições autônomas".

Os acontecimentos dolorosos que marcaram o início dos movimentos separatistas e tendentes a firmar a autonomia dos Estados componentes da ex-Iugoslávia, por exemplo e da própria U.R.S.S., vêm comprovar a fragilidade de certas estruturas, quando fundamentadas nos fatores expostos.

Essas observações, porém, não significam apoio ou endosso incondicional às estratégias empregadas pelo líder ou líderes do bloco capitalista. Se a hegemonia está baseada na superioridade ou se apóia nas diversas incapacidades ou deficiências dos "países satélites", cedo ou tarde elementos corrosivos, causadores da falta de adesão interna, implodirão a estrutura do bloco.

O tema desta exposição está circunscrito ou direcionado para a análise dos blocos econômicos. Seria lícito, pois, questionar a abordagem dos problemas de ordem política, a exemplo do que se acaba de fazer. Impõe-se, por isso, ressaltar estarem umbilicalmente ligados o poder político e o poder econômico. Pode-se, quase, afirmar que um é consequência do outro.

Uma das mais importantes reflexões acerca da natureza dos elementos componentes do "poder político" foi realizada por Norberto Bobbio, abrangendo o significado da política e "as tipologias do poder". Para este autor, o "poder político" é "o poder supremo", ao qual, de um ou de outro modo, os demais poderes - "econômico" e "ideológico" - se subordinam.

Em uma obra mais antiga, outro grande pensador, Max Weber conceitua o poder, em sentido amplo, como:

"... la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad".

É bem verdade que o poder econômico - público ou privado - repousa sobre a detenção, a título de posse ou de domínio sobre "certos bens". Agamemnon Magalhães definiria o poder econômico de modo singelo e preciso, ao mesmo tempo, como:

"... o que resulta da posse dos meios de produção".

Mas como, na esteira de Norberto Bobbio, o poder político é o "poder supremo" e para Max Weber o poder traduz a possibilidade de impor a outrem sua própria vontade, pode-se concluir que a formação dos blocos econômicos no seio dos quais se definem as relações de produção e troca, opera-se, segundo as regras, condições e conveniências emanadas dos detentores do poder político.

Pode-se dizer, pois, e isto não constitui novidade, que a criação dos blocos econômicos, que irão constituir também um centro de poder econômico adensado e fortalecido, coeso, depende da vontade política. Não só da vontade, mas de fatores de natureza política, como as estratégias que visem à garantia da paz ou o afastamento das hipóteses de novas guerras. Foi o que nas Comunidades Europeias, de acordo com as concepções de Robert Schuman e Jean Monnet, considerados os artífices dos Tratados de Paris (1951), que instituiu a C.E.C.A. e de Roma (1957), criando a C.E.E. e a EURATOM.

A 9 de maio de 1950, numa declaração famosa, R. Schuman, Ministro das Relações Exteriores da França, propusera "colocar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço sob uma Alta-Autoridade comum, em uma organização aberta à participação dos outros países da Europa".

Como observa Louis Cartou, a iniciativa do governo francês, que deveria desabrochar no Tratado de Paris (vigente a partir de 25 de julho de 1952), dando forma à Comunidade Européia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.), estava fundada sobre "diversas razões". Razões econômicas poderiam justificar o empreendimento, mas os verdadeiros objetivos perseguidos eram de natureza política, como, por exemplo, evitar que a Alemanha continuasse a ser uma ameaça à paz.

De fato, prossegue o autor citado, a "Declaração Schuman" impunha à Alta Autoridade um primeiro objetivo político: "pôr fim à possibilidade das guerras franco-alemãs pela integração das indústrias pesadas. Mas o projeto C.E.C.A., constituía, sobretudo, um esforço de construção européia segundo métodos novos: tratava-se de preparar a Comunidade política começando pela construção de uma Comunidade econômica".

Assinaram e ratificaram o Tratado de Paris a França, a Alemanha, a Itália e os três componentes do BENELUX, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. A Inglaterra não aceitara, quanto à C.E.C.A. senão uma relação de "coordenação", por não concordar com os princípios da "Declaração Schuman", que impunham abandonos da soberania. Mas a decepção com os resultados obtidos junto a outros parceiros através da criação de alianças econômicas mais superficiais, como a Associação Européia de Livre Comércio (A.E.L.C., ou E.F.T.A.) acabaria direcionando a Grã-bretanha para a Comunidade Econômica Européia, da qual se torna membro efetivo em 1973, junto com a Dinamarca e a Irlanda. Em 1981, foi admitida a Grécia e, em 1986, Portugal e Espanha.

A Comunidade Econômica Européia, instituída pelo Tratado de Roma, firmado a 25 de março de 1957, desde a Conferência Agrícola de Stresa, na Itália, realizada em julho de 1958, demonstrou a que veio: as Estados membros abdicaram de suas soberanias no que tange à faculdade de legislar sobre política agrícola, transferindo esta competência às autoridades comunitárias. Em troca, passaram a atuar segundo as regras da Política Agrícola Comunitária (PAC), implantada a partir de 1962, recebendo, através de fundos que consomem cerca de dois terços (2/3) do orçamento da Comunidade, subsídios de até 70% (setenta por cento) dos custos da produção agrícola.

Não será possível, nesta oportunidade, realizar uma exposição pormenorizada dos "objetivos" e dos "métodos" utilizados na unificação européia. Há que limitar-se, neste espaço, a mencionar alguns dos principais objetivos, ressaltando que muitos foram "ampliados" e "aperfeiçoados" com o alargamento das dimensões da Comunidade Econômica Européia, pela adesão

de novos parceiros desigualmente desenvolvidos e a ênfase colocada no aprofundamento da coesão no âmbito da "Europa dos Doze".

Entre os objetivos destacam-se, conforme foi dito antes:

1. "A manutenção da paz", que se inclui entre as metas de natureza política calcada, porém, numa estratégia de natureza econômica. A instituição da C.E.C.A., destinou-se a criar "condições que deveriam tornar impróprio, senão impossível toda e qualquer guerra".

2. "A unificação econômica" da Europa no âmbito da CE objetiva promover a melhora do nível de vida, a manutenção do pleno emprego e o crescimento da economia. A obtenção dessas metas implica a abolição da fronteiras entre os países membros, a livre circulação, entre os mesmos, de pessoas, capitais e serviços, revitalizando os mercados, mediante o respeito às regras da livre concorrência e garantindo a todas as regiões, pessoas e populações desfavorecidas, direito à solidariedade comunitária.

Esses objetivos gerais, como observa Borchardt, são matéria obrigatória em todos os domínios econômicos regulamentados pelos três tratados originais.

2.1. À C.E.C.A. compete, no domínio do carvão e do aço, assegurar uma distribuição racional e um nível elaborado de produção dessas matérias, manter o mercado abastecido, controlar seus preços, promover melhoras nas condições de vida e de trabalho, incrementar o comércio e os investimentos e adaptar a indústria do carvão e do aço às atuais condições da economia mundial.

2.2. À C.E.E.A. (ou EURATOM, criada por um dos Tratados assinados em Roma, em 1957), incumbe promover, nos referidos Estados, a formação e o desenvolvimento das indústrias nucleares com fins pacíficos e assegurar o abastecimento das mesmas com materiais cindíveis.

2.3. A CEE (Comunidade Econômica Européia), instituída pelo Tratado de Roma de 1957, que passou a ser chamada CE, e, em seguida, União Européia (UE) devido às alterações que culminaram com o Tratado assinado em Maastricht, a 07 de fevereiro de 1992, tem como objetivo precípuo a integração econômica.

O sentido original da palavra "integração" passou a sofrer as influências ditadas pelas diferentes etapas de implantação do processo integracionista.

2.3.1. Logo nos primeiros anos da formação da CEE, a criação de uma "zona de livre comércio" (ZLC) foi obtida, pela supressão dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à livre circulação de mercadorias.

2.3.2. Um grau mais aperfeiçoado de integração foi atingido, em 1968, pela criação de uma "união aduaneira", significando a extinção não só dos direitos alfandegários e das restrições quantitativas, mas ainda a instauração de uma "tarifa externa comum" (TEC).

2.3.3. "Mercado Comum" é uma etapa mais aperfeiçoada de união aduaneira, pelo acréscimo da livre circulação dos fatores produtivos, ou das chamadas "quatro liberdades básicas": livre circulação de pessoas, capitais e mercadorias e a livre prestação de serviços.

2.3.4. A "união econômica" reúne aos elementos do Mercado Comum a harmonização das políticas econômicas de cada Estado.

2.3.5. A "integração econômica total" compreende a unificação das políticas monetárias, fiscais, sociais. A Comunidade Européia passou a pretender uma única moeda, um Sistema Monetário Europeu. São táticas que fazem parte do objetivo de "aprofundamento da coesão" em todos os planos da organização da vida social.

Uma publicação da Comissão, a 14 de junho de 1985, denominada "Livro branco", continha uma espécie de balanço das razões que impediam o mercado interior de existir e propunha algumas centenas de medidas a serem adotadas pelo Conselho de Ministros para criar este espaço sem fronteiras. O documento enumera todas as barreiras físicas que servem de justificativa para os controles nas fronteiras e que entravam o funcionamento de mercado. E propunha um arsenal e cerca de 300 textos legislativos destinados a eliminar essas barreiras e seu calendário de execução.

Um documento jurídico de grande alcance para o aprofundamento da integração entra em vigor a 1º de julho de 1987: o "Ato Único" europeu, assim chamado porque cobre o campo de aplicação dos Tratados de Paris e de Roma, que fundamentam juridicamente a existência da Comunidade. Ao mesmo tempo em que procurou aperfeiçoar o funcionamento das instituições comunitárias - quanto às formas de decisão, a maior transferência de poderes ao Parlamento - o Ato Único preparou o campo para a instituição da "União Européia", cujas bases foram definidas no Tratado de Maastricht.

3. A "unificação política". Nos preâmbulos dos Tratados originários (C.E.C.A., e EURATOM e C.E.E.) fora manifestado o propósito no sentido de que as Comunidades econômicas assentassem os alicerces "... para uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus".

Obtido um certo equilíbrio, afastada a ameaça de guerra entre os Estados membros da Comunidade, o objetivo político intracomunitário parecia ter sido alcançado. Com o correr dos tempos, chegou-se à conclusão da necessidade da criação de uma "política externa comum". Depois de várias tentativas malogradas (os "Planos Fouchet I e II", entre outros, na década de 60) criou-se, no início dos anos 70, a "Cooperação Política Européia", um "instrumento para uma sintonização voluntária no campo da política externa, com o intuito de conseguir, em todos os temas vinculados às relações exteriores, um melhor entendimento mútuo entre os Estados membros, harmonizando seus pontos de vista e, dentro do possível, um procedimento comum, de modo a fortalecer o sentimento de solidariedade entre eles.

O instrumento da Cooperação Política Européia vem sendo aperfeiçoado, merecendo destaque o "Projeto de Tratado para a criação da União Européia", elaborado por Altiero Spinelli, votado por grande maioria, pelo Parlamento Europeu, a 14 de fevereiro de 1984.

A "unificação política" européia tropeçou em dificuldades sem conta. Não obstante os progressos alcançados, existem importantes desníveis econômicos e sociais entre os "Doze", mormente após a entrada da Grécia, da Irlanda, de Portugal e da Espanha para o Mercado Comum.

A assinatura do "Ato Único Europeu" veio conferir à cooperação política um fundamento jurídico formal. Como nas expressões de Descheemaekere, no Ato Único, a prioridade é dada à coesão deste espaço (o "mercado comum" transformou-se no "mercado interior", em "mercado único" dos Doze), que contará com cerca de 340 milhões de habitantes.

Na cúpula de Roma, a 14 de dezembro de 1990, a abertura de duas Conferências inter-governamentais, por decisão dos Doze, destinou-se a preparar a criação de uma "União Econômica e Monetária" (UEM) e de uma "União Política". Essas duas conferências estão na origem da assinatura dos Acordos de Maastricht, firmados a 10 de dezembro de 1991. O "Tratado" de Maastricht, deles resultante, assinado a 07 de fevereiro de 1992, é, assim, denominado "Tratado da União Européia".

Desde a assinatura do Ato Único, fora definido um objetivo de coesão econômica e social baseado na seguinte constatação: se se deixa a concorrência tudo regular, as regiões ricas se tornarão cada vez mais ricas e as

pobres cada vez mais pobres. Este objetivo visa à diminuição das disparidades através da utilização de recursos dos Fundos Estruturais.

Esta posição contribui para definir a natureza da concorrência empresarial no âmbito da Comunidade Européia. E desta afirmativa duas conclusões iniciais podem ser deduzidas:

- a) a livre concorrência funciona apenas para determinados setores nos quais os produtos ou serviços já atingiram graus elevados de competitividade; e
- b) se uma região for definida como necessitada ou carente, o "Fundo Estrutural" poderá vir em seu socorro com mais variados tipos de "ajudas oficiais" (cooperação tecnológica, subsídios, redução de impostos e assim por diante).

A CE dispõe, assim, entre outras fontes, de três "Fundos de finalidade estrutural": o Fundo Social Europeu, (FSE); o Fundo de Desenvolvimento Regional, (FEDER); e o Fundo de Orientação Agrícola (FEOGA) (...). O Conselho da Europa de 11 e 12 de fevereiro de 1988, reunido em Bruxelas, decidiu um aumento progressivo considerável dos recursos globais dos três "Fundos", que deveriam atingir, a partir de 1993, 13,5 bilhões de "ecus" (*european currency unit*), o que corresponde, em termos reais, ao dobro dos valores até então alocados.

Em termos de concorrência, estas "ajudas oficiais" são incompatíveis com o disposto no art. 92 do Tratado de Roma, ratificado pelo "Livro branco". Não obstante, elas atingiam, em 1988, 4% da produção industrial: 3% na Dinamarca, na Grã-Bretanha e na (então) RFA; entre 3 e 5% na França, Espanha e Benelux; mais de 6% na Itália e na Irlanda; mais de 8% em Portugal; mais de 16% na Grécia.

Um outro setor classificado como "sensível", o mercado de audiovisuais, foi considerado pelas autoridades comunitárias merecedor de atenção especial. Esta veio manifestar-se através de uma série de restrições contra produtos estrangeiros, ao argumento da necessidade de "preservação da identidade cultural da Europa...".

Algumas dessas medidas, chamadas "diretivas de coordenação", instituíram, neste setor, uma série de controles sob vários títulos e pretextos diversos: "regras mínimas sobre publicidade"; sobre a "proteção da juventude" (contra a violência, o racismo); sobre "direitos de autor"; sobre a "preferência"

assegurada aos programas de origem comunitária; a "fixação de quotas" de obras produzidas por autores estrangeiros; (...) o aumento de subsídio ao cinema e à produção televisiva de ficção e outras de índole indisfarçavelmente protecionista. É evidente que tal estratégia visava à defesa de interesses comunitários europeus ameaçados, notadamente, a partir de 1986, quando, através de satélites, o mercado de audiovisual passou a sofrer a concorrência de produções de outros países, sobretudo dos EUA.

As táticas descritas por Bizaguet passaram a funcionar sob a forma de programas e ações liderados pelo Presidente François Mitterrand, que apresentou, em dezembro de 1988, na cúpula de Rhodes, propostas para a realização de um "Eureka do audiovisual". Esta programação incluía, entre outras medidas, a criação de um "Grupo de Interesse Econômico" (GIE) europeu de TV de "alta definição", a coordenação para setembro de 1989, de congressos do audiovisual europeu - realizados, efetivamente, em Paris - e dos quais resultaram, naquela mesma data, a assunção de compromissos sobre a imposição de quotas e a diretiva chamada "Televisão sem Fronteiras", para vigorar a partir de 3 de outubro de 1991; a arrancada da "Eureka" do audiovisual, em sinergia com o programa Media. O comprometimento com a regulamentação das comunicações por satélites, o pluralismo e as concentrações "multimedias", construíram outras tantas providências, capazes de augurar, segundo o autor citado, dentro de algum tempo, o sucesso de projetos muitas vezes delicados nos níveis nacionais.

Dados concretos, a exemplo dos Relatórios divulgados pelos organismos internacionais, como a CNUCED, análises mais recentes, de comentaristas especializados e dados contidos nas próprias publicações oficiais das Comunidades Européias revelam a dupla natureza das políticas públicas, notadamente no plano da concorrência. As praticadas pela CE para "consumo interno" são reconhecidamente protecionistas, concedendo todo o tipo de subsídios e de "ajudas oficiais". As condutas adotadas revelam a adoção de expedientes vários, legais uns, outros nem tanto. O trato com terceiros países nem sempre obedece às regras de direito aplicáveis. Embora apregoem as vantagens do "multilateralismo", afirmando, como Bizaguet, que a CE tem um interesse fundamental na existência de um comércio mundial aberto e livre, os "Doze" estão transformando a Europa numa verdadeira "fortaleza". Assim classificada, sua conduta tem sido definida como "uma reestruturação da economia internacional", formando uma "modalidade de comércio administrado em nível mundial", segundo o embaixador Paulo Tarso Flecha de Lima. Outras vezes, representa um aperfeiçoamento pormenorizado de tal *managed trade*, conforme exposição recente do embaixador Rubens

Ricúpero, no Fórum promovido pelo Instituto Norte-Americano, em Querétaro (México), entre 28 e 30 de maio de 1993.

Esta especialização da modalidade "administrada" de comércio, viria, segundo o embaixador Ricúpero, da seguinte forma: contrariamente a todos os outros cenários, submetidos a regras compatíveis com o GATT, o que as várias versões de mercado administrado têm em comum é que elas são orientadas em direção a resultados e visam a atingir alvos (ou metas) quantificados, ao invés da negociação de normas. De acordo com esta abordagem, afirma o embaixador Ricúpero, o comércio pode ser *micro-managed*, com metas para setores industriais específicos ou produtos (quotas ou VRAs em aço, automóveis, têxteis e semicondutores); ou *macro-managed*, quando a redução ou eliminação de um "superavit" comercial bilateral é o objetivo a ser atingido. Em qualquer dessas manifestações, o comércio administrado é sempre um golpe direto no princípio geral do GATT de não-discriminação ou do tratamento da "nação mais favorecida".

A identificação e o estudo dessas tendências protencionistas vão revelar alguns aspectos ou facetas da natureza dos blocos econômicos, que se exteriorizam através das condutas descritas.

Atualmente, as questões mais relevantes, quando se analisa o fenômeno da formação dos blocos econômicos, não são aquelas pertinentes às causas ou natureza dos laços que unem certos países. O que importa hoje, na verdade, é a maneira através da qual os diferentes blocos se interrelacionam. Em outras palavras, é a conduta por eles adotada (em bloco, de modo coeso e uniforme, logo, capaz de produzir influências mais marcantes) em relação a terceiros países. Eis o que interessa ao Direito, mais especificamente ao Direito da concorrência. Dentro de um determinado espaço geopolítico, as condutas humanas devem submeter-se às normas de organização social, inclusive à ordem jurídico-econômica, que fixa as regras para a livre concorrência. Assim as relações de concorrência que se travam entre os diversos blocos econômicos também deveriam estar assentadas nos princípios de direito adotados pelos organismos supranacionais, na qualidade de preceitos aplicáveis aos Estados que formam a "sociedade internacional".

Além dos interesses de caráter predominantemente político, que têm inspirado a formação da maioria dos blocos econômicos, existem outras motivações. Se se voltar a atenção para a América Latina, causas e objetivos de natureza diversa poderão ser detectados na origem e nas metas dos pactos, acordos, ou tratados firmados nesta região.

A partir dos anos cinquenta, já havia surgido, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), no quadro jurídico do Conselho

Econômico e Social, a idéia da insuficiência orgânica para aplicar as normas traçadas pela Assembléia Geral da ONU em matéria de desenvolvimento. A ONU utilizara, então tanto suas funções "institucionais", criando órgãos para executar os regulamentos e cumprir as tarefas que ela definiria, com base no art. 22 da "Carta" quanto suas competências normativas. Instituições especializadas foram criadas, devendo cada uma encarregar-se de um setor particular da atividade internacional (trabalho, saúde, alimentação, agricultura, moeda, finanças, cultura, telecomunicações). A meta visada era realizar a cooperação internacional, através da repartição setorial de tarefas.

Assim começaram os programas de ação concernentes à instauração de uma "nova ordem econômica internacional", ensejando a aparição de uma "ideologia do desenvolvimento", de conteúdo bastante expressivo. Essa ideologia representava, ao mesmo tempo, uma reinterpretação do direito internacional, uma análise crítica das relações econômicas Norte-Sul, uma visão global e uma abordagem intervencionista das soluções a serem adotadas. A edificação desse sistema institucional, formado pelos órgãos subsidiários criados para promover a implantação de suas normas, conduziu a ONU a assumir tarefas muito mais abrangentes do que as previstas inicialmente pelos redatores da "Carta". Esta ação constitui, simultaneamente, uma crítica implícita à configuração inicial do sistema das Nações Unidas e um meio efetivo de remediar as suas insuficiências.

Mas as instituições criadas realizavam suas missões de maneira mais ou menos autônoma, sem ter entre si outros elementos de ligação a não ser a coordenação flexível atribuída ao Conselho Econômico e Social.

O objetivo de regionalizar a cooperação econômica e social levou o Conselho a utilizar a competência normativa prevista no art. 62 da Carta. Assim, foram criados novos organismos especializados, preponderantemente voltados para conscientizar os Estados sobre a necessidade de uma abordagem global para o desenvolvimento e a identificação dos problemas que se colocavam nesta perspectiva. Procurando mais a obtenção do "consenso" do que o recurso ao voto majoritário, o Conselho desencadeou um importante processo de cooperação, através de órgãos como a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), o Programa Ampliado de Assistência Técnica ("P.E.A.T.", em francês), o Fundo Especial, o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (P.N.U.D.), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (O.N.U.D.I.).

Embora a Carta das Nações Unidas não contivesse nenhuma disposição relativa à regionalização da cooperação econômica e social, esta necessidade havia surgido desde 1947.

Foram criadas, de início, duas Comissões econômicas regionais, uma para a Europa, a outra para a Ásia e o Pacífico (C.E.S.A.P.). Esta iniciativa tinha como objetivo a reconstrução dos países derrotados pela guerra. Em seguida, o imperativo do desenvolvimento tornou-se o motor da criação das Comissões regionais. Explica-se, destarte, o surgimento, em 1948, da Comissão Econômica para a América Latina (C.E.P.A.L.), da Comissão econômica para a África (C.E.A.) e, em 1973, da Comissão econômica para a Ásia Ocidental.

As feições da C.E.P.A.L., seus objetivos e metas e a conformação de seus instrumentos de ação estão indissociavelmente ligados ao nome de Raul Prebisch, cujas idéias, lançadas em obras de fundamental importância, estabeleceram as bases para o novel "direito internacional do desenvolvimento".

Percebendo a distinção entre os fatos que motivaram o surgimento dos blocos europeus e as necessidades inerentes aos povos em desenvolvimento da América Latina, Raul Prebisch pleiteara, a favor destes, a outorga de um regime particular mais vantajoso nos domínios da cooperação e do comércio.

Prebisch evidenciara, entre outros problemas, a deteriorização dos termos de troca dos produtos primários, o processo de marginalização da América Latina dos fluxos de comércio internacional, a necessidade, para a própria região, de impulsionar o seu processo de industrialização e de criar, através de zonas de livre-comércio, mercados regionais ampliados.

As reflexões de Prebisch foram reforçadas pelos estudos da C.E.P.A.L. e se confirmam através de fatos ocorridos em meados dos anos 50. O ritmo do crescimento econômico dos E.U.A. diminuíra e o protecionismo norte-americano crescera proporcionalmente. Surgira a competição de produtos primários africanos. Os efeitos da criação da Comunidade Européia passaram a se fazer sentir e a aplicação do conhecimento científico e tecnológico ao processo produtivo constituíram fatores impeditivos do aumento das exportações latino-americanas de mercadorias agrícolas, de produtos minerais e de semimanufaturados.

É verdade que a América Latina não vivenciou conflitos com as dimensões daqueles que ensangüentaram a Europa, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial. Assim, predominaram, na formação dos diferentes

blocos econômicos europeus, razões de natureza política, fundadas, não obstante, em acordos de caráter econômico.

Como afirma, com riqueza de dados esclarecedores e análise percuciente, o cientista político León E. Bieber, foram muitos os "impulsos iniciais" da criação das Comunidades Européias. Entre eles, estavam "o desafio econômico representado pelos Estados Unidos"; a ameaça que significava a presença do Exército Vermelho no centro da Europa aos sistemas democráticos pluralistas e de estados de direito; e a força adquirida pela esquerda na própria Europa ocidental.

A criação de um mercado comum fora sugerida no "Relatório Spaak", de 1956, como a única maneira pela qual os signatários iniciais dos Tratados de Paris e de Roma poderiam enfrentar o duplo desafio: o econômico, representado pelo nível de desenvolvimento dos E.U.A.; e o político-militar, patenteado pela presença da U.R.S.S. em Berlim, desde 1945, fortalecida militarmente mais tarde, pelo Pacto de Varsóvia, assinado a 14.05.1955.

Para alguns especialistas da integração regional, o interesse latino-americano na formação dos blocos econômicos representou mais uma reação contra as discriminações praticadas pelos grandes mercados, do que um esforço consciente para impulsionar o desenvolvimento através da integração.

O presidente do Conselho de Governo do Uruguai, ao abrir a Conferência dos países da Associação Latino-Americana de Livre-Comércio (A.L.A.L.C.), em julho de 1961, demonstrando grande conhecimento do processo e da importância da integração, afirmou que:

"... a formação de um Mercado Comum Europeu e da Associação Européia de Livre Comércio constituem um estado quase que de guerra contra as exportações latino-americanas. Por isso devemos responder a uma integração com outra...; à cooperação interlatino-americana".

Confirma-se, assim, a diversidade das motivações que levam os povos à formação dos blocos de comércio. Predominou, com relação às principais organizações latino-americanas (Associação Latino-Americana de Livre-Comércio, A.L.A.L.C., criada pelo Tratado de Montevideu de 1960, a Associação Latino-Americana de Integração, A.L.A.D.I., instituída em 1980) a limitação a critérios basicamente econômicos, através de um questionamento

da teoria clássica do comércio internacional quanto à distribuição dos ganhos de produtividade entre os povos industrializados e os fornecedores de matéria prima.

Outras razões podem ser identificadas no caso do Mercado Comum de Sul (MERCOSUL), instituído pelo Tratado de Assunção, assinado a 26 de março de 1991 pelos representantes da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Quanto ao Brasil, uma disposição constitucional de natureza impositiva (parágrafo único do art. 4º da Carta Política de 1988) determina a busca da "integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

Como se pode verificar, o legislador brasileiro traçou metas bem mais ambiciosas para o progresso de integração do que a simples "constituição de um mercado comum", destinado a permitir a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, mediante a eliminação de direitos alfandegários e de obstáculos tarifários e não tarifários entre os Países membros.

O dispositivo constitucional brasileiro refere-se a "uma comunidade latino-americana de nações". É certo que para atingir esta etapa mais aperfeiçoada, a da "comunidade", a integração deve antes passar pelas fases de criação para "zona de livre-comércio" (ZLC), pela definição de uma tarifa externa comum, para formar uma "união aduaneira", antes de atingir a terceira fase, a do "mercado comum". A "união econômica" e a "união monetária" constituem as fases mais aperfeiçoadas da integração, configurando, na Comunidade Européia, o resultado do aprofundamento da coesão econômica e social, conforme as propostas do Ato Único europeu e do Tratado de Maastricht.

Segundo alguns intérpretes, além das complexas razões apontadas para o fracasso das primeiras tentativas de integração, o modelo econômico intervencionistas adotado teria sido um dos mais sérios obstáculos ao sucesso das propostas integracionistas latino-americanas.

No entanto, nada parece mais importante do que os rumos traçados e as metas fixadas pelas políticas públicas e a disponibilidade de instrumentos adequados à sua consecução.

A esta altura, e sempre considerando o regime jurídico da concorrência, seria oportuno indagar:

"O que teria acontecido nos anos 40, ao fim da guerra, se os Estados Unidos tivessem imposto à Europa Ocidental a mesma política que hoje, via FMI, estão impondo à América Latina? O que teria acontecido se George Marshall tivesse dito que a melhor solução para a reconstrução européia seria produzir mais, consumir menos, cortar gastos públicos, reduzir investimentos e crescer unicamente com a poupança interna? Com o Plano Marshall, a Europa não escapou do trabalho duro, mas ganhou a esperança (e os meios), sem o que o sacrifício teria sido politicamente desintegrador e moralmente insustentável".

Sabe-se que o "Plano Marshall", instituído a 05 de junho de 1947, representou a alocação, por parte do governo norte-americano, da quantia de US\$ 12 bilhões, destinada à reconstrução dos países destruídos pela guerra.

É verdade que a América Latina não sofreu o espectro da guerra, com todo o seu cortejo de atrocidades, destruição e sofrimentos. Mas os países latino-americanos enfrentam também a sua guerra, e uma guerra não menos cruel: a luta contra a fome, a miséria, a violência e a prostituição infantil, as doenças, o analfabetismo, a dívida externa, a marginalização da grande maioria das populações, agravada pela recessão, o desemprego e a queda do poder aquisitivo. E jamais foram contemplados com subsídios tão elevados quanto os do Plano Marshall ou aqueles alocados pela Comunidade Européia.

Na concorrência empresarial, os países industrializados parceiros do Brasil, apregoam a inadequação do modelo brasileiro de repressão aos abusos do poder econômico, recriminam os subsídios e abrem processos por supostas práticas violadoras dos compromissos comerciais assumidos perante o GATT. Mas não hesitam em adotar condutas protecionista, v.g. o revigoramento da norma contida na Seção "Super 301" da Lei de Comércio dos EUA. Este texto autoriza o governo norte-americano a aplicar pesadas sanções aos países cujas práticas comerciais forem consideradas desleais, discriminatórias ou desarrazoadas pelo "United States Trade Representative" (USTR). Nem se absterem de conceder subsídios, como na Comunidade Européia, onde "a maior parte da legislação comunitária diz respeito ao domínio agrícola e mais de dois terços do orçamento comunitário destinam-se à agricultura.

Quer isto dizer que as regras aplicáveis no plano intrarregional não proíbem o protecionismo, nem os subsídios, ou as chamadas "ajudas oficiais", mesmo que tais práticas estejam, teoricamente, vedadas pelas normas do

GATT representam violação ao direito "tradicional" da concorrência. Mas, quando as relações se travam entre uma instituição originária de um membro da Comunidade, ou entre uma empresa norte-americana e outra nacional de um Estado estranho ao bloco, os países industrializados promovem investigações, ameaçam com retaliações, apelam ao GATT, aplicam a "Super 301", enfim, recorrem ao direito posto. Para ser usado contra terceiros países.

O que foi dito, de modo necessariamente superficial nesta oportunidade, tem como escopo salientar a existência de fatos que podem até não constituir novidade: os países industrializado preconizam a adoção, chegando quase à imposição, de regras aplicáveis à concorrência no sentido de abolir toda e qualquer forma de atuação estatal suscetível de influir na competição empresarial. Mas os blocos econômicos, cujo exemplo mais aperfeiçoado, atualmente, é a União Européia, e as grandes potências, ou os acordos firmados para reger as relações comerciais internacionais, tendem à consolidação de normas de conduta absolutamente desvantajosas para os países do Terceiro Mundo. Pronunciamentos dos mais acatados diplomatas brasileiros confirmam essas estratégias, quer no sentido do "neoprotecionismo", quer na inauguração de novas modalidades de "mercado administrado", comprometendo seriamente o multilateralismo que o GATT ou o seu sucessor, a Organização Mundial do Comércio (OMC), seria levado a assegurar.

Neste horizonte de expectativas pouco alvissareiras para as economias dos países em via de desenvolvimento (PVD), o "North American Free Trade Agreement" (NAFTA), na regulação das "normas de origem", é apontado pelo embaixador Rubens Ricúpero como "nova e perigosa versão do comércio administrativo".

Outra questão relevante consiste na constatação de que o tratamento dado pelos blocos econômicos desenvolvidos ao instituto jurídico da concorrência influi diretamente no papel que ela desempenha como fator de integração, de crescimento econômico e de desenvolvimento social. Aos países industrializados interessa a "livre concorrência" enquanto estratégia para a introdução de seus produtos e/ou serviços em um mercado cada vez maior. Trata-se, para eles, simplesmente, de encontrar meios eficientes de transpor barreiras, sem qualquer preocupação com os efeitos que a entrada indiscriminada de produtos, mercadorias e serviços provoca nas economias dos importadores. Este objetivo seria alcançado por meio do GATT, mesmo admitindo-se o seu declínio, por estar confinado às chamadas medidas de fronteiras.

Essas medidas adotadas por parte dos importadores consistem na redução de tarifas alfandegárias, na aplicação, pelos países ou blocos desenvolvidos, de regras *anti-dumping* ou na imposição de direitos compensatórios, com base no princípio da "integração rasa" (*shallow integration*), ou integração superficial. Este tipo de integração pode ser extremamente vantajoso para os blocos de países industrializados, na medida em que abrem as fronteiras dos PVD aos produtos e serviços externos, numa implementação do liberalismo apregoado, mas sem a necessária contrapartida, representada pelo princípio da reciprocidade, vigente no direito internacional.

De outro lado, no âmbito dos blocos formados por países em desenvolvimento, como é o caso do MERCOSUL, interessa a outra modalidade, chamada *deep integration*, ou integração profunda, operacionalizada pela harmonização das legislações dos Estados membros, a adoção de um programa de liberalização comercial, consistente na redução tarifária progressiva, a coordenação de políticas macroeconômicas, de modo gradual e convergente com os programas de desgravação tarifária e de eliminação de outros obstáculos não-tarifários. É essa conduta que irá assegurar, no âmbito do MERCOSUL, condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes, afastando a hipótese de que futuros descompassos nas políticas dos quatro países venham a favorecer ou a prejudicar, de modo artificial, a competitividade de bens e serviços.

A adoção de uma tarifa externa comum, embora caracterize uma medida de natureza "periférica", por assim dizer, tem como objetivo, no contexto do Tratado de Assunção, incentivar a competitividade externa dos quatro países. O seu resultado, a médio e longo prazo, há de ser uma acentuada melhoria na qualidade dos produtos e serviços, podendo-se esperar um melhor desempenho e uma penetração mais fácil das exportações do MERCOSUL nos mercados internacionais.

Para permitir o aprofundamento da integração em todos os planos a vida social comunitária, o Tratado de Assunção previu a adoção de "acordos setoriais", cujo objetivo é otimizar a utilização e permitir a modalidade dos fatores produtivos - pessoas e as diferentes formas de capitais, na região, atingindo escalas operativas e eficientes.

Se o aprofundamento da coesão na Comunidade Européia tem revelado uma enorme preocupação com as questões sociais, muito mais razões temos nós, participantes do MERCOSUL, para procurar direcionar as forças políticas e econômicas, especialmente a concorrência, para a solução dos problemas típicos da região. Os representantes de todas as categorias produtivas, das comunidades científicas, os acadêmicos e os formadores de

opinião têm pela frente o enorme desafio de propugnar pela criação de um "direito a serviço do desenvolvimento" cujas normas estariam agregadas no "direito internacional do desenvolvimento".

Este novo ramo do direito - não tão novo a ponto de constituir novidade para os estudiosos do direito internacional - não saberia prescindir de instrumentos de natureza intervencionista. Mas em Direito econômico, principalmente, aprende-se que a intervenção tanto pode consistir em medidas coercitivas ou em limitações à autonomia da vontade, quanto em incentivos, subsídios e outros atrativos oferecidos aos agentes econômicos, preocupados com o desenvolvimento. Então não se deve ter receio de um retrocesso no campo das normas e nem mesmo na própria Constituição, quando se testemunha a utilização de instrumentos semelhantes de política econômica, quer individualmente, quer em bloco, pelos países desenvolvidos.

Veja-se, por exemplo, nos E.U.A., ameaça de reedição da famosa "Super 301", norma idealizada para conceder plenos poderes ao Governo, no sentido de intervir diretamente na questão das importações, mas cujo objeto imediato seria restringir o *déficit* norte-americano em relação ao Japão. Segundo as expressões sempre moderadas, porém seguras, do Embaixador Ricúpero, há razões para temer pelo sucesso da Rodada Uruguai do GATT e pela "... reedição da Super 301, cuja compatibilidade com os resultados da Rodada seria pelo menos duvidosa".

A Comunidade Européia, atuando como bloco econômico, não faz segredo da destinação de cerca de 2/3 (dois terços) do seu orçamento para atingir os objetivos da Política Agrícola Comunitária (PAC). Inclusive, para exportar produtos quase inteiramente subsidiados para o Brasil, com o trigo, o leite em pó e outros. Essas são as regras postas em prática pelos países e blocos industrializados no exercício da "livre" concorrência.

A criação do MERCOSUL não há de ser encarada como uma panacéia para todos os problemas de conjuntura ou estruturais, vivenciados pelo quatro Estados membros. Nem a implantação de uma concorrência efetiva deve constituir um fim em si mesma. São instrumentos que o Direito põe à disposição das pessoas e dos Estados para permitir condições mais dignas de existência, reduzir as disparidades sociais e regionais e tornar o ideal de Justiça mais acessível a todos.

DR. LUIZ OLAVO BAPTISTA

Solução de Conflitos no Mercosul

O tema que me foi dado é a "solução de conflitos do Mercosul". Os debates em torno do chamado protocolo de Brasília e dos mecanismos de solução de disputas do Mercosul são bastante conhecidos.

Preferi, por isso, fazer uma abordagem um pouco diferente, a sistematização de como as empresas e pessoas envolvidas em conflitos (na área do Mercosul) podem resolver seus conflitos e que tipos de mecanismos de solução podem ser encontrados. Para isso, uma boa abordagem metodológica impõe fazer a distinção da natureza dos conflitos, porque nem todos os que ocorrem tem a mesma natureza, porque os participantes não são os mesmos.

Então, essa classificação distingue os conflitos de natureza privada daqueles de natureza pública, não no sentido de se basearem em regras direito público ou de direito privado, mas pela presença de um elemento que é o Estado.

Solução de disputas em conflitos de natureza privada

Dessa forma, na primeira categoria, dos conflitos privados, temos aqueles que nascem das relações de uma empresa (ou pessoa) com outra. O investidor brasileiro que está discutindo com seus co-investidores na Argentina; um argentino que está exportando para o Brasil; um paraguaio que licencia uma patente ou marca à um uruguaio, enfim, todo tipo de operação que é privada, comercial, cai dentro desta categoria.

No âmbito do Mercosul, tendo-se optado, ao invés da criação de um sistema judicial global, como se usa na Comunidade Européia, pelo uso dos sistemas judiciais de cada país há o problema da ocorrência dos conflitos de leis. Esses poderão ser minimizados no futuro, através da criação de leis uniformes, sempre que isso seja possível e simplificando os procedimentos judiciais.

O segundo protocolo aprovado e assinado pelos Ministros da Justiça e que aguarda ratificação, foi assinado em Las Lenãs, e versa sobre a cooperação judiciária em matéria civil. Complementa-o um terceiro, da cooperação judiciária em matéria penal.

Esses protocolos estão ligados ao sistema que nós conhecemos como direito internacional privado, isto é, não se trata de direito processual, mas é do direito internacional privado.

Portanto, estamos absorvendo as regras do direito internacional privado dentro do relacionamento do Mercosul.

Alguns, colocarão reparo, de que esta aproximação não é a ideal, e que seria importante nós unificarmos a legislação. Entretanto, a experiência prática tem mostrado em todas as tentativas de unificação da legislação, que essa é uma tentativa que sempre frustra. O exemplo mais completo e acabado dessa frustração, e da impossibilidade de se unificar na legislação, está nas famosas convenções de Genebra, sobre os títulos de créditos e cheques. Se formos examinar a jurisprudência sobre elas nos diversos países, veremos que sua aplicação é de tal modo divergente que uma lei diferente em cada qual não se afastaria muito do que resulta do que está sendo aplicado. Os que são leitores da Revista do Direito Uniforme, publicada pelo Unidroit, terão visto decisões pelas quais um mesmo artigo dessas convenções foi interpretado de três ou quatro maneiras diferentes, conforme o juiz do país.

Além do mais, há um fato que os comparatistas não tinham reconhecido, mas a ciência moderna do direito comparado já reconheceu e identificou: é que o importante na comparação de direito, não é norma material. Isso porque quase todas se reduzem à uma aspiração comum de justiça ou de equilíbrio social, que são os mesmos na maioria dos países. O importante é saber se a norma adjetiva, que implementa esta norma material permite chegar ao mesmo objetivo, assim como saber se as instituições conduzem ao mesmo resultado. E a norma adjetiva, assim como as instituições, são sempre presas à uma tradição e uma criação própria de cada país. Então, o processo civil argentino, é diferente do paraguaio, que por sua vez é diferente do brasileiro.

A Comunidade Européia, agora que se criou a justiça européia de primeira instância, está começando a descobrir e está tendo dificuldades de conseguir que o juiz de primeira instância na França, na Inglaterra e na Alemanha se comportem da mesma maneira, porque o peso da tradição e da cultura, a cultura não muda. A tradição faz com que eles tenham um comportamento diferente na abordagem das regras processuais que aplicam. Então, de uma maneira muito pragmática - e talvez a grande marca do Mercosul e o que está garantindo o seu sucesso e o avanço rápido até agora, tem sido o pragmatismo, - foi reconhecido ou intuito pelos que estão montando o Mercosul, que o caminho era o de preservar as peculiaridades de cada lado e buscar não uma uniformização do Direito que é um sonho remoto, mas uma harmonização que é o bom, possível, já que o ótimo é impossível.

Esta harmonização dirige-se justamente àquelas coisas que podem ser harmonizadas, a serem inseridas nas próximas legislações, para que,

embora por caminhos diferentes, e por métodos diferentes, se possa chegar aos mesmos resultados. Assim, para a harmonização, pouco importa se os prazos dos processos na Argentina, não são os mesmos dos processos no Paraguai, no Uruguai ou no Brasil, porque o resultado será sempre a existência de um prazo, para que a parte possa contestar e apresentar suas razões. Então, a garantia da defesa, fica assegurado pela existência de um prazo, ele não precisa ser igual nos quatro países. E nós assistimos, até dentro do próprio direito interno brasileiro, a existência de prazos diferentes. Quando o Buzaid terminou o código de 1973, a idéia e o sonho dele, era de que houvesse um único conjunto de prazos, um único tipo de recursos e que o processo fosse o processo só para todas as coisas. No entanto, mal foi código implantado as coisas começaram a mudar. Eu me recordo que um ano e meio depois da implantação do código, surgiu em São Paulo, ou melhor, ressurgiu, a "correção parcial", que é um recurso que não era previsto pelo Código, mas que era aplicado pelo Tribunal de Justiça e que tinha efeitos que alteravam, substancialmente, o mecanismo de recursos.

Pois bem, o Mercosul vai conhecer a existência desse tipo de fenômeno, quando passar a por em prática os Protocolos de Las Leñas. Os Protocolos simplesmente procuram superar as dificuldades da travessia das fronteiras. Para usar uma analogia, é como se viajando para a Argentina com o meu automóvel, levasse a minha matrícula brasileira, a minha carta de motorista brasileira, atravessasse a fronteira ingressando na Argentina, no Paraguai, ou no Uruguai, continuando a ser eu mesmo, e o carro também. O argentino quando vem para cá continua a ser o mesmo, pois nós podemos atravessar a fronteira sem dificuldades, sem obstáculos. Assim também, os procedimentos judiciais, passarão a atravessar sem obstáculos, como, por exemplo, os mecanismos de legalização de documentos que são complexos, ou os procedimentos relativos à carta rogatória, que foram extremamente simplificados. A rogatória, mercê dos protocolos assinados pelos Ministros da Justiça e que vão se converter em tratado de cooperação judiciário, passa a ser como uma simples carta precatória que é enviada de juiz para juiz.

O juiz estará autorizado, inclusive, a tomar medidas provisórias por requisição de outro juiz. Então, amanhã, por exemplo, há uma busca e apreensão de mercadorias, a mercadoria já saiu do Brasil, entrou no território Uruguaio, posso obter uma decisão cautelar do juiz brasileiro, que pede ao juiz uruguaio apenas que determine o cumprimento imediato da busca e apreensão da mercadoria naquele país e isto será concedido.

As conseqüência práticas são grandes. Isso porque, em primeiro lugar, as pessoas, não tem que aprender a fazer algo diferente daquilo que

sempre fizeram; em segundo lugar, ganhamos um tempo extraordinário; e, em terceiro lugar, passamos a ter institutos que atuam imediatamente sem necessidade de adaptação e nem de alteração em relação àquilo que estávamos habituados a fazer anteriormente. Isto é, acabamos por nos afastar das dificuldades usuais na prática das cartas rogatórias, da colheita de provas e da legalização de documentos. Por essa razão, a abordagem dada pelo Mercosul, nesse campo, é inovadora e, sobre tudo, pragmática.

A solução dos conflitos que envolvem os Estados

Pois bem, os mecanismos de solução de divergências no seio do Mercosul apresentam o mesmo pragmatismo no campo da solução que chamo de "diplomático arbitral", e que leva à solução, pela via da negociação, da mediação, e da arbitragem, daquelas disputas em que houve a intervenção do Estado. O pragmatismo é de várias ordens.

Em primeiro lugar, não se criou um tribunal, antes que existissem as causas, porque evidentemente se nós não tivemos até hoje, nenhuma questão que devesse ser submetida à arbitragem, (e o protocolo do Brasil já tem dois anos), é evidente que teríamos criado um enorme e pesadíssimo tribunal, talvez nos moldes europeus, que estaria por aí caçando moscas, e consumindo recursos públicos, porque não teria causas para julgar. No entanto, há um mecanismo eficaz que pode ser acionado.

E porque não aconteceram causas até agora? Porque as disputas que aconteceram, puderam ser resolvidas entre os países pela via diplomática.

Eis aí a segunda maneira pela qual se manifestou o pragmatismo no sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

Realmente, a fórmula adotada pelo Protocolo de Brasília tem a vantagem inegável, e superior à decisão pela via judicial, de que os países não se vêm forçados a aceitar uma derrota e uma posição que não lhes convenha, mas buscarão uma acomodação, cada qual, fazendo renúncias sobre uma coisa e outra e obtendo concessões em troca, até conseguir chegar a uma acomodação que lhe convenha. Transigiram para ficar melhor acomodados. Portanto não houve derrotados, ambos ganharam.

Na solução judicial, como nos duelos, há sempre um morto ou um ferido. Então há esta vantagem de ordem política importante, - na medida que nós estamos tentando fazer com que os países se unam e superem algumas rivalidades antigas.

Em terceiro lugar - outra colocação pragmática interessante - temos o acesso da "pessoa privada" (que é a expressão empregada pelo protocolo de Brasília) a esses mecanismos. Usualmente o mecanismo da proteção diplomática é uma barreira para o particular chegar a solução internacional de disputas. Se alguém vier a ser prejudicado pelo governo da Holanda, por exemplo, para poder ter uma ação judicial na C. I.J., precisa que o Brasil lhe dê a proteção diplomática. No entanto, dentro do Mercosul é muito mais simples. Basta que o prejudicado por uma decisão de uma empresa de outro país, baseada numa interpretação errônea do Tratado que o governo dessa Nação tenha dado, e leve a questão ao Itamaraty. O Itamaraty, então, procederá as negociações com o governo do outro País. Se no prazo do protocolo de Brasília (que é curto), essas negociações não chegarem a um bom termo, o Grupo Mercado Comum, imediatamente, tentará uma ação de mediação e poderá pedir a opinião de peritos que darão um laudo recomendatório, propondo uma solução. Se esta não for aceita, imediatamente se instala um tribunal arbitral que, aí sim, dará uma decisão que tem força obrigatória para os governos.

No caso brasileiro - não quero me aventurar de falar no direito de outros países esta decisão arbitral tem força de lei, imediata, porque ela é uma obrigação nacional assumida pelo Estado brasileiro, que, autorizado pelo Congresso, se submeteu de maneira permanente ao mecanismo arbitral do Mercosul. Portanto, essa decisão arbitral tem a mesma categoria duma obrigação de direito interno, e pode ser executada diante dos tribunais brasileiros, tanto para obrigar o Estado a cumprir aquilo que lhe é determinado como para obrigar o particular a cumprir aquilo que lhe é determinado. Tanto quanto uma decisão judicial de fórum interno, pois a decisão arbitral proferida no âmbito do Protocolo de Brasília não depende, ao contrário do que muitos pensam, de nenhuma burocratização, pois ela não é uma arbitragem interna, mas sim, *sui-gêneris*, internacional. Portanto, ela é um ato de direito internacional público que não está sujeito às restrições do direito interno, nem do direito público interno e nem do privado. Ela pertence a uma categoria jurídica especial que a faz admissível na ordem interna brasileira com base nas disposições da Constituição que obrigam ao respeito aos Tratados e obrigações internacionais e no fato de que o protocolo, que instituiu o mecanismo arbitral, é um Tratado aprovado pelo Congresso e portanto tem força de lei.

Então, devemos nos orgulhar muito desses mecanismos que representam uma criação original do direito brasileiro e dos demais países do

Mercosul, que demonstra haver suficiente maturidade jurídica para propor as soluções sem precisar copiar modelos de outros.

Tratam-se de mecanismos jurídicos criativos. Eles têm alguns antecedentes, por exemplo, o Benelux que, antes de ter a sua corte de justiça, teve uma corte arbitral que era "i'ad hoc" e depois se tornou permanente

Nós, entretanto, estamos assistindo à transformação de institutos, que já conhecemos, à adaptação da realidade que nós já vivemos, para que possamos conviver com eles, e justamente, este aspecto de criatividade, este caráter de pragmatismo é algo que está fazendo parte da nossa tradição. Nós não podemos esquecer que nós somos um país, não de colonização, mas, de ocupação. No Brasil, como na Argentina e no Uruguai, não aconteceu, por exemplo, o que ocorreu no México em que uma cultura mais nova e vigorosa se sobrepôs a outra. Aqui assistimos à penetração de pioneiros, que vieram da Europa para se instalar a espaços predominantemente desocupados, ou então confrontados com cultura que eram limpidamente inferiores do ponto de vista tecnológico.

Esse caráter de fronteira é uma marca importante da nacionalidade brasileira, como o é na Argentina, Uruguai e Paraguai. Nós somos ocupadores de fronteiras. Somos forçosamente improvisadores e criadores e nós estamos ainda desenvolvendo as tradições, os hábitos e os costumes que vamos legar aos nossos descendentes. Nesse sentido, aquilo que está sendo feito pelo Mercosul, essa obra de criação, de elaboração, dentro do mecanismo de solução dos conflitos, é algo que é importante recordar, de nós podemos nos sentir orgulhosos numa época em que outras coisas nós envergonham.

Por isso mesmo sou entusiasta daquilo que o Mercosul está trazendo para nós. Eu vejo dificuldades, sei que as há, sei que há obstáculos muito grandes, mas quando eu vejo essa vitalidade jurídica, essa capacidade de criar, de renovar, eu sinto uma grande satisfação.

Muito obrigado.

Perguntas ao Dr. Luiz Olavo Baptista

De **Marcos Yank**, da Universidade de São Paulo:

Eu tenho visto em diversas reuniões do Mercosul que já se trabalha com a hipótese de que, em 95, nós não vamos consolidar o Mercado Comum. Nós vamos chegar talvez à fase de união aduaneira com tarifa externa comum, mas nós vamos conseguir fazer as tais harmonizações de políticas macroeconômicas e setoriais. Porque a maior dificuldade que existe hoje no

Mercosul é o problema da política fiscal, da política cambial, da política monetária etc...?

Então, quer dizer, como é que fica, uma vez que está escrito no tratado, que o artigo 1º diz que nós temos que fazer essas harmonizações e que a gente crê que no mundo real isso é muito difícil de ser concretizado até 95, quer dizer, como é que o senhor enxerga esse certo impasse que nós temos apenas um ano para fazer isto tudo e a gente vê que esse cronograma está super atrasado. Como é que nós vamos conviver, de 95 para frente, uma vez que nós não conseguimos completar esse ciclo nos últimos 4 anos, já que isso é dito por todos?

Resposta

Nós todos sabemos que há uma distância entre o querer e o poder; Quando o querer é muito forte às vezes ele chega ao objetivo, mas ele nunca chega ao tempo que se imagina, porque os obstáculos sempre aparecem. Tenho a impressão de que não devemos ter desânimo diante do que já foi feito, porque a Europa conseguiu a unificação das tarifas aduaneiras, num tempo muito maior do que nós. Evidentemente levou mais tempo lá, porque havia mais países, havia mais dificuldades, mas unificou. A meta do mercado comum colocada pelo MERCOSUL é uma meta aparentemente de mercado comum. Fala-se de mercado comum, mas quando se falou em livre circulação de fatores produtivos, ninguém falou de pessoas, etc. Então as liberdades todas não se contemplam aí dentro disso. Na verdade, tínhamos a meta de chegar a uma zona aduaneira evoluindo para o mercado comum, um "semi mercado comum". Então o que acontece nesse "semi mercado comum" já está aí, porque o acordo quanto ao fator fundamental que era a zona aduaneira comum quase chegou. Ele não é ainda total, é parcial, porque haverá uma lista restrita de produtos que estão excluídos da tarifa única comum que é uma tarifa diferenciada. Mas isto não quer dizer que não haja uma zona aduaneira comum. Há. E nós temos dentro do Brasil, por exemplo, regiões que tem determinado os privilégios fiscais em que o tratamento aduaneiro é diferente, isto quer dizer que o Brasil não é uma zona aduaneira comum? Ele é. Então você tem duas maneiras de enxergar as coisas, ou seja, a maneira do otimista e a maneira do pessimista.

A maneira do otimista é dizer: "Oba, ainda tem uma garrafa de água." A do outro, dizer: "Que pena, só tem meia garrafa de água." Então, diante do que nós já fizemos até hoje, eu prefiro ver da maneira otimista; nós quase chegamos ao mercado comum, em vez de dizer nós ainda não chegamos

ao mercado comum em 95. Eu tenho a impressão de que, justamente a necessidade de criatividade para buscar fórmulas novas que permitam a todos se acomodar ao mercado comum, que ninguém entre violentado no mercado comum é que está levando um pouco a esta demora. Por exemplo, nós não fomos violentados na adoção de uma política financeira que não nos convinha, nós estamos chegando ao nosso plano econômico, dentro do nosso ritmo, de nossas maneiras brasileiras. Com grande esperança de que possa dar certo, mas estamos chegando do nosso jeito.

Ao passo que a Argentina já fez o plano dela, o Paraguai está implantando o dele, no Uruguai já nem se fala disso, porque já se tem o controle da inflação implantado. Mas nós conseguimos, por exemplo, o que era impensável quando se assinou o tratado de MERCOSUL: - a liberdade de circulação de moeda dentro da região. Então, hoje, por exemplo, se eu quiser comprar um apartamento em Buenos Aires, simplesmente vou ao banco, compro quantos dólares sejam necessários para pagar o apartamento, vou lá e compro o apartamento em Buenos Aires, e não preciso pedir licença para o Banco Central, não preciso me ajoelhar diante de nenhum burocrata. Faço um ato comercial, tranqüilo, como se eu fosse tirar o dinheiro do banco para comprar um apartamento aqui em São Paulo.

Então eu tenho a impressão de que isto já é a marca de um sucesso que nós ainda não conseguimos avaliar, principalmente, quando não estamos vivendo à realidade que já é o MERCOSUL.

Eu não sei se porque tenho vivido isso no meu escritório, e essa realidade tem me posto quase numa ponte aérea de S. Paulo para Buenos Aires, que é o grande eixo do MERCOSUL, tenho visto uma quantidade enorme de negócios, de toda a natureza, tenho sentido que eles estão funcionando. O MERCOSUL está acontecendo e temos muito mais implantação do Mercado Comum do que a gente podia imaginar. Por exemplo, um fato que é extremamente importante, a indústria automobilística e a indústria de auto peças, estão praticamente integradas. Hoje são poucas as empresas que ainda não se integraram. Algumas porque têm uma posição tão grande no monopólio e de domínio no mercado nos dois países que não precisam se integrar, eles exportam, e vão continuar exportando, porque a economia de escala justifica isso, mas os outros estão se integrando: extintores, bancos, revestimentos, tanques de gasolina, pistões, anéis amortecedores. Todos esses produtos são integrados e as montadoras também estão se integrando. Então, nesse sentido eu tenho a impressão que estamos chegando ao mercado comum. O que nós estamos mudando são os ritmos e os cronogramas porque estes cronogramas foram feitos mirando a um futuro

igual àquele que se via quando se começou a fazer a integração Brasil-Argentina. Nós não podemos esquecer nunca isso -, o esqueleto do Mercosul é o acordo Brasil e Argentina. Então quando o fez o horizonte era de quase dez anos, e nesse horizonte, quanta coisa não mudou, até a União Soviética desapareceu.

Então, o balanço do poder do mundo é outro, todas as coisas mudaram . Como é que não vamos mudar os cronogramas? Loucos seríamos se continuássemos a fazer todas as coisas de acordo com esse cronograma superado pela realidade. A sabedoria da construção das coisas também é obediência à realidade.

MICHEL A. ALABY

DUMPING

-Conceituação - Art. VI do Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT.

Grande número de pessoas entende o dumping como sendo, apenas a venda de determinado produto a preço de custo, ou abaixo do preço de custo.

O conceito do acordo determina que os produtos objeto de dumping são aqueles vendidos a preço inferior ao do seu valor normal. Entende-se por valor normal, o preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador. Assim um produto pode ser objeto de dumping, mesmo que o seu preço preveja uma margem de lucro inferior ao auferido no país de origem no curso de suas operações comerciais usuais.

Entretanto, ao dumping em si não é necessariamente nocivo ao importador. Tanto que, no preâmbulo o Acordo Antidumping, os países signatários reconhecem que as práticas antidumping não devem constituir um entrave injustificável ao comércio internacional, e a aplicação se restringe a dano ou ameaça de dano a uma indústria já instalada em um dos países membros do Acordo.

No Brasil, a legislação está consubstanciada nos dispositivos:

Decreto nº 93941 de 16/01/87 e 93692 de 22/01/87
Resolução CPA nº 0-1227 de 14/05/87

Resolução CPA nº 00-1582 de 17/02/89

Circular SECEX nº 161 de 27/12/93

Determinação do Dano:

1 - Determinar se os produtos dumpeados e os produtos da indústria local são similares;

2 - Determinar se as empresas prejudicadas representam verdadeiramente o conjunto dos produtores domésticos de produtos similares, ou aqueles, dentre eles, cuja produção constitua uma fatia importante da produção doméstica. Não se define claramente no Acordo o que seja proporção importante, dando margem a várias interpretações, além de não ser levado em conta os produtores associados aos exportadores ou aos importadores, ou os próprios importadores do produto em questão. No caso do MERCOSUL prevê a minuta em discussão que o composto da indústria intra regional será considerada doméstica;

3 - Verificar se há danos materiais ou ameaça de danos materiais à indústria doméstica já instalada, ou retardamento material da implantação de uma indústria doméstica, através de elementos positivos de prova;

4 - Identificar o nexo causal entre a prática de dumping e o dano sofrido.

Definição de Produto Similar

Significa um produto idêntico, que lhe seja semelhante sob todos os aspectos ao produto considerado, ou, na falta desse produto, um outro que, embora não semelhante sob todos os aspectos, possua características muito semelhantes com o produto em questão. (características físicas), critério muito subjetivo, às vezes.

Verificação de danos materiais

Deve ser baseada em critérios positivos de prova e dependerá do exame objetivo do volume das importações, seja em termos absolutos, seja relativamente à produção ou ao consumo do país importador, bem como se, quanto a esses produtos, houve subcotação, em relação ao preço ou produtos similares do país importador, ou de outro modo, se essas importações tem o

efeito de baixar os preços em medida considerável ou impedir o seu aumento significativo. A interpretação no caso das solicitações é muito subjetivo, pois não há critérios do que seja medida considerável ou aumento significativo.

Existência de Dumping

Comprovada a existência de dumping o país deverá fixar o direito antidumping ou aceitar garantias oferecidas pelo exportador estrangeiro no sentido de suspender essa prática. No caso o montante dos direitos compensatórios não poderá exceder a margem de dumping que se caracteriza pela diferença entre o valor normal do produto e o valor pelo qual esse produto é introduzido, no país importador, podendo ser inferior à margem de dumping, desde que suficiente para eliminar o dano causado à indústria doméstica. A aplicação da sobretaxa será por período definido.

Dificuldades de aplicação no Brasil

- * Morosidade

- * Impossibilidade do exportador estrangeiro exercer o direito do contraditório

- * Não aceitação de relatórios de investigação realizados por consultorias estrangeiras

- * No prazo de análise a não fixação de direito provisório (Exemplo- Ventiladores da China-empresa afetada Arno pelas importações da Britania e outras) - Processo em investigação na DTT.

CONCLUSÃO DA RODADA URUGUAI GATT - 15/12/93

Decisões devem ser promulgadas pelos Congressos dos 115 países.

Em Abril de 1994, deve ser assinado o Acordo Final.

Em Julho de 1995, as medidas aprovadas devem entrar em vigor.

O Novo código antidumping aprovado deverá ser mais transparente, desencorajando-se o uso indiscriminado, como fazem os E.U.A. com a super 301 (Best Information Available) e a Unidade Européia.

Os tópicos principais da negociação do novo regime trazem uma complexidade técnica muito grande, como por exemplo:

- * Escopo de interpretação dos grupos especiais de solução de controvérsias ("Standard of Review of Panels").
- * Anti-triangulação- (Anti-Circumvention)
- * Extinção automática de direitos antidumping (Sunset Clause)
- * Definição de lucro na construção do valor
- * Custos nas fases iniciais de operação "Start-up costs"
- * Teste de vendas abaixo dos custos
- * encerramento liminar de investigação com base em de Minimis - ("Termination").
- * Médias de preços,
- * Representatividade dos petiçãoários ("Standing").

Evidentemente, o regime da Rodada é melhor do que o atual vigente.

Quanto ao futuro da aplicação antidumping ela, dependerá do que os participantes do sistema multilateral decidirem coletivamente ser melhor para a comunidade econômica internacional. Neste sentido, assume particular importância as características de outro componente fundamental dos resultados da Rodada, qual seja o sistema integrado e aperfeiçoado de solução de controvérsias, em que os abusos da legislação antidumping poderão ser melhor contidos por um sistema que prevê a arbitragem multilateral rápida e eficiente.

Nesta linha de raciocínio incluem-se as figuras dos Subsídios e Medidas Compensatórias:

Na Rodada Uruguai definiu-se que:

O que deverá ser considerado como subsídio e condições de subsidiação, definindo-se os que são permitidos e proibidos (sujeito aos direitos compensatórios) e os verdes não sujeitos aos direitos. No caso brasileiro, os subsídios proibidos terão carência e só vigirão no próximo século.

REGULAMENTO RELATIVO A DEFESA CONTRA AS IMPORTAÇÕES QUE SEJAM OBJETO DE DUMPING OU DE SUBSÍDIOS PROVENIENTES DE PAÍSES NÃO MEMBROS NO MERCOSUL.

- 1 - Repetem os conceitos existentes na legislação brasileira,
- 2 - Introduz a figura da medida provisória antidumping ou direito provisório por prazo não superior a 120 dias podendo chegar a 180 dias.
- 3 - cria a autoridade para investigação e aplicação.

