

REVISTA DO

IBRAC

DIREITO DA CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO
INTERNACIONAL

RIBRAC

ANO 20 • 24 • JULHO-DEZEMBRO • 2013

COORDENAÇÃO:

LEONOR CORDOVIL

NESTA EDIÇÃO:

Vencedores do Prêmio IBRAC TIM 2013

PUBLICAÇÃO OFICIAL

IBRAC

Revista Oficial do Instituto Brasileiro
de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio
Internacional

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 24 • jul.-dez. / 2013

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 24 • jul.-dez. / 2013

Presidência do IBRAC
TITO AMARAL DE ANDRADE

Coordenação
LEONOR CORDOVI

Secretário-Executivo do IBRAC
JOSÉ CARLOS BUSTO

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Barbara Rosenberg (São Paulo)
Bernardo Gouthier Macedo (São Paulo)
Gabriel Dias (São Paulo)
Eduardo Molan Gaban (São Paulo)
Eduardo Reale Ferrari (São Paulo)
Isabel Vaz (Belo Horizonte)
João Bosco Leopoldino da Fonseca (Belo Horizonte)
João Paulo Garcia Leal (São Paulo)
Juliana Oliveira Domingues (São Paulo)
Leopoldo Pagotto (São Paulo)
Lucia A. L. de Magalhães Dias (São Paulo)
Marcelo Procópio Calliari (São Paulo)
Marcos Bitelli (São Paulo)
Mariana Villela (Rio de Janeiro)
Mauro Grinberg (São Paulo)
Paolo Mazucatto (Belo Horizonte)
Pedro Dutra (São Paulo)
Rabih Nasser (São Paulo)
Ricardo Inglez de Souza (São Paulo)
Vicente Bagnoli (São Paulo)
Viviane Araujo Lima (São Paulo)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Germán Coloma (Buenos Aires, Argentina)
Richard Wish (Londres, Inglaterra)
Luca Radicati di Brozolo (Milão, Itália)
James Rill (Washington, EUA)
Jacques Buhart (Paris, França)

IBRAC
Desde 1993

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

www.ibrac.org.br

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
Tel/Fax: 55 11 3872-2609 / 3673-6748
CEP 05013-001 – São Paulo, SP, Brasil

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 24 • jul.-dez. / 2013

Presidência do IBRAC
TITO AMARAL DE ANDRADE

Coordenação
LEONOR CORDOVI

• edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diretora responsável
GISELLE TAPAI

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 - Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo
São Paulo - Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo - Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [19.12.2013]



REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 24 • jul.-dez. / 2013

Coordenação

LEONOR CORDOVIL

Nesta edição:

Artigo ganhador do Prêmio IBRAC TIM 2013 – Categoria: Graduação

IBRAC
Since 1993

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Instituto Brasileiro de Estudos de
Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2012 – 2013

Diretoria

Presidente TITO AMARAL DE ANDRADE	Diretor Regional de Brasília FRANCISCO TODOROV
Vice-Presidente CRISTIANNE SACCAB ZARZUR	Diretor de Estudos Econômicos BERNARDO GOUTHIER MACEDO
Secretário-Executivo JOSÉ CARLOS BUSTO	Diretora Editorial LEONOR CORDOVL
Diretor de Assuntos Internacionais AMADEU CARVALHAES RIBEIRO	Diretora de Relações de Consumo LUCIA A. L. DE MAGALHÃES DIAS
Diretora de Concorrência BARBARA ROSENBERG	Diretor Regional do Rio de Janeiro PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO
Diretor de Estudos de Regulação MÁRCIO DE CARVALHO SILVEIRA BUENO	Diretora de Comércio Internacional VERA KANAS GRYTZ

Conselho Deliberativo

Presidente Mauro Grinberg	Vice-Presidente Ricardo Inglez de Souza
-------------------------------------	---

Conselheiros

Ana Paula Martinez	José Carlos da Matta Berardo
Aurélio Marchini Santos	Lauro Celidonio dos Reis Neto
Bruno de Luca Drago	Maria Eugênia Novis
Caio Mario da Silva Pereira Neto	Mariana Villela
Carlos Francisco de Magalhães	Mario Girasole
Eduardo Caminati Anders	Pedro Dutra
Eduardo Molan Gaban	Priscila Brollo Gonçalves
Gabriel Dias	Reinaldo Silveira
Gianni Nunes de Araujo	Renê G. S. Medrado
Guilherme Favaro Corvo Ribas	Sérgio Varella Bruna
Gustavo Madi Rezende	Sonia Marques Döbler
João de Aquino Rotta	Vicente Bagnoli
João Paulo Garcia Leal	Cons. Acadêmica Amanda Flávio de Oliveira
Jorge Fagundes	Cons. Acadêmico Diogo R. Coutinho

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 24 • jul.-dez. / 2013

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Documentais: Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Analistas Documentais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patricia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Assistente Editorial: Mauricio Zednik Cassim

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo, Editoração Eletrônica e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira e Tatiana Leite

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Carolina do Prado Fatel, Luiz Fernando Romeu e Vera Lúcia Cirino

Auxiliar de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Equipe de Conteúdo Digital: Ana Paula B. Cavalcanti, Diogo T. Ferreira, Ediane A. N. Pereira, Isaias A. C. Barbosa, Jenifer M. de Barros, Jonatan R. de Souza, Lucas Neves, Rafael A. Aluwei, Rafael A. C. da Silva, Renan R. Diniz, Valdelice B. Diniz e Vanessa D. Miguel

SUMÁRIO

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

- Gun-jumping* e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração
RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA..... 11

DEFESA COMERCIAL

- Defesa comercial: uma análise antitruste das medidas de proteção à indústria
GABRIELA ADAMO..... 33
- A seleção nas investigações de *dumping*: a legislação e a prática brasileira à luz das regras multilaterais
BÁRBARA MEDRADO DIAS SILVEIRA E PATRÍCIA COSTA RODRIGUES..... 49

INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

- Fixação de preço de revenda mínimo no Cade: o caso SKF
CÉSAR MATTOS..... 71
- Restrições verticais exclusionárias e descontos de exclusividade: a busca por um padrão probatório
ANA PAULA PRADO GARCIA E LEANDRO NOVAIS E SILVA..... 105
- Cartéis de exportação: uma análise do tratamento das isenções no contexto internacional
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES..... 147
- O "e" escarlata da nova Lei de Defesa da Concorrência – Notas interpretativas sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011
TOMÁS FILIPE SCHOELLER BORGES RIBEIRO PAIVA..... 171
- Compromisso de cessação em casos de cartel: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento
ALBERTO MONTEIRO..... 189

DOCTRINA INTERNACIONAL

- Los límites que enfrenta la defensa de la competencia en Latinoamérica
JULIÁN PEÑA 211

PARECERES

Nota técnica: economia da neutralidade de rede

JORGE FAGUNDES, CESAR MATTOS, MARIA MARGARETE DA ROCHA, MARCOS

LIMA E MARISLEI NISHIJIMA 235

SENTENÇA COMENTADA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Da comprovação de culpa para responsabilização de administrador
por infração à ordem econômica

KAREN CALDEIRA RUBACK 277

Conhecimento de contrato de licenciamento sem cláusula de exclu-
sividade e (in)definição de contrato associativo

LUDMILA SOMENSI 289

LEGISLAÇÃO COMENTADAO novo Decreto *Antidumping*: inovação na política comercial brasileira

ADRIANA DANTAS, FERNANDO J. AMARAL E MILENA FONSECA 301

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA..... 363

Concentração Econômica

GUN-JUMPING E ATOS ATÉ O FECHAMENTO DE OPERAÇÕES: A PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO NO CONTEXTO DA ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites e a aceitabilidade das restrições impostas por uma parte à outra até a data de fechamento em operações de aquisição ou investimento, tendo em vista os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011. O enfoque do problema será feito à luz do dever de diligência do administrador e da alocação desigual de riscos entre as partes no período entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais da operação e seu fechamento, fatores estes que geram a necessidade da adoção de medidas para a proteção do investimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência – Dever de diligência – Alocação de riscos – Operações de aquisição – Operações de investimento – *Gun-jumping* – Análise prévia.

ABSTRACT: This study analyzes the limits and acceptability of contractual restrictions imposed by a party upon another until the closing of an acquisition or investment, in view of the gun-jumping provisions set forth in paragraphs 3 and 4 of article 88 of Law no. 12.529/2011. The subject will be addressed taking into account the duty of care of officers and directors and the unequal allocation of risks among the parties of a transaction during the period between signing and closing, which create the need of adopting measures to protect the investment.

KEYWORDS: Competition law – Duty of care – Allocation of risks – Acquisitions – Investments – Gun-jumping – Pre-merger antitrust review.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O dever de diligência do administrador e a sistemática das operações de aquisição e investimento: 2.1 Classificação das operações submetidas ao Cade como negócios jurídicos complexos; 2.2 O dever de diligência do administrador; 2.3 O dever de diligência do administrador no contexto dos negócios jurídicos complexos submetidos ao conhecimento do Cade – 3. Atos até o fechamento da operação e *gun-jumping*: 3.1 O conceito de *gun-jumping* em suas duas vertentes essenciais; 3.2 Atos até o fechamento de operações; 3.3 *Gun-jumping* e a proteção do investimento – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Embora a política de defesa da concorrência tenha sido efetivamente introduzida no Brasil na década de 1960,¹ foi apenas com a promulgação da Lei 8.884/1994 – que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia Federal independente e criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)² – que o direito concorrencial passou a ser aplicado de forma consistente.³

Não obstante os avanços da Lei 8.884/1994, a defesa da concorrência sofria de problemas crônicos relacionados principalmente ao desenho institucional do SBDC⁴ e o processo de análise de operações *a posteriori*.⁵⁻⁶ Com o intuito de remediar tais imperfeições, foi promulgada a Lei 12.529/2011. Dentre as diversas mudanças introduzidas pelo diploma, destacam-se: (a) a incorporação da SDE pelo Cade e a transferência de parte das atribuições da Seae⁷ para a Autarquia; (b) a reestruturação interna do Cade, atualmente composto pela Superintendência-Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos e pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (c) a reformulação dos processos

-
1. Com a promulgação da Lei 4.137/1962.
 2. Além do Cade, o SBDC era formado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae).
 3. Até a promulgação da Lei 8.158/1991, e, subsequentemente, da Lei 8.884/1994, Forgioni relata “surtos de vigência” da Lei 4.137/1962. Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 119 e ss.
 4. A duplicação de trabalhos causada pela existência de dois órgãos de instrução – cujo trabalho era frequentemente revisitado pelo Cade – gerava atrasos na análise de processos. Parte do problema, entretanto, foi resolvido por meio da Portaria Conjunta Seae/SDE 33/2006, que promoveu divisão de tarefas entre as duas secretarias.
 5. Considerando que a análise de atos de concentração insere-se no contexto de atuação preventiva do Cade, a análise *a posteriori* causa diversas complicações, como a dificuldade em desfazer de negócios potencialmente lesivos, mas que já haviam sido implementados, e a distorção gerada pelo exercício de prever efeitos econômicos que, na realidade, já eram sentidos no mercado.
 6. Outras imperfeições, como a falta de remédios para atos de concentração complexos e instrumentos para a repressão a cartéis e condutas anticompetitivas, foram corrigidos por regulamentação infralegal emitida pelas autoridades do SBDC e por alterações na lei.
 7. Atualmente, a atuação da Seae baseia-se apenas na advocacia da concorrência, sem participação na análise de operações ou atos anticoncorrenciais submetidos ao conhecimento do Cade. Cf. art. 19 da Lei 12.529/2011.

administrativos e procedimentos internos do Cade; e (d) a notificação prévia de atos de concentração.

A notificação prévia de atos de concentração é uma das mudanças com maior impacto na política de defesa da concorrência. Desde 29.05.2012, quando a nova Lei entrou em vigor, operações e contratos notificados ao Cade não podem ser implementados antes da aprovação da Autarquia,⁸ sob pena de aplicação de multa e declaração de nulidade dos atos praticados. Conclui-se, portanto, que a aprovação do Cade é, atualmente, condição suspensiva⁹ para os negócios jurídicos cuja notificação à Autarquia seja obrigatória nos termos da Lei 12.529/2011.

Os atos de implementação prematura, isto é, aqueles adotados com o intuito de implementar a operação antes de sua aprovação pelo Cade, são denominados *gun-jumping*. De modo geral, atos de *gun-jumping* ocorrem na hipótese de troca de ativos ou interação entre as partes de uma operação sob análise do Cade, em prejuízo de sua independência empresarial e das condições de concorrência entre si,¹⁰ assim como no caso de troca de informações sensíveis, exceto quando estritamente necessário para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.¹¹

A Lei 12.529/2011 e a regulamentação infralegal do Cade não estabelecem critérios para determinar o nível de interação aceitável entre as partes de uma

8. Cf. art. 88, § 3.º, da Lei 12.529/2011:

"Art. 88. (...) § 3.º Os atos que se subsumirem ao disposto no *caput* deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei."

9. Nos termos do art. 125 da Lei 10.406/2002, "[s]ubordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa".

10. Conforme disposto no art. 88, § 4.º, da Lei 12.529/2011: "[a]té a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3.º deste artigo."

11. Cf. art. 108, § 2.º, da Res. Cade 1/2012: "[a]s partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes".

operação antes de sua aprovação, o que pode causar insegurança jurídica e dificuldades na negociação e celebração de negócios jurídicos. Nesse sentido, é prática corrente na dinâmica empresarial, principalmente em negócios envolvendo aquisições e investimentos, que a parte interessada conduza uma avaliação técnica e jurídica dos ativos a serem adquiridos ou investidos.¹² Além disso, em razão do lapso de tempo entre a assinatura dos instrumentos contratuais e a sua efetiva implementação em operações submetidas ao conhecimento do Cade, é natural que a parte interessada imponha restrições na condução de negócios ou utilização de ativos que serão adquiridos ou receberão investimentos, para assegurar que seu valor econômico será mantido até o fechamento da operação.

Diante desse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar a aceitabilidade das restrições contratuais impostas por uma parte à outra até o fechamento de operações de aquisição e investimento, tendo em vista: (i) a obrigação de manutenção das condições de concorrência entre as partes imposta pela Lei 12.529/2011; (ii) o dever de diligência do administrador¹³ imposto pela Lei 6.404/1976¹⁴ e, também, pelo Código Civil de 2002 (Lei

12. Tal avaliação implicará na troca de informações sensíveis entre as partes. No entanto, é razoável supor que essa troca de informação é permitida pelo art. 108, § 2.º, da Res. Cade 1/2012 (não é punível a troca de informações “estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes”).

13. Para os fins do presente artigo, parte-se do pressuposto que a maior parte das operações submetidas ao Cade são conduzidas por sociedades empresárias. Apesar de o presente trabalho não apresentar dados que comprovem essa afirmação, a premissa é razoável, tendo em vista que a própria racionalidade da Lei 12.529/2011 parte desse pressuposto (vide, por exemplo, as noções de faturamento e grupo econômico utilizadas pela lei). Não se despreza, entretanto, a importância que os fundos de investimento têm apresentado nos últimos anos na realização de operações, inclusive tendo merecido regras específicas pela regulamentação infralegal do Cade. Não obstante, o administrador de tais entidades (solidariamente com o gestor, se aplicável) também se sujeita a regras estritas de cuidado e diligência na condução de negócios, conforme se extrai do art. 65 da IN 409/2004 da Comissão de Valores Mobiliários. Além disso, o termo administrador será aqui empregado em sentido amplo, compreendendo administradores de sociedades de responsabilidade limitada, empresárias ou não, diretores e membros do conselho de administração de companhias e, de forma geral, todos aqueles que ocupem posições dentro da estrutura de governança de sociedades que impliquem na existência de deveres fiduciários com relação a seus sócios, acionistas e investidores.

14. “Art. 153 O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

10.406/2002),¹⁵ e (iii) a necessária realocação de risco entre as partes de uma operação no período entre assinatura dos instrumentos contratuais e fechamento. Desse modo, buscar-se-á demonstrar que a proibição dos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 não pode ser entendida de forma absoluta com relação aos atos até o fechamento, devendo ser interpretada à luz do dever de diligência dos administradores e da necessidade de proteção do investimento até a aprovação do Cade.

2. O DEVER DE DILIGÊNCIA DO ADMINISTRADOR E A SISTEMÁTICA DAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO E INVESTIMENTO

2.1 *Classificação das operações submetidas ao Cade como negócios jurídicos complexos*

Uma das principais alterações na política de defesa da concorrência introduzidas pela Lei 12.529/2011 foi a especificação de atos sujeitos à aprovação do Cade. Ao contrário do art. 54¹⁶ da Lei 8.884/1994, que previa hipótese abrangente para notificação de atos ao Cade, os arts. 88¹⁷ e

15. "Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios."

16. "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.
(...).

§ 3.º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)."

17. "Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)."

90¹⁸ da Lei 12.529/2011 estabelecem critérios mais claros para a obrigatoriedade de notificar. De modo geral, apenas operações de maior complexidade se enquadram nas hipóteses de notificação obrigatória da Lei 12.529/2011.¹⁹

Por esse motivo, os negócios jurídicos submetidos ao Cade caracterizam-se por alto grau de complexidade, sendo a obrigação principal adimplida mediante a execução de diversos atos e obrigações acessórias. No caso específico dos negócios jurídicos analisados no escopo do presente estudo, isto é, aquisições de ativos e investimentos, a implementação da operação é integrada por diversos atos, entre os quais se pode citar: (i) obrigações acessórias, como a cláusula penal, cláusula de não concorrência e não aliciamento e cláusula de indenização; e (ii) deveres anexos de conduta, como prestação de declarações e garantias, assinatura de documentos relacionados à implementação da obrigação principal²⁰ e dever de prestar informações e realizar determinados atos até a data de fechamento. Todas as obrigações acessórias e deveres anexos de conduta citados acima incidem sobre as prestações principais, que serão, conforme o caso, o pagamento do preço e transferência de propriedade do ativo ou a realização do investimento mediante a respectiva transferência de participação no ativo, negócio ou empreendimento investido.

A obrigação acessória, “não tendo existência em si, depende de outra a que adere ou de cuja sorte depende”.²¹ Portanto, enquanto não aprovada a

18. “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inc. IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela Administração Pública Direta e Indireta e aos contratos delas decorrentes.”

19. Vale ressaltar que, de acordo com o § 7.º do art. 88 da Lei 12.529/2011, o Cade pode requerer a notificação de qualquer operação que não se enquadre nos critérios de submissão obrigatória em até um ano após sua consumação.

20. Como por exemplo, no caso de operações societárias, atas de assembleia, alterações contratuais, livros de transferência de ações, dentre outros.

21. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 121.

operação pelo Cade, a eficácia das obrigações acessórias seguem a sorte da obrigação principal, que somente será válida e eficaz quando cumprida a condição suspensiva imposta pela Lei 12.529/2011. Os deveres anexos de conduta, por sua vez, são aqueles “que embora não interessem diretamente à prestação principal, e nem forneça, num primeiro momento, ação autônoma de cumprimento, são todavia essenciais ao concreto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”.²²⁻²³

Assim, como nota preliminar para a questão abordada neste estudo, deve-se mencionar que os negócios jurídicos apresentados ao conhecimento do Cade são complexos, sendo compostos por diversas obrigações acessórias e deveres anexos, que não se confundem com a obrigação principal da operação. Interpretar os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 como uma proibição geral à realização de qualquer ato pelas partes antes da aprovação do Cade seria uma afronta aos princípios da boa-fé contratual – que exigem a colaboração das partes na negociação e execução de contratos – além de poder inviabilizar a maior parte das operações que se enquadrem nos critérios legais de notificação obrigatória.

2.2 O dever de diligência do administrador

Os administradores²⁴ de sociedades têm, com relação aos sócios, acionistas e investidores em geral, deveres fiduciários, na medida em que atuam na

22. GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 589.

23. Tais atos inserem-se no contexto da moderna abordagem da obrigação enquanto processo que, ao invés de enxergar a relação obrigacional como estática e polarizada, interpreta-a como um processo composto de diversos atos e prestações, no qual as partes interagem entre si, com base nos princípios da boa-fé, para obter o adimplemento da obrigação avençada.

24. Em razão da possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 6.404/1976 com relação à Lei 10.406/2002 (cf. art. 1.053, parágrafo único) e a abrangência de suas normas, o presente estudo utilizará suas disposições como referência legal. No entanto, é importante ressaltar que a utilização, neste estudo, da normas dispostas na Lei 6.404/1976 acerca dos deveres do administrador como referência para os administradores de sociedades sujeitas à Lei 10.406/2002 tem caráter meramente didático, na medida em que a aplicação subsidiária estabelecida no art. 1.053, parágrafo único, da Lei 10.406/2002, só existirá caso expressamente acordado entre os sócios.

gestão de seu patrimônio.²⁵ Neste sentido, devem empregar, “no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.²⁶ A relação fiduciária estabelecida entre administradores e os detentores do patrimônio sob sua gestão também implica em outras obrigações²⁷ além do dever de diligência, podendo-se citar: dever de lealdade,²⁸ dever de informar²⁹ e proibição da prática de determinados atos.³⁰ Não obstante, para os fins do presente estudo, basta a análise do dever de diligência.

O dever de diligência, conforme apontado pela doutrina é um conceito abstrato e não implica necessariamente em determinado comportamento pelo administrador, mas sim em padrão de comportamento,³¹ que deve sempre observar a boa-fé objetiva.³² Nesse sentido, a conduta do administrador deve ser analisada tendo-se como referência “a conduta de outros administradores, em negócios semelhantes e submetidos às mesmas circunstâncias temporais e de lugar”.³³ Percebe-se, portanto, que o conteúdo do dever de diligência deve ser preenchido tendo-se em vista as circunstâncias específicas do caso, razão pela qual o administrador de negócios de pequeno porte não pode ser comparado, no que diz respeito ao seu padrão de conduta, ao administrador de sociedades de grande porte. Assim, o padrão de comportamento esperado do administrador deve ter em conta o “respectivo nível de cuidado e diligência devido em cada caso específico”.³⁴

Deste modo, o dever de diligência, sendo conceito abstrato e de difícil sistematização, terá seu conteúdo revelado com maior clareza no caso concreto. Por essa razão, nos Estados Unidos, sua análise é pautada principalmente na ideia do *business judgment rule*, que estabelece a presunção de que, ao realizar

25. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3, p. 314. Comentários aos arts. 138 a 205 da Lei das S.A.

26. Conforme redação do art. 153 da Lei 6.404/1976.

27. Para estudo mais detalhado de tais obrigações, cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 413-417.

28. Cf. arts. 154 e 155 da Lei 6.404/1976.

29. Art. 157 da Lei 6.404/1976.

30. Conforme § 2.º do art. 154, incs. I a III do art. 155 e art. 156, todos da Lei 6.404/1976.

31. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 325.

32. Vide art. 113 do CC/2002.

33. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 321.

34. Idem, p. 327.

determinado negócio, os administradores agiram de boa-fé e devidamente informados, convictos de que suas decisões estavam alinhadas com os interesses da companhia.³⁵ Assim, cabe ao administrador a mesma observação feita por Comparato com relação aos detentores do poder de controle na sociedade anônima: “a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas”.³⁶

Portanto, o poder conferido ao administrador pelos acionistas, sócios e investidores em geral é condicionado ao atendimento dos interesses da sociedade e da implementação de seu objeto social, razão pela qual Modesto Carvalhosa classifica as obrigações do administrador como “obrigações de meio” e não “de resultado”.³⁷ Consequentemente, o administrador não será responsabilizado pelo insucesso de sua gestão, desde que ela tenha sido conduzida em consonância com os deveres de diligência e cuidado. No entanto, o administrador responderá, perante a sociedade, pelos danos que causar em razão de imperícia, imprudência ou negligência, desde que, obviamente, haja nexo causal entre a quebra do dever de diligência e as perdas sofridas pela sociedade.³⁸

2.3 *O dever de diligência do administrador no contexto dos negócios jurídicos complexos submetidos ao conhecimento do Cade*

Conforme demonstrado até aqui, os negócios jurídicos submetidos ao conhecimento do Cade podem ser classificados como complexos, implicando, na maior parte das vezes, em um feixe de obrigações, atos e compromissos assumidos pelas partes. Além disso, o dever de diligência do administrador é conceito amplo e abstrato, devendo seu conteúdo ser preenchido no caso concreto, à luz do princípio da boa-fé objetiva e dos padrões de conduta de administradores em negócios semelhantes e submetidos às mesmas circunstâncias temporais e de lugar.

Ao conduzir uma operação societária de aquisição ou investimento, as motivações de um agente econômico podem ser as mais diversas. No contexto da aquisição de controle societário, Eduardo Munhoz destaca três motivações

35. PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 171 apud CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 318.

36. COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. RT, 1976. p. 307.

37. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 322.

38. Idem, p. 326.

principais:³⁹ (i) substituição de gestores ineficientes; (ii) ganhos de sinergia; e (iii) adaptação a modificações do ambiente econômico.

A motivação de substituição de gestores ineficientes parte do pressuposto de que determinada sociedade, cujos resultados não são satisfatórios, poderia tornar-se lucrativa com uma gestão mais eficiente. Os ganhos de sinergia, por sua vez, referem-se à concepção de que, uma vez integradas, a sociedade alvo e a adquirente terão valor maior do que a simples soma de seus valores considerados isoladamente. Ou seja, a integração das partes será eficiente e terá a capacidade de criar valor a partir da integração do comprador e alvo.⁴⁰ Por fim, operações de aquisição podem ser uma resposta a transformações ocorridas no mercado, como novas descobertas tecnológicas, expansão de crédito, crises econômicas, dentre outras.

Neste contexto, é possível concluir que operações de aquisição – e acredita-se que a mesma premissa será aplicável a operações de investimento – têm caráter estratégico para os agentes econômicos. Assim, a identificação de ativos que tenham capacidade de gerar valor é essencial para a sobrevivência dos agentes econômicos no ambiente competitivo. A oportunidade não aproveitada por um agente econômico poderá ser explorada pelo seu concorrente, que obterá, portanto, uma vantagem competitiva.

Deste modo, o dever de diligência de administradores compreende não só o cuidado na condução das operações da sociedade, mas também na identificação de ativos que tenham capacidade de agregar valor e aumentar competitividade. Além disso, uma vez identificada uma oportunidade de aquisição ou investimento, caberá ao administrador, na condução e negociação da operação, tomar todos os cuidados e precauções com relação à (a) adequada avaliação econômica, técnica e legal do ativo e (b) adoção de medidas necessárias para proteger o valor estratégico do ativo em questão, impedindo que sofra qualquer depreciação ou perda no período entre a assinatura dos instrumentos contratuais relativos à operação e a sua efetiva implementação.

3. ATOS ATÉ O FECHAMENTO DA OPERAÇÃO E GUN-JUMPING

3.1 O conceito de gun-jumping em suas duas vertentes essenciais

Conforme já apontado, a Lei 12.529/2011 introduziu no ordenamento brasileiro o sistema de notificação prévia, por meio do qual as partes devem

39. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135 e ss.

40. Pode-se afirmar que tal criação de valor seria relacionada à geração de eficiências, como as eficiências dinâmicas e estáticas.

aguardar a aprovação do Cade para implementar sua operação. Na sistemática da nova legislação e da regulamentação infralegal do Cade, o dever de não implementação prematura de uma operação é imposta às partes sob duas vertentes essenciais: (i) manutenção das condições concorrenciais entre as partes;⁴¹ e (ii) proibição de troca de informações sensíveis.⁴² Até o momento, o Cade julgou apenas um caso envolvendo a prática de *gun-jumping*. Assim, antes de endereçar a experiência brasileira, analisar-se-á o tratamento do assunto nos Estados Unidos, onde a discussão é mais desenvolvida.

No tratamento do *gun-jumping* com relação à manutenção das condições concorrenciais entre as partes, a análise das autoridades norte-americanas é focada principalmente nos conceitos de *beneficial ownership* e *operational control*.

A ideia de *beneficial ownership* refere-se, de forma geral, a quatro fatores que são identificados como consequência da propriedade do ativo-alvo: (i) benefício de obter ganho advindo do ativo; (ii) risco de assumir prejuízos gerados pelo ativo; (iii) assunção de direitos de voto relacionados ao ativo; e (iv) direito de dispor do ativo adquirido.⁴³ Embora tais fatores tenham sido elaborados tendo-se em mente a aquisição de valores mobiliários, eles também têm sido utilizados como referência em operações envolvendo outros tipos de ativo.⁴⁴ Assim, as partes de uma operação incorrerão na infração de *gun-jumping* sempre que transferirem qualquer tipo de *beneficial ownership* antes da aprovação da operação pela autoridade concorrencial.⁴⁵

A questão foi abordada pelos órgãos norte-americanos em dois casos envolvendo a Atlantic Richfield Co. (Arco).⁴⁶ O primeiro caso relaciona-se com a venda de uma das subsidiárias da Arco, que atuava na produção de sementes.

41. Cf. art. 88, § 4.º, da Lei 12.529/2011.

42. Vide art. 108, § 2.º, da Res. Cade 1/2012.

43. Tais fatores estão dispostos no Statement of basis and purpose implementing: title II of the Hart-Scott-Rodino, *Antitrust Improvements Act of 1976*.

44. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Premier Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois: Aba Publishing, 2006. p. 15.

45. Nesse contexto, “[u]nder Section 7A the merging firms are not permitted to engage in conduct that effectively transfers beneficial ownership of the acquired business until the Hart-Scott-Rodino waiting period has ended”. BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping: discurso. Annual antitrust seminar of greater New York chapter: key developments in antitrust for corporate counsel*. Nova Iorque: Federal Trade Commission, 10.11.2005, p. 7.

46. Os detalhes dos casos aqui expostos foram relatados em MORSE, M. Howard. *Mergers and acquisitions: antitrust limitations on conduct before closing*. *The Business Lawyer*.

A Arco transferiu à compradora, antes da aprovação concorrencial, ações equivalentes a 49% do capital social de sua subsidiária, tendo transferido os 51% restantes a um agente depositante. O comprador, por sua vez, pagou diretamente à Arco o preço referente à parcela do capital social da subsidiária efetivamente transferida (49%) e depositou o restante do preço em conta depósito. O segundo caso refere-se à aquisição de determinados ativos pela Arco, na qual a sociedade pagou o preço acordado com a vendedora antes da aprovação da operação. A vendedora comprometeu-se a seguir no curso ordinário de seus negócios e as partes acordaram que, caso a Arco fosse proibida de adquirir os ativos em razão de decisão desfavorável das autoridades concorrenciais, um terceiro (*trustee*) os venderia a outro comprador, transferindo os valores da venda à Arco. O desfecho do caso foi alvo de críticas em razão de, dada a complexidade da operação, não ter deixado claro exatamente qual fator ocasionou a infração de *gun-jumping*. No entanto, diante das críticas, as autoridades norte-americanas declararam que a análise do *gun-jumping* é feita casuisticamente e, portanto, importa em certo grau de indefinição.⁴⁷ Não obstante, em ambos os casos, as autoridades americanas entenderam que houve transferência de *beneficial ownership* antes da aprovação da operação.

As autoridades norte-americanas também punem o *gun-jumping* utilizando o conceito de transferência de *operational control*,⁴⁸ entendido como a implementação por meio da integração prematura dos negócios das partes envolvidas ou a assunção, pelo comprador, de controle significativo sobre a administração, operação ou tomada de decisões do ativo-alvo.⁴⁹ Ato geralmente considerados como transferência de *operational control* incluem “a substituição da gestão do vendedor pela gestão do comprador, concessão ao vendedor de autoridade para tomada de decisão sobre ativos concorrencialmente sensíveis do vendedor, direito do comprador de negociar em nome do vendedor, concordância das partes em agir no seu interesse em comum e apresentação das partes como uma só”.⁵⁰

vol. 57. n. 4. p. 1463-1486. Washington: Washington & Lee Law School, ago. 2002. p. 1469 e ss. e AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. cit., p. 123 e ss.

47. Cf. MORSE, M. Howard. Op. cit., p. 1470.

48. “[A] firm that takes ‘possession’ or ‘control’ or has ‘influence over the direction of the business’ to be acquired in a transaction or holds itself out to customers and the public as having combined before the expiration of the applicable waiting period may be alleged to violate the HSR Act”. Cf. MORSE, M. Howard. Op. cit., p. 1470.

49. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. cit., p. 43.

50. Traduzido do original em inglês em AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. cit., p. 43-44.

Em um dos principais casos relacionados à transferência prematura de *operational control*,⁵¹ as autoridades americanas consideraram que as partes de uma operação incorreram em *gun-jumping* em razão dos seguintes fatores: (i) a compradora circulou um memorando interno anunciando imediata reorganização, indicando funcionários da sociedade adquirida para posições em suas equipes; (ii) funcionários da vendedora mudaram-se para escritórios da compradora e receberam novos cartões de visitas, que foram distribuídos a clientes; (iii) ligações telefônicas foram atendidas na vendedora sob o nome da compradora; e (iv) o presidente da vendedora viajou e resolveu assuntos comerciais em nome da compradora.

Além da obrigação de manterem-se independentes até a aprovação concorrencial, as partes também têm a obrigação de não trocar informações concorrencialmente sensíveis. No entanto, essa obrigação não pode ser entendida de forma absoluta, tendo em vista que, durante o processo de avaliação do ativo-alvo (*due diligence*) e negociação dos instrumentos contratuais da operação, algumas informações são compartilhadas pelas partes.

A troca de informações durante as negociações, quando efetuada com o intuito de viabilizar a operação, é usual e insere-se no contexto da boa-fé contratual. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência norte-americanas diferenciam atos necessários para manter a essência da operação (*ancillary*), daqueles que não são essenciais.⁵² Assim, a troca de informações somente seria considerada *gun-jumping* quando seu escopo “transbordasse” (*spill over effect*) a esfera da boa-fé, isto é, quando medidas legítimas para facilitar a transição ou para avaliar questões pendentes possam resultar no acesso a informações concorrenciais sensíveis.⁵³

No Brasil, o Cade analisou a questão do *gun-jumping* no Ato de Concentração 08700.005775/2013-19,⁵⁴ referente à aquisição, pela OGX Petróleo e Gás S.A.,

51. Para um resumo deste e outros casos relacionados à transferência de *operational control*, cf. MORSE, M. Howard. Op. cit., p. 1472.

52. “Where premerger coordination is reasonably necessary to protect the core transaction, the conduct is assessed under the rule of reason”. Cf. BLUMENTHAL, William. Op. cit., p. 8.

53. Segundo BLUMENTHAL, William. Op. cit., p. 10, “[i]t refers to situations where competitors are engaging in conduct (in this instance, information exchange and related planning discussions) for legitimate purposes, but where the conduct cannot be strictly contained and instead spills over into competitive activities, where it may have adverse effects”.

54. Ato de Concentração 08700.005775/2013-19, rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão, aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentração em 28.08.2013.

de 40% de participação no Bloco BS-4,⁵⁵ detida pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (“Caso OGX”). No caso, o Cade entendeu que o instrumento contratual que formalizou a operação permitiu o compartilhamento de informações sensíveis entre as partes e influência de uma parte sobre a outra,⁵⁶ além de não ter previsto a aprovação do Cade como condição suspensiva para implementação da aquisição.⁵⁷ Apesar ter omitido as disposições contratuais que levaram à configuração do *gun-jumping*, o Cade determinou que as infrações relacionavam-se a atos meramente administrativos e que, portanto, não tinham potencial anticompetitivo.⁵⁸ Por esta razão, a autarquia decidiu pela imposição de multa, sem declaração de nulidade dos atos praticados.⁵⁹

3.2 Atos até o fechamento de operações

Como já mencionado, os negócios jurídicos apresentados ao Cade para aprovação são complexos e geralmente envolvem um feixe de atos e obrigações assumidos pelas partes. Ademais, em operações sujeitas à aprovação concorrencial, o período entre a data de assinatura e o fechamento (i.e., efetiva implementação do negócio jurídico) pode durar semanas ou até meses. Durante tal período, embora o comprador/investidor já tenha se comprometido a adquirir ou investir em determinado ativo mediante a implementação de certas condições suspensivas, a propriedade do ativo em questão permanece com o vendedor/investido para todos os efeitos. Por essa razão, o comprador/investidor geralmente estabelece as seguintes precauções nos instrumentos contratuais da operação para garantir a integridade do ativo até a data de fechamento: (i) exigência da execução de determinados atos pelo vendedor/investido até a data de fechamento; e (ii) inexistência de efeitos adversos

55. Apesar de controversa, não será discutida neste estudo – por situar-se fora de seu escopo – a questão do enquadramento da operação como ato de concentração, tendo em vista a possível isenção para este tipo de aquisição prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011.

56. Nesse sentido, vide p. 2 e 3 do voto proferido pela rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão, p. 4, 5 e 6 do Parecer Técnico 205 da Superintendência-Geral do Cade e p. 7 a 10 do Parecer 182/2013 da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

57. Cf. § 22 do Parecer Técnico 205 da Superintendência-Geral do Cade.

58. Cf. p. 10 do voto proferido pela rel. Conselheira Ana de Oliveira Frazão.

59. A decisão do Cade corrobora o entendimento de Roberto Taufick, que em seus comentários à Lei 12.529/2011 afirmou que a penalidade disposta no § 3.º do art. 88 “[e]m verdade, não se trata de nulidade, mas de anulabilidade”. Vide TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 439.

materiais na data de fechamento.⁶⁰ Enquanto os atos até o fechamento impostos pelo comprador têm o intuito de diminuir os riscos da operação ao estabelecer certo grau de controle sobre o ativo, as cláusulas de efeito adverso material servem como mecanismo de realocação de risco, mantendo o incentivo do vendedor em preservar o ativo até a implementação da operação.⁶¹⁻⁶²

Neste contexto, em operações de aquisição ou investimento, o vendedor/investido geralmente compromete-se, até a data de fechamento:⁶³ (i) a continuar a operar no curso ordinário dos negócios, em consonância com práticas passadas; (ii) a não adotar medidas que possam causar efeito adverso material nos negócios; (iii) a não celebrar contratos com compras volumosas ou de longo prazo; e (iv) a adotar (ou deixar de adotar) outras condutas com o intuito de preservar o valor do ativo a ser adquirido ou investido.⁶⁴

60. A cláusula de efeito adverso relevante, na realidade, possui uma dupla função, conforme exposto a seguir: “[i]n the first, the MAC or MAE definition serves as a qualifier for various representations and a carve-out for covenants, defining a threshold for determining the scope of disclosure or compliance. For example: ‘The Company’s contracts are in full force and effect, except as would not have a Material Adverse Effect.’ In the second, the MAC provision is used to delineate the circumstances that, upon their occurrence, permit a buyer to withdraw from the transaction without penalty. This latter use is known in common parlance as the ‘MAC out’ and appears in the buyer’s conditions precedent to close, i.e., ‘there shall not have occurred a Material Adverse Change in the Company.’ The effects of the MAC out are then tempered by a listing of specific events, the ‘MAC exceptions,’ that preclude a buyer from backing out of a deal or renegotiating even if a MAC has occurred. Together, the MAC out and the MAC exceptions serve to allocate and fine tune the risk of loss between buyer and seller resulting from adverse changes, if any, in the seller’s business between signing and closing”. (NIXON PEABODY. 2010 *Nixon Peabody MAC Survey*. Disponível em: [www.nixonpeabody.com/files/MAC_Survey_2010.pdf]. Acesso em: 15.09.2013.

61. DENIS, David J.; MACIAS, Antonio J. *Material adverse change clauses and acquisition dynamics*. Disponível em: [http://krannert.purdue.edu/programs/phd/working-papers-series/2010/1242.pdf]. Acesso em: 15.09.2013.

62. Não há nenhum empecilho – na perspectiva do *gun-jumping* – para o estabelecimento de cláusulas de efeito adverso material, independentemente do seu conteúdo. Esse aspecto contratual insere-se no âmbito da autonomia privada das partes. No entanto, o conceito de efeito adverso material é, por vezes, utilizado para qualificar atos que o vendedor ou investido não pode adotar. Por exemplo, uma parte pode proibir a outra de realizar operações que possam causar um efeito adverso material.

63. Cf. LIEBESKIND, Richard. *Gun-jumping: antitrust issues before closing the merger: discurso*. São Francisco: Aba Annual Meeting, 08.08.2003. p. 8-9.

64. A extensão da lista de restrições impostas ao vendedor pelo comprador dependerá da complexidade da operação. Assim, as partes podem negociar uma lista de itens

Na medida em que impõe restrições à condução dos negócios pelo vendedor ou investido, a cláusula de atos até o fechamento pode conferir certo grau de controle ao comprador ou investidor sobre o ativo-alvo antes da aprovação concorrencial. No entanto, tais restrições não devem ser consideradas como ilegais de forma absoluta à luz dos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011. Neste sentido, elas devem ser interpretadas tendo-se em vista a proteção do investimento, no âmbito do dever de diligência do administrador.

3.3 Gun-jumping e a proteção do investimento

Conforme demonstrado até aqui, o administrador possui um dever de diligência, proveniente de sua relação fiduciária com sócios, acionistas ou investidores, que lhe impõe determinado padrão de conduta, alinhado com o interesse social da sociedade sob sua gestão. Assim, além de conduzir atividades operacionais, o administrador deve identificar ativos que sejam estratégicos para a sociedade. Adicionalmente, uma vez que tal ativo seja identificado, é obrigação do administrador adotar medidas e precauções para protegê-lo entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais da operação e a data de fechamento.

As mesmas premissas aplicam-se às operações submetidas ao Cade, com a exceção de que a extensão das medidas para a proteção do investimento até o fechamento encontra limites na obrigação legal de manutenção das condições de competição até a aprovação concorrencial, à qual a efetividade do negócio jurídico é condicionada.

Deste modo, considerando a concepção da obrigação como um processo – no qual incidem deveres anexos, obrigações principais e acessórias – e o dever de diligência e cuidado do administrador, a proibição disposta nos §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 não deve ser interpretada de forma absoluta. As restrições impostas ao vendedor ou investido até a data de fechamento em operações de aquisição ou investimento devem ser consideradas lícitas na medida em que tiverem o intuito de proteger o ativo-alvo e, consequentemente, o investimento.

que serão sujeitas ao compromisso de seguir no curso ordinário dos negócios: “[a]n ordinary course of business clause is a merger agreement provision that requires the seller to operate its business in the ordinary course consistent with past practices and is often accompanied by an itemized list or schedule of contracts, expenditures, or other conduct identifying particular aspects of what will be deemed to be the ordinary course”. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. cit., p. 234.

Tal flexibilidade é benéfica não só no contexto do dever de diligência do administrador, como também no âmbito do bem-estar social. Conforme relatado por Eduardo Munhoz,⁶⁵ as operações de aquisição (e acredita-se que o mesmo seja aplicável a investimentos) têm como motivação a correção de ineficiências e criação de sinergias a partir da identificação de ativos estratégicos. Assim, é socialmente aceitável e benéfico que o comprador/investidor imponha restrições sobre o vendedor/investido para proteger o ativo-alvo e seu caráter estratégico durante o período entre assinatura dos instrumentos contratuais da operação e seu fechamento.

Uma proibição inflexível e absoluta à imposição de atos e restrição à condução de negócios até o fechamento de operações negociada entre as partes é irrazoável e poderá causar prejuízos ao bem-estar social, diminuindo os incentivos para que agentes econômicos adquiram ou invistam em ativos estratégicos. A proibição somente deveria ser aplicável nos casos em que a cláusula de atos até o fechamento fuja ao intuito de proteção do investimento, entrando no âmbito de coordenação efetiva entre as partes.⁶⁶

4. CONCLUSÃO

As operações submetidas ao Cade caracterizam-se pelo alto nível de complexidade, envolvendo um feixe de obrigações e atos assumidos pelas partes. Além disso, devido à exigência de as partes manterem-se independentes até a aprovação do Cade, existe um longo período entre a data de assinatura dos instrumentos contratuais que formalizam a operação e a data de seu fechamento (i.e., efetiva implementação do negócio jurídico).

No caso específico das operações de aquisição e investimento, há uma alocação desigual de riscos durante o período entre assinatura dos instrumentos contratuais e o fechamento da operação. Por este motivo, o comprador/investidor estabelece restrições aos atos do vendedor ou investido na condução de suas operações, com o objetivo de promover uma alocação mais justa dos riscos e proteger o valor estratégico do ativo-alvo.

65. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Op. cit., p. 135 e ss.

66. Um exemplo de restrições que extrapolam o intuito de proteção do ativo-alvo pode ser encontrado no caso *United States v. Computer Associates Int'l, Inc.*, no qual as autoridades concorrenciais norte-americanas entenderam que algumas restrições impostas pela Computer Associates nos instrumentos contratuais de uma operação lhes fornecia o poder para aprovar termos, condições e preços, assim como para controlar os tipos de contratos que a outra parte poderia celebrar. Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Op. cit., p. 38-39.

Embora os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 proibam a coordenação entre as partes de uma operação antes de sua aprovação pelo Cade, tal proibição não pode ser interpretada de maneira absoluta. Desse modo, considerando o dever de diligência do administrador e o bem-estar social, devem ser aceitas as restrições aos atos do vendedor ou investido até o fechamento de uma operação, quando o seu intuito for a proteção do ativo-alvo e, conseqüentemente, do investimento.

5. BIBLIOGRAFIA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Premerger coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois: Aba Publishing, 2006.
- BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping: discurso. Annual antitrust seminar of greater New York chapter: key developments in antitrust for corporate counsel*. Nova Iorque: Federal Trade Commission, 10.11.2005.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.
- COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- DENIS, David J.; MACIAS, Antonio J. *Material adverse change clauses and acquisition dynamics*. Disponível em: [<http://krannert.purdue.edu/programs/phd/working-papers-series/2010/1242.pdf>]. Acesso em: 15.09.2013.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. *Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta*. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2011. vol. 1.
- LIEBESKIND, Richard. *Gun-jumping: antitrust issues before closing the merger: discurso* São Francisco: Aba Annual Meeting, 08.08.2003.
- MORSE, M. Howard. *Mergers and acquisitions: antitrust limitations on conduct before closing*. *The Business Lawyer*. vol. 57. n. 4. p. 1463-1486. Washington: Washington & Lee Law School, ago. 2002.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NIXON PEABODY. *2010 Nixon Peabody MAC Survey*. Disponível em: [www.nixonpeabody.com/files/MAC_Survey_2010.pdf]. Acesso em: 15.09.2013.
- PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 171 apud CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

Embora os §§ 3.º e 4.º do art. 88 da Lei 12.529/2011 proíbam a coordenação entre as partes de uma operação antes de sua aprovação pelo Cade, tal proibição não pode ser interpretada de maneira absoluta. Desse modo, considerando o dever de diligência do administrador e o bem-estar social, devem ser aceitas as restrições aos atos do vendedor ou investido até o fechamento de uma operação, quando o seu intuito for a proteção do ativo-alvo e, conseqüentemente, do investimento.

5. BIBLIOGRAFIA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Premerger coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois: Aba Publishing, 2006.
- BLUMENTHAL, William. *The rhetoric of gun-jumping: discurso. Annual antitrust seminar of greater New York chapter: key developments in antitrust for corporate counsel*. Nova Iorque: Federal Trade Commission, 10.11.2005.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.
- COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- DENIS, David J.; MACIAS, Antonio J. *Material adverse change clauses and acquisition dynamics*. Disponível em: [<http://krannert.purdue.edu/programs/phd/working-papers-series/2010/1242.pdf>]. Acesso em: 15.09.2013.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. *Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta*. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2011. vol. 1.
- LIEBESKIND, Richard. *Gun-jumping: antitrust issues before closing the merger: discurso*. São Francisco: Aba Annual Meeting, 08.08.2003.
- MORSE, M. Howard. *Mergers and acquisitions: antitrust limitations on conduct before closing*. *The Business Lawyer*. vol. 57. n. 4. p. 1463-1486. Washington: Washington & Lee Law School, ago. 2002.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NIXON PEABODY. *2010 Nixon Peabody MAC Survey*. Disponível em: [www.nixonpeabody.com/files/MAC_Survey_2010.pdf]. Acesso em: 15.09.2013.
- PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 171 apud CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- A nova realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de Ricardo Bruning Bellon – *RIBRAC* 23/261;
- As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011, de Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra – *RIBRAC* 22/307;
- *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade, de Amanda Athayde Linhares Martins – *RIBRAC* 22/57; e
- O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011, de Fernando Amorim Soares de Mello – *RIBRAC* 23/197.

**Defesa
Comercial**

DEFESA COMERCIAL: UMA ANÁLISE ANTITRUSTE DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À INDÚSTRIA

GABRIELA ADAMO

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: As barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações são capazes de alterar a dinâmica concorrencial dos mercados e sua aplicação poderá colidir com os princípios da legislação antitruste brasileira. A restrição da atuação de concorrentes e a adoção de políticas de preço colidem com o princípio da livre concorrência e podem levar à consolidação do poder de mercado. A baixa integração institucional entre as autoridades antitruste e de comércio exterior impede que tais facetas sejam reconhecidas avaliadas, de sorte que se sugerem linhas gerais para a alteração dos mecanismos de cooperação existentes e ampliação da integração entre estas autoridades.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa comercial – Concorrência – Cade – Camex – Integração.

ABSTRACT: Tariff and non-tariff barriers to trade may substantially affect competition and its adoption may collide with the principles of the Brazilian antitrust legislation. Restrictions to competition and the adoption of price policies conflict directly to the free competition principle and may lead into the consolidation of the market power detained by the dominant agents. The low level of institutional integration between antitrust authorities and foreign trade authorities restrict the analysis of those aspects when governmental intervention over the markets occur. In this sense, this work aims to suggest guidelines to new cooperative mechanisms and the improvement of the relation between antitrust and foreign trade authorities.

KEYWORDS: Trade defense – Antitrust – Cade – Camex – Cooperation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Medidas de proteção à indústria e defesa da concorrência: dicotomias: 2.1 Justificativas para a aplicação de medidas de proteção à indústria; 2.2 Medidas de proteção à indústria e legislação concorrencial – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho¹ propõe-se a verificar quais dispositivos da legislação concorrencial colidem ou sofrem influência das medidas de proteção à indús-

1. Prêmio IBRAC TIM 2013 – Categoria: Graduação.

tria² e quais são os principais efeitos destas medidas sobre a dinâmica dos mercados e concorrência. Pretende-se ainda destacar os eventuais prejuízos gerados pela ausência de consideração de questões concorrenciais durante o processo de aplicação de medidas de proteção à indústria. Por fim, há de se avaliar em que medida o atual modelo, que privilegia a completa independência entre as autoridades antitruste e de regulação do comércio exterior, poderá ser aprimorado no intuito de criar ambiente de maior cooperação entre as agências e dirimir a dimensão dos conflitos atualmente existentes.

O recente aumento da adoção de medidas de proteção à indústria pelo Brasil torna indiscutível a atualidade do tema abordado. Como exemplo, pode-se mencionar que, entre outubro de 2012 e abril de 2013, o Brasil o foi responsável pela abertura de um quarto das investigações mundiais para aplicação de medidas *antidumping*, tendo ocupado a primeira posição no *ranking* mundial.

No dizer de Tavares,³ a interação entre as medidas de proteção à indústria e o antitruste é polêmica por razões tanto econômicas quanto jurídicas. Do ponto de vista jurídico, as medidas de proteção permitem que práticas usualmente classificadas como infração à legislação concorrencial, como a fixação de preços e restrição de quantidade, sejam adotadas como parte de uma política governamental. Por outro lado, as medidas de proteção impedem que seja concretizada a livre concorrência, fundamento da legislação antitruste, bem como reduz a possibilidade de acesso a produtos alternativos pelos consumidores. Do ponto de vista econômico, a proteção à indústria e a defesa da concorrência possuem objetivos distintos e, por vezes, conflitantes: enquanto as medidas de proteção são utilizadas para auxiliar indústrias que sofreram perdas em razão do aumento das importações, o antitruste pretende fomentar a eficiência dos mercados e o bem-estar dos consumidores.

2. As medidas de proteção à indústria nacional, para o fim do presente trabalho, podem ser entendidas como todas as medidas capazes de gerar o aumento de barreiras tarifárias ou não tarifárias às importações com o objetivo real ou declarado de proteger a indústria nacional dos efeitos da concorrência internacional. É possível subdividi-las em duas classes: as medidas de defesa comercial previstas no âmbito do GATT, quais sejam, as salvaguardas, as medidas compensatórias e as medidas *antidumping*; e as medidas não reguladas pelo mencionado acordo, mas que possuam como efeito potencial a imposição de restrições diretas ou indiretas ao livre comércio.

3. ARAUJO JR., José Tavares. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. Divisão de comércio internacional e integração comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001. p. 7. Disponível em: [www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf].

2. MEDIDAS DE PROTEÇÃO À INDÚSTRIA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DICOTOMIAS

2.1 *Justificativas para a aplicação de medidas de proteção à indústria*

A aplicação das medidas de proteção à indústria estará relacionada à noção de que indústria doméstica sofreu ou poderia sofrer perdas decorrentes das importações. O objetivo das legislações que instituem medidas de defesa comercial não é outro senão a proteção da indústria nacional frente ao crescimento da participação de mercado das empresas estrangeiras. Tal objetivo resta claro desde a promulgação das primeiras leis sobre o tema.⁴

As medidas de proteção à indústria surgem, portanto, como formas de delimitar o alcance do comércio internacional. Gradativamente, estas medidas tornaram-se válvulas de escape ao processo de liberalização comercial, ao aliviar a pressão gerada por empresas estrangeiras mais competitivas sobre seus concorrentes nacionais. A utilização destas válvulas de escape é justificada pela necessidade de proteção da indústria nacional incipiente, que poderá encontrar condições para o seu desenvolvimento, ou ainda, a continuidade de uma indústria nacional consolidada.

Castilho entende que a imposição de medias *antidumping*, por exemplo, seria uma forma alternativa à redução das tarifas conduzidas pelas negociações multilaterais.⁵ Desta forma, tal medida de defesa comercial seria uma forma de reduzir os efeitos das reformas liberalizantes negociadas em discussões multilaterais.

Entretanto, outros autores consideram que a proteção à indústria poderá ser essencial para o desenvolvimento de determinados setores. Neste sentido, Carvalho aponta que o mercado apresenta falhas que podem comprometer a estratégia de desenvolvimento. Portanto, em alguns setores, por conta da intensidade da escala de produção, os custos elevados de investimento, ou dos

4. Embora a jurisprudência sobre o tema sustente que o *Antidumping Act* de 1916 estava vinculado à legislação antitruste, ao tornar-se um instrumento contra a prática de preço predatório nas importações, a doutrina aponta que a promulgação da lei foi fundada no temor de que a indústria alemã utilizasse as exportações como meio de se restabelecer das perdas sofridas durante a Primeira Guerra Mundial. DE KEYSER, Philip. Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: An easy case? Nova Iorque. Disponível em: [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482].

5. CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas antidumping aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, jul.-set. 2009.

riscos e incertezas da atividade empresarial, os agentes necessitam de impulso governamental. A falta destes incentivos poderia reduzir o desempenho de atividades econômicas essenciais para promover o crescimento econômico e sustentabilidade do país, de sorte que se fazem necessários mecanismos de correção e fomento dos mercados.⁶

A proteção governamental, portanto, corrigiria falhas de mercado, preveniria crises e auxiliaria empresas nacionais a suportarem a perda de mercado para competidores estrangeiros. Em retorno, estas empresas favoreceriam o desenvolvimento econômico ao atuar em pesquisa e desenvolvimento, os quais seriam fatores capazes de aumentar a produtividade e reforçar setores estratégicos da economia.

Como exemplo, pode-se mencionar que incentivos a setores de alta tecnologia seriam capazes de gerar benefícios como empregos para profissionais qualificados, aumento da segurança nacional, criação de fornecedores de insumos essenciais mais competitivos e difusão de tecnologias para outros setores da economia.⁷ Estes incentivos trariam, portanto, um retorno social, visto que outros setores da sociedade poderiam apropriar-se dos resultados gerados, que superaria, por vezes, o retorno financeiro privado obtido pela empresa desenvolvedora.⁸

Conclui-se que, de forma geral, a proteção se justificaria pelos benefícios gerados não só à indústria-alvo da proteção governamental, mas também à economia do país como um todo.

2.2 Medidas de proteção à indústria e legislação concorrencial

O sistema brasileiro de defesa da concorrência atua em duas frentes distintas: o controle de estruturas e o controle de condutas. Desta forma, os efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria sob o ambiente concorrencial deverão ser analisados sob ambas as óticas.

Em relação ao controle de condutas, este estará relacionado à prática de determinadas operações empresariais, incluindo fusões, aquisições diretas e indiretas, incorporações, celebração de contratos associativos e *joint ventures*.

6. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 104.

7. TYSON, L. D. *Who's bashing Whom? Trade Conflict in High-technology Industries*. Washington: Peterson Institute, 1992. p. 30.

8. Idem, p. 32.

As medidas de proteção à indústria não causam efeitos semelhantes àqueles gerados pelos atos de concentração, isto porque uma medida *antidumping*, por exemplo, não terá o condão de transferir ativos no mercado ou modificar as condições estruturais deste.

Por outro lado, as medidas de defesa comercial podem ter impactos sobre a definição do mercado afetado por determinada operação societária. A Portaria Conjunta Seae/SDE 50, de 01.08.2001, estabeleceu princípios comuns para a sistematização da análise de atos de concentração econômica horizontal submetidos à aprovação do Cade, consolidados no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração ("Guia de Análise").

O Guia de Análise prevê as hipóteses em que o papel das importações será considerado na análise das condições de mercado. A primeira delas diz respeito ao exercício de poder de mercado.⁹ O exercício do poder de mercado será menos provável conforme a expressividade das importações, que poderão constituir óbice ao possível aumento de preços ou demais atos previstos, posto que os consumidores podem optar em adquirir o produto em questão de produtores localizados fora do território nacional. Isto desestimularia a empresa detentora de poder de mercado a exercê-lo. Na mesma linha, o Guia de Análise considera que não existe probabilidade do exercício unilateral de poder de mercado caso as importações consistam em remédio efetivo contra o seu exercício.

O Guia de Análise também prevê que a possibilidade de importar também é fator inibidor do exercício do poder de mercado, de sorte que quanto maior for a possibilidade de importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido. Considera-se que um pequeno volume de importações não é suficiente para permitir o exercício de poder de mercado, mas o será caso exista a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis, em resposta a um pequeno, mas significativo e não transitório aumento dos preços domésticos.¹⁰

9. Nos termos do guia de análise, o poder de mercado poderá ser definido como o ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

10. A quantidade e prazo razoáveis para o aumento das importações serão considerados como aumento equivalente ao aumento de 30% do consumo aparente no período de um ano.

A mencionada possibilidade de importar será mensurada a partir de certos critérios objetivos e da análise das eventuais barreiras à entrada,¹¹ tais como custos de distribuição, existência de contratos de exclusividade entre importadores locais e empresas estrangeiras, e a capacidade dos importadores de aumentar a quantidade de importações sem a necessidade de investimentos em ativos físicos. Serão considerados, ainda, demais fatores como a influência exercida pelos produtos importados sobre os preços domésticos, o grau de estabilidade cambial, as tarifas de importação, os custos de internação dos produtos importados, a existência de barreiras não tarifárias, a natureza dos produtos e a preferência dos consumidores.

Portanto, a existência de barreiras não tarifárias, dentre as quais se incluem as medidas de defesa comercial, e as tarifas de importação serão fatores considerados relevantes para a apuração da possibilidade de que o produto importado será rival efetivo do produto doméstico, e que as importações são capazes de impedir o exercício de poder de mercado pelo produtor nacional. Ademais, o percentual do consumo nacional aparente do produto que é suprido pelas importações poderá contribuir para a determinação de que o mercado afetado pela operação possui dimensão internacional.

Já no que toca ao controle de condutas, há de se observar a possibilidade de que as medidas de proteção à indústria gerem efeitos análogos aos efeitos das condutas anticompetitivas, conforme previstos na legislação de defesa da concorrência.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, que constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, quaisquer atos que objetivem ou tenham o condão de produzir algum dos quatro efeitos listados, quais sejam: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, nos termos do inc. I; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços, nos termos do inc. II; (c) aumentar arbitrariamente os lucros, nos termos do inc. III; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante, nos termos do inc. IV.

Longe de questionar a licitude dos atos governamentais de proteção à indústria, é possível verificar a eventual produção dos efeitos mencionados pelo texto de lei quando da aplicação de medidas de proteção à indústria.

11. Barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas pré-estabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar na indústria. BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Harvard University Press, 1956. p. 93.

As medidas de defesa comercial resultam em sobretaxa aplicável aos produtos importados, sendo irrelevante para a presente análise a natureza jurídica ou a origem destas sobretaxas. As demais medidas de proteção à indústria, usualmente resultam no aumento de tributos relacionados ao processo de importação. É bastante claro que a aplicação de sobretaxas ou de tributos implica no aumento dos preços finais dos produtos, que será repassado aos consumidores. Este efeito é, aliás, o principal objetivo das medidas de proteção à indústria.

Para se analisar as consequências deste aumento de preços, há de se considerar que em todo o mercado existem duas formas de competição: os concorrentes existentes e os futuros entrantes.¹² A entrada de novos competidores internacionais, no entanto, poderá ser limitada pela existência de barreiras à entrada, que podem ser definidas como a possibilidade de que firmas pré-estabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar naquele mercado.¹³

O aumento dos preços finais dos produtos em razão da sobretaxa aplicada poderá, desta forma, constituir barreira à entrada na medida em que limita a entrada de novos competidores internacionais, ainda que as firmas pré-estabelecidas pratiquem preços superiores àqueles esperados em uma situação de concorrência ideal. Desconsiderando-se as situações em que o novo entrante pratique preços inferiores aos da indústria nacional a ponto de permanecerem competitivos ainda que seja aplicável sobretaxa, os novos entrantes serão obrigados a praticar, em sua maioria, preços idênticos ou superiores aos da indústria nacional.

Este cenário certamente poderá sofrer variações. A prática de preços inferiores àqueles utilizados para o cálculo da margem de proteção poderá incentivar a indústria doméstica a formular pedido de revisão da medida aplicada.

No caso específico das medidas *antidumping*, poderá, ainda, o novo entrante requerer a revisão da medida, visto não ter participado das investigações que originaram a imposição da sobretaxa.¹⁴ Esta disposição foi recentemente regulamentada, não existindo exemplos de sua utilização nos termos da nova legislação aplicável.¹⁵ De qualquer forma, o pedido de revisão de novo entrante

12. Voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado no Ato de Concentração n. 27/1995, j. 18.09.1996, p. 69.

13. BAIN, Jon. Op. cit., p. 93.

14. Conforme art. 113 e ss. do Dec. 8.058/2013.

15. Embora a revisão de novo entrante já fosse prevista pelo Dec. 1.602/1995, a disposição jamais fora regulamentada. Os arts. 113 a 120 do Dec. 8.058/2013 trazem as disposições específicas relacionadas à revisão de novo entrante.

representa dificuldades à entrada do produtor internacional ao acarretar custos adicionais com o início de um dispendioso processo administrativo cujas chances de sucesso serão, no mínimo, questionáveis. Talvez por estes fatores um pleito desta natureza tenha sido formulado apenas uma vez e jamais concluído.¹⁶

É relevante ponderar, ainda, o eventual decréscimo na disposição de um novo entrante para atuar em um mercado que aplique medida de proteção à indústria: é bastante plausível que este novo entrante entenda que os ambientes negocial e político no país em questão são desfavoráveis ao seu estabelecimento via importações. Desta forma, Leidy e Hoekman consideram que, em certa medida, a mera existência da legislação *antidumping* é capaz de restringir as importações e modificar o comportamento das firmas exportadoras.¹⁷

Tome-se como exemplo o produtor A, localizado no exterior, que deseja comercializar o produto X para outro território. O produto X, no entanto, está sujeito a direito *antidumping* recolhido no montante de 15% do valor do produto importado. O produtor A poderia praticar o preço de R\$ 100,00 por tonelada do produto, caso inexistisse a medida *antidumping*. O preço médio de comercialização do produto X pela indústria doméstica é de R\$ 110,00 por tonelada.

Neste caso hipotético, o produtor A poderá comercializar o produto X ao valor de R\$ 100,00, mas este será revendido a R\$ 115,00, ou ainda, poderá diminuir o valor de exportação para patamar inferior a R\$ 95,65, a fim de que o produto X seja revendido a R\$ 110,00 ou menos. Na primeira hipótese, em que o valor do produto X é de R\$ 115,00, o produtor A estará em desvantagem competitiva. Na segunda hipótese, em que o valor do produto X é igual ou inferior a R\$ 110,00, o produtor A terá sua margem de lucro diminuída, além de ensejar possível ação de revisão da medida aplicada. Ambos os fatores possivelmente diminuirão a disposição do produtor A em prosseguir com seus planos de exportação. No mais, ainda que o produtor A possa utilizar-se de pedido de revisão da medida aplicada sob a alegação de que não realizava exportações para o dado território à época da aplicação do direito *antidumping*, é possível questionar a disposição do produtor A em arcar com os custos processuais.

Passa-se a análise da situação dos concorrentes existentes. O aumento de preços possivelmente impactará no volume de negócios dos concorrentes sujeitos a medida de proteção aplicada, em grau variável conforme o percentual

16. Conforme a Circular Secex n. 40, de 2013, publicada em 26.07.2013.

17. LEIDY, M., HOEKMAN, B. 1990. Production effects of price-and cost-based anti-dumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics* 23/873-895.

de aumento. Em situações nas quais o concorrente internacional originalmente praticava preços mais baixos que a indústria doméstica e a sobretaxa é superior à diferença entre os preços praticados, haverá a aniquilação de uma vantagem competitiva anteriormente detida pelo concorrente internacional. Em todo o caso, sempre haverá a redução da vantagem competitiva ou o aumento da desvantagem competitiva, quando os preços do concorrente internacional fossem mais altos que os da indústria doméstica.

Interessante ainda é a hipótese de aplicação de medida *antidumping* sobre bens produzidos por agente internacional monopolista em seu país de origem. Reconhece-se que a posição de monopolista leva o agente a aumentar seus preços.¹⁸ Caso o produtor A desfrutasse de posição monopolista no país de origem, é possível que o preço normal¹⁹ do produto fosse superior ao preço que poderia ser praticado em situações de concorrência. Quando este agente passa a exportar seus produtos, é possível que o faça a preços menores do que os praticados no país de origem, visto que nesta hipótese, o produtor não desfrutaria de posição monopolista para o país de exportação. Tal situação poderia ensejar, em tese, a aplicação de direito *antidumping* que tornasse a elevar os preços praticados a patamares semelhantes aos praticados em situação de monopólio.

Em todos os casos, como se vê, a aplicação de medidas de proteção à indústria poderá consistir em limitação à livre concorrência, seja por dificultar a entrada de novos competidores, seja por causar óbices à atuação dos competidores já existentes. Neste sentido, as medidas *antidumping* afeta a concorrência ao modificar a política de preços das firmas rivais.²⁰

Os incs. II e o IV, por sua vez, preveem as ações que visem à dominação do mercado relevante de bens ou serviços ou o exercício abusivo da posição dominante.²¹ Novamente, não se pretende discutir a licitude das medidas de

18. SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

19. A Seção 2.3.1. apresenta maiores informações sobre o conceito de valor normal.

20. ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-Fraçois. Who benefits from anti-dumping legislation? *Journal of International Economics* 38/321-337.

21. Sobre tais incisos, a seguinte lição é bastante esclarecedora: O primeiro caso é aquele em que o agente econômico dotado de poder econômico pretende dominar o mercado por meio de práticas anticompetitivas, eliminando a concorrentes e causando prejuízo ao consumidor. O segundo caso é aquele em que o agente econômico já dominou o mercado (posição dominante) e abusa de sua posição, para prejudicar competidores ou evitar que novos agentes passem a atuar em seu mercado. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Op. cit., p. 104.

proteção à indústria, mas a proximidade dos efeitos gerados por estas medidas com aqueles produzidos pelas infrações a ordem econômica.

A Lei 12.529/2011 prevê, em seu art. 36, § 2.º, que uma empresa ou grupo de empresas deterá posição dominante sempre que for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar ao menos 20% do mercado relevante, percentual este que poderá ser alterado pelo Cade conforme as condições específicas do mercado. Considerando que o requerimento de abertura de investigação para a aplicação de medidas *anti-dumping* e compensatórias deverá ser feito por empresas que detenham participação de ao menos 50% do mercado doméstico, é possível concluir que em diversos casos tais empresas deterão posição dominante no mercado analisado, salvo a possibilidade de análise em contrário pelo Cade.

É relevante notar que as medidas de proteção à indústria são instrumentos hábeis para reduzir efetivamente as quantidades importadas do produto protegido. Em estudo elaborado com base em 77 medidas *antidumping* aplicadas pelo Brasil entre 1995 e 2005, constatou-se que as quantidades importadas de determinado produto decaíram em até 80% no período dos três anos subsequentes a aplicação de medida *antidumping* para o país exportador.²² Ainda que o mesmo estudo demonstre que parte do mercado passou a ser suprida por produtores exportadores localizados em países não sujeitos às medidas *antidumping*, houve aumento de participação da participação da indústria doméstica, em alguma medida.

Tais características permitem que tanto a hipótese de dominação do mercado relevante quanto de abuso de posição dominante sejam plausíveis. As medidas de proteção à indústria podem auxiliar determinados agentes econômicos a aumentar seu poder de mercado ao eliminar concorrentes efetivos ou diminuir a entrada de concorrentes potenciais. Podem ainda auxiliar na manutenção da posição dominante detida pelo agente econômico ao dificultar a entrada de novos competidores.

Por fim, o inc. III prevê a conduta de aumento arbitrário dos lucros. Necessário destacar que após a década de 1990 passa-se a condenar a intervenção estatal na determinação de preços.²³ Portanto, é de grande dificuldade a definição de “lucro arbitrário”, dada a ausência de parâmetros que permitam definir

22. SOUZA JR., D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*, Mestrado, Brasília, UnB, 2010.

23. CARVALHO, Vinicius Marques, CORDOVIL, LEONOR; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Op. cit.*, p. 105.

qual seria o lucro máximo aceitável e a partir de qual momento este se tornaria arbitrário. O inc. III é, por tais razões, raramente utilizado pelas autoridades na definição de infrações à ordem econômica. Opta-se, assim, por não adentrar em maiores considerações a seu respeito ao longo deste trabalho.

Conclui-se, pois, que existe uma efetiva interação entre as medidas de proteção à indústria e diversos aspectos da legislação concorrencial que usualmente resultará em conflito destes aspectos. Nota-se que esta interação não se dá apenas no âmbito da análise econômica, mas também quanto ao próprio texto legal seja quanto aos fatores analisados, seja quanto aos objetivos perseguidos.

3. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se demonstrar que as medidas de proteção à indústria são capazes de influenciar de forma significativa a dinâmica da concorrência nos mercados.

Sobre os efeitos negativos das medidas *antidumping* sobre os mercados, um estudo formulado em 1995 pela *International Trade Commission*, demonstrou que a remoção das medidas *antidumping* vigentes em 1991 permitiria um ganho de 1.6 bilhões de dólares americanos para a economia do país. Esta conclusão, no entanto, não gerou quaisquer modificações na conduta do órgão nos anos subsequentes, sob a justificativa exposta nos comentários àquele estudo: o propósito das medidas *antidumping* e medidas compensatórias não é a proteção aos consumidores, mas sim a proteção aos produtores e trabalhadores nacionais, em oposição ao quanto previsto pela legislação antitruste. Portanto, não deveria causar surpresa o fato de que os benefícios de tais medidas são destinados aos produtores, enquanto seus custos devam ser suportados pelos consumidores. A adoção de medidas de defesa comercial é uma opção governamental diante da inexistência de uma política de livre comércio com abrangência mundial.²⁴

Neste sentido, resta inegável a relevância da questão para o direito da concorrência e para os órgãos de promoção e proteção da concorrência. Entende-se ainda que a atual postura adotada, de completa separação institucional entre os órgãos de comércio internacional e de promoção da concorrência, acaba por prejudicar os consumidores ao impedir a análise das condições de mercado e das prováveis consequências da medida aplicada. Neste sentido, cabe lem-

24. Relatório da *International Trade Commission*, 1995, p. VIII-IX apud ARAÚJO JR., José Tavares. Op. cit., p. 11.

brar a exposição de Carvalho, formulada no caso Braskem: a separação de competências levaria à inversão da lógica do sistema, e a política de defesa da indústria nacional, que deveria considerar os interesses dos consumidores, acabaria por se tornar uma mera aplicação burocrática de normas jurídicas.²⁵

A adoção de parâmetros concorrenciais na aplicação de medidas de defesa comercial foi inclusive recomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE no intuito de reduzir os efeitos deletérios destas medidas. Dentre os parâmetros sugeridos, incluíam-se a análise do possível impacto gerado pela medida sobre a estrutura dos mercados; competitividade; disponibilidade do bem sujeito à medida; investimento doméstico no mercado afetado; e efeitos sobre os consumidores.²⁶

A partir destas considerações, e diante da ineficácia dos mecanismos de co-opeção utilizados nas últimas décadas, entende-se necessário que o tema seja rediscutido. O atual sistema desconsidera as diversas facetas que deveriam ser reconhecidas quando da intervenção governamental nos mercados, e baseia-se na lógica de competências institucionais estanques, o que impede, em grande medida, a troca de informações entre autoridade governamental especializada com seus pares.

Para que não se incorra em lacunas, há de se mencionar que a análise antitruste também poderia ser feita, em tese, pelo Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP vinculado à Camex.²⁷ Desde 2012, cabe ao GTIP avaliar os pleitos e petições relacionadas à existência de questões de interesse público que pudessem ensejar a suspensão ou extinção de medidas de defesa comercial. Embora fosse razoável supor que os efeitos sobre a concorrência pudessem ser entendidos como questão de interesse público, há de se considerar que o GTIP não é, a princípio, órgão destinado à promoção e defesa da concorrência.

Neste sentido, cabe destacar que a Lei 12.529/2011 prevê que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC será formado Cade e pela Seae. Enquanto o Cade possui funções de caráter quase jurisdicional, a Seae atua de forma consultiva no intuito de promover a política de defesa da concorrência

25. Voto proferido pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no Ato de Concentração n. 08012.001205/2010-65 – Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobrás Química e Quattor Participações.

26. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and Trade Policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.

27. Conforme a Res. Camex 13, de 29.02.2012, publicada no *Diário Oficial da União* em 01.03.2012.

junto a outros órgãos governamentais. A legislação prevê que, dentre outras atribuições, a Seae poderá (a) elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Camex ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; e (b) manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos.²⁸

A análise do Cade, por sua vez, poderá ser requisitada por qualquer agente do mercado. Dentre as atribuições do Cade, encontra-se a análise de pleitos relacionados à infração à ordem econômica, ainda que estes envolvam a aplicação de medidas de proteção à indústria. Neste caso, caberá representação endereçada à Superintendência Geral do Cade. Entretanto, entende-se que ainda mais relevante é a análise, pelo Cade, dos casos em que as medidas de proteção à indústria sejam consideradas prejudiciais ao funcionamento do mercado, seja por restringir a opção de escolha dos consumidores, seja por reforçar posição dominante detida por agente econômico. Tais casos podem não abranger discussões sobre a existência de infração à ordem econômica, mas tratar apenas da análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria sobre a concorrência. Para estes casos, no entanto, não há previsão legal ou regimental de procedimento administrativo que poderia ser utilizado pela parte interessada a fim de requerer que tal avaliação seja feita pelo Cade.

Conclui-se, pois, que a análise dos efeitos gerados pelas medidas de proteção à indústria poderá ser feita, em tese, tanto pelo Cade quanto pela Seae e em ambas as situações existirão limitações e vantagens específicas. A partir de tais considerações, passa-se ao traçado dos principais pontos que deveriam constar de um possível mecanismo de cooperação mais eficiente.

Neste sentido, considera-se indispensável que a requisição de análise possa ser formulada por agentes privados e não apenas por órgãos governamentais. Como se percebe pela análise da jurisprudência do Cade,²⁹ questões concorrenciais são usualmente abordadas por agentes diretamente interessados na

28. Art. 19, IV e VII, da Lei 12.529/2011.

29. Conforme a análise dos seguintes casos: Processo Administrativo 08012.008088/2003-31 – Bérkel Chapas Acrílicas Ltda. e Unigel Química S.A., Proquigel Química S.A. e Resárbras da Bahia S.A.; Ato de Concentração n. 08012.001637/2007-71 – Hindalco Industries Ltda. e Novelis Inc.; Requerimento n. 08700.001571/2009-22 – Itap Bemis

manutenção do nível das importações de determinado produto, de sorte que a impossibilidade de que tais agentes formulem requisições poderá reduzir substancialmente o número de casos analisados sob a ótica antitruste.

Nota-se ainda que a análise prévia à aplicação de medida de proteção à indústria poderá ser mais produtiva do que a análise posterior. Eventual decisão exarada pelo Cade ou parecer apresentado pela Seae poderiam ser considerados pela Camex quando da decisão pela aplicação ou não de medida de defesa comercial ou quando da determinação dos produtos que comporiam a lista de exceções à TEC, por exemplo. Entende-se que a cooperação ocorrida antes da aplicação de medida resultará em diálogo mais fácil do que a apresentação de considerações posteriores à sua implementação, até mesmo em razão dos limites legais para a revisão de medidas já aplicadas.

Acerca da impossibilidade de apreciação pelo Cade dos efeitos gerados por medida de defesa comercial ainda não aplicada, considera-se que a cooperação entre autoridades poderia ocorrer em momento posterior à investigação do Decom e anterior à apreciação do pleito pela Camex. Desta forma, já seriam conhecidas as características que provavelmente comporiam uma medida de defesa comercial, como os países exportadores e a margem de aplicação, os quais poderiam subsidiar a análise dos possíveis efeitos da medida.

Conclui-se, pois, que idealmente a cooperação entre as autoridades deveria ocorrer de forma prévia. Restaria mantida a competência do Cade para o julgamento de procedimentos administrativos envolvendo medidas de proteção à indústria já aplicadas, como atos de concentração e processos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. A cooperação prévia poderia ocorrer tanto por meio do Cade quanto por meio da Seae, sempre em caráter consultivo. O pedido de análise dos aspectos concorrenciais e das condições do mercado poderia ser formulado tanto por agentes privados, quanto pelas autoridades de comércio exterior.

Entretanto, como já visto, não há previsão na legislação vigente que contemple os requisitos acima elencados. Faz-se necessário o desenvolvimento de novos instrumentos legais que permitam a maior presença de elementos da análise antitruste no procedimento de aplicação de medidas de defesa comercial e, quando possível, de outras medidas de proteção à indústria.

Por fim, entende-se salutar a assinatura de acordos de cooperação técnica entre o Cade, a Camex e o MDIC, a semelhança dos acordos já firmados entre

o Cade e outras entidades, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS³⁰ e a Associação dos Juizes Federais – Ajufe.³¹ Um acordo do gênero poderá prever hipóteses de cooperação mais abrangentes, para além da mera expedição de pareceres técnicos e trocas de informação. Como exemplo, outros acordos de cooperação firmados pelo Cade incluem previsões para o desenvolvimento conjunto de atividades de pesquisa, realização de seminários e capacitação de servidores. Um esforço conjunto neste sentido poderia auxiliar na conscientização sobre a natureza complementar das políticas concorrencial e de proteção à indústria e na criação de bases para uma cooperação efetiva e bem sucedida entre os órgãos.

4. BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Simon; SCHMITT, Nicolas; THISSE, Jacques-Fraçois. Who benefits from antidumping legislation? *Journal of International Economics*. 38 (1995). p. 321-337.
- ARAÚJO JR., José Tavares. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. Divisão de comércio internacional e integração comercial da Organização das Nações Unidas, dez. 2001. p. 7. Disponível em: [www.eclac.org/publicaciones/xml/0/9040/lcl1685i.pdf].
- BAIN, Jon. *Barriers to new competition*. Harvard University Press, 1956.
- CASTILHO, Marta Reis. O impacto das medidas *antidumping* aplicadas pelos EUA sobre as exportações brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. Rio de Janeiro: Funcex, jul.-set. 2009.
- CARVALHO, Vinícius Marques, CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DE KEYSER, Philip. Exploring WTO dispute settlement in US Anti-dumping Act 1916: An easy case? Nova Iorque. Disponível em: [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013101-02.html#P28_4482].
- LEIDY, M., HOEKMAN, B. 1990. Production effects of price- and cost-based anti-dumping laws under flexible exchange rates. *Canadian Journal of Economics*. 23, p. 873-895.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition and Trade Policies: their interaction*. Paris: OCDE, 1984.

30. A íntegra do acordo está disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Acordo%20da%20ANS%20(2).pdf].

31. A íntegra do acordo está disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Acordo%20AJUFE.pdf].

SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA JR., D. P. *Um estudo sobre os efeitos das ações antidumping nas importações brasileiras*. Mestrado, Brasília, UnB, 2010.

TYSON, L. D. *Who's bashing Whom? Trade Conflict in High-technology Industries*. Washington: Peterson Institute, 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa comercial no Brasil, de Armando Meziat – *RIBRAC* 4/207;
- Defesa comercial x defesa da concorrência: o que triunfará nas relações comerciais internacionais?, de Ana Carla Bliacheriene – *RIBRAC* 14/71; e
- Painel I – A defesa comercial no Brasil, de Vários Autores – *RIBRAC* 9/5.

A SELEÇÃO NAS INVESTIGAÇÕES DE *DUMPING*: A LEGISLAÇÃO E A PRÁTICA BRASILEIRA À LUZ DAS REGRAS MULTILATERAIS

BÁRBARA MEDRADO DIAS SILVEIRA

Graduada em Engenharia de Produção pela UFRJ. Pós-graduanda em Defesa Comercial pelo IBMEC. Analista de Comércio Exterior do MDIC.

PATRICIA COSTA RODRIGUES

Graduada em Relações Internacionais pela UnB. Pós-graduanda em Defesa Comercial pelo IBMEC. Analista de Comércio Exterior do MDIC.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: Há pouco tempo, não eram realizadas seleções de exportadores ou produtores exportadores pela autoridade investigadora brasileira. De fato, apesar de existir a faculdade de se limitar o número de exportadores que teriam seus dados examinados, conforme o art. 6.10 do ADA, o Decom não realizava tais seleções. Nos últimos anos, entretanto, o número de respostas veio aumentando significativamente. A prática do Decom evoluiu, então, no sentido de selecionar, antes de enviar os questionários, quais empresas teriam sua margem de *dumping* calculada com base nos dados por elas fornecidos. Este artigo tem o objetivo de explicar as normas que envolvem tal questão, no âmbito multilateral e nacional, e a prática do Decom.

PALAVRAS-CHAVE: *Dumping* – Defesa comercial – Organização Mundial do Comércio – Seleção de exportadores – Decom.

ABSTRACT: Until recently there was no selection of producers/exporters in the dumping investigations conducted by the Brazilian investigation authority, despite its prerogative to limit the number of exporters that would have their data examined, according to the art. 6.10 of the ADA. However, in recent times, the number of responses has increased significantly. Decom's practice has evolved towards selecting the exporters that would have their individual margin of dumping calculated based upon the data provided by them, before sending out questionnaires. This article aims at explaining the rules regarding this subject, in the multilateral and national spheres, along with decom's practice.

KEYWORDS: Dumping – Trade remedies – World Trade Organization – Exporters sampling – Decom.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Base legal para a seleção – 3. Como funciona – 4. Segunda seleção – 5. Cálculo da margem de *dumping* – 6. Prática de outros países – 7. Evolução da prática brasileira – 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O cálculo da margem de *dumping* parece gerar muitas dúvidas entre as partes interessadas das investigações conduzidas pelo Departamento de Defesa Comercial (Decom), principalmente, quando se envolve a seleção de produtores/exportadores, e a criação de grupos com margens de *dumping* diferenciadas. Este artigo tem o objetivo de explicar as normas que envolvem tal questão, no âmbito multilateral e nacional, e a prática do Decom.

As regras definidas multilateralmente, no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC), preveem a possibilidade de seleção, não só de produtores/exportadores, mas também de importadores, de produtores e de tipos de produtos. O Decom, entretanto, nunca usou desse dispositivo para realizar seleção de importadores ou de tipos de produtos, mas apenas de produtores/exportadores. Por esse motivo, esse artigo se debruça mais sobre a seleção dos exportadores.

Há pouco tempo, não eram realizadas seleções de exportadores ou produtores exportadores pela autoridade investigadora brasileira. De fato, apesar de existir a faculdade de se limitar o número de exportadores que teriam seus dados examinados, conforme o art. 6.10 do ADA, o Decom não realizava tais seleções. Isso funcionava bem, já que o número de respostas recebidas não era muito elevado, e era possível analisar a todas sem prejuízos ao cumprimento dos prazos.

Nos últimos anos, entretanto, o número de respostas veio aumentando significativamente. Em alguns casos, inclusive, tal número era superior ao que o Decom conseguia analisar com os prazos e os recursos disponíveis.

Esse maior número de respostas aos questionários parece estar relacionado com a maior importância do Brasil no comércio internacional. Conforme ressaltado por Marco César Saraiva da Fonseca em seu artigo *A aplicação do direito antidumping – O conceito de ‘all others rate’*:

“Tem sido observada uma tendência de maior participação dos produtores/exportadores estrangeiros nas investigações conduzidas pelo Departamento, o que indica uma importância crescente do mercado brasileiro nos negócios das empresas.”¹

O caso emblemático, nesse sentido, foi o de Fios de Viscose, originários da Áustria, Índia, Indonésia, China, Tailândia e Taipé Chinês, em 2009. Foram

1. SARAIVA DA FONSECA, Marco César. *A aplicação do direito antidumping – O conceito de all others rate. Dumping, subsídios e salvaguardas – Revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial*. Ed. Singular, 2012. p. 291.

identificados 233 produtores/exportadores das origens investigadas. Ao findar o prazo para as respostas, entretanto, mais de 30 produtores/exportadores responderam aos questionários. Como analisar todas essas informações se configurou como uma sobrecarga desproporcional ao Decom, foi feita uma seleção e apenas 12 produtores/exportadores tiveram suas respostas analisadas.

A prática do Decom evoluiu, então, no sentido de selecionar, antes de enviar os questionários, quais empresas teriam sua margem de *dumping* calculada com base nos dados por elas fornecidos. O Acordo *Antidumping*, em seu art. 6.10, prevê dois métodos para essa seleção. O primeiro é a utilização de amostras estatisticamente válidas. O segundo é o uso do maior percentual razoavelmente investigável do volume de exportação do país investigado. Essa segunda opção é a adotada pelo Departamento de Defesa Comercial e parece ser a opção mais comumente escolhida pelas autoridades investigadoras ao redor do mundo. Essa prática foi positivada no novo Regulamento *Antidumping*, publicado através do Dec. 8.058, de 26.07.2013, em seu art. 28.

2. BASE LEGAL PARA A SELEÇÃO

A primeira frase do art. 6.10 do ADA determina que a autoridade investigadora deve calcular margens de *dumping* individuais para cada exportador ou produtor conhecido do produto sob consideração. A segunda frase do mesmo artigo, entretanto, permite que a autoridade não cumpra essa regra geral em determinadas situações.

Essas situações são aquelas em que o número de exportadores, produtores, importadores ou tipos de produtos é tão grande que tornaria a determinação impraticável. Nesses casos, as autoridades podem limitar seu exame a um número razoável de partes interessadas ou produtos usando amostras estatísticas, ou se ater ao maior percentual razoavelmente investigável do volume de exportações do país em questão.

O art. 28 do Dec. 8.058/2013, discorre sobre a utilização da seleção nas investigações *antidumping*. Além do já previsto pelo art. 6.10 do ADA, esse Decreto determina, também, que o Decom poderá incluir, a seu critério, outro produtor ou exportador na seleção.

3. COMO FUNCIONA

Conforme exposto acima, o critério para a seleção adotado pelo Decom é o volume exportado pelos produtores do produto investigado. Segundo o § 1.º do inc. II do art. 28 do Dec. 8.058/2013, a referida seleção incluirá os produ-

tores ou exportadores que, elencados em ordem decrescente de volume, forem responsáveis pelos maiores volumes de exportação para o Brasil.

A utilização ou não da seleção, e, caso seja utilizada, o número de produtores/exportadores selecionados varia caso a caso, já que depende de alguns fatores como: número de origens analisadas na investigação, número de produtores em cada origem e a distribuição de volume de exportação entre os produtores de cada país.

De fato, se a investigação analisar um número pequeno de origens e se cada país apresentar poucos produtores, provavelmente não haverá seleção, e todos os produtores que responderem adequadamente seus questionários terão suas margens calculadas com base nessas respostas.

De outro modo, se a investigação analisar várias origens e se cada origem tiver muitos produtores, uma seleção desses se torna imprescindível para a viabilização da investigação.

Os dois cenários acima se tratam de casos-limite, e o que se apresenta no dia a dia do Decom são casos singulares localizados entre esses dois extremos, de modo que o fato de haver seleção ou não é algo a ser analisado em cada situação particular. Em todo caso, é feita uma análise de custo-benefício, comparando-se os custos embutidos em se selecionar adicionalmente um produtor/exportador, e o ganho em representatividade proveniente dessa resposta a mais.

Sobre o número de selecionados, essa análise dependerá, dentre outros fatores, de como o percentual do volume exportado é distribuído entre os exportadores de uma mesma origem. Por exemplo, se dois produtores com maior volume exportado forem responsáveis por mais de 95% das exportações para o Brasil, a seleção de somente esses dois exportadores pode ser suficiente para a análise. Mas, se houver, no topo da lista, vários exportadores com volumes muito próximos, a seleção de um número maior destes será necessária para se alcançar o maior percentual razoavelmente investigável do volume de exportações do país em questão.

De fato, no caso EC – *Farmed Salmon* (DS-337) discutido no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, o painel explicou que o percentual razoavelmente investigável do volume de exportações de um país é uma questão que deve ser avaliada caso a caso, levando-se em consideração todos os fatos relevantes que estão diante da autoridade investigadora, incluindo a natureza e o tipo das partes interessadas, os produtos envolvidos e sua própria capacidade e recursos.

Um ponto importante a ser ressaltado é que o questionário do exportador enviado pelo Decom é direcionado para produtores exportadores, e não a tra-

ding companies. Nesse sentido, o § 5.º do inc. II do art. 28 do Dec. 8.058/2013, estabelece que o governo do país exportador poderá manifestar-se a respeito da seleção com o objetivo de esclarecer se as empresas selecionadas são exportadoras, *trading companies* ou produtoras do produto objeto da investigação, no prazo de até 10 dias, contado da data de ciência da notificação de início da investigação.² Essa disposição encontra respaldo na decisão do painel no caso EC – *Farmed Salmon from Norway* (DS-377), já que os painelistas indicaram que os países-membros podem escolher focar suas investigações em todos os exportadores conhecidos, todos os produtores conhecidos ou todos os produtores e exportadores conhecidos.

Cabe ressaltar que mesmo havendo seleção, o Decom não desencoraja que produtores/exportadores enviem voluntariamente suas respostas aos questionários. De fato, o art. 6.10 do ADA dispõe que no caso de as autoridades terem realizado seleção e limitado seu exame, elas deverão, não obstante, determinar a margem individual de *dumping* para cada exportador ou produtor que não tenha sido inicialmente incluído na seleção, mas que venha a apresentar a necessária informação a tempo de que esta seja considerada durante o processo de investigação.

Faz-se uma ressalva, porém, para as situações em que essa análise de casos individuais resulte em sobrecarga despropositada para as autoridades e impeça a conclusão da investigação dentro dos prazos prescritos. Esses questionários se encontram no site do Ministério e podem ser acessados através do endereço eletrônico disposto nos ofícios de abertura que são enviados para cada exportador quando do início da investigação.

4. SEGUNDA SELEÇÃO

Caso alguns ou todos os produtores selecionados não respondam ao questionário, ou caso alguma empresa selecionada se tratar, por exemplo, de uma *trading company* ou de empresa que não exporte o produto investigado, uma nova seleção pode ser realizada. Assim como na primeira seleção, o critério utilizado será o volume exportado, e o(s) novo(s) exportador(es) selecionado(s) será(ão) aquele(s) responsável(eis) pelo maior volume dentre os produtores remanescentes.

Nesses casos em que exportadores selecionados não respondem ao questionário, respostas enviadas voluntariamente também podem ser utilizadas,

2. A data da ciência da notificação é considerada como o 10.º dia após a expedição da notificação de abertura, em razão da dificuldade de se saber exatamente quando as partes interessadas receberam tal notificação.

evitando, nas situações em que essas forem em número suficiente, uma nova seleção.

Ressalte-se que apesar de os produtores escolhidos na primeira seleção disporem da prerrogativa de solicitar uma extensão do prazo de resposta ao questionário, conforme o disposto no § 1.º do art. 50; os produtores escolhidos na segunda seleção, normalmente, não disporão dessa possibilidade de dilação de prazo, já que isso poderia comprometer os prazos da investigação. Ademais, tal prorrogação poderia criar a expectativa nos voluntários de que o Decom teria decidido por analisar suas repostas.

5. CÁLCULO DA MARGEM DE DUMPING

O cálculo da margem de *dumping* nos casos em que foi feita seleção está regulado pelo art. 9.4 do ADA. Nesse dispositivo, está definido que quando as autoridades tiverem limitado seu exame, conforme o disposto no segundo período do parágrafo 12 do art. 6, os direitos *antidumping* aplicados às importações dos exportadores ou produtores não incluídos no exame não poderão exceder a média ponderada da margem de *dumping* estabelecida para o grupo selecionado de exportadores ou produtores.

No âmbito da prática do Decom, nos casos em que há seleção, o cálculo da margem de *dumping* é feito pelo agrupamento dos exportadores conforme sua participação na investigação. O grupo 1 é composto por aquelas empresas selecionadas que responderam ao questionário e que terão, portanto, sua margem de *dumping* calculada com base nos dados por elas fornecidos. O grupo 2 é representado pelas empresas identificadas pelo Decom, mas que não foram selecionadas. O grupo 3 é composto pelos produtores exportadores não identificados, como, por exemplo, aqueles que não exportaram o produto no período de investigação, e pelas empresas que tiveram suas margens calculadas com base em fatos disponíveis.

O cálculo da margem de *dumping* para o grupo 1 é feito de forma individualizada para cada empresa, de acordo com os dados enviados na resposta ao questionário do exportador, e confirmados através de verificação *in loco*. A margem de *dumping* do grupo 2 será a média ponderada das margens calculadas para os produtores do grupo 1, excetuando-se as margens obtidas com o uso de melhor informação disponível, margens de *dumping* zero ou *de minimis*.

Para os demais produtores ou exportadores, ou seja, aqueles situados no grupo 3, suas margens serão calculadas com base na melhor informação dis-

ponível, nos termos do § 3.º do art. 50 do Dec. 8.058/2013. Essa margem de *dumping* determinada para esse grupo é conhecida como *all others rate*.

Ressalte-se que, quanto aos “novos exportadores”, ou seja, aqueles que não exportaram o produto investigado para o Brasil durante o período de análise de *dumping*, mas que querem começar a fazê-lo, o Acordo *Antidumping* dispõe sobre o direito dessas partes a terem uma revisão sumária, como forma de individualizar a sua respectiva margem de *dumping*. Isso está previsto na Seção III (Das revisões relativas ao escopo e à cobrança do direito), Subseção I (Da revisão para novos produtores ou exportadores) do Regulamento *Antidumping*.

Cabe ressaltar que pode haver casos em que não haja respostas de produtores/exportadores selecionados, mesmo após a segunda seleção, mas apenas de voluntários. Isso não significa que esses voluntários serão considerados grupo 1. De fato, o Decom pode decidir não usar essas respostas voluntárias para calcular a margem de *dumping* do grupo 2, já que isso poderia estimular a prática dos exportadores de “escolher” quem deveria responder o questionário, a fim de garantir uma melhor margem para o país.

Sobre partes relacionadas, o novo Regulamento *Antidumping*, em seu art. 28, II, § 9.º, define, também, que, para fins de determinação de margem individual de *dumping* e de aplicação de direitos *antidumping*, pessoas jurídicas distintas poderão ser tratadas como um único produtor ou exportador quando demonstrado que a relação estrutural e comercial das entidades entre si, ou com uma terceira entidade, é próxima o suficiente. Essa disposição é coerente com o definido no caso de *Certain Papers* (DS-312) levado ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, em 2005.

6. PRÁTICA DE OUTROS PAÍSES

Ao se comparar o Acordo *Antidumping* com a Regulação Básica da Comunidade Europeia sobre *Antidumping*, percebe-se que o disposto sobre seleção em tal regulação é mais amplo do que o encontrado no art. 6.10 do ADA. De fato, a legislação europeia prevê a possibilidade de se fazer seleção também de peticionários e de determinadas transações de vendas.

De acordo com T. D. Satish, em seu artigo “Sampling in anti-dumping investigations – Understanding EC’s practice”, a seleção de exportadores é prática comum da autoridade investigadora europeia, mas também houve casos de seleção de importadores (como na investigação “Certain handbags from China”, de 1997), de produtores da indústria doméstica (na investigação “Farmed Salmon from Norway and Chile”, de 2003) e de tipos de produtos importados

pela União Europeia (na investigação “Hairbrushes from China PR., Korea, Taiwan, Thailand, Hong Kong”, de 2000). Nesse artigo, também é ressaltado que a seleção poderia ser feita por amostra estatisticamente válida, mas que isso é dificultado pela ausência de informações estatisticamente válidas disponíveis no momento da seleção.

Conforme o exposto no “Antidumping and Countervailing Duty Handbook”, manual publicado pela *United States International Trade Commission*, positivado na seção 777 A (e) (1) do “Tariff Act of 1930” e em consonância com o Acordo Antidumping, a *United States International Trade Commission* (ITC) normalmente envia questionários para todos os produtores domésticos, importadores e produtores/exportadores do produto investigado, a não ser que o número desses seja *unusually large*. Nesses casos, a ITC tem a prerrogativa de selecionar produtores/exportadores, importadores, produtores domésticos e tipos de produtos.

Além disso, na análise de *dumping* em investigações originais, de acordo com o “2009 Antidumping Manual”, manual disponível no website da *US Import Administration*, o *Department of Commerce* (DOC), segue o positivado na seção 351.204 (c) 1 de sua regulação *antidumping*, seção a qual está de acordo com o disposto no art. 6.10 do ADA. Se não for praticável o exame das informações de todas as partes, o DOC também realiza seleção de produtores/exportadores baseada em amostra estatisticamente válida ou de acordo com o volume exportado do produto investigado no período de análise de *dumping*, também de acordo com a seção 777A do *Tariff Act of 1930*.

Uma grande diferença do previsto pela legislação estadunidense e a prática brasileira se encontra no fato de a ITC enviar questionários para todos os importadores, inclusive para aqueles que adquiriram o produto em questão de país(es) não investigado(s) e, também, pelo seu poder de impelir importadores e produtores norte-americanos a responder aos questionários (*subpoena*), aplicando-se o disposto na seção 333 do 19 U.S.C § 1333 (a), como ressaltado no manual da ITC anteriormente citado. Já com relação aos produtores/exportadores, nem a ITC, nem o DOC têm o poder de *subpoena*, sendo a consequência da não cooperação as determinações de ambas as autoridades com base na melhor informação disponível.

7. EVOLUÇÃO DA PRÁTICA BRASILEIRA

Conforme exposto anteriormente, a prática brasileira quanto à seleção de produtores exportadores apresentou algumas mudanças nos últimos anos. Para demonstrar empiricamente esse fato, serão apresentados a seguir alguns dados,

os quais explicitam (a) as investigações *antidumping* originais e as revisões encerradas com aplicação/prorrogação de direito *antidumping* em 2010, 2011, 2012 e 2013 (janeiro a julho); (b) o número de produtores/exportadores notificados em cada caso; (c) o número de produtores/exportadores com oportunidade de resposta aos questionários do produtor/exportador preparados pelo Decom; e (d) a proporção das respostas recebidas em relação aos questionários disponibilizados.

2010				
Produto	Número de Exportadores Notificados	Produtores/Exportadores com oportunidade de resposta (A)	Número de Respostas Recebidas (B)	A/B (%)
Canetas esferográficas	216	216	1	0,46%
Calçados	635	635	3	0,47%
Cobertores de fibra sintética não elétricos	43	43	3	6,98%
Ímã de ferrite em forma de anel	24	24	0	0,00%
Sacos de juta	13	13	1	7,69%
Éter Monobutílico do Etilenoglicol – EBMEG	7	7	1	14,29%
Magnésio em pó	60	60	0	0,00%
PVC-S	40	40	0	0,00%
Resinas de Polipropileno (PP) ³	92	92	4	4,35%
Total	1.130	1.130	13	1,15%

Tabela 1 – Investigações e revisões com aplicação/prorrogação de direito antidumping encerradas em 2010

3. Ressalte-se que, nesse caso, não houve seleção por um motivo diferente. Foi enviado um pré-questionário para todos os produtores/exportadores norte-americanos, para obter informações para que a seleção fosse realizada, mas nenhuma resposta foi recebida.

2011				
Produto	Número de Exportadores Notificados	Produtores/ Exportadores com oportunidade de resposta (A)	Número de Respostas Recebidas (B)	A/B (%)
Sal grosso	1	1	1	100,00%
Borracha de Estirenobutadieno	5	5	4	80,00%
N-Butanol	5	5	4	80,00%
Diisocianato de Tolueno	4	4	3	75,00%
Papel supercalandrado	9	9	4	44,44%
Tubos de aço carbono (China)	17	17	3	17,65%
Malhas de viscose	158	158	14	8,86%
Objetos de vidro para mesa	11	11	2	18,18%
Fosfato Monocálcico (MCP)	1	1	1	100,00%
Garrafa térmica	3	3	0	0,00%
Tubos de aço carbono - Sem costura (Romênia)	44	44	0	0,00%
Total	258	258	36	13,95%

Tabela 2 – Investigações e revisões com aplicação/prorrogação de direito antidumping encerradas em 2011

2012				
Produto	Número de Exportadores Notificados	Produtores/ Exportadores com oportunidade de resposta (A)	Número de Respostas Recebidas (B)	A/B (%)
Filme ou Película de Tereftalato de Polietileno PET	6	6	3	50,00%
Papel couchê leve	34	34	7	20,59%
Ácido cítrico	55	5	6	120,00%
Magnésio metálico	5	5	0	0,00%

MDI polimérico	21	21	5	23,81%
Talheres	516	7	0	0,00%
Total	637	78	21	26,92%

Tabela 3 – Investigações e revisões com aplicação/prorrogação de direito antidumping encerradas em 2012

2013 (janeiro a julho)				
Produto	Número de Exportadores Notificados	Produtores/Exportadores com oportunidade de resposta (A)	Número de Respostas Recebidas (B)	A/B (%)
Leite em pó	5	5	0	0,00%
Resina de Policarbonato	8	8	2	25,00%
Laminados Planos de Aço Silício (GNO)	17	4	4	100,00%
Talhas manuais	20	3	0	0,00%
Ventiladores	9	4	0	0,00%
Pneus de automóveis	35	4	7	175,00%
Tubos de aço inoxidável	7	7	5	71,43%
Total	101	35	18	51,43%

Tabela 4 – Investigações e revisões com aplicação/prorrogação de direito antidumping encerradas em 2013 (janeiro a julho)

Quadro síntese				
Ano	Número de Exportadores Notificados	Produtores/Exportadores com oportunidade de resposta (A)	Número de Respostas Recebidas (B)	A/B (%)
2010	1130	1130	13	1,15%
2011	258	258	36	13,95%
2012	637	78	21	26,92%
2013 (janeiro-julho)	101	35	18	51,43%

Tabela 5 – Síntese de informações anteriores

Como se pode depreender da análise dos quadros acima, em 2010 e em 2011, todos os produtores/exportadores envolvidos nas investigações listadas tiveram a oportunidade de responder ao questionário para apresentação de seus dados, enquanto, em 2012 e em 2013, houve seleção nas investigações em que o número de produtores parecia ser excessivo. Ou seja, em 2010 e 2011, nenhum dos processos que foram encerrados com aplicação/prorrogação de direito *antidumping* fez uso de seleção em sua análise. Já em 2012, das seis investigações encerradas com aplicação/prorrogação de direito *antidumping*, em duas delas houve seleção de produtores/exportadores, sendo que, nesses casos, o número de produtores era 55 e 516, respectivamente.

Mesmo com o maior número de questionários disponibilizados nos dois primeiros períodos, percebe-se que a proporção das respostas recebidas apresentou crescimento expressivo, principalmente quando a seleção foi mais amplamente implementada. Em 2012 e 2013, houve, inclusive, casos nos quais a proporção dessas respostas foi maior que 100%, demonstrando que não somente os produtores/exportadores selecionados responderam ao questionário, mas também que houve respostas voluntárias daqueles não selecionados.

O quadro a seguir apresenta a comparação da proporção das investigações *antidumping* originais e revisões encerradas com aplicação/prorrogação de direito *antidumping* nas quais a seleção foi utilizada como ferramenta, em relação ao total das investigações encerradas com aplicação/prorrogação de direito *antidumping* em 2010, 2011, 2012 e 2013 (janeiro-julho).

Ano	Investigações Originais e Revisões (A)	Número de investigações com seleção de produtor/ exportador (B)	A/B (%)
2010	9	0	0%
2011	11	0	0%
2012	6	2	33,3%
2013 (janeiro-julho)	7	4	57,1%

Tabela 6 – Proporção de investigações com seleção

A análise conjunta do quadro acima com aqueles apresentados anteriormente demonstra que, com a maior relevância do mercado brasileiro aos exportadores estrangeiros, esses apresentam maior interesse em participar ativamente das investigações conduzidas pelo Departamento de Defesa Comercial, fato explicitado pelo crescimento da proporção das respostas aos questionários

(de 1,15% em 2010, para 13,9%, 26,92% e 51,43%, em 2011, 2012 e 2013, respectivamente). Tendo em vista que seria ineficiente, e até mesmo impraticável, analisar as respostas de todos os produtores identificados na base de dados como exportadores do produto similar no período de análise de *dumping*, a seleção ganha relevância como ferramenta de análise de tais dados pelo Decom, garantindo a celeridade e o cumprimento dos prazos das investigações. A maior importância da seleção como ferramenta de análise é corroborada pelo crescimento da proporção das investigações nas quais foi utilizada (saiu de 0%, em 2010 e 2011, e aumentou para 33,3% e 57,1%, em 2012 e 2013, respectivamente).

Mantendo-se esse ciclo, de maior participação dos produtores/exportadores nas investigações, a tendência é a de o Decom continuar utilizando a seleção, aumentando a proporção das investigações nas quais tal ferramenta é aplicada.

8. CONCLUSÃO

A prerrogativa de se realizar seleções em suas análises não era utilizada pelo Decom até recentemente, já que não havia necessidade em razão do baixo número de respostas aos questionários recebidas em cada investigação.

O aumento da importância do Brasil no cenário internacional parece estar intrinsicamente conectado com o aumento da participação das empresas exportadoras dos países investigados nos processos de investigação de *dumping*. Essa maior participação, entretanto, pode gerar um ônus excessivo ao Decom, quando uma seleção não é realizada e um número exacerbado de respostas deve ser analisado. Diante desse novo cenário, a realização de seleção dos produtores exportadores torna-se imprescindível.

A prática do Decom não pode ser estática e imutável. Ela tem que ser rígida no sentido de cumprir com as normas estabelecidas multilateralmente no âmbito da OMC e pelas legislações internas, mas tem de ser fluida no sentido de se adequar às constantes alterações do panorama do comércio exterior brasileiro, para garantir maior eficiência e eficácia ao sistema de defesa comercial do país.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRASIL. Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

- _____. Presidência da República. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013. Regula os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*; e altera o Anexo II ao Decreto 7.096, de 04 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.
- _____. Presidência da República Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995. Regula as normas que disciplinam os processos administrativos, relativos à aplicação de medidas *antidumping*.
- _____. Resolução Camex 24, de 28 de abril de 2010, publicada no *DOU* de 29.04.2010. Aplica direito *antidumping* definitivo, por até 5 anos, às importações brasileiras de canetas esferográficas fabricadas a base de resinas plásticas de corpo único tipo monobloco ou desmontável, retrátil ou não, com ou sem *grip*, com tinta gel ou a base de óleo, originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/819]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 14, de 04 de março de 2010, publicada no *DOU* de 05.03.2010. *Ad Referendum* – Aplica direito *antidumping* definitivo, por até 5 anos, nas importações brasileiras de calçados, classificados nas posições 6.402 a 6.405 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), quando originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/838]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 23, de 28 de abril de 2010, publicada no *DOU* de 29.04.2010. *Ad Referendum* – Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, às importações brasileiras de cobertores de fibras sintéticas, não elétricos, originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/671]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 37, de 26 de maio de 2010, publicada no *DOU* de 27.05.2010. Encerra a revisão com a prorrogação, por um prazo de até 5 anos, do direito *antidumping* aplicado sobre as importações brasileiras de ímãs de ferrite (cerâmico) em forma de anel, originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/680]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 66, de 02 de setembro de 2010, publicada no *DOU* de 03.09.2010. Prorroga os direitos *antidumping* definitivos, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicados às importações brasileiras de sacos de juta, originárias da República Popular de Bangladesh e da República da Índia, comumente classificadas no item 6305.10.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, a serem recolhidos sob a forma de alíquota específica fixa. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/965]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 73, de 05 de outubro de 2010, publicada no *DOU* de 07.10.2010. Prorroga o direito *antidumping* definitivo, por um prazo de

até 5 anos, aplicado às importações brasileiras de éter monobutílico do etilenoglicol – EBMEG (NCM 2909.43.10), originárias dos Estados Unidos da América (EUA). Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/702]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 74, de 05 de outubro de 2010, publicada no DOU de 07.10.2010. Prorroga o direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, aplicado às importações brasileiras de magnésio em pó, com o mínimo de 90% de magnésio e 10% máximo de cal (NCMs 8104.30.00 e 8104.90.00) originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/703]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 85, de 08 de dezembro de 2010, publicada no DOU de 09.12.2010. Prorroga o direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, aplicado às importações brasileiras de resina de policloreto de vinila, originárias dos EUA e do México e classificadas no código NCM 3904.10.10. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/709]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 86, de 08 de dezembro de 2010, publicada no DOU de 09.12.2010. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, às importações brasileiras de resina de polipropileno, homopolímero e copolímero, originárias dos Estados Unidos da América, classificadas nos códigos NCM 3902.10.20 e 3902.30.00. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/831]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 61, de 06 de setembro de 2011, publicada no DOU de 08.09.2011. Dispõe sobre a aplicação de direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de sal grosso que não seja destinado a consumo animal, inclusive humano, originárias da República do Chile e homologa compromisso de preço. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/762]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 38, de 01 de junho de 2011, publicada no DOU de 02.06.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, às importações brasileiras de borracha de estireno e butadieno das linhas 1502 e 1712, originárias da República da Coreia, comumente classificadas no item 4002.19.19 da Nomenclatura Comum do Mercosul. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/775]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 76, de 05 de outubro de 2011, publicada no DOU de 06.10.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de n-Butanol, exportadas pelos Estados Unidos da América. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/835]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 92, de 17 de novembro de 2011, publicada no DOU de 18.11.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de diisocianato de tolueno (TDI-

80/20), originárias dos EUA e da Argentina. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/837]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 75, de 05 de outubro de 2011, publicada no *DOU* de 06.10.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de papel supercalandrado, originárias das República Francesa, República Italiana e República da Hungria. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/813]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 63, de 06 de setembro de 2011, publicada no *DOU* de 08.09.2011. Dispõe sobre a aplicação de direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de tubos de aço carbono originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/764]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 20, de 07 de abril de 2011, publicada no *DOU* de 08.04.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 anos, às importações brasileiras de malhas de viscose, com ou sem elastano, originárias da República Popular da China, comumente classificadas nos códigos NCM 6004.10.41, 6004.10.42, 6004.10.43, 6004.10.44, 6004.90.40, 6006.41.00, 6006.42.00, 6006.43.00 e 6006.44.00. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/731]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 8, de 28 de fevereiro de 2011, publicada no *DOU* de 01.03.2011. Aplica direito *antidumping* definitivo, sob a forma de alíquota específica fixa, às importações brasileiras de objetos de mesa, de vidro, originárias da República Argentina, República da Indonésia e República Popular da China, comumente classificadas no item 7013.49.00 da NCM, por até cinco anos. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/770]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 71, de 20 de setembro de 2011, publicada no *DOU* de 21.09.2011. Prorroga o direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicado às importações brasileiras de Fosfato Monocálcico Mono-hidratado Grau Alimentício – MCP, originárias da República Argentina. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/782]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 46, de 11 de julho de 2011, publicada no *DOU* de 12.07.2011. Prorroga o direito *antidumping* definitivo, por até 5 anos, às importações brasileiras de garrafas térmicas originárias da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/750]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 54, de 09 de agosto de 2011, publicada no *DOU* de 10.08.2011. Prorroga direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até cinco anos, às importações brasileiras de tubos de aço carbono, sem costura, de condução (*line pipe*), utilizados para oleodutos e gasodutos, com diâmetro de até cinco polegadas, originárias da Romênia. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/757]. Acesso em: 31.08.2013.

- _____. Resolução Camex 14, de 29 de fevereiro de 2012, publicada no *DOU* de 01.03.2012. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações de filmes, chapas, folhas, películas, tiras e lâminas de poli(tereftalato de etileno), de espessura igual ou superior a 5 micrometros, e igual ou inferior a 50 micrometros (Filme PET), originárias dos Emirados Árabes Unidos, do México e da Turquia. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/845]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 25, de 19 de abril de 2012, publicada no *DOU* de 23.04.2012. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de papel couchê leve, originárias dos EUA, Finlândia, Suécia, Bélgica, Canadá e Alemanha. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/864]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 52, de 24 de julho de 2012, publicada no *DOU* de 25.07.2012. Dispõe sobre aplicação de direitos *antidumping* definitivos, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações de ácido cítrico e determinados sais do ácido cítrico, originárias da República Popular da China e homologa compromisso de preço. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/950]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 24, de 19 de abril de 2012, publicada no *DOU* de 23.04.2012. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de magnésio metálico em forma bruta, contendo pelo menos 99,8%, em peso, de magnésio, originárias da Rússia. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/863]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 77, de 29 de outubro de 2012, publicada no *DOU* de 31.10.2012. Dispõe sobre aplicação de direitos *antidumping* definitivos, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações de Diisocianato difenilmetano polimérico – MDI polimérico, originárias da República Popular da China e dos Estados Unidos da América. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/998]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 87, de 05 de dezembro de 2012, publicada no *DOU* de 06.12.2012. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de talheres integralmente fabricados em aço inoxidável, originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1011]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 2, de 05 de fevereiro de 2013, publicada no *DOU* de 06.02.2013. Prorroga direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicados às importações de leite em pó, integral ou desnatado, não fracionado, originárias da Nova Zelândia e União Europeia. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1025]. Acesso em: 31.08.2013.
- _____. Resolução Camex 43, de 19 de junho de 2013, publicada no *DOU* de 20.06.2013. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5

(cinco) anos, às importações brasileiras de resina de policarbonato, originárias do Reino da Tailândia. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1077]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 49, de 16 de julho de 2013, publicada no DOU de 17.07.2013. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de aços GNO, originárias da República Popular da China, República da Coreia e Taipé Chinês. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1084]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 51, de 16 de julho de 2013, publicada no DOU de 17.07.2013. Prorroga direitos *antidumping* definitivos, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicados às importações de talhas manuais de capacidade de carga de até 3 toneladas originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1095]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 52, de 16 de julho de 2013, publicada no DOU de 17.07.2013. Prorroga direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicado às importações brasileiras de ventiladores de mesa, originárias da República Popular da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1096]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 56, de 24 de julho de 2013, publicada no DOU de 29.07.2013. Prorroga direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, aplicado às importações brasileiras de pneus novos de borracha para automóveis de passageiros, originárias da China. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1100]. Acesso em: 31.08.2013.

_____. Resolução Camex 59, de 24 de julho de 2013, publicada no DOU de 29.07.2013. Aplica direito *antidumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de tubos com costura, de aços inoxidáveis austeníticos graus 304 e 316, originárias da China e de Taipé Chinês. Disponível em: [www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/1103]. Acesso em: 31.08.2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Title VII of the Tariff Act of 1930, updated through Pub. L. 103-465 (Uruguay Round Agreements Act-12/8/94) – Countervailing and Antidumping Duties. Disponível em: [http://ia.ita.doc.gov/regs/title7.html]. Acesso em: 04.09.2013.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR. Departamento de Defesa Comercial – Relatório Decom 2009. Defesa comercial: *antidumping* – Medidas compensatórias – Salvaguardas. Brasília: MDIC, 2000. Disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1275422571.PDF]. Acesso em: 04.09.2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. DS 312: Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper From Indonesia. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds312_e.htm]. Acesso em: 25.08.2013.

SARAIVA DA FONSECA, Marco César. *A aplicação do direito antidumping – O conceito de all others rate. Dumping, subsídios e salvaguardas – Revisitando aspectos técnicos dos instrumentos de defesa comercial*. Ed. Singular, 2012.

SATISH, T. D. Sampling in anti-dumping investigations – Understanding EC's practice. Disponível em: [<http://iblglobal.com/site/attachments/article/164/Sampling%20in%20anti-dumping%20investigations%20-%20Understanding%20EC's%20practice.pdf>]. Acesso em: 25.08.2013.

UNIÃO EUROPEIA. EU's basic antidumping regulation. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146035.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.

_____. DS 337: European Communities – Anti-Dumping Measure on Farmed Salmon from Norway. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds337_e.htm]. Acesso em: 25.08.2013.

UNITED STATES IMPORT ADMINISTRATION. 2009 Antidumping Manual. Disponível em: [<http://ia.ita.doc.gov/admanual/index.html>]. Acesso em: 04.09.2013.

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION. *Antidumping and Countervailing Duty Handbook*. 13. ed. Washington, 2008. Disponível em: [www.usitc.gov/trade_remedy/documents/handbook.pdf]. Acesso em: 04.09.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Entendendo o *dumping* e o direito *antidumping*, de Gustavo Fávaro Arruda – *RIBRAC* 12/9; e
- Painel II: rumos e implicações na área de regras (medidas *anti-dumping*, salvaguardas, subsídios e medidas compensatórias), de vários autores – *RIBRAC* 10/55.

Infrações à Ordem Econômica

FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA MÍNIMO NO CADE: O CASO SKF

CÉSAR MATTOS

Doutor em economia. Ex-conselheiro do Cade.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2013 condenou uma conduta de Fixação de Preço de Revenda mínimo (FPRm) implementada pela SKF do Brasil. A despeito de não se propor uma regra *per se*, a sinalização foi de que o Cade implementará uma regra da razão bastante estrita. Presume-se que a conduta é sempre danosa à concorrência, sendo o ônus da parte provar que houve eficiências. O artigo tem dois objetivos. Primeiro, avaliar a decisão do Cade à luz da teoria econômica da FPRm, indicando tratar-se de um retrocesso para o antitruste brasileiro. Critica-se não apenas o rigor excessivo da nova abordagem do FPRm no Cade, como também o tratamento inadequado do papel do poder de mercado, tanto unilateral como coordenado, no caso. Segundo, revisamos artigo do autor sobre o mesmo tema publicado em 2001 na *Revista do Ibrac* que indicava que a única possibilidade de o FPRm ser anticompetitivo seria quando tal conduta fosse instrumento para coordenar um cartel. No entanto, a nova teoria que prevê racionalidade à ideia de fechamento de mercado por integração vertical inclui a possibilidade que o mesmo efeito anticompetitivo possa ser gerado por FPRm. Isto implica que esta conduta pode ser o resultado tanto do abuso de poder de mercado coordenado como unilateral.

PALAVRAS-CHAVE: Fixação de preço de revenda – Regra da razão – Poder de mercado unilateral e coordenado – Fechamento vertical.

ABSTRACT: The Brazilian Competition Authority (Cade) has condemned in 2013 a case of minimum Retail Price Maintenance (mRPM) implemented by SKF do Brazil. Although it was not a decision in favor of a *per se* rule to mRPM, Cade pointed that it will implement a very strict *rule of reason* approach. Cade assumes that the conduct is always harmful to competition and that the defendant has the burden of proof to show its efficiencies and that it compensates those negative impacts. This article has two goals. First, to address Cade's decision in light of the economic theory of mRPM, arguing that this was a setback to Brazilian antitrust. We criticize not only the excessive rigor of the conduct analysis, but also the inappropriate treatment of the role of unilateral and coordinated market power in the case. Second, we review an author's article from 2001 in this *Revista do Ibrac*, which indicated that mRPM could only be anticompetitive if it helped to support a cartel. However, the new theory that provides rationality to the idea of market foreclosure by means of a vertical integration includes the possibility that the same anticompetitive effect can occur by means of an mRPM. The main implication of this rationale is that the mRPM can be the result not only of an abuse of coordinated market power, but also unilateral.

KEYWORDS: Retail price maintenance – Rule of reason unilateral and coordinated market power – Vertical foreclosure.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A hipótese de racionalidade em economia, na análise antitruste e no FPRm – 3. FPRm e poder coordenado de mercado: 3.1 A teoria econômica e os cartéis de fornecedores e revendedores no FPRm; 3.2 O poder coordenado no artigo de 2001; 3.3 O caso SKF e o poder coordenado – 4. Poder de mercado unilateral e FPR: 4.1 O FPRm apenas pode ser anticompetitivo quando suporta cartel?; 4.2 FPRm anticompetitivo por poder unilateral de mercado na nova teoria de fechamento vertical; 4.3 FPRm como conduta exclusionária e o caso SKF; 4.4 Poder unilateral no caso SKF – 5. Eficiências e o FPRm: 5.1 Teoria das eficiências do FPRm; 5.2 Eficiências no caso SKF – 6. Caso Everest: uma jurisprudência mais ou menos anterior a SKF – 7. FPRm: regra da razão vs. *per se* – 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2013 condenou uma conduta de Fixação de Preço de Revenda Mínimo (FPRm) implementada pela SKF do Brasil² relativa a rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, dentre outros. O voto vencedor do julgamento foi escrito pelo conselheiro Vinicius Carvalho, em vistas ao voto do rel. Conselheiro César Mattos, que havia votado pela não condenação.³ Foi fixada multa de 1% do faturamento do ano anterior, o mínimo legal no caso de condenação com base na lei anterior, Lei 8.884/1994.

O FPRm constitui uma conduta aparentemente paradoxal, o que é um resultado direto do conhecido problema de “marginalização dupla”, assim descrito pela Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico – OCDE (2008)⁴ em uma importante resenha sobre o tema que será bastante explorada neste artigo:

“RPM may seem like a puzzling practice since it is ordinarily in a manufacturer’s interest to minimize dealer profits, not enhance them. That is, a manufacturer should prefer the lowest retail prices because they will correspond to consumer demand that is as large as possible. Greater demand at the retail level translates into

-
1. Gostaria de agradecer a Jorge Fagundes por comentários a uma versão preliminar deste artigo. Os erros porventura existentes são de responsabilidade exclusiva do autor.
 2. Proc. Administrativo 08012.001271/2001-44. Todos os votos aqui mencionados podem ser encontrados em [www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc].
 3. Votou com o relator, apenas o Conselheiro Olavo Chinaglia. Votaram com o Conselheiro Vinicius Carvalho, os Conselheiros Fernando Furlan, Marcos Verissimo, Eduardo Pontual e Ricardo Ruiz, todos com seus próprios votos de vista.
 4. OCDE: *Roundtable on resale price maintenance*. DAF/Comp (2008) 37.

greater demand at the wholesale level. One would therefore expect manufacturers to encourage low prices and competition among distributors".

Assim para que os fornecedores tenham interesse em implementar um FPRm, deverão haver outros efeitos derivados da prática que compensem esta perda mais direta de lucros. Como veremos, a natureza destes efeitos é que definirá se o FPRm gera um efeito líquido positivo ou negativo.

Em 2001, escrevemos uma resenha sobre o FPR.⁵ Um dos principais pontos levantados era o choque entre a jurisprudência antitruste dos tribunais e agências de concorrência com a análise econômica da conduta. De um lado, as autoridades de concorrência sempre trataram o FPRm de forma bastante estrita, inclusive por um padrão de ilegalidade *per se* nos EUA a partir do famoso caso Dr. Miles Medical de 1911.⁶ Esta postura deriva da intuição inicial sobre a prática: como a essência do FPRm é aumentar o preço, a conduta geraria prejuízo inequívoco ao consumidor.

De outro lado, a teoria econômica aponta que, apesar de haver prejuízo potencial da FPRm, em boa parte dos casos a conduta seria eficiente, especialmente considerando o incentivo à melhoria da qualidade de atendimento pelos revendedores. Esta melhoria tornaria mais competitiva toda a revenda daquela marca do fornecedor que pratica o FPRm, incrementando a concorrência com outras marcas nesta dimensão da qualidade de atendimento. Ou seja, a limitação da concorrência intramarca por preços pela fixação de um piso para os revendedores poderia favorecer tanto a concorrência intramarcas (entre os revendedores da mesma marca) como a intermarcas (entre marcas diferentes) em dimensões não preço como a da qualidade de atendimento.

Este conflito da jurisprudência internacional, com grande incidência da ilegalidade *per se*, e da teoria econômica, mais inclinada a apregoar uma análise custo-benefício baseada na regra da razão, se atenuou com o julgamento pela Suprema Corte Americana em 2007 do caso Leegin Creative Leather Products. Neste caso se reverteu o entendimento anterior de Dr. Miles, passando os EUA a analisar o FPRm com base na regra da razão.

O caso SKF no Brasil, apesar de não constituir uma proposição de ilegalidade *per se strictu sensu*, sinaliza com um endurecimento significativo do tratamento da conduta no país, inclusive em relação a outras restrições verticais, cuja magnitude ainda não é clara.

5. MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (*resale-price maintenance – FPR*): elementos para um roteiro de investigação. RIBRAC 8/27. São Paulo: Ed. RT, 2001.

6. Ver a revisão mais completa da jurisprudência americana no voto de vista do conselheiro Vinicius Carvalho.

De um lado, o voto do então Conselheiro Vinicius Marques procura mostrar que havia poder coordenado e, eventualmente, poder unilateral da SKF, o que seria uma condição necessária para que a conduta fosse considerada anticompetitiva. De outro lado, o voto do conselheiro Marcos Veríssimo aponta que no caso do FPRm nem seria preciso demonstrar poder de mercado. A malignidade do FPRm seria presumida e as eficiências deveriam ser maiores que os prejuízos da conduta, o que precisaria ser demonstrado pela empresa, implicando transferência do ônus da prova. Dadas as dificuldades usuais acerca da demonstração da existência e magnitude das eficiências, este padrão de análise seria muito próximo de uma ilegalidade *per se* na prática.

O objetivo deste artigo é duplo. Primeiro, o caso SKF abre um espaço para uma atualização e mesmo uma revisão de alguns pontos do nosso artigo de 2001.⁷ Segundo, aplicar esta análise à visão predominante do Cade no caso SKF. A segunda seção insere a discussão sobre racionalidade em economia e, por conseguinte, em antitruste, o que será um insumo relevante para a análise procedida pelo Cade neste caso. A terceira seção destaca a teoria do potencial efeito negativo do FPRm com base no poder coordenado de mercado que viabilizaria comportamentos cartelizados tanto no segmento a montante como a jusante. Esta discussão teórica será aplicada ao caso SKF. A seção IV discute a avaliação do FPRm com base no poder unilateral de mercado, acrescentando as hipóteses da conduta gerar barreiras à entrada ou ser utilizada para “restaurar” o poder de mercado a montante, em linha com a nova teoria de fechamento vertical. Mais uma vez, investiga-se a aplicação destas hipóteses ao caso SKF. A seção V revê a análise das potenciais eficiências compensatórias do FPRm, especialmente baseadas no incentivo à qualidade de atendimento da revenda, aplicando a teoria ao caso SKF. Discute-se um precedente no Cade na seção VI havido no caso Everest em que não se condenou o FPRm, com base em uma típica (e adequada) regra da razão. A seção VII contrapõe as regras *per se* e da razão na análise da conduta de FPRm, concluindo pela inequívoca superioridade desta última. A seção VIII conclui.

2. A HIPÓTESE DE RACIONALIDADE EM ECONOMIA, NA ANÁLISE ANTITRUSTE E NO FPRM

A solução do conflito entre a jurisprudência e a análise econômica do FPRm algumas vezes descamba para a negação da hipótese de racionalidade. Afinal,

7. Não avaliaremos aqui o FPR máximo usualmente considerado como positivo para o bem-estar, corrigindo o problema de marginalização dupla.

se falta racionalidade econômica à conduta que se deseja condenar, sublima-se a necessidade desta hipótese!

Este é um debate muito conhecido e pouco compreendido sobre a adequação da hipótese de racionalidade em economia.⁸ A crítica mais badalada da atualidade vem do nobel Daniel Kahneman⁹ que justamente ganhou o prêmio em função de seus experimentos na área de psicologia que relativizam a hipótese de racionalidade. Embora muito da pesquisa do autor diga respeito à racionalidade da escolha individual, uma parte deste trabalho inclui o próprio mundo das empresas. Kahneman (2011) usa, por exemplo, a estatística de sobrevivência de empresas nos EUA nos primeiros cinco anos que atingiria apenas 35%, o que demonstraria um claro viés de otimismo em excesso.¹⁰

Cabe relemburar, no entanto, o importante ponto de Alchian (1950)¹¹ de que a própria competição gera um processo evolutivo em que os que sobrevivem afinal são, em média, os que possuem um padrão de comportamento racional maior que os outros. A necessidade de sobreviver na competição do mercado (ilustrada na própria estatística de 35% de Kahneman), diferentemente do comportamento do consumidor, tornaria o apelo da hipótese de maximização muito maior. Ou seja, mesmo aceitando-se que a hipótese de racionalidade seja quebrada para um grande conjunto de indivíduos ou mesmo organizações, ela se torna bem mais aceitável para os agentes econômicos “empresas”. Bailey (2011)¹² destaca este comportamento diferencial da racionalidade empresarial:

“There is less empirical evidence that firms systematically deviate from profit-maximizing behavior. Two arguments are usually raised for treating a firm as a rational, profit-maximizing entity. First, firms may have access to a wide

8. Ver LISBOA, M. A miséria da crítica heterodoxa. Primeira parte: sobre as críticas. *Revista Economia Contemporânea* n. 2. Rio de Janeiro: UFRJ, jul.-dez. 1997.

9. Ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

10. A crise internacional de 2008 incrementou de forma significativa o questionamento generalizado sobre a hipótese de racionalidade empresarial, especialmente no sistema financeiro. Aqui, no entanto, reconhece-se que a irracionalidade coletiva pode ser plenamente consistente a um comportamento racional individual por parte das empresas.

11. ALCHIAN, Armen A. Uncertainty, evolution, and economic theory. *The Journal of Political Economy*. vol. 58. n. 3. p. 211-221. Chicago: The University of Chicago Press, jun. 1950.

12. BAILEY, Elizabeth M. Challenging the assumptions of modern economics in merger analysis. *Nera Economic Consulting*. winter, 2011.

array of consultants and advisors who can help firms process information and make optimal pricing decisions. Second, firms which stray from profit maximization are unlikely to survive in the long run due to competition.”

Ademais, é de se esperar que em questões mais simples como o prejuízo dos fornecedores derivado da “marginalização dupla” quando os revendedores realizam cartel, o espaço de comportamento racional se amplie. Empresas transnacionais como a SKF devem ter uma propensão ainda maior para comportamentos racionais.

No antitruste, a avaliação do potencial anticompetitivo das condutas está intrinsecamente relacionada à análise de sua racionalidade econômica. É esta última que guiará o investigador no exame do caso. No caso específico do FPRm, por exemplo, a premissa de racionalidade naturalmente conduzirá o investigador à avaliação de cartel de fornecedores ou revendedores.

Leslie (2010),¹³ um professor de direito da Universidade da Califórnia, de outro lado, critica o que seria a atual demanda de racionalidade econômica nas condutas pelos juizes americanos no antitruste, no que seriam (mal) influenciados pela emergência do movimento de *law and economics* nos EUA. Segundo Leslie (2010):

“This conception eliminates potentially valid antitrust claims by elevating theory over fact and by failing to appreciate that behavior that appears irrational can be rational in some circumstances.”

O autor levanta, portanto, o risco de se incorrer no erro tipo II (inocentar um culpado), mas desconsidera que o fato sem teoria pode levar, de outro lado, a um incremento excessivo na probabilidade do erro tipo I (condenar um inocente ou uma conduta eficiente no caso). Não há como hierarquizar *a priori* os dois tipos de erro.

Na hipótese de comportamento anticompetitivo cuja racionalidade não seja percebida pelo juiz, a condenação representaria um verdadeiro tiro no escuro. Como o potencial anticompetitivo é inferido da análise da racionalidade da conduta, a ausência desta última compromete a avaliação do primeiro. Além de comprometer a verificação da própria existência do efeito anticompetitivo, não há como avaliar minimamente sua magnitude, fundamental na calibragem das penas. Este seria um caso em que, em lugar da regra de “em dúvida contra o réu”, caberia ou aprofundar a investigação dos fatos ou melhorar a formação do analista/juiz.

13. LESLIE, C. Rationality Analysis in antitrust. Legal studies research paper Series. n. 2010-9. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158. n. 2. jan. 2010

Muitas vezes a crítica à ideia de racionalidade se baseia na evidência que os indivíduos erram. No entanto, como mostra Lisboa (1997) esta (dentre outras) crítica (s) à hipótese de racionalidade resulta(m) do escasso conhecimento sobre a ideia. Conforme o autor, a hipótese de racionalidade “de forma alguma implica que o agente posteriormente não se arrependa do que escolheu”. Ou seja, “não errar” não constitui um requerimento do conceito de comportamento racional. Bailey (2011), aplicando o conceito ao antitruste, enfatiza que, em lugar de simplesmente “não errar”, a hipótese de comportamento racional está mais associada à ideia de que os agentes econômicos firmam “não erram de forma persistente e sistemática”:

“It certainly makes sense that, at any point in time, a firm may make a mistake, thereby deviating from profit-maximizing behavior, or that a firm may embrace short-run objectives and maximize revenue or market share rather than profits. However, the continued reliance by economists on the assumption that firms behave as if they maximize profits is consistent with the empirical evidence. There is little research that provides evidence suggesting that firms deviate from profit-maximizing behavior in a systematic or persistent way. Rather, anecdotal evidence on such deviations suggests that they are non-systematic mistakes or actions by a firm that is attempting to reach an interim goal related to revenues or market share, an objective that would evolve over time to profit maximization.”

Suprimir a hipótese de racionalidade, de fato, nos parece basicamente demolir o edifício sob o qual está assentada toda a análise econômica da concorrência. Afinal, como destaca Hovenkamp (2005)¹⁴ “[t]he entire antitrust enterprise is dedicated to the proposition that business firms behave rationally”. Como se concluiria que o monopolista arbitra preços mais altos que o concorrente? Por que haveria problema de instabilidade dos cartéis? Por que a prova de preços predatórios requer a necessidade de recuperação dos lucros. Enfim, o antitruste prescindiria de economistas!

3. FPRM E PODER COORDENADO DE MERCADO

3.1 A teoria econômica e os cartéis de fornecedores e revendedores no FPRm

No artigo de 2001, salientávamos o fato de que o potencial anticompetitivo da FPRm estaria associado ao poder coordenado de mercado, mais precisamente à existência de uma conduta cartelizada seja de fornecedores, seja de

14. HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 134.

revendedores. A FPRm seria, portanto, uma conduta instrumental para um cartel. Como coloca a OCDE (2008), “while both types of RPM schemes are vertical in form, they are horizontal in substance”.

Para os fornecedores que procurassem implementar um cartel, um FPRm permitiria facilitar a fiscalização do cumprimento dos termos do acordo. De fato, sem o FPRm, os fornecedores desviantes poderiam simplesmente argumentar a seus parceiros que a eventual verificação de preços baixos praticados pelos seus revendedores se derivariam da competição acirrada entre estes e não pelo preço mais baixo praticado por aqueles. O FPRm prejudicaria este argumento dos desviantes, tornando mais fácil a detecção do desvio, o que ajudaria na sustentabilidade do cartel.¹⁵

Para os revendedores que procurassem implementar o seu próprio cartel, o apoio do fornecedor como “maestro” do cartel, definindo o menor preço a ser praticado por aqueles, poderia ser decisivo para o sucesso da conduta.

Há, no entanto, dois grandes problemas nesta hipótese de cartel de revendedores, que não estão presentes na hipótese de cartel de fornecedores. Primeiro, a falta de interesse do fornecedor em sustentar o cartel de revendedores, dado o menor lucro a montante gerado pela chamada “marginalização dupla”.¹⁶ Se à margem do fornecedor se agrega a do revendedor, o preço vai além do preço de monopólio e a quantidade cai também abaixo da quantidade de monopólio, gerando queda no lucro do fornecedor (que é, por construção, máximo quando o preço e a quantidade são de monopólio). Na verdade, o ganho de lucro dos revendedores é mesmo menor que a perda do fornecedor, o que implica uma queda na soma dos lucros dos empresários à montante e à jusante quando a revenda puder praticar preços mais elevados. Está longe de haver, portanto, um interesse natural do fornecedor a montante para cumprir o papel de maestro do cartel de revendedores, o que é um corolário natural do aparente paradoxo do FPRm apontado acima. Blair e Kaserman (2009)¹⁷ destacam este conflito de interesses:

15. Para uma introdução à teoria econômica do cartel e o tratamento teórico dos incentivos ao desvio, ver MATTOS, César. Uma introdução à teoria econômica do cartel. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVI, Leonor (coords.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva. 2013. Série Gvlaw Direito Econômico.

16. Ver análise formal da marginalização dupla, incluindo sua correção por FPR máximo ou fixo em Motta (2005).

17. BLAIR, R.; KASERMAN, D. *Antitrust economics*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

“Why would the manufacturer agree to participate? A dealer cartel that increases the price and decreases the sales of the manufacturer's product will increase the distributor's joint profits while decreasing the manufacturer's profit. In general, the manufacturer's profit is maximized when its dealers charge competitive prices, which is precisely the opposite of what colluding dealers want to achieve.”

Segundo, um cartel de revendedores só pode ser viável se o fornecedor daquela marca sobre a qual incide o FPRm detiver poder de mercado. Caso contrário, a queda nos lucros resultante do maior preço seria particularmente severa em função da migração dos consumidores para outras marcas. Conforme a OCDE (2008):

“RPM will not work very well as a cartel device for retailers if they fail to persuade an adequate portion of manufacturers to implement it. If enough of the industry's capacity remains uncovered by RPM agreements, then consumers will simply switch to brands that are RPM-free.”

Isto gera uma contradição na lógica do FPRm pró cartel de revendedores. De um lado, o FPRm para viabilizar cartel de revendedores requer um fornecedor a montante com razoável poder de mercado para evitar a fuga dos consumidores para outras marcas. De outro lado, quanto mais poder de mercado detiver este fornecedor mais difícil para os revendedores coagi-lo a atuar como coordenador deste cartel. Assim, se for concluído que o FPRm induz um cartel, é mais provável que o faça para um cartel de fornecedores do que de revendedores.

No caso SKF, o Conselheiro Marcos Veríssimo argumenta que quando a demanda do FPRm parte dos revendedores, se tornaria mais suspeita do que quando parte do próprio fornecedor, sugerindo um tratamento de ilegalidade *per se* nesta hipótese.

Não entendemos adequada, no entanto, esta presunção de maior malignidade da conduta de FPRm quando esta é feita pelos próprios revendedores. Afinal, se o fornecedor aceita o papel de “maestro” do cartel na revenda, apesar da marginalização dupla, é muito plausível que o ganho potencial de eficiência, que examinaremos adiante neste texto, deve ser percebido como grande o suficiente para compensar o problema da marginalização dupla.

Uma forma de resolver esta contradição do cartel de revendedores seria adotar a saída levantada pelo conselheiro Ricardo Ruiz neste caso que foi simplesmente assumir que a conduta do fornecedor deve ter sido irracional:

“Em algumas análises noto afirmações de que seria irracional supor que a SKF tivesse o objetivo de promover um cartel de distribuidores, pois isto re-

duziria as quantidades vendidas e reduziria os lucros dos fabricantes. Tendo a concordar com esse argumento.”

Como discutido na seção II, a supressão da hipótese de racionalidade nos parece inadequada no antitruste de uma maneira geral. No caso específico do FPRm, uma intervenção do economista Marvel nos debates ocorridos na OCDE (2008) demonstra com notável precisão (e muita ironia) o contrassenso da supressão da hipótese de racionalidade do fornecedor:

“Professor Marvel equated the position of the EC with the view that the manufacturer doesn’t know what he/she is doing and that it is up to competition authorities to step in. The EC claims that if RPM were allowed the retailer will not do anything beneficial but will pocket the money. In effect the EC is saying: – Manufacturer, you’re an idiot. Why did you do that? But the manufacturer keeps coming back for more. If there are no offsetting efficiencies a higher retailer margin leading to higher retail prices reduces final sales for the manufacturer – and yet the manufacturers keep coming back to say: – Hey, please let me kick myself in the head by raising my prices so I’ll sell less and get nothing back for it whatsoever. Maybe the EC is arguing that competition authorities should protect suppliers from their own foolishness? But why are they repeatedly so foolish?”

Em síntese, defendemos que não se deve avaliar a hipótese de um FPRm demandado por revendedores como presumivelmente pior que um FPRm demandado pelo fornecedor e muito menos como uma ilicitude *per se*.

3.2 O poder coordenado no artigo de 2001

No artigo de 2001, defendemos que o FPRm pode ser anticompetitivo apenas nestas duas hipóteses ligadas ao poder coordenado de mercado: apoio ao cartel dos fornecedores ou dos revendedores. No voto do Conselheiro Vinicius, no entanto, indica-se que haveria neste artigo uma “postura mais ousada” porque “considera inexistir racionalidade econômica da conduta”, sugerindo que a proposta seria de uma legalidade *per se*. Para tirar tal conclusão, o voto do ex-conselheiro cita expressamente uma parte daquele artigo:

“(…) a única forma do FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. (...) os revendedores no mercado *downstream* pressionariam o monopolista no mercado *upstream* para servir de “maestro” do cartel. O único problema desse raciocínio, no entanto, é a falta de interesse do monopolista no mercado *upstream* de viabilizar um cartel no mercado *downstream*, dado que o seu lucro cairá.”

Pela leitura da passagem, de fato, se concluiria que a proposta daquele artigo é de que o FPRm *nunca* poderia ser uma conduta anticompetitiva. No entanto, o problema é que após a palavra “cartelizada” há uma parte em reticências (...) suprimida em que se colocava claramente tanto a hipótese do FPRm suportando um cartel de fornecedores como de revendedores. Reproduzimos a parte suprimida abaixo:

“São basicamente duas, as razões para a utilização do FPR de preço mínimo como um facilitador de cartel no mercado *upstream*:

i) os vendedores podem não conseguir ou ter dificuldade em observar os preços recíprocos, mas podem conseguir ou ter mais facilidade de observar os preços dos seus revendedores como meio de coordenação entre si;

ii) os vendedores podem temer que guerras de preços entre seus revendedores encorajem cada vendedor individualmente a reduzir seus preços, sem que o outro perceba, destruindo o cartel. O FPR preveniria essas guerras de preços.

Há uma razão principal para que o FPR de preço mínimo seja motivado para promover um cartel de revendedores: Quando os mesmos, agindo coletivamente, possuem poder de mercado, mas acreditam não conseguir o grau de coordenação suficiente sozinhos, sem uma ajuda externa. Assim, o monopolista vendedor ou o cartel de vendedores se constituíam na ‘ajuda externa’ mais óbvia dado:

i) a sua própria posição de monopolista do empresário ou do cartel frente aos revendedores;

ii) que o vendedor monopolista ou cartelizado detém muito mais informação sobre cada um dos seus revendedores, tendo em vista que está, frequentemente, transacionando com eles (o que não ocorre normalmente entre os revendedores).”

Ou seja, o artigo admite expressamente a hipótese de FPRm suportando tanto o cartel de fornecedores (o que é negligenciado no voto do ex-conselheiro) como o de revendedores. Neste último caso, no entanto, como desenvolvido na subseção anterior, há uma dificuldade sobre a falta de incentivo do fornecedor em “reger” o cartel de revendedores, tornando esta hipótese “menos plausível”, o que não quer dizer “impossível”.

A aceitação do FPRm pelo fornecedor pode ser um indicador de que o ganho de eficiência é grande o suficiente para compensar a marginalização dupla. Isto, no entanto, não implica “impossibilidade”, o que deve ser inspecionado na própria história da barganha entre fornecedor e revendedor. Em nenhum momento se propôs qualquer “postura mais ousada”, mas tão somente a apli-

cação da regra da razão ao FPRm em que o efeito da conduta pode ser tanto positivo quanto negativo.

3.3 O caso SKFe o poder coordenado

No caso concreto da SKF foram os revendedores que demandaram a implementação do FPRm, indicando que a hipótese anticompetitiva mais plausível seria de um cartel de revendedores.

Para validar esta hipótese, o voto de vista introduz o que seriam “evidências societárias, econômicas e históricas” sobre o poder coordenado no setor. Do lado societário, reporta a *joint-venture* entre SKF do Brasil e Timken de 2001 para produzir anéis usinados em Cajamar (produto distinto dos mercados relevantes do caso em tela) e uma *joint-venture* entre NSK e Timken (empresas que não fazem FPRm e que não estavam sendo acusadas) na China em 2002 para produzir rolamentos.

Do ponto de vista econômico, concluiu-se haver baixa rivalidade e, portanto, boas condições para colusão tácita dado que havia poucas empresas, o produto não era padronizado, mas seria “comparável”, as mudanças tecnológicas eram “médias”, a concentração “alta”, a frequência de vendas alta”, a transparência de mercado “alta”, o crescimento do mercado “baixo”, a elasticidade de demanda “baixa” e as participações de mercado “razoavelmente estáveis” ao longo do tempo.¹⁸

Do ponto de vista histórico, em 2002, a Comissão de Concorrência francesa condenou as empresas de rolamento por realizarem acordos restritivos com a rede de distribuição. Isto foi considerado um indício de poder coordenado.

Há visivelmente espaço de contestação do achado de “poder coordenado” com base na existência de duas *joint-ventures*, uma na China, ou mesmo pela condenação por acordos restritivos na França.¹⁹

Também se pode questionar que o fato de o produto não ser padronizado, mas “comparável” e um grau de mudança tecnológica “média” em lugar de “baixa”, características comuns a uma miríade de mercados, apoiam por si só a tese de poder coordenado. Itens como a alegada “alta” transparência do mercado não é devidamente justificada.

18. Ver a influência de cada um destes elementos na propensão a cartelizar em Mattos (2013).

19. O próprio voto do Conselheiro Furlan, apesar de favorável à condenação, considera que “a pressuposição de determinado comportamento ilícito com base exclusivamente em conduta perpetrada em outra jurisdição é uma atitude arriscada”.

A variável “elasticidade da demanda”, por seu turno, apresenta efeito ambíguo, tal como destacado por Motta (2005).²⁰ Segundo o autor, de um lado, com uma demanda muito elástica, aumenta o incentivo para desviar do cartel, dado que cada *player* é capaz de “roubar” mais mercado de outros *players* que de outra forma. Isto corrobora a ideia que uma demanda mais inelástica é positiva para cartéis. No entanto, uma demanda mais inelástica também reduz o efeito da punição dos comportamentos desviantes do cartel. Sendo o cartel menos capaz de punir desviantes, menor sua sustentabilidade, gerando uma ambiguidade. Um crescimento mais baixo do setor também não apresenta impacto inequívoco sobre o poder coordenado. Na teoria do cartel o que incentiva a cooperação dos agentes é a perspectiva de manter o acordo no futuro, estabelecendo uma reputação no presente. Se o futuro não é tão animador porque o crescimento do setor é baixo, o incentivo a investir em comportamento cooperativo se reduz, instabilizando o cartel.

O principal problema, no entanto, não é esse. Como vimos, a falta de poder de mercado unilateral compromete o sucesso de um FPRm. A existência de um substancial poder coordenado dos fornecedores poderia corrigir este problema se todos esses lançassem mão de expedientes como o próprio FPRm para viabilizar os seus próprios cartéis de revendedores. De outra forma, o poder coordenado no elo a montante não teria como ser transferido para o elo a jusante. Não foi constatado, no entanto, FPRm em outras marcas ou mesmo quaisquer expedientes que viabilizassem a transferência do poder de mercado coordenado do segmento a montante para o a jusante. O FPRm isolado em uma marca dificulta bastante o papel do fornecedor em um alegado cartel de revendedores.

A questão é por que o poder coordenado a montante afetaria o poder de mercado coordenado a jusante via FPRm em apenas uma das redes de vendas? O voto de vista apenas procura demonstrar o poder coordenado a montante (o que entendemos que não de forma inequívoca), mas sem estabelecer a relação de causalidade com o poder coordenado a jusante ou o cartel de revendedores, que foi considerado o mote principal da conduta neste caso. De fato, em geral, é o poder unilateral a montante de um fornecedor que viabiliza um cartel de revendedores, não o coordenado.

De qualquer forma, este é um caso curioso de condenação de uma conduta que presume poder coordenado e coordenação, mas feito por uma empresa só. Ou seja, a SKF do Brasil teria realizado o grande feito de ter se coordenado sozinha??!!

20. MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2005.

4. PODER DE MERCADO UNILATERAL E FPR

4.1 *O FPRm apenas pode ser anticompetitivo quando suporta cartel?*

No artigo de 2001, defendemos que a única possibilidade teórica de um FPRm anticompetitivo seria como conduta instrumental de cartel de fornecedor e/ou revendedores, ponto analisado na seção III. Este é um ponto a ser revisto.

Há pelo menos duas motivações teóricas que podem amparar um FPRm anticompetitivo com base no poder unilateral de mercado: (a) a nova base teórica da ideia de fechamento de mercado por verticalização que se baseia na “restauração” do poder de mercado a montante e não na “alavancagem” do poder de mercado a montante para o a jusante; (b) a criação de barreiras à entrada a montante, pelo encarecimento da utilização da revenda.

4.2 *FPRm anticompetitivo por poder unilateral de mercado na nova teoria de fechamento vertical*

A ideia mais tradicional de fechamento vertical baseada na extensão ou alavancagem do poder de mercado de um nível da cadeia produtiva e comercialização para outro foi severamente criticada pela escola de Chicago. Dado haver um único poder de mercado em uma dada cadeia, definido em última análise pela demanda do consumidor final, não faria sentido o monopolista verticalmente integrado fechar o mercado para concorrentes no elo a jusante, não fornecendo o produto produzido a montante. Para o monopolista basta praticar o seu preço de monopólio que ele consegue o seu lucro máximo. Não há necessidade de fechar o mercado para a concorrência a jusante para aumentar seu lucro.

A teoria que reabilita a ideia de que é possível um fechamento vertical de mercado via integrações verticais ou por meio de uma conduta anticompetitiva foi proposta por Hart e Tirole (1990)²¹ e melhor aprofundada em Rey e Tirole (2007).²² Esta mesma teoria também permitiu restabelecer uma conexão potencial do FPRm com um resultado anticompetitivo baseado no poder de mercado unilateral.

21. HART, Oliver; TIROLE, Jean. Vertical Integration and market foreclosure. In: BAILY, Martin Neil; WINSTON, Clifford (eds.). *Brookings papers on economic activity: microeconomics*. Washington, DC: Brookings Institution, 1990. p. 205.

22. REY, P.; TIROLE, J. A primer on foreclosure. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. (eds.). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam, The Netherlands: North Holland/Elsevier, 2007. vol. 3.

Suponha um monopolista que negocia com n revendedores simultaneamente e que não haja possibilidade de renegociação dos termos do acordo com nenhum deles. Suponha que o monopolista seja capaz de se comprometer com os revendedores de que não renegociará com nenhum os termos acordados.

Neste caso não há razão para que o preço que o monopolista praticará para o revendedor não seja o de monopólio, pm . Este preço definirá uma quantidade agregada de monopólio, Q_m , na curva de demanda, exatamente no ponto de interseção de custo marginal e receita marginal do monopolista, igual à teoria microeconômica convencional. Assumindo um equilíbrio simétrico entre os revendedores, cada um desses adquire Q_m/n produtos para revender. Este seria o caso previsto pela Escola de Chicago em que nem uma integração vertical do monopolista com revendedores nem qualquer restrição vertical, inclusive FPRm, teria qualquer efeito sobre o lucro do monopolista.

Agora suponha que as negociações do monopolista são sequenciais ou que o monopolista simplesmente não é capaz de se comprometer com cada revendedor a não renegociar os termos negociados com os outros revendedores. Assuma inicialmente a negociação sequencial. Naturalmente o monopolista procurará na negociação com o primeiro revendedor implementar o resultado de monopólio com preço pm e quantidade Q_m/n (assumindo que o monopolista planeja *ex-ante* negociar com os n revendedores). Suponha inicialmente que o monopolista seja capaz de convencer o primeiro revendedor a aceitar precisamente estes termos.

Quais serão os termos do acordo na negociação ótimos para o monopolista com o segundo revendedor? Note que, dado que já negociou com o primeiro revendedor, é como se o monopolista se deparasse com uma curva de demanda diferente da primeira negociação. Há Q_m/n a menos de quantidade no mercado, já reservada para o primeiro revendedor. É como se a parte de cima da curva de demanda ou o conjunto dos consumidores mais dispostos a pagar desaparecesse na segunda negociação na medida de Q_n/n . Isto muda o *locus* da curva de receita marginal que agora estará mais deslocada para a direita dado que os $Q_m - Q_m/n$ que sobraram no mercado têm menor disposição a pagar que os Q_n/n que já serão servidos pelo primeiro revendedor. Neste caso, a nova curva de receita marginal deslocada para a direita cruzará a curva de custo marginal em um ponto que gera uma quantidade superior à demanda residual de $Q_m - Q_m/n$. Isto implica que o monopolista agora desejará vender mais para cada revendedor a partir da segunda negociação a um preço inferior a pm , o que implica prejuízo ao primeiro revendedor que adquiriu a um preço maior, pm , e terá prejuízo na concorrência com os outros revendedores. Trata-se de um típico comportamento oportunista do monopolista sobre o primeiro revendedor.

Assumindo que o segundo revendedor aceite este acordo, mais um pedaço superior da curva de demanda é removido do problema de maximização de lucros do monopolista. A nova negociação com o terceiro revendedor terá um preço ainda menor que a do segundo, com uma quantidade por revendedor ainda maior. Este padrão de modificação do contrato com queda no preço e incremento na quantidade por revendedor prossegue até o último revendedor, sempre com prejuízo aos revendedores anteriores que adquiriram a preços maiores, sendo que quanto mais cedo negociou, maior o preço que pagou e maior o prejuízo.

Naturalmente que os primeiros revendedores antecipam este incentivo ao comportamento oportunista do monopolista e não aceitam os termos dos acordos propostos. Em particular, os revendedores não aceitam os termos que são consistentes com o resultado de lucro de monopólio para o monopolista, ou seja, quantidade Q_m/n por revendedor e preço p_m , temendo o comportamento oportunista. O problema principal é a falta de capacidade do monopolista em se comprometer (*commitment*) em não negociar termos mais favoráveis com os revendedores nas negociações posteriores.

Note-se que a emergência deste problema não depende de a negociação com os revendedores ser sequencial. Se o monopolista, após uma negociação simultânea com os n revendedores, renegociar com um ou mais revendedores preços menores e quantidades maiores, o problema é o mesmo. A questão aqui é a incapacidade do monopolista de se comprometer *ex-ante* com cada revendedor a não renegociar *ex-post* com outros revendedores com termos melhores.

Nesse contexto, o monopolista não tem a capacidade de realizar seu lucro de monopólio negociando com revendedores independentes porque lhe falta a capacidade de se comprometer a não renegociar. O problema do monopolista, portanto, é como restaurar esta capacidade de realizar seu lucro com a recusa da rede de revenda a aceitar os termos de monopólio p_m e Q_m/n ?

Uma estratégia possível é o monopolista se verticalizar a jusante e ele próprio assumir o papel de revendedor, não negociando com os revendedores nos termos que estes consideram aceitáveis, ou seja, que não lhes geram uma expectativa de prejuízo. Este seria o sentido, dentro da nova teoria reestruturada, de fechamento vertical de mercado. Não se trata de alavancar o poder de mercado do monopolista no segmento a montante para o a jusante. Continua valendo a ideia de que apenas há um único poder de mercado ao longo da mesma cadeia produtiva. O fechamento vertical acontece na medida em que o monopolista a montante procura restaurar sua capacidade de fazer seu lucro de monopólio, verticalizando com o elo da revenda, resolvendo o problema de *commitment*. Como é ele mesmo agora que opera a jusante, o compromisso de

não se prejudicar por comportamentos oportunistas é imediato. Note-se que a ideia principal da nova teoria de fechamento vertical de mercado não é a de que o monopolista não está se verticalizando para estender seu poder de mercado à revenda a jusante, que constitui a velha (e ingênua) teoria de fechamento vertical, mas sim para restaurar seu poder de mercado a montante. O problema anticompetitivo aqui é a autoridade prefere que o problema de coordenação do monopolista com sua revenda mine seu poder de mercado a montante. A tentativa de restaurar seu poder de mercado seria, portanto, anticompetitiva.

Alternativamente, o monopolista pode, em lugar de se verticalizar e excluir revendedores, utilizar contratos de exclusividade com um revendedor. Não havendo outras negociações em que se poderia prejudicar o primeiro revendedor que assinou o contrato em função da exclusividade, o monopolista assegura o seu resultado de monopólio. Note-se que não é uma exclusividade do revendedor para com o monopolista, mas o oposto. O monopolista assina um contrato se comprometendo a não negociar com outro revendedor. Não é o revendedor que se compromete a não negociar com outro *player* a montante.

Outra opção que restaura o resultado de monopólio é a FPRm para os vários revendedores. Neste caso, nenhum revendedor poderia reduzir seu preço abaixo do preço de revenda fixado e, portanto, qualquer contrato mais vantajoso do monopolista a montante para um revendedor a jusante serviria apenas para aumentar a margem deste último, não para incrementar a demanda. Assim, o monopolista não teria como oferecer um contrato melhor para qualquer revendedor, funcionando como um *commitment* de não renegociar. O poder de mercado a montante é restaurado. É neste sentido que o FPRm pode se transformar em uma conduta anticompetitiva baseada no poder de mercado unilateral, o que constitui uma hipótese além do poder de mercado coordenado, que é mais explorado na literatura de FPRm.

Note-se, no entanto, que para que o FPRm esteja representando uma conduta de restauração do poder de mercado continua-se demandando que o *player* a montante seja capaz de exercer poder de mercado, resolvido seu problema de *commitment* com os seus revendedores.

4.3 FPRm como conduta exclusionária e o caso SKF

O Conselheiro Eduardo Pontual levantou a hipótese de FPRm anticompetitivo baseada em conduta exclusionária. Asker e Bar-Isaac (2010),²³ citados

23. ASKER, John; BAR-ISAAC, Heski. Exclusionary minimum resale price maintenance. *NBER Working Paper* 16564. Cambridge: National Bureau of Economic Research, dec. 2010.

pelo Conselheiro, apresentam um modelo formal sobre esta hipótese. O incumbente monopolista confere um “prêmio” para os varejistas para que estes não trabalhem com o entrante. Ou seja, a margem aumentada dos revendedores viabilizada pelo FPRm geraria uma relação de exclusividade com o incumbente, não deixando espaço nas vendas existentes para o entrante. Os autores mostram que esta já era uma hipótese levantada na literatura, mas sem um rigor formal. Uma condição necessária fundamental para que esta hipótese seja plausível é de que haja uma razoável dependência dos fornecedores à rede de revendedores com um mínimo de barreiras à entrada na revenda.

O conselheiro não explora a aplicação desta hipótese para o caso SKF. No entanto, as informações disponíveis mostram que os concorrentes da SKF sequer possuíam rede de revendedores independente, atuando com equipe de vendas própria. Isto indica que a utilização de uma rede não própria de revenda está longe de ser uma condição necessária para atuar neste mercado. Conjugando ainda ao fato de que não se reporta qualquer barreira à entrada na revenda (assim como no próprio segmento a montante), esta hipótese não pode se aplicar ao caso em tela.

Assim, a hipótese de FPRm como conduta exclusionária deve ser incluída na análise baseada na “regra da razão”, mas não se aplicaria ao caso concreto.

4.4 Poder unilateral no caso SKF

Apesar de não votar pela condenação com base no poder unilateral, o voto de vista indicou que este não poderia ser descartado.

A SKF teria uma participação de 28% no mercado de rolamentos e 30% nos equipamentos de monitoramento, sendo uma das quatro maiores empresas no Brasil.

O voto relativiza a importância da participação de mercado como indicador de poder de mercado e critica a definição de mercado relevante. Como constatada diferenciais de preços muito grandes entre diferentes tipos de rolamentos, conclui que podem haver participações bem maiores para tipos específicos que caracterizem um mercado relevante separado. Também não propõe outra definição de mercado relevante, apenas indicando que a categoria rolamentos talvez seja muito agregada.

De fato, a participação de mercado constitui tão somente uma primeira aproximação da variável “poder de mercado”, cabendo sempre ir além. O passo natural seria a análise das barreiras à entrada no setor. A investigação da SDE, no entanto, indicou que o setor não tinha barreiras à entrada relevantes, ha-

vendo significativa contestabilidade de importações de rolamentos, inclusive da China. Os votos pela condenação, no entanto, desconsideraram este indicador de baixo poder de mercado.

5. EFICIÊNCIAS E O FPRM

5.1 Teoria das eficiências do FPRm

Há algumas histórias principais de eficiências do FPRm. Primeiro, a conduta pode evitar o comportamento de *free-riding* decorrente de externalidades horizontais entre revendedores, a qual pode ser corrigida não apenas por FPRm, como por restrições territoriais e exclusividade. Hovenkamp (1993)²⁴ apresenta um exemplo a esse respeito no segmento de revenda de computadores pessoais que usamos no artigo de 2001:

“Personal computers (...) come in many varieties and are very complex. As a result, most consumers need instruction about what to buy for their own particular needs before they make their purchase decisions. Service store is a full service computer outlet. It employs a large number of highly trained salespersons who know a great deal about computers. On the other hand, Bare Bones Computers Inc. is a computer discounter... At most times the store is staffed by a single salesperson, who knows nothing about computers except the names and the numbers on the boxes.

You are in the market for a personal computer. You begin your search by going to Service store and you talk for two hours to a trained employee. The employee shows you a half dozen computers and printers, describe their capabilities and analyzes your needs. You and the salesperson finally decide which model is optimal for you, and you record the name and the number on a piece of paper. The price for this package is US\$ 1995. Then you tell the salesperson at the Service store you will go home and ‘think about it’. You immediately drive to Bare Bones Computers, show the salesperson the scrap of paper, and she sells you the same package for US\$ 1650.

Both you and Bare Bones took a ‘free-ride’ on the services provided by Service store, but for which Service store was not able to collect any fees.”

A forma de como o FPRm solucionaria este problema é descrita pela OCDE (2008):

“RPM solves the free-riding problem by making retail prices uniform, so that consumers no longer have reason to shop at one store but buy at another.

24. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, MN: West Publishing Co, 1993. Black Letter Series.

With no possibility to compete with each other on the basis of price, retailers that operate under the RPM conditions will focus on non-price factors, i.e., services.”

A OCDE (2008) enfatiza que o *free-riding* depende da capacidade do consumidor em separar a compra do produto do consumo do serviço, o que só pode ocorrer em serviços pré-venda. Nos serviços pós-venda, ao contrário, o revendedor que fornece o serviço pode se restringir aos consumidores que adquiriram o produto dele próprio, evitando esta separação.²⁵

No entanto, mesmo sem o *free-riding*, o FPRm pode ajudar nos esforços de vendas dos revendedores. Como o FPRm amplia a margem de lucro do revendedor nos produtos alvo da conduta, o revendedor terá um incentivo naturalmente maior a promover tais produtos de sua linha. Uma margem maior também permite ao revendedor custear a melhoria do atendimento.

Note que os objetivos do fornecedor de ampliar seus lucros e do consumidor de ter o menor preço pela maior qualidade de atendimento e de produto possíveis estão alinhados aqui. Para que o FPRm valha a pena para o fornecedor, o incremento da qualidade de atendimento deve ser grande o suficiente para que, a despeito do custo maior resultante (mais qualidade sempre é custoso), a quantidade demandada aumente em termos líquidos. Ou seja, o efeito líquido sobre a quantidade demandada do aumento de preço gerado pelo incremento de custo (ruim para o consumidor) e da melhor qualidade de atendimento (bom para o consumidor) deve ser positivo. Isto ocorre quando o deslocamento para cima e para fora da curva de demanda gerada pelo melhor atendimento é maior que o deslocamento para cima e para dentro da curva de oferta gerada pelo aumento de custo. A OCDE (2008) mostra isto em um gráfico muito simples de oferta e demanda em que fazemos apenas um pequeno ajuste.

Suponha que o fornecedor esteja com sua rede de revenda operando sobre a curva de oferta S1 e demanda D1 antes de um FPRm. A quantidade e preço de equilíbrio serão, respectivamente, P1 e Q1 no ponto A. Suponha que este fornecedor introduza um FPRm que induz a uma melhoria de atendimento que desloca a demanda para D2, mas que gera um incremento de custo que corresponde a uma nova curva de oferta, S2. Este FPRm poderá ser qualquer valor entre P1 e P2. O preço de equilíbrio, no entanto, será o valor superior do

25. Se o fornecedor obrigar, no entanto, a que todo o revendedor proveja serviços pós-venda ao consumidor, independente deste último ter adquirido o produto com ele ou não, a possibilidade de *free-riding* se reinstala também com os serviços de pós-venda.

atendimento. O FPRm não compensa para o consumidor. E claramente não compensará também para o fornecedor. Tudo o mais constante, especialmente o preço praticado para o revendedor, uma queda na quantidade vendida faz cair o lucro do fornecedor. O fornecedor que esperar um padrão deste tipo não vai implementar o FPRm.

Uma outra linha de defesa importante do FPRm é a de certificação de qualidade. Suponha que um varejista apresenta reputação de vender produtos de qualidade. Assim, toda a vez que o varejista vende um produto de determinada marca, está sendo emitido um sinal positivo ao mercado sobre a qualidade daquele produto. Nesse contexto, outros varejistas que vendem este mesmo produto e costumam dar descontos nele se beneficiam dessa espécie de “certificação gratuita”, sem incorrer no mesmo custo de construção de imagem. Com o FPRm, os consumidores escolherão entre um varejista que apresenta reputação e outro que não, ao mesmo preço, beneficiando o primeiro que passa a se apropriar do benefício que agrega à imagem do produto.

Outros argumentos pró-eficiência do FPRm, que podem ser vistos na resenha da OCDE (2008), são (a) o dos “bens de luxo”, quando preços mais elevados sinalizam qualidade; (b) o que considera os riscos da abertura de novos mercados, demandando margens mais compensadoras para os revendedores que assumem estes riscos; (c) a prevenção do uso do produto por um revendedor como um *loss leader*, o que limitaria a expansão da venda por outros revendedores e (d) a redução do risco de diminuição na demanda para os revendedores após estes já terem carregado os produtos.

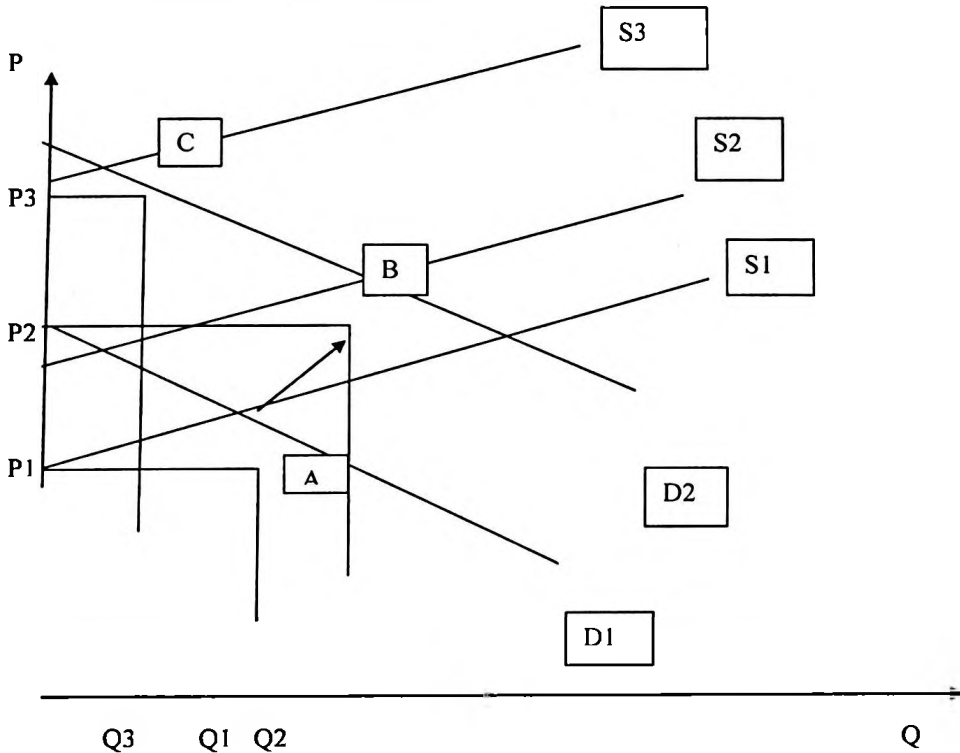
Uma última indagação é importante nesta discussão: os revendedores obtêm sempre com sobrelucros transferidos dos consumidores quando a motivação do FPRm é o incremento da qualidade de atendimento? A resposta é não obrigatoriamente. Como o incremento da qualidade de atendimento requer incremento de custos, teoricamente o incentivo dos revendedores para prosseguir aumentando o esforço de vendas, mantendo o incremento de custos, e capturar clientes uns dos outros se manterá enquanto as margens geradas pelo FPRm não se esgotarem. O equilíbrio na revenda apenas ocorrerá quando os esforços de vendas aumentarem tanto que o lucro gerado pelo FPRm se exaure pela concorrência. Isto implica que o FPRm para incentivar qualidade de atendimento pode não aumentar os lucros dos revendedores.

5.2 Eficiências no caso SKF

Conforme o voto do relator, a SKF teria aceitado o FPRm como um mecanismo de estímulo à melhoria do atendimento. Apesar de a SDE destacar que

intervalo em P_2 . O novo equilíbrio será P_2 e Q_2 no ponto B. Este é um caso em que, apesar do incremento de custos resultante do custo maior derivado do investimento do revendedor em qualidade de atendimento, o deslocamento da demanda faz com que a quantidade acabe por subir de Q_1 para Q_2 , indo para o ponto B. Pode-se ver que o excedente do consumidor aumenta neste caso. Como a demanda aumenta e supõe-se que nenhum outro parâmetro se altera do problema do revendedor, inclusive o preço praticado pelo fornecedor, os lucros deste último serão maiores. Neste caso tanto empresários como consumidores estão melhores, representando uma posição pareto superior. O FPRm é liquidamente positivo para o bem-estar e uma regra de ilegalidade *per se* da conduta impediria que tais ganhos fossem realizados.

Gráfico 1 – Efeitos do FPRm quando melhora a qualidade de atendimento



De outro lado, se a curva de custo se deslocar proporcionalmente mais do que a curva de demanda do revendedor, digamos para S_3 , a nova quantidade de equilíbrio cai para Q_3 . O novo nível de preço P_3 gera um prejuízo muito maior ao consumidor que o seu ganho gerado pela melhoria da qualidade de

houve incremento da eficiência na rede de distribuição, com eliminação do "efeito carona", este ponto não restou demonstrado na investigação. Tampouco ficou demonstrado o oposto, que não havia espaço para a relevância dos serviços de pós e pré-venda.

O Conselheiro Ricardo Ruiz enfatizou a necessidade de a empresa ter comprovado que o FPRm trouxe eficiências:

"Se eficiências existiam, não haveria sentido da prática de FPR ter durado tão pouco tempo, como alegado pela SKF. Ora, após sete meses de conduta o atendimento pré-venda deixou de ser essencial? A representada alega que o monitoramento da prática foi custoso demais. Por outro lado, isto por si só demonstra que a FPR não era 'essencial' como único meio para garantir a diferenciação do atendimento na revenda."

Note-se que nenhum agente privado ou público pode ter certeza das consequências de seus atos antes de realizá-los. Além disso, a variável "qualidade" em geral apresenta uma série de dimensões pouco observáveis e verificáveis.²⁶ Como no caso em tela trata-se de "qualidade de atendimento" por ser uma atividade de revenda e não de produção, este problema de não observabilidade se torna ainda mais dramático. Pesquisas de opinião dos consumidores sempre têm valor limitado, sendo que deveriam ter sido feitas antes do FPRm para compará-las com a situação depois do FPRm. A variável mais direta para se avaliar se o atendimento melhorou ou não é se as vendas aumentaram ou não em um determinado varejo. Dificulta a tarefa de mensuração o grande conjunto de variáveis, que não a qualidade do atendimento, que influenciam vendas.

Há duas dificuldades adicionais. Primeiro, a SKF teria que provar a melhoria da qualidade de atendimento não dela própria, mas dos revendedores. Segundo, como a conduta durou apenas sete meses, é possível que: (a) não tenha havido tempo suficiente para que gerasse resultados²⁷ e/ou; (b) as eficiências esperadas não aconteceram e justamente por isso se suspendeu precocemente o FPRm.

A dificuldade de verificar a eficiência indica que requerer a sua realização equivale a tornar muito difícil concluir que um FPRm gerou benefícios.

26. Observável é quando a empresa é capaz de constatar a melhoria de qualidade. Verificável quando, além de observar, consegue demonstrá-la para um terceiro, no caso uma autoridade antitruste ou um juiz, por exemplo. Ver TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1988.

27. Haveria alguma política adotada pelo Cade em que se conseguiram evidências conclusivas de seu resultado em menos de sete meses?

Uma possibilidade seria uma flexibilização no sentido de avaliar não apenas as eficiências realizadas (se houver), mas expectativas sobre eficiências que sejam minimamente razoáveis no contexto do setor e das empresas envolvidas. Este procedimento estaria na mesma linha da análise inevitavelmente prospectiva que se faz em análise de fusões. Sobre este ponto, a OCDE (2013)²⁸ promoveu importante debate sobre a questão das eficiências no antitruste. Apesar de ainda haver determinada resistência das autoridades antitruste em considerar o papel das eficiências de forma significativa nos casos de conduta, esta situação já estaria se alterando.

Como destacado no texto da OCDE (2013), Diretriz da Comissão Europeia de 2009 reconheceu eficiências como uma defesa possível em condutas. A empresa acusada, nesse contexto, poderia mostrar que tais eficiências serão suficientes para garantir que nenhum dano líquido *provavelmente* ocorreria. A Comissão define um conjunto de requisitos para considerar eficiências nos casos de condutas, sendo a primeira de que: “Efficiencies have been, or are likely to be, realized as a result of the conduct”²⁹ (grifos nossos).

No Canadá, a Corte Federal de Apelações definiu que uma justificação de negócio deve corresponder a uma “eficiência crível”, sendo que nas Diretrizes Canadenses sobre Abuso de Posição Dominante também se coloca que será examinada:

“(...) the *credibility* of any efficiency or pro-competitive claims raised by the allegedly dominant firm(s), their link to the alleged anticompetitive practice, and the *likelihood* of these claims being achieved when examining the overriding purpose of an alleged anti-competitive practice” (grifos nossos).

Ou seja, não deve ser necessária a realização das eficiências para que elas possam ser consideradas na análise custo/benefício da conduta.

A expectativa de que o FPRm seria considerada potencialmente eficiente pela SKF é plausível na medida em que a qualidade do atendimento é considerada suficientemente relevante no setor. E não se pode descartar tal hipótese no caso concreto, uma vez que o próprio voto do conselheiro Marcos Verissimo indica que havia uma necessidade, ainda que parcial, de tratamento especial dos revendedores no ato da compra no segmento de rolamentos para aplicação industrial:

28. OCDE. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. DAF/COMP(2012) 23. 02.05.2013. Disponível em: [www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf].

29. Como destacado no documento da OCDE (2013), há ainda forte discussão sobre em que medida tais requisitos são excessivos ou não.

“Pesquisa subsequente da SDE junto a dois distribuidores da SKF confirmou que, no setor industrial, o atendimento, quando necessário, resume-se à primeira venda, mas que há, sem prejuízo disso, alguns serviços de pré e pós venda neste e também no setor de revenda de rolamentos para aplicação automotiva.”

Outro indicador de que a qualidade do atendimento na revenda seria relevante foi a afirmação da SKF, transcrita no voto do conselheiro Furlan:

“(...) a SKF também investiu em programas de certificação técnica de seus distribuidores industriais e desenvolveu modelos de parceria com aqueles que desejassem ter um atendimento diferenciado em seus serviços pós-venda. Isso se deu por meio dos programas ‘Authorized Distributor’, ‘Value Partner’ e ‘Joint Action’ (...). Ademais, a SKF criou um departamento de desenvolvimento de distribuidores, exclusivamente para desenvolver o canal de distribuição com base em processos e melhores práticas de atendimento ao mercado, tendo promovido diversos seminários técnicos (*workshops*) e treinamentos.”

A avaliação das ações de incremento da qualidade da revenda pela SKF acabou tendo um sentido negativo na visão do Conselheiro Furlan. Em lugar de entendê-las como um indicador da importância da qualidade de atendimento que poderia ser alcançado por vários meios complementares, o conselheiro apontou que “como a qualidade dos serviços dos distribuidores foi supostamente garantida por meio de ação própria, desvinculada da conduta investigada” a FPRm não seria necessária. Ou seja, a hipótese de trabalho é que as várias ações de uma empresa para um determinado fim (melhoria da qualidade de atendimento da revenda) são sempre substitutas entre si. Implementando uma, exclui-se a outra. Não se cogita que uma determinada ação pode não exaurir toda a potencialidade de ganhos de qualidade de atendimento. Desconsidera-se ainda que a complementaridade deve fazer com que o resultado das duas ações tomadas concomitantemente seja maior do que a soma dos resultados que seriam obtidos adotando aquelas ações isoladamente. De fato, o “treinamento” em qualidade de serviço deve ser mais eficaz quando o revendedor pode derivar mais lucro deste “insumo” via FPRm. A perspectiva de mais lucros pela revenda por sua vez pode cair no vazio sem o treinamento apropriado. Não adianta ter o incentivo a ter mais qualidade de atendimento se os funcionários não sabem como fazê-lo. Tais ações são claramente complementares.

É extremamente arriscado, de qualquer forma, a autoridade arbitrar qual a melhor forma de a empresa resolver problemas específicos de proteção de sua marca (ou qualquer outro problema de gestão do negócio). A autoridade pode avaliar que um método apresenta menor potencial de dano à concorrência que outro, o que está dentro de sua área de competência, mas não que um é melhor que outro do ponto de vista privado. A autoridade dificilmente terá melhores condições de fazer tal análise do que a própria empresa.

Nesse sentido, o conselheiro Furlan afirma que “para a proteção da reputação da marca, por exemplo, o estabelecimento de um sistema de distribuição exclusivo ou seletivo que assegurasse que o produto fosse somente comercializado por revendedores de reputação e prestígio seria muito mais eficaz no combate ao efeito carona na certificação de qualidade” do que o FPRm. A autoridade pode até avaliar que o FPRm tem mais potencial de dano concorrencial que a exclusividade em determinado caso, mas não que o FPRm é menos adequado que a exclusividade para proteger a marca. Conforme a OCDE (2008), este constitui debate usual no tema:

“Critics of these three arguments (in favor of RPM) assert that RPM is a very blunt and indirect way to achieve efficiency benefits... and that the same benefits can be achieved in other ways. They argue that merely increasing the retail margin and/or eliminating price competition between retailers does not and cannot guarantee that the retailer will provide the relevant complementary services – instead the retailer could simply keep the extra margins for itself. Others respond that these arguments are relevant only when determining whether particular anti-competitive harm could be achieved in a manner that is less restrictive of competition. In cases where there is no market power and therefore no threat to competition, they say, competition law should not get involved in telling business how to organize their affairs.”

A SKF foi a única empresa que adotou revenda terceirizada em lugar de força de venda própria. A estratégia escolhida demonstra um arranjo mais focado nos incentivos de mercado do que na “firma” em que tais incentivos são mais fracos, mas em compensação custos de transação são menores. Ao adotar um arranjo mais “mercado” e menos “firma” na relação com a revenda, a SKF revela uma particular disposição a adotar mecanismos de incentivo compatíveis com tal arranjo. O FPRm seria um deles.

Ao final e ao cabo, o tema “eficiências” não foi suficientemente desenvolvido no processo, não sendo claro em que medida haveria uma razoável probabilidade de a conduta afetar positivamente a qualidade de atendimento. De qualquer forma, nosso ponto neste processo é que, estando longe de ser clara a existência de poder de mercado seja unilateral, seja coordenado, não haveria necessidade de se chegar a este estágio de análise das eficiências.

6. CASO EVEREST: UMA JURISPRUDÊNCIA MAIS OU MENOS ANTERIOR A SKF

Um dado curioso é que o Cade em outubro de 2011, na relatoria do Conselheiro Elvino Mendonça, não condenou uma conduta de FPRm com significativas similaridades com o caso em tela. Aplicou-se aqui uma regra da razão

bem mais flexível. Esta jurisprudência é *mais ou menos* anterior à SKF dado que, quando o caso Everest foi julgado, já havia quatro votos apresentados.

No caso Everest³⁰ analisou-se um FPRm no mercado de equipamentos para tratamento de água. Tal como no caso SKF houve alguma discussão sobre o mercado relevante de produto. Apesar de a empresa alegar participação de mercado de pouco menos que 5% (cinco por cento), a Seae encontrou alguns tipos de equipamentos com participação da empresa superior a 20% e que eventualmente poderiam ser considerados mercados relevantes distintos, o que foi uma consideração importante do Conselheiro Vinicius Carvalho no caso SKF. Também não se constatarem barreiras à entrada relevantes no caso Everest, equivalente ao caso SKF. O relator conclui pela “ausência de condições estruturais” que pudesse causar dano ao ambiente concorrencial, no que foi unanimemente acompanhado.

Tal como no caso SKF, havia um papel para serviços referentes à instalação e manutenção dos equipamentos. O *free-riding*, também similar ao caso SKF, não é claro, apesar de o papel da qualidade de atendimento estar bem caracterizado. Note-se que quando se processa o serviço de instalação, a venda já foi realizada, podendo considerá-lo já como um serviço pós-venda. É radicalmente distinto do exemplo de Hovenkamp acerca da aquisição do computador em uma loja e a consulta sobre suas características na outra. Neste exemplo, o consumidor pode segmentar a loja onde toma as orientações pré-venda e a loja onde vai efetivamente adquirir o produto, gerando o *free-riding*. O problema aqui é de reputação de qualidade nestes serviços, idêntico ao caso SKF, em que o FPRm pode ter um papel (só não é um problema de *free-riding*).

Um outro aspecto importante é que o relator, apesar de reportar as eficiências alegadas pela empresa, não demanda as eficiências realizadas como aconteceu no caso SKF. O relator refere-se àquelas como as “prováveis eficiências geradas” em linha com o que entendemos mais adequado em lugar das eficiências realizadas, cuja prova é uma “missão quase impossível” em boa parte dos casos e que foi demandada no caso SKF.

Em síntese, no caso Everest a evidência de ausência de poder de mercado mais a simples expectativa de eficiências preveniu a condenação. Melhor sorte da Everest!

30. Averiguação Preliminar 08012.009674/2008-16. O artigo de Coelho e Silva (*New developments on the analysis of resale price maintenance in Brazil* apresentado no Encontro da ALACDE Rio de Janeiro de 2013) com excelente revisão da jurisprudência de FPR no Brasil e a reviravolta do caso SKF chamou a atenção para o caso Everest. Ver o caso em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc].

7. FPRM: REGRA DA RAZÃO VS. *PER SE*

A OCDE (2008) apresenta uma síntese didática dos *trade-offs* envolvidos na escolha entre uma regra *per se* e uma regra da razão:

"The *per se* approach offers clarity, speed and savings in decision-making costs. There should be no doubt in anyone's mind about what is permitted and what is not under the *per se* approach. There is a reduced need for an agency or court to delve into intricate factual evidence and make judgments about it. Unfortunately, the *per se* approach is much like a sledgehammer: it has quick results, is relatively inexpensive and predictable, but it is not very careful. The *per se* rule will condemn some conduct that is actually pro-competitive.

(...).

The strength of the rule of reason is that it can take into account a great deal of information related to the conduct. Its weaknesses are that it can take a long time and much money to perform, it is often impossible to collect the necessary data or difficult to interpret them correctly, and it is hard to predict what result the rule will yield in any particular case. It may wind up exonerating some conduct that should have been condemned, and vice-versa."

A questão é como avaliar o FPRm dentro deste *trade-off*? A conduta de cartel, por exemplo, é considerada em muitas jurisdições como ilegal *per se* dado que seus impactos são usualmente negativos e dificilmente haveria eficiências suficientemente compensatórias.³¹ Caberia, portanto, igualar o padrão de análise do FPRm à ilegalidade *per se* de forma equivalente a uma conduta como o cartel?

Como mostra a resenha da OCDE (2008), esta equivalência analítica do FPRm com o cartel está longe de ser razoável:

"(...) *per se* treatment is appropriate only for conduct that – almost always tends to restrict competition and reduce output or is, in other words, – mani-

31. Um contra exemplo interessante é o caso do contrato de exclusividade entre o clube dos 13 e a Globo em que a reunião de clubes para a negociação com a emissora poderia ser considerada como um cartel. Como destaca Mattos (Broadcasting football rights in Brazil: the case of Globo and "Club of 13" in the antitrust perspective. *Revista Estudos Econômicos da USP-SP*. vol. 42, n. 2, 2012) "the main problem is that centralizing the process in a single body like the Club of 13 reproduces many of the characteristics of a cartel. In this case, the problem is not the "unified" price of broadcasting rights for individual games to a level closer to a monopoly. The Club of 13 bundles all BFL matches and sells them for a single aggregate price." O arranjo, entretanto, foi considerado eficiente em um exemplo que mesmo uma conduta que pode ser interpretada como um cartel pode ser eficiente.

festly anticompetitive. All of those factors point in favor of a rule of reason approach toward both maximum and minimum RPM (...)

As a group of eminent economists recently stated, – In the theoretical literature, it is essentially undisputed that minimum RPM can have pro-competitive effects and that under a variety of market conditions it is unlikely to have anticompetitive effects... The position absent from the literature is that minimum RPM is most often, much less almost invariably, anticompetitive. They concluded, therefore, that the economics literature provides no support for applying the *per se* rule.”

E isto vale para os europeus também conforme a OCDE (2008):

“Some European commentators agree: – [E]conomically speaking, the prohibition of resale price maintenance in European law is incomprehensible... [A] general ban, in other words a prohibition *per se*, cannot optimize the market results from an economic point of view, because it means that all positive effects which are achievable through the application of price maintenance would be prohibited or only realizable in another way at greater cost.”

O voto do caso SKF que abordou de forma mais exaustiva esta questão foi o do Conselheiro Marcos Veríssimo, que apoiou o voto pela condenação. Defendeu uma análise mais rígida para o FPRm, o que não chegaria a ser uma regra *per se*, mas que implicaria uma presunção de que a conduta quase sempre gera danos, mas que eventualmente pode ser contrabalançada por eficiências. Defendeu também que à autoridade não caberia demonstrar nem o dano efetivo ou potencial e nem ao menos a existência de poder de mercado. Caberia à empresa sempre o ônus da prova em demonstrar que há eficiências suficientemente significativas da conduta de FPRm para contrabalançar os prejuízos tidos como líquidos e certos.

O Conselheiro parte das três principais críticas que estariam sendo feitas contra a reversão promovida pelo caso Leegin de abordagem *per se* para regra da razão nos EUA: (a) há baixa frequência de casos em que ocorrem as eficiências alegadas; (b) há alta frequência em que ocorrem os prejuízos como cartéis a montante e jusante e; (c) há custos elevados de analisar custos e benefícios da conduta e seus impactos líquidos.³²

Em relação ao primeiro ponto, há o problema já mencionado de que boa parte da realização das eficiências baseada nas dimensões de “qualidade do atendimento” e “proteção contra comportamento *free-rider*” é pouco obser-

32. Ver OCDE (2008) sobre a contraposição das visões dos que defendem regras mais e menos estritas no FPRm.

vável, especialmente pela dificuldade de mensuração. Em particular, é difícil comprovar o nexo causal do FPRm com a realização da eficiência. A exigência de comprovação da realização de eficiências e do nexo causal conduta/eficiência limitaria seu alcance ao que está no campo do observável, resultando na desconsideração do que é não observável. Uma avaliação da importância da assistência pré-venda ou de outra eficiência específica alegada, sem requerer que se verifique por dados se ela aumentou e/ou decorreu do FPRm, seria uma abordagem mais interessante.

Quanto ao segundo ponto, Blair e Kaserman (2009) apontam a evidência contrária à alegação de alta incidência de cartéis viabilizados pela FPRm.³³

“(...) there is scant evidence that either a manufacturer or a dealer cartel is, in fact, a primary motivation for implementing Retail Price Maintenance (RPM). In practice, it does not appear that RPM is primarily, or even frequently, employed to facilitate collusive arrangements. For example, many of the cases involving vertical price restraints have involved manufacturers with relatively small market shares... In an exhaustive analysis of cases involving vertical price restraints, Ippolito³⁴ found that only about 10 percent of private enforcement cases and about 13 percent of all cases (private and public) involved allegations of horizontal collusion.”

Os autores citam dois casos, Zeneca e New Balance, em que houve acusações de FPRm anticompetitivo com participações de mercado muito pequenas (menos de 10% no primeiro e 2% no segundo), o que tornaria “muito improvável que se poderia ter cobrado preços não competitivos”.

A OCDE (2008) também mostra que muitos defendem que mesmo um cartel de fornecedores sustentado por FPRm teria dificuldades de se manter:

“(...) the sources of instability just described do provide some theoretical support for the view that RPM-facilitated manufacturing cartels are uncommon. Consequently, these observations tend to weaken the case for keeping RPM illegal *per se* (...).”

Marvel (2008), citado pela OCDE (2008),³⁵ destaca também que:

33. Evidência também enfatizada na resenha da OCDE (2008).

34. IPPOLITO, Pauline. Resale price maintenance: empirical evidence from litigation. *Journal of Law & Economics*. vol. 34. p. 263-281. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

35. MARVEL, Howard P. Resale price maintenance and the rule of reason. *The Antitrust Source*. june 2008. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/jun08_Marvel6_26f.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 11.12.2013.

"(...) at least in the US, – [t]he number of cases in which RPM can plausibly be alleged to have facilitated a manufacturer cartel can be counted on one's fingers."

Em relação ao terceiro ponto, o Conselheiro Marcos Verissimo não esclarece por que os custos de análise dos efeitos líquidos seriam particularmente elevados na conduta de FPRm. As condutas de exclusividade e venda casada, por exemplo, afetam diretamente a concorrência intermarcas, o que deve ter um potencial de prejuízo não inferior ao eventual dano na concorrência de uma conduta que afeta mais diretamente a concorrência intramarcas, além de apresentarem o mesmo grau de complexidade na análise. Não há porque aproximar a análise do FPRm mais ao cartel na regra *per se* do que a estas outras condutas na regra da razão. Este ponto é destacado por Motta (2005):

"(...) there is no economic justification for a policy that treats restraints in a different way, say using a *per se* rule of prohibition against retail price maintenance while allowing all other restraints."

Tampouco concluir pelo alto custo de análise do FPRm pela frequente falta de dados como justificativa de uma regra *per se* seria razoável conforme a OCDE (2008):

"But if *per se* illegality is the correct default rule when there is insufficient data to satisfy his test, then *per se* rules should be in force for virtually every area of competition law enforcement, as the problem of inadequate data is not unique to RPM."

O FPRm pode ser equivalente a condutas com potencial anticompetitivo ainda menor que venda casada e exclusividade, conforme Marvel (2008), citado pela OCDE (2008):

"RPM is no different from certain other promotional investments that do not draw nearly as much scrutiny as RPM. Advertising, for example, can stimulate demand even though it also raises costs and (usually) prices. The same is true of investments in R&D. Those strategies are rarely questioned, though."

E o pior é que com a ilegalidade *per se* do FPRm, condutas substitutas que podem acabar sendo até mais danosas à concorrência são utilizadas. Conforme a OCDE (2008):

"For many years in the US, for example, the practice of granting exclusive territories to retailers was evaluated under the rule of reason while RPM was *per se* illegal. That, as many commentators noticed, was an odd antitrust policy. Exclusive territories eliminate all intra brand competition within a given geographic market, whereas RPM eliminates only price-based intra

brand competition and allows several intra brand rivals to exist within a given geographic market.”

Alternativamente, a incapacidade de fazer um FPRm pode induzir a uma verticalização desnecessária e sem base em arranjo eficiente. Isto porque os preços de revenda das equipes de vendas próprias são, por construção, fixados pela direção da empresa. Imagine a autoridade antitruste questionando a direção de uma empresa por definir os preços que seus vendedores podem fazer !!!

Chamou atenção nos votos pela condenação da SKF, a transferência do ônus da prova da autoridade, que não precisa demonstrar poder de mercado e nem dano potencial ou efetivo da conduta, para a empresa, que precisaria demonstrar as eficiências. O Conselheiro Olavo Chinaglia destaca a inadequação desta abordagem:

“(...) num feito em que o que se sobressai dos autos é justamente a incapacidade da prática investigada de alterar o funcionamento usual do mercado e, por consequência, de gerar qualquer efeito digno de nota do ponto de vista antitruste, condicionar o arquivamento do processo à comprovação pela Representada de eficiências econômicas cria cenário muito semelhante àquilo que a teoria processual habitou-se a denominar de prova diabólica.”

Enfim, somos favoráveis a uma análise do FPRm baseada na regra da razão, com características próximas às outras restrições verticais como exclusividade, venda casada, restrições territoriais etc.

8. CONCLUSÃO

Tal como à época de nosso artigo de 2001, a literatura econômica permanece cética em relação ao potencial anticompetitivo do FPRm justificar uma regra de ilegalidade *per se*.

A decisão do caso SKF não chegou a estabelecer uma regra *per se* para o FPRm no Brasil. Mesmo o padrão mais rigoroso proposto pelo conselheiro Marcos Verissimo não constitui uma regra *per se*, pois pelo menos se oferece ao representado a possibilidade de apresentação de eficiências compensatórias. No entanto, o caso SKF indica uma regra da razão quase *per se* em que a avaliação de poder de mercado se torna um elemento menor e o dano potencial ou efetivo presumido.

A intuição inicial sobre a malignidade concorrencial do FPRm é, de fato, muito forte: um agente obriga os agentes no elo seguinte da cadeia a não concorrerem via preços. A precária base de análise econômica do antitruste de começo do século passado fez com que esta intuição inicial gerasse a regra *per*

se de Dr. Miles que contaminou toda a trajetória jurisprudencial não apenas americana como, posteriormente, europeia que mantém-se com uma abordagem quase *per se*.³⁶

O antitruste, no entanto, requer análise de racionalidade econômica rigorosa, sendo que o preconceito contra o FPRm vai aos poucos se desfazendo. O caso Leegin da Suprema Corte Americana em 2007, abandonando a ilegalidade *per se* pela regra da razão, constituiu um ponto de inflexão fundamental. A abordagem europeia ainda prossegue significativamente restrita e foi bastante citada nos votos de vista. No entanto, observando o posicionamento dos europeus no debate promovido pela OCDE (2008), constata-se uma inclinação por uma flexibilização maior. O caso SKF seria o nosso *anti-Leegin*, estando na contramão da tendência de maior conteúdo econômico na análise da FPRm.

Como, afinal, se deve analisar o FPRm? Motta (2005)³⁷ sugere uma isenção antitruste para todas as restrições verticais envolvendo empresas com participações abaixo de entre 20% a 30%, justamente o caso SKF.³⁸ A partir da definição de um porto seguro de participação de mercado, caberia testar as hipóteses de FPRm anticompetitiva: (a) facilitadora de cartel de fornecedor ou revendedor; (b) criação de barreira à entrada; (c) restauração do poder de mercado a montante. Constatada a existência de dano efetivo ou potencial caberia a avaliação de eficiências compensatórias, especialmente às relativas ao incremento da qualidade de atendimento. A recente discussão da OCDE (2013), acima citada, sobre o tema seria um ponto de partida de como incorporar as eficiências na análise.

Enfim, a forma de avaliação da FPRm não deve destoar das outras restrições verticais. Isto garante maior consistência na política antitruste no país e evita o erro tipo I de condenar condutas que podem ser muito eficientes. Urge, portanto, rever a sinalização do caso SKF.

36. Os votos de vista dos Conselheiros Vinicius Carvalho e Marcos Verissimo apresentam resenhas bem interessantes sobre a jurisprudência e prática europeias.

37. Que acabou de se tornar economista chefe da Comissão de Concorrência Europeia.

38. Comanor e Scherer, citados pela OCDE (2008), indicam o parâmetro de 50% ou um HHI acima de 1800.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão. Uma análise acerca da jurisprudência norte-americana, de Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 20/39;
- A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte, de Marina Moreira da Gama – *RIBRAC* 12/111;
- Fixação de preços de revenda (*Resale-Price Maintenance* – FPR): elementos para um roteiro de investigação, de César Mattos – *RIBRAC* 8/27;
- *Resale Price Maintenance, suggested retail price* e o caso kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional, norte-americana e europeia, de Rodrigo Surcan dos Santos – *RIBRAC* 13/133; e
- Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 12/107.

RESTRIÇÕES VERTICAIS EXCLUSIONÁRIAS E DESCONTOS DE EXCLUSIVIDADE: A BUSCA POR UM PADRÃO PROBATÓRIO

ANA PAULA PRADO GARCIA

Graduada em Gestão de Finanças Públicas pela UEMG e em Direito pela UFMG.

LEANDRO NOVAIS E SILVA

Doutor e Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor-Adjunto da disciplina na mesma Instituição. Pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (Nectar-ITA). Procurador do Banco Central do Brasil.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Financeiro e Econômico

RESUMO: O presente trabalho apresenta considerações de restrições verticais exclusionárias e, mais especificamente, de descontos condicionados à exclusividade. São apresentados seus efeitos, tanto os favoráveis quanto aqueles que são prejudiciais à concorrência. Apresenta-se a evolução do tratamento desta prática no direito antitruste dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil, demonstrando-se que hoje há consenso quanto à aplicabilidade da regra da razão, e, portanto, quanto à inaplicabilidade da licitude (ou ilicitude) *per se*. Destacam-se os requisitos que a doutrina aponta para a aplicabilidade da exclusividade. São feitas considerações acerca dos descontos de exclusividade, bem como analisados, brevemente, casos em que essa conduta foi julgada nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil. São feitas considerações acerca do padrão probatório a ser utilizado quando da análise dessas condutas, que não deixam dúvidas quanto à necessidade de se criarem regras claras a serem seguidas para tornar a análise da regra da razão mais objetiva, dotada de certeza e previsibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência – Restrição vertical – Descontos condicionados – Exclusividade.

ABSTRACT: This paper presents considerations about vertical restraints, and more specifically rebate conditioned on exclusivity. It presents its effects are presented, both favorable as which are harmful to competition. Shows the evolution of the treatment of this practice in antitrust law of the United States, European Union and Brazil, demonstrating that today there is a consensus about the applicability of the rule of reason, and therefore about the inapplicability of legality (or illegality) *per se*. Then, this study presents the requirements that the doctrine points to the applicability of exclusivity. Cases of the United States, European Union and Brazil, are briefly presented. Considerations are made about the standard of proof to be used when analyzing these behaviors, which leave no doubt as to the need to establish clear rules make the rule of reason analysis more objective, endowed with certainty and predictability.

KEYWORDS: Competition law – Vertical restraint – Conditional rebates – Exclusivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Restrições verticais: o que são? – 3. Exclusividade: 3.1 Tratamento das restrições verticais exclusionárias: Estados Unidos, Europa e Brasil: 3.1.1 Estados Unidos; 3.1.2 União Europeia: da regra *per se* para a análise baseada nos efeitos; 3.1.3 Brasil; 3.2 Exclusividade: possíveis eficiências; 3.3 Exclusividade: potenciais efeitos anti-competitivos; 3.4 Exclusividade: requisitos de aplicação – 4. Descontos de exclusividade: 4.1 Considerações gerais; 4.2 Disposições do Guia da UE 2008 especificamente quanto a descontos de exclusividade; 4.3 Jurisprudência internacional; 4.4 Jurisprudência brasileira: Paiva Piovesan e Caso Tô Contigo-AmBev; 4.5 Padrão probatório: questão central – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa contribuir para o debate atualmente existente no Direito Concorrencial sobre as restrições verticais exclusionárias, mais especificamente dos descontos condicionados à exclusividade. O Brasil possui pouquíssimos casos de descontos condicionados, o que faz com que essa conduta seja a de menor experiência e robustez na jurisprudência brasileira.

Este trabalho tece considerações que podem contribuir, de alguma maneira, para o Guia de Análise de Restrições Verticais, documento que está sendo elaborado no momento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

No primeiro tópico apresenta-se o conceito de restrições verticais, suas modalidades e como tais restrições são disciplinadas no Direito brasileiro.

O segundo tópico aborda o conceito de exclusividade, além de realizar uma breve abordagem da aplicação das restrições verticais exclusionárias nos Estados Unidos, Europa e no Brasil. Este tópico também detalha os possíveis efeitos (positivos e negativos) advindos da prática de exclusividade, bem como os requisitos apontados pela doutrina para a aplicação da exclusividade.

Traçado tal arcabouço teórico e entendidos os conceitos e implicações das restrições verticais exclusionárias, o terceiro tópico tece considerações acerca dos descontos de fidelidade, que são entendidos como um tipo de prática de exclusividade. Ainda apresenta casos de descontos de exclusividade que foram julgados na União Europeia e nos Estados Unidos, bem como um dos casos mais emblemáticos do tema no Brasil. Em seguida, são feitas considerações acerca do padrão probatório a ser utilizado quando da análise de descontos de exclusividade.

Por fim, o quarto tópico apresenta a conclusão do presente trabalho, na busca do estabelecimento dos critérios que podem compor um padrão probatório, a ser utilizado pelas autoridades antitruste para a análise das condutas exclusionárias.

2. RESTRIÇÕES VERTICAIS: O QUE SÃO?

Antes de partir para a proposta do trabalho, que é estudo da temática específica dos descontos de exclusividade, é importante que sejam tecidas algumas considerações gerais acerca das restrições verticais e, mais especificadamente, acerca das restrições verticais exclusionárias. Nesse intuito, este tópico abordará o conceito de restrições verticais, suas modalidades e como tais restrições são disciplinadas no Direito brasileiro.

Para o Direito Concorrencial, as restrições verticais podem ser conceituadas como estipulações contratuais, geralmente inseridas nos acordos verticais, que restringem a liberdade de atuação do distribuidor ou do fornecedor.¹

O Anexo I da Res. Cade 20/1999² define o significado da expressão “práticas restritivas verticais” como “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”.³

As restrições verticais podem se apresentar sob diversas formas, sendo as mais comuns: (a) exclusividade; (b) divisão territorial; (c) restrições sobre preços de revenda e (d) vendas casadas.

Tratam-se de práticas comuns do Direito Contratual que podem causar impactos competitivos significativos, sendo, por isso, objeto do Direito Antitruste. Em atenção à possibilidade da ocorrência desses impactos competitivos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece que as restrições verticais serão consideradas infrações à ordem econômica quando implicarem a incidência de qualquer dos efeitos listados nos incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste).⁴ Desse modo, apenas serão infrações à ordem econômica aquelas

-
1. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 25.
 2. Ainda que a Res. Cade 20/1999 tenha sido revogada pela Res. Cade 45/2007 (Regimento Interno do Cade), as disposições e conceitos contidos em seu anexo ainda servem de referência para o Direito Concorrencial brasileiro.
 3. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Res. 20, de 09.06.1999. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf]. Acesso em: 13.07.2013. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/1994.
 4. BRASIL. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em: 13.07.2013. Estrutura o Sistema

condutas que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

À primeira vista, distinguir o ilícito do lícito parece um tanto quanto fácil, já que bastaria constatar se o efeito (ou potencial efeito) é observado na realidade dos fatos. Tratar-se-ia, portanto, de uma simples constatação de subsunção da norma do art. 36 da Lei 12.529/2011.

Entretanto é bem possível que essa distinção seja aquela que encontra maior dificuldade de explicação no Direito Antitruste. Essa dificuldade advém do fato de que a determinação da licitude ou ilicitude, nessa matéria, depende de uma interpretação estritamente relacionada ao momento histórico e político de um país. Ademais, entendidas as normas antitruste como um mecanismo de implantação de políticas públicas, é, de fato, impossível dissociá-las da realidade e cristalizar seu processo de interpretação e aplicação. Assim, essa distinção não pode, mesmo, ser uma tarefa das mais triviais.

Levanta-se, então, o questionamento quanto à necessária segurança jurídica na aplicação do Direito Concorrencial aos casos de restrições verticais. Não há dúvidas de que segurança e previsibilidade quanto à distinção da licitude e ilicitude das condutas em análise são condições necessárias para o bom fluxo das relações econômicas. Contudo, há que se ressaltar que a essa necessidade corresponde uma equivocada crença de que em qualquer situação haveria apenas uma resposta jurídica possível.⁵

Vê-se, assim, que é necessário que haja um meio seguro para que se analisem potenciais efeitos (positivos e negativos) advindos de uma restrição vertical. Nesse sentido, muito embora haja renomadas teorias sobre as eficiências das restrições baseadas no melhor alinhamento dos incentivos das empresas a montante e a jusante, nenhuma delas desenvolveu-se a ponto de demonstrar como devem ser valorados os potenciais efeitos anticompetitivos das restrições verticais em relação às eficiências.⁶

Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27.12.1990, o Dec.-lei-3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal e a Lei 7.347, de 24.07.1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11.06.1994 e a Lei 9.781, de 19.01.1999; e dá outras providências.

5. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 52.

6. *Idem*, p. 54.

Essa deficiência das teorias, aliada à falta de evidências empíricas diretas acerca dos efeitos das restrições verticais, fazem com que as decisões a serem tomadas remanesçam indubitavelmente sujeitas a indesejáveis graus de incerteza e subjetividade.

O próximo tópico trará importantes considerações acerca das restrições verticais exclusionárias, bem como seu conceito e possíveis efeitos concorrenciais (prejudiciais ou benéficos). A partir desse substrato teórico, será possível compreender os denominados “paradigmas de evolução das restrições verticais”,⁷ é dizer, a forma pela qual os intérpretes autênticos, no decorrer dos anos e em diversas jurisdições, trataram as restrições verticais, considerando-as ora como pró-competitivas, ora como anticompetitivas. Nesse intuito, o próximo tópico apresentará a evolução do tratamento e o entendimento acerca das restrições verticais nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil.

3. EXCLUSIVIDADE

As restrições verticais exclusionárias são uma das possíveis modalidades de restrições verticais. São entendidas como aquelas mediante as quais a parte (ou ambas) obriga-se a não contratar com terceiros o mesmo objeto do negócio que mantém com a outra. Nesse sentido: “Um acordo de exclusividade é um contrato por meio do qual um comprador promete comprar suas necessidades de um ou mais produtos exclusivamente de um vendedor individual”.⁸

Os casos de acordos verticais de exclusividade são possivelmente os mais difíceis da prática de defesa da concorrência.⁹ Isso porque a linha que separa a desejável agressividade concorrencial do indesejável excesso nessa agressividade é tênue. Para identificar essa fronteira, é importante que se consiga balancear as possíveis eficiências e os possíveis efeitos prejudiciais à concorrência decorrentes de práticas exclusionárias.

7. Observa-se essa evolução no tratamento das restrições verticais sejam elas exclusionárias ou não.

8. “An exclusive dealing arrangement is a contract under which a buyer promises to buy its requirements of one or more products exclusively from a particular seller” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St Paul: Thomson/West, 2005. p. 436).

9. “A comparação com casos de cartel realça essa dificuldade: não há nenhuma circunstância em que um cartel seja desejável do ponto de vista social” (MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Predação através de programas de fidelização: o caso do programa Tô Contigo. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 500).

3.1 *Tratamento das restrições verticais exclusionárias: Estados Unidos, Europa e Brasil*

Esse tópico delineará, brevemente, a evolução do entendimento norte-americano, europeu, e, como não poderia deixar de ser, o brasileiro acerca da aplicação das restrições verticais exclusionárias.

3.1.1 *Estados Unidos*

Nos Estados Unidos, entre os anos 1950, 1960 e 1970, no período conhecido como “pré-Chicago”, as decisões antitruste mostraram um panorama desfavorável e simplista em relação às restrições verticais, já que muitas condenações *per se* foram lançadas. A preocupação girava muito em torno das estruturas e das concentrações econômicas, e o objetivo era o de preservar a concorrência intramarca, assim como a independência do distribuidor ao comercializar o produto.

No período seguinte, no ápice da “Escola de Chicago”, doutrina e jurisprudência se inclinaram a uma postura muito mais permissiva em relação às cláusulas de exclusividade. O que explica tal leniência ante as condutas de exclusividade é o entendimento de que a intenção das cláusulas de exclusividade não seria a de afetar a concorrência, mas sim a de produzir eficiências, como, por exemplo, a economia de escopo, redução de problemas informacionais e de custos de transação. Consideravam, portanto, que a eficiência alocativa necessariamente induziria ao bem-estar do consumidor. Mais do que isso, conforme essa escola, a eficiência aprimoraria a atuação dos agentes no mercado e, consequentemente, aperfeiçoaria sua capacidade competitiva.¹⁰

O que sustentava o argumento da Escola de Chicago era a ideia do *single monopoly profit*, segundo a qual o monopolista de um mercado não tem incentivos para ser monopolista de um segundo mercado, já que, de qualquer maneira, este já alcança todo o lucro sendo monopolista apenas no primeiro mercado.

Os exageros na aplicação dessa teoria implicaram um retorno da tendência permissiva, de modo que se chega, inclusive, a defender a legalidade *per se* das restrições verticais.

Contudo, esse panorama encontrou algumas oposições. A partir da ideia do comportamento estratégico, foi possível contestar o pensamento neoclássico,

10. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 247.

segundo o qual o que justificava as restrições verticais seria a produção de eficiências alocativas, sem que se quisesse eliminar ou prejudicar a concorrência.¹¹

Críticos à Escola de Chicago, denominados “Pós-Chicago”, embora aplaudissem a análise econômica introduzida por ela, a acusavam de ter uma visão demasiadamente simplista. Nessa esteira, esses críticos indicam prejuízos concorrenciais provenientes dos acordos verticais, sem, contudo, desprezar as eficiências que tais condutas também traziam.

Sustentam, desse modo, que as restrições verticais podem trazer resultados proveitosos, mas também negativos, e esses efeitos positivos e negativos precisam ser ponderados caso a caso. Ou seja, é provável que um aparente ganho de eficiência não seja contrabalanceado por um prejuízo concorrencial, como, por exemplo, pela perda ou diminuição de incentivo à entrada de novos concorrentes. Dessa forma, nem sempre soluções centradas somente no resultado alocativo coincidem com os interesses dos consumidores, tampouco com a proteção à livre concorrência.

Em síntese, vê-se que a prática antitruste norte-americana no tratamento de restrições verticais foi marcada por intenso debate e, sobretudo, por grandes oscilações entre o rigor (Pré-Chicago) e a absoluta tolerância (Escola de Chicago), e com a Escola de Pós-Chicago parece ter encontrado um “meio termo”.

Para a consideração acerca da licitude ou ilicitude das cláusulas de exclusividade, as Cortes norte-americanas geralmente levam em conta, dentre outros, os seguintes fatores: (a) duração dos contratos; (b) probabilidade de conluio naquele setor da economia; (c) o fato de outras empresas do setor valerem-se de pactos de exclusividade para a distribuição de seus produtos; (d) a magnitude das barreiras à entrada; (e) a natureza dos sistemas de distribuição que permanecem disponíveis.

Nesse sentido, a eficiência não é a única preocupação das Cortes, de modo que igualdade de condições para concorrer e liberdade de escolha do consumidor são fatores que desempenham importante papel na aplicação do Direito Antitruste norte-americano.¹²

Com efeito, o texto normativo norte-americano¹³ autoriza interpretação mais próxima da regra da razão, levando à admissão da valoração das eficiências e dos prejuízos causados pela exclusividade.

11. Idem, loc. cit.

12. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial*... cit.

13. Seção III do Clayton Act (UNITED STATES OF AMERICA. *Clayton Act. Act of October 15, 1914. Legal information institute*. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14]. Acesso em: 15.07.2013).

3.1.2 União Europeia: da regra *per se* para a análise baseada nos efeitos

Quanto à experiência europeia, é importante destacar que a aplicação do Direito Concorrencial inicialmente foi marcada por uma análise altamente formalística, cujo nível de sofisticação e razoabilidade não era dos maiores. Assim, por exemplo, quando se tratava de exclusividade, a maioria das condutas avaliadas seria ilegal *per se*, e as eficiências seriam desconsideradas. Nesse sentido:

“Diz-se que a Europa resistiu bravamente e por muito tempo à Escola de Chicago. Nesse sentido, a própria estrutura industrial europeia, composta de empresas de dimensões muitas vezes mais reduzidas que as americanas, bem como um sistema de distribuição pulverizado e peculiar conduzem a uma velada coroação da máxima *small is beautiful*.”¹⁴

Contudo, tal entendimento, baseado na regra *per se* foi abandonado e hoje é adotada a regra da razão, em uma análise baseada nos efeitos. Esse processo de evolução do tratamento culminou com o Regulamento 2.790, de 22.12.1999,¹⁵ que corporificou as diretrizes do atual entendimento europeu sobre cláusulas de exclusividade. Assim, as cláusulas de exclusividade, de uma forma geral, devem ser compreendidas como benéficas, desde que a concorrência entremarcas seja forte. O Regulamento estabeleceu a presunção de legalidade relativamente aos acordos verticais conforme o *market share* do fornecedor ou do comprador, sendo lícitos aqueles que envolvam parcela igual ou inferior a 30%. Em suma, pode-se dizer que o atual entendimento europeu para os acordos de exclusividade proíbe somente as práticas que podem ter efeitos realmente negativos e relevantes sobre o mercado (o que, presume-se, não ocorrerá se estiver envolvido percentual inferior a 30%).¹⁶

Ademais, segue-se dando relevo à sua potencialidade de dano, especialmente quanto: (a) ao fechamento do mercado mediante o aumento das barreiras à entrada; (b) à redução da concorrência entremarcas como facilitadora de con-

14. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 58.

15. COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999, de 22.12.1999 relativo à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. L 336/21, 29.12.1999. Disponível em: [www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Paginas/RegulamentoUE-n2790-1999Comissao-22Dezembro1999.aspx]. Acesso em: 20.07.2013.

16. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 180.

cluíos, expressos ou tácitos; (c) à redução da concorrência intramarcas; e (d) criação de obstáculos para a integração dos mercados.¹⁷

Observe-se que em 2008 a União Europeia editou um guia de análise de restrições verticais exclusionárias adotadas por empresas dominantes. Esse documento¹⁸ observa que a posição dominante não é, por si só, ilegal, e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base em seus próprios méritos. Contudo, a empresa dominante possui uma responsabilidade especial no sentido de que não deve permitir que a sua conduta impossibilite uma concorrência efetiva e não falseada no mercado.

Conforme o documento em referência, a Comissão Europeia, órgão que aplica o Direito Antitruste na União Europeia, incidirá sobre os tipos de condutas que são mais prejudiciais para os consumidores.¹⁹ Ademais, há o reconhecimento de que o mais importante é a proteção da concorrência e não dos concorrentes.

A abordagem geral do Guia acerca das condutas exclusionárias dá relevo ao poder de mercado e o fechamento de mercado com prejuízo para o consumidor.

Para a avaliação da posição dominante, a Comissão levará em conta a estrutura concorrencial do mercado e, notadamente: (a) a posição no mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes; (b) a possibilidade de expansão dos atuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais; (c) a capacidade de negociação dos clientes da empresa.

O Guia pontua que as quotas de mercado são um importante indício quanto à estrutura do mercado e quanto à importância relativa das empresas que nele operam. Nesse sentido, quotas pequenas geralmente indicam ausência de poder de mercado significativo, de modo que se sugere que, quando a quota de mercado detida pela empresa é menor que 40%, é pouco provável que exista posição dominante.

Merece destaque a definição do Guia sobre o fechamento de mercado, qual seja:

17. Idem, p. 60.

18. UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão na aplicação do art. 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*. C 45/7, 24.02.2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF]. Acesso em 20.07.2013.

19. Ou seja, condutas que levam, a preços mais altos, produtos de qualidade inferior, menor variedade de bens e serviços, e menos inovação.

“Situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou ao mercado, o que irá provavelmente permitir a esta último aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores.”²⁰

Essa definição sugere que a aplicação de um teste de duas fases será invocada para avaliar se determinada conduta é anticompetitiva. De acordo com esse teste, a Comissão deve, primeiramente, estabelecer se há fechamento de mercado e, em seguida, provar que tal fechamento provavelmente vai prejudicar o bem-estar do consumidor. A referência ao bem-estar do consumidor é importante, pois sugere que uma conduta que afeta apenas a “estrutura da concorrência”, por exemplo, eliminando concorrentes menos eficientes, mas que não prejudique os consumidores; não levaria a uma condenação. É, portanto, a presença de (provável) prejuízo ao consumidor que vai desencadear a intervenção da Comissão.

O Guia enumera uma série de fatores geralmente relevantes para a avaliação de fechamento de mercado: (a) a posição da empresa dominante, (b) as condições do mercado relevante; (c) a posição dos concorrentes da empresa dominante; (d) a posição dos clientes ou fornecedores de insumos; (e) a extensão da conduta supostamente abusiva; (f) possíveis evidências de fechamento atual, e (g) evidência direta de qualquer estratégia exclusionária.²¹

Por fim, o documento indica que a Comissão irá intervir onde haja “evidências sólidas e convincentes” de que a conduta supostamente abusiva “é suscetível de conduzir ao fechamento de mercado”.

Quanto à exclusão baseada em preços, o Guia estabelece que a Comissão somente interferirá para evitar o fechamento de mercado quando o comportamento em causa tenha impedido ou possa impedir a concorrência desenvolvida por competidores que sejam considerados igualmente eficientes em relação à empresa dominante.²²

Para determinar se um concorrente hipotético igualmente eficiente à empresa dominante seria capaz de sobreviver a um fechamento de mercado, a Comissão analisará informações econômicas acerca dos preços de custo e de

20. § 19 (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

21. § 20 (Idem).

22. § 23 (Idem).

venda, e, especialmente, se a empresa dominante está praticando preços abaixo dos custos.²³

Se o teste do competidor igualmente eficiente sugerir que um concorrente de igual eficiência consegue concorrer com as práticas de preços da empresa, então a Comissão assumirá, em princípio, que não é provável que as práticas de preços da empresa em posição dominante afetem negativamente a concorrência, e, nesse caso, será pouco provável que intervenha. Se, ao contrário, a informação sugerir que o preço cobrado pela empresa em posição dominante tem o potencial de fechar o mercado aos concorrentes de igual nível de eficiência, então a Comissão irá integrar esse fato na avaliação geral sobre o fechamento de mercado tendo em consideração outras provas quantitativas e qualitativas relevantes.

O documento apresenta, também, a possibilidade de que uma empresa em posição dominante justifique um comportamento que leve a um fechamento de mercado invocando ganhos de eficiências que sejam suficientes para tornar pouco provável um prejuízo aos consumidores. Para tanto, a empresa deve comprovar que: (a) os ganhos de eficiência concretizaram-se ou é provável que se concretizem, em consequência da conduta; (b) a conduta é indispensável para a concretização dos ganhos de eficiência; (c) os prováveis ganhos de eficiência compensam qualquer eventual efeito negativo sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores; (d) o comportamento não elimina uma concorrência efetiva por meio da supressão de todas ou parte das fontes atuais ou potenciais de concorrência.²⁴

3.1.3 *Brasil*

Embora a primeira Lei da Concorrência no Direito brasileiro remonte a 1962, uma evolução substancial da legislação da concorrência pátria ocorreu mais recentemente, após a aprovação da Lei 8.884/1994. Nesse momento histórico, a moderna teoria econômica sobre as restrições verticais já estava bem estabelecida e houve um consenso de que uma abordagem formalística para esses tipos de conduta não era desejável, de modo que o Direito brasileiro adotou a regra da razão.

23. § 25 (Idem).

24. Nesse caso, o Guia explica que: “30. Quando não existe concorrência residual nem ameaça provável de entrada, a proteção da rivalidade e do processo de concorrência sobrepõe-se a possíveis ganhos de eficiência. Na opinião da Comissão, o comportamento de exclusão que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode ser justificado por criar também ganhos de eficiência” (idem).

Assim, tanto a antiga Lei (8.884, de 1994)²⁵ quanto a nova Lei (12.529, de 2011),²⁶ que a revogou, são claras ao caracterizar a infração tendo como base os seus efeitos.²⁷

Sem dúvida, a Lei da Concorrência brasileira estabeleceu um sistema segundo o qual toda conduta deve ser avaliada de acordo com os seus efeitos reais ou potenciais, em uma análise baseada na regra da razão. Assim, os impactos negativos e os potenciais ganhos de eficiência deve ser equilibrados, a fim de se estabelecerem os efeitos líquidos da conduta sob investigação. Apenas quando tais efeitos líquidos são negativos é que uma restrição vertical deve ser considerada ilegal pela legislação brasileira.

Também são destacadas, no Direito brasileiro, questões como poder de mercado, efeitos da conduta sobre parcela significativa do mercado alvo da restrição, bem como a consideração de possíveis eficiências.

Como visto, parece haver certo consenso no que diz respeito à aplicação da regra da razão. No entanto, essa aparente unanimidade despreza elementos importantes do nosso sistema jurídico, o que faz com que seja impossível que se conclua que haja no Brasil um posicionamento firme quanto às cláusulas de exclusividade.

É sabido que a licitude da exclusividade depende de autorização concedida pelo Cade (ou de isenção em bloco, derivada de lei específica) a partir do momento em que a exclusividade prejudicar a concorrência. A ponderação entre “prejuízos” e “eficiências” compete à autoridade antitruste e não aos agentes econômicos.²⁸

Seguindo a orientação geral da revogada Res. Cade 20/1999, desenvolveu-se uma abordagem em três fases. Primeiro, as autoridades devem verificar se a parte investigada se encontra em uma posição dominante (já que a maioria das restrições verticais são avaliadas no contexto de abuso dessa posição). Em segundo lugar, é importante demonstrar se o fechamento do mercado seria uma estratégia racional para a empresa dominante e se seria susceptível de

25. BRASIL. Lei 8.884, 11.06.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm]. Acesso em: 28.07.2013. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

26. BRASIL. Lei 12.529, 30.11.2011... cit.

27. Com efeito, o art. 36 da Lei 12.529/2011 trouxe, basicamente, uma combinação dos antigos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, sem quaisquer inovações.

28. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial*... cit., p. 181.

prejudicar a concorrência. Em terceiro lugar, as autoridades devem equilibrar os potenciais efeitos negativos contra o resgate, a fim de verificar os efeitos líquidos da conduta.²⁹

No entanto, há que se observar que o texto da Res. Cade 20/1999 é bastante amplo e abstrato na concepção da análise baseada nos efeitos, o que deixa espaço para as autoridades desenvolverem critérios detalhados por meio da jurisprudência.

Com efeito, apesar de adotar abordagem geral com base na regra da razão, um olhar mais atento à jurisprudência mostra alguma inconsistência para a implantação efetiva deste tipo de análise. Na verdade, o sistema de Direito da Concorrência brasileiro tem aplicado diferentes padrões de prova para casos diversos, com algumas decisões que aplicam um padrão muito baixo para “efeitos potenciais” ou “escopo anticompetitivo da conduta”, que tem se aproximado a uma análise formalista.³⁰

Assim, a abordagem da regra da razão tem sido objeto de testes com base em critérios qualitativos e raciocínio intuitivo em vez de uma desejável avaliação rigorosa e estruturada, levando assim a algumas inconsistências e à incerteza jurídica.³¹

29. COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999... cit.

30. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *For a rigorous “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: an analysis of the EU and Brazilian competition law*. São Paulo: Cedes, 2012. p. 31.

31. Um exemplo que ilustra essa inconsistência no julgamento de restrições verticais exclusionárias é a diferença dos entendimentos adotados quando do julgamento de dois casos. O primeiro caso consistia em um contrato de exclusividade no mercado de leite que envolvia a Itambé. Depois de uma investigação preliminar, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que não havia indícios de efeito negativo no mercado. Depois de 4 (quatro) anos, o Cade entendeu que, apesar de não ter indícios de que houve um efeito negativo, não poderia descartar completamente o potencial efeito negativo e, assim, o processo administrativo foi instaurado. Observe-se que após quatro anos não houve demonstração de um efeito prejudicial, contudo, ainda assim o Cade, por meio de um padrão de provas baixo, manteve a investigação. Em sentido oposto, outro caso foi o de uma decisão muito dividida do conselho que envolvia a Celular CRT S.A., de modo que a conduta investigada era um contrato de exclusividade para venda de telefones celulares no varejo. Depois de uma longa investigação, o Cade identificou índices de fechamento de mercado relativamente abrangentes. Apesar desses altos índices, o caso foi arquivado, sob o fundamento de que havia evidências nos autos de que outras empresas haviam crescido no período da investigação. Vê-se que é difícil conciliar os dois casos. No caso Itambé, mesmo passados 4 (quatro) anos sem efeito negativo no mercado, o Conselho decidiu pros-

3.2 Exclusividade: possíveis eficiências

Neste tópico serão abordados os efeitos pró-competitivos, ou seja, as possíveis eficiências advindas das restrições verticais.

As eficiências das relações verticais se fundamentam na ideia *coasena* da redução de custos de transação, que são basicamente os custos de realizar uma transação no mercado em vez de realizá-la dentro da própria empresa. De modo a evitar esses custos, as empresas são incentivadas a se concentrarem verticalmente, organizando suas atividades complementares, como, por exemplo, o fornecimento de produtos e distribuição de insumos dentro da própria empresa.

A exclusividade, incluída em um contrato de fornecimento e distribuição, é capaz de eliminar muitas fontes de incerteza do empresário, o que possibilita a redução dos mencionados custos de transação. Por meio dela as transações continuarão a ocorrer, de tal modo que será conferida ao mesmo tempo segurança jurídica e econômica para os contratantes.³² Assim, evita-se o que se denomina *hold up*, ou “extorsão pós-contratual”. Explica-se: são comuns situações em que uma empresa deve realizar elevados investimentos para adimplir

seguir a investigação para averiguar se havia um efeito potencial. Por outro lado, no caso CRT, muito embora houvesse índices de fechamento de mercado relevantes, o Conselho entendeu pelo arquivamento, fundamentando-se no argumento de que não foram sentidos efeitos negativos sobre os concorrentes.

32. Vale referir o parecer proferido pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no Processo Administrativo 08012.002841/2001-13, originado da representação que o Condomínio Shopping D, da cidade de São Paulo, efetuou contra prática da Sociedade Center Norte S.A. Construção. Tratava-se de uma cláusula de exclusividade, e a SDE entendeu que a cláusula seria, de fato, prejudicial à concorrência, mas ressaltou suas possíveis eficiências, como a prevenção ao efeito carona (*free riders*) bem como efeito *hold up* ao ponderar que “comumente, a imposição de cláusulas de exclusividade justifica-se, em sede de direito da concorrência, ou para viabilizar algum empreendimento que não seria realizado, caso a exclusividade não existisse, ou para impedir que os investimentos privados sejam apropriados por terceiros, em especial pelos próprios concorrentes do investidor. Por meio dessas cláusulas afastam-se, assim, os riscos da chamada externalidade” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo 08012.002841/2001-13*. Repte: Condomínio Shopping D. Repdo: Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação. Secret. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. D. 26.03.2002. Disponível em: [www.cade.gov.br/Documento.aspx?f73cc452a491a0a192838e63ad9aaf87dc7ed190839460ae76a77d85a7af86dd6aea451c]. Acesso em: 05.08.2013).

as obrigações contratuais, sendo que muitos desses investimentos têm recuperação improvável caso o negócio se frustre. Uma vez celebrado o contrato e realizado o investimento, o poder de barganha do investidor diminui de forma relevante, o que o coloca em uma situação susceptível a possíveis extorsões. As cláusulas de exclusividade podem evitar esse efeito, diminuindo riscos e incertezas, de modo que à empresa investidora será garantido um retorno, e, com isso, será aumentado o grau de eficiência do próprio negócio. Essa segurança econômica também ocorre nos casos em que os contratantes conseguem reduzir a incerteza sobre a ocorrência e os preços das vendas futuras. Adicionalmente, restrições verticais por meio de contrato dão a ambas as partes do acordo um interesse atinente às instalações produtivas, observando-se que, em geral, quanto mais especializada for a planta, maior será o risco a ser dividido.³³

O comprometimento entre os contratantes pode dar aos fornecedores, por exemplo, a segurança de que necessitam para destinar recursos para investimentos de capital intensivo. No mesmo sentido, a exclusividade pode incentivar o fornecedor a fazer um investimento específico, como, por exemplo, a construção de uma planta de produção no entorno de determinado cliente. Sem esse compromisso, o fornecedor correria o risco de ficar com os ativos improdutivos, dada a especificidade em relação ao cliente.³⁴

Ademais, por meio da exclusividade se elimina uma das principais fontes de insegurança nas relações contratuais: o *free riding*. O *free rider* (carona) é o agente econômico que se beneficia de externalidades positivas advindas de ações de terceiros, sem que lance qualquer contrapartida no custeio desses ganhos. Por meio da exclusividade evita-se que os *free riders* falseiem o contexto de livre concorrência.³⁵

33. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 440.

34. Motta, Massimo. *Competition policy. Theory and practice*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009. p. 335.

35. "Há três situações básicas que podem configurar o *free riding*. A primeira delas é o aproveitamento de custos de investimento de infraestrutura, em que o produtor financia e ou subsidia o estabelecimento do distribuidor, exigindo, em contrapartida fidelidade. A segunda hipótese é a do gasto promocional. Há, ainda, uma terceira hipótese em que se configura o *free rider*, que é a da "titularidade da lista de clientes". Trata-se de situação em que a lista de clientes é considerada um bem apropriável, e a exclusividade exigida em contrapartida. O problema não está, aqui, na preocupação com a proteção dos investimentos dos empresários, já que, em matéria de defesa da clientela, nada impediria que o empresário se protegesse por meio de um contrato bem elaborado, com cláusula de confidencialidade da lista de clientes. O que se faz temerário é a utilização do direito antitruste em uma função privatista, e não institucio-

Outra eficiência que pode ser atribuída às práticas exclusionárias diz respeito à eliminação da dupla marginalização. Quanto a esse efeito, observe-se que o Livro Verde europeu sobre os acordos verticais³⁶ explica que, quando detiverem certo grau de poder de mercado, o produtor e o distribuidor impõem, cada qual, sua margem de ganho. Essa dupla imposição, denominada pela doutrina especializada como “dupla marginalização”, decorre do fato de que cada um dos agentes econômicos toma suas decisões sobre os preços que praticará isoladamente, sem considerar o impacto para as atividades de seu parceiro vertical. Desse modo, o preço tenderá a ser demasiadamente elevado, ou seja, superior àquele que maximizaria os lucros conjuntos do produtor e de seus distribuidores. Por essa razão é que se entende que acordos de exclusividade contribuem para a solução desse problema.³⁷ Ainda que seja conveniente referir à situação em que se observa monopólio a jusante e a montante, a questão da dupla marginalização aparece sempre que existir algum poder de mercado em quaisquer mercados. Essa externalidade vertical eleva os preços que seriam ótimos para a estrutura vertical.³⁸

Quanto à alegação de eficiências como justificadoras de práticas exclusivistas, observe-se que não é objetivo do Direito em geral promover a eficiência ou o aumento do ganho total dos agentes econômicos. Para essa função ele seria desnecessário, justamente pela força que possui o mercado.³⁹ Se o Direito Concorrencial existe, por decisão constitucional e legislativa, seu objetivo é a resolução de conflitos de interesses de modo a tutelar um interesse previamente definido, que é a própria concorrência. Assim, se a concorrência é o valor a ser institucionalmente protegido, a análise deve, necessariamente, partir do estudo dos efeitos das práticas exclusionárias, e não de seu potencial criador de eficiências. Contudo, isso não significa que essas eficiências devam ser desconsideradas, mas apenas que a elas deve ser atribuída a exata dimensão, no sentido de que se demonstrem justificativas que afastem qualquer possibilidade de dominação de mercado.

nal. É dessa característica privatística que partem as principais críticas ao raciocínio que vê na eliminação dos custos de transação o elemento essencial para a avaliação da disciplina da exclusividade” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 250).

36. UNIÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*. Bruxelas (Bélgica). Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_pt.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.

37. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 155.

38. Motta, Massimo. Op. cit., p. 309.

39. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 251.

Nessa esteira, tratando-se de verticalização, a única eficiência admissível seria aquela que descaracterizasse o objetivo de eliminar a concorrência. Neste ponto, as eficiências devem ser entendidas como algo que garante que o comportamento cooperativo será mais lucrativo que o individual e não aquilo que permite a justificação do ato, mesmo em presença de limitação à concorrência.⁴⁰

Observe-se que comportamento independente, isto é, aquele voltado não à eliminação do outro, mas à melhoria do próprio desempenho, típico de mercados concorrenciais; só é possível quando da diluição do tamanho e poder dos agentes econômicos.

Entendidas as possíveis eficiências advindas da exclusividade, passa-se para o estudo dos possíveis efeitos anticompetitivos.

3.3 *Exclusividade: potenciais efeitos anticompetitivos*

O primeiro efeito anticoncorrencial a ser mencionado é o fechamento de mercado. A partir do momento em que o distribuidor vincula-se a um só fornecedor, comercializando apenas uma marca, os concorrentes desse fabricante podem perder um importante canal de escoamento de sua produção, de modo que os principais efeitos das cláusulas de exclusividade serão sentidos no mercado entremarcas.⁴¹ O impacto concorrencial advém, assim, da obstrução do acesso aos produtos, serviços ou canais de distribuição pelos agentes que não participam do acordo da cláusula de exclusividade. Desse modo, tem-se que o prejuízo à concorrência (efetivo ou potencial) se relaciona com a parcela de mercado cooptada pelo fabricante. É esse tipo de fenômeno que se tem em mente quando se diz que a exclusividade é capaz de fechar o mercado aos concorrentes.⁴²

40. Idem, p. 256.

41. FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial...* cit., p. 163.

42. "Há, contudo, autores que defendem que as cláusulas de exclusividade não são prejudiciais à concorrência e que a teoria do fechamento de mercado não passa de uma falácia. Nessa linha, vale expor aqui a sistematização das críticas à *foreclosure theory*, efetuada por Januz Ordover, Garth Saloner e Steven Salop: (i) o fornecimento de produtos para concorrentes não seria necessariamente impactado pela integração vertical. Por exemplo, uma empresa que consome X integra-se com o agente econômico que lhe fornece essa quantidade X, sem causar diminuição da quantidade de mercadorias disponível para os concorrentes (e, conseqüentemente, a elevação dos preços); (ii) pode não ser conveniente para um agente econômico integrado recusar-se a comerciar com antigos adquirentes, uma vez que perderá mercado; (iii) os fornecedores remanescentes podem não ter incentivos para aumentar os preços, porque a diminuição

Um segundo efeito normalmente relacionado aos acordos de exclusividade é a diminuição das opções do consumidor. Contudo, nesse ponto, cabe ressaltar que essa limitação somente configurará um ilícito antitruste na medida em que prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa ou ainda gerar aumento arbitrário dos lucros.

Uma terceira consequência diz respeito à limitação da concorrência potencial, uma vez que as cláusulas de exclusividade tornam-se importante barreira à entrada de concorrentes. Isso decorre do fato de que os potenciais concorrentes que quiserem entrar em um dos dois mercados – do fornecedor e do distribuidor –, deverão entrar em ambos para que tenham alguma chance de competir. Assim, para viabilizar sua atuação no mercado, os novos concorrentes terão que incidir em altos custos para a instalação de uma rede alternativa de escoamento de produção. Trata-se, aqui, da aplicação da teoria do aumento do custo dos concorrentes (*raising rival's costs*). Essa teoria baseia-se na crença de que muitas estratégias anticompetitivas tornam-se mais plausíveis se forem encaradas como práticas tendentes a aumentar os custos suportados pelos concorrentes e não simplesmente como meio de eliminá-los do mercado.⁴³

Outro efeito relacionado ao aumento de custo dos concorrentes decorre do fato de que a exclusividade leva a uma colusão involuntária. Nesse sentido:

“Imagine-se que um produtor que celebra contrato de exclusividade com a maior distribuidora da região. Os demais produtores sem acesso à principal rede de distribuição terão custos de distribuição muito mais altos. Deverão, em consequência, seguindo o raciocínio neoclássico restringir sua produção (exatamente para maximizar lucro na confluência entre custo marginal e receita marginal). Consequentemente, além do aumento da participação no mercado e potencial dominação por parte do agente, cria-se ainda uma ineficiência econômica (*dead weight loss*) oriunda do decréscimo de produção e aumento do preço decorrentes da exclusividade.”⁴⁴

do grau de concorrência pode ser mais aparente do que real; (iv) um agente econômico remanescente pode ter vantagens em não se integrar verticalmente, na medida em que se reserva a faculdade de optar por fontes alternativas de abastecimento ou escoamento da produção, ou seja, ele continuaria a ser um canal aberto de que terceiros poderiam se valer para a venda de produtos” (idem, p. 165).

43. “Many of the foreclosure theories of exclusive dealing become more robust if one views them, not as excluding rivals from a market altogether, but as raising rival's costs by relegating them to the inferior distribution channels” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 436).

44. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 253.

Observe-se que, exatamente pelo fato de ter o potencial de levar à dominação do mercado por parte de um dos agentes, a cláusula de exclusividade tende a se difundir em um mercado após sua utilização e autorização pela primeira vez. Desse modo, a consequência será de verticalização de todo o mercado e a construção de significativas barreiras à entrada de novos concorrentes, bem como a criação de importante dificuldade à permanência daqueles produtores independentes que não se verticalizaram.⁴⁵

Outra consequência que normalmente se atribui às cláusulas de exclusividade é a facilitação de cartéis. Aponta-se que elas podem servir à solidez dos conluíus na medida em que diminuem o poder dos compradores de forçar os fabricantes a concorrerem entre si. Desse modo, a exclusividade pode auxiliar os competidores a superarem obstáculos que normalmente enfrentariam para manter o cartel e os preços acima dos níveis competitivos.⁴⁶

Em suma, quanto aos efeitos anticoncorrenciais advindos das restrições verticais exclusionárias, o foco das autoridades antitruste é o de que seja perquirida a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais, e, de maneira mais ampla, de limitação de outras empresas concorrerem por meio de custos, diferenciação ou inovação. Dentre todos esses efeitos prejudiciais, destaque-se que o fechamento do mercado é a principal chave para a repressão de condutas cujo instrumento seja a restrição vertical.

3.4 *Exclusividade: requisitos de aplicação*

Entendidos os possíveis efeitos – positivos e negativos – advindos da exclusividade, é importante que se tracem critérios que sirvam de base para a aplicação da exclusividade.

O primeiro requisito de aplicação da exclusividade é a coerção, de modo que o único critério verdadeiro para a verificação da coerção é a existência de

45. Conforme Salomão Filho, a política antitruste, para ser coerente, deve reprimir a integração vertical em sua incipiência, desde que não existam justificativas que permitam eliminar o efeito anticoncorrencial da conduta (idem, p. 256).

46. "Exclusive dealing may facilitate collusion by denying buyers an opportunity to force sellers to bid against each other. This reduces the opportunities for cartel cheating. For example, if gasoline refiners are colluding, gasoline distributors might be able to force the refiners to bid against each other and reach agreements with individually negotiated secret terms. But if the cartel members agreed to use exclusive dealing contracts with their distributors, thus making them 'branded' resellers, then this bidding could be reduced" (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 438).

dependência. Na presença de dependência, exista ou não contrapartida, há indício de negociação compulsória, sendo, portanto, necessário passar para a análise dos demais requisitos.⁴⁷

O objetivo mais importante, conforme mencionado anteriormente, é o anticoncorrencial. Para que esse objetivo seja identificado, em se tratando de exclusividade, critérios estruturais do mercado têm particular importância, e, quando presentes, pode-se vislumbrar o objetivo anticoncorrencial ainda que existam eficiências relevantes.⁴⁸

As autoridades antitruste mantêm vigilância maior sobre o comportamento das empresas que detêm posição dominante. Essa postura se justifica porque é a atuação da empresa “mais forte” que, com maior probabilidade, poderá afetar (e prejudicar) a concorrência. Seu ato, na medida em que ela própria possui a capacidade para determinar o ambiente concorrencial, coloca em risco, de forma mais acentuada, a segurança do mercado.⁴⁹ Nesse sentido:

“Um melhor entendimento sobre como balancear efeitos negativos e positivos advindos dos contratos de exclusividade é necessário, mas parece seguro presumir que os efeitos negativos irão dominar os positivos somente se a empresa que se vale de contratos de exclusividade tiver uma posição de mercado muito forte” (trad. nossa).⁵⁰

Nesta esteira, tratando-se de exclusividade, é necessário que ao menos um dos mercados não seja competitivo. Isso porque neste tipo de mercado será comum a existência de dependência, o que explica a aceitação da cláusula de exclusividade. Note-se que tanto nos casos de poder de mercado do produtor, quanto no do distribuidor/fornecedor é, em tese, possível que a exclusividade gere efeitos anticoncorreciais.

47. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 258.

48. “Vertical restraints and vertical mergers are anticompetitive only if they involve firms endowed with significant Market power (...). Accordingly, there is no need to monitor restraints and mergers which involve firms with little market power. An efficient policy towards vertical restraints would grant exemptions to all vertical restraints and mergers of firms which do not have large market power. From the operational point of view, it would seem a good proxy to exempt firms with market share below, say, 20-30%” (Motta, Massimo. Op. cit., p. 377-378).

49. FORGIONI, Paula A. *Dirito concorrencial...* cit., p. 238.

50. No original: “A better understanding of how to balance exclusionary and efficiency effects of exclusive contracts is needed, but it seems safe to assume that the former might dominate the latter only if the firm using exclusive contracts has a very strong market position” (Motta, Massimo. Op. cit., p. 372).

Contudo, não basta, simplesmente, que os mercados sejam oligopolizados. É necessário, ademais, que haja mínimas barreiras à entrada. O termo “mínimas” se explica pelo fato de que a verticalização, por si só, já consiste em uma barreira à entrada, na medida em que, caso um novo concorrente queira entrar em um mercado, ele terá que entrar nos dois que se encontram verticalmente integrados. É preciso, portanto, demonstrar que a verticalização é uma efetiva barreira, ou seja, que a chegada de novos concorrentes em um dos mercados integrados não é fácil nem barata, o que consiste no efeito anticoncorrencial da conduta. Nesse sentido:

“Antes de tudo, deve ser estabelecido se a fusão provavelmente vai levar ao fechamento de entrada, isto é, que os preços de entrada para as empresas a jusante independentes vai aumentar (concorrentes serão prejudicados). Se assim for, deverá continuar a investigação para a segunda etapa. Se não, a fusão deve ser aprovada. Na segunda etapa (se aplicável), deve-se averiguar se os preços finais ao consumidor são susceptíveis de aumentar ou não (a competição será prejudicada). Um procedimento semelhante deve ser seguido para as restrições verticais que podem levar ao fechamento do mercado para os rivais.”⁵¹

Ainda quanto ao fechamento de mercado, para que ele ocorra, é necessário que a empresa com grande percentual de dominação no mercado a jusante consiga fechar um significativo percentual de acesso ao mercado a montante. Assim, é sempre de suma importância analisar toda a rede de canais de distribuição através dos quais a distribuição eficiente pode ocorrer. Acordos de exclusividade que fecham apenas um canal de distribuição provavelmente permitem ampla competição entre os demais.⁵² Há, então, que se detalhar o efetivo fechamento de mercado que a conduta implica. Para tanto, as autoridades deverão analisar quais são a extensão e a duração da cobertura dos acordos de exclusividade, além de verificar a existência de outras cláusulas laterais.⁵³

51. No original: “First of all it should be established whether the merger will likely lead to input foreclosure, that is, that input prices for independent downstream firms will increase (competitors will be harmed). If so, the investigation should continue to the second step. If not, the merger should be cleared. In the second step (if applicable), it should be established whether the final consumer prices are likely to increase or not (competition will be harmed). A similar procedure should be followed for vertical restraints that might lead to foreclosure of rivals” (idem, p. 378).

52. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 437.

53. “A few courts have applied a two-part test that comes close to *prima facie* illegality when foreclosure are sufficiently high. Only if the market share falls below the threshold do these courts look to other factors. Nevertheless, since Jefferson Parish,

Hovenkamp traça outros pontos que devem ser levados em consideração, vejamos:

“Quando o *market share* for suficientemente alto, a regra da razão exige que os tribunais examinem outros fatores, incluindo (1) a duração dos contratos, (2) a probabilidade de colusão na indústria, e o grau em que outras empresas no mercado também empregam exclusividade, (3) a altura das barreiras à entrada; (4) a natureza do sistema de distribuição e as alternativas de distribuição que continuem disponíveis após exclusividade, além de (5) outros efeitos anti ou pró-competitivo óbvios. Entre estes últimos, os mais citados são a prevenção de *free riding* e encorajamento do distribuidor para atender as necessidades do fornecedor de forma mais intensa” (trad. nossa).⁵⁴

O último requisito de aplicação da exclusividade consiste na ausência de justificativas. Confrontado com a demonstração de que sua conduta põe em risco a dominação do mercado, o agente econômico acusado se incumbirá de demonstrar a existência de justificativas. Ele precisará demonstrar que as potenciais eficiências são o único objetivo possível de sua conduta.⁵⁵

exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%. When shares are sufficiently high, Tampa's rule of reason requires courts to examine numerous of other factors, including (1) the duration of the contracts; (2) the likelihood of collusion in the industry, and the degree to which other firms in the market also employ exclusive dealing; (3) the height of entry barriers; (4) the nature of the distribution system and distribution alternatives remaining available after exclusive dealing is taken into account; and (5) other obvious anti or pro-competitive effects. Among the latter, the most often cited are prevention of free riding and encouragement of the dealer to promote the supplier's product more heavily” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 444).

54. “When shares are sufficiently high, Tampa's rule of reason requires courts to examine numerous of other factors, including (1) the duration of the contracts; (2) the likelihood of collusion in the industry, and the degree to which other firms in the market also employ exclusive dealing; (3) the height of entry barriers; (4) the nature of the distribution system and distribution alternatives remaining available after exclusive dealing is taken into account; and (5) other obvious anti or pro-competitive effects. Among the latter, the most often cited are prevention of free riding and encouragement of the dealer to promote the supplier's product more heavily” (idem, loc. cit.).
55. “The resulting formulation is similar to the one contained in a jury instruction that the Supreme Court approved in Aspen: exclusionary conduct by a dominant firm is unlawful when it ‘unnecessarily excludes or handicaps competitors’. This includes ‘conduct which does not benefit consumers by making a better product or service available – or in other ways – and instead has the effect of impairing competition’.

Contudo, há que se destacar que, se a conduta exclusionária for racional do ponto de vista econômico, somente na presença da premissa de que destruirá a competição então essa conduta deverá ser condenada.⁵⁶

Assim, tem-se alguns critérios para a aplicação da exclusividade: (a) existência de poder de mercado; (b) conduta claramente prejudicial aos competidores; (c) fechamento de mercado; (d) conduta não justificável por razoabilidade econômica, ou, ainda que haja justificativa, que esta seja mais prejudicial do que necessária.⁵⁷

Além desses parâmetros, devem ser analisados: extensão da cobertura; duração dos acordos; existência de outras cláusulas laterais. Ademais, para a análise dos acordos de exclusividade, é necessária a capacidade de uma detalhada ponderação das eficiências em relação ao potencial efeito negativo de tais condutas.

4. DESCONTOS DE EXCLUSIVIDADE

4.1 *Considerações gerais*

Embora existam muitas definições de descontos de exclusividade, este trabalho considera tais descontos como aqueles que abrangem diferentes esquemas de incentivos concedidos por um fornecedor a seus clientes ou distribuidores/revendedores, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam determinados limites formulados em termos de metas de volume, percentuais de necessidades totais ou aumento nas compras.⁵⁸

A prática de descontos é, em geral, bem vista pelas autoridades antitruste. No entanto, há que se ter atenção quanto ao seu formato, já que pode equivaler a uma ou mais das quatro condutas potencialmente anticompetitivas comentadas no item 2. Neste estudo, o foco é o desconto que equivale à exclusividade. Destaque-se que, mesmo neste caso, cabe aplicar a regra da razão, sendo, portanto, descabida sua ilicitude *per se*.

Descontos de exclusividade podem se entendidos como uma forma menos rígida de acordo de exclusividade pelo fato de os compradores terem a liberda-

The courts often say that such conduct lacks a legitimate business purpose" (idem, p. 279).

56. Idem, p. 277.

57. Idem, p. 280.

58. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 12.

de de escolher entre contratar ou não sob as condições do desconto.⁵⁹ Assim, a preocupação levantada por descontos condicionais é essencialmente semelhante à levantada pelos de exclusividade.

Quando cobrem uma parte suficientemente grande do mercado, esses descontos podem conduzir à exclusão de rivais. Os descontos de fidelidade podem, portanto, ser usados por empresas para impedir a entrada ou expansão de concorrentes, ou até mesmo forçá-los a sair do mercado quando eles forem incapazes de fazer frente aos descontos de forma sustentável.

As eficiências que podem advir de descontos de exclusividade podem ser observadas tanto do ponto de vista dos fornecedores quanto do ponto de vista dos clientes, o que explica por que eles são usados por empresas dominantes e não dominantes. Estes ganhos de eficiência incluem: (a) redução de preço, o que também estimula a redução de preços por parte de outros concorrentes, que por sua vez permite às empresas nos mercados a jusante que também reduzam os preços; (b) economias de escala e recuperação mais rápida dos custos fixos;⁶⁰ (c) economias de escopo e redução de custos de transação; (d) evitar o efeito da dupla marginalização;⁶¹ (e) prevenção de *hold up*;⁶² (f) serviços complementares: descontos de exclusividade também podem ser uma forma eficaz de fornecer incentivos para os clientes a fornecer serviços complementares (promoção do produto etc.), portanto, alinhando os incentivos dos clientes com os do fornecedor.

59. Quanto ao entendimento albergado nos Estados Unidos e na União Europeia acerca de tais descontos, observe-se que tanto a Seção III do Clayton act (EUA) quanto o art. 82 da EC tratam os descontos condicionados à exclusividade como uma conduta de exclusividade.

60. Nas indústrias com altos custos fixos, tais como, por exemplo, indústrias inovadoras (tecnologia da informação, produtos farmacêuticos etc.) ou de grandes serviços públicos (telecomunicações, energia etc.), os descontos permitem que os fornecedores aumentem a produção e, em contrapartida, recuperem seus custos fixos mais rapidamente (uma vez que serão capazes de alcançar economias de escala, espalhando seus custos fixos sobre volumes maiores) resultando em menores custos médios totais e em menores preços para os consumidores.

61. A dupla marginalização acontece no caso em que o cliente da empresa dominante também goza de poder de mercado significativo. Nessa situação, há o risco de que, ausentes os descontos, o preço seria mais alto do que o preço que prevaleceria no caso de haver um monopolista integrado verticalmente operando no mercado.

62. Os descontos de exclusividade podem ser o caminho mais eficiente para dar o tipo de garantias necessárias para que o fornecedor se envolva em investimentos relacionados ao cliente.

Os descontos podem ser de diferentes tipos, quais sejam: (a) por volume, em que os consumidores obtêm maiores descontos à medida que o volume das suas compras aumenta; (b) por fidelidade, estratégia de preços que condiciona a concessão de desconto para o consumidor ao alcance de um patamar mínimo, em geral em termos de percentual de compras totais realizadas, em dado período; e (c) descontos casados, em que, no caso de empresas com múltiplas linhas de produto, há concessão de desconto na compra de um produto associada à compra de determinada quantidade de outro produto.

Os descontos podem ser condicionados à exclusividade total ou parcial, explícita ou não, e podem depender de percentual mínimo de compras no total adquirido (não lineares, quando se tornam um programa de fidelidade) ou do volume de compras (lineares), sendo o primeiro mais caracteristicamente "exclusividade" do que o segundo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou documento em que aponta os principais pontos de análise que devem ser considerados quando da avaliação dos descontos de fidelidade, quais sejam:

"a) Os descontos de fidelidade encorajam cada comprador a direcionar suas necessidades a poucos vendedores (...) e a realizar, com menos frequência, comparações de preço;

b) A força do 'efeito focalizador' depende (...) do seu grau de não linearidade;

c) Como consequência do efeito focalizador, os descontos de fidelidade podem alterar o modo predominante de concorrência do mercado, por exemplo, passando de uma rivalidade baseada na margem para uma competição com fundamento na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (...);

d) Os descontos de fidelidade podem ter importantes efeitos anticompetitivos, como os seguintes: redução dos incentivos para que os fornecedores concorram via preço, dada a baixa transparência dos preços no mercado; aumento da probabilidade de interação coordenada; dano aos competidores existentes e novos entrantes que afetam adversamente a concorrência;

e) Os danos aos concorrentes são mais tendentes a causar também danos à concorrência se: os descontos de fidelidade forem disseminados no mercado ou praticados por firmas com posição dominante; ou se poucos fornecedores forem capazes de suportar uma concorrência baseada na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (competição por lote/cliente);

f) A probabilidade de o desconto de fidelidade restringir exageradamente o número de empresas capazes de concorrer entre si aumenta consideravelmente

caso aqueles que concedem tais descontos possuam uma vantagem suplementar em relação aos seus concorrentes (por exemplo, quando a empresa que concede o desconto possui um produto considerado 'imprescindível' no portfólio das compradoras, de modo a possuir vantagem suplementar em relação aos seus concorrentes);

g) Os descontos de fidelidade tem efeito pró-competitivo de reduzir preços e ainda podem ter outras consequências positivas; e

h) É necessária uma análise caso a caso dos descontos de fidelidade, dado os seus possíveis efeitos pró e anticompetitivos, e sua dependência em relação às especificidades dos descontos e aos mercados em que são adotados" (trad. nossa).⁶³

Quanto aos diferentes descontos, cabe destacar que os descontos por volume (lineares) são usualmente bem vistos por auxiliarem na realização de ganhos de escala. Assim, os descontos são considerados pró-competitivos, em geral, quando são lineares, e anticompetitivos quando são não lineares.⁶⁴

Conforme Elhauge e Geradin:

"(...) comparado aos descontos por fidelidade, os descontos por volume são em geral menos restritivos dado que não restringem ao comprador a adquirir qualquer volume que ele deseje aos rivais da empresa que implementa o programa, além de serem mais relacionados às eficiências de ganho de escala próprias a este sistema de descontos por volume. Mas, quando o volume é definido de forma tal a cobrir quase ou toda a demanda do comprador, seu efeito prático pode ser basicamente o mesmo."⁶⁵

Quanto aos efeitos negativos dos descontos de fidelidade sobre a concorrência, tendem a acontecer quando disseminados no mercado ou praticados por firmas com posição dominante ou se poucos fornecedores forem capazes de suportar uma concorrência baseada na totalidade ou na quase totalidade das necessidades do comprador (competição "por lote" ou "por cliente").

Pontua-se, dessa forma, que os descontos não lineares praticados por empresa com posição dominante têm o condão de minar a habilidade de os

63. OECD. Policy roundtable. *Loyalty and fidelity discounts and rebates*. June 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf]. Acesso em: 23.02.2013. p. 9.

64. Desconto não linear é aquele que não reflete exclusivamente o volume comprado do fornecedor. Este tipo de desconto visa, em geral, premiar o percentual do volume do revendedor que é dedicado ao fornecedor.

65. ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007.

concorrentes competirem no mérito, prejudicando, assim, a concorrência e a inovação. Entretanto, cabe alertar para o perigo de tornar ilegal *per se* toda e qualquer forma de apreçamento não linear.

A análise dos efeitos anticoncorrenciais de um programa de fidelização por meio de descontos não lineares deve analisar a capacidade de tais programas de deslocar os seus concorrentes. Assim, pela não linearidade de seu apreçamento, um programa de fidelização pode induzir seus consumidores a concentrarem toda a sua necessidade de consumo em um só ofertante. Logo, a competição será por lote, e não por unidade, de tal modo que o preço relevante para o consumidor será o preço médio e não o marginal.

Neste ponto, a questão crucial é determinar se há incapacidade das concorrentes em competir por lote, e, em havendo, quão importantes são as não linearidades na prática.⁶⁶ Ou seja, caso os competidores não sejam capazes de concorrer por lote, é necessário verificar se têm aptidão para concorrer pelas quantidades livres,⁶⁷ aos preços médios introduzidos pela empresa do programa de fidelização.⁶⁸ Aqui, a questão gira em torno da ineficiência, no sentido de que o rival deslocado pode ser mais eficiente, ou seja, produzir o mesmo produto a um custo menor.

É importante pontuar que, quando se trata de descontos condicionados à exclusividade, não há uma fórmula matemática para determinar sua licitude ou ilicitude. Assim, estabelecida a primeira condição, que é a assimetria entre os concorrentes no que diz respeito à capacidade de levar a cabo um programa

66. "Uma receita de bolo usada pelos tribunais e por practioners de defesa da concorrência é considerar que há a possibilidade da firma (potencialmente) predada não poder concorrer por lote somente se a firma (potencialmente) predadora for claramente dominante" (MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Op. cit., p. 347-364).

67. "Se o PF é relevante e há uma assimetria na capacidade de concorrer por lote, passa-se à análise da capacidade da firma (potencialmente) predada competir pelo suprimento das quantidades livres" (idem, loc. cit.).

68. "Em suma (...) duas condições são necessárias para que um PF possa ser caracterizado como anticompetitivo. Primeiro, é preciso que haja uma assimetria na capacidade que diferentes concorrentes têm de competir por lote. Em especial, a firma (potencialmente) predada deve ser, por alguma razão, incapaz de fazê-lo. Caso Contrário, a concorrência passa a ser por lote e não por cada quantidade de cada consumidor. O preço relevante passa a ser o preço médio em vez do marginal e não há, a priori, nenhuma razão para que o PF seja anticompetitivo. Atendida essa condição, uma condição necessária e adicional deve ser atendida: incapaz de concorrer pelo lote, a não linearidade do apreçamento da firma predadora é tal que a firma presa não tem capacidade de concorrer pelas 'quantidades livres'" (idem, p. 347-364).

de fidelização, e, observada, também, a incapacidade da firma predada de concorrer pelas quantidades livres, há que se observar outros fatores. Tais fatores são, dentre outros: (a) a extensão dos contratos, isto é, quanto do mercado está afetado por essas cláusulas; (b) duração dos mesmos; (c) existência de outras cláusulas laterais, como, por exemplo as de renovação de contratos, que acabam afetando o grau de abertura nesse mercado; e, por fim, (d) a dessincronização dos períodos de renovação.

A partir desses dados, é necessária uma detalhada análise do fechamento do mercado, bem como uma ponderação também detalhada das eficiências que podem advir dessas condutas. O esforço das autoridades antitruste em relação a estes pontos é de suma importância, para que seja possível chegar a uma conclusão objetiva e segura acerca do efeito líquido da conduta analisada.

4.2 Disposições do Guia da UE 2008 especificamente quanto a descontos de exclusividade

O Guia da União Europeia de 2008 define descontos de exclusividade como aqueles concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específico.⁶⁹ Geralmente, os descontos são concedidos ao cliente cujas compras efetuadas ultrapassem determinado limiar, e sobre a totalidade das compras (descontos retroativos) ou apenas sobre os produtos comprados acima desse limiar (descontos progressivos). Observa-se que os descontos condicionais podem produzir os efeitos de fechamento de mercado sem necessariamente constituírem um sacrifício para a empresa dominante.

Ressalta-se que a probabilidade de ocorrer um fechamento de mercado é maior quando os concorrentes não podem competir em condições de igualdade para a totalidade da procura de cada cliente. Um desconto condicional pode permitir a utilização da parte não contestável da procura de cada cliente (ou seja, a quantidade que o cliente compraria, de qualquer maneira, da empresa dominante) como uma alavanca para diminuir o preço pago pela parte contestável da procura (ou seja, a quantidade que o cliente pode preferir e pode encontrar produtos substitutos).

Ademais, considera-se que os descontos retroativos, em geral, podem fechar o mercado de forma mais significativa, na medida em que podem tornar menos atrativa para os clientes a possibilidade de transferirem pequenas quan-

69. § 37 (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

tidades para um fornecedor alternativo se essa decisão implicar a perda dos descontos retroativos.

A Comissão considera que quanto maior for o desconto em forma de percentual sobre o preço total e quanto maior for o limiar definido, maior será o estímulo abaixo do limiar, e, conseqüentemente, maior será a probabilidade de fechamento de mercado.

A Comissão sugere a aplicação do teste do competidor igualmente eficiente,⁷⁰ por meio do qual é possível investigar se o sistema de descontos pode impedir a expansão ou mesmo a entrada no mercado de concorrentes igualmente eficientes. O teste consiste em estimar o preço que uma empresa concorrente teria de oferecer para compensar o cliente pela perda do desconto condicional no caso de este último transferir parte da sua procura ("fração relevante").⁷¹

Além desses fatores, o Guia estabelece que é importante levar em conta se o sistema de descontos é aplicado com um limiar personalizado ou normalizado. Nesse sentido, considera-se que o limiar personalizado permite que a empresa dominante fixe um limite que dificulta a mudança de fornecedor, criando, as-

70. O Guia estabelece que quanto mais baixa for a estimativa do preço efetivo da fração relevante em comparação com o preço médio do fornecedor dominante, maior será o efeito da fidelização. No entanto, desde que o preço real permaneça de forma consistente acima do custo médio de longo prazo da empresa dominante, tal fato permitirá, em princípio, que um concorrente com o mesmo grau de eficiência concorra de maneira lucrativa, de modo que, *a priori*, nessas circunstâncias, o desconto não seria passível de produzir fechamento de mercado. Em geral, quando o preço real é inferior ao custo evitável médio, a aplicação do desconto pode excluir mesmo empresas concorrentes com o mesmo grau de eficiência. Quando o preço se encontrar entre o CEM (custo evitável médio) e o CMMLP (custo marginal médio de longo prazo), a Comissão investigará se outros fatores indicam que a entrada ou expansão de um concorrente com o mesmo grau de eficiência pode ser afetada. Nesse caso, a Comissão verificará em que medida as concorrentes possuem contra estratégias realistas e eficazes à sua disposição.

71. "42. (...) No que diz respeito aos descontos progressivos, o conjunto relevante é normalmente constituído pelas compras adicionais. No que se refere aos conjuntos retroativos, em geral, é relevante avaliar no contexto do mercado específico que quantidade dos pedidos de compra de um cliente pode ser, de forma realista, transferida para uma empresa concorrente. Se for provável que os clientes estejam dispostos e sejam capazes de transferir relativamente depressa uma parte significativa da procura para uma potencial concorrente, então é provável que a fração relevante seja grande. Se, por outro lado, for provável que os clientes queiram ou apenas sejam capazes de transferir progressivamente pequenas quantidades, o conjunto relevante será relativamente pequeno (...)" (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão... cit.).

sim, um efeito máximo de fidelização. Pelo contrário, o limiar de volume normalizado (quando é igual para todos os clientes ou para um mesmo grupo de clientes) pode ser demasiado elevado para alguns clientes de menores dimensões e demasiado baixo para clientes de maiores dimensões, criando um efeito de fidelização maior. Ou seja, o efeito de fidelização é mais provável nos casos de limiares personalizados do que nos casos de limiares normalizados. Contudo, se puder ser estabelecido que o limiar do volume normalizado aproxima-se das necessidades de uma parte apreciável de clientes, a Comissão considerará que esse sistema de descontos poderá produzir fechamento de mercado.

4.3 *Jurisprudência internacional*

No caso *Hoffman La Roche vs. Comissão*, julgado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) em 1979, condenou-se o desconto de fidelidade instituído pela empresa Hoffman La Roche com poder de mercado no mercado de vitaminas. O valor do desconto era diferente de cliente para cliente e, normalmente, variava entre 1% e 5%, apesar do fato de que um cliente recebeu descontos de 12,5% para 20%.

No seu acórdão, o Tribunal de Justiça tomou os descontos em questão de forma idêntica à que tinha aplicado para as obrigações de exclusividade da La Roche. E afirmou que a empresa dominante também teria violado o art. 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia:

“89. (...) quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, isto é, de abatimentos ligados à condição de que o cliente – seja qual for o montante, considerável ou mínimo, das suas compras – se abasteça exclusivamente, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante.”⁷²

O Tribunal de Justiça considerou que tais descontos eram incompatíveis com o objetivo de concorrência não falseada no mercado comum, porque não são baseadas em uma transação econômica que justifique esse fardo ou benefício, mas são projetados para privar o comprador ou restringir suas possíveis escolhas de fontes de abastecimento e de negar outros produtores o acesso ao mercado.⁷³

72. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão do Processo 85/1976. Hoffmann-La Roche/Comissão*. 13.02.1979. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:PT:PDF]. Acesso em: 07.08.2013.

73. § 90 (idem).

A Comissão Europeia considerou que tal prática retiraria dos clientes da empresa dominante a possibilidade de escolha entre outros possíveis fornecedores. Em segundo lugar considerou que a aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais com posições equivalentes teria efeitos perversos à concorrência. O Tribunal de Justiça também estabeleceu uma distinção entre os descontos de fidelidade e os descontos por volume, afirmando que o desconto de fidelidade, ao contrário de descontos de quantidade exclusivamente relacionados com o volume de compras do produtor em causa, destina-se a impedir que os clientes contratem com os produtores concorrentes. Neste caso, a Corte firmou o entendimento de que empresas que detêm posição dominante não podem firmar acordos de exclusividade nem mesmo criar sistemas de desconto de fidelidade. Ou seja, no caso *Hoffman-La Roche*, a Comissão Europeia assumiu uma posição particularmente restritiva acerca dos descontos de exclusividade praticados por empresas dominantes. Em síntese, pode-se afirmar que adotou, neste e em todos os outros casos, a regra de ilegalidade *per se* para os descontos de fidelidade condicionados ao compromisso de compra do total ou alto percentual das necessidades com um fornecedor dominante, e que a Corte não analisa os efeitos dos descontos concedidos pela empresa dominante sobre a concorrência e bem-estar do consumidor.⁷⁴

Citem-se, ainda, casos europeus como o *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Commission* e a recente condenação da Intel. No primeiro caso se considerou que o desconto de fidelidade teria o efeito de fechamento de mercado caso fosse concedido por meio de um acordo entre a empresa em posição dominante e seus clientes, com a exigência de exclusividade ou quase exclusividade, com o intuito de impedir os clientes de contratar com fornecedores concorrentes.

Nesse caso, firmou-se o entendimento de que descontos com longos períodos de referência (por exemplo, um ano) são mais propensos a ser anticompetitivos do que descontos com curtos períodos de referência (por exemplo, três meses). Ademais, entendeu-se que regimes de descontos que são opacos (porque os termos e condições dos descontos não são claros) são mais propensos a serem anticompetitivos do que regimes de descontos transparentes e que os descontos “retroativos” (aqueles que apenas operam depois da compra de certo volume para que “reverta” para a primeira unidade adquirida) são anticompetitivos.⁷⁵

74. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 21.

75. §§ 81 e 83 (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTÍCIA. *Asunto 322/81*. Sentencia de 09.11.1983. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0322:ES:PDF]. Acesso em: 15.08.2013).

No segundo caso a Comissão Europeia impôs multa de um bilhão e sessenta milhões de euros pela prática de descontos de fidelidade da Intel, por considerar que, ao minar a habilidade dos concorrentes de competir no mérito, as ações da Intel prejudicaram a concorrência e a inovação.⁷⁶

A Intel, empresa dominante detentora de 70% do *Market Share* do mercado relevante foi acusada de praticar condutas anticompetitivas visando à exclusão dos concorrentes no mercado de *chips* de computador (CPUs), de modo a exercer indevidamente sua posição dominante.

A empresa foi acusada por ter: concedido descontos sigilosos aos fabricantes de computadores (Acer, Dell, HP, Lenovo e NEC) para possibilitar a compra total ou maciça de CPUs da Intel e de ter efetuado pagamentos diretamente ao varejista do setor de eletrônicos Media Saturn Holding para induzir o atraso ou interrupção dos lançamentos de computadores com chips AMD (conduta denominada de “descontos velados” ou “descontos não declarados”).

Observe-se o conteúdo da declaração emitida pela Comissão Europeia na ocasião da condenação da Intel:

“Alguns descontos podem levar a preços menores para os consumidores. Contudo, quando uma companhia possui posição dominante em um mercado, os descontos condicionados à aquisição reduzida de produtos dos concorrentes, ou à não-aquisição, são abusivos, de acordo com a jurisprudência consolidada dos Tribunais da Comunidade, a não ser que a empresa dominante possa apresentar motivos específicos para justificar a aplicação dos descontos no caso concreto” (trad. nossa).⁷⁷

Alguns estudiosos observaram que, ao contrário de uma crença comum, a Corte não aplica a regra de ilegalidade *per se* aos descontos de exclusividade concedidos pelas empresas dominantes como sugerido em alguns casos. Com

76. UNIÃO EUROPEIA. *Case COMP/C-3/37990 – Intel*. Summary of commission decision of 13.05.2009, relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel_summary_decision_en.pdf]. Acesso em: 15.08.2013.

77. No original: “Certain rebates can lead to lower prices for consumers. However, where a company is in a dominant position on a market, rebates that are conditional on buying less of a rival's products, or not buying them at all, are abusive according to settled case-law of the Community Courts unless the dominant company can put forward specific reasons to justify their application in the individual case” (UNIÃO EUROPEIA. EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: commission imposes fine of 1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices. *Press Releases Database*. IP/09/745. 13.05.2009. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm]. Acesso em: 20.08.2013).

efeito, argumentam que os efeitos dos descontos deveriam ter sido considerados e que a Corte se mostrava disposta a considerar justificativas objetivas.⁷⁸

Nos EUA, decisão recente da Corte de Apelações do Terceiro Circuito reforça a tendência das jurisdições estrangeiras de decidir pela ilicitude das condutas de descontos de exclusividade. É o que demonstra o caso *LePage's Inc vs. 3M*,⁷⁹ em que se considerou que as condutas da 3M violavam as Seções 1 e 2 do *Sherman Act* e a Seção 3 do *Clayton Act*. Nesse caso, a 3M não exigia exclusividade dos lojistas, porém concedia descontos a seus principais atacadistas em torno de 0,2% a 2%, sob a condição de que esses adquirissem produtos de todas as principais linhas de produtos da 3M. Não obstante os preços da 3M estarem acima do custo, o Poder Judiciário concluiu, em decisão final, que tal prática dificultava o acesso de outras empresas e condenou a empresa.

Por meio dos casos apresentados, vê-se que as condenações revelam o entendimento de que houve violação das normas antitruste pelos agentes, na medida em que se tratava de estratégias de fechamento de mercado.

4.4 Jurisprudência brasileira: Paiva Piovesan e Caso Tô Contigo-AmBev

A jurisprudência brasileira quanto a descontos de exclusividade é relativamente escassa. Dentre os casos julgados serão apresentados dois, quais sejam, Paiva Piovesan vs. Microsoft e AmBev.

No caso Paiva Piovesan vs. Microsoft, a Microsoft foi acusada de ter oferecido substanciais descontos por volume para alguns distribuidores, e, conse-

78. O seguinte trecho do julgamento do caso "British Airways" sugere que os tribunais estão pelo menos, dispostos a contemplar as justificativas que poderiam ser oferecidas pela empresa dominante para justificar seus descontos, vejamos: "Daqui resulta que, para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade nem descontos ou prémios de fidelidade, na aceção do acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais." (grifos nossos) (UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.ª SEÇÃO. Proc. C-95/04 P. British Airways PLC contra Comissão das Comunidades Europeias. 15.03.2007. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0095:PT:HTML]. Acesso em: 15.08.2013).

79. *Inc. vs. 3M*, 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003).

quentemente, bloqueado a distribuição do *software* de finanças denominado *Finance*, que era produzido pelo competidor Paiva Piovesan. Nesse caso, o Conselho entendeu que oferecer descontos para alguns distribuidores era insuficiente para fechar o acesso ao mercado a jusante, já que este era composto por diversos distribuidores e revendedores que ainda estavam abertos para a venda de *softwares* concorrentes.

O caso mais expressivo da jurisprudência brasileira foi referente ao programa de fidelização da AmBev ("Tô Contigo"). Trata-se de caso recentemente julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (julho de 2009), em que se condenou o programa de fidelidade praticado pela empresa, aplicando-lhe a maior multa da história do Direito Antitruste brasileiro: R\$ 352.693.696,58.

Entendeu-se que os descontos, juntamente com uma política agressiva de marketing levaram a um acordo exclusivo "de fato".

A conduta condenada consistia em programa de acúmulo de pontos e trocas por prêmios equivalentes a descontos.⁸⁰ Os requisitos formais do programa não exigiam qualquer contrapartida. Entretanto, os requisitos informais exigiam exclusividade, já que o *share* da AmBev deveria ser de, no mínimo, 90%. Observe-se que visitas mensais de representantes da AmBev aos pontos de venda (PDVs) garantiam o *enforcement* da exclusividade. Conforme conclusão do Cade, a conduta em referência limitava o acesso de outros produtores de cerveja aos pontos de venda, dificultando, assim, a entrada e o desenvolvimento de concorrentes.

O grau de cobertura do programa em análise era de 78,4% dos PDVs selecionados e cerca de 25% do total de PDVs.

Quando do julgamento do processo administrativo relativo ao programa "Tô Contigo" de descontos não lineares da AmBev, o Cade pronunciou que os concorrentes de uma empresa com elevado poder de mercado que lança mão de práticas de exclusividade precisam aplicar um desconto muito superior ao da líder para restaurar a devida concorrência no setor.

Neste caso, entendeu-se que a exclusividade de vendas exigida por uma empresa dominante, em um mercado dotado de clara assimetria entre os concorrentes, acarretava aumento dos custos dos concorrentes, o que poderia conduzir a uma elevação dos preços e, até mesmo, à saída de um rival igualmente eficiente do mercado.

80. Interessante destacar que o programa "Tô Contigo" é um tipo de programa de fidelização amplamente utilizado por empresas, em vários setores, como, por exemplo, os programas de milhagens lançados por companhias aéreas.

Quanto aos possíveis efeitos positivos derivados da conduta, foi pontuado que o programa não apresentava eficiências e efeitos pró-competitivos, não se enquadrando, portanto, em nenhum dos requisitos de justificativa de exclusividade.⁸¹

Neste caso, o Conselheiro relator Fernando Furlan, ao votar pela condenação da empresa (voto este que foi seguido por unanimidade), afirmou: (a) que estava provado que o programa se constitui em um programa de descontos não lineares, levado a cabo por empresa com posição dominante no mercado; (b) que a não linearidade estava devidamente provada na exigência de exclusividade ou na imposição de limites de compra de cerveja de concorrentes; (c) que da não linearidade do programa decorria que a oferta de descontos e/ou prêmios vinculados requeria dos competidores a concessão de descontos maiores do que os ofertados pela empresa líder, a fim de que se conseguisse reestabelecer as condições iniciais do mercado.

Este caso constitui, até o momento, a única análise detalhada de programas de descontos de fidelidade no Brasil. Contudo, algumas questões permanecem sem resposta. Não houve, no caso, um real dimensionamento do nível de fechamento de mercado criado pelo programa de fidelidade. Ademais, não foi realizado um teste mais elaborado que pudesse identificar se um competidor igualmente eficiente poderia replicar o programa da AmBev, por fim, não houve um debate aprofundado acerca das justificações e eficiências, que foram simplesmente rejeitadas sem quaisquer análises mais detalhadas.⁸²

O problema principal neste caso foi que o Conselho não passou por uma análise de fechamento de mercado antes de considerar a prática como anti-competitiva. De fato, de acordo com a SDE, a AmBev teria argumentado que o programa de fidelidade alcançava 10% a 12% dos pontos de venda e cerca de 10% do total do volume das vendas, uma porção pequena do mercado, sob o ponto de vista de qualquer padrão. Com uma pequena porção do mercado afetado pela conduta, os competidores ainda teriam acesso à vasta maioria

81. Insta ressaltar que, em um voto de 96 páginas, apenas 1 foi dedicada para apreciação das eficiências. Nesse sentido, em seu voto, o rel. Fernando Magalhães Furlan assim concluiu: “262. Assim, diante do exposto é possível concluir que não existem eficiências econômicas capazes de justificar o Programa Tô Contigo da AmBev. Ressalto, ainda, que a representada não trouxe aos autos qualquer comprovação de eventuais eficiências derivadas de sua conduta” (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Processo Administrativo 08012.003805/2004-10*. Repte: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Repda: Companhia de Bebidas das Américas – AmBev. Cons. Fernando de Magalhães Furlan. D. 22.07.2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/149201312018761.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.)

82. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 36.

dos pontos de venda. Assim, ainda que o Conselho estivesse correto, e que o programa, de fato, levasse à exclusividade nos pontos de venda acobertados pelo programa de fidelidade, o nível de fechamento seria baixo e, assim, seria improvável que a conduta gerasse efeitos anticompetitivos. Nesse contexto, é possível que a aplicação dos testes do “competidor igualmente eficiente” ou o balanceamento de eficiências se fizessem desnecessários. No caso, a aplicação de um baixo padrão probatório de efeitos negativos reais fez com que o baixo nível de fechamento (i.e., 10% a 12% dos pontos de venda atendidos por AmBev) fosse insuficiente para julgar a conduta lícita e arquivar o caso. De fato, os efeitos potenciais e conduta percebidos no contexto em que a AmBev detinha uma posição dominante, combinados com a evidência de uma estratégia de *marketing* agressiva foram considerados suficientes para declarar a conduta anticoncorrencial. Quanto ao balanceamento de supostos efeitos anticoncorrenciais da conduta com suas possíveis eficiências, este exercício foi superficial e contou com elementos qualitativos. Assim, a análise do Cade chegou perto de uma análise formalística, uma vez que não se valeu de uma clara demonstração de fechamento ou qualquer balanceamento real de potenciais eficiências.⁸³

Com efeito, o caso exigiria uma análise mais rigorosa, com uma compreensão mais profunda acerca da capacidade da conduta de afetar concorrentes “igualmente eficientes”, o nível de exclusão que criou, e se foi compensado pelos potenciais ganhos de eficiência que criou em relação ao sistema de distribuição global da AmBev.⁸⁴

Cumpra destacar, ainda, que, ao aplicar no “Tô Contigo” os pontos destacados no tópico anterior, quais sejam: (a) capacidade de competição por lote; (b) relevância da não linearidade; (c) capacidade de competir pelas quantidades livres; (d) quantidade relevante; (e) periodicidade e sobreposição, chega-se a conclusão diversa à adotada pelo Cade. Nesse sentido, ainda que houvesse assimetria relevante na capacidade de concorrer por lote, o programa “Tô Contigo” não induz a concavidades relevantes no preço médio. Primeiramente, sendo o desconto médio ótimo de 2,7% (e 3,9% o máximo), o desconto embutido no programa não é exageradamente grande. Em segundo lugar, as quantidades necessárias para receber os descontos não são grandes o suficiente, relativamente ao consumo médio mensal para “prender” um PDV por muito tempo. Finalmente, a baixa não-linearidade do “Tô Contigo” não impede as empresas concorrentes de competir pelas unidades adicionais de bares participantes do

83. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 41.

84. Idem, p. 37.

programa. É interessante notar que nenhuma das alterações do programa sugeridas pela SDE inclui qualquer diminuição da não linearidade do programa.⁸⁵

4.5 *Padrão probatório: questão central*

Como mencionado anteriormente, desde a publicação da Lei 8.884 em 1994, há consenso no Brasil de que as restrições verticais devem ser analisadas de acordo com uma abordagem baseada em efeitos, entendimento este que se manteve na nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011).

Na verdade, no contexto brasileiro, a análise baseada em efeitos não foi capaz de desenvolver testes e padrões para definir de forma mais detalhada quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical seriam considerados negativos para caracterizar a conduta como ilegal sob ponto de vista do Cade.⁸⁶

Explica-se: a aplicação da regra da razão exige a criação de testes jurídicos para a análise dos efeitos, de modo que essa abordagem seja feita de maneira coerente, rigorosa e objetiva. Nesse sentido, pode-se dizer que, em particular, a análise baseada em efeitos realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido relativamente fraca, porquanto não tem focado na demonstração de reais efeitos de fechamento tampouco tem desenvolvido uma análise rigorosa dos efeitos potenciais da conduta. Essas análises requerem uma abordagem detalhada, baseada em fatos e fundamentada em critérios econômicos objetivos, como, por exemplo, o teste do competidor igualmente eficiente, para o caso de descontos de exclusividade. A abordagem feita pelas autoridades brasileiras não foi muito longe, e, por vezes, tem se limitado a observar os potenciais efeitos de fechamento para declarar certa conduta anticompetitiva.⁸⁷

Quanto ao balanceamento dos efeitos negativos e positivos, esse passo da análise somente deveria ser feito caso os efeitos de fechamento tenham sido comprovados. Na ausência de claros efeitos de fechamento, não há necessidade de desenvolver um teste de balanceamento. Por outro lado, nos casos em que os efeitos de fechamento são demonstrados, um balanceamento objetivo é necessário. Contudo, o Sistema de Defesa da Concorrência tem aplicado uma análise de balanceamento baseada quase que exclusivamente em considerações qualitativas e intuitivas, o que demonstra a necessidade de uma análise mais rigorosa e estruturada.⁸⁸

De fato, a raiz desse problema pode ser originariamente identificada nos termos vagos do art. 36, que, como mencionado, caracteriza como ilegal toda

85. MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Op. cit., p. 347-364.

86. GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 39.

87. Idem, p. 40.

88. Idem, ibidem.

conduta que possa produzir certos efeitos, ou qualquer ato com o escopo de produzir certos efeitos negativos à concorrência. Na prática, isso tem levado ao arquivamento de casos com aplicação de padrões de prova rígidos que requerem a comprovação de efeitos negativos, e outros casos sendo condenados com base em padrões relativamente relaxados de efeitos potenciais e escopo da conduta.

A análise das condutas exclusionárias no Brasil carece da aplicação de testes semelhantes ao “teste do competidor igualmente eficiente”, o que consistiria em considerável esforço no sentido de decisões mais objetivas e previsíveis. Ainda, destaque-se que é fundamental a apresentação de uma definição e mensuração de fechamento de mercado, que se fazem necessários para saber se o fechamento de mercado é ou não substancial. Desse modo, para identificar o efeito líquido das condutas exclusionárias, é necessário um detalhamento da extensão do fechamento, bem como que haja a capacidade de ponderar objetivamente as eficiências em face dos efeitos anticompetitivos. A ideia de efeitos potenciais puramente teóricos deve ser evitada na linguagem das autoridades, sob pena de, no fundo, ser feita uma análise *per se*.

Assim, embora a abordagem brasileira esteja alinhada com a teoria econômica moderna, é necessário desenvolver testes mais claros para avaliar os efeitos reais e a aplicação padrões mais consistentes de prova.

Alguns princípios básicos, que podem ser utilizados como pontos de partida para a análise de restrições verticais, em geral, são: (a) restrições verticais não devem ser avaliadas pela regra *per se*; (b) a forma e natureza da conduta não são relevantes para suas avaliações, o que importa é tão somente o fechamento de mercado; (c) o teste do competidor igualmente eficiente é um padrão correto para análise; (d) o prejuízo ao consumidor deve ser demonstrado nos casos em que efeitos anticoncorrenciais em questão não são objetivamente justificados ou são compensados por eficiências.⁸⁹

De fato, não há uma fórmula matemática que permite identificar quando, em determinado contexto, um acordo de exclusividade deve ser considerado anticompetitivo ou pró-competitivo. Contudo, há certos fatores que podem ser levados em conta na análise dessas condutas.

O primeiro fator se refere ao dimensionamento do fechamento de mercado: ou seja, no dimensionamento da cobertura do acordo de exclusividade. Na verdade, não existe uma resposta padrão para definir um percentual de fechamento que seja susceptível de criar efeitos de encerramento, pois isso pode depender da participação no mercado que um fornecedor igualmente eficiente precisa capturar de forma rentável, questão particularmente importante em

89. Idem, p. 43-48.

mercados caracterizados por economias de escala e escopo. Por exemplo, em um mercado onde a escala mínima eficiente (o “EME”) é de 50% (i.e., um duopólio), uma cobertura de 60% é considerada excludente; ao passo que, em um mercado onde o EME é a 20%, a cobertura de 50% pode ser insuficiente para a ocorrência de fechamento de mercado. Determinar o encerramento do mercado, portanto, requer uma análise caso a caso.⁹⁰

Um segundo fator se relaciona à duração das cláusulas de exclusividade. Obrigações curtas têm menor probabilidade de gerarem efeitos perniciosos à concorrência.

A tarefa das autoridades de concorrência é, portanto, equilibrar os efeitos pró e anti-competitivo de obrigações de exclusividade. Tal equilíbrio não é necessariamente um processo “tudo ou nada”, em que as obrigações de exclusividade ou são totalmente aceitas ou totalmente rejeitadas. Em algumas circunstâncias, as autoridades de concorrência podem solicitar à empresa dominante que permita que seus compradores adquiriam algumas das suas necessidades de rivais (transformando uma obrigação de exclusividade em obrigação de comprar, por exemplo, pelo menos 75% das necessidades dos compradores, deixando assim 25% a rivais) ou para reduzir a duração da obrigação de exclusividade.

Quanto, especificamente, aos descontos de exclusividade concedidos por empresas dominantes, determinar se são anti-competitivos ou competitivos requer avaliações um pouco mais complexas.

As autoridades da concorrência precisam levantar quatro importantes questões para determinar se um desconto de exclusividade ofertado por uma firma dominante leva a abusos anticompetitivos. A primeira consiste na verificação da existência de poder de mercado. A segunda consiste em saber os descontos em questão impedem que um competidor igualmente eficiente tenha acesso aos consumidores. Se a resposta for positiva, a terceira questão consiste em determinar se os descontos representam parcela substancial do mercado no qual competidores igualmente eficientes poderiam competir. Se a resposta a essa questão for positiva, a quarta questão consistiria em saber se os efeitos de fechamento de mercado podem ser compensados pela presença de eficiências.

5. CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho, foi possível traçar importantes conclusões acerca das restrições verticais e, mais especificamente sobre as práticas de descontos condicionados à exclusividade. Verificou-se que tais práticas podem gerar tan-

90. *Idem*, p. 48-49.

to efeitos positivos quanto prejudiciais à concorrência, e que por esse motivo não é tarefa fácil distinguir as situações de licitude das de ilicitude.

Frente à evolução de diversos entendimentos no Direito Antitruste, é possível pontuar que atualmente há consenso quanto à impossibilidade de aplicação da ilicitude *per se*, sendo, portanto, aplicável a regra da razão. A regra da razão é, por assim dizer, o parâmetro que mais se alinha com a intenção do Direito Antitruste, cujo objetivo é a proteção dos consumidores e da concorrência em si.

Assim, é necessária uma análise econômico-estrutural do mercado relevante para que seja possível determinar os potenciais efeitos (negativos e positivos) da prática. Conclui-se que é preciso o desenvolvimento de diretrizes para a feitura do balanceamento desses efeitos, bem como é patente a carência de conceitos e mensurações como, por exemplo, do que vem a ser fechamento de mercado, e a partir de que grau este fechamento se faz substancial. Somente por meio desses conceitos, mensurações e diretrizes é que será possível, de fato, a utilização da regra da razão, já que na falta deles o julgamento é, por vezes, levado por argumentos intuitivos e subjetivos, que trazem incerteza e insegurança jurídica.

Ao propor normas jurídicas com enfoque na eficiência econômica, os órgãos de defesa da concorrência fornecerão instrumentos eficazes para nortear os agentes econômicos na formulação de suas políticas internas de descontos, sem lesar a concorrência. Com um cenário de segurança jurídica, os mercados se tornarão mais competitivos e as empresas serão incentivadas a implementar vantagens aos consumidores, gerando bem-estar social.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em: 13.07.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Processo Administrativo 08012.003805/2004-10*. Repte: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Repda: Companhia de Bebidas das Américas – AmBev. Cons. Fernando de Magalhães Furlan. D. 22.07.2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/t49201312018761.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Res. Cade 20, de 09.06.1999*. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf]. Acesso em: 13.07.2013.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo 08012.002841/2001-13*. Repte: Condomínio Shopping D. Repdo: Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação. Secret. Paulo de Tarso Ra-

- mos Ribeiro. D. 26.03.2002. P. 26.03.2002. Disponível em: [www.cade.gov.br/Documento.aspx?f73cc452a491a0a192838e63ad9aaf87dc7ed190839460ae76a77d85a7af86dd6aea451c]. Acesso em: 05.08.2013.
- COMUNIDADE EUROPEIA. Regulamento (CE) 2790/1999, de 22.12.1999 relativo à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. L 336/21, 29.12.1999. Disponível em: [www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Paginas/RegulamentoUE-n2790-1999Comissao-22Dezembro1999.aspx]. Acesso em: 20.07.2013.
- ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. *Global antitrust law and economics*. New York: Foundation Press, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- _____. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *For a rigorous “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: an analysis of the EU and Brazilian competition law*. São Paulo: CEDES, 2012.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.
- MELLO, João Manoel de Pinho; CARRASCO, Vinícius. Predação através de programas de fidelização: o caso do programa Tô Contigo. In: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy. Theory and practice*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009.
- OECD. *Policy roundtable. Loyalty and fidelity discounts and rebates*. June 2002. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf]. Acesso em: 23.02.2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- UNIÃO EUROPEIA. *Case COMP/C-3/37990 – Intel*. Summary of commission decision of 13.05.2009, relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel_summary_decision_en.pdf]. Acesso em: 15.08.2013.
- _____. COMISSÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão do Proc. 85/1976. Hoffmann-La Roche/Comissão*. 13.02.1979. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0085:PT:PDF]. Acesso em: 07.08.2013.
- _____. Comunicação da comissão. Orientação sobre as prioridades da comissão na aplicação do art. 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*. C 45/7, 24.02.2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF]. Acesso em: 20.07.2013.

- _____. EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: commission imposes fine of 1.06 bn on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices. *Press Releases Database*. IP/09/745. 13.05.2009. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-745_en.htm]. Acesso em: 20.08.2013.
- _____. *Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*. Bruxelas (Bélgica). Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_pt.pdf]. Acesso em: 05.08.2013.
- _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.^a SEÇÃO. *Proc. C-95/04 P British Airways PLC contra Comissão das Comunidades Europeias*. 15.03.2007. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0095:PT:HT ML]. Acesso em: 15.08.2013.
- _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Asunto 322/81*. Sentencia de 09.11.1983. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0322:ES:PDF]. Acesso em: 15.08.2013.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Clayton Act. Act of October 15, 1914. Legal information institute*. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14]. Acesso em: 15.07.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão. Uma análise acerca da jurisprudência norte-americana, de Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 20/39;
- Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop, de Vicente Bagnoli – *RIBRAC* 13/231;
- Descontos e concorrência, de Priscila Brolio Gonçalves – *RIBRAC* 20/53;
- Fixação de preços de revenda (*Resale-Price Maintenance* – *FPR*): elementos para um roteiro de investigação, de César Mattos – *RIBRAC* 8/27;
- Restrições Verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 12/107;
- Restrição vertical por fixação de preços, de Marcos Vinício Chein Feres – *RIBRAC* 9/67; e
- Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica, de Mario Luiz Possas, João Luiz Pondé e Jorge Fagundes – *RIBRAC* 8/123.

CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DAS ISENÇÕES NO CONTEXTO INTERNACIONAL

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES

Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFSC. Professora Doutora da FDRP/USP.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo abordar a prática dos cartéis de exportação. Os cartéis de exportação são tratados como isenções antitruste em grande parte das jurisdições. Os estudos apontam que os cartéis de exportação podem gerar distorções ao comércio internacional, especialmente aos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento. Contudo, o tema tem sido pouco debatido em razão de suas particularidades, uma vez que, muitas vezes, conta com o apoio governamental. Por fim, observa-se que o tema precisa de tratamento adequado, considerando seus possíveis reflexos no comércio internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional – Concorrência – Isenções – Regulação – Cartéis de exportação.

ABSTRACT: The present study aimed to address the practice of export cartels. The export cartels are treated as antitrust exemptions in most jurisdictions. Several studies indicate that export cartels may distort international trade, especially the least developed or developing countries. However, it is seldom discussed because of some particularities, since the practice often has government support. Finally, it is observed that this practice needs proper treatment, considering its possible effects on international trade.

KEYWORDS: International trade – Competition – Exemptions – Regulation – Export cartels.

SUMÁRIO: 1. Cartel de exportação – 2. As isenções aos cartéis de exportação: 2.1 Estudo comparado – Tratamento das isenções em diferentes jurisdições – 3. Cartéis de exportação no contexto internacional – Considerações finais – 4. Referências bibliográficas.

1. CARTEL DE EXPORTAÇÃO

De acordo com a OCDE, cartel de exportação é um acordo ou arranjo entre empresas que combinam cobrar um preço específico de exportação e/ou dividir mercados de exportação.¹ A OCDE explica que muitas leis de concorrência

1. OCDE. *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, p. 43.

dão isenção a esse tipo de conduta, desde que o cartel não produza efeitos prejudiciais à concorrência no mercado doméstico como, por exemplo, resultar em redução das exportações. A anuência aos cartéis de exportação reside no fato destes supostamente facilitarem a penetração nos mercados estrangeiros, além de possibilitar a transferência de renda dos consumidores estrangeiros aos produtores nacionais, favorecendo a balança comercial dos exportadores.²

Nem sempre é uma tarefa trivial separar, dentre as condutas, aquelas que caracterizam um cartel de exportação. Na tentativa de explicar as características dos cartéis de exportação – e até mesmo indicar uma classificação – a OCDE pontuou a necessidade de se fazer uma distinção entre cartéis públicos e privados.³ De acordo com Amato, os cartéis de exportação domésticos (nacionais) são acordos entre empresas estabelecidas em um país, que operam no mesmo mercado de produto, e que combinam não competir entre elas quando exportam seus produtos (que são substituíveis entre si).⁴

A OCDE também tem conhecimento que muitas leis de defesa da concorrência isentam esses acordos das disposições geralmente aplicáveis aos cartéis, desde que esse tipo de cartel não produza efeitos prejudiciais à concorrência no mercado interno, tais como dar origem a acordos de fixação de preço ou resultar na redução das exportações.⁵ As típicas atividades dos cartéis de exportação instituídos por associações podem englobar as seguintes atividades: (a) acordos exclusivos de exportação, (b) recusa da associação para exportações de não membros, (c) fixação dos preços de

-
2. “A justificativa para a permissibilidade do cartel de exportação é que ele pode facilitar uma penetração cooperativa nos mercados externos, transferência de renda dos consumidores estrangeiros aos produtores nacionais e resultar em um saldo comercial favorável” (trad. livre). OCDE, op. cit., p. 43-44.
 3. “Uma distinção deve ser feita entre os cartéis públicos e privados. No caso de cartéis públicos, o governo pode estabelecer e fazer cumprir as normas relativas a preços, produção e outras questões. *Cartéis de exportação e associações marítimas* são exemplos de cartéis públicos. Em muitos países, cartéis de depressão têm sido autorizados em indústrias consideradas a exigir preço e estabilidade de produção e/ou para permitir a *racionalização* da estrutura da indústria e do *excesso de capacidade*. No Japão, por exemplo, esses acordos foram permitidos no caso do aço, fundição de alumínio, construção naval e várias indústrias químicas” OCDE, op. cit., p. 19.
 4. AMATO, Filippo. International Antitrust: What future? *Journal of World Competition*, vol. 24, n. 4, p. 455.
 5. OCDE, op. cit., p. 43.

revenda, (d) fixação de quotas dos distribuidores internacionais, (e) acordos de fixação de preço.⁶

Os cartéis de exportação podem ser formados por produtores de um único país ou podem ser cartéis internacionais formados por produtores de diversos países, mas com um mercado alvo que não é mercado doméstico dos membros. De acordo com Becker, se os cartéis de exportação também produzem efeitos no mercado doméstico eles são chamados de “cartéis mistos”.⁷ No mesmo sentido, Krol explica que os cartéis de exportação podem ser considerados como internacionais quando seus membros estão localizados em diferentes países e, ainda, podem ser considerados como “puros” se apenas mercados internacionais são afetados, ou “mistos” se os mercados domésticos também são afetados.⁸

Considerando a perspectiva de um participante (membro do cartel), a estratégia objetivada por meio dos cartéis de exportação pode ser uma tentativa: (a) de captura de novos mercados externos; (b) de resposta aos monopólios estrangeiros; ou (c) de resposta às restrições governamentais estrangeiras ao comércio.⁹ Conforme explica Wins, para sustentar um cartel de exportação pressupõe-se que seus membros tenham *market power* uma vez que, sem isso, seria difícil um controle eficiente das exportações.¹⁰ De fato, a presença de poder de mercado é analisada também nos casos dos cartéis internacionais chamados *hard-core*, tratando-se de variável comum na análise das condutas supostamente anticompetitivas.¹¹

6. Nesse sentido, veja-se a decisão: *US v. Minnesota Mining & Manufacturing Co*, 92 F. Supp. 947 (D. Mass. 1950).

7. BECKER, 2007, p. 101.

8. KROL, 2007, p. 67.

9. *Idem*, *ibidem*.

10. WINS, Henning, 2000, p. 52.

11. Veja-se documento da OMC que defende que o conceito de cartel internacional *hard-core* deve também ser diferenciado do conceito de cartéis de exportação e importação: “Os cartéis de exportação fixam preços ou quantidades produzidas nos mercados exportadores das firmas participantes, mas não nos seus mercados domésticos. Os cartéis de importação objetivam a regulação dos preços ou outras condições dos bens e serviços que são importados nos mercados domésticos das firmas participantes. Em contraste, os cartéis internacionais geralmente fixam preços, produção, ou outras dimensões competitivas em vários mercados nacionais, que frequentemente incluem, mas não se limitam aos países domésticos das firmas participantes. Outro traço diferenciado é que os cartéis de exportação possuem isenção nas leis nacionais de concorrência em muitos mercados, em alguns casos sob a condição de registro pú-

Na perspectiva da política de concorrência, as práticas restritivas ao comércio com dimensão internacional merecem bastante atenção. Vale observar que, geralmente, as restrições aos mercados de exportação não afetam diretamente a concorrência nos países exportadores, ao mesmo tempo em que há pouca ação contra essas práticas nesses países justamente pela ausência de efeitos sentidos internamente.

Como os cartéis de exportação afetam principalmente a concorrência no mercado de destino (mercado de exportação), o país de origem não tem interesse em sancionar esses cartéis, sendo que, como já mencionado, podem até apoiar tais práticas. Para que os efeitos e o potencial lesivo sejam analisados, os cartéis de exportação necessitam ser pesquisados também no que se refere ao mercado geográfico afetado e a nacionalidade de seus membros (veja-se, por exemplo, que esses dados poderiam diferenciá-los entre “puros” ou “mistos”). Isto porque, a depender da situação e de eventuais acordos comerciais firmados (bilaterais ou multilaterais), o resultado de tal análise levará a medidas de repressão a tais práticas por parte das autoridades de concorrência dos países de origem, ou legitimará a utilização de mecanismos de retaliação comercial por parte dos países de destino.

Não se pode ignorar que, considerando seus efeitos econômicos, os cartéis de exportação podem estar ligados aos subsídios à exportação ou outras ajudas nesse sentido.¹² Os cartéis de exportação até poderiam ser comparados aos subsídios na medida em que, ao deixar de aplicar a legislação antitruste, os Estados acabam também por revestir-lhes de uma vantagem comparativa artificial que impactará diretamente em seu desempenho no plano internacional. Por meio de uma conduta, muitas vezes omissa, os Estados acabam por atribuir a um dado setor da economia, ou a um dado grupo de agentes econômicos, vantagens sobre outros agentes econômicos concorrentes situados em outras jurisdições.

Assim, se de um lado os subsídios muitas vezes distorcem o comércio internacional, os cartéis de exportação podem, igualmente, gerar distorções que precisam ser melhor investigadas para que se identifiquem os problemas principais gerados por essas condutas e, também, as possíveis alternativas de mitigá-los em um contexto internacional.

blico, enquanto os cartéis internacionais frequentemente são ilegais e são tipicamente mantidos sob sigilo a não ser que e até que sejam investigados e tornados públicos. WT/WGTCP/W/191, p. 2 (trad. livre).

12. No mesmo sentido, veja-se BECKER, op. cit., p. 101.

Apesar dos cartéis de exportação e os subsídios terem o potencial de distorcer a concorrência em prejuízo dos mercados e competidores externos, apenas os subsídios são regulados internacionalmente pela OMC por meio do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). Portanto, até o momento não há nenhuma regulação no GATT/OMC que explicitamente proíba os membros ou os condene por permitir a conduta concertada dos exportadores que se organizam em cartéis de exportações.

O documento WT/WGTCP/W/191 da OMC aponta também que as vítimas dos cartéis de exportação incluem países em desenvolvimento que importam bens ou produtos de consumo. Há mais efeitos deletérios que podem ser observados, mas ainda não existe clareza sobre todos os efeitos ou a extensão desses efeitos ou danos potenciais da conduta.¹³

Em análise voltada aos países em desenvolvimento, Bhattacharjea indicou os seguintes fatores como necessários à avaliação de um cartel de exportação – se benéfico ou maléfico ao país importador – entre os quais: (a) se (o cartel) é representa um novo entrante, (b) a natureza das “possíveis” eficiências; (c) a estrutura de mercado; (d) a elasticidade da demanda; (e) o grau de penetração das importações; e (f) o nível das tarifas vigentes no país importador.¹⁴

Vale esclarecer também que o cartel de exportação não se confunde com a prática de *dumping*.¹⁵ Tratam-se de fenômenos distintos, embora possam até

13. O ponto também destacado é que a extensão de tais cartéis e seus efeitos deletérios sobre o comércio e desenvolvimento podem ser maiores que os amplamente conhecidos, já que alguns países insistem em não registrar tais cartéis; eles simplesmente fecham os olhos em relação a eles. Por outro lado, o ponto de vista que tem sido expresso é de que a extensão do dano causado pelos cartéis de exportação é menor do que às vezes se pensa, que nem todos os consórcios relacionados à exportação ou arranjos similares fixam preços ou exercem poder de mercado. Em todo caso, estes parecem causar menos preocupação que outras situações em que tanto os mercados domésticos quanto de exportação estão sujeitos à cartelização. (...) cartéis estritamente relativos a mercado de exportação podem estar fora da jurisdição dos “países de origem” na medida em que seus efeitos podem ser mais sentidos no exterior do que nos mercados dos países de origem (trad. livre). WTO. WT/WGTCP/W/191, p. 5.

14. BHATTACHARJEA, 2004, p. 34.

15. O *dumping* é definido pelo Gatt 1994, em seu art. 6.1, quando os produtos são exportados abaixo do valor normal, isto significa: (a) valor abaixo de valor do produto similar (*like product*) destinado ao consumo no país exportador; (b) valor menor do que o maior preço comparado com produto similar para exportação; ou (c) valor abaixo do valor de produção no país de origem adicionando os custos de venda e lucros (i.e., custos de frete e tributos). O cartel de exportação “puro”, não necessariamente implica a prática de preços inferiores ao chamado “valor normal”.

ocorrer simultaneamente. Há um caso interessante levado à OMC pela CE que envolveu o *Anti-Dumping Act of 1916* dos EUA.¹⁶ Apesar de não haver registro de uma aplicação exitosa dessa lei, a CE questionou na OMC a legalidade de se processar produtores europeus com base nessa lei.¹⁷ Interessante também observar que o próprio Cade já mencionou que o *Anti-Dumping Act of 1916* possuía uma interface com o direito antitruste na conceituação do que seria o “*dumping* predatório”.¹⁸

No caso analisado referente ao *Antidumping Act* a CE defendeu que os procedimentos para impor medidas *antidumping* com base no art. VI do Gatt e do Acordo *Antidumping* da OMC eram os únicos remédios que poderiam ser aplicados às violações de *dumping*.¹⁹ Essa decisão mostra como regras multilaterais específicas limitam ações isoladas dos membros da OMC (o que não ocorre com os cartéis de exportação).

A ação de um cartel de exportação “puro” pode culminar em preços mais baixos no mercado de destino. Nesse caso, se os preços praticados pelo cartel de exportação no mercado de destino forem inferiores aos preços praticados pelos membros do cartel (individualmente considerados) no mercado doméstico, poderá ser aventada a hipótese de *dumping* desde que preenchidos os demais requisitos legais (i.e., dano e nexo causal).

2. AS ISENÇÕES AOS CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO

Sobre as isenções dadas aos cartéis de exportação cabe mencionar estudo realizado por Levenstein e Suslow que pesquisaram os dados referentes a este

16. Tratava-se de uma extensão da legislação Antitruste e em 1921 foi alterada (*US Antidumping Act*), trazendo como inovação a apuração de direitos *antidumping* com um caráter mais administrativo e esclarecendo alguns conceitos como “dano à indústria”.

17. WALLER, 1999, p. 170.

18. A prática de *dumping* predatório, consistente na redução dos preços com o objetivo de eliminar a concorrência no mercado importador e impedir o ingresso de novos concorrente pelo estabelecimento de barreiras à entrada, é condenável sob o aspecto econômico por trazer sérios prejuízos a longo prazo, eliminando a concorrência e favorecendo o estabelecimento de monopólio. Contudo, raramente o *dumping* predatório se verifica na prática, pois são inúmeros os requisitos para que esta conduta seja sustentável (...). O *dumping* logo se dissociou da conotação de predação, e seu significado jurídico se tornou mais abrangente. CADE, 2009, p. 308-309.

19. WTO. Panel Report, United States – Anti-Dumping Act of 1916 – Complaint by the European Communities. *WT/DS136/R and Corr.1*. Adopted 26.09.2000, as upheld by the Appellate Body Report, *WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R*.

assunto em 56 países. As isenções aos cartéis de exportação foram classificadas em: (a) isenções explícitas, isenções implícitas e isenções não oficiais (ou não previstas em lei).

Os países selecionados englobam todos os países membros da OCDE, os países da CE e alguns países em desenvolvimento (conforme classificação do Banco Mundial). A pesquisa identificou que, dos 56 países pesquisados, 17 ofereciam aos exportadores envolvidos em cartéis de exportação isenção nas leis nacionais de concorrência,²⁰ enquanto 33 países isentavam essas atividades de forma implícita.²¹

As isenções explícitas são criadas quando uma lei explicitamente exclui os cartéis de exportação.²² Existem dois tipos de isenções explícitas: a primeira requer notificação ou autorização, enquanto a segunda dispensa essa formalidade. A notificação geralmente requer uma permissão do governo para que as empresas participem da prática, pois, sem essa permissão, haveria uma violação da lei nacional antitruste.²³

Os países desenvolvidos estão cada vez menos tendentes a conceder essas isenções de forma explícita. Contudo, isto não deve ser interpretado como uma aceitação de que as isenções aplicadas aos cartéis exportadores constituem práticas desleais, mas sim que a concessão implícita é mais vantajosa estrategicamente.²⁴

A isenção explícita tem com vantagem principal a transparência, pois não apenas o público em geral, mas também os concorrentes e os "alvos" das condutas podem ter acesso a essa informação (e eventualmente preparar medidas compensatórias). Da mesma forma, a autoridade nacional pode supervisionar as atividades dos membros do cartel para ter certeza de que referido o cartel de exportação não produz seus efeitos no mercado doméstico.²⁵

20. Na década de 1990 cerca de 1/3 dos países que possuíam isenções explícitas tinham exigência de notificação. Waller observou, em 1988, que países como o Japão, a Alemanha e o Reino Unido possuíam mecanismos de registro dos acordos, sem contar os EUA. Cf. WALLER, op. cit., p. 109-110.

21. A pesquisa indicou ainda que três países não possuíam qualquer menção na legislação sobre isenções e três não possuíam sequer legislação antitruste. LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 1.

22. Idem, p. 13.

23. Idem, ibidem.

24. Cf. BECKER, 2007, p. 112-113.

25. A necessidade de consentimento ou permissão pelo menos altera o ônus da prova para a administração ou qualquer autor privado, porque a agência aceita ativamente o comportamento como legal. Cf. BECKER, 2007, p. 113.

Assim, o governo dos EUA, por exemplo, explica que as isenções “oficiais”, principalmente as denominadas “explícitas” supostamente não teriam uma das características do que seria tradicionalmente considerado como um cartel *hard-core*.²⁶

2.1 Estudo comparado – Tratamento das isenções em diferentes jurisdições

No Canadá, a Lei de Concorrência traz um bom exemplo de isenção explícita sem a necessidade de notificação. De acordo com a Lei canadense, conluíus relacionados apenas à exportação de produtos provenientes do Canadá estão fora do escopo da Lei Antitruste.²⁷ Os exportadores podem perder o benefício se o acordo resultar, ou tiver o potencial de resultar, redução ou limitação “do valor real das exportações de um produto”.²⁸ Como não há necessidade de notificação, pela pesquisa realizada por Levenstein e Suslow não foi possível avaliar quantos exportadores obtiveram a vantagem desta isenção antitruste.²⁹

Ocorre algo similar na Islândia, uma vez que também não é necessária a notificação de cartéis de exportação. Trata-se de uma isenção explícita conforme expresso na lei.³⁰ Outro exemplo interessante é o da Austrália que, assim como os EUA, permite isenção explícita para cartéis de exportação, mas requer que as empresas completem um requerimento para notificação seguindo o que está disposto no *Export and Trade Practices Act 1974*.³¹

26. Essa opinião foi dada pelo governo dos EUA em reunião na OMC. Cf. WGTCR Report on the Meeting of 20-21.02.2003 – Note by the Secretariat, WT/WGTCR/M/21. may 2003, p. 15.

27. CANADA. *Competition Act*, § 45 (5). 1986.

28. Idem. O valor real (*real value*) é diferenciado do volume de exportações.

29. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 14.

30. “Esta lei não deve se aplicar aos acordos, termos ou ações os quais somente tenham intenção de gerar efeito fora da Islândia.” ISLÂNDIA. *Competition Law. The Law Gazette A. n. 8/1993. As Amended by Law n. 24/1994, 83/1997, 82/1998, and 107/2-0 – (Ice.)*, Ch. I, Article 3.

31. “To obtain an exemption, section 51(2) (g) of the Act requires that: – the provisions of the contract, arrangement or understanding relate exclusively to the export of goods from, or the supply of services outside Australia. A provision in the same agreement between the exporter and overseas buyer, that covers other aspects of export or supply (for example, a clause in the contract providing that the exporter will transport the goods from the point of manufacture to the point of departure in Australia) could be regarded by a court as being part of the export contract – full and accurate details

Na Austrália, a Lei de Concorrência permite a isenção automática das exportações, numa análise caso a caso, de acordo com o preenchimento do requerimento (i.e. os critérios para a permissão devem ser preenchidos conforme disposto na própria lei).³² A *Australian Competition and Consumer Commission* – ACCC exclui das isenções explicitamente qualquer acordo relacionado ao fornecimento ou precificação no mercado doméstico.

Em Israel, também é necessário apresentar um requerimento, mas há critérios diferenciados para obter-se uma isenção. Vale mencionar que o governo israelense já apresentou documento à OCDE explicando que as autoridades constantemente se esforçam para restringir e cancelar as isenções.³³ Quando há revisão do pedido de isenção, o Tribunal Antitruste de Israel leva também em consideração questões de interesse público.³⁴

of the provisions be provided to the ACCC – these details be submitted to the ACCC within 14 days of the contract, arrangement or understanding being made Exporters must give details of export agreements to the ACCC by providing: – a full copy of the export agreement – a copy of the actual relevant provision(s) of the export agreement or – details of the relevant provision(s) which may involve conduct prohibited by the Act.” AUSTRALIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Export agreements and the Trade Practices Act – Guide to the export agreement exemption in the Trade Practices Act*. apr. 2009. p. 3-4.

32. A lei dispõe sobre “qualquer disposição de um contrato, acordo, ou entendimento relacionado exclusivamente à exportação de bens da Austrália, ou ao fornecimento de serviços fora da Austrália (...)”. Cf. AUSTRALIA, op. cit.
33. “In Israel, the existence of specific laws applicable to a particular sector does not exclude that sector from the application of the competition Laws (see the discussion above regarding the ‘implied immunity doctrine’). In addition, the IAA regularly advises government agencies and the Knesset on competition and regulation issues and constantly strives to restrict and cancel exemptions from competition laws. Thus, the recommended balance between the activity of the competition authority and the activity of the regulatory authorities exists, in practice, in Israel.” OCDE. State of Israel. Position of Israel Regarding OECD Instruments. *Initial Memorandum*, p. 24.
34. “10. Considerations of the Public Interest. When considering the public interest for the purposes of this Chapter, the Tribunal shall take into consideration, *inter alia*, the contribution of the restrictive arrangement to the issues listed below, and whether the arrangement’s expected utility to the public is substantially greater than the damage to the public or to any part thereof, or to anyone who is not party to the arrangement; the issues are: (1) Efficiency in the production and marketing of assets or services, assurance of their quality, or reduction in their price to the consumer; (2) Assurance of a sufficient supply of assets or services to the public; (3) Prevention of unfair competition by a person not party to the arrangement, which may result in a reduction in competition for the supply of the assets or services in which the parties to the

De acordo com o estudo de Levenstein e Suslow, a África do Sul e a Tailândia, apesar de terem isenções explícitas, não chegam a utilizar efetivamente essas isenções.³⁵ As autoras identificaram que até julho de 2004, não havia isenção em vigor. Contudo, no que diz respeito à Tailândia a situação mostrava-se diferente entre 2005 – 2010, conforme é possível ser observado na tabela abaixo:

Tabela 1 – *Application for concerted action approval*³⁶

Ano	Total – pedidos	Total – aprovada
2005	6	5
2006	10	9
2007	4	4
2008	5	5
2009	6	6
2010*	1	1

* Notificação realizada em janeiro de 2010.

A Lei de Concorrência na Irlanda traz um exemplo típico de isenção implícita para os cartéis de exportação. O *Irish Competition Act of 2002*, estabelece que aqueles acordos entre empresas, ou decisões de associações de empresas e práticas combinadas que tenham como objeto, ou efeito, impedir, restringir ou distorcer da concorrência no comércio de bens e serviços “dentro do país,

arrangement are engaged; (4) Enabling the parties to the arrangement to obtain the supply of assets or services on reasonable terms from a person who controls a considerable share of the supply of such assets or services, or to supply assets or services on reasonable terms to a person who controls the purchase of a considerable share of the supply of such assets or services; (5) Prevention of severe damage to an industry which is important to the national economy; (6) Safeguarding the continued existence of factories as a source of employment in areas in which substantial unemployment may be created as the result of their closure or a reduction in their production; (7) Improving the balance of payments of the State by reducing imports or reducing the price of imports or by increasing exports and their feasibility”. ISRAEL. *Restrictive Trade Practices Act*, n. 5748, § 10.

35. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 15.

36. Tabela elaborada com base nas informações da autoridade de Taiwan. TAIWAN. *Fair Trade Law. Statistics: Applications for Concerted Actions Approval*.

França (1986, alterada em 1996)	Explícita	Não
Alemanha (1999)	Implícita	Não
Grécia (2000)	Implícita	Não
Hong Kong ³⁹	Não há leis	-
Hungria* (1996)	Implícita	Não
Islândia	Explícita	Não
Índia* (2002)	Explícita	Não
Indonésia*	Explícita	Não
Irlanda (2002)	Implícita	Não
Israel (1988)	Explícita	Sim
Itália (1990)	Implícita	Não
Japão (1947, alterada em 1997)	Implícita	Não
Quênia* (1988)	Implícita	Não
Coreia do Sul (1980)	Implícita	Não
Letônia*	Implícita	Não
Lituânia*	Explícita	Não
Luxemburgo	Não há lei de isenção	-
Malta	Implícita	Não
México* (1993)	Explícita	Não
Holanda (1998)	Implícita	Não
Nova Zelândia (1986)	Explícita	Sim
Noruega (1993)	Explícita	Não
Paquistão* (1970)	Implícita	Não
Polônia*(1990)	Implícita	Não
Portugal (1993)	Implícita	Não
Rússia*	Não há lei de isenção	-

39. A Lei de Concorrência foi aprovada pelo Poder Legislativo em 14.06.2012 e ainda está passando por um período de transição.

ou em qualquer parte do país", são proibidas e nulas.³⁷ A isenção da Irlanda é considerada implícita já que a lei não faz referência aos acordos que tenham potencial de restringir ou distorcer a concorrência em outros países.

Vale lembrar que existem países que não possuem isenções previstas em lei (chamados então de "não oficiais"). Esses casos são observados nas leis de concorrência que consideram a fixação de preço como ilegal, mas não há definição exata do escopo geográfico do mercado ou não há isenção explícita permitindo a fixação de preços nas atividades de exportação. Nessa categoria podem ser incluídas as leis de Luxemburgo, da Rússia e da Tailândia.³⁸ Há ainda a situação de países que sequer possuem legislação antitruste.

Tabela 2 – Isenções – Países selecionados –
Países em desenvolvimento marcados com *

<i>País (ano de constituição da Lei em vigor)</i>	<i>Classificação da isenção</i>	<i>Necessidade de notificação</i>
Argentina* (1980)	Implícita	Não
Austrália (1974)	Explícita	Sim
Áustria (1988)	Implícita	Não
Bélgica (1991)	Implícita	Não
Brasil* (1994)	Implícita	Não
Canadá (1986)	Explícita	Não
Chile* (1973)	Implícita	Não
China*	Implícita	Não
República Tcheca* (2001)	Explícita	Não
Chipre	Implícita	Não
Dinamarca (2002)	Implícita	Não
Egito*	Não há leis	-
Estônia*	Implícita	Não
Finlândia (1992)	Explícita (vis-à-vis, não observados os Estados membros da União Europeia)	Não

37. IRLANDA. *Competition Act*, n. 14, Part 2, § 4 (1).

38. LEVENSTEIN; SUSLOW, p. 17.

Cingapura ⁴⁰	Não há leis	-
República da Eslovaca* (2001)	Explícita	Não
África do Sul* (1998)	Explícita	Sim
Espanha (1989)	Implícita	Não
Sri Lanka* (1987, 2003)	Implícita	Não
Suécia (1994)	Implícita	Não
Suíça (1995)	Implícita	Não
Taiwan (1992)	Explícita	Sim
Tanzânia* (1994)	Implícita	Não
Tailândia*	Não há lei de isenção	-
Turquia* (1994)	Implícita	Não
Reino Unido (1998)	Implícita	Não
Estados Unidos (1890)	Explícita	Sim
Uruguai* (2000)	Implícita	-
Venezuela* (1992)	Implícita	Não
Zâmbia* (1994)	Implícita	Não

A tabela ilustra bem o fato de que não existe um padrão na adoção de isenções aos cartéis de exportação, ou seja: ora são implícitas, ora são explícitas, ora não há nada previsto. Ao mesmo tempo, a maior parte dos países não tem um levantamento de informações consistente sobre essas atividades, o que dificulta uma análise mais profunda das condutas.⁴⁰

40. Quando elaborada a tabela pelas autoras Levenstein e Suslow não havia Lei de Concorrência em Cingapura. Entretanto, desde outubro de 2004, há Lei Antitruste: "27.1.1 The Competition Act 2004 ('the Act') was passed by Parliament on 19 October 2004. It is largely modeled on the UK Competition Act 1998. The objective of the Act is to promote the efficient functioning of Singapore's markets and hence enhance the competitiveness of the economy." Sobre as isenções aos cartéis de exportação, verifica-se que se trata de uma isenção "implícita". A Lei estabelece o seguinte: "Exclusions under the Third Schedule: 27.2.13 The following matters are specified in the Third Schedule as being excluded from the Section 34 and 47 Prohibitions: (a) activities relating to services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly; (b) activities needed to comply with legal requirements or to avoid conflict with international obligations; (c) activities which arise

Becker entende que, ao abandonar as isenções explícitas sem ajustar o alcance da legislação concorrencial doméstica, não se está fazendo nenhuma declaração pró-competitiva sólida em favor dos mercados-alvo potenciais.⁴¹ De fato, ao abandonar procedimentos de notificação ou registro das isenções dos cartéis exportadores há menor grau de transparência, o que prejudica as autoridades concorrenciais dos países “alvo” que poderiam se beneficiar dessa informação para monitorar as atividades. Assim, Becker defende que seria desejável que, no caso de um país oferecer tais isenções (caso não haja uma norma internacional que o impeça de assim agir), que estas sejam explícitas, em prol da transparência.⁴²

É importante dizer que nos últimos 10 anos alguns países modificaram suas leis de concorrência e acabaram eliminando as isenções explícitas aos cartéis de exportação, tais como: Alemanha, Hungria, Japão, Coreia, Holanda, Suécia, Suíça e Reino Unido.⁴³ Por traz dessas alterações, obviamente existe uma questão de convergência em relação aos países membros da CE. Na CE, de acordo com o novo regime estabelecido pelo Regulamento do Conselho 1/2003,⁴⁴ as

from exceptional and compelling reasons of public policy such as national security, defense and other strategic interests; (d) activities which already have sector-specific competition frameworks; and (e) specified activities, some of which are carried out by persons licensed and regulated under various Acts. The specified activities are (i) the supply of ordinary letter and postcard services; (ii) the supply of piped potable water; (iii) the supply of wastewater management services; (iv) the supply of scheduled bus services; (v) the supply of rail services; (vi) cargo terminal operations; (vii) the clearing and exchanging of articles undertaken by the Automated Clearing House established under the Banking (Clearing House) Regulations; and (viii) any activity of the Singapore Clearing Houses Association in relation to its activities regarding the Automated Clearing House” (destaques no original).

41. BECKER, op. cit., p. 113.

42. Idem, *ibidem*.

43. Nesse sentido veja-se: LEVENSTEIN; SUSLOW, p. 18.

44. “In particular, there is a need to rethink the arrangements for applying the exception from the prohibition on agreements, which restrict competition, laid down in Article 81(3) of the Treaty. Under Article 83(2)(b) of the Treaty, account must be taken in this regard of the need to ensure effective supervision, on the one hand, and to simplify administration to the greatest possible extent, on the other. The centralized scheme set up by Regulation No 17 no longer secures a balance between those two objectives. It hampers application of the Community competition rules by the courts and competition authorities of the Member States, and the system of notification it involves prevents the Commission from concentrating its resources on curbing the most serious infringements. It also imposes considerable costs on undertakings. (4) The present sys-

isenções explícitas não se enquadram no sistema de aplicabilidade direta do art. 81(3) do Tratado da CE.⁴⁵ Observa-se que até a Turquia que sequer possuía lei antitruste até 1994, adotou lei nos termos da CE (i.e. isenção implícita).⁴⁶

Na Alemanha, antes de 1999, havia permissão aos cartéis de exportação puros depois de satisfeito o requerimento de notificação. Também era permitido cartéis de exportação mistos em circunstâncias limitadas.⁴⁷ Assim, entre 1958 e 1999, 130 exportadores receberam isenção com base no procedimento estabelecido na Alemanha. Em 1999 houve uma alteração da GWB para afastar as isenções explícitas dos cartéis de exportação “considerando os esforços mundiais para combater restrições transfronteiriças à concorrência”.⁴⁸ Veja-se que a Alemanha não excluiu todas as isenções, uma vez que acordos para uniformizar a aplicação de padrões, cartéis especializados, cartéis estruturais de crise continuaram tendo isenções.⁴⁹

No Reino Unido, até 1998, os cartéis de exportação eram permitidos após notificação à autoridade responsável (*Director General of Fair Trading*), contudo essa isenção foi eliminada em 2004, quando houve emendas para criminalizar os cartéis *hard core* que afetavam o mercado.⁵⁰ Uma das razões para as alterações era o número de isenções para cartéis por meio do *Restrictive Trade Practices Act of 1973*.⁵¹ Havia também uma preocupação com relação à antiga Lei Antitruste, pois esta orientava o registro dos cartéis, mas não trabalhava para a prevenção

tem should therefore be replaced by a directly applicable exception system in which the competition authorities and courts of the Member States have the power to apply not only Article 81(1) and Article 82 of the Treaty, which have direct applicability by virtue of the case-law of the Court of Justice of the European Communities, but also Article 81(3) of the Treaty.” CE. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. *Official Journal of the European Communities*. L 1/1, 4.1.2003.

45. Ainda, vale dizer que, em 01.05.2004, a CE passou a ter novos Estados-membros que também estão procurando adequar suas legislações às leis da CE. Veja também: BARCHARD, 1994.

46. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 18.

47. ALEMANHA. The Bundeskartellamt. *Act Against Restraints of Competition*, § 1.º, 6th Amendment, 1999.

48. RUDO, Joachim. *The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition*.

49. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 19.

50. Idem, ibidem.

51. PRATT, John H. Changes in UK Competition Law: A wasted opportunity. *European Competition Law Review*, vol. 15, n. 2, p. 89-90.

dos mesmos.⁵² Na Holanda e na Suécia, assim como na Suíça, as adequações ocorreram no sentido de haver convergência dentro da Europa.⁵³

É interessante observar que o Japão também adotou alterações seguindo orientações similares ao que ocorria na Europa, apesar de não ter qualquer relação direta com as alterações propostas na Europa. Assim como a Alemanha, o Japão teve bastante experiência ao longo da história no sentido de encorajar a cooperação entre as empresas exportadoras.⁵⁴ Até 1997, a Lei de Concorrência do Japão permitia que os cartéis de exportação puros entrassem em acordo sobre preço, quantidade, qualidade, ou design, desde que notificados ao *Minister of International Trade and Industry – Miti*. Essa notificação deveria ocorrer entre os 10 dias da conclusão de referido acordo.⁵⁵ Entre 1992 e 1995, 17 dos 28 cartéis de exportação no Japão foram abolidos enquanto muitos também tiveram redução do seu escopo.⁵⁶ Apenas três anos depois, o número de isenções de cartéis de exportação caiu apenas para 2, ou seja, 9 dos 11 cartéis de exportação foram abolidos desde 1995.⁵⁷

Tanto o Japão (*Ominibus Act to Repeal and Reform Cartels and Other Systems Exempted from the Application of the Antimonopoly Act under Various Laws – “Ominibus Act”*) quanto a Coreia (*Omnibus Cartel Repeal Act – The Act on Regulating Undue Concerted Activities from the Application of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act*) criaram leis abrangentes para evitar inúmeras isenções explícitas aos cartéis de exportação.⁵⁸ Na Coreia, em

52. PARKER, David. The competition act of 1998: change and continuity in UK competition policy. *Journal of Business Law*, p. 285-286. Veja-se que as leis anteriores no Reino Unido não traziam métodos relevantes (significativos) de execução de penalidades e a última lei não exigia o registro de um cartel de exportação se apenas uma empresa (membro do cartel) concordasse em restringir a sua conduta. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., nota 74, p. 19.

53. OCDE. *Export Cartels: Report of the Committee of Experts on Restrictive Business Practices*. 1974. p. 36-42.

54. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 19.

55. JAPÃO. *Export and Import Trading Act*, Law n. 299. 1952.

56. WTO. Trade Policy Review of Japan. *PRESS/TPRB/5*. 29.03.1995.

57. WTO. Trade Policy Review – Japan – Report by the Secretariat. *WT/TPR/S/32*. 05.01.1998. p. 17.

58. Aliás, vale ressaltar que em documento da OMC o Japão manifestou sua simpatia com a ideia de regras multilaterais que tratem dos cartéis de exportação, por entender que tratam-se de clara distorção ao comércio internacional. WTO. *WGTCF. Report on the Meeting of 2-3 October 2000 – Note by the Secretariat*. *WT/WGTCF/M/12*. 08.11.2000, p. 3.

1999, houve a exclusão da permissão da maioria dos cartéis de exportação.⁵⁹

Tabela 3 – Isenções para cartéis de exportação em vigor entre 1980-2003⁶⁰

Ano	Austrália ⁶¹	Alemanha	Japão	EUA (ETC)	EUA (WPA)
1980	4	266			36
1981	7				
1982	6				
1983	8			11	
1984	13			40	
1985	4			59	
1986	0			69	
1987	6			83	
1988	3			96	
1989	2			109	
1990	1			120	22
1991	1			123	
1992	1	190	28	132	
1993	12			135	
1994	5			144	
1995	7		11	150	15
1996	2	234		153	
1997	2			151	

59. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 21.

60. Tabela preparada com base nos dados pesquisados por LEVENSTEIN, SUSLOW, op. cit., p. 28.

61. Os números referentes à Austrália não são comparáveis aos outros países, pois isenções são concedidas em casos individuais. Dessa forma, esses números representam casos isentos de cada ano (um fluxo), mas não o número de cartéis de exportação em vigor (número consolidado).

1998	2	36	2	149	
1999	0	36	0	148	
2000	6			152	11
2001	4			154	12
2002	4			155	13
2003	4				12

Os exemplos citados acima indicam um esforço para eliminar as isenções explícitas, assim como para reduzir o número de isenções dadas aos cartéis de exportação, de modo a tornar a lei política de concorrência mais consistente.⁶² De acordo com Waller:

A ideia de notificação e registro de cartéis de exportação numa base internacional é igualmente tentadora, mas imperfeita. Transparência é um objetivo valioso, mas fora de uso, primeiro e principalmente, como um instrumento de detecção e erradicação de restrições anticompetitivas e não deve ser usado como uma justificativa para suas perpetuações.⁶³

Waller é mais rigoroso ao reforçar que o melhor seria que os cartéis de exportação sejam considerados como cartel internacional tradicional, uma vez que uma distorção imprópria da concorrência no comércio internacional deveria ter uma condenação e proibição universal.⁶⁴ Veja-se que Waller fez essas ponderações há mais de 20 anos. Atualmente, alguns países estão, de fato, tomando medidas mais agressivas tanto em relação aos cartéis nacionais, como aos cartéis internacionais, mas principalmente aos denominados *hard-core*.

Para Levenstein e Suslow, circunstâncias e políticas que promovam cartéis fora dos respectivos países que condenam cartéis nacionalmente seriam inconsistentes e contrárias ao espírito de cooperação internacional.⁶⁵ As autoras consideram que a elaboração de leis nacionais de concorrência que apenas banem as atividades que prejudicam a concorrência em âmbito nacional, mas deixam um vácuo em relação aos cartéis de exportação, não resolvem o problema. Com a eliminação de notificações há, ao mesmo tempo, a redução de

62. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 21.

63. WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States Antitrust Policy Towards Single-country Export Cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 98, p. 111-112.

64. Idem, p. 113.

65. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 21. Veja-se nesse mesmo sentido, KROL, op. cit., p. 185.

informações sobre as atividades dessas cooperações entre empresas que podem afetar diversos mercados.⁶⁶

3. CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO NO CONTEXTO INTERNACIONAL – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação jurídica dos cartéis de exportação está ficando cada vez mais ambígua, ao mesmo tempo em que existem poucas informações sobre essas condutas, tais como: quem participa, quais são as atividades, onde eles agem e quais são seus objetivos.

Assim, algumas questões precisariam ter o mínimo de clareza para que a conduta fosse avaliada. Há uma questão que precisa ser respondida, no sentido de qual seria a melhor política de concorrência e quais seriam os melhores mecanismos de que viabilizariam efetiva regulação dessas condutas. Alguns autores indicam que a adoção de políticas extraterritoriais pelos governos nacionais seria um caminho, outros apostam na cooperação internacional.

A adoção de políticas extraterritoriais costuma ser utilizada como uma resolução mais óbvia porque qualquer país que proíba cartéis em seu mercado doméstico poderia combater cartéis de exportação que tenham efeito em seu território. Entretanto, existem problemas na aplicação de soluções extraterritoriais.

Levenstein e Suslow acreditam que o aumento da cooperação internacional seria uma solução preferível e mais efetiva.⁶⁷ No entanto, o meio mais forte de cooperação internacional seria com uma autoridade antitruste internacional com jurisdição sobre atividades colusivas direcionadas aos mercados exteriores.⁶⁸

De forma complementar, Hoekman e Mavroidis entendem que em um mercado mais integrado e global não haveria necessidade de distinção entre as atividades nacionais e o mesmo tipo de atividade direcionada ao mercado de exportação.⁶⁹

De fato, se há consenso de que a prática de fixação de preços prejudica os consumidores, a conclusão seria de que as isenções à exportação, ao beneficiar

66. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 24-25.

67. As autoras defendem, inclusive, que esta cooperação poderia se dar por meio da ICN com o compartilhamento de informações entre as autoridades de concorrência. LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., p. 22.

68. Idem, ibidem.

69. HOEKMAN; MAVROIDIS, 2003, p. 19.

a nação exportadora, ao mesmo tempo, prejudicam os consumidores estrangeiros. Ou seja, essa política praticamente motiva um enriquecimento de determinadas nações à custa de seus parceiros comerciais.

Becker entende que seria no mínimo questionável, senão imoral, que um país permita ou apoie um determinado comportamento, que é proibido no mercado doméstico, em detrimento dos Estados estrangeiros.⁷⁰ Contudo, parece haver consenso de que os cartéis internacionais impõem severos custos aos países importadores, na medida em que transferem os ganhos dos consumidores para o exportador.⁷¹

Há também um argumento que é politicamente e economicamente questionável de que os cartéis exportadores estimulam a circulação das importações, mas os defensores das isenções concordam que esses cartéis não são mais do que uma simples tentativa de aumentar o bem-estar social doméstico a expensas do bem-estar dos consumidores no mercado-alvo.

Como consequência, os governos, assim como os doutrinadores tem tentado desenvolver argumentos sofisticados para tratar da permissibilidade relacionada aos cartéis de exportação, mas basicamente esses argumentos estão concentrados em torno da promoção da eficiência e do bem-estar.⁷²

Com relação a esses aspectos, os EUA em particular alegam que os cartéis de exportação teriam efeitos pró-competitivos ao facilitar a entrada de novos concorrentes estrangeiros no mercado "alvo". Contudo, é preciso questionar se uma abordagem excessivamente generosa de apoio aos cartéis de exportação não tem como resultado o desenvolvimento do aumento das posições dominantes ou outras de estruturas anticompetitivas dentro do mercado "alvo", afetando principalmente os consumidores do mercado de exportação.

70. O autor ainda explica que a alegação mais óbvia contra os cartéis de exportação é que seus membros buscam ganhos monopolísticos que precisam ser satisfeitos pelos consumidores estrangeiros que pagam preços acima do nível competitivo. Cf. BECKER, op. cit., p. 115.

71. TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 3. ed. London: Routledge. 2005. p. 602.

72. BATTACHARJEA, op. cit., p. 347, e também: LEVENSTEIN; SUSLOW, op. cit., passim. De acordo com uma publicação do governo norte-americano, as empresas cooperadoras podem se beneficiar de pesquisas de mercados conjuntas, exposições comerciais, propaganda, financiamento e juros, além de atividades de treinamento. Nesse aspecto, as isenções dos cartéis de exportação têm o potencial de ajudar empresas que tipicamente carecem dos recursos para se engajar em uma atividade de exportação efetiva quando agem sozinhas. Cf. BECKER, op. cit., p. 115.

Veja-se, que como todos os cartéis, os cartéis de exportação têm outros efeitos tipicamente negativos, tais como o atraso do progresso técnico e o aumento dos custos para os consumidores.⁷³ A possibilidade de isenções referentes aos cartéis de exportação em um país pode incentivar outros países a também permitirem a formação de cartéis de exportação. Isso significa uma desvantagem para os países que não possuem a correspondente vantagem.⁷⁴

Assim, Becker defende que as isenções dos cartéis de exportação levam a uma espiral descendente de medidas anticompetitivas e incentivam a aplicação de medidas compensatórias dos governos e participantes do mercado. O autor entende ainda que:

“(...) as isenções explícitas referentes apenas à extraterritorialidade dos efeitos causados pela conduta não podem satisfazer a necessidade de analisar os possíveis efeitos da eficiência. Assim, a sugestão de remover as isenções dos cartéis de exportação remedia unicamente a existência das isenções explícitas dos cartéis de exportação.”⁷⁵

Em um contexto internacional, deixar a regulação dos cartéis de exportação apenas para as leis nacionais não evitaria eventuais distorções ao comércio em todos os casos. Talvez um acordo multilateral seja o modo ideal para melhorar o bem-estar dos consumidores por meio de uma política global que proteja também países que não possuem legislação antitruste e que podem ser as maiores vítimas dos cartéis de exportação. Portanto, entende-se que as informações sobre cartéis de exportação devem ser divulgadas para que se conclua pela melhor forma de controle e para que não haja distorção no comércio internacional.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEMANHA. The Bundeskartellamt. *Act Against Restraints of Competition*, § 1.º, 6th Amendment, 1999.
- AMATO, Filippo. International Antitrust: What future? *Journal of World Competition*. vol. 24. n. 4. 2001.
- AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Export agreements and the Trade Practices Act – Guide to the export agreement exemption in the Trade Practices Act*. apr. 2009.

73. Cf. IMMENGA, op. cit., p. 126.

74. Idem, p. 96.

75. BECKER, op. cit., p. 118.

- BARCHARD, David. Turkey and the European Union. *Working Draft of a future pamphlet from the CER (Center for European Reform)*. 1994.
- BECKER, Florian. The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism. *Journal of Competition Law and Economics*. 2007.
- BIHATTACHARJEA, Aditya. Export Cartels – A Developing Country Perspective. *Working Paper n. 120*. Centre for Development Economics, jan. 2004.
- CADE. Declaração de Voto do Presidente Arthur Badin. *Medida Inominada n. 08700.001571/2009-22*. Requerente: Itap Bemis Ltda., 2009.
- HOEKMAN, Bernard; HOLMES, Peter Martin. Competition Policy, Developing Countries and the WTO (September 1999). *FEEM Working Paper*. n. 66-99. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=200621>]. Acesso em: 22.01.2013.
- _____; MAVROIDIS, P. C. Economic Development, Competition Policy and the World Trade Organization. *Journal of World Trade*. vol. 3. n. 1. 2003.
- _____; MARTIN, William J.; BRAGA Carlos A. Primo. *Preference Erosion: the terms of the debate*. World Bank, 2006. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Preferences_Intro_Terms_of_the_Debate.pdf]. Acesso em: 22.06.2013.
- IMMENGA, Ulrich. *Comment: the failure of present institutions and rules to respond to the globalization of competition*. 49 (II/III). *Aussenwirtschaft*, 1994.
- IRLANDA. *Competition Act*. N. 14. 2002.
- ISLANDIA. *Competition Law*. *The Law Gazette A*. n. 8/1993. As Amended by Law n. 24/1994, 83/1997, 82/1998, and 107/2-0 – (Ice.).
- JAPÃO. *Export and Import Trading Act*. Law n. 299. 1952.
- KROLL, Daniela. *Toward multilateral competition law? – After Cancún: reevaluating the case for additional international competition rules under special consideration of the WTO agreement*. Frankfurt am Main; New York: Peter Lang, 2007.
- LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International status of export cartels exemptions. *Ross School of Business Working Paper Series*. n. 879. University of Michigan, November 2004.
- OCDE. Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf]. Acesso em: 20.01.2013.
- _____. State of Israel. Position of Israel Regarding OECD Instruments. *Initial Memorandum*. jul. 2008.
- PARKER, David. The competition act of 1998: change and continuity in UK competition policy. *Journal of Business Law*. jul. 2000.
- PRATT, John H. Changes in UK Competition Law: A wasted opportunity. *European Competition Law Review*. vol. 15. n. 21994.
- RUDO, Joachim. *The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition*. 1999.

- TREBILCOCK, M. J.; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 3. ed. London: Routledge, 2005.
- WALLER, Spencer Weber; KESSLER, Jeffrey L. *International Trade and U.S. antitrust law*. Eagan, MN: Thomson/West, 2004-2005.
- WINS, Henning, *Eine Internationale Wettbewerbsordnung als Ergänzung zum GATT*. Baden-Baden, 2000.
- WTO. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. Communication from the European Community and its Member States to the Competition Policy. WT/WGTCP/W/193. Disponível em: [www.wto.org]. Acesso em: 20.08.2013.
- _____. Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council. WT/WGTCP/W/191. Disponível em: [www.wto.org]. Acesso em: 30.08.2013.
- _____. WGTCP. A multilateral framework agreement on competition policy. WT/WGTCP/W/152. 25.09.2000. Disponível em: [http://docsonline.wto.org/]. Acesso em: 29.09.2013.
- _____. WGTCP. A WTO competition agreement and development. WT/WGTCP/W/140. 26.07.2001. Disponível em: [http://docsonline.wto.org/]. Acesso em: 29.08.2013.
- _____. WGTCP. Communication from UNCTAD – Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy: the Development Dimension. WT/WGTCP/W/197. 15.08.2002. Disponível em: [www.wto.org]. Acesso em: 13.07.2013.
- _____. Panel Report, United States – Anti-Dumping Act of 1916 – Complaint by the European Communities. WT/DS136/R and Corr.1. Adopted 26.09.2000, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R.
- _____. Trade Policy Review of Japan. PRESS/TPRB/5. 29.03.1995.
- _____. Trade Policy Review – Japan – Report by the Secretariat. WT/TPR/S/32. 05.01.1998.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Cartéis – Tratamento legal, de João Bosco Leopoldino da Fonseca – *RIBRAC* 19/105; e
- Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho?, de Ana Paula Martinez – *RIBRAC* 17/38.

O "E" ESCARLATE DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

NOTAS INTERPRETATIVAS SOBRE O ART. 36 DA LEI 12.529/2011

TOMÁS FILIPE SCHOELLER BORGES RIBEIRO PAIVA

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito do Estado pelas Universidades de São Paulo e Paris I – Panthéon-Sorbonne. Advogado especialista em Direito da Concorrência e Direito Regulatório.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: Trata-se de estudo sobre a disciplina introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de controle de condutas, a partir da aprovação da Lei 12.529/2011. Sustenta-se que *vis-à-vis* o art. 20 da Lei 8.884/1994, o art. 36 da nova Lei tornou cumulativa a sequência de incisos que elencam os efeitos que caracterizam as práticas de infração à ordem econômica. Fazendo referência às regras e técnicas de hermenêutica jurídica, o artigo se debruça sobre a controvérsia que cerca a questão, apresentando as implicações práticas que decorrem da repercussão jurídica da partícula "e", que consta do dispositivo normativo analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica – Conjunção – Lei 12.529/2011 – Práticas anticompetitivas – Abuso de posição dominante.

ABSTRACT: It is the study of the discipline introduced in the Brazilian legal system relating to control of conducts, since the adoption of Law 12.529/2011. It is argued that *vis-à-vis* the art. 20 of Law 8.884/1994, the art. 36 of the new Law became cumulative the sequence of items which list the effects that characterize the practice of violations of the economic order. Referring to the rules and techniques of legal interpretation, the article focuses on the controversy surrounding the issue, presenting the practical implications arising from the legal effect of the particle "and" appearing in the law analyzed.

KEYWORDS: Interpretation – Conjunction – Brazilian Antitrust Law – Anti-competitive practices – Abuse of a dominant position.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema – 2. O papel do "e" na boa técnica legislativa – 3. A hipótese de um defeito legislativo e suas implicações – 4. A moldura que conforma a interpretação do art. 36 da nova Lei – 5. A busca por um elemento racional do art. 36 da Lei 12.529/2011 – 6. A necessária compatibilização da interpretação finalística e da moldura legislativa – 7. A discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da interpretação gramatical: a necessidade de preponderância de uma interpretação restritiva – 8. O problema na prática – 9. Conclusão – 10. Bibliografia.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

A Lei 12.529/2011, conhecida nos bastidores como a “nova Lei de Defesa da Concorrência”, representou um inegável avanço na consolidação da política antitruste brasileira, com assento no inc. IV do art. 170 da CF/1988. Referida lei, se de um lado estruturou um novo desenho institucional para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem alinhado com as melhores experiências internacionais¹ e mais eficiente, de outro veiculou importantes alterações em matéria de controle estrutural.²

A doutrina formada pós-edição da Lei 12.529/2011, lastreada pelas discussões havidas no Congresso Nacional, foi uníssona em afirmar que a nova Lei não trouxe significativas modificações na configuração de hipóteses de infração à Ordem Econômica, mas, antes, primou por reproduzir na literalidade “o coração da ação repressiva da Lei 8.884/1994”,³ notadamente o seu art. 20, com modificações de pormenor.

E nada obstante a nova Lei tenha completado mais de um ano desde sua publicação, com a já consolidação da nova estrutura do SBDC, é com surpresa que se constata que até o presente momento tem passado despercebida importante modificação legislativa no controle de condutas, alteração esta que vem acompanhando a nova Lei desde os tempos de Anteprojeto⁴ e que até os dias atuais, aparentemente, resta ignorada por autoridades, advogados e pela doutrina, mas que tem o condão de impor um ônus argumentativo não negligenciável na aplicação da Lei 12.529/2011.

De fato, quando se colocam lado a lado a Lei revogadora e a Lei revogada, constata-se a inclusão de *conjunção* de natureza coordenativa, que tem por fim

-
1. Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVI, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 31 e ss.
 2. Dentre as quais merece destaque a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a exigência notificação prévia de “atos de concentração econômica em que, cumulativamente (...) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e (...) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)” (art. 88, I e II da Lei 12.529/2011).
 3. Cf. CORDOVI, Leonor. In: _____ et al, op. cit., p. 101, por todos.
 4. Cf. art. 31 do PL 5.877/2005, de autoria do Poder Executivo.

ligar os elementos semelhantes de um dispositivo, estabelecendo uma relação entre eles:

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: - I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; - II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; - III – aumentar arbitrariamente os lucros; - IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II. § 2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995).	Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: - I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; - II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; - III – aumentar arbitrariamente os lucros; e - IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2.º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...).

O fato de tal modificação não ter até o presente momento vindo à luz – ou ter sido ignorada por aqueles que, a percebendo, acreditaram não se tratar de questão de maior importância –, em nada altera a repercussão que o “e” constante no inc. III do art. 36 pode causar nas decisões atuais e futuras do Cade, abrindo-se, inclusive, a via judicial para o controle objetivo da subsunção do fato à hipótese legal.

2. O PAPEL DO "E" NA BOA TÉCNICA LEGISLATIVA

O problema da hermenêutica jurídica é o da composição entre o texto da norma e a norma propriamente dita, que nem sempre corresponde a um teor literal. Nesse sentido, a boa redação legislativa é um dos requisitos para que se alcance a máxima normatividade, que está orientada (porém não restringida) linguisticamente.⁵

O legislador constituinte de 1988 estabeleceu a importância de uma boa técnica legislativa na elaboração normativa, dispondo no parágrafo único do art. 59 da CF/1988 que "lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

Em cumprimento à norma constitucional, o Congresso Nacional aprovou, em 26.02.1998, a LC 95, que estabelece os padrões para elaboração da legislação federal. Referida lei complementar foi regulamentada, em 2002, pelo Dec. 4.176, que "estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências".

Do art. 23 do Dec. 4.176/2002, que baliza a elaboração normativa e a proposição de Projetos de Lei pelo Poder Executivo, extrai-se que "as disposições normativas (...) [devem ser] redigidas com clareza, precisão e ordem lógica", observado, dentre outros aspectos, o seguinte: "II – para a obtenção de precisão: (...) g) *utilizar as conjunções "e" ou "ou" no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a sequência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva*".⁶

Por cumulação, deve-se entender o ato ou a função de cumular, isto é, formar um todo, um conjunto. A disjunção é o antônimo de cumulação, implicando separação ou, gramaticalmente, "a supressão de conjunção copulativa, entre várias frases".⁷

5. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005. p. 38.

6. "Art. 23. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observado o seguinte:

(...)

II – para a obtenção da precisão:

(...)

g) utilizar as conjunções 'e' ou 'ou' no penúltimo inciso, alínea ou item, conforme a sequência de dispositivos seja, respectivamente, cumulativa ou disjuntiva."

7. Cf. vocábulo "disjunção" no Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.

A propositura de Projetos de Lei pelo Poder Executivo, como no caso do Anteprojeto que deu origem à nova Lei, deve observar a obrigação legal de clareza, distinguindo, nas hipóteses normativas, as situações em que haja cumulação ou disjunção de uma sequência de dispositivos. É o caso, por exemplo, de hipóteses trazidas pela própria Lei 12.529/2011, em que o “e” reforça a cumulação da sequência de incisos e o “ou” afasta o todo normativo, dando independência para cada uma das hipóteses referidas no dispositivo:

Hipótese Cumulativa	Hipótese Disjuntiva
Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.	Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou <i>joint venture</i>.

Não tendo o “e”, sozinho,⁸ portanto, na boa técnica legislativa, função de “ou”, pode-se acreditar (e até advogar) que o Anteprojeto da Lei 12.529/2011 propunha um quadro normativo diferenciado do da legislação anterior, o que foi acatado com a promulgação da nova Lei.

3. A HIPÓTESE DE UM DEFEITO LEGISLATIVO E SUAS IMPLICAÇÕES

A identificação de um erro material no texto normativo é procedimento que se situa no âmbito da existência da norma jurídica e da crítica à lei. Neste contexto, é bastante comum que normas sejam editadas com erros materiais, isto é, incorreções de pontuação, impressão, numeração etc., que podem (e devem) ser corrigidos quando da aplicação da lei por uma autoridade.

8. Diferente seria a conjugação do “e” com um *disclaimer* no *caput* como, por exemplo, “qualquer dos efeitos” ou “um dos seguintes efeitos”: “I, II, III e IV”.

Tal hipótese, no entanto, deve ser distinguida de outras duas que, por causarem substancial divergência de pensamento do legislador com o texto da norma, dificultam a aplicação normativa no seu fim maior.

A primeira hipótese a ser considerada é a do erro material que ocasiona um equívoco sobre o sentido da lei, circunstância que, embora permita o exercício de uma crítica ao texto legal, não pode ser superada por métodos interpretativos. Nessa situação, apenas uma nova lei (ou uma retificação oficial) pode remediar o erro, fazendo-o de forma retroativa.⁹

Uma situação diferente é a do erro conceitual, isto é, um erro na manifestação de vontade do legislador, que é a hipótese a ser analisada no caso da nova Lei. Trata-se, com efeito, de uma inadvertência que acompanhou a propositura do Anteprojeto até a aprovação do texto definitivo da Lei 12.529/2011, e que resistiu a mais de seis anos de debates parlamentares.

De fato, do que se pode extrair dos pareceres legislativos apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Congresso Nacional partiu da premissa (aparentemente equivocada) de que “a proposta não altera as principais regras acerca das infrações à ordem econômica, que se transforma no art. 31 do Projeto de Lei (...) (que torna) claro que os efeitos que caracterizam tais infrações são alternativos”.¹⁰ Referida premissa foi considerada tão apenas no relatório dos referidos pareceres, isto é, na descrição dos fatos, não tendo havido qualquer julgamento de mérito sobre a norma em questão.

Tem-se, então, que referido erro (o “e” escarlate) integra a nova Lei e dela não pode ser dissociado, sob pena de admissão de uma competência atípica de revisão (e modificação) de atos legislativos pela Administração (ou pelo juiz). Cabe ao aplicador, portanto, das duas, uma: ou (i) superar o erro conceitual por meio de mecanismos hermenêuticos no momento da aplicação da norma, respeitando a moldura do comando normativo e assumindo o respectivo ônus argumentativo ou, na impossibilidade, (ii) reconhecer força vinculante ao texto legal, que somente poderá ser retificada por via legislativa.¹¹

9. Nesse sentido, FERRARA, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 15.

10. Parecer apresentado pelo Deputado Ciro Gomes na Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados. No mesmo sentido são os pareceres dos Senadores Romero Jucá e Wellington Salgado, apresentados nas Comissões temáticas do Senado Federal.

11. As lições de FERRARA, Francesco, op. cit., p. 14 e ss. e BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28 e ss. caminham nesse sentido.

4. A MOLDURA QUE CONFORMA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 36 DA NOVA LEI

Não é de hoje que se tem assistido ao desenvolvimento de uma complexa Teoria da Interpretação, que abandona as bases de uma simples subsunção mecânica (que equipara o fato à norma). A norma jurídica existe para ser aplicada, situando-se no mundo do dever-ser, que em algum momento há de encontrar o universo dos fatos, isto é, o mundo do ser.

É dizer, o intérprete (e aplicador da norma) não é mais “um mero nuncio da vontade do legislador”, mas, antes, exerce um papel criativo na construção de uma “norma de decisão”.¹² A norma, como diz Kelsen, é apenas uma “moldura” que comporta uma variedade de interpretações, não exclusivamente guiadas pelo emprego exclusivo dos métodos gramatical e histórico.¹³ O fenômeno interpretativo é, em verdade, complexo e dinâmico, possibilitando, ao fim, o alcance de uma justa medida entre o “dever-ser” e o “ser”.

Mas se é verdade que a aplicação de uma norma possibilita uma variedade de interpretações (válidas), o ponto de partida e o limite do processo hermenêutico é sempre o texto legal. Nesse sentido, qualquer interpretação de um dispositivo normativo obedece à “moldura” aludida por Kelsen, sendo certo que dentro desta moldura o intérprete-aplicador tem uma margem de liberdade para definir a melhor interpretação da norma, mesmo que provenha de fatores externos ao Direito.¹⁴

No caso do art. 36 da nova Lei, a compreensão do texto normativo principia com a busca de um significado linguístico, que não pode ignorar a presença de uma partícula que torna cumulativa a hipótese de infração à ordem econômica. É por força da conjunção “e” que os incs. I, II, III e IV do art. 36 integram um único conjunto e devem ser lidos não como espécies autônomas, mas sim dentro de um todo (“constituem infração da ordem econômica *apenas* os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos I, II, III e IV”).

Não há na língua portuguesa significado técnico-jurídico que dê ao “e”, isolado, outra conotação que não a aditiva. “E” não é “ou”. “E” não é disjunção; é junção, *adição*.

12. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 305.

13. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 192.

14. Fatores econômicos, políticos, sociológicos etc. É bem por isso que partidários de uma concepção puramente positivista do Direito advogam que a interpretação não é parte integrante da dogmática jurídica.

Partindo desse ponto – e ainda que a tarefa do aplicador não se limite a verificar o teor literal da norma, mas, antes, a dar-lhe um sentido, uma finalidade –, ignorar a presença do “e” implica reconhecer que a conjunção tem um sentido inútil na interpretação do dispositivo e, logo, não integra a “moldura”.

De fato, o brocardo “não se presumem na lei palavras inúteis” não é absoluto, como ensina Carlos Maximiliano. Bem ao contrário, como ensina o autor, “se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadvertência ou engano, não se apegam o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma”.¹⁵

Reconhecer o uso inútil do “e” no art. 36 da nova Lei traz, no entanto, o ônus de sustentar uma superfetação, senão um desperdício de palavras por parte do legislador, o que até poderia ser fácil caso não se tratasse de norma (i) de teor semelhante ao da Lei revogada, mas que traz uma modificação explícita (i.e., a inclusão da conjunção, que não existia na legislação anterior), (ii) originada de um Projeto de Lei de autoria do Poder Executivo, cuja elaboração deve se balizar pelo Dec. 4.176/2002, que na alínea g do inc. II do art. 23 estabelece a função do “e” quando da proposta de uma sequência de dispositivo, e (iii) que admite uma função ao “e”, que se encaixa de forma lógica no dispositivo em questão.

Longe de ser inútil, o “e” tem uma razão de ser e é justamente esta razão que deve ser considerada como integrante da “moldura” que contorna a interpretação a ser promovida pelo Cade – órgão primeiro na aplicação da legislação antitruste. A discricionariedade administrativa, tal como a judicial, abre uma liberdade de escolha que se defere ao aplicador diante de possibilidades exegéticas existentes, florescendo “no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar”.¹⁶

5. A BUSCA POR UM ELEMENTO RACIONAL DO ART. 36 DA LEI 12.529/2011

Definido o balizamento normativo que enquadra a aplicação do art. 36 da nova Lei, deve-se analisar a possibilidade de uma interpretação do dispositivo que equilibre a vontade do legislador e o enunciado normativo por ele definido, com utilização de mecanismos mais refinados de indagação, como, por exemplo, a busca de seu fundamento racional.

15. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 204 e 205.

16. RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 308.

Nesse contexto, é inquestionável que o art. 36 da Lei 12.529/2011, assim como qualquer outra disposição normativa, tem por finalidade o cumprimento de uma certa função, devendo ser entendido da forma mais racional possível e apta a responder aos resultados que se pretende obter.¹⁷

Nesse sentido, cabe desde logo afastar o entendimento – como se fosse uma verdade absoluta – de que o legislador pretendeu expressamente emprestar a mesma engenharia do art. 20 da Lei revogada ao art. 36 da nova Lei, i.e., que os efeitos que caracterizam as infrações da ordem econômica são alternativos – e não cumulativos. Isto porque, não se identifica dos documentos que compuseram o processo legislativo qualquer análise detida sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011, tendo-se, em verdade, a constatação de que o legislador partiu de uma premissa equivocada (a de que a disciplina legal permanece a mesma),¹⁸ que viciou a análise do Projeto de Lei durante todo seu *iter*. Assim, afirmar que o legislador quis que a disciplina do art. 36 fosse a mesma da Lei revogada é ignorar a verdade de que o Congresso Nacional não analisou a questão.

Tal constatação, contudo, não impede que se busque o elemento teleológico da norma, que é justamente aquele que pretende dar uma satisfação às “exigências econômicas e sociais que brotam das relações”.¹⁹ Estando-se diante de uma norma cujo fundamento direto de validade é a Constituição Federal²⁰ e que tem por finalidade a coibição de condutas anticompetitivas,²¹ restaria

17. Sobre o art. 36 da nova Lei, Juliana Oliveira Domingues anota que a disposição “representa a intenção do legislador em elencar as condutas que podem ser consideradas como infrações contrárias à ordem econômica”. E continua: “[t]ais infrações se revelam em função do resultado potencial ou efetivo em prejuízo à livre concorrência, que importe em ‘dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros’ nos termos do dispositivo constitucional que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, conforme exposto pelo § 4.º do art. 173 da CF/1988”. Cf. DOMINGUES, Juliana de Oliveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012. p. 119.

18. Cf. pareceres legislativos referidos na nota de rodapé n. 10.

19. FERRARA, Francesco, op. cit., p. 36.

20. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)

IV – livre concorrência.”

21. Que sabidamente têm o potencial de gerar consequências adversas para o bem-estar agregado. Nesse sentido, por todos, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 152 e ss. No mesmo passo,

aparentemente incompatível uma interpretação que reduza a aptidão do dispositivo de gerar os efeitos pretendidos.

É dizer, a finalidade do art. 36 seria a de assegurar uma economia de mercado que se desenvolva em livre concorrência, restringindo, portanto, qualquer conduta privada capaz de lesar o alcance deste objetivo maior.²² Assim, uma suposta aplicação do art. 36 da nova Lei, em que a verificação dos efeitos listados, ainda que potencial, tenha que ser cumulativa, teria o condão de se desconectar do fim maior da norma.

Essa finalidade da norma, aliás, não existiria isoladamente, estando antes ligada ao todo normativo, entendido como um sistema coordenado de regras jurídicas. É justamente este elemento sistemático que denotaria o isolamento do art. 36 da nova Lei, que interpretado a “ferro e fogo”, afastar-se-ia da finalidade (i) da Lei 12.529/2011 e (ii) da própria Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica constitucional.

Tal leitura, no entanto, representa uma discordância entre a lógica da norma e a sua literalidade, e uma solução hermenêutica partindo da mesma finalidade poderia ser alcançada, prestigiando a moldura normativa.

6. A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA E DA MOLDURA LEGISLATIVA

Como verificado, a finalidade do art. 36 da Lei 12.529/2011 é a de possibilitar ao SBDC a efetiva coibição de práticas lesivas à ordem econômica. Tal fim, quando considerado numa análise sistemática, assume ainda maior relevância, justamente pela nova Lei racionalizar o controle de estruturas, de forma que a autoridade possa se debruçar, com maior eficiência, sobre o controle de condutas.

Nada obstante, uma leitura do art. 36 da nova Lei tendente a ignorar o “e”, com fundamento na finalidade da norma e resgatando a disciplina da Lei

MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentração na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDI-PRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf]. Acesso em: 08.08.2013.

22. Nos termos do art. 1.º da Lei 12.529/2011, “esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

revogada, extrapola a “moldura” e faz do aplicador um verdadeiro legislador positivo.

De fato, é o Poder Legislativo que possui o mandato outorgado pela representação popular para criação do direito positivo, nos limites estabelecidos pela Constituição. Obedecendo à Constituição Federal, o legislador goza de uma liberdade de escolhas para atingir a finalidade constitucionalmente estabelecida, qual seja, a preservação da ordem econômica.

Nesse sentido, optou-se por uma modalidade “cumulativa”, “disjuntiva” ou “alternativa”, certamente o legislador o fez tendo presente a norma constitucional e entendendo que mediante aquela escolha, estaria coibindo infrações da ordem econômica.

Logo, o fim do art. 36, seja isoladamente, seja de uma forma sistemática, não é modificado com a presença do “e”: as infrações da ordem econômica continuam a ser coibidas, modificando-se apenas as hipóteses em que se configura o comportamento ilícito. Em última instância, o que se tem é uma modificação em termos de intensidade e alcance da nova Lei em matéria de controle de condutas, mas isto não impede reconhecer que o “e” (i) integra a moldura legislativa e (ii) se compatibiliza com os fins da Lei 12.529/2011 e da Constituição Federal.

Ou seja, de uma interpretação do art. 36 que seja finalística e conforme a Constituição²³ e à Lei 12.529/2011, não pode decorrer a criação de uma norma jurídica diversa daquela instituída pelo Poder Legislativo, sendo, portanto, a única interpretação possível aquela que se mostre capaz de compatibilizar a finalidade com o sentido inequívoco da disposição, tal como pretendeu dar o Legislador,²⁴ ainda que não declaradamente. Entre ignorar ou admitir a presença da cumulação no art. 36 da nova Lei (isto é, do “e”), parece acertada *apenas* a segunda opção.

23. E no que se refere à conformidade à Constituição, não se pode perder de vista que por se tratar de norma que intervém em um Direito Fundamental de liberdade (liberdade econômica), sua interpretação deve ser restritiva, promovendo, ao máximo, o exercício do Direito Fundamental restringido. Neste sentido, Carlos Maximiliano, anotando que “[e]stritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade, ou afetam a propriedade”. Op. cit., p. 263.

24. É nesse sentido que o STF se manifestou na ADIn 1.417-7/DF: “(...) não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica”. Cf. RT – CDC e CP, 1:314, Rep. n. 1.417-7, rel. Min. Moreira Alves.

7. A DISCORDÂNCIA ENTRE O RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO LÓGICA E O DA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL: A NECESSIDADE DE PREPONDERÂNCIA DE UMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Ainda que se constatasse que a finalidade do art. 36 da nova Lei fosse incompatível com a conjunção “e”, tal interpretação lógica extrapolaria a interpretação gramatical do referido dispositivo e se pautaria por uma leitura extensiva da norma, o que é conflitante com os princípios que orientam o direito administrativo sancionador.

De fato, ao se adentrar na seara do direito punitivo, um dos princípios que deve informar a atuação do Estado – titular exclusivo do *ius puniendi* –, é o da tipicidade, que dá desdobramentos necessários e “densidade normativa detalhada” à legalidade.²⁵

A vagueza semântica é um traço comum nas normas de direito administrativo sancionador e o art. 36 da Lei 12.529/2011 não escapa a esta lógica, caracterizando-se como uma “cláusula geral”, que possibilita uma margem de manobra à autoridade, para que busque a máxima efetividade da norma, quando da aplicação no caso concreto.²⁶ Exemplo clássico é o inc. I do art. 36 da nova Lei, que replicando o inc. I do art. 20 da Lei revogada, se apresenta de maneira indiscutivelmente ampla, “abrangendo toda forma de limitação ou prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa”.²⁷

A técnica legislativa utilizada pelo legislador no art. 36 da nova Lei, se de um lado possui força sistematizadora e permite que a norma se individualize na aplicação ao caso concreto, de outro se junte aos estreitos ditames legais, já que a “discricionariedade administrativa” não pode descambar pelos caminhos da incerteza tolerável.²⁸

25. OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 209.

26. “A técnica de cláusulas gerais, fundamentalmente, enseja a possibilidade de ‘circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal’, abrindo a possibilidade, também, em alguns casos, de que os próprios efeitos sejam determinados por decisões jurisprudenciais”. Idem, p. 217.

27. CORDOVI, Leonor. In: _____ et al, op. cit., p. 103.

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Disponível em: [www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf]. Acesso em: 30.07.2013. p. 120.

À discricionariedade administrativa não se pode emprestar uma extensão avantajada,²⁹ que permita ao aplicador escapar dos elementos normativos do tipo. Por se estar diante de norma de conduta de natureza punitiva, em que se encontram em jogo direitos fundamentais de particulares, não se permite interpretação extensiva que possibilite ao julgador escapar do texto da norma.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza, sobretudo, pelo respeito à lei, de forma que entendimento diverso, no sentido de que o “e” poderia ser descartado, leva ao absurdo de se admitir que particulares possam vir a ser condenados por infrações sem previsão legal, nascidas do imaginário do julgador.³⁰

Assim, tendo que a norma do inc. II do art. 5.º da CF/1988 não excepciona, em nenhuma hipótese, a legalidade, a Administração não pode escorregar para o arbitrário, devendo, antes, mover-se restritivamente, sobretudo em matéria de direito administrativo sancionador.

Logo, outra não pode ser a conclusão, senão a de que uma interpretação extensiva do art. 36 da Lei 12.529/2011 fere as garantias fundamentais dos administrados, justamente por escapar da legalidade que orienta os atos da Administração.

8. O PROBLEMA NA PRÁTICA

Acreditando-se não ser possível ignorar a presença da partícula “e” que altera o sentido do art. 36 da nova Lei, tornando a sequência de incisos cumulativa – e não mais alternativa, como tem afirmado a doutrina e a jurisprudência do Cade –, resta evidente uma modificação no panorama antitruste brasileiro, que gera repercussões práticas que não podem ser negligenciadas.

Nos termos da Lei 12.529/2011, *somente* constitui infração à ordem econômica aqueles atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, *cumulativamente*, os efeitos previstos nos incs. I, II, III “e” IV, ainda que não sejam alcançados.

Compete ao aplicador da norma justificar, por força do princípio da motivação dos atos administrativos, as razões de fato e de direito que subsumem o

29. Cf. OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit. No mesmo sentido, FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

30. É como diz um adágio popular: “o pau que bate em Chico é o mesmo pau que bate em Francisco”. O argumento para descartar o “e” é o mesmo daquele necessário para se “descobrir” norma não escrita.

fato à hipótese normativa. Isto é, sendo a imputação objetiva um dos caracteres da tipicidade material (incontornável no caso do direito administrativo sancionador, por força do princípio da legalidade), compete ao Cade, na qualidade de aplicador da norma antitruste, demonstrar o porquê de os atos investigados incorrerem na produção ou na potencial produção dos efeitos listados na sequência de incisos do art. 36.

Logo, uma implicação da alteração legislativa veiculada no art. 36 da nova Lei refere-se à exigência de que, ao condenar um agente econômico, o Cade encontre a devida interseção entre os diferentes incisos do dispositivo, que embora não antagônicos e mutuamente excludentes, não caminham necessariamente no mesmo sentido.

Assim, uma primeira dificuldade relaciona-se à necessidade de conjugação da sequência de incisos do art. 36, que passam a formar, no todo, apenas uma conduta infrativa.

Nesse sentido, cumpre anotar, desde logo, que não há na jurisprudência recente do Conselho (i.e., pós-edição da nova Lei) decisão que tenha condenado administrados, com fundamento no conjunto de incisos do art. 36. Ao contrário, a praxe tem sido a condenação com fundamento nos incs. I e II, I e IV ou eventualmente I, II e IV do hoje art. 36, outrora art. 20.

Como anota Paula Forgioni, sob a égide da Lei antiga, o intérprete brasileiro era poupado de grandes esforços hermenêuticos para caracterização de uma determinada prática como atentatória à ordem econômica.³¹ Bastava, para tanto, socorrer-se de um dos incisos do art. 20 da Lei 8.884/1994, dentre os quais o inc. I ("limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa"), que de tão amplo, admite a subsunção de qualquer potencial lesão aos bens constitucionalmente estabelecidos à norma, desde práticas de destruição de matéria-prima para impedir que concorrentes a ela tenham acesso³² ou mesmo de formação de cartel.

No mesmo sentido é (e já era na Lei anterior) o inc. III, que, embora exija prova complexa quanto ao aumento arbitrário de lucros – de difícil constatação pela autoridade concorrencial, uma vez que o aumento de lucros decorrente de eficiência produtiva ou de outra causa natural não pode ser imputado como infrativo –, é amplo, sendo certo que, no fim, com maior ou menor intensidade, uma prática anticompetitiva, seja unilateral ou colusiva, horizontal ou vertical, de forma declarada ou não, direta ou indiretamente, tem o potencial (algo já

31. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 132.

32. O exemplo não é original. Ver nesse sentido CORDOVI, LEONOR. In: _____ et al, op. cit., p. 104.

condenável pela Lei) de incrementar arbitrariamente os lucros (imediatamente ou em longo prazo) de um agente econômico, o que, na prática, facilita a aplicação da norma pelo julgador, eis que há um espaço “criativo” considerável, decorrente da abertura do “tipo”.

Uma outra questão que emerge da nova disciplina trazida pela Lei 12.529/2011 refere-se aos incs. II e, sobretudo, IV do art. 36. Isto porque, aparentemente, tais incisos caminham em sentidos diferentes, uma vez que o inc. II refere-se à prática que tenha por efeito (ainda que potencial) a *dominação* de um mercado, ao passo que o inc. IV descreve o efeito relativo àquele que, *tendo uma posição dominante*, dela abusa.

Essa possível contradição não tem contaminado a jurisprudência do Cade, que vem se manifestando, ainda que tacitamente, pela possibilidade de conjugação dos incs. II e IV. De fato, esta possibilidade é lógica quando se entende que uma prática anticompetitiva pode ser perpetuada no tempo e que por meio de um comportamento voltado à dominação de mercado, um *player*, tendo já dominado o segmento, venha a abusar desta sua posição.

Nada obstante a necessidade de conjugação dos incs. do art. 36, compatibilizando, inclusive, os incs. II e IV do referido dispositivo, a grande inovação trazida pela Lei 12.529/2011 é a exigência, como requisito para configuração da hipótese de infração à ordem econômica, de posição dominante do agente econômico.

De fato, sendo o abuso da posição dominante (inc. IV) um dos efeitos que deve ser conjugado aos demais – devido ao “e” –, não haverá infração à ordem econômica se o agente não (i) detiver posição dominante e (ii) dela não abusar. E a própria Lei 12.529/2011 esclarece o que é posição dominante, trazendo uma disciplina que, embora não seja imune a críticas, permite a identificação de um critério aparentemente objetivo, diferente da abertura semântica que caracteriza os incisos do art. 36 da nova Lei.

A posição dominante, nos termos do § 2.º do art. 36, será presumida sempre que uma empresa ou um grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou de forma coordenada as condições de mercado, como nos casos de cartel, ou quando se alcance 20% de *market share* de um determinado mercado relevante.

No fim, o que se verifica é a aproximação da legislação brasileira daquilo que já ocorre nos Estados Unidos e na Europa – e que o fato de não ocorrer no Brasil foi, durante anos, motivo de orgulho³³ –: o Cade deve primeiramente se

33. Por todos, FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 133.

preocupar em caracterizar a posição econômica do(s) agente(s) investigado(s), nos termos do § 2.º do art. 36, para, então, poder condená-los por infração à ordem econômica.

Ainda que o Conselho possa se furtar a motivar, de forma objetiva, o enquadramento nos incs. I, II, III “e” IV do art. 36, dada a abertura semântica dos efeitos ali descritos, não há escapatória, na nova disciplina legal, para subsunção dos fatos ao critério (de certa forma) objetivo traçado pelo § 2.º do art. 36 c/c inc. IV do mesmo dispositivo, o que, na prática, reduz o poder de alcance da nova Lei.

9. CONCLUSÃO

A nova Lei de Defesa da Concorrência veiculou uma alteração expressa na disciplina do controle de condutas anticompetitivas: há um “e” onde antes não havia. A Lei 12.529/2011 tornou cumulativa a sequência de incs. do art. 36, cumulação esta que acompanhou a norma desde seus tempos de Anteprojeto, quando ainda em discussão no âmbito do Poder Executivo, até sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O fato de não ter sido percebido (ou, de tendo sido percebido, ignorado) até o presente momento não faz do “e” um detalhe de menor importância. Por força do princípio da legalidade e das regras hermenêuticas que devem balizar a interpretação normativa pela Administração Pública, resta impossível fechar os olhos à realidade que está posta; ao “e”, que de tão vermelho, não pode ser apagado pelo intérprete-aplicador.

Resta, portanto, a obrigação de com ele conviver, aceitando que, na prática, a conjunção impõe ao Cade o dever de apurar se no caso concreto (i) há posição dominante, nos termos definidos pelo § 2.º do art. 36 da Lei 12.529/2011 e, havendo, se (ii) há abuso deste poder.

Caso assim não seja feito – e, de fato, o “e” continue a ser ignorado, como atualmente tem sido – abre-se um novo flanco de discussão, possibilitando que a matéria seja levada ao Poder Judiciário, inclusive no que se refere à revisão do próprio mérito da condenação, eis que a norma fixa um parâmetro (mais ou menos) objetivo quanto à presença da posição dominante.

Há, na prática, uma aproximação à realidade já presente em outras jurisdições, como a europeia. Se tal aproximação foi desejada ou não pelo legislador, se é boa ou não, trata-se de outra questão, que foge do âmbito da hermenêutica e da aplicação da norma, posicionando-se no mundo da conveniência política.

Logo, a conclusão do presente estudo é muito mais uma constatação do que um raciocínio: a nova Lei de Defesa da Concorrência, bastante desejada por to-

dos aqueles que, direta ou indiretamente, atuam na questão antitruste, nasceu já manchada, e ainda que recente, demanda uma alteração de seus termos, pelo Legislador (única autoridade competente para tanto), caso se deseje esclarecer que a disciplina do art. 36 é disjuntiva e não uma cumulação, escrita com um “e” escarlate.

10. BIBLIOGRAFIA

- ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DOMINGUES, Juliana de Oliveira. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Disponível em: [www.cubc.mx/biblioteca/libros/29.-%20Derecho%20Y%20Razon%20Teoria%20Del%20Garantismo%20Penal%20-%20Ferrajoli%20-%20Copy.pdf]. Acesso em: 30.07.2013.
- Ferrara, Francesco. *Como aplicar a interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MATEUS, Abel M. *A teoria econômica e as concentrações na perspectiva da política da concorrência*. Disponível em: [www.fd.uc.pt/cedipre/licoes_inaugurais/CEDIPRE_LicaoInauguralProfDrAMateus.pdf]. Acesso em: 08.08.2013.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Renovar, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471;
- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- A proposta de nova Lei de Defesa da Concorrência e o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual, de Renato Dolabella Melo – *RIBRAC* 17/68;
- Alterações penais da nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de Marcelo Batlouni Mendroni e Fernanda Mercier Querido Farina – *RT* 927/159; e
- Painei 4 – O projeto da nova Lei de Defesa da Concorrência, de Sérgio Varella Bruna, Daniel Goldberg, Pedro Dutra, Flávio Lemos Belliboni e Túlio do Egito Coelho – *RIBRAC* 14/233.

COMPROMISSO DE CESSAÇÃO EM CASOS DE CARTEL: AVANÇOS RECENTES E PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO

ALBERTO MONTEIRO

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: Visando fortalecer o programa de acordos em casos de cartel, o Cade editou recentemente regulamentação que trouxe inegáveis avanços quanto ao tema, como o incremento da participação da Superintendência-Geral na negociação e o estabelecimento de intervalos fixos de desconto na contribuição pecuniária. Contudo, a regulamentação requer ainda ajustes no sentido da construção de um programa de acordos que seja mais efetivo e transparente. Neste trabalho, fazemos algumas propostas de mudança nesse sentido, tratando de aspectos como o valor base para o cálculo das contribuições e as disposições referentes às obrigações de confessar culpa e cooperar com as investigações.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Concorrência – Cade – Cartel – Compromisso de cessação de prática – TCC – Acordo de leniência.

ABSTRACT: Aiming at strengthening the settlement program in cartel cases, Cade recently enacted regulations that brought undeniable advances on the subject, as the increasing of the participation of the superintendent general in the negotiation process and the establishment of fixed discount ranges on the amount of the pecuniary penalties. however, the regulation requires further adjustments towards creating a program that is more effective and transparent. In this work, we present some proposals of changes in that sense, addressing aspects as the value of the calculation basis of the penalties and the provisions relating to the obligations to confess guilt and cooperate with investigations.

KEYWORDS: Anti-trust – Competition – Cade – Cartel – Cease commitment – Settlement – Leniency agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Avanços trazidos pela Res. 5/2013: 2.1 Negociação com a Superintendência-Geral; 2.2 Estabelecimento de intervalos fixos de desconto no valor da contribuição – 3. Algumas propostas para aperfeiçoar o programa de acordos em casos de cartel: 3.1 Valor base da contribuição pecuniária ("multa esperada"); 3.2 Obrigação de colaborar com a instrução processual; 3.3 Reconhecimento de participação na conduta investigada; 3.4 Características da cláusula de confissão de culpa – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

É consenso nas jurisdições concorrenciais mais importantes que a existência de um programa de acordos que seja transparente e atraente para os inves-

tigados é de fundamental importância para tornar o *enforcement* de cartéis mais eficaz e eficiente.

Reintroduzida apenas em maio de 2007, por meio de emenda à Lei 8.884/1994, a política nacional de acordos (Termo de Compromisso de Cessação – TCC) em cartéis vivenciou relativo sucesso, com casos importantes de cartéis internacionais sendo resolvidos pela via do TCC.¹

Todavia, a sistemática vigente ainda era insuficiente, particularmente por não fornecer níveis adequados de transparência e previsibilidade para os potenciais proponentes no que toca a fatores chave da negociação de um acordo, incluindo valor da contribuição, níveis de cooperação exigidos e extensão do reconhecimento de culpa.

A Lei 12.529/2011 não alterou o panorama geral, trazendo alterações pouco significativas a respeito do tema. Notando a necessidade de fortalecer seu programa de acordos em casos de cartel, o Cade editou a Res. 5/2013 em março de 2013 (incorporada ao Regimento Interno do Cade), na qual fica clara a intenção de conceder aos investigados maior previsibilidade quanto ao que se esperar de um TCC em casos de cartel.

Realmente, a Res. 5/2013 revela um progresso considerável no sentido de um sistema de acordos mais efetivo e eficiente, especialmente ao (a) incrementar a participação da Superintendência-Geral do Cade (“SG”) no progresso de negociação e (b) estabelecer intervalos fixos de desconto no valor da contribuição. Contudo, há por certo espaço para melhorias. No nosso entender, essa evolução necessariamente envolverá tópicos como (a) definição mais clara e razoável do valor base para o cálculo das contribuições, e (b) revisão das disposições referentes às obrigações de reconhecer participação no ilícito e de cooperar com as investigações.

Abaixo tratamos brevemente das melhorias já incorporadas pela Res. 5/2013 e esboçamos algumas propostas que entendemos deva o Cade levar em consideração para fortalecer ainda mais seu programa de acordos em casos de cartel.

-
1. Como exemplos, podemos citar o TCC firmado pela Whirlpool/Embraco (Requerimento 08700.001369/2009-09) no caso do cartel dos compressores (PA 08012.010932/2007-18); os TCCs firmados por Trelleborg Industrie, Manuli Rubber Industries e Bridgestone Corporation (Requerimentos 08700.002312/2009-19, 08700.005321/2008-81 e 08700.001882/2008-19) no caso do cartel das mangueiras marítimas (PA 08012.010932/2007-18); o TCC firmado pela Air France e KLM (Requerimento 08700.010220/2012-16) no caso do cartel do transporte aéreo de carga (PA 08012.011027/2006-02); o TCC firmado pela Liquigás (Requerimento 08700.002028/2013-29) no caso do cartel do GLP (PA 08012.002568/2005-51), entre outros.

2. AVANÇOS TRAZIDOS PELA RES. 5/2013

2.1 *Negociação com a Superintendência-Geral*

A possibilidade de negociação do TCC com a SG caso o processo ainda esteja em curso perante esse órgão consiste em valiosa inovação (art. 181). Durante o período em que o processo permanece com a SG, este é o órgão que possui o melhor conhecimento das peculiaridades do caso e está em melhor posição que o Tribunal para negociar um TCC com o investigado. A negociação com a SG tende a facilitar e acelerar o processo, eliminando o período que o relator necessariamente consumiria para inteirar-se da investigação à qual se refere o requerimento de acordo.

Outra inovação positiva relacionada com a participação da SG é a possibilidade de o órgão abordar os investigados para propor a negociação do TCC, sendo certo que a rejeição da proposta por parte do investigado não o impossibilita de apresentar a sua própria no futuro, se achar conveniente.

Como nota final, vale destacar que, em qualquer caso, o Tribunal Administrativo permanece com a palavra final sobre o assunto, uma vez que, finalizada a fase de negociação com a SG, a proposta de TCC é encaminhada ao plenário do Tribunal para aprovação ou rejeição do acordo.

2.2 *Estabelecimento de intervalos fixos de desconto no valor da contribuição*

De acordo com a Res. 5/2013, caso a violação sob investigação configure cartel, o TCC deverá conter obrigação de recolher contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), a qual não pode ser inferior à multa mínima prevista na Lei 12.529 (art. 184).

Nos termos da regulamentação anterior, havia apenas previsão de valor mínimo máximo para o montante da contribuição. Diante disso, o Cade comumente fixava o valor de forma casuística, de onde se extraía pouca consistência e padronização.

A Res. 5/2013 tentou estabelecer critérios mais objetivos para o cálculo da contribuição, fixando intervalos de desconto segundo a ordem de chegada. Quando o TCC é negociado com a SG, o valor da contribuição deve levar em conta a amplitude e utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual e o momento de apresentação da proposta, observando quando possível os seguintes parâmetros:

a) redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para o primeiro representado que propuser TCC;

b) redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo representado que propuser TCC;

c) redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais representados que propuserem TCC;

Se a proposta é feita quando o caso já está com o Tribunal Administrativo, a redução percentual máxima será de 15% da multa esperada, sendo certo que, em qualquer caso, o desconto jamais poderá ser superior àquele concedido em TCCs prévios no mesmo processo.

A expressa vinculação entre o valor da contribuição pecuniária e (a) a amplitude e utilidade da colaboração e (b) o momento da apresentação da proposta é, em nosso ver, disposição de extrema felicidade da nova regulamentação, privilegiando aqueles que são talvez os maiores objetivos de qualquer programa de acordos em caso de cartel: (a) a cooperação do proponente e (b) a resolução eficiente do caso sem se perder o *momentum* da investigação, com economia de tempo e recursos para autoridades e partes.

Ademais, essa disposição coloca a política nacional de acordos em casos de cartel em sintonia com a adotada nas mais tradicionais jurisdições estrangeiras, incluindo os EUA e União Europeia. Isso fica evidente no trecho abaixo.

"Before focusing specifically on the Commission's cartel settlement procedure, it is important to note that currently in both the U.S. and EU, cooperating cartel participants that have lost the race for full immunity from prosecution may still receive a reduced penalty. *That means that in both the U.S. and EU, two equally culpable members of the same cartel can receive vastly different penalties based on their early acceptance of responsibility and the timeliness and value of their cooperation (...).*

In the U.S., the settlement discount cartel participants can receive is dependent upon the *timeliness of their acceptance of responsibility and the quality of their cooperation*, with earlier settling defendants receiving larger settlement discounts than those received by later pleading defendants" (grifou-se).²

Com relação aos patamares de desconto, consideramos que andou bem a Res. 5/2013, fixando variações semelhantes às previstos na *Commission Leniency Notice*³ da Comissão Europeia para casos de lenientes que não foram os

2. O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*. Florence/Italy, June 6, 2008. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm].

3. Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases ("Commission Leniency Notice"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 298.

primeiros a reportar a infração. Vale lembrar que, em vários aspectos, a política de leniência da Comissão Europeia assemelha-se ao programa brasileiro de acordos em casos de cartel, autorizando que investigados obtenham descontos na multa em troca de confissão de culpa e cooperação.

3. ALGUMAS PROPOSTAS PARA APERFEIÇOAR O PROGRAMA DE ACORDOS EM CASOS DE CARTEL

3.1 *Valor base da contribuição pecuniária ("multa esperada")*

Em nossa visão, um dos aspectos mais críticos do sistema brasileiro de acordos em casos de cartel refere-se ao valor base para a contribuição. Identificamos aqui dois pontos principais: (a) montante de faturamento do representado que é considerado para o cálculo do valor base e (b) o próprio conceito da expressão "multa esperada".

a) Faturamento considerado para o cálculo da contribuição pecuniária

Nos termos da regulamentação anterior, exceto pelo fato de que a contribuição não poderia ter valor inferior ao valor da multa mínima, não havia outro vínculo entre o valor da contribuição em TCCs e a variação de multa possível. Claro que, na prática, o Cade tendia a estabelecer o valor da contribuição tendo como parâmetro o valor da multa provável (e, indiretamente, o faturamento do grupo no ano anterior). Contudo, a falta de obrigação legal em tal sentido concedeu ao Cade alguma flexibilidade para, em certos casos, para fins de proporcionalidade, fixar o valor da contribuição usando diferentes valores base.

Por exemplo, no caso do cartel das mangueiras marítimas,⁴ o Cade celebrou TCCs com três empresas diferentes e, em cada um deles, utilizou diferentes valores base para calcular o montante da contribuição. No TCC da Trelleborg,⁵ como a empresa não tinha faturamento no mercado relevante no Brasil, o valor base foi estimado multiplicando-se o valor total do mercado relevante no Brasil entre 1999 e 2007 (período de participação da Trelleborg no cartel) por 11,5% (participação da empresa no mercado mundial em 2007). No TCC da Manuli,⁶

08.12.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT].

4. Processo Administrativo 08012.010932/2007-18.

5. Requerimento 08700.002312/2009-19.

6. Requerimento 08700.005321/2008-81.

como a empresa tinha faturamento limitado no mercado relevante no Brasil, o valor base foi estimado considerando-se a soma das vendas de mangueiras marítimas pela Manuli para o Brasil entre 2001 e 2006. Por fim, no TCC da Bridgestone,⁷ como a empresa não teve faturamento no mercado relevante no Brasil em 2006, o valor base foi estimado a partir do valor total do mercado relevante no Brasil em 2006 dividido pela participação percentual da Bridgestone no mercado mundial no mesmo ano.

Embora consideremos o estabelecimento da contribuição com base na multa esperada uma inovação positiva da regulamentação, isso certamente reduz a prerrogativa do Cade para usar argumentos de proporcionalidade para fixar valores de contribuição que melhor se amoldem ao caso concreto.

Nos termos da Lei 12.529/2011, as multas são baseadas no valor do faturamento bruto do grupo no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (art. 37). O ponto é que os ramos de atividade são enumerados na pretensamente exaustiva lista da Res. 3/2012, baseada na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).⁸

O problema com as categorias da Res. 3/2012 é que elas tendem a ser mais amplas do que os bens ou serviços realmente afetados pela infração. Como consequência, há um risco de que receitas não relacionadas com a infração sejam consideradas para fins do cálculo de multa, com desfecho nitidamente desproporcional.

Esse problema surgiu e foi contornado pelo Cade (não sem alguma ginástica interpretativa) no contexto do TCC firmado pela Air France e KLM no cartel do transporte aéreo de carga.⁹ Nesse caso, por razões de proporcionalidade, o Cade reduziu a alíquota da contribuição porque o faturamento com o transporte aéreo de carga (objeto do cartel) representava apenas cerca de 10% do faturamento das empresas no ramo de atividade n. 103 (que abrange transporte de carga e de pessoas). Isso fica claro nos seguintes trechos da decisão do Cade:

“Em que pese o ramo de transporte aéreo abarcar os transportes de passageiros e de carga (ramo de atividade n. 103 no Anexo da Res. 3/12 do Cade),

7. Requerimento 08700.001882/2008-19.

8. A CNAE foi estruturada tendo como referência a International Standard Industrial Classification of All Economic Activities – ISIC das Nações Unidas e a gestão e manutenção da CNAE é de responsabilidade do IBGE, a partir das deliberações da Comissão Nacional de Classificação – Concla.

9. Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

observa-se aqui um ilícito concorrencial em uma atividade subordinada a atividade principal, qual seja, o transporte de passageiros. Portanto, entendo que esta organização, hierarquia e proporção das atividades devem ser observadas na definição da contribuição nesse caso. (...) avalio que o faturamento com transporte de carga pode ser considerado como referência na definição da contribuição neste caso, uma vez que existem argumentos razoáveis para limitar os impactos do ilícito a esta atividade específica.”¹⁰

Assim, quando se diz que os valores da contribuição pecuniária em TCC não são proporcionais porque baseados em receitas registradas nas classes não raro excessivamente amplas da Res. 3/2012, o real problema não está exatamente na regra sobre valor da contribuição em casos de TCC, mas sim em um momento anterior, na própria regra para a fixação do valor da multa por práticas anticoncorrenciais.

É essencial que o valor das contribuições fixadas em TCCs tenha alguma relação com o valor da multa provável. Do contrário, caso as empresas sintam que podem obter um “bom negócio” celebrando um acordo com a autoridade a despeito dos altos valores de multa previstos na legislação, os potenciais incentivos para essas empresas envolverem-se em condutas anticoncorrenciais (e depois fecharem acordos) seriam irrazoavelmente altos. Assim, o real problema parece ser o próprio critério para o cálculo da multa pela prática anticoncorrencial propriamente dita.

O ajuste que consideramos necessário seria uma revisão da regra do “ramo de atividade” para fins de cálculo de multas. Nesse sentido, em nome da proporcionalidade, o valor base da multa deveria cobrir apenas as receitas derivadas dos bens e serviços afetados diretamente pela conduta investigada. Não parece necessário o estabelecimento de uma lista exaustiva de ramos de atividade, sendo mais razoável que a definição dos bens/serviços afetados pela conduta (e das receitas relevantes) fique a cargo do Cade no caso concreto.

Assim, propomos a substituição, no art. 37, da expressão “faturamento bruto obtido no ramo de atividade empresarial” por “faturamento bruto obtido com bens e/ou serviços afetados pela conduta” e a eliminação total da Res. 3/2012.

Adicionalmente, o referido ajuste aproximaria o Brasil dos sistemas adotados em outras jurisdições de relevo. De acordo com a *Commission Guidelines*

10. P 10-11 do voto do rel. Conselheiro Ricardo Ruiz (Requerimento 08700.010220/2012-16).

on fines¹¹ da Comissão Europeia, as multas por violações anticoncorrenciais são baseadas no “value of the undertaking’s sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates” na área geográfica relevante da EEA. Nos EUA, de forma semelhante, o *U.S. Federal Sentencing Guidelines*¹² determina que o DOJ baseie multas por condutas anticoncorrenciais no “volume of commerce affected” pela conduta. Aliás, como reconhecido por Maxman e Holdefer, o conceito de *volume of commerce* é de crítica importância para fins de definição de multas em casos de violações concorrenciais nos EUA, sendo não raro objeto de debates entre o DOJ e as partes investigadas.¹³

b) Conceito de “multa esperada”

A despeito de a Res. 5/2013 ter fixado intervalos fixos de descontos, os possíveis valores de contribuição ainda não estão claros porque “multa esperada” é um conceito não definido na regulamentação ou na jurisprudência no Cade.

De acordo com manifestações públicas de representantes do Cade, a autarquia irá fornecer esclarecimentos adicionais com relação ao assunto em decisões futuras sobre TCCs.¹⁴ O fato é que, passados mais de sete meses da entrada em vigor da nova regulamentação, ainda não houve a celebração do primeiro TCC em caso de cartel regulado segundo suas normas, razão pela qual a indefinição permanece.

Cabe pontuar que a utilização da ideia de multa esperada não é particularidade brasileira, encontrando paralelo nos sistemas europeu e americano. A política da Comissão Europeia sobre celebração de acordos (*Commission No-*

-
11. Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003 (*Commission Guidelines on fines*). *Official Journal C 210*. 01.09.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF].
 12. United States Sentencing Commission Guidelines Manual § 8C4.1 (November 1, 2007). Disponível em: [www.ussc.gov/2007guid/GL2007.pdf].
 13. Como ressaltam as autoras, um dos casos em que essa discussão ganha relevância envolve as situações em que a prática anticoncorrencial alegadamente afetou apenas um dos componentes do preço de um determinado produto ou serviço e, enquanto o DOJ tem a tendência de considerar o preço total do produto ou serviço para fins de cálculo do valor base da multa, as partes investigadas tendem a advogar que se leve em consideração apenas o valor dos componentes do preço que foram objeto de acordo (Ver MAXMAN, Melissa; HOLDEFER, Elizabeth. *Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases*. *The Antitrust Source*. ago. 2011).
 14. Sessão Ordinária de Julgamento do Cade n. 17, ocorrida em 07.03.2013.

tice on Settlements)¹⁵ utiliza a expressão “likely fines” como valor base sobre o qual incidirá o desconto cabível. Da mesma forma, como destaca Ann O'Brien, do DOJ, a política americana demanda que antes de aceitar um *plea agreement* no lugar de um julgamento, o DOJ avalie a “probable sentence” que ao acusado seria imposta se condenado *versus* a multa imposta no *plea agreement*.¹⁶

Cabe lembrar que tanto na União Europeia quanto nos EUA há *guidelines* que norteiam o cálculo de multas por violações concorrenciais. Trata-se da *Commission Guidelines on fines*¹⁷ e da *U.S. Sentencing Guidelines*,¹⁸ respectivamente. Sem entrar em discussões críticas sobre os métodos de cálculo adotados nessas jurisdições, o fato é que não há nada parecido no Brasil. A Lei 12.529/2011 traz apenas critérios genéricos em seu art. 45,¹⁹ atribuindo amplo espaço de discricionariedade ao Cade na quantificação das multas.

Vale ainda pontuar, além de possuírem regulamentações específicas para o cálculo de multas, as referidas jurisdições colocam à disposição dos postulantes a um acordo um procedimento que possibilita ampla discussão entre autoridade e investigado sobre diversos aspectos relevantes, incluindo o valor da multa provável.

No caso europeu, a *Commission Notice on Settlements* estabelece um procedimento de ampla discussão a respeito da multa provável que servirá de base para o cálculo do montante devido. Se a Comissão e a parte desejarem celebrar um acordo, a regulamentação prevê uma fase inicial em que se discute os limites da multa provável (“range of the likely fines”). Após isso, a parte submete uma proposta de acordo em que indica o valor máximo da multa que aceita ver imposta (“maximum amount of the fine the parties foresse to be imposed”). Em seguida, a Comissão emite seu *statement of objections* que, no

15. Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases (“*Commission Notice on Settlements*”). *Official Journal of the European Union*. OJ C 167. 02.03.2008. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF].

16. O'BRIEN, Ann. Op. cit., *supra*, nota de rodapé 2.

17. Commission Guidelines on fines, *supra*, nota de rodapé 11.

18. U.S. Federal Sentencing Guidelines, *supra*, nota de rodapé 12.

19. “I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.”

melhor cenário, endossa os termos do acordo. Se a parte interessada dá o seu de acordo, a Comissão profere decisão final, concedendo o desconto fixo de 10% sobre o valor da multa.²⁰

A importância da existência de procedimentos de discussão entre autoridade e investigados sobre valor da multa esperada na Europa fica evidente no trecho abaixo:

“A critical issue to the success of the Commission’s settlement procedure will be the Commission’s transparency in discussing the fine that a cartel participant can expect to pay. A percentage discount means little to a cartel participant that cannot predict the starting point for its fine reduction. While the Commission has Fining Guidelines in place, they are relatively new and they have not yet been applied in many matters. Therefore, the more transparency that the Commission can provide as to how it will apply its Fining Guidelines, the more likely parties are to settle. If cartel participants cannot assess their possible fines with reasonable certainty, they may choose to seek leniency but not settle, resulting in a scenario where a cartel participant provides cooperation to receive leniency but then litigates its fine.”²¹

Se é tão importante nos EUA e Europa a existência de procedimentos para a discussão do valor de multa esperada, com muito mais razão esse elemento é fundamental no caso brasileiro, uma vez que: (a) não há no Brasil norma regulamentando o cálculo da multa, o que torna essa atividade altamente subjetiva, pouco transparente e pouco controlável; (b) o conceito de “multa esperada” não é definido seja pela regulamentação seja pela jurisprudência do Cade; (c) a Res. 5/2013 é novidade no cenário concorrencial brasileiro, não tendo ainda sido testada em casos reais, o que traz natural insegurança aos interessados.

Vale lembrar que a Res. 5/2013 não faz referência a qualquer procedimento de negociação específico para que se defina o montante da variável multa esperada. Em seu art. 184, a regulamentação fala genericamente que o valor da contribuição será estabelecido durante o processo de negociação, mas não detalha como se dará a negociação.

Nesse cenário, a nossa proposta imediata é que, nos TCCs em casos de cartel negociados sob a égide da Res. 5/2013, o Cade inclua no período de

20. Para maiores informações, ver SLAUGHTER; MAY. *The EU Competition Rules on Cartels – A guide to the enforcement of the rules applicable to cartels in Europe*. maio 2012. Disponível em: [http://files.teneoevents.eu/media/emailings/pdf/the-eu-competition-rules-on-cartels.pdf].

21. O'BRIEN, Ann. Op. cit., supra, nota de rodapé 2.

negociação um canal de discussão com a parte interessada sobre qual será o valor da multa esperada. Essa variável não deverá ser imposta pela autoridade à parte, mas sim objeto de ampla negociação. É fundamental que, ao apresentar formalmente a proposta do TCC, a parte já lá inclua valor de multa esperada que foi acordado (ou ao menos discutido) com o Cade anteriormente.

No médio prazo, a nossa proposta é que a regulamentação seja revista, para expressamente contemplar e detalhar um procedimento de negociação do valor da multa esperada entre Cade e parte interessada.²²

3.2 *Obrigações de colaborar com a instrução processual*

Segundo a Res. 5/2013, em casos de investigação de cartel, o TCC deve necessariamente prever a colaboração do compromissário (art. 186). Entendemos que o caráter inafastável dessa obrigação pode engessar a atuação do Cade, possivelmente impedindo a celebração de acordos. Ao cogitar ingressar em uma negociação de TCC, a parte interessada certamente vê a obrigação de colaboração como um aspecto desincentivador, que a impede de se ver desde logo livre do processo, além de representar um custo financeiro.

Nos termos da regulamentação anterior, não havia obrigação de que acordos em casos de cartel contivessem cláusula de cooperação. É verdade que, na grande maioria dos TCCs firmados, o Cade exigia essa obrigação, no formato de uma colaboração com a instrução (assistência técnica com relação ao produto investigado, auxílio com a análise de documentos, apresentação de documentação adicional etc.). Nesses casos, a cooperação representava um desconto no valor da contribuição pecuniária.

A usual exigência de colaboração nesses TCCs é perfeitamente compreensível, tendo em vista que, como dito acima, a cooperação é um dos objetivos primordiais da política de acordos em casos de cartel. O ponto é que a estipulação dessa obrigação de forma não excepcionável, como faz a Res. 5/2013, não parece ser a melhor solução. Em determinadas circunstâncias, a autoridade pode abrir mão da cooperação sem que isso represente uma deturpação do instituto do TCC em casos de cartel.

Um exemplo seria o caso em que, em razão de leniência previamente celebrada ou buscas e apreensões, a autoridade já dispõe de evidências suficientes

22. Obviamente que a edição de uma regulamentação estabelecendo critérios mais bem definidos para cálculo de multas em geral também seria de grande ajuda, não apenas para fins do programa de acordos em casos de cartel, mas também para dar maior transparência à penalização de práticas anticoncorrenciais em geral.

da existência do ilícito, não sendo essencial a colaboração do postulante ao TCC. Em um caso como tal, não haveria necessariamente que se falar em inutilidade do TCC, sob o argumento de que, já possuindo a autoridade evidências suficientes do ilícito, caberia a ela buscar a condenação final e não acordo. Nesses casos, o TCC poderia ser ainda conveniente ao privilegiar o segundo grande objetivo da política de acordos em casos de cartel: a resolução rápida e eficiente da investigação evitando-se gastos de recursos escassos. Por exemplo, mesmo dispondo de fortes elementos da existência do conluio, o Cade pode ver-se diante de dificuldades para levar a investigação até a condenação final, em razão de não raros percalços de ordem processual.

Cabe lembrar que foi exatamente assim que procedeu o Cade no TCC firmado com a Whirlpool/Embraco no cartel dos compressores herméticos. Naquela oportunidade, o Cade abriu mão da exigência de colaboração, fundamentando essa escolha no fato de que, além de não haver exigência legal na altura, a leniência e as buscas e apreensões realizadas já haviam fornecido conjunto substancial de evidências. Assim, ausente a colaboração, o Cade deixou de aplicar o correspondente desconto sobre o valor da contribuição.

“Há, neste caso específico, alguns elementos que tornam a colaboração um elemento de valia, no mínimo, discutível. O primeiro desses elementos diz respeito à extensão das operações de buscas realizadas no âmbito da instrução, que recolheram um número extensivo de documentos relevantes tanto relacionados à materialidade, como pertinentes à própria existência da conduta investigada (...). Neste caso específico, portanto, considero que o desconto pela colaboração seria prejudicial à Administração Pública, que abriria mão de parte da contribuição, sem contrapartida adequada.”²³

A corroborar o entendimento acima, vale pontuar que a regulamentação europeia sobre acordos em casos de cartel, a despeito de exigir cooperação, deixa claro que essa cooperação não envolve colaboração substancial com a instrução do caso (nos moldes da regulamentação nacional). Lá, esse tipo de cooperação é exigido no contexto do programa de leniência. Em acordos, a colaboração que lá se busca é justamente aquela que resulte em eficiência procedimental, com vistas a acelerar o desfecho final do caso. Na prática, a cooperação exigida se resume a uma renúncia pelas partes quanto a certas prerrogativas processuais, como ter acesso aos autos e exigir audiências orais.

Diante do exposto, nossa proposta é que seja suprimida a obrigação de colaboração como elemento necessário de todo e qualquer TCC firmado em

23. P. 25-26 do voto do Conselheiro relator Carlos Ragazzo (Requerimento n. 08700.001369/2009-09).

casos de cartel ou, ao menos, que haja previsão de que essa obrigação pode ser fundamentadamente afastada pelo Cade diante de certas circunstâncias, como, por exemplo, a situação em que o Cade já dispõe de conjunto robusto de evidências do ilícito.

3.3 *Reconhecimento de participação na conduta investigada*

Outro ponto da Res. 5/2012 que recebeu duras críticas refere-se à obrigação do compromissário de reconhecer sua participação na conduta sob investigação, caso a mesma seja referente a cartel (art. 185). Como se sabe, na regulamentação anterior, esse reconhecimento só era obrigatório nos casos em que houvesse acordo de leniência.

É evidente que, sob a perspectiva do postulante a um TCC, a obrigação de reconhecer participação no ilícito reduz a atratividade do acordo, em razão das potenciais repercussões que uma admissão de culpa perante o Cade pode gerar nas esferas civil e penal e em investigações em outras jurisdições.

Vale destacar que no recentíssimo TCC firmado com a Liqueigás no caso do cartel do GNV,²⁴ foi incluída previsão expressa de que o acordo não importaria confissão de culpa. Aliás, o relator do caso fez questão de incluir em seu voto tópico preliminar demonstrando que, por questões de aplicação da lei no tempo, a Res. 5/2012 não seria aplicável à hipótese, retirando o caráter obrigatório da confissão de culpa. Muito provavelmente, se tivesse que assumir culpa, a compromissária reconsideraria a conveniência de firmar o TCC.

Contudo, em que pese a razoabilidade dessas críticas, o entendimento prevalecente geralmente relaciona o reconhecimento do envolvimento na prática com um dos objetivos fundamentais dos programas de acordos em casos de cartel, qual seja a resolução eficaz das investigações com a admissão de culpa por parte do compromissário.

Juntamente com o valor pecuniário e (em regra) a cooperação, o que a autoridade busca receber no jogo de concessões mútuas da negociação de um acordo em casos envolvendo a infração concorrencial mais grave (cartel) é justamente a confissão por parte do postulante. É assim que funciona nas demais jurisdições concorrenciais mais importantes.²⁵

24. Requerimento n. 08700.002028/2013-29 no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51.

25. RIBEIRO, Amadeu; BYRNE, Brian. Three Proposals to Improve Brazil's Cartel Settlement Process. *Antitrust in the Americas II*. São Paulo. 06.06.2013. p. 6-7.

Na Europa, a *Commission Notice on Settlements* deixa isso evidente ao exigir “an acknowledgement in clear and unequivocal terms of the parties’ liability for the infringement (...)” como um dos requisitos necessários de qualquer proposta de acordo em casos de cartel. O mesmo se dá no sistema americano, sendo o *timing* do reconhecimento do envolvimento nas práticas investigadas elemento fundamental na definição da multa a ser paga.²⁶

“In the U.S., the settlement discount cartel participants can receive is dependent upon the timeliness of their acceptance of responsibility and the quality of their cooperation with earlier settling defendants receiving larger settlement discounts than those received by later pleading defendants.”²⁷

Ultrapassado esse ponto, um aspecto que não nos parece claro na Res. 5/2012 refere-se ao tratamento que o Cade dará aos cartéis difusos (segundo jurisprudência do Cade, em oposição aos cartéis clássicos) e a outras práticas que margeiam a conduta de cartel mas que não se qualificam como tal, como hipóteses de troca de informações entre concorrentes.

Vale lembrar que a Res. 5/2012 exige o reconhecimento de participação nos casos de “investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes”, deixando pouco claro se pretendeu abranger apenas os cartéis clássicos ou também os difusos e outras condutas de interação entre concorrentes, como a troca de informações.

Diante da natureza inegavelmente grave da assunção de culpa, entendemos que ela deva ser obrigatória apenas nos casos igualmente graves, ou seja, os

26. Criticando a obrigatoriedade de confissão no sistema brasileiro, algumas vozes sustentam que nos EUA há a possibilidade de as partes pleitearem o chamado *No Contest*, que permite ao investigado reconhecer a transgressão sem a admitir ter violado o *Sherman Act* (a esse respeito, ver Novis, Maria Eugênia. Novas regras para compromisso de cessação de conduta. *Boletim Informativo Bimestral – Machado Meyer*. maio-jun. 2013; e MANO, Ana. Brazil rail equipment cartel defendants unlikely to enter immediate race to settle. *Policy and Regulatory Report*. 01.08.2013). A esse respeito, vale indicar que, além de não ser correto afirmar que o *No Contest plea* necessariamente implica em isenção das multas criminais nos EUA, esse tipo de pleito é admitido nos EUA em caráter extremamente excepcional (tendo havido o caso envolvendo a Florida West International Airways) e sua aplicação a casos antitruste recebe severas críticas do DOJ (a esse respeito, ver PATTON BOGGS LLP. Why does the Division hate No-Contest Pleas? *Criminal Antitrust Update*. ago. 2012. Disponível em: [www.pattonboggs.com/files/News/247452fa-7f30-4883-a745-3b52af19d712/Presentation/NewsAttachment/4ce6ab42-f0a9-4c31-afd4-442e8db96557/2012-08_Criminal_Antitrust.pdf].

27. O'BRIEN, Ann. Op. cit., supra, nota de rodapé 2.

casos de cartel clássico, ficando de fora conluios difuso ou mera troca de informações, sob pena de se macular de forma excessiva a atratividade do programa de acordos.

Nesse cenário, a nossa proposta é que a Res. 5/2013 seja revisada de forma a exigir o reconhecimento obrigatório de participação na conduta apenas nos casos de cartel clássico.

3.4 Características da cláusula de confissão de culpa

Um dos fatores chave que os representados levam em consideração ao abordar a autoridade concorrencial para negociar um acordo é o nível de detalhamento da confissão de culpa incluída na versão do TCC publicada pelo Cade.

Não há dispositivo na Res. 5/2012 estabelecendo com clareza o nível de publicidade que deverá ser dado à cláusula de confissão, o que potencialmente aumenta a incerteza e reduz a atratividade do programa de acordos em casos de cartel.

É possível encontrar na jurisprudência do Cade casos em que a autarquia aparentemente aceitou que o proponente incluísse, na versão do TCC publicada, confissão de culpa genérica e sem grande detalhamento.

No TCC firmado com a Whirlpool/Embraco no contexto do cartel dos compressores herméticos, houve discussão entre os conselheiros a respeito do escopo da cláusula de confissão a ser incluída no TCC e, ao final, o Cade aceitou uma linguagem genérica, limitada estritamente aos fatos que eram incontrovertidos naquele momento.²⁸

No recentíssimo TCC firmado com a Air France e KLM no cartel do transporte aéreo de carga,²⁹ a confissão dos compromissários se restringiu a “sua participação na conduta sob investigação no processo administrativo, no que diz respeito aos fatos envolvendo os Compromissários ocorridos no território nacional com relação ao mercado de serviços de transporte internacional de cargas com origem no Brasil”. Ou seja, declaração extremamente vaga e genérica.

28. Os termos foram “o grupo Embraco admite (...) a existência de contatos entre funcionários da Embraco e funcionários de concorrente nos quais foram trocadas informações comerciais, inclusive informações relacionadas a preços e aumentos de preços, referentes ao mercado brasileiro de compressores herméticos (...)” (Requerimento n. 08700.001369/2009-09 no Processo Administrativo 08012.010932/2007-18).

29. Requerimento 08700.010220/2012-16 no Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

Em casos como esses é possível, por exemplo, que o proponente forneça ao Cade em caráter confidencial uma descrição mais detalhada de sua participação na prática, possivelmente como parte do atendimento à obrigação de cooperar com as investigações.

A inclusão de confissão menos detalhada na versão do TCC a ser publicada é razoável e proporcional considerando-se a exigência legal de reconhecimento de participação, de um lado, e as graves potenciais repercussões civis e criminais da cláusula de confissão, de outro. O que não parece adequado é que essa situação fique à mercê da interpretação do regulador responsável no caso concreto, o que dá margem a soluções distintas para casos semelhantes, inclusive com o possível surgimento de diferentes *standards* sobre o tema entre a SG e cada um dos conselheiros do Tribunal.

Assim, nossa proposta é que a regulamentação seja revista para contemplar a possibilidade cláusula de confissão mais genérica (atendidos certos requisitos mínimos a serem estabelecidos em discussões com a comunidade acadêmica e profissional), condicionada ao fornecimento ao Cade, em caráter confidencial, de descrição mais detalhada da participação do proponente na prática investigada.

Outro aspecto não esclarecido pela Res. 5/2012 e que merece discussão refere-se à possibilidade de o proponente reconhecer envolvimento apenas em parte da conduta sob investigação, o que ganha relevância quando a conduta é complexa e envolve, por exemplo, diferentes fases ou diferentes áreas geográficas, e o proponente considera-se culpado apenas por parte da conduta investigada.

Em nosso sentir, a confissão parcial é viável. Não parece razoável que o Cade deixe de celebrar TCC com parte que legitimamente pretende reconhecer seu envolvimento em um ilícito tão grave somente pela não coincidência perfeita entre a descrição da conduta investigada e a conduta confessada pelo proponente. Por outro lado, nos parece que o Cade deve se cercar de algumas cautelas para aceitar essa possibilidade, entre as quais sugerimos (a) a certificação de que a parcela confessada não corresponde a parcela insignificante da conduta investigada; (b) o fornecimento pelo proponente de substancial colaboração quanto à parcela confessada, se assim for essencial para a instrução; e (c) a apresentação pelo proponente de evidências mínimas de seu não envolvimento na parcela não confessada da conduta.

4. CONCLUSÕES

À luz de tudo o que foi examinado acima, concluímos que:

1) A Res. 5/2013 representou um progresso considerável no sentido de um sistema de acordos mais efetivo em casos de cartel, ao (a) incrementar a participação da SG na negociação de TCCs e (b) estabelecer intervalos fixos de desconto no valor da contribuição;

2) A regulamentação vigente ainda requer ajustes no sentido da construção de um programa de acordos em casos de cartel que seja mais eficaz, transparente e atraente para os investigados. Nessa direção, o presente trabalho sugere as seguintes propostas:

a) Substituição, no art. 37 da Lei 12.529/2011, da expressão “faturamento bruto obtido no ramo de atividade empresarial” por “faturamento bruto obtido com bens e/ou serviços afetados pela conduta” e a eliminação total da Res. 3/2012;

b) Durante o período de negociação de TCCs em casos de cartel, o Cade deve estabelecer um amplo canal de discussão com a parte interessada sobre o valor da multa esperada. No médio prazo, propomos a revisão da Res. 5/2013 com o detalhamento de um procedimento de negociação do valor da multa esperada entre Cade e parte interessada;

c) Revisão da Res. 5/2013 para suprimir a obrigação de colaboração como elemento necessário em todos os TCCs em casos de cartel ou, ao menos, para incluir previsão de que essa obrigação pode ser afastada pelo Cade diante de certas circunstâncias, como quando o Cade dispõe de conjunto robusto de evidências do ilícito;

d) Revisão da Res. 5/2013 de forma a exigir o reconhecimento obrigatório de participação na conduta apenas em casos de cartel clássico;

e) Revisão da Res. 5/2013 para contemplar a possibilidade de cláusula de confissão genérica, condicionada ao fornecimento ao Cade, em caráter confidencial, de descrição detalhada da participação do proponente na prática investigada; e

f) Revisão da Res. 5/2013 para contemplar a possibilidade de confissão parcial, desde que o Cade se cerque das cautelas indicadas acima.

5. BIBLIOGRAFIA

Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003 (“Commission Guidelines on fines”). *Official Journal C 210*. 01.09.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF].

- Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases ("Commission Leniency Notice"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 298. 08.12.2006. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT].
- Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases ("Commission Notice on Settlements"). *Official Journal of the European Union*. OJ C 167. 02.03.2008. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF].
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Requerimento n. 08700.001369/2009-09. Decisão proferida em: 30.09.2009. Acesso em: 18.09.2013.
- _____. Requerimento 08700.002312/2009-19. Decisão proferida em: 16.09.2009.
- _____. Requerimento 08700.005321/2008-81. Decisão proferida em: 21.01.2009.
- _____. Requerimento 08700.001882/2008-19. Decisão proferida em: 27.08.2008.
- _____. Requerimento 08700.010220/2012-16. Decisão proferida em: 20.02.2013.
- _____. Requerimento 08700.002028/2013-29. Decisão proferida em: 28.08.2013.
- MANO, Ana. *Brazil rail equipment cartel defendants unlikely to enter immediate race to settle. Policy and Regulatory Report*. 01.08.2013.
- MAXMAN, Melissa; HOLDEFER, Elizabeth. Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases. *The Antitrust Source*. ago. 2011.
- NOVIS, Maria Eugênia. Novas regras para compromisso de cessação de conduta. *Boletim Informativo Bimestral – Machado Meyer*. maio-jun. 2013.
- O'BRIEN, Ann. Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. *13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*. Florence/Italy, June 6, 2008. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.htm].
- PATTON BOGGS LLP. Why does the Division hate No-Contest Pleas? *Criminal Antitrust Update*. ago. 2012. Disponível em: [www.pattonboggs.com/files/News/247452fa-7f30-4883-a745-3b52af19d712/Presentation/NewsAttachment/4ce6ab42-f0a9-4c31-afd4-442e8db96557/2012-08_Criminal_Antitrust.pdf].
- RIBEIRO, Amadeu; BYRNE, Brian. *Three Proposals to Improve Brazil's Cartel Settlement Process. Antitrust in the Americas II*. São Paulo. 06.06.2013.

SLAUGHTER; MAY. The EU Competition Rules on Cartels – A guide to the enforcement of the rules applicable to cartels in Europe. maio 2012. Disponível em: [<http://files.teneoevents.eu/media/emailings/pdf/the-eu-competition-rules-on-cartels.pdf>].

United States Sentencing Commission Guidelines Manual § 8C4.1 (November 1, 2007). Disponível em: [www.ussc.gov/2007guid/GL2007.pdf].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007, de Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuszi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45; e
- Programa de leniência e a Lei 12.529/2011: avanços e desafios, de Amadeu de Souza Ferreira Neto – *RIBRAC* 22/145.

Doutrina Internacional

LOS LÍMITES QUE ENFRENTA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA

JULIÁN PEÑA

Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad de Buenos Aires.
Fundador del Foro de Competencia. Abogado.

ÁREA DO DIREITO: Internacional

RESÚMEN: Aunque Latinoamérica es un concepto amplio que cubre muy diferentes situaciones a nivel país, es posible señalar algunos límites en común al desarrollo de las leyes de defensa de la competencia en la región. Estos límites son mayormente culturales, políticos, económicos e institucionales. El objeto de este artículo es analizar cada uno de estos límites para poder evaluar el desafío que significa implementar políticas designadas para un contexto diferente sin realizar los ajustes necesarios según la realidad de cada país.

PALABRAS CLAVE: América Latina – Políticas de competencia – Consenso de Washington – Límites culturales – Límites políticos – Límites económicos – Límites institucionales.

ABSTRACT: Although Latin America is a broad regional designation that covers very different situations at the country level, it is possible to point to some common limits to the development of competition law in the region. These limits are mainly cultural, political, economic, and institutional. The purpose of this chapter is to analyze each of these limits in order to assess the challenges faced by implementing policies designed for a different context without making the necessary adjustments to the reality of each country.

KEYWORDS: Latin America – Competition policies – Washington Consensus – Cultural limits – Political limits – Economic limits – Institutional limits.

Muchos países latinoamericanos¹ en los últimos años han “descubierto” o “redescubierto” las Leyes de Defensa de la Competencia. Hasta los inicios de la década de los años 90 muy pocos países de la región contaban con tal regulación y aquellos que sí, tenían un bajo registro de observancia. Es durante la década de los años 90 que las leyes de defensa de la competencia en gran parte de los países latinoamericanos se modernizaron y en algunos otros se

1. Versión adaptada y actualizada de PEÑA, Julián. The Limits of Competition Law in Latin America. En: LIANOS, Ioannis; SOKOL, D. Daniel (eds.). *The Global Limits of Competition Law*. Stanford University Press, 2012.

promulgaron como consecuencia de la adopción de los principios de lo que es conocido como el “Consenso de Washington”.

A dos décadas del comienzo de este proceso, el estado de desarrollo de las políticas de competencia en la región es en muchos casos diferente al esperado por quienes las impulsaron originalmente. La forma en que se regula la competencia difiere significativamente entre gran parte de los países latinoamericanos y los países desarrollados. Irónicamente, sin embargo, incluso en países en los que el gobierno ha sido crítico de las políticas del Consenso de Washington, se considera a las políticas de defensa de la competencia como uno de los pilares de sus políticas públicas.

Aunque Latinoamérica es un concepto amplio que cubre muy diferentes situaciones a nivel país, es posible señalar algunos límites en común al desarrollo de las leyes de defensa de la competencia en la región. Estos límites son mayormente culturales, políticos, económicos e institucionales. El objeto de este artículo es analizar cada uno de estos límites para poder evaluar el desafío que significa implementar políticas designadas para un contexto diferente sin realizar los ajustes necesarios según la realidad de cada país.

LÍMITES CULTURALES

Falta de cultura de competencia

Los países latinoamericanos no tienen una cultura de la competencia. Desde los orígenes coloniales se ha venido forjando un sistema institucional eminentemente anti-mercado donde el gobierno es omnipresente. Tal como lo señala Ignacio de León, “el colonialismo mercantil era una respuesta natural al incremento de militarización impulsado por la colonización de las Indias y la gran cantidad de civilización indígenas que debían ser cristianizadas (...). La proliferación de monopolios legales era un resultado natural de este proceso”.²

Si bien las ideas de libre mercado inspiraron a la mayoría de las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, desde 1920 hasta la década de 1980, la vasta mayoría de los gobiernos de la región siguieron un paradigma de fuerte intervención estatal en el mercado.³ Los dos pilares de las políticas

2. DE LEÓN, Ignacio. *An institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2009. p. 11.

3. PEÑA, Julián. *Competition policies in Latin America, Post-Washington Consensus*. Philip Marsden ed, *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Inglaterra: Edward Elgar publishing limited, 2006. p. 732-757.

de desarrollo en Latinoamérica durante esos años han sido la protección de la industria local de la competencia extranjera y la regulación del mercado interno. La mayoría de los países de la región adoptaron medidas durante este período que incluyeron: (1) control de precios y de cambio, (2) gran cantidad de empresas pertenecientes al Estado, (3) fuertes incentivos gubernamentales para promover la producción de ciertos bienes o en ciertas regiones, (4) restricciones a la inversión extranjera, y (5) altas barreras comerciales para implementar mecanismos de sustitución de importaciones.

Desde los fines de la década de los años 80 (y por lo menos hasta los fines de la década de los 90), los países latinoamericanos implementaron políticas pro-mercado incluidas en lo que se ha denominado el "Consenso de Washington". En particular, los diferentes países, a su propio paso y manera: (1) desregularon su economía, (2) privatizaron las empresas estatales, (3) eliminaron subsidios estatales, (4) recibieron fuertes ingresos de inversión extranjera, (5) liberaron su comercio exterior, e (6) implementaron legislaciones de defensa de la competencia. Este cambio pendular del paradigma económico no fue el resultado de una drástica autoevaluación y reconocimiento de los problemas ocasionados por la aplicación del paradigma anterior, sino que el resultado de conjunto de "recomendaciones" de las instituciones financieras internacionales basadas en el Consenso de Washington, que requerían ser seguidas por diferentes países a fin de poder obtener un alivio financiero.

El fracaso de las políticas del Consenso de Washington para proveer un desarrollo sustentable con bienestar social en la región resultó, en un regreso al paradigma del fuerte intervencionismo estatal. Desde el retorno a un mayor intervencionismo en la región, no ha habido un paradigma común, pero sí diferentes acercamientos al mismo. Con el comienzo de la crisis mexicana de diciembre de 1994, un punto de inflexión en el desarrollo de políticas ocurrió en la región. En 1998, el desencanto con las políticas del Consenso de Washington comenzó a materializarse. Después la economía regional comenzó a deteriorarse como así también el soporte político para el proceso de reforma estructural. Desde entonces, los ciudadanos de Venezuela, Ecuador, Brasil, Argentina, Bolivia y Uruguay han, entre otros, elegido como presidentes a los candidatos que tenían, al menos en su discurso político, una posición anti Consenso de Washington.

En lugar de tener un nuevo consenso positivo, existe hoy un mero acuerdo acerca del fracaso de las políticas del Consenso de Washington para poder resolver los históricos problemas de desarrollo en la región. Gran parte de los gobiernos latinoamericanos sostienen que un modelo basado en lo fiscal sin

equidad ni conciencia social no puede ser un camino legítimo hacia integrar a la región en un mundo globalizado.

Sin embargo, actualmente existen tantos caminos alternativos como países en la región. El rol de la intervención del Estado es un tema crucial que ha sido interpretado de manera diferente a lo largo de toda la región. Una respuesta común a la crisis del Consenso de Washington está caracterizada por una presencia más fuerte del Estado en el mercado. La diferencia está, sin embargo, en el grado de este retorno al Estado intervencionista, variando sustancialmente entre los diversos países de la región.

Dirigismo gubernamental, corporativismo institucional y proteccionismo

La larga tradición de dirigismo gubernamental ha resultado en un corporativismo institucional. De acuerdo a De León, “el corporativismo latinoamericano sigue un formato de organización impuesto ‘desde arriba’ por el gobierno y fue institucionalizado con anterioridad a la consolidación del capitalismo industrial o a cualquier movimiento social autónomo”.⁴ La fuerza de este corporativismo se ve reflejada en las varias excepciones a la aplicación de las leyes de defensa de la competencia que se pueden observar en los diferentes países de la región. Estas excepciones que, como señala De León, en algunos países cubren por encima del 60% del PBI, evidencia “que las leyes de defensa de la competencia están profundamente influenciadas por el corporativismo institucional y la fragmentación de los derechos de la propiedad que han influenciado a la realización de políticas en la región”.⁵ Ejemplos de excepciones a las leyes de defensa de la competencia incluyen o incluyeron a los productores agropecuarios (Venezuela), servicios públicos (Costa Rica y Colombia), o industrias nacionalizadas (Chile y México, entre otros).

Históricamente los países latinoamericanos han implementado políticas proteccionistas. Los esquemas de sustitución de importaciones impuestos a lo largo de toda la región son solo uno de los muchos mecanismos utilizados por los gobiernos latinoamericanos a lo largo del tiempo para proteger la industria local de competencia extranjera. El cambio pendular hacia la liberación del comercio durante la década de los 90 generó un severo daño a la industria local que tardíamente enfrentó competencia, sin un periodo suficiente de transición. Los países latinoamericanos crearon acuerdos comerciales

4. DE LEÓN, supra nota 1, p. 586.

5. Ídem, p. 50.

regionales (por ejemplo Mercosur y la Comunidad del Caribe – Caricom) o relanzaron acuerdos ya existentes (por ejemplo: la Comunidad Andina) durante los años 90. Por otra parte, se llevaron adelante negociaciones por lograr acuerdos de libre comercio más amplios (como por ejemplo Área de Libre Comercio de las Américas – Alca, o las negociaciones para un acuerdo Unión Europea-Mercosur) y los países latinoamericanos adhirieron a la Ronda Uruguay firmados en Marrakech, que constituyeron la base para la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Este desarrollo condujo a una fuerte contra-reacción por parte de los empresarios locales quienes demandaron al gobierno que implemente políticas proteccionistas a favor de la industria doméstica. Consecuentemente, durante la primera década del nuevo siglo, los acuerdos comerciales regionales sufrieron varios contratiempos, los proyectos de libre comercio más amplios se congelaron, y muchas barreras de naturaleza no comercial se erigieron. Este desarrollo redujo de manera significativa el potencial de entrada de firmas extranjeras.

Sin embargo, el nuevo cambio hacia el proteccionismo no ha sido el mismo a lo largo de la región. Cada país latinoamericano ha adoptado una actitud diferente respecto al paradigma a seguir post-Consenso de Washington, desde meras declaraciones a fuertes medidas proteccionistas. El grado de proteccionismo también ha variado en intensidad a lo largo del tiempo, en lo que la crisis financiera internacional de 2008 ha tenido un impacto relevante en la adopción de estas medidas.

Por muchas décadas, los empresarios fueron inducidos a negociar con los funcionarios gubernamentales para obtener autorización para fijar precios o incrementarlos. Esta práctica obligó a los competidores a encontrarse entre ellos y negociar una estrategia en común. Algunas industrias fueron reguladas y tenían agencias gubernamentales especiales que fijaban precios y cantidades (por ejemplo: carne, azúcar y granos). En otras industrias, para luchar contra la inflación, el gobierno fijaba acuerdos de precios con los empresarios y trataba estos acuerdos como necesarios y beneficiosos para los consumidores. Aunque estos acuerdos fueron difíciles de controlar, se han formado varias generaciones de empresarios de la región en la práctica de acordar precios con sus competidores bajo el consentimiento del gobierno.

La combinación de desregulación y aplicación de las leyes de defensa de la competencia durante los años 90 creó dificultades para los empresarios locales, ya que ellos no estaban preparados para un cambio abrupto en la práctica de fijación de precios. En décadas anteriores, era más rentable para los empresarios gastar más tiempo y recursos cabildeando funcionarios gubernamentales por precios y

medidas proteccionistas que invertir en mejorar su competitividad. Irónicamente, ha habido casos en diferentes países donde la agencia de defensa de la competencia ha abierto investigaciones en casos de acuerdos de precios o cuotas consentidos por gobiernos anteriores (por ejemplo Argentina y Brasil), aunque no se conocen casos en los que las multas hayan sido efectivamente impuestas.

Durante décadas los mercados latinoamericanos han sido protegidos de la competencia extranjera. En muchos mercados no existía la competencia de precios. Consecuentemente, los empresarios latinoamericanos no contaban con incentivos para la innovación. Esto derivó en bajos niveles de inversión, investigación y desarrollo. Esta situación se agravó a sí misma por una insuficiente protección de los derechos de propiedad intelectual, e ineficientes y a veces no existentes políticas de gobierno para promover la inversión. Además, la existencia de restricciones en la transferencia de tecnologías, en las importaciones de bienes capitales y nuevas tecnologías conjuntamente con un conjunto al acceso limitado a mercados financieros, creó una situación que desincentivaba la innovación.

La presencia del Estado en el mercado en Latinoamérica ha sido muy fuerte desde tiempos coloniales. Esta presencia se ha manifestado en controles de precios, empresas estatales (particularmente de utilidades), subsidios gubernamentales para promover la producción de ciertos bienes o en ciertas regiones, y barreras de mercado, entre otras medidas de intervención. Los gobiernos también han implementado leyes restringiendo y regulando sobre la inversión extranjera a fin de restringir la entrada a nuevos competidores.⁶ Las consecuencias de estas políticas implementadas durante varias décadas resultaron, en general, en el desarrollo de industrias obsoletas y gobiernos altamente endeudados, terminando en lo que se denominó “la década perdida” de los años 80.

Diferentes valores sociales y comportamientos de mercado

La existencia de diferentes valores sociales tiene una influencia significativa en el éxito de la adopción de políticas de competencia en Latinoamérica ya que el sistema de valores en que ésta regulación existe repercute en la manera en que se aplica. La legislación de defensa de la competencia ha sido desarrollada originalmente en los Estados Unidos, donde el sistema de valores está forjado en las bases del protestantismo. Para esta religión, la competencia es un camino natural para alcanzar el éxito requerido por la predestinación del calvinismo.

6. NAIM, Moises. Does Latin American Need Competition Policy to Compete? En: NAIM, Moises; TULCHIN, Joseph. *Competition Policy Deregulation, and Modernization in Latin América*. Estados Unidos, Lynne Rinner Publishers, 1999. Cap. 2.

Por el contrario, en América Latina los países han tomado valores católicos traídos por los conquistadores españoles y portugueses. Basados en este sistema de valores, el éxito individual es relegado a una justicia social, a priorizándose la familia y la amistad. También, el éxito individual no es necesariamente percibido por la sociedad como algo positivo y generalmente provoca falta de confianza hacia personas que hayan alcanzado dicho éxito.

Las diferencias en el sistema de valores ayudan a explicar las dificultades encontradas al introducir los programas de clemencia en la región. En las sociedades latinoamericanas el "chivato" es visto como el peor paria social. Este diferente valor social es visto incluso desde edades tempranas. Por ejemplo, los compañeros de curso en la escuela condenan al "soplón" que denuncia a un compañero frente a su maestro por realizar trampa, mientras que el tramposo no recibe ninguna sanción social por parte de sus compañeros.

Los participantes del mercado en Latinoamérica se comportan diferente a como lo hacen los participantes en Europa o Estados Unidos. La existencia de una fuerte competencia por parte del mercado informal y la existencia de inestabilidad económica o inflación tienen una relevante influencia en el comportamiento de los participantes del mercado, tanto del lado de la demanda como del de la oferta. La dificultad de acceso al sistema financiero, hábitos de consumo local e insuficiente infraestructura de transporte también impacta el comportamiento del mercado. Los hábitos de consumo, distancias, infraestructura de transporte y competidores son sustancialmente diferentes en Estados Unidos, Europa y Latinoamérica. Además, realizar un análisis de acuerdo a las leyes de defensa de la competencia de una jurisdicción en otra, puede llevar a conclusiones que pueden ser negativas para los consumidores. También, el nivel de sustituibilidad en la determinación del mercado relevante debería también reflejar las peculiaridades de los hábitos locales. Con menos recursos económicos, los consumidores latinoamericanos quizás sean más abiertos a tomar un producto alternativo que un consumidor de un país desarrollado. La adopción por parte de las agencias latinoamericanas de defensa de la competencia de conceptos de mercados relevantes extranjeros puede también llevar a conclusiones incorrectas y hasta contraproducentes.

LÍMITES POLÍTICOS

Larga tradición de creencias anti-mercado

Desde hace décadas, gran parte de los gobiernos latinoamericanos se encuentran acostumbrados a desconfiar del mercado. Como resultado de ello, en nombre de la justicia social, los gobiernos han subordinado el mercado a

varios mecanismos de control. Podría sostenerse que estas creencias nunca han desaparecido. El hecho de que, después del final de la década del Consenso de Washington, políticas pro-mercado (como por ejemplo las leyes de defensa de la competencia) sean apoyadas fuertemente por gobiernos populares sugiere que aunque los términos económicos puedan parecer similares, los conceptos han cambiado sustancialmente. Como Ignacio de León sostiene, las leyes de defensa de la competencia probablemente se hayan convertido en una herramienta moderna y políticamente correcta para que los gobiernos latinoamericanos puedan intervenir en el mercado.

Un claro ejemplo que apoya esta tesis es la forma en la que en la década pasada los gobiernos latinoamericanos introdujeron muchas consideraciones no convencionales del análisis antitrust en la forma en la que aplicaron sus leyes de defensa de la competencia. Las consideraciones sociales han sido mezcladas con el análisis técnico de conductas anticompetitivas y en los casos de control de fusiones. La introducción de estas consideraciones sociales ha incrementado significativamente la discreción de las agencias de defensa de la competencia. Tal como Bullard sugiere, este tipo de consideraciones introducen la idea de “conveniencia social” al momento de resolver conflictos en una forma particular, de acuerdo con la coyuntura.⁷ Esto ha sido reflejado en una postura más flexible de las autoridades hacia ciertas conductas anticompetitivas. Bullard argumenta asimismo que el problema para un político populista que quiere tomar una posición fuerte contra un cártel es que el va a ver su poder discrecional reducido y esto es no conveniente políticamente.

Un ejemplo de cómo consideraciones ajenas a la defensa de la competencia han sido introducidas en casos de control de fusión es en el caso de la fusión de la única compañía de transporte de energía eléctrica entre Brasil y Argentina, de origen brasilero en el año 2002. La transacción, que incluyó la adquisición de otras compañías, derivó en que los Presidentes de Argentina y Brasil hayan subordinado la aprobación de la operación a un acuerdo realizado por Petrobras para desprenderse de la empresa, dado que por temas de seguridad una compañía brasilera no podía controlar tal activo estratégico en Argentina. Si bien no había motivos de preocupación desde el punto de vista de la defensa de la competencia, se utilizó el control de fusiones para lograr un objetivo de otra índole.

7. BULLARD, Alfredo. El Regreso del Jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las Normas de Libre competencia). *Themis*. Asociación Civil Themis, 2003. n. 47, p. 128-129.

En Perú, la regla de la razón ha sido interpretada de una manera tan flexible que ahora un cártel puede ser legal si el Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) lo encuentra razonable, aplicando una regla de la razón *sui generis* que no contempla, por ejemplo, elementos de poder de mercado. En otros casos, la agencia peruana ha obligado a una compañía de energía a permitir a un operador de cable a usar su red de energía porque el “ejercicio de la autonomía privada de la que gozan los particulares (...) no puede perjudicar la igualdad entre los competidores ni los intereses legítimos de los consumidores”.⁸ En otras palabras, se invocó la ley de defensa de la competencia con el fin de forzar a la compañía a hacer algo en contra de su voluntad, sin tener en cuenta la no existencia de una conducta anticompetitiva. El Indecopi también ha interpretado la Ley de Defensa de la Competencia en formas no convencionales. En otro caso, por ejemplo una Sala de Apelaciones peruana revocó un fallo de la comisión indicando que una sucursal bancaria era una facilidad esencial. En el mismo sentido, el tribunal revocó otra decisión de Indecopi interpretando a un “precio excesivo” como un comportamiento prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia,⁹ algo similar a lo ocurrido en México en el caso Nestlé en 2001 y en Chile en, al menos, dos casos. En Brasil, el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (Cade) denegó la fusión Nestlé-Garoto, donde la Secretaría de Derecho Económico (SDE) y la Secretaria de Acompañamiento Económico (Seae) introdujeron el elemento del bienestar social en su análisis.¹⁰

Un caso más paradigmático sea quizás el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que la Asamblea Nacional de Venezuela comenzó a debatir en 2012. En dicho proyecto se incorpora la expropiación como una de las posibles sanciones a conductas contrarias a la ley. Asimismo, el proyecto de ley ha sido presentado como un instrumento que sirve para la “transición al socialismo”.

Otro ejemplo de lo expuesto es la Ley de Control de Regulación del Poder de Mercado de Ecuador del año 2011, lo cual permite al Presidente de la República participar en el mercado acordando precios o permitiendo conductas

8. Ídem.

9. OCDE. *Competition Law and Policy in Peru: A Peer Review*. OECD & Inter American Development Bank, *Competition Law and policy in Latin America*. Francia: OECD, 2006. p. 323-402.

10. Secretaria de Acompanhamento Econômico, Parecer técnico n. 196. Rio de Janeiro, 07.10.2002. p. 38.

anticompetitivas que favorezcan a los consumidores, entre otras prerrogativas similares.

Existencia de otras prioridades políticas

La protección de la competencia es un objetivo que debe ser evaluado por diferentes gobiernos en conjunto con los otros objetivos políticos y debe determinar su nivel de prioridad considerando las necesidades de cada jurisdicción en particular en cada momento. Por lo tanto, dado que las leyes de defensa de la competencia son sólo uno de los diversos instrumentos con los que el gobierno cuenta para implementar su política económica, es muy común en países en vías de desarrollo (tales como los latinoamericanos) encontrar gobiernos que releguen la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia con respecto a otras prioridades como la protección de la demanda de trabajo, la lucha contra la inflación, la pobreza o la atracción de inversiones extranjeras.

En países con importantes niveles de inflación hay ejemplos de la subordinación de políticas de la competencia en referencia a medidas anti-inflación. En Argentina, por ejemplo, el gobierno ha promovido varios acuerdos de precios máximos con diferentes sectores (mayormente productos de consumo) para evitar la inflación e inclusive ha comenzado a vender garrafas de gas para establecer “precios testigos” y reducir costos para grupos de bajo ingreso. Por otra parte, Argentina provee un ejemplo de cómo la aplicación de las leyes de defensa de la competencia puede ser mal interpretada como una herramienta de anti-inflación. En 2005, el Ministro de Economía anunció la imposición de multas para empresas de oxígeno y cemento alegando que realizaban prácticas de cártel, dentro del contexto de un anuncio de una medidas anti-inflación. Por otra parte, en 2010, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) condicionó la aprobación de una fusión al establecimiento de un sistema de monitoreo de precios por un período de 4 años.¹¹

Beneficios a largo plazo vs. Costos a corto plazo

Debido a las significantes limitaciones de capacidad y recursos, los gobiernos latinoamericanos deben priorizar sus metas. Luchar contra conductas anticompetitivas es complejo, caro y demandante de tiempo. Dado el horizonte

11. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Dictamen de concentración 542, 12.08.2010.

de largo plazo de una investigación desde el momento en que ésta es abierta hasta el momento en que la investigación judicial se cierra, el gobierno carece de incentivos para iniciar acciones, ya que es más probable que una futura administración se beneficie políticamente de las eventuales penas contra las firmas infractoras. Incluso si una sanción es impuesta, el impacto a cualquier consumidor individual es difuso y probablemente no sea correctamente reconocido por la población en general. Además, los costos de corto plazo para activar la aplicación de las leyes de defensa de la competencia son muy altos dado los recursos económicos y humanos que requiere una investigación.

LÍMITES ECONÓMICOS

Latinoamérica es quizá demasiado amplia como región para poder realizar el análisis desde una única perspectiva económica. Las diferencias significativas de tamaño y niveles de desarrollo económico de los diferentes países latinoamericanos son grandes impedimentos para poder alcanzar conclusiones que sean válidas a nivel regional. Sin embargo, existen ciertas características comunes que, aunque no son verdaderas para la región entera, son representativas de la vasta mayoría de los países latinoamericanos.

Algunas de estas características comunes también representan límites económicos al desarrollo de políticas a favor de la competencia en Latinoamérica, como por ejemplo la existencia de mercados pequeños altamente concentrados, la fuerte presencia de una economía informal, los escasos recursos gubernamentales, una fuerte inflación y la existencia de una insuficiente información del mercado.

Mercados pequeños altamente concentrados

Gran parte de los países latinoamericanos tienen mercados internos pequeños dado los altos niveles de pobreza con los que cuentan por una ineficiente distribución de la riqueza. La existencia de niveles significativos de pobreza reduce el tamaño del mercado, ya que un gran parte de la población no es capaz de participar en la economía formal. Como resultado de ello, el mercado que se debe analizar no es pues la población entera, sino que una parte reducida de ésta, incluso en países con una gran población. El tamaño pequeño del mercado crea una dinámica de mercado de pocos jugadores para poder ser económicamente viable. Así, los mercados latinoamericanos son, en general, muchos más concentrados que los propios de los países desarrollados.

Como resultado de ello, instrumentos de la defensa de la competencia diseñados para países desarrollados como ser el índice Herfindahl-Hirschmann

(HHI, según sus siglas en inglés), si sus umbrales para considerar concentrado un mercado se aplican en los mercados de la región sin considerar sus dimensiones del mercado local, pueden inducir a conclusiones erróneas. Lo mismo es verdad en referencia a los estándares para analizar la existencia o no de una posición dominante. Como Ibarra explica, las consideraciones de eficiencia en economías o mercados imperfectos deben pesar más que en economías desarrolladas, y otros factores como barreras de acceso y la contestabilidad del mercado debería ser especialmente enfatizada en un análisis de defensa de la competencia.¹² Por otra parte, las fusiones en mercados pequeños quizás sean necesarias para competir más eficientemente con las importaciones.¹³

Fuerte presencia de una economía informal

Una característica común entre las economías latinoamericanas, es la presencia de altos niveles de informalidad. En una investigación de Latinoamérica, *The Economist* estimó, que al menos la mitad de la población trabaja en una economía informal.¹⁴ Estos números son significativamente más altos que la presencia de economía informal en los países industrializados que es estimada en 15 % del producto bruto interno.

La Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE), afirmó en 2009 que la economía informal “refiere a la actividad económica que no cumple enteramente con la ley y regulaciones”¹⁵ y es comúnmente representada por, aunque no limitada a, evasión de impuestos, productos falsificados y bienes de contrabando. Dada la naturaleza de la economía informal, es muy difícil de calcularla correctamente y solamente estimativos muy amplios pueden ser realizados. Los estimativos de la presencia de la economía informal varían significativamente en los diferentes países en general y en diferentes mercados de productos en particular.

Una publicación del Banco Inter-Americano de Desarrollo acerca de la productividad de Latinoamérica en 2010¹⁶ (basado en un informe de McKinsey

12. IBARRA, Gabriel. Límites a la Política de Competencia. *La nueva ley de competencia en Colombia: Análisis del derecho comparado e implicaciones jurídicas y económicas*. Bogotá, 2008. 11-12 (conferencia).

13. Ídem, p. 14.

14. *The Economist*. *Efficiency Drive, A Special Report on Latin America*. 09.09.2010.

15. OCDE. Op. cit., p. 11.

16. Inter-American Development Bank. *La era de la productividad: Cómo transformar las economías desde sus cimientos*. Carmen Pagés ed. Estados Unidos: BID, 2010.

del año 2009) indica que en países como Brasil y Panamá, las compañías declaran sólo un 60% de sus ventas. El mismo estudio indica que casi un 70% de las pequeñas empresas mexicanas no se encuentran registradas (y por lo tanto no pagan impuestos), mientras que en El Salvador este número alcanza al 99% de las pequeñas empresas y un 97% de las grandes empresas. De acuerdo a la OCDE, la cuota de fuerza de trabajo empleada en el sector informal de Latinoamérica varía entre un 40% en Chile hasta un 70% en Bolivia.¹⁷

Ignorar estos hechos generaría una distorsión significativa en el análisis de la defensa de la competencia realizado por las autoridades regionales. Dado que la economía informal no puede ser correctamente calculada, las autoridades de la defensa de la competencia tienden a ignorar su existencia al momento de enfrentar cuotas de mercado. Sin embargo, al ignorar la economía informal, las autoridades están cuantificando a esta en cero, lo que distorsiona el análisis de defensa de la competencia en un sentido mayor que si se considerara un número estimativo. En Argentina, por ejemplo, de acuerdo a declaraciones públicas de funcionarios gubernamentales,¹⁸ un 60% del mercado de calzado deportivo y vestimenta se encuentra relacionado con la economía informal. Sin embargo, al momento de enfrentar el mercado de calzado deportivo, la autoridad de competencia solo ha calculado los números de la economía formal.¹⁹

Importantes niveles de inflación

Los altos niveles de inflación experimentados en distintos países latinoamericanos es también una realidad no contemplada en el diseño de las Leyes de Defensa de la Competencia en países desarrollados. La existencia de inflación distorsiona no solo los precios, sino que también la información del mercado necesaria para analizar un comportamiento anti-competitivo. Altos niveles de inflación anual impiden comparar comportamientos de precios a lo largo del tiempo, dado que los precios continuamente fluctúan en una forma que distorsiona cualquier forma de medida.

Esto es relevante, por ejemplo, en la aplicación de herramientas tales como la prueba conocida como de Pequeños pero Significantes y No Transitorios Incrementos de Precios (SSNIP según sus siglas en inglés) usado para definir

17. OCDE, supra nota 14, p. 21.

18. *Clarín*, 06.03.2005.

19. CNDC, Dictamen de concentración 542, 15.03.2006.

mercados relevantes en análisis de defensa de la competencia. El uso de SSNIP, que es crucial tanto para determinar la existencia de dominancia, pero también para analizar fusiones, en economías con índices de inflación relevantes, estaría entonces distorsionado, ya que basa su definición de mercado relevante en si un hipotético monopolista puede generar ganancias incrementando en un 5% sus precios en por lo menos un año.

Información de mercado insuficiente

Como resultado de las características de la mayoría de las economías latinoamericanas descritas anteriormente (principalmente la fuerte presencia de la economía informal), la información confiable del mercado resulta insuficiente. Muchas veces, las agencias de defensa de la competencia de Latinoamérica tienen que confiar en estimaciones de mercado hechas por las partes, ya que no hay otra forma de medir las cuotas del mercado, con el fin de ajustar el análisis a los estándares importados desde los países desarrollados (como ser el HHI). Esta limitación es también válida para la medición tanto de precios como de cantidades.

Dada la inexactitud de la información económica, las autoridades de defensa de la competencia de la región deben basar su análisis en un diagnóstico irrealista de cómo el mercado se encuentra estructurado, y así se disminuyen las posibilidades de alcanzar conclusiones correctas. Alcanzar conclusiones erróneas en relación a la estructura de mercado no sólo afecta la efectividad del eventual remedio para sobrepasar el atentado contra la competencia, sino que también puede llevar a decisiones que eventualmente reduzcan el estado de bienestar del consumidor.²⁰

LIMITES INSTITUCIONALES

Los países latinoamericanos enfrentan un débil marco institucional para apoyar de manera efectiva la implementación de políticas de competencia. Esta debilidad se refleja en agencias con irregular funcionamiento y que son influenciadas políticamente, un mecanismo de revisión judicial marcado por la falta de

20. Franceschini analiza los efectos en el mercado de diferentes niveles de desinversión ordenados por Cade en Brasil y alcanza la conclusión que los efectos eran tanto neutrales o negativos para el mercado. Ver FRANCESCHINI, José Ignacio. Conditions Imposed by the Cade to the Clearance of Mergers: A Mistaken Paradigm. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 19, p. 61-69. 2004.

insuficiente conocimiento técnico en materia de defensa de la competencia, y un sobre cargado sistema judicial. En línea con esto, el marco institucional para la aplicación de defensa de la competencia en Latinoamérica depende más de la voluntad política de los líderes que en la fuerza del sistema en sí.

Los países latinoamericanos, desde su independencia durante el siglo XIX, han dado históricamente más importancia a seguir líderes fuertes antes que a construir fuertes instituciones. Instituciones débiles imponen menos restricciones a los líderes. Esto es también verdad para agencias de defensa de la competencia. Esta dinámica explica porque las agencias en un principio recibieron más capital humano y recursos económicos pero que eventualmente menos soporte económico y político, justo cuando la agencia comenzaba a adquirir más fuerza. Tal como afirma De León, "en ciertos ajustes institucionales caracterizados por intervencionismo y cooperativismo, tal como aquellos que se pueden observar en Latinoamérica, la compensación entre credibilidad institucional e intervención estatal es particularmente crucial"²¹ y, por lo tanto, como Castañeda concluye "agencias con débil aplicación de la defensa de la competencia, típicas de Latinoamérica, socaban la política a favor de la competencia y dan fuerza al poder de los monopolios destacados".²²

Procesos administrativos

La mayoría de los gobiernos latinoamericanos han creado agencias de defensa de la competencia dentro de su estructura administrativa, por lo que las agencias carecen de suficiente independencia tanto política como económica. Hay ciertas excepciones parciales en determinadas jurisdicciones (ej. Chile, México y Brasil), pero no hay una jurisdicción donde la aplicación de la defensa de la competencia sea totalmente independiente. De hecho, incluso los Estados Unidos y la Unión Europea tienen marcos institucionales con diferentes niveles de injerencia política. La mayor diferencia es, quizás, el grado de esta influencia y el hecho de que en Latinoamérica la influencia es más política ("politics") que relacionada a políticas públicas ("policies").

Aunque más organismos de defensa de la competencia fueron creados o reformados durante la década del 90, varios de los gobiernos latinoamericanos

21. DE LEÓN, *supra* nota 1, p. 533.

22. CASTAÑEDA, Gabriel. *Comments on Bruce M. Owen's Paper: Competition Policy in Latin America*. Center for International Development, Stanford Institute for Economic Policy Research. Stanford, 2003.

intentaron dar fuerza a la independencia de las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, a lo largo del tiempo, estos organismos han sufrido muchos contratiempos en su independencia. La debilitación del marco institucional para la defensa de la competencia fue realizada mayormente a través de la introducción cambios estructurales tanto en reducción de presupuesto, reformas institucionales, o compromisos políticos y abandonando la experiencia técnica adquirida en la década pasada. Gobiernos de diferentes partidos políticos han decidido, en distintos momentos, reducir el presupuesto de las agencias de defensa de la competencia (por ejemplo Argentina y Perú). La razón detrás de estos cortes podría ser la reducción de presupuesto general dado por una crisis económica, decisiones políticas que determinaron dar una prioridad más alta a otras políticas.

Combinando roles de investigación y de resolución

El marco institucional de gran parte de los países latinoamericanos tiene un potencial problema en combinar dentro de una agencia única los roles tanto de investigación como de resolución de los casos. Este sistema atenta contra el debido proceso dado que un funcionario del organismo de defensa de la competencia se auto inculparía si reconoce que la investigación que él abrió (ya sea por razones técnicas o políticas) es inadecuada. Algunas veces, la apertura de una investigación es seguida por allanamientos o la adopción de medidas cautelares, que generalmente obtienen cobertura de la prensa. Luego de esta exposición pública, las autoridades de la agencia de defensa de la competencia no tienen muchas posibilidades políticas para retroceder y aceptar que no había suficientes razones para iniciar la acción. Por lo tanto, el proceso de investigación se convierte en una formalidad hasta que la agencia toma una decisión administrativa final. El acusado es luego forzado a apelar a la justicia para defenderse correctamente, ya que la agencia no siempre cuenta con la necesaria imparcialidad durante el proceso de decisión en la investigación administrativa. Algunas jurisdicciones tienen separados los roles, tales como por ejemplo en Chile, donde el rol de fiscal lo ejerce la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el de resolución, el Tribunal de Libre Competencia (TDLC).

Los bajos sueldos afectan también la capacidad de las agencias de competencia. Aunque la brecha entre salarios públicos y privados es un problema común en todas las jurisdicciones, en las agencias latinoamericanas la desigualdad es mayor que en los países desarrollados. Esta diferencia es agravada por el hecho de que la demanda por parte del sector privado de la

defensa de la competencia es muy limitada en los países de la región. Por lo tanto, los profesionales especializados en la defensa de la competencia deben moverse a otros sectores para obtener una mejora salarial. Este desarrollo significa que el conocimiento que se adquiere en la materia de defensa de la competencia no es mantenido en el Estado ya que sus funcionarios emigran a otras áreas de práctica.

En el nivel de toma de decisiones, con excepción de México donde el cargo de presidente de la Comisión Federal de la Competencia es de 10 años, muchas autoridades de las agencias de defensa de la competencia enfrentan periodos muchos más cortos (era de 2 años renovables en Brasil para los consejeros del Cade antes de la reforma del año 2011), o sus términos dependen de la voluntad del gobierno (en Argentina, el período del presidente de la CNDC depende enteramente de la voluntad del presidente) ya que tiene rango, nivel y jerarquía de un subsecretario de Estado. Este alto cambio, que sucede tanto en administración y en el analista de casos, reduce la efectividad de programas internacionales de asistencia técnica para agencias. La mayoría de los beneficiarios del programa de entrenamiento probablemente estarán fuera del sistema dentro de pocos años.

El presupuesto insuficiente para las agencias de defensa de la competencia es, seguramente, uno de los mayores límites del desarrollo de esta ley en Latinoamérica. Esta escasez de recursos reduce la posibilidad de obtener y mantener a los mejores economistas y abogados trabajando en la agencia, como así también tener a un número de profesionales con experiencia para poder resolver casos complejos. La introducción del sistema de control de fusiones también impacta la distribución de recursos. El control de fusiones requiere muchos recursos y se aleja de casos de investigación de conductas anticompetitivas.

Tener recursos insuficientes también reduce la posibilidad de las agencias de defensa de la competencia de mantener una intensa abogacía de la competencia, llevando a cabo programas de promoción, y emprender investigaciones de merado. La complejidad de ciertas investigaciones requiere que la agencia posea ciertas herramientas técnicas que la mayoría de las latinoamericanas no tienen debido a restricción presupuestaria. Además el alto nivel de rotación del personal daña la continuidad de las investigaciones ya que nuevos profesionales continuamente tienen que recibir y continuar lo que otros han iniciado. La falta de soporte técnico interno suficiente aumenta la posibilidad de que se incremente la influencia política externa, ya que las leyes de defensa de la competencia y la política se convierten en menos técnicas. Como resultado, la introducción de elementos en contra de la defensa de la competencia tales

como la preocupación social dentro del análisis de la defensa ha distorsionado la forma en que las Leyes de Defensa de la Competencia han sido aplicada en ciertas jurisdicciones.

Control judicial limitado

En Latinoamérica, la revisión judicial de la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia ha sido muy limitada en cantidad y alcance. Existen varias razones para explicar este bajo nivel. La mayoría de las razones son estructurales, como por ejemplo un débil sistema judicial y la falta de conocimiento técnico de un marco legal que es muy diferente a lo que los jueces están acostumbrados a analizar. Como resultado, el proceso decisorio toma un largo tiempo y muchas de las decisiones judiciales están ligadas al análisis formal o de procedimental.

Dada la significativa carga e insuficientes recursos económicos y humanos, la mayoría de los países latinoamericanos tienen sistemas judiciales estructuralmente débiles. Aunque algunas reformas han sido realizadas desde 1980 y la introducción de la tecnología ha ayudado, mucho tiene todavía que ser hecho en la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas para mejorar la eficiencia del Poder Judicial. El insuficiente número de juzgados y el creciente número de casos y su complejidad disminuyen la eficiencia de la actividad judicial en general y de la revisión judicial de los casos relacionados con la competencia.

Otro límite al desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica es la falta de suficiente conocimiento técnico en materia de defensa de la competencia por parte de los jueces. Esto se basa en la resistencia de los jueces a entender el razonamiento económico que existe detrás de la defensa de la competencia y debido al acercamiento positivista característico del sistema civil-Romano. Como resultado, los jueces en Latinoamérica tienen limitado su análisis de reglas, en lo que refiere a casos de competencia, a las de proceso y formalidad. Esto es hecho para evitar analizar el análisis económico que se encuentra detrás en la decisión de fondo. La mayoría de los jueces latinoamericanos no están acostumbrados a analizar casos donde conceptos económicos determinan si una conducta es legal o no. Además, los jueces en Latinoamérica están acostumbrados a la aproximación positivista del derecho continental, mientras que en temas de defensa de la competencia, por ser una materia originada en el derecho anglosajón (*common law*), la jurisprudencia es una parte relevante de la trama legal. En otras palabras, no solamente los jueces en Latinoamérica están forzados a adoptar conceptos económicos en su

análisis de casos de defensa de la competencia sino que también están forzados a referirse a la jurisprudencia en un sentido en que no están acostumbrados.

Ha habido un cambio durante los años recientes en algunas jurisdicciones latinoamericanas, principalmente en Brasil, Chile y Argentina, donde debido a la mayor cantidad de casos, tanto en casos de fusiones como de conductas anticompetitivas, los jueces han ganado una mayor experiencia. Consecuentemente, un proceso llamado "judicialización" de las Leyes de Defensa de la Competencia ha comenzado en la región.²³ Franceschini argumenta que la judicialización de la defensa de la competencia en Brasil es un proceso de evolución empírica y que "mientras más atención se preste a la represión del régimen, más particulares perjudicados recurrirán a la Justicia para cuestionar la legalidad o el mérito de la opinión de la Cade".²⁴ Franceschini incita a los magistrados a tomar exclusivamente el rol de adjudicador en la Ley de Defensa de la Competencia de Brasil, dejando a la Cade como una agencia experta dedicada a asistir a la aplicación judicial de la Ley.²⁵

Una combinación de límites políticos, culturales, económicos e institucionales ha socavado el desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica. La mayoría de estos límites no existen en países desarrollados y no fueron contemplados correctamente cuando las leyes de defensa de la competencia fueron adoptadas en la mayoría de los países de Latinoamérica. Esta es la razón por la que la ley en Latinoamérica en teoría luce similar a la de aquellos en países desarrollados, pero su aplicación difiere sustancialmente dados los diferentes contextos económicos, políticos, institucionales y culturales.

A pesar de estos límites, el desarrollo de la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia en Latinoamérica ha sido significativo en las dos décadas pasadas. Mientras que en algunas jurisdicciones, el nivel de aplicación ha crecido significativamente tanto en cantidad como en calidad, en otras el desarrollo ha sido más errático. En la actualidad muchos de los regímenes de defensa de la competencia han dejado de ser formados principalmente por la asistencia técnica proveniente de parte de organismos internacionales y han comenzado a desarrollarse de acuerdo a su propia experiencia lo cual se refleja en una mayor

23. Ver PEÑA, Julian. Antitrust Enforcement in Argentina Under Stricter Judicial Scrutiny. *The CPI Antitrust Journal*, July 2010 (1), p. 2.

24. FRANCESCHINI, José Ignacio. *Private Competition Enforcement; Is There Room for Cade?* 1st Antitrust Spring Conference, IBA-Ibrac. Rio de Janeiro, 2005. p. 12-13.

25. Ídem.

capacidad de comprensión de la realidad local de cada una de las agencias. El resultado a futuro depende, entonces, principalmente en cómo se logra lidiar con los límites descritos anteriormente, es decir en cómo estos pueden ser observados al momento de planear nuevas estrategias y formar agencias de acuerdo a los límites latinoamericanos, mas no a través de una extrapolación de sistemas ajenos a estos. Implementado o haciendo cumplir las Leyes de Defensa de la Competencia en Latinoamérica sin reconocer y considerar la existencia de estos límites puede producir efectos contrarios a los deseados.

Desde hace dos décadas, el desarrollo de nuevas medidas a favor de la competencia en los países latinoamericanos ha tenido el apoyo explícito de los gobiernos en los niveles políticos más altos, implicando esto grandes repercusiones. Este apoyo no sólo se limita al proveniente de organismos oficiales, sino que también son los medios de comunicación, los profesionales, las organizaciones (siendo por ejemplo el Instituto Brasileño para el Estudio de la Competencia, del Consumo y del Comercio Internacional (Ibrac) la institución pionera en este campo dentro de Latinoamérica) y la academia los que contribuyen al resultado final de las nuevas leyes y su alcance, de esta manera lo que se logra entonces es una interacción interdisciplinaria entre los organismos oficiales del gobierno, los privados, la academia, los jueces y los medios de comunicación. Sin esta interconexión, cualquier esfuerzo individual es insuficiente.²⁶

La voluntad política del gobierno es fundamental, ya que sin la participación de éste en la construcción de una cultura de competencia, cualquier esfuerzo sería en vano. Dentro de la actividad de las instituciones oficiales es crucial que las agencias de defensa de la competencia se concentren en la transparencia de sus procesos de la aplicación de la ley, logrando de esta manera que la defensa de la competencia sea para el sector privado una herramienta de uso predecible.

Para la construcción de políticas las agencias de defensa de la competencia es necesaria una mayor interacción entre los sectores público, privado y académico. Las sinergias creadas por la asociación de estos tres sectores ayudará no sólo a la construcción de un sistema normativo de defensa de la competencia que tenga en cuenta los límites regionales de Latinoamérica, sino también a lograr un mejor entendimiento entre cada uno de los sectores.²⁷

26. PEÑA, Julián. The consolidation of Competition Law in Latin America. *CPI Antitrust Chronicle*. CPI Competition Policy International, 2011. p. 2-4.

27. PEÑA, Julian. Promoting Competition Policies from the Private Sector in Latin America. En: FOX, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition Law and Policy in*

Varias de las nuevas Leyes de Defensa de la Competencia en la región (p.e. Brasil, México y Chile) sin bien han sido influenciadas por ejemplos de leyes extranjeras, esto ha sido un resultado de aprender de la experiencia de otras jurisdicciones, y no de trasplantar “llave en mano” las leyes extranjeras al sistema local. Esto refleja un proceso de maduración que ha tomado lugar durante años en los que el debate internacional sobre la materia se ha desarrollado y ha jugado un rol crucial en la formación de nuevos sistemas de defensa de la competencia. En la década pasada han surgido nuevas instituciones, tales como la International Competition Network, creada en 2001, el Foro Iberoamericano de la Competencia, presentado en España en el año 2002 y el Foro Latinoamericano de Competencia, creado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la OECD en 2003. Más recientemente, se han sumado la Alianza Interamericana de la Competencia y el Centro Regional de Competencia para América Latina, creados en 2010 y 2011 respectivamente. Asimismo, en septiembre de 2013 diversas agencias sudamericanas firmaron la “Declaración de Lima” a fin de crear un nuevo ámbito de intercambio de información y experiencias entre agencias. Estas instituciones han ayudado fuertemente al intercambio de experiencias entre agencias de diferentes países latinoamericanos en temas muy variados.²⁸

En conclusión, el desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica, pese a los límites descritos en este artículo, muestra una creciente consolidación. La misma se ve reflejada, por ejemplo, en la forma en que diversos países están cambiando sus respectivas Leyes de Competencia, contando con el apoyo tanto de la sociedad en general, como también de un nutrido y creciente número de especialistas en temas de defensa de la competencia, del cual se carecía en el pasado no muy lejano. El futuro desarrollo de la defensa de la competencia en la región dependerá pues de cómo los sectores público, privado y académico de los distintos países latinoamericanos encuentran soluciones a los distintos límites culturales, políticos, económicos e institucionales.

Latin America. 469-480. Great Britain: Hart Publishing, 2009. 27. PEÑA, *supra* nota 25.

28. PEÑA, *supra* nota 26.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Cartelización y relaciones verticales: comentarios sobre tres casos argentinos de defensa de la competencia, de Gérman Coloma – *RIBRAC* 17/354; e
- La defensa de la competencia en la Argentina, de Julián Peña – *RIBRAC* 10/199.

Pareceres

NOTA TÉCNICA: ECONOMIA DA NEUTRALIDADE DE REDE

JORGE FAGUNDES

Doutor em Economia. Advogado.

CÉSAR MATTOS

Doutor em Economia. Ex-Conselheiro do Cade.

MARIA MARGARETE DA ROCHA

Doutora em Economia. Advogada.

MARCOS LIMA

Doutorando em Economia. Advogado.

MARISLEI NISHIJIMA

Doutora em Economia. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comunicação

SUMÁRIO: Sumário executivo – 1. Introdução – 2. Neutralidade de rede: conceitos básicos: 2.1 Mercado de duas pontas; 2.2 Neutralidade de rede do ponto de vista econômico; 2.3 Neutralidade de rede e priorização de tráfego na rede – 3. Neutralidade de rede na visão mais flexível: principais preocupações: 3.1 Degradação da qualidade do serviço; 3.2 Neutralidade de rede e os problemas da "priorização" de tráfego; 3.3 Neutralidade de rede e a "inovação nas pontas da Internet"; 3.4 Neutralidade de rede e custos de transação – 4. Principais argumentos a favor da adequação da neutralidade de rede: 4.1 Concentração do ônus da Internet no lado dos usuários do mercado; 4.2 Neutralidade de rede no debate eficiência x equidade; 4.3 Neutralidade de rede e direitos de propriedade; 4.4 Relativizando a "neutralidade" da Internet ou "quem está sendo discriminado?"; 4.5 Neutralidade, discriminação de preços e bem-estar; 4.6 Discriminação de preços x discriminação de qualidade; 4.7 Discriminação e integração vertical na Internet; 4.8 Neutralidade de rede a (não)concorrência por diferenciação do serviço; 4.9 Há justificativa para a intervenção? – 5. Conclusões.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Em agosto de 2011, foi iniciada a Consulta Pública n. 45 (CP 45/2011), relativa à proposta de Alteração do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

Na proposta de regulamento submetida à CP 45/2011, destaca-se o art. 59:

“Art. 59. É vedado à prestadora realizar bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego, como voz, dados ou vídeo, independentemente da tecnologia utilizada.

§ 1.º A vedação prevista no *caput* deste artigo não impede a adoção de medidas de bloqueio ou gerenciamento de tráfego que se mostrarem indispensáveis à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte.

§ 2.º Os critérios para bloqueio ou gerenciamento de tráfego de que trata o § 2.º deste artigo devem ser informados previamente a todos os assinantes e amplamente divulgados a todos os interessados, inclusive por meio de publicação no sítio da prestadora na Internet.

§ 3.º O bloqueio ou gerenciamento de tráfego deve respeitar a privacidade dos assinantes, o sigilo das comunicações e a livre, ampla e justa competição.”

Este artigo trata de tema que está sendo objeto de análise e discussão recentes tanto na Europa¹ quanto nos EUA:² a neutralidade da rede.

Inicialmente, é importante destacar que a expressão neutralidade de rede carrega em si uma miríade de significados. Como colocado em Ramos (2006),³ “(...) nem mesmo sobre a definição de ‘neutralidade de redes’ há um consenso”.

De fato, a expressão neutralidade de rede pode ser utilizada para se referir à não interferência no conteúdo trafegado pela rede, à proteção da liberdade dos agentes que participam da Internet (usuários finais, provedores de conteúdo etc.) ou, em uma acepção mais estrita, à política de gestão do tráfego.

Mesmo neste último caso (gestão de tráfego), a neutralidade de rede pode ser interpretada de diferentes formas. Segundo uma visão mais “radical”,

1. Commission declaration on net neutrality, 2009, O.J. C308/2.

2. Report and order in the matter of preserving the Open Internet Broadband Industry Practices: [http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf]. Acesso em: 31.08.2011.

3. RAMOS, M. M. (2006) *Neutralidade de redes: o futuro da Internet e o mix institucional*. Documento de Trabalho n. 41, Scaee/MF, dez. 2006.

os proprietários das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de Internet não poderiam adotar uma política de gestão de tráfego que implicasse cobrar dos provedores de conteúdo e de aplicativos de acordo com o volume de tráfego de seus dados, tampouco realizar qualquer tipo de discriminação de preços ou de qualidade entre estes provedores.

Segundo uma visão mais flexível, a neutralidade de rede implicaria uma política de gestão de tráfego na qual fossem proibidas apenas políticas de discriminação de preços que não gerem eficiências econômicas. Esta definição mais flexível busca garantir o uso plural da infraestrutura, com garantia da liberdade de expressão, do fluxo de ideias e da justa competição nos níveis de aplicativos e conteúdo, *mas sem impedir que os proprietários de infraestrutura experimentem modelos de negócios inovadores*, que assegurem a otimização do uso da rede e os investimentos necessários para sua expansão e desenvolvimento.

O conceito flexível de neutralidade implica, assim, a manutenção da Internet como uma rede aberta a todos os usuários e desenvolvedores de aplicativos, ao mesmo tempo em que atribui liberdade aos detentores de rede no gerenciamento do tráfego e desenvolvimento de novas soluções tecnológicas e comerciais.

Esta liberdade é importante, tendo em vista que o tráfego Internet cresce a taxas exponenciais. Segundo A.T. Kearney (2010),⁴ o crescimento recente do tráfego de Internet é na ordem de 35% ao ano se considerar o tráfego em redes fixas e mais de 100% no caso do tráfego em redes móveis. Embora este crescimento seja impressionante, coloca como desafio a própria viabilidade futura do negócio Internet. Isto porque a tendência é a de que os novos conteúdos e aplicativos (baseados principalmente em vídeo) utilizem cada vez mais capacidade de banda e que novos usuários continuem a ser agregados à plataforma. Com isto, o risco de colapso e/ou de congestionamento torna-se crescente, o que coloca como questão central a necessidade de expandir redes e de gerenciar de forma mais eficiente o volume de tráfego da Internet.

Até o momento, essa concepção mais flexível estruturada em torno de conceitos como “discriminação razoável” de tráfego (reasonable discrimination) e “transparência na gestão da rede” (traffic management) tem prevalecido nos modelos regulatórios adotados no mundo.

Na tentativa de desenhar uma “neutralidade adequada”, reguladores de outras jurisdições têm buscado um equilíbrio cauteloso para, de um lado, (a) evitar que a regulação elimine a possibilidade de otimização no uso de redes

4. Internet Value Chain Economics (2010).

e o desenvolvimento de novos modelos eficientes de negócios e, de outro, (b) evitar que detentores de rede afetem negativamente o fluxo de ideias e/ou a introdução de novos aplicativos. Esse equilíbrio tem sido obtido por meio de uma *regulação pouco intrusiva*, focada em transparência na gestão de tráfego e em intervenção *ex post* em caso de eventuais impactos negativos.⁵

É nesse contexto que o tema da neutralidade de rede tem sido objeto de intenso debate na literatura econômica recente. Esta literatura parte da ideia de que a Internet pode ser entendida como um típico *mercado de duas pontas*. De um lado, estão os usuários que desejam acessar os serviços existentes na rede, fazendo *downloads*. Do outro lado, tais serviços são disponibilizados pelos provedores de serviços através dos *uploads* que realizam na rede.

Uma das preocupações dos que defendem a concepção de neutralidade de rede mais extremada é o risco de degradação de pacotes não prioritários, seja pela menor disposição a pagar do provedor, seja pela eventual integração

-
5. Nesse sentido, vale citar a comunicação adotada pela Comissão Europeia, que resume a perspectiva cautelosa dos reguladores em outras jurisdições no que tange a permitir medidas razoáveis de gestão de tráfego: “it is widely accepted that network operators need to adopt some traffic management practices to ensure an efficient use of their networks and that certain IP services, such as for instance real time IPTV and video conferencing, may require special traffic management to ensure a predefined high quality of service” (...) “the growing demands placed on broadband networks as well as different services and applications which require continuous data exchange mean that traffic management is required to ensure that the end user’s experience is not disrupted by network congestion”.

Tais medidas de gestão eficiente de tráfego são defendidas até mesmo pelos defensores de uma concepção mais radical de neutralidade, conforme registra a Comissão Europeia: “even those respondents (...) that alluded to blocking of peer-to-peer or Voip services argued that traffic management was a necessary and essential part of the operation of an efficient Internet [and] agreed that its use for the purposes of addressing congestion and security issues was entirely legitimate and not contrary to the principles of net neutrality”.

Diante dessa perspectiva, a Comissão adota um conceito de neutralidade flexível e uma regulação “leve” que busca balancear o uso eficiente de rede e proteção aos usuários: “Any additional regulation should avoid deterring investment, or innovative business models, lead to a more efficient use of the networks and to creating new business opportunities at different levels of the internet value chain while preserving for consumers the advantages of a choice of internet access products tailored to their needs” (Communication from the Commission, *The open internet and net neutrality in Europe*, COM(2011). April 19, 2011. Available at: [http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/communications_reports/netneutrality/comm-19042011.pdf].

vertical do proprietário da rede com o aplicativo. Segundo esta visão, tal degradação, no limite, poderia levar à chamada “balcanização” da Internet, isolando as conexões umas das outras. Outra preocupação usualmente citada é a redução das inovações em aplicativos.

Entretanto, como demonstrado ao longo deste documento, está longe de ser claro em que medida tais problemas efetivamente se realizariam, tendo em vista o interesse dos operadores de não diminuir o valor econômico de suas redes e as evidências existentes de que, mesmo sem uma regulação explícita em praticamente todo o mundo, constataram-se poucos casos de conduta abusiva derivada da adoção de um conceito de neutralidade flexível. Veja-se, a respeito, Nota Técnica elaborada por Freshfields (2011).⁶

Ademais, existem inúmeros benefícios potenciais associados a uma visão flexível de neutralidade de rede, cuja relevância claramente torna não recomendável a imposição de regulamentação restritiva, que não se justificaria tendo em vista a baixa probabilidade de ocorrência dos problemas potenciais identificados pelos defensores da visão extremada da neutralidade de rede.

Em primeiro lugar, priorizar os pacotes de quem está mais disposto a pagar possibilita a *expansão eficiente de toda a rede*. A preocupação com a expansão eficiente das redes pode ser exemplificada com notícia publicada na *Folha de São Paulo* em 13.09.2011, segundo a qual, o Secretário-Geral da UIT (União Internacional de Telecomunicações, da ONU), Hamadoun Touré, ao participar do evento Futurecom, previu colapso mundial nas telecomunicações se não houver repactuação de receitas entre as empresas de infraestrutura de rede e os distribuidores de conteúdo, como o Google.

De acordo com o Secretário-Geral, a rede não são remuneradas adequadamente e, sem incentivo à expansão da infraestrutura e com o crescimento explosivo dos vídeos na Internet, o sistema de transmissão ficará congestionado, afetando países pobres e ricos.

“Se não houver renegociação, em cinco anos haverá engavetamento nas transmissões. Precisamos evitar que o usuário pague por isso.”

Segundo, dada a arquitetura da Internet e dada a sua característica de mercado de duas pontas, *é pouco razoável que os proprietários de rede façam fechamento vertical de mercado*. A alegada “balcanização” comprometeria uma grande quantidade de valor da rede, contrariando os interesses econômicos dos próprios proprietários. Aqueles que são contrários à neutralidade flexível

6. Report in support of TNL PCS S.A. on Proposals to introduce “net neutrality” regulations, de Freshfields Bruckhaus Deringer, set. 2011.

desconsideram ainda o fato de que inovações em aplicativos podem estar condicionadas a inovações na rede, que podem estar sendo desestimuladas por uma baixa capacidade de os proprietários se beneficiarem da atividade inovadora em função da neutralidade de rede radical. De modo geral, isso tem sido reconhecido pelos reguladores de todo o mundo, como consta em Freshfields (2011).⁷

A manutenção de uma neutralidade flexível acarreta ainda os seguintes *benefícios potenciais*: (a) redistribuição do ônus da Internet dos usuários para os provedores de aplicativos; (b) permissão ao dono da plataforma melhor internalizar as externalidades recíprocas nos dois lados do mercado; (c) recuperação dos direitos de propriedade do proprietário sobre o uso de sua rede, incrementando sua capacidade de criação de valor sobre ela; (d) incremento ou mesmo surgimento de segmentos na Internet com especial demanda de rapidez como Voip, vídeo e telemedicina; (e) estímulo à competição por diferenciação da rede, inclusive estimulando a inovação na rede; (f) abertura de espaço para os ganhos de bem-estar usualmente associado à possibilidade de discriminação de preços; (g) eliminação de um típico problema de “tragédia dos comuns” gerado pelo congestionamento da rede decorrente do fato que os proprietários da rede não podem utilizar o sistema de preços para induzir a que os aplicativos internalizem os limites físicos da rede em suas decisões.

Por esta razão, eventuais restrições a políticas de priorização de tráfego – como a proposta do art. 59 – tem o potencial de gerar mais custos do que benefícios para o desenvolvimento da Internet no Brasil.

Em relação aos potenciais riscos de natureza concorrencial, que, como será demonstrado, não têm sido considerados expressivos pelas autoridades reguladoras em todo o mundo, entendemos ser mais razoável a adoção de uma abordagem *ex-post*, realizando-se, quando cabível, uma avaliação caso a caso a partir do padrão de análise da defesa da concorrência no que diz respeito à integração vertical.

1. INTRODUÇÃO

No dia 10.08.2011, foi iniciada a Consulta Pública n. 45 (CP 45/2011), relativa à proposta de Alteração do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

7. Idem.

Segundo a Anatel, esta consulta pública tem por objetivo dotar a regulamentação do SCM de dispositivos que atendam o princípio fundamental do Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR) de *massificação do acesso em banda larga*, assim como atender o disposto no item V.20 das Metas de Curto Prazo do PGR, que indica a necessidade de *aprimorar os direitos dos usuários* previstos na regulamentação do SCM.⁸

Na proposta de regulamento submetida à CP 45/2011, destaca-se o exposto no art. 59:

“Art. 59. É vedado à prestadora realizar bloqueio ou tratamento discriminatório de qualquer tipo de tráfego, como voz, dados ou vídeo, independentemente da tecnologia utilizada.

§ 1.º A vedação prevista no *caput* deste artigo não impede a adoção de medidas de bloqueio ou gerenciamento de tráfego que se mostrarem indispensáveis à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte.

§ 2.º Os critérios para bloqueio ou gerenciamento de tráfego de que trata o § 2.º deste artigo devem ser informados previamente a todos os assinantes e amplamente divulgados a todos os interessados, inclusive por meio de publicação no sítio da prestadora na Internet.

§ 3.º O bloqueio ou gerenciamento de tráfego deve respeitar a privacidade dos assinantes, o sigilo das comunicações e a livre, ampla e justa competição.”

Este artigo trata de tema que está sendo objeto de análise e discussão recentes tanto na Europa⁹ quanto nos EUA:¹⁰ a neutralidade da rede de suporte ao tráfego de dados da Internet.

Inicialmente, é importante destacar que a expressão *neutralidade de rede* carrega em si uma miríade de significados. Como colocado em Ramos (2006),¹¹ “(...) *nem mesmo sobre a definição de ‘neutralidade de redes’ há um consenso*”.

8. Exposição de Motivos da Consulta Pública. Disponível em: [http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=andamento&SISQSm modulo=1442#]. Acesso em: 05.09.2011.

9. Commission declaration on net neutrality, 2009, O.J. C308/2.

10. Report and order in the matter of preserving the Open Internet Broadband Industry Practices: [http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf]. Acesso em: 31.08.2011.

11. RAMOS, M. M., op. cit.

De fato, a expressão *neutralidade de rede* pode ser utilizada para se referir à não interferência no conteúdo trafegado pela rede, à proteção da liberdade dos agentes que participam da Internet (usuários finais, provedores de conteúdo etc.) ou, em uma acepção mais estrita, à política de gestão do tráfego.

Mesmo neste último caso (gestão de tráfego), a neutralidade de rede pode ser interpretada de diferentes formas. Segundo uma visão mais “radical”, os proprietários das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de Internet não poderiam adotar qualquer política de gestão de tráfego que implicasse cobrar dos provedores de conteúdo e de aplicativos pelo tráfego de seus dados, tampouco realizar qualquer tipo de discriminação de preços ou de qualidade entre estes provedores.

Segundo uma visão mais flexível, a neutralidade de rede implicaria uma política de gestão de tráfego na qual fossem proibidas apenas políticas de discriminação de preços que não gerem eficiências econômicas. Esta definição mais flexível busca garantir o uso plural da infraestrutura, com garantia da liberdade de expressão, do fluxo de ideias e da justa competição nos níveis de aplicativos e conteúdo, mas sem impedir que os proprietários de infraestrutura experimentem modelos de negócios inovadores, capazes de otimizar o uso da rede.

Neste documento, *a neutralidade de rede será discutida sob o prisma da política de gestão de tráfego*, visto ser este o tema do art. 59 da proposta de Regulamento do SCM. Neste artigo, a Anatel propõe de forma genérica e abrangente a proibição de qualquer tipo de política de discriminação de preços e/ou de qualidade para qualquer tipo de tráfego. Isto é, a Anatel propõe a neutralidade de rede segundo a visão mais extremada.

Ressalta-se que esta proposta da Anatel altera o *status quo* atual de como a neutralidade de rede tem sido tratada, uma vez que amplia o grau de intervenção do órgão regulador sobre os agentes do mercado.

Com efeito, atualmente não há regra proibindo a adoção de políticas de gestão de tráfego que permitam, por exemplo, melhor gerenciamento do tráfego. *Ou seja, a atual regulamentação concede flexibilidade aos agentes do mercado para testarem e estabelecerem entre si novos arranjos comerciais.*

Com o art. 59, tal situação altera-se, pois a Anatel propõe uma nova regra alinhada com a concepção mais radical de neutralidade.

Tendo em vista que a proposta da Anatel representa uma migração de um cenário mais flexível no que tange a políticas de gestão de tráfego para um cenário com maior restrição sobre a forma como os agentes se relacionam, o objetivo deste documento é o de analisar as principais questões envolvidas sobre neutralidade de rede exclusivamente sob o prisma de gestão de tráfego.

Para tanto, a próxima seção dedica-se a explicar o que é “mercado de duas pontas” e o que é “neutralidade de rede”. A seguir, são apresentados os principais argumentos a favor e contra a neutralidade de rede. Por último, é feita a conclusão. Como se verá, o uso de um conceito flexível de neutralidade, em linha com o que se observa na experiência internacional, mostra-se mais adequado, ao viabilizar a redistribuição do ônus da Internet entre usuários finais e provedores; a internalização de externalidades de rede; e o estímulo a investimentos na rede.

2. NEUTRALIDADE DE REDE: CONCEITOS BÁSICOS

2.1 Mercado de duas pontas

A expressão “mercado de duas pontas” (*two-sided platforms* ou *two-sided market*) é definida por Cave, Stumpf e Valletti (2006)¹² da seguinte forma:

“The term ‘two-sided platforms’ (2SPs) refers to products and services which must be used by two (or more) groups of customers to be of value to them. The ‘platform’ enables interactions between the different ‘sides’, trying to get the two sides ‘on board’, and charging each side.”

Ou ainda de acordo com Rochet e Tirole (2004):¹³

“A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters.”

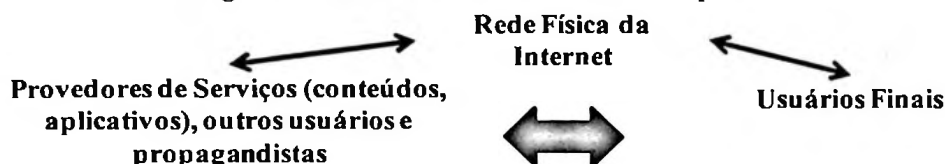
Ou seja, não apenas o nível do preço praticado é importante, mas a estrutura de preço – quem cobra de quem – também afeta a análise. Neste contexto, pode ser socialmente ineficiente a cobrança de preços iguais aos custos marginais numa ou mesmo em ambas as pontas. Além do mais, a internalização das externalidades de rede pode implicar uma estrutura complexa de preço, em que uma das pontas arca com grande parte dos custos da plataforma.

A Internet, do ponto de vista econômico, pode ser entendida como um típico mercado de duas pontas tal como na figura abaixo.

12. CAVE, M.; STUMPF, U.; VALLETTI, T. (2006). A review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation. jul. 2006. Disponível em: [www.fub.it]. Acesso em: 09.04.2010.

13. ROCHET J. C.; TIROLE, J. *Two-sided markets: an overview*. Mar. 12, 2004.

Figura 1 – Internet como mercado de duas pontas



Fonte: Elaboração própria da FA Consultoria

De um lado, estão os usuários que desejam acessar os serviços existentes na rede, fazendo *downloads*. Do outro lado, tais serviços são disponibilizados pelos provedores de serviços através de *uploads* que realizam na rede. Também os usuários podem se conectar com outros usuários, sendo o email o exemplo mais conhecido. Há também os propagandistas que desejam alcançar a atenção dos usuários e o fazem via provedores de serviços como o Google. Todos estes agentes relacionam-se por meio de uma plataforma, no caso, a rede física de telecomunicações que suporta o tráfego da Internet.

A característica econômica importante dos mercados de duas pontas é que há externalidades positivas passíveis de serem apropriadas por todas as pontas. No caso da Internet, quanto mais usuários finais, mais valor a plataforma terá para os provedores de serviços e quanto mais serviços estes últimos ofertarem, mais valor é agregado à rede para os usuários finais.

Esta característica de mercado de duas pontas da Internet é chave no entendimento da neutralidade de rede.

2.2 Neutralidade de rede do ponto de vista econômico

Com mostra Falhauber (2011),¹⁴ o conceito de neutralidade de rede tem origem em um princípio de engenharia (princípio *end to end*):

“Emerged as a design tool for use by network engineers, and not a policy tool.”

De acordo com esse princípio original, a configuração da rede deveria orientar sua expansão e ajustes no sentido de viabilizar a comunicação e a interação entre as duas pontas com uma mínima interferência do centro da rede.

Segundo este mesmo autor, os *defensores* da neutralidade de rede em sua visão mais extremada teriam dado um passo adiante, ampliando o alcance

14. FALHAUBER, Gerald. Economics of net neutrality: a review. *Communications & Convergence Review*. vol. 3. n. 1. p. 53-64. 2011.

desse princípio de forma a concluir que o direito de propriedade do detentor das redes deveria ser constrangido:

“The transmission and routing of Internet traffic should be ‘dumb’ and all intelligence in the network should be lodged at the end-points (i.e., the computers or other devices of Internet customers). In this view, broadband Internet service providers (ISPs) should be enjoined from any network control; their job was simply to deliver bits and not to ‘manage them’. In this view, net neutrality would remove the power of duopolistic/monopolistic broadband ISPs to alter or control any Internet content. Only customers and Internet content/applications providers (such as Google, Yahoo, Ebay etc.) could control content, not ISPs.”

Nessa trajetória, o princípio da neutralidade de rede foi se tornando menos uma “orientação de engenharia” e evolui para um debate sobre política pública.

Os provedores de conteúdo deram um passo adiante no debate:

“As content providers entered the net neutrality fray, the debate morphed yet again so that net neutrality was taken to include that ISPs could not offer content providers optional superior services for a fee, such as faster delivery (similar to Federal Express in the mail/package carriage industry) nor could they charge content providers for the delivery of their information to the ISP’s customers.”

Segundo essa visão mais radical, as duas características econômicas principais da neutralidade de rede seriam:

a) A chamada zero-price rule, que define que os proprietários das infraestruturas não devem cobrar dos provedores de conteúdo e de aplicativos, independente do quanto eles utilizam do sistema, fazendo o upload de seus aplicativos e conteúdo. Na prática, os proprietários da rede podem cobrar dos provedores de conteúdo no máximo em função da velocidade do acesso, mas não do tráfego efetivamente cursado. Ou seja, o preço marginal por tráfego efetivamente cursado é zero. Como explica a A.T. Kearney (2010):¹⁵ “Online service providers pay for their access speed to be connected to the Internet, or alternatively connect directly through transit and peering agreements at a much lower unit cost (sometimes zero)”. Esta regra também implica capacidade limitada de discriminação de preços pelos proprietários da infraestrutura em relação aos provedores de conteúdo e aplicativos. Ainda que se possa discriminar o provedor de aplicativos por velocidade de acesso, não se pode fazê-lo por quantidade, ou seja, por tráfego cursado; e

15. Internet Value Chain Economics (2010).

b) A regra de “não discriminação” da qualidade do serviço, que define que os proprietários de infraestrutura não podem diferenciar o nível de serviço ofertado aos provedores de conteúdo e aplicativos, o que inclui a determinação de não se “priorizar” pacotes na transmissão. Um reflexo desta regra é que o proprietário da infraestrutura não pode discriminar a capacidade de o usuário acessar diferentes pacotes de dados.

A regra de não discriminação da qualidade está fortemente associada à regra de não discriminação de preços. Isto porque uma das principais motivações para o proprietário da infraestrutura oferecer um serviço melhor para um determinado aplicativo seria poder cobrar mais do provedor deste serviço. Como não pode discriminar preços, seus incentivos para fazer *upgrades* no serviço, especialmente para *players* com necessidades específicas, se reduziria sensivelmente.

A vedação ampla e irrestrita à discriminação de preços é definida por Economides e Tag (2009)¹⁶ da seguinte forma:

“A regime that does not distinguish in terms of price between bits or packets depending on the services for which these bits and packets are used or based on the identities of the up loader and downloader.”

Podemos dizer assim que, do ponto de vista econômico, a neutralidade de rede na visão mais radical equivale a uma metodologia de precificação dos serviços de rede que impede ambas as discriminações, de preços e qualidade, dos proprietários em relação aos provedores de conteúdo e aplicativos.

O proprietário da infraestrutura também não pode diferenciar o preço do *bite* recebido pelo usuário conforme a origem do aplicativo ou conteúdo. Apenas a qualidade do serviço para o usuário, medida pela velocidade contratada na Internet por ele, pode ter preços diferenciados. Quanto maior a velocidade contratada, maior o preço pago.

Conforme Hahn e Wallsten (2006),¹⁷ a neutralidade de rede nesta perspectiva implicaria ainda que o preço cobrado do usuário final não pode variar conforme o total de tráfego efetivamente gerado pelo consumidor.

Esta sequência de restrições à calibragem dos preços faz com que estes autores considerassem a neutralidade de rede como *a friendly name for price regulation*.

16. Net neutrality on the Internet: a two-sided market analysis. Economides e Tag, Mimeo, May 2009.

17. The Economics of Net Neutrality. HAHN, Robert; WALLSTEN, Scott. *Economicist's Voice*. The Berkeley Electronic Press, 2006.

2.3 Neutralidade de rede e priorização de tráfego na rede

A ideia de não discriminação de qualidade está associada à regra de “não priorização” de alguns pacotes em detrimento de outros, mantendo a chamada regra do “first-in-first-out” e da promessa de se empreenderem os *best efforts* para a transmissão de todos os pacotes indistintamente.

O oposto a isto – a priorização do tráfego – corresponde à existência de “raias rápidas” (*fast lanes*) dentro da rede para o tráfego de certos pacotes de dados. Deste modo, aplicativos intensivos em dados, como videoconferência, telemedicina etc. poderiam utilizar estas raias rápidas.

3. NEUTRALIDADE DE REDE NA VISÃO MAIS FLEXÍVEL: PRINCIPAIS PREOCUPAÇÕES

3.1 Degradação da qualidade do serviço

Na visão de autores como Economides e Tag (2009), a neutralidade de rede na perspectiva mais flexível poderia implicar o bloqueio e a degradação da qualidade do serviço para alguns provedores de conteúdo e aplicativos e priorização dos pacotes de outros provedores.

O bloqueio e a degradação seletiva da qualidade do serviço seria viabilizada pelo fato de os proprietários da rede disporem de tecnologias de inspeção de pacotes que permitiriam hipoteticamente favorecer a transmissão de seu próprio conteúdo e aplicações ou a de seus associados em detrimento de terceiros.

Questiona-se ainda se usuários seriam capazes de identificar quando seu provedor de acesso à rede estaria degradando a qualidade de certos conteúdos e aplicativos. Não sendo capazes de fazê-lo, os usuários poderiam atribuir a degradação da qualidade do serviço a provedores de conteúdo e aplicativos e não às ações dos proprietários de rede.

Duas hipóteses para o bloqueio e/ou degradação da qualidade do serviço são usualmente consideradas. A disposição a pagar diferenciada dos provedores de conteúdo e aplicativos; e eventuais estratégias de fechamento de mercado por proprietários de rede verticalmente integrados.

a) Degradação da qualidade do serviço em função da menor disposição a pagar

A primeira hipótese considera que o proprietário da rede tenderia a concentrar o uso da rede para aqueles com maior disposição a pagar, inclusive realizando mais investimentos na rede para atender a necessidades destes provedores. Esta discriminação poderia reduzir externalidades, provocando a chamada “balcanização” da Internet.

Contudo, se não houver restrições de capacidade ou congestionamento, não há necessidade de degradar o serviço dos que pagam menos em benefício dos que pagam mais. Assim, esta hipótese apenas se materializaria com restrições de capacidade e congestionamento que dificultariam o transporte de todos os pacotes com a mesma qualidade.

Sob a hipótese de restrições de capacidade ou congestionamento, de fato, o operador da rede poderia priorizar os pacotes de quem paga mais. A questão é: seria esta uma medida necessariamente ruim? Dado que há restrição de capacidade e/ou congestionamento na rede, a questão não é se haverá ou não degradação de qualidade, mas como distribuí-la. Dar mais qualidade a quem paga mais configuraria uma regra de distribuição da inevitável degradação de qualidade gerada pelo congestionamento de tráfego definida por cada aplicativo/usuário, conforme suas próprias necessidades. Utilizar a sinalização de preços é mais eficiente do que uma fila que desconsidera as peculiaridades de cada aplicativo. Voltaremos a esse ponto na subseção 4.5.

b) Degradação da qualidade do serviço em função de integração vertical

A segunda hipótese para o bloqueio/degradação da qualidade do serviço da Internet poderia ocorrer quando o proprietário da rede *upstream* fosse verticalizado com os vários segmentos de conteúdo e aplicativos.

Havendo concentração no elo *upstream*, há o temor de que os proprietários da rede cobrem mais caro e/ou ofertem qualidade de rede mais deteriorada para provedores de conteúdo e aplicativos concorrentes. Neste caso, verificar-se-ia a emergência de um problema concorrencial clássico de fechamento vertical, por preços altos ou por qualidade deteriorada.

Na subseção 4.7 veremos, todavia, que há naturalmente menor capacidade e incentivo do operador de rede realizar fechamento vertical na arquitetura da Internet do que na telefonia tradicional. Note-se, de qualquer forma, que esse é um potencial problema que pode ser endereçado pelos mecanismos tradicionais de defesa da concorrência *ex-post*.

3.2 Neutralidade de rede e os problemas da "priorização" de tráfego

Os críticos de uma visão mais flexível para a neutralidade de rede afirmam que a possibilidade de "priorizar tráfego" seria equivalente a permitir uma deterioração seletiva da qualidade dos serviços. Isto porque a "priorização" beneficiaria alguns conteúdos e aplicativos em suas "raias rápidas", com prejuízo de outros conteúdos e aplicativos que inevitavelmente ficariam relegados às "raias vagarosas" (*slow lanes*). Essa hipótese é aventada pela FTC (2007),¹⁸ conforme abaixo:

18. Broadband Connectivity Competition Policy. FTC Staff Report June 2007.

“A criação de raia rápida, de acordo com alguns defensores, necessariamente resultaria em (de forma intencional ou não) degradar o serviço no resto da rede (...)” “a priorização (...) na última milha degrada os serviços concorrentes e cria incentivos para se relegar aqueles serviços concorrentes a raia vagarosa (...) dado que a única forma em que se pode ter uma raia rápida pela qual se pode cobrar, e que seja útil, é se existirem também raia vagarosa que sejam menos úteis e atrativas”.

Por essa razão, muitos defensores da neutralidade de rede na forma mais radical argumentam que não se pode permitir que provedores de conteúdo e aplicativos paguem para conseguir prioridade de tráfego.

Defensores mais moderados da neutralidade, por sua vez, aceitam que se pague pela prioridade do tráfego, mas apontam que os:

“Diferentes níveis de prioridade deveriam ser oferecidos em termos uniformes para todos os provedores de conteúdo e aplicativos similares.”

Ou seja, autorizar-se-ia uma “discriminação de preços de segundo grau”, mas não de “terceiro grau” para provedores de conteúdo e aplicativos similares.¹⁹

Mais uma vez, a questão da prioridade tem a ver com a existência de congestionamento, sendo que a escolha não é ter ou não degradação de qualidade de serviço, mas como distribuí-la, conforme já discutido na subseção anterior.

3.3 Neutralidade de rede e a “inovação nas pontas da Internet”

Outros autores consideram ainda que a flexibilização de políticas de gestão de tráfego poderia comprometer a inovação nas “pontas da Internet”, ou seja, no desenvolvimento de conteúdos e aplicativos. Como os provedores desses serviços teriam que pagar valores mais elevados conforme a necessidade de

19. Na discriminação de preços de 2.º grau, o empresário define regras gerais de preços que são válidas para todos os usuários, mas que acabam por gerar um preço por unidade diferenciado. Assim, por exemplo, quando se define uma tarifa em duas partes, uma fixa e outra variável de acordo com a quantidade, quanto mais se usa o serviço, menor o valor pago por unidade, dado que a parte fixa se dilui mais. Assim, se o usuário paga uma parte fixa “F” mais um valor por unidade “p”, assumindo que ele adquira “Q” unidades do serviço, ele pagará por unidade “F/Q + p”. Quanto maior “Q”, menor “F/Q”. Na discriminação de preços em 3.º grau, cobram-se preços diferentes para grupos de indivíduos distintos. Por exemplo, poderia cobrar um preço maior para os bairros ricos e menor para os pobres, mesmo que tendo o mesmo custo. Há outras divisões possíveis como rural/urbano, residencial/não residencial etc.

transmitir seus pacotes de forma mais rápida, seu custo aumentaria, reduzindo o incentivo a inovar e entregar novos serviços. O exemplo mais utilizado é a de aplicativos como o Google, Facebook ou Groupon que surgiram muito pequenos e que puderam crescer muito rapidamente por não terem os custos crescentes que ocorreriam se precisassem comprar prioridade e “raias rápidas” na Internet.

O incentivo para a inovação nas pontas ocorre, no entanto, às custas do incentivo para inovar na rede, caracterizando um *trade-off* de extrema relevância na discussão sobre neutralidade de rede. Na verdade, este *trade-off* é ainda mais complicado se houver investimentos com algum grau de especificidade de ativos entre aplicativos e rede. Nesse caso, desbalancear os incentivos apenas para os aplicativos gerará um resultado claramente subótimo.

3.4 Neutralidade de rede e custos de transação

Finalmente, Economides e Tag (2009) destacam a possibilidade de troca da relação *one-sided pricing* para uma de *two-sided pricing* na Internet, ampliando custos de transação para os provedores que teriam que negociar com todos os proprietários de rede por onde seus *bites* estivessem trafegando.

Este, no entanto, não deve ser o caso. Nada indica que uma neutralidade de rede mais flexível fará com que a relação econômica relevante deixe de ser entre os proprietários de rede – com seus acordos de *peering* ou *transit* – e passe a ser de cada provedor com cada proprietário de rede. Quando isto acontecer, provavelmente será um movimento de racionalização de tráfego, que já ocorre hoje com o *caching*. Nesse último caso, o proprietário de uma rede que movimenta muito tráfego proveniente de determinado aplicativo conectado a outra rede oferece a este último se conectar diretamente também à sua rede de forma a “poupar” o custo do transporte mais longo daquela outra rede, incluindo uma redução do pagamento de *transit*.

4. PRINCIPAIS ARGUMENTOS A FAVOR DA ADEQUAÇÃO DA NEUTRALIDADE DE REDE

A literatura econômica relativa à neutralidade de rede apresenta o mesmo problema de outros mercados de duas (ou várias) pontas: os resultados apresentam várias ambiguidades que dependem fortemente dos parâmetros adotados no modelo.

Na verdade, a grande maioria das questões econômicas discutidas em neutralidade de rede constitui problemas já discutidos em outros contextos.

Por exemplo, em sendo um mercado de duas pontas, é cediço que a opção de concentrar todo o ônus em apenas um dos lados sem considerar elasticidades e geração de externalidades é equivocada. Outro exemplo refere-se à importância dos direitos de propriedade nos incentivos para a geração de riqueza.

Além disso, deve ser feita uma avaliação criteriosa sobre os incentivos para investimentos e inovação. Como já comentado, a não adoção de um conceito de neutralidade de rede mais flexível – com a possibilidade de políticas de discriminação de preços e/ou de qualidade razoáveis – desestimula investimentos na rede que suporta o tráfego de Internet, impedindo sua expansão de forma eficiente.

A preocupação com a expansão eficiente das redes não se restringe ao Brasil. De acordo com notícia publicada na *Folha de São Paulo* em 13.09.2011, o Secretário-Geral da UIT (União Internacional de Telecomunicações, da ONU), Hamadoun Touré, ao participar do evento Futurecom, previu colapso mundial nas telecomunicações se não houver repactuação de receitas entre as empresas de infraestrutura de rede e os distribuidores de conteúdo, como o Google.

Segundo ele, as redes não são remuneradas adequadamente e, sem incentivo à expansão da infraestrutura e com o crescimento explosivo dos vídeos na Internet, o sistema de transmissão ficará congestionado, afetando países pobres e ricos.

“Se não houver renegociação, em cinco anos haverá engavetamento nas transmissões. Precisamos evitar que o usuário pague por isso.”

De fato, segundo A.T. Kearney (2010),²⁰ o crescimento recente do tráfego de Internet é na ordem de 35% ao ano se considerar o tráfego em redes fixas e mais de 100% no caso do tráfego em redes móveis. Embora este crescimento seja impressionante, coloca como desafio a própria viabilidade futura do negócio Internet. Isto porque a tendência é que os novos conteúdos e aplicativos (baseados principalmente em vídeo) utilizem cada vez mais capacidade de banda e que novos usuários continuem a ser agregados à plataforma. Com isto, o risco de colapso e/ou de congestionamento torna-se crescente.

A percepção crescente da necessidade de preservar incentivos para expansão das redes é que fomenta o debate de que se deve permitir que os proprietários de infraestrutura experimentem modelos de negócios inovadores, *capazes de otimizar o uso da rede e viabilizar os investimentos necessários a sua expansão e desenvolvimento.*

20. Internet Value Chain Economics (2010).

4.1 Concentração do ônus da Internet no lado dos usuários do mercado

Não é preciso ser um economista para entender que se um negócio (a Internet) atende dois lados de um mercado, se a cobrança de um dos lados (o dos provedores) é limitada, inevitavelmente grande parte do custo do negócio incidirá sobre o outro (o dos usuários).

Se houver maior flexibilidade para os proprietários da rede também cobrarem dos clientes provedores de conteúdo e aplicativos pelo tráfego gerado, haverá uma natural redistribuição deste ônus dos usuários para os provedores.

A redistribuição provedores-usuários é um dos resultados teóricos mais consistentes nos estudos sobre neutralidade de rede, como mostram Brito, Cave, Crandall, Darby e Ehrlich (2010).²¹

Estes autores citam alguns artigos de defensores da neutralidade na versão mais radical que reconhecem tal resultado, além de admitirem que o impacto sobre o bem-estar é ambíguo.²² Um dos artigos que destacam o *trade-off* entre o bem-estar de provedores e usuários é destacado por Lee e Wu (2009):²³

“Of course, for a given price level, subsidizing content comes at the expense of not subsidizing users, and subsidizing users could also lead to great consumer adoption of broadband. It is an open question whether, in subsidizing content, the welfare gains from the invention of the next killer app or the addition of new content offset the price reductions consumers might otherwise enjoy or the benefit of expanding service to new users.”

O mais conhecido artigo de teoria econômica sobre o conceito de neutralidade de rede em sua versão extremada é o estudo de Economides e Tag (2009)²⁴ que sumaria o sentido de seus principais resultados:

“Comparisons between outcomes under the private equilibrium with two-sided pricing and the private equilibrium under net neutrality regulation indicated that a removal of net neutrality regulation would lead to a lower

21. BRITO, Jerry; CAVE, Martin; CRANDALL, Robert; DARBY, Larry; EHRLICH, Everett. *Net Neutrality regulation: the economic evidence*. University of Wollong, 2010.

22. Ambiguidade se considerarmos o *welfare standard* em que se considera a soma do bem-estar de usuários, provedores e proprietários da rede. No caso do *consumer standard*, haveria com certeza um incremento de bem-estar. Ver Fagundes (2003) sobre a aplicação desses critérios no antitruste.

23. Robin S. Lee; Tim Wu. Subsidizing creativity Through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality. *Journal of Economic Perspectives* 23;3 (summer 2009) 61-76.

24. ECONOMIDES, Nicholas; TAG, Joacim. *Net Neutrality on the Internet: a Two-sided Market analysis*. 2009.

subscription price for consumers, but less content available due to an increase in fee to content providers. Content providers are worse off in the aggregate, while consumers are better off.”

Ou seja, segundo estes autores, o usuário sempre perderia com a neutralidade mais radical, sob o prisma econômico.

Esta redistribuição de renda de provedores (que pagariam mais) para usuários finais (que pagariam menos) decorrente da flexibilização do conceito de neutralidade de rede obedeceria ao diferencial de elasticidades da demanda destes dois agentes econômicos e ao diferencial de externalidades geradas por eles.

A solução adotada pela plataforma usualmente seria a que maximiza o bem-estar agregado nos “dois lados da plataforma” (usuários finais e provedores de conteúdo/aplicativos), internalizando todas as externalidades relevantes entre os dois lados, como destacado por Falhauber (2011):

“Intermediaries in two-sided markets have an interest in attracting as many customers on each side of the network as possible (...) Generally, an intermediary has no interest in discouraging participation on either side of the market, as such discouragement actually reduces the intermediary’ profit (...). Clearly, the intermediary would like to do as much business as it can, and therefore have as many of each customer group as possible. If one side of the Market is more price-elastic than the other, then *ceteris paribus* we would expect that the intermediary would charge the less elastic customer group more. But the intermediary needs to consider the impact of losing customers in the less elastic group on the demand for service by the complementary group.”

O autor utiliza um exemplo importante do setor de Internet para exemplificar como as elasticidades relativas podem indicar ser mais eficiente para a plataforma cobrar mais do provedor de aplicativos do que do usuário, tal como em casos mais clássicos de mercados de duas pontas:

“In the case of eBay, we expect that sellers are less price-elastic than buyers, so charging sellers (rather than buyers) discourages rather fewer sellers; and having rather fewer sellers apparently does not significantly reduce the number of buyers. If buyers were also charged, we might expect both fewer buyers, and therefore fewer sellers, resulting in lower profits to eBay. More generally, the pricing on each side of the market depends upon the interaction of the two elasticities for each of the two groups.”

Este resultado também é verificado em outros setores caracterizados como mercados de duas pontas. Por exemplo, no caso de cartão de crédito, o consumidor usualmente não paga nada por cada operação, apenas

os vendedores. Isso deriva principalmente do fato que a demanda dos consumidores tende a ser mais elástica do que a dos vendedores. Em TV aberta, também os propagandistas arcam com todo o custo da plataforma, sendo que os telespectadores nada pagam. Ou seja, a Internet subverte a lógica usual deste tipo de mercado.

4.2 Neutralidade de rede no debate eficiência x equidade

A discussão sobre os ganhos de provedores de conteúdo e aplicativos em relação aos dos usuários na neutralidade de rede é, na prática, muito influenciada pelo clássico embate entre equidade e eficiência.

À primeira vista, a ameaça de “balcanização” da Internet representada pela flexibilização da política de gestão de tráfego corresponderia a um processo de exclusão de setores com menor força econômica e/ou social.

Esta forma de organizar o funcionamento do “mundo virtual” com base nas categorias mais convencionais do *trade-off* equidade-eficiência do “mundo real” se baseia na visão parcial de que se trata de uma divisão entre usuários e provedores de conteúdo e aplicativos que desejam se encontrar livremente, de um lado, e os proprietários de rede que, supostamente procurariam restringir a liberdade de movimento que configuraria a essência da Internet.

Essa hipótese, porém, padece de uma simplificação excessiva. O mundo da Internet é mais complicado do que isso e os interesses de usuários e provedores de conteúdo e aplicativos não são mais alinhados entre si do que o são com os proprietários de rede. Sendo um mercado de duas pontas, é inevitável que, se provedores de conteúdo e aplicativos nada pagam, os usuários pagarão mais do que pagariam caso os custos do sistema pudessem ser compartilhados com o outro lado do mercado. *Ou seja, o que os provedores não pagam tem que ser compensado pelos usuários, que devem pagar a mais.* Portanto, os usuários têm parte de seus interesses melhor alinhados com os proprietários de rede do que com os provedores de conteúdo e aplicativos.

A Internet, enquanto mercado de duas pontas, constitui um jogo de soma positiva, com amplo espaço para ganhos mútuos pela realização de externalidades recíprocas entre os dois lados do mercado. No entanto, cada um dos lados, se atuando isoladamente, não internaliza plenamente os ganhos do outro. Apenas o faz na medida em que tais ganhos retornam na forma de externalidades para o seu próprio lado do mercado.

Nesse contexto, é cediço na teoria de mercado de duas pontas que o *player* em melhores condições de internalizar todas estas externalidades é o dono da plataforma, ou seja, o proprietário de rede.

Adequar o conceito de *neutralidade de modo a permitir que este mediador incremente o seu espaço decisório de preços e qualidade do serviço amplia o espaço para a maior realização dessas externalidades e, portanto, dos resultados do negócio para todos os lados do mercado.*

Em síntese, é enganoso afirmar que a neutralidade de rede na visão mais estrita seja pró-equidade.

4.3 Neutralidade de rede e direitos de propriedade

O direito à propriedade de qualquer ativo consiste em uma “cesta de direitos”. Dois são de particular interesse aqui: (a) poder usar o ativo da forma que melhor aprouver, o que compreende o direito de auferir renda do ativo e, (b) poder excluir terceiros de usar o ativo.

Qual seria o objetivo do Estado em garantir esta “cesta de direitos” ou parte dela aos proprietários? O objetivo fundamental da defesa desses direitos é criar condições para a maximização da riqueza na sociedade.

Primeiro, ao permitir que o proprietário utilize o ativo da forma que bem entender, espera-se que aquele direcione os seus esforços para o uso que gerar o maior valor possível do produto. Bloquear o exercício deste direito equivale a colocar empecilhos no processo de criação de riqueza do setor.

Segundo, ao excluir terceiros do uso do ativo, o proprietário é capaz de evitar, dentre outros, o problema da chamada “tragédia dos comuns” a qual constitui a tendência de um recurso ou ativo cujo acesso seja irrestrito ser explorada de forma excessiva.²⁵ Este nos parece o problema mais importante gerado pela deterioração dos direitos de propriedade na rede.

A “tragédia dos comuns” emerge em decorrência do desincentivo dos provedores de aplicativos em reduzir o congestionamento na rede dado que o preço do tráfego na margem é zero. Como os proprietários da rede não podem utilizar o sistema de preços para fazer com que os provedores de aplicativos

25. Exemplos são a caça e a pesca predatórias. Como os animais como jacarés, bacalhau e baleias não têm “proprietário” definido, sendo “recursos livres”, caçadores e pescadores individualmente acabam tendo uma propensão a caçar e pescar em uma intensidade superior à capacidade de reprodução das espécies. A existência de direitos de propriedade bem definidos pode ser uma forma de corrigir este problema. Vide HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science*. 162 (1968) e BUCHANAN, James M.; YOON, Yong J. *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*; 43 J.L. & Econ. 1 (2000).

internalizem a externalidade que geram no congestionamento da rede, não se pode coibir/gerenciar o uso excessivo do recurso “rede”.²⁶

Este é um problema econômico que vai se tornando mais relevante com o elevado incremento do tráfego na Internet, especialmente em função dos novos aplicativos de vídeo.

A neutralidade de rede em sua visão extremada compromete, de forma significativa, o exercício desses dois direitos dos proprietários da rede. Se o proprietário da rede não pode interferir no que se passa em sua rede, só poderá auferir receita de um dos lados do mercado. Como pode apenas cobrar do usuário final em relação à velocidade e não ao total trafegado, sua capacidade de evitar os problemas associados ao uso excessivo da rede é fortemente restringida. Por isso alguns críticos: “characterize neutrality rules as being a kind of regulatory taking of private property that can no longer be justified under a theory of natural monopoly or other similar grounds”.

A característica expropriatória é, de fato, muito direta: quem gera os elementos sensíveis ao tráfego do custo não paga nada a mais por aumentar o tráfego. Ou seja, há, como colocado pela A.T. Kearney (2010)²⁷ “a disconnection of sources of income and sources of cost”, sendo que tudo tem que ser recuperado por tarifas *flat* que não refletem tráfego e que incidem majoritariamente sobre o usuário. Conforme A.T. Kearney (2010):²⁸

“Those who benefit from higher traffic volumes are those who generate traffic (typically content sites) and those who consume it (typically end users). Those who have to build and operate the networks required to carry these traffic volumes earn almost no revenue from the former group and are frequently locked into flat rate price schemes with the latter group, continually decreasing because of retail competition.”

O reflexo desta expropriação é o desbalanceamento dos retornos na cadeia da Internet. A A.T. Kearney (2010)²⁹ apresenta alguns números:

“Our research reveals that the imbalance between traffic volumes and revenues also creates significant differences in returns on capital employed for industry players. For example, leading telecom operators generate returns around 12 percent (partly due to regulated pricing and high capital intensity) while other

26. Este é exatamente o mesmo problema do congestionamento de veículos nas grandes cidades.

27. Internet Value Chain Economics (2010).

28. Idem.

29. Idem.

“Vertical integration of distribution with other types of media content is already commonplace because consumers typically do not want distribution alone, but, instead want the particular content enabled by that distribution.”

Isto indica que podem estar surgindo aplicativos cujo investimento depende de ajustes ou investimentos específicos em partes da rede. Ou seja, indica-se um potencial incremento da especificidade de ativos de alguns aplicativos com redes desenhadas de forma um pouco mais calibrada para estes objetivos específicos. *A viabilidade do incremento do grau de especificidade de ativos no setor depende da flexibilização do princípio da neutralidade.*

Nessa direção, Hahn e Wallsten (2006) entendem que os incentivos ao investimento em aplicativos deveriam necessariamente incluir o incentivo a que as inovações internalizem, pela via dos sinais de preços, as necessidades de economia de recursos de rede. Ou seja, os sinais de preços devem informar o formato das inovações no sentido da adoção de tecnologias poupadoras de recursos de rede de forma a lidar melhor com os problemas de congestionamento:

“While we believe there should be appropriate incentives for application innovation, we believe such innovation could be even better for consumers if it could respond to price signals from platform providers, such as broadband producers. So, for example, innovators might take into account potential congestion costs of bandwidth-intensive applications.”

4.4 *Relativizando a “neutralidade” da Internet ou “quem está sendo discriminado”?*

A ideia de que a Internet é realmente neutra deve ser problematizada, especialmente se consideramos diferentes aplicativos com maior ou menor sensibilidade à latência e sua conexão com o problema de congestionamento de tráfego que pode requerer formas alternativas de gestão da rede. Conforme o relatório da FTC (2007):

“Opponents of network neutrality regulation argue that the Internet is not, and never truly has been neutral. These opponents generally agree that the first-in-first-out and best efforts characteristics of the TCP/IP data-transmission protocol have played a significant role in the development of the Internet. They point out, however, that since the earliest days of the Internet, computer scientists have recognized that data congestion may lead to reduced network performance and have thus explored different ways of dealing with this problem.

Net neutrality opponents point out that all network routers must make decisions about transmitting data and argue that such decisions invariably

key segment such as search, gaming, gambling, and E-commerce deliver returns of more than 20 percent and some segments even 30 percent or more. Our research also demonstrates that revenues for consumer Online Services are growing more than twice as fast as Internet access provision. Of the five main segments, Connectivity and Content Rights players do not appear to have benefited from the growth of the Internet to the extent that the other segments have. Their market capitalization is the same now as it was five years ago."

Como todo o comprometimento dos direitos de propriedade e toda a expropriação regulatória, há, evidentemente, um impacto negativo sobre os incentivos ao investimento na rede e, por consequência, de sua expansão.

Como já comentado, haveria um *trade-off* entre incentivos para investimento em rede e incentivos para investimento por parte dos provedores de conteúdo. Economides e Tag (2009), por exemplo, defendem que a neutralidade de rede na versão mais radical beneficia o investimento dos provedores de conteúdo e aplicativos. Entretanto, um aspecto não observado por esses autores é que o incentivo a investir na expansão/modernização da rede não aumenta de forma concomitante, pois proprietários de infraestrutura não são sócios dos provedores de conteúdo e aplicativos quando há ganho econômico derivado do seu investimento sob o regime de neutralidade de rede.

Além do mais, com a neutralidade na visão mais radical, os provedores de conteúdo e de aplicativos não teriam incentivos para desenvolver tecnologias poupadoras de banda. Com a adequação do conceito de neutralidade de rede, estas tecnologias teriam forte incentivo para serem desenvolvidas (RAMOS, 2006).³⁰

O que fica claro, portanto, é que deve ser buscado um equilíbrio nos incentivos para investir por parte dos vários atores envolvidos, sendo fundamental assegurar a equação econômica que viabilize a continuidade de expansão de rede e os investimentos em aplicativos e conteúdos.

É de se notar que há fortes complementaridades nos dois tipos de investimentos. Com efeito, os investimentos em aplicativos só serão realizados se existir uma plataforma que intermedeia provedores e usuários de forma eficiente.

As complementaridades nos dois tipos de investimentos também sinalizam a potencialidade de economias de escopo da gestão integrada do *upstream* e do *downstream* na Internet, ponto destacado no documento da FTC (2007):

30. RAMOS, M. M., op. cit.

“The technical characteristics of different traffic types means that file-sharing, which is more resilient to congestion, effectively crowds-out the more interactive and real-time services. In the long-run, Online Service Providers will be less inclined to invest and launch more advanced services if they question their ability to offer a high-quality user experience.”

Na forma que está hoje desenhada a neutralidade de rede em sua versão extrema, este conflito entre aplicativos é destruidor líquido de valor (“if high volume but low value traffic crowds out high value/important traffic”).

Portanto, uma das principais virtudes da flexibilização da neutralidade, de qualquer forma, seria a melhoria da capacidade em gerir o tráfego na Internet e evitar os problemas derivados do congestionamento. Novos aplicativos peer-to-peer e de vídeo estariam fazendo com que pouco usuários já consigam exaurir a capacidade da rede. Em função de uma visão mais estrita da neutralidade, tais usuários não precificam corretamente a externalidade negativa no congestionamento, ocorrendo um típico problema de “tragédia dos comuns” diretamente associado à deterioração dos direitos de propriedade na rede. Conforme o Relatório da FTC (2007):

“Network neutrality opponents frequently argue that operators should be allowed actively to restrict or block data that they believe may be harmful to the performance of their networks, citing reports that a relatively small number of users can potentially overwhelm network resources through the use of bandwidth-intensive applications, such as peer to peer file-sharing and streaming video. They warn that active network management, prioritization, and other types of quality-of-service assurances are needed to prevent the Internet, or its individual parts, from slowing down or crashing altogether in a high-tech ‘tragedy of the commons’.”

Este foi justamente o caso da Comcast em relação ao programa P2P da Bit Torrent. A Comcast teria interferido no tráfego de site de vídeo P2P da BitTorrent que estaria congestionando a rede. Neste último, a FCC proibiu tal prática, mas sua competência foi questionada pela empresa de forma bem sucedida na DC District Court.

Há aqui uma evidente questão de congestionamento de rede potencialmente gerada pelo aplicativo que reconhecidamente pode se tornar um problema maior de “tragédia dos comuns”. É preciso avaliar porque a Comcast não alertou seus usuários de que estava deliberadamente fazendo cair a transmissão dos pacotes de vídeos: ou por puro oportunismo, aproveitando-se da assimetria de informação do consumidor e/ou porque a neutralidade de rede impediria que a Comcast pudesse implementar medidas transparentes de gerenciamento do tráfego que evitassem as consequências negativas do congestionamento da rede.

have implications that may not be strictly uniform or neutral. In particular, they note that networks have long employed "hot potato" routing policies that hand off to other networks at the earliest possible point data that is not destined for termination on their own networks. A principal goal of hot potato routing is to reduce the usage of network resources. Opponents note that during periods of congestion, data packets may be rerouted along another path or dropped altogether and that packets may need to be re-sent when transmission errors occur.

Opponents of net neutrality regulation argue that the TCP/IP protocol itself may have differential effects for various content and applications. For example, static Web page content like text and photos and applications like e-mail generally are not sensitive to latency. Thus, users typically can access them via the TCP/IP protocol without noticeable problems, even during periods of congestion. Applications like streaming video and videoconferencing, however, may be sensitive to latency and jitter."³¹ "Net neutrality opponents argue, therefore, that while first-in-first-out and best-efforts principles may sound neutral in the abstract, their practical effect may be to disfavor certain latency-and jitter-sensitive content and applications because prioritization cannot be used to deliver continuous, steady-stream of data that users expect even during periods of congestion."

Ou seja, a proibição de priorizar simplesmente acaba por discriminar negativamente (e, portanto, torna a Internet "não neutra") a qualidade dos serviços mais demandantes de rapidez e qualidade na transmissão em relação aos menos demandantes. Como os aplicativos com grande demanda de rapidez e qualidade como Voip, teleconferência e vídeo são cada vez mais utilizados, *o efeito negativo potencial da proibição à priorização se tornaria cada vez maior*. Mais do que isso, a priorização do pacote de voz incrementaria muito mais a qualidade do serviço do que o faria em outros aplicativos como email, por exemplo, onde a demanda por rapidez é mínima.

Na verdade, a não neutralidade da Internet se revela no conflito entre aplicativos com demanda de maior interatividade e, portanto, rapidez, e aplicativos com menor demanda de velocidade. A A.T. Kearney A.T. Kearney (2010)³² coloca este ponto:

31. "The problem with non-discrimination is that it does not recognize that treating different packets differently is necessary for the effective delivery of many services. As more real time interactive services dominate Internet traffic, it's going to be more important to differentiate among packets."

32. Internet Value Chain Economics (2010).

De fato, uma questão chave da Internet hoje é a sobrecarga derivada do incremento no tráfego de vídeos. *A possibilidade de discriminar preços permite ao proprietário da rede usar o sistema de preços para otimizar o uso da rede e evitar congestionamentos.*

Ademais, a intuição econômica mais básica sugere que o proprietário da rede tem incentivos para investir e reduzir o congestionamento de modo a ampliar suas receitas.

Note-se ainda que em sendo o detentor da plataforma, o dono da rede pode estar em melhores condições para internalizar em suas decisões de preços e investimento as externalidades que impactam o saldo total de bem-estar tanto de provedores de serviço quanto de usuários.

De outro lado, os provedores de conteúdo e aplicativos têm melhores condições de avaliar quando precisam ter seus pacotes priorizados face ao preço desta priorização. Sua decisão por conseguir priorização implicaria naturalmente um preço maior, exatamente como no caso da decisão de pagar mais e fazer a carta chegar mais rápido pelo Sedex. A neutralidade de rede na versão mais radical, ao bloquear a priorização, bloqueia o exercício desta prerrogativa que qualquer pessoa que envia uma carta pelo correio já possui.

4.5 Neutralidade, discriminação de preços e bem-estar

O efeito da discriminação de preços sobre o bem estar é na maioria das vezes positivo.

Não por acaso, os economistas tendam a desaconselhar intervenções antitruste em condutas de discriminação de preços, quando não atreladas a condutas de fechamento vertical de mercado. Spulber (1989), por exemplo, critica duramente o Robinson-Patman Act dos EUA que visa a restringir a prática de discriminação de preços:

“Os efeitos competitivos e de bem-estar (da conduta de discriminação de preços) geralmente não justificam preocupações no antitruste. Restrições da autoridade antitruste na conduta de discriminação de preços são frequentemente uma forma desnecessária de regulação de preços que pode reduzir o bem-estar dos consumidores, excluindo-os do mercado junto a algumas firmas.

A Lei (Robinson Patman), em vários sentidos, é anticompetitiva, dado que pode desencorajar descontos seletivos nos preços na busca da competição.”³³

33. “The competitive and welfare effects of price discrimination generally do not justify such antitrust concern. Antitrust restrictions on price discrimination are often an

Ademais, o autor enfatiza o fato de a prática de discriminação de preços estar, de fato, presente em quase todos os mercados, sendo pouco razoável insistir em coibi-la:

“(…) alguma forma de discriminação de preços está presente nos mercados para quase todos os bens, com a exceção de commodities padronizadas, comercializadas em mercados estabelecidos à vista ou de futuros com vários agentes (...). Uma implicação imediata da prática pervasiva de discriminação de preços é que esta é, em sua maioria, de fato, legal. Reduzir a discriminação de preços através de ações antitruste ou regulação seria impraticável, mesmo que tal política fosse, de alguma forma, desejável. Portanto, os esforços de evitar tal conduta seriam inevitavelmente seletivos e frequentemente arbitrários.”³⁴

O raciocínio é muito simples. Suponha haver dois mercados para o mesmo serviço, um com uma disposição a pagar maior que o outro. Se a discriminação de preços for vedada, é possível que o ofertante apenas se concentre no mercado mais rico, com maior disposição a pagar, deixando de lado o mercado com menor disposição a pagar. Afinal, porque ele abriria mão das margens de lucro no mercado mais rico, só para fazer um preço menor e igual ao do mercado mais pobre de forma a atender também sua demanda? Se a discriminação for permitida, ele pode cobrar mais no mercado mais rico e menos no mais pobre. O atendimento do mercado mais pobre não afeta negativamente a rentabilidade do mercado mais rico. *O resultado é que se a discriminação for permitida, os dois mercados poderão ser servidos, incrementando a produção.*

A regra de bolso, proposta por Varian (1988),³⁵ para definir se discriminação de preços é positiva para o bem-estar ou não é se ela aumenta ou não o produto. Nesse caso de potencial desatendimento dos consumidores com

unnecessary form of price regulation that may serve to lower consumer welfare and exclude consumers and some firms from the marketplace (...).

The act (Robinson Patman) in many ways is anticompetitive in that it may discourage selective price discounts in the pursuit of competition.”

34. “Some form of price discrimination is present in the market for almost every commodity, with the exception of standardized commodities traded on established spot or future markets with many traders (...). An immediate implication of the pervasive practice of price discrimination is that it is for the most part de facto legal. Reducing price discrimination through antitrust enforcement or regulation would be impractical even if such a policy were desirable in some way. Thus, enforcement efforts are inevitably selective and often arbitrary.”
35. VARIAN, H. Price Discrimination. In: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. (eds.). *The Handbook of Industrial Organization*. 1989.

menor disposição a pagar, o efeito da discriminação de preços é de aumentar o produto, sendo, portanto, positivo do ponto de vista do bem-estar.

Ademais, a maior perspectiva de lucro gerada pela possibilidade de discriminar preços implica maior incentivo a investir e a inovar, o que também implica um produto maior em um prazo mais longo.

A variável fundamental que informa o discriminador de quanto ele vai discriminar o preço entre clientes é a elasticidade-preço da demanda. Quanto mais inelástico o cliente ou grupo de clientes, maior o preço cobrado, dado que a demanda desses cai pouco quando o preço aumenta. Quanto mais elástico, menor o preço, dado que um incremento no preço gera uma forte reação do consumidor em termos de redução na quantidade.

No caso da Internet, em não havendo vedação à discriminação de preços, o proprietário da rede deverá cobrar preços mais altos dos provedores de conteúdo e aplicativos que sejam os mais lucrativos e que estão mais dispostos a pagar para ofertar seus serviços na rede. A questão importante aqui é se os preços cobrados serão excessivos em função da elevada disposição a pagar.

Evitando entrar na difícil discussão sobre o que são “preços excessivos”, o que podemos afirmar é que no contexto da Internet, os preços cobrados dos clientes mais inelásticos e/ou com maior disposição a pagar tende a ser menor que em outros setores, *ceteris paribus*. A razão fundamental para que os preços cobrados pelo proprietário da rede tendam a ser menores do que nos outros mercados se deriva da natureza de mercado de duas pontas da Internet. O proprietário não derivaria receitas apenas dos clientes provedores de conteúdo e aplicativos, mas também dos usuários. Preços muito elevados cobrados dos clientes provedores de conteúdo e aplicativos implicariam preços mais elevados dos produtos ofertados por tais clientes aos usuários finais da Internet, o que reduz a atração da Internet para estes últimos. Quanto mais provedores de conteúdo e aplicativos ofertando, e barato, maior o valor do serviço da rede, mais usuários e maior a sua disposição a pagar destes últimos. Ao estabelecer sua estratégia de precificação, o dono da plataforma internaliza as externalidades geradas por ambas as “pontas” deste mercado – provedores de conteúdo e usuários finais – o que tende a restringir os valores cobrados.

Isto é, justamente por gerarem mais valor na rede para os usuários na outra ponta do mercado, é que o proprietário da rede não tem incentivos para praticar preços excessivos no serviço prestado ao provedor de conteúdo de aplicativos. A magnitude da discriminação de preços, portanto, tende a ser naturalmente mitigada no contexto de mercados de duas pontas.

Os benefícios de uma flexibilização das possibilidades de discriminação de preços no acesso à Internet foi uma das três principais recomendações no *Statement* de um conjunto de economistas importantes na área de regulação³⁶ (2007) sobre a política de neutralidade de rede:

"Firms should be allowed to experiment with diferente pricing schemes for providing Internet access."

A motivação da assertiva é incentivar investimentos em redes de nova geração e ampliar eficiência da rede. Conforme os autores:

"One advantage of giving Internet service providers pricing flexibility is that it will give them incentives to make new investments in next generation Internet services. Without such incentives, investment may be discouraged, and the Internet may develop more slowly than would be optimal. Another advantage of pricing freedm is that it can lead to a more economically efficient allocation of the existing Internet resource base. For example, some people may be willing to pay for high-speed access only when they need it, say, for streaming a movie. Other consumers may want the ability to use large amounts of bandwidth on an ongoing basis. Firms should be allowed to price these services as they wish and consumers should be allowed to purchase plans that best meet their needs."

4.6 Discriminação de preços x discriminação de qualidade

Tanto o fato de que os clientes provedores de conteúdo e aplicativos mais valiosos agregam relativamente mais valor à rede, quanto o fato de que estes clientes deverão estar ainda mais propensos a pagar se tiverem uma qualidade de serviço superior, faz com que haja uma natural tendência aos proprietários da rede de ofertar níveis de serviço superiores. Uma das formas de fazê-lo seria priorizar os pacotes desses provedores. Outra seria investir em "raias rápidas" exclusivas para estes operadores. Como cada *bite* desses clientes gera mais valor na rede do que o *bite* de outros, o melhor nível de serviço ofertado a ele, possivelmente via prioridade de tráfego, tende a gerar incremento líquido no bem-estar.

Ou seja, a permissão de discriminar níveis de qualidade do serviço gera maior espaço para o proprietário da rede melhor distribuir os (escassos)

36. BAUMOL, William; CAVE, Martin; CRAMTON, Peter; HAHN, Robert; HAZLETT, Thomas; JOSKOW, Paul; KAHN, Alfred; LITAN, Robert; MAYO, John; MESSERLIN, Patrick; OWNE, Bruce; PYNDICK, Robert; SAVAGE, SCOTT; Smith, VERNON; Wallsten, SCOTT; Waverman, LEONARD; WHITE, Lawrence. *Economist's Statement on Network Neutrality Policy*. AEI Brooking Institutions, 2007.

recursos de rede entre os diversos usos concorrentes. A construção de raiais rápidas específicas para determinados clientes também permite uma melhor sinalização ao proprietário de rede sobre os investimentos que mais agregam valor à rede. Esta é uma virtude central do sistema de preços livres de mercado: sinalizar onde o investimento gerará maior valor econômico, maximizando o produto real da economia. O fato de que a neutralidade de rede implica a oferta de apenas uma única qualidade de rede para todos os provedores de serviço prejudica o bem-estar, conforme Hermalin e Katz (2007).

As vantagens de se permitir discriminação de preços e qualidade alcançam também o dimensionamento da rede para melhor atendimento de todos os pacotes da forma mais apropriada. Seria mais uma aplicação do tradicional sistema de precificação pico-vale em que se cobra mais nos horários mais movimentados de forma a que todos internalizem o custo marginal de expansão da rede. Conforme Hahns e Walsten (2006):

“We find it ironic that the net neutrality advocates are willing to say that price discrimination on the basis of general speed and convenience of the Internet connection is acceptable; but discrimination that would guarantee a site will be available at a certain speed and time is not. The later is simply a version of peak-load pricing that is used to help solve a host of resource allocation problems ranging from dining at restaurants (early-bird specials) to communitng (higher rush-hour subway prices) to generating electricity (lower prices in the mid of the night.”

4.7 Discriminação e integração vertical na Internet

A discussão sobre os aspectos positivos da discriminação de preços e qualidade deve também considerar a existência de integração vertical entre o proprietário da rede e os provedores de conteúdo e aplicativos, dado o risco de que ocorra discriminação entre provedores associados e não associados ao proprietário da rede.

Há uma longa discussão teórica sobre em quais condições haveria incentivo do proprietário de rede em discriminar de forma anticompetitiva os eventuais rivais no *downstream*.

Conforme já observado anteriormente, em geral, as condições para haver incentivo à discriminação por proprietários verticalmente integrados são consideravelmente estritas, sendo que na grande parte dos casos valeria a crítica de Bork (1978) e Posner (1976) de que não faz sentido um monopolista *upstream* alavancar poder de mercado, pois todo o poder de mercado que ele pode exercer já pode ser usufruído a partir de seu monopólio *upstream*. O fato é

que a literatura teórica atual é mais cética em relação à conduta de fechamento vertical de mercado do que antes. A possibilidade de a priorização do tráfego ser utilizada de forma anticompetitiva deve ser analisada à luz dessa literatura mais genérica sobre integração vertical.

Nesse contexto, a questão é porque a possibilidade de discriminação na Internet seria tão maior que em outros setores verticalmente integrados de forma a requerer uma vedação *ex-ante* da discriminação, seja por preços mais altos, seja por qualidade mais baixa?

Mais uma vez, a característica de mercado de duas pontas também mitiga a propensão à discriminação para fechamento vertical mesmo que sem a neutralidade de rede. Como os usuários derivam utilidade do acesso a todos os provedores de conteúdo e aplicativos, associados ou não ao proprietário da rede, o fechamento aos independentes implicaria menor valor para os usuários e, portanto, menor disposição a pagar para ter acesso à rede. As externalidades geradas pelo lado dos provedores de conteúdo e aplicativos independentes dos proprietários da rede e concorrentes de seus associados simplesmente não podem ser negligenciadas pelo proprietário da rede.

A influência da característica de dois ou mais lados do mercado no desincentivo a proprietários de rede verticalmente integrados em aplicativos e conteúdo a adotar estratégias de fechamento vertical de mercado é enfatizada no Statement de um conjunto de importantes economistas na área de regulação³⁷ (2007) sobre a política de neutralidade de rede:

“Even if some service providers could exercise market power, the multi-sided nature of the Market means that they still have powerful incentives not to block content.”

Majumdar, Vogelsang e Cave (2005) avaliam em mais detalhe a possibilidade de problemas concorrenciais emergindo na Internet, traçando o paralelo com o sistema de telefonia convencional:

“Em um certo sentido, as questões econômicas, estratégicas e regulatórias relacionadas aos backbones da Internet e sua relação com os provedores de acesso são similares àquelas obtidas entre um atacadista e um varejista, ou um produtor a montante ofertando insumos a uma firma que esteja a jusante na cadeia de valor da indústria. Com a Internet, a complicação adicional emerge do fato que uma variedade de provedores de acesso estão conectados uns com os outros, de forma que a rede é muito mais rica em termos de conectividade que uma rede telefônica padrão. Portanto, esta complicação, de fato, constitui uma vantagem, dado que há

37. Idem.

muitas escolhas de rotas disponíveis para o tráfego, e a presença de muitas partes que proveem transporte de dados ajuda a gerar disciplina competitiva aos preços. Esta característica da Internet, a capacidade do provedor de acesso se conectar a vários backbones, chamado de multihoming assegura que nenhum provedor de acesso se tornará cativo de qualquer backbone."

Outro ponto importante destacado pelos autores é que:

"A Internet opera com standards e protocolos que são públicos, e isto incrementa a interoperabilidade de forma que a possível ausência de conectividade técnica dificilmente será um ponto relevante. Conectividade em Internet é algo universal."

Economides (2005) destaca ainda que as barreiras à entrada na rede Internet não são tão significativas. Primeiro, o custo dos roteadores requeridos para os provedores de acesso realizarem o multihoming tem decrescido continuamente. Segundo, a capacidade de transmissão via fibra ótica é baseada em tecnologia conhecida e disponível. Como afirma o autor:

"Não há barreiras significativas à entrada na oferta de capacidade de transmissão bruta adicional." Isto implica que "os custos da largura de banda e do equipamento têm decrescido (...). Assim, o acesso à capacidade de fibra provavelmente não será um impedimento para que os players atualizem suas redes ou para novos competidores entrarem neste mercado".

Por fim, Economides (2005) afirma este ponto com base na distinção da rede de Internet com a da telefonia convencional. Nesta última quando uma operadora interconecta com outra, o objeto interconectado é tão somente os usuários da outra operadora. Já no caso da Internet, a interconexão de uma operadora com outra operadora, que já tem o seu backbone ligado aos outros backbones, implicará a conexão da primeira não apenas com os clientes da segunda, mas com toda a rede. Como afirma Economides (2005):³⁸

"A rede X paga à rede Y não apenas para se conectar com Y e seus pares, mas também para se conectar com qualquer outra rede na Internet."

Em comparação com a telefonia fixa, esta característica permanece intocada com a flexibilização do conceito de neutralidade de rede, tornando a discriminação vertical na Internet menos factível.

Ou seja, ainda que sem a neutralidade de rede, a arquitetura e a lógica da Internet indicam que a possibilidade de discriminação para fechamento vertical é inferior à da tradicional arquitetura da telefonia fixa.

38. ECONOMIDES, Nicholas. The economics of the internet backbone. In: MAJUMDAR, Sumit; VOGELANG, Ingo; CAVE, Martin North Holland (eds.). *The Handbook of Telecommunications Economics*. 2005. vol. 2.

Assim, como já mencionado, qualquer hipotética conduta anticompetitiva por parte do proprietário de rede poderia ser adequadamente coibida por meio do arcabouço de defesa da concorrência, a exemplo do que ocorre em outros mercados. Portanto, a regulação *ex ante* é desnecessária.

4.8 Neutralidade de rede a (não)concorrência por diferenciação do serviço

A obrigação de os proprietários de rede não discriminarem nível de serviço, especialmente via priorização, implica também abrir mão da concorrência por diferenciação do serviço. E os novos aplicativos cada vez mais têm demanda por mais diferenciação, ou seja, há uma demanda crescente pelo que o Relatório da FTC (2007) chama de “diversidade de rede”. Para responder a tal demanda, o elevado grau de padronização característico da “rede neutra da Internet” deveria ser reduzido em alguma medida. Como coloca este relatório da FTC (2007):

“A ban on prioritization would effectively restrict new types of competition, hinder innovation, potentially preclude price reductions for consumers, hamper efficiencies, and lock in one kind of business model.”

Ou seja, em um setor em processo de constante “destruição criativa”, como a Internet, vedar a diferenciação do serviço pode implicar perdas dinâmicas de bem-estar substanciais, incluindo o não surgimento de novos serviços. E esta é a perda de bem-estar mais difícil de detectar, pois o usuário nem sabe que deixou de ter algo que poderia surgir, mas pelos obstáculos regulatórios, nunca se tornou economicamente viável.

Neste sentido, Hahn e Walsten (2006) destacam o caso do aplicativo de telemedicina cujo desenvolvimento pode ter sido prejudicado justamente pela falta da possibilidade de priorização:

“One can imagine some high-value high-tech uses that could be stymied by one-size-fits-all pricing. Consider so-called telemedicine. This example is constantly trotted out as a potential benefit of broadband, but seems to be forever just around the corner. Perhaps this is not surprising. After all, who wants to risk remote surgery or emergency medical advice if the videostream is sluggish and jerky because of congestion caused by online game of Doom? Indeed, a Japanese study noted that poor quality images limited medical use of Internet, but that a very high-speed dedicated link made real time surgical collaboration possible.”

Pode-se dizer que a telemedicina constitui aplicativo potencial que estaria sendo efetivamente discriminado com a neutralidade de rede.

Este curioso viés anti-inovação e diferenciação, por sua vez, ao bloquear aquele processo de destruição criativa, ajuda à manutenção do *status quo* daqueles que ofertam serviços dentro do paradigma mais antigo. Ou seja, novos serviços que poderiam emergir em substituição aos anteriores, já acomodados dentro do padrão comum da Internet, acabam por não representar qualquer ameaça aos incumbentes instalados. *A neutralidade ajudaria a criar barreiras à entrada em um mercado em que o padrão de competição por inovação é (ou deveria ser) dominante.* Como destacado no documento da FTC (2007), os defensores da adequação do conceito de neutralidade argumentam que isto explicaria a resistência dos provedores de serviço incumbentes a políticas de priorização de tráfego dentro da clássica linha de Stigler de se requerer mais regulação para evitar a concorrência:

“Some network neutrality opponents argue that efforts by current leading content providers to codify the status quo under the guise of neutrality rules are really nothing more than a veiled strategy to commoditize data transmission and, thereby, preserve their own existing competitive advantages against possible competitive threats based on new data-transmission techniques (...). The commodification of bandwidth would foreclose one avenue for mitigating the advantages enjoyed by largest players.”

A questão prática importante deste debate é se, mesmo concluindo-se pela manutenção da neutralidade de rede enquanto princípio fundamental de funcionamento da Internet, caberia uma regulação explícita do Estado tornando o conceito de neutralidade mais estrito do que é atualmente.

4.9 Há justificativa para a intervenção?

Na experiência internacional, há grande convergência em torno da ideia de que uma regulação explícita do Estado apenas se justificaria se eventuais danos gerados pela adequação do conceito de neutralidade fossem constatados de forma minimamente significativa no mundo real. Conforme o documento da FTC (2007):

“There is insufficient evidence of harm to justify an entirely new ex-ante regime, particularly when, in their view, competition in broadband services is robust and intensifying due, in large part, to de-regulation. They state that, apart from the Madison River case, which was quickly resolved by the FCC, the harms projected by network neutrality proponents are merely hypothetical and therefore, do not merit new rules (...) network neutrality opponents suggest that the exiting jurisdiction of the antitrust agencies and the FCC is sufficient to deal with any prospective problems resulting from the use of new

data transmission methods. Generally, network neutrality opponents suggest that any such problems should be handled on a case-by-case basis-not through ex ante legislation or regulation.”

Falhauber (2011) argumenta que, na ainda curta história da Internet, apenas quatro condutas relativas à neutralidade de rede foram discutidas nos EUA, sendo que apenas duas foram realmente relevantes, os casos da Madison River e Comcast:

“So in over a decade, there were only four examples of purported misconduct (one which was denied by the courts and another which didn't even rise to the level of complaint) for the entire broadband ISP industry. By any standard, four complaints about an entire industry in over a decade would seem to be cause for a commendation, not for restrictive regulations.”

Nesse sentido, dada a crescente competição entre provedores de banda larga nos EUA, o *Statement* de um conjunto de economistas importantes na área de regulação³⁹ (2007) manifesta preferência pela ação antitruste caso a caso para prevenir eventuais problemas anticompetitivos derivados da neutralidade de rede:

“The antitrust enforcement agencies should be directed to investigate and, if the evidence warrants, file actions to prevent abuses by Internet service providers with market power that distort competition on the Internet.”

Ou seja, tais economistas consideram que a competição de banda larga nos EUA já atingiu um estágio em que a lei de concorrência sozinha já daria conta do recado de eventuais abusos cometidos com a flexibilização do conceito de neutralidade de rede.

É interessante mencionar que, de forma semelhante, a União Europeia segue o princípio da menor intervenção, estabelecendo em suas diretivas a necessidade de transparência sobre as medidas de gerenciamento de tráfego e permitindo (mas não exigindo) que os Estados-membros introduzam medidas para prevenir a degradação do serviço ou para impedir estrangulamento do tráfego.⁴⁰

A Lei europeia proíbe apenas a discriminação não justificada contra serviços ou aplicações específicas, que pode ser vista como uma prática

39. BAUMOL, William; CAVE, Martin; CRAMTON, Peter; HAHN, Robert; HAZLETT, Thomas; JOSKOW, Paul; KAHN, Alfred; LITAN, Robert; MAYO, John; MESSERLIN, Patrick; OWENS, Bruce; PYNDICK, Robert; SAVAGE, Scott; SMITH, Vernon; WALLSTEN, Scott; WAVERMAN, Leonard; WHITE, Lawrence, op. cit.

40. Report in support of TNL PCS S.A. on Proposals to introduce “net neutrality” regulations, de Freshfields Bruckhaus Deringer, set. 2011.

anticompetitiva, a ser investigada pelas autoridades competentes. *De fato, até o momento, a Comissão Europeia absteve-se de propor regulação ex ante sobre o tema, entendendo que soluções de mercado e a competição são suficientes para assegurar Internet “neutra e aberta”.*⁴¹

Portanto, aduz-se naturalmente o tratamento de eventuais problemas na seara do consumidor e da defesa da concorrência.

A motivação mais importante aqui é o risco de proibições regulatórias genéricas comprometerem discriminações de preço e qualidade que geram incrementos de bem-estar. Não à toa, a prescrição dos mesmos economistas para ação dos reguladores e legisladores federais na área de banda larga é:

“Promote policies that increase the opportunities for competition and foster Internet innovation.”

5. CONCLUSÕES

Embora em todo o mundo a discussão sobre o tema da neutralidade registre preocupações quanto a potenciais implicações negativas derivadas da adoção de políticas de gestão do tráfego, há grande convergência entre reguladores quanto à necessidade de que essas alternativas sejam preservadas.

Isso decorre de um duplo entendimento: (a) de que os riscos potenciais aventados pelos defensores da concepção mais radical da neutralidade não têm sido observados como justificativa relevante para a imposição de obrigações regulatórias *ex-ante*, sendo suficiente o recurso ao monitoramento *ex-post* pelas autoridades da concorrência; (b) e, principalmente, da avaliação de que a absorção de mecanismos que impeçam qualquer forma de gestão do tráfego poderia colocar em risco o desenvolvimento de modelos de negócios adequados à viabilização da continuidade da expansão das redes de banda larga, por meio, por exemplo, do compartilhamento de custos entre detentores de rede e provedores de conteúdo.

Os temores associados à visão radical da neutralidade de rede são, portanto, superados pela preservação de um conceito de neutralidade flexível. Isto porque priorizar os pacotes de quem está mais disposto a pagar permite à rede alocar mais de seus recursos aos aplicativos que mais geram valor na Internet, incrementando a eficiência de toda a rede. Além do mais, dada a arquitetura da Internet e dada a sua característica de mercado de dois lados, é pouco razoável

41. Report in support of TNL PCS S.A. on Proposals to introduce “net neutrality” regulations, de Freshfields Bruckhaus Deringer, set. 2011.

que os proprietários de rede façam fechamento vertical de mercado. A alegada “balcanização” comprometeria uma grande quantidade de valor da rede, contrariando os interesses dos próprios proprietários. A crítica desconsidera ainda o fato de que inovações em aplicativos podem estar condicionadas a inovações na rede, que podem estar sendo desestimuladas por uma baixa capacidade de os proprietários se beneficiarem da atividade inovadora em função da neutralidade de rede na forma como hoje está concebida.

Deste modo, a relativização da neutralidade, de outro lado, teria os seguintes benefícios potenciais: (a) redistribuiria o ônus da Internet dos usuários para os provedores de aplicativos; (b) permitiria ao dono da plataforma melhor internalizar as externalidades recíprocas nos dois lados do mercado; (c) recuperaria direitos de propriedade do proprietário sobre o uso de sua rede, incrementando sua capacidade de criação de valor sobre ela; (d) permitiria o incremento ou mesmo surgimento de segmentos na Internet com especial demanda de rapidez como Voip, vídeo e telemedicina; (e) geraria espaço para a competição por diferenciação da rede, inclusive estimulando a inovação na rede; (f) abriria espaço para os ganhos de bem-estar usualmente associado à possibilidade de discriminação de preços; (g) evitaria um típico problema de “tragédia dos comuns” gerado pelo congestionamento da rede decorrente do fato que os proprietários da rede não podem utilizar o sistema de preços para induzir a que os aplicativos internalizem em suas decisões os limites físicos da rede.

A importância do problema dos “comuns” se torna cada vez maior em um setor crescentemente demandante de capacidade. De fato, de acordo com as projeções da A.T. Kearney, o incremento de oferta não será suficiente para a satisfação de tal demanda sem uma flexibilização da ideia de neutralidade em sua concepção mais extremada. A A. T. Kearney destaca que, até hoje, pelo menos para as operadoras de telefonia, o subsídio cruzado existente da telefonia para a Internet teria sido o que viabilizou a manutenção do modelo de negócios. No entanto, com a Internet se transformando no produto principal, o negócio precisará ser autossustentável, o que demandará a flexibilização da neutralidade na forma como hoje é defendida em sua versão mais extrema.

A perspectiva de escassez de oferta, segundo ainda a A.T. Kearney, não constitui um problema de insuficiência da fronteira tecnológica, mas sim do sistema de incentivos econômicos atual da Internet baseado na neutralidade em sua forma mais extrema que descartou fontes de receitas e de custos no setor.

Em suma, a neutralidade de rede nos termos propostos pela Anatel tem o condão de gerar ineficiências alocativas, razão pela qual o art. 59 da CP 45 deveria ser

suprimido ou, ao menos, adequado, preservando a flexibilidade necessária para o desenvolvimento de modelos de gestão e remuneração de rede aptos a suportar a continuidade da expansão das redes de Banda Larga no Brasil.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Internet sob a ótica jurídica, de Walter Douglas Stuber e Ana Cristina de Paiva Franco – *RT* 749/60;
- Análise da tributação incidente na telefonia sobre a Internet: o caso do Voip, de Jamile Bergamaschine Mata Diz e Leonardo Jorge Queiroz Gonçalves – *RTrib* 79/194;
- O conceito de servidor em informática e suas implicações jurídicas, de Manuel da Cunha Carvalho – *RDC* 39/158; e
- The Sheriff of "not-the-Internet": Reflections on Comcast Corp. vs. FCC, de Marcelo Thompson – *RDC* 1/201.

Sentença Comentada

DA COMPROVAÇÃO DE CULPA PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE ADMINISTRADOR POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

KAREN CALDEIRA RUBACK

Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: A Lei 12.529/2011 estabelece, à semelhança da lei que revogou, que infrações à ordem econômica são puníveis independentemente de culpa (art. 36, *caput*). Contudo, inova ao dispor que a punição do administrador responsável pela infração depende da comprovação de culpa (art. 37, I). Embora haja controvérsia acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza a responsabilização de pessoas jurídicas por ato cometido independentemente de culpa, o Cade tem mostrado entendimento pacífico acerca da aplicabilidade dessa previsão legal. Em relação aos administradores, em vista da novel disposição legal, o Cade reconhece a necessidade de culpa inclusive para infrações cometidas antes da vigência da nova lei – por aplicação da lei mais benéfica ao representado. Entretanto, o assunto parece não ser pacífico quando se trata de determinar o que configura a culpa do administrador, como se pode constatar por ocasião do julgamento do Processo Administrativo 08012.011027/2006-02.

PALAVRAS-CHAVE: Culpa – Dolo – Administradores – Infração à Ordem Econômica.

ABSTRACT: The Law 12.529/2011 establishes, as in the repealed law, that violations against the economic order are punished regardless of fault (main section of the art. 36). However, the law innovates by providing that punishment for the administrator responsible for the violations depends on proof of fault (art. 37, I). Despite the controversy about the unconstitutionality of the legal provision authorizing the liability of legal entity as a result of an act regardless of fault, Cade understands it should be applied that legal provision. Regarding the administrator, in view of recent legislation, Cade recognizes the necessity of fault, even for violations committed before the present Law, due to the application of the most beneficial law. Nevertheless, the issue regarding the factors that indicates the administrator's fault does not seem to be undisputed, as can be seen from the judgment of the Administrative Proceeding 08012.011027/2006-02.

KEYWORDS: Fault – Intentional misconduct – Management – Competitive infringement.

SUMÁRIO: A) Breve relatório do caso: 1. Síntese da Decisão do Tribunal do Cade – B) Comentários.

A) BREVE RELATÓRIO DO CASO

O Processo Administrativo¹ foi instaurado para apurar a prática de troca de informações comercialmente sensíveis e fixação conjunta de valores, datas de implementação e reajuste do adicional de combustível no período de julho de 2003 a outubro de 2005.² A conduta teria sido praticada pelas seguintes empresas que prestam serviços de transporte aéreo de cargas: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., KLM – Companhia Real Holandesa de Aviação, Societé Air France, ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A. – Varig Log, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., United Airlines Inc. Além dessas empresas, também figuram como representadas 15 pessoas físicas, executivos das empresas representadas.

As investigações tiveram início com denúncia apresentada por meio de acordo de leniência firmado entre a Secretaria de Direito Econômico – SDE (propriamente, a União) e o Grupo Lufthansa e alguns de seus executivos. Também assinaram o acordo o Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi destacado nos autos a existência de investigação em outras jurisdições, incluindo alguns dos representados, e acordos firmados com diversas autoridades estrangeiras em razão de semelhante conduta praticada em outros países – vide ao final do voto do Conselheiro relator uma tabela com relação das investigações, acordos, contribuições e multas referentes a cada uma das empresas do setor investigadas por semelhante conduta no mundo todo (f. dos autos).

Em 23.01.2007 foram cumpridos mandados de busca e apreensão nos escritórios das empresas Air France/KLM, American Airlines e Variglog. Os documentos apreendidos complementaram as provas apresentadas pelos beneficiários do acordo de leniência. Os principais documentos destacados pelo Cade como evidência da conduta são emails (trocados entre funcionários de uma mesma empresa ou entre concorrentes).

1. A íntegra do Procedimento Administrativo n. 08012.011027/2006-02 está disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000763631731.pdf].

2. A controvérsia acerca da constitucionalidade de tal dispositivo legal se relaciona ao disposto no art. 173, § 4.º, da CF, o qual dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A tese da inconstitucionalidade se fundamenta na alegação de que a expressão “que vise à” indica a necessidade de dolo, ou seja, a intenção de produzir o resultado ilícito (eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros).

Após instrução do feito, a SDE emitiu parecer opinando pela não punição dos beneficiários do acordo de leniência e condenação de todos os demais representados.

Os autos foram então encaminhados ao Cade, em janeiro de 2010. Em 22 de janeiro do mesmo ano os Representados ABSA e três de seus executivos – Javier, Hernan e Norberto – apresentaram requerimento para celebração de Termo de Cessação de Conduta – TCC. Tanto a Procuradoria do Cade quanto o Ministério Público Federal se manifestaram pela rejeição da proposta em razão do baixo valor da contribuição pecuniária oferecida. Em 07.07.2010 o Cade julgou o requerimento, rejeitando a proposta.

Em novembro de 2012 foram propostos TCC por Air France, KLM e dois de seus executivos – Paulo, da Air France e Renata, da KLM. Por meio do TCC esses representados assumiram que efetivamente houve trocas de informações ilícitas entre concorrentes no Brasil com o objetivo de repassar determinado valor do adicional de combustível aos preços na data acordada. Eles também concordaram em efetuar contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos no valor total de R\$ 13.806.475,18. O valor foi considerado adequado pelo Tribunal do Cade, que homologou a proposta de TCC em 20.02.2013.

A Procuradoria do Cade e o Ministério Público Federal, à semelhança da SDE, opinaram pela condenação de todos os representados (com exceção dos beneficiários do acordo de leniência, aos quais deveriam ser concedidos os benefícios decorrentes de tal acordo).

O processo foi então julgado pelo Tribunal do Cade na sessão de julgamento realizada em 28 de agosto do corrente ano de 2013. A decisão do Cade, cuja síntese é transcrita a seguir, foi unânime, nos termos do voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz, com exceção da decisão sobre a condenação de executivo da ABSA, o Sr. Norberto Maria Jochmann.

Em voto divergente, a Conselheira Ana Frazão votou pelo arquivamento do processo em relação a ele por entender não ter sido comprovada sua culpa – requisito indispensável para responsabilização de administradores por infração à ordem econômica. A questão ressaltada pela Conselheira Ana Frazão, que proferiu voto vogal para tratar tão somente desse assunto (embora outras questões tenham sido mencionadas durante a sessão de julgamento), merece ser destacada em vista do novo dispositivo legal que exige a comprovação de culpa ou dolo para caracterização de infração concorrencial por administradores.

Proferiu voto sobre esse assunto também o Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis, que entendeu estar configurada a culpa do representado em questão, acompanhando, portanto, o voto do relator.

Também merece destaque o critério utilizado para aplicação de multa para pessoas físicas estabelecido no voto do Conselheiro relator, em relação ao qual não houve divergência, tampouco comentários ou debates durante a sessão de julgamento.

Todos os três votos proferidos no caso serão apresentados a seguir. Considerando que o voto do Conselheiro relator é extenso (possui 205 páginas) serão transcritos apenas alguns trechos. O voto do Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani Luis também será apresentado de forma resumida. Em ambos os casos serão selecionados os trechos relevantes para compreensão da controvérsia acerca da configuração da culpa de administradores no caso ora em comento.

1. SÍNTESE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DO CADE

O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do presente processo em relação à United Airlines Inc. e a Luiz Fernando Costa. Com relação aos beneficiários da leniência, Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, Cleverton Holtz Vighy, Vítor de Siqueira Manhães, Eduardo Nascimento Faria, Aluísio Damião da Silva Corrêa e Fernando Amaral, determinou, por unanimidade, a aplicação de todos os benefícios previstos no acordo de leniência, e decretou a extinção da ação punitiva da Administração Pública nos termos da lei. Determinou, ainda, por unanimidade, o afastamento das preliminares suscitadas e a condenação dos representados American Airlines, Inc., ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A., Varig Logística S.A. – Varig Log, Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., Dener José de Souza, Javier Felipe Meyer de Pablo, Hernán Arturo Merino Figueroa, José Roberto da Costa, Margareth de Almeida Faria, e Marcelo Del Padre, por crime contra a ordem econômica nos termos do art. 20, I e art. 21, I e II, da Lei 8.884/1994, com a aplicação das seguintes multas: American Airlines, Inc., no valor de R\$ 25.770.589,61; ABSA Aerolíneas Brasileiras S.A. no valor de R\$ 113.774.512,19; Varig Logística S.A. – Varig Log, no valor de R\$ 144.950.064,20; Alitalia Linee Aeree Italiane S.P.A., no valor de R\$ 3.974.204,02; Dener José de Souza, no valor de R\$ 74.487,00; Javier Felipe Meyer de Pablo, no valor de R\$ 1.137.745,12; Hernán Arturo Merino Figueroa, no valor de R\$ 1.137.745,12; José Roberto da Costa, no valor de R\$ 74.487,00; Margareth de Almeida Faria, no valor de R\$ 74.487,00; Marcelo Del Padre, no valor de R\$ 74.487,00; e demais penalidades definidas no voto do Conselheiro relator. O Plenário, por maioria, afastou as preliminares e determinou a condenação de Norberto Maria Jochmann, com aplicação de multa no valor de R\$ 2.275.490,24, e demais penalidades previstas, nos termos do voto do Conselheiro relator; vencida a Conselheira Ana Frazão que votou pelo arquivamento do processo em relação a este representado. Em relação a Paulo

Jofily de Monteiro Lima, Renata de Souza Branco, KLM – Companhia Real Holandesa de Aviação e Societé Air France, determinou, por unanimidade, a não aplicação de multa pecuniária uma vez que o processo administrativo está suspenso em virtude do Termo de Compromisso de Cessação pactuado, atualmente sob acompanhamento no Cade. O Plenário do Cade fixou o prazo de 60 dias para a comprovação do cumprimento da decisão do Cade, a contar de sua publicação, nos termos do voto do Conselheiro relator.

B) COMENTÁRIOS

Os votos proferidos sobre o caso ora em comento contêm diversas questões relevantes acerca do entendimento do Cade sobre alguns pontos usualmente debatidos acerca da interpretação da legislação de concorrência. Restringiremo-nos, contudo, a comentar o debate travado a partir de questionamento da Conselheira Ana Frazão acerca da comprovação do envolvimento do diretor-presidente da ABSA, o Sr. Norberto, no cartel.

Conforme manifestado no primeiro parágrafo do voto-vogal proferido, a Conselheira Ana Frazão entendeu que não haveria nenhum indício “minimamente consistente para justificar a condenação”. Destacou que, por expressa determinação legal, a condenação de administradores de pessoas jurídicas exige a culpa para lastrear a condenação (aplicando-se a Lei 12.529/2011, por ser mais benéfica, conforme entendimento do Cade).

Do que se depreende de seu voto e do manifestado durante a sessão de julgamento, a Conselheira demonstrou não estar especialmente preocupada com a definição do que configuraria “culpa”, mas sim com a necessidade de identificação de um conjunto probatório robusto para sustentar a condenação do representado em questão. Diga-se, a previsão legal de configuração da culpa para condenação de administradores de pessoas físicas, aparentemente, estaria sendo aplicada no sentido de impor uma obrigação ao Cade de ser mais rigoroso na valoração das provas que fundamentariam a condenação de pessoa física por infração concorrencial.

O Conselheiro Alessandro Octaviani, entendendo que o cerne do questionamento da Conselheira seria, basicamente, a questão da culpa, teceu comentários sobre como a legislação poderia ser interpretada e sobre o que poderia configurar a culpa. Do que se pode verificar pelo manifestado durante a sessão de julgamento,³ o Conselheiro entendeu que se poderia identificar, em relação

3. Áudio da sessão disponível em: [www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2013/julg-27.mp3].

ao Sr. Norberto, a *culpa in omittendo*, *culpa in eligendo* e *culpa in custodiendo*. A primeira decorreria da omissão, como administrador, em relação aos fatos praticados por funcionários posicionados hierarquicamente abaixo dele – no caso, praticado pelos diretores; a segunda decorreria da escolha de tais administradores – que praticaram o ato ilícito; e a terceira por custodiar o que estaria acontecendo “abaixo de si”.⁴

Em relação a tais ponderações, a Conselheira Ana Frazão manifestou entendimento que elas seriam restritas ao âmbito de responsabilidade civil, não sendo aplicáveis em processo administrativo sancionador. Entenderia que, aplicando tal raciocínio, haveria o risco de se condenar pessoas físicas por responsabilidade objetiva, ou seja, pelo simples fato de ser presidente ou diretor de uma empresa.

Na verdade, parece ser o cerne da questão levantada pela Conselheira Ana Frazão o fato de que o Sr. Norberto não poderia ser condenado apenas por exercer cargo de diretor-presidente e ter sido copiado em alguns emails, ou seja, ter tido participação passiva. A comprovação da culpa, que se daria pela comprovação de que ele esteve efetivamente ciente da participação dos diretores da empresa em cartel e que anuiu com tal participação e com a implementação do acordo firmado com concorrentes na empresa, seria, portanto, absolutamente necessária.

É relevante ressaltar que, da análise dos votos e, especialmente das manifestações dos Conselheiros durante a sessão de julgamento, parece-nos que a discussão não envolveu apenas a opinião acerca do que seria suficiente para configurar o cometimento de infração concorrencial. Parece-nos que a valoração das provas apresentadas nos autos foi realizada de forma um pouco diferente por alguns conselheiros. Por tal razão, entendemos necessário apresentar não apenas a opinião dos conselheiros que se manifestaram sobre a questão, mas também as razões principais que fundamentaram seus votos.

A Conselheira Ana Frazão manifesta entendimento de que não há nos autos indícios da participação no cartel em relação ao Sr. Norberto, ao contrário do que ocorreria com todas as demais pessoas físicas condenadas pelo Cade nesse caso. Entende que as razões expostas nos voto do Conselheiro relator deixariam claro que o Sr. Norberto somente teria sido copiado em emails em um momento em que as tratativas seriam lícitas por parte da ABSA. Cita trecho

4. Vide no voto-vogal proferido pelo Conselheiro Alessandro Octavini mais detalhes sobre os fundamentos considerados para condenação do Sr. Norberto – especialmente §§ 41 e ss.

do parágrafo 470 daquele voto, onde consta que “Considerando todo o email, embora seja provável que Norberto ABSA tenha tido conhecimento da ação concertada, verifica-se que após 10 dias ele não havia informado sua estratégia comercial, sendo que o próprio Fernando Fetter admitiu ter dúvidas sobre a concordância da ABSA” –⁵ o que demonstraria que, embora pudesse estar ciente de algo ilícito, não foi comprovado seu envolvimento.

Destaca também o fato de que o Sr. Norberto não foi indicado pelos próprios beneficiários do acordo de leniência como contatos do cartel na ABSA (vide parágrafo 482 do voto do Conselheiro relator).

E quanto à outra prova existente contra ele, uma anotação encontrada na agenda de secretária da VarigLog com os dizeres “Norberto da ABSA – Aplicabilidade adicional de combustível”, entende que é uma informação muito genérica, além de não ser agenda pessoal do representado, mas de terceiro (o que reduziria seu valor probatório contra o Sr. Norberto, pelo que podemos deduzir).

Mencionando ainda o voto do Conselheiro relator, a Conselheira destaca sua preocupação de que o disposto no parágrafo 481 daquele voto indicasse que o Cade estaria condenando o Sr. Norberto por *dedução* de que ele necessariamente sabia de todos os fatos. Ou seja, a decisão não se fundamentaria em *prova* de seu envolvimento, mas em suposição de envolvimento em razão do cargo que exercia.

Vide o constante no mencionado parágrafo 481: “Além disso, foi apreendida a anotação, de 02.09.2005,⁶ na agenda da Secretária da Presidência e da Diretoria da VarigLog, Michele Mary J. Souza, escrito como recados: ‘Norberto da ABSA – Aplicabilidade adicional de combustível’. *A princípio, essa anotação não seria prova suficiente de um ilícito, mas dado o contexto no qual a ABSA se inseriu a partir de pelo menos agosto de 2005,*⁷ Norberto ABSA necessariamente sabia de

-
5. Não se pode esquecer que o próprio Norberto ABSA encaminhou estudo sobre o impacto do adicional do combustível para a JURCAJB e este mesmo estudo foi encaminhado às demais empresas como exemplo ou modelo a ser seguido por outros. Assim é inconcebível ponderar que Norberto ABSA, Sócio-Presidente da ABSA, estava a quem das estratégias comerciais da empresa e que não se comunicava e/ou estava ciente das ações concertadas da sua empresa com os demais concorrentes.
 6. Este foi apenas uma anotação destaca (*sic*). Penso que as várias anotações dos compromissos na referida agenda para contatar Norberto ABSA, o que demonstra, em seu conjunto, que Norberto ABSA frequentemente conversava com os seus concorrentes.
 7. Pelo que não dizer também outros períodos da conduta, conforme destacado neste voto.

todos os fatos e, como Presidente da empresa, respondia por ela. Não se tratou, pois, de ações dos diretores realizadas à revelia do presidente"⁸ (destacou-se).

A Conselheira faz ainda referência à situação da United Airlines, por entender haver alguma relação com a do Sr. Norberto. Os beneficiários do acordo de leniência indicaram que a United Airlines teria participado do cartel, mas o Conselheiro relator considerou não haver evidência de seu envolvimento porque ela somente teria recebido email de concorrentes, ou seja, participado de forma passiva. Interessante observar que em seu parecer, a SDE opinou pela condenação da empresa e de seu executivo, Luiz Fernando Costa, não por terem participado ativamente do cartel, mas pela omissão em não denunciar a conduta, já que cientes dela. Consta do parecer que "é responsável pela prática ilícita não só aquele que atua de forma comissiva, mas também o que atua de forma omissiva, contribuindo para a clandestinidade do delito. Por essa mesma razão, considera-se também demonstrada a participação da United Airlines na conduta investigada, ainda que de forma ocasional e omissiva".⁹

De toda forma, o Cade decidiu, nos termos do voto do Conselheiro relator, pelo arquivamento do processo em relação à United Airlines e Luiz Fernando Costa.

Como destacado pela Conselheira, no seu entendimento o Sr. Norberto estaria sendo considerado culpado apenas por ter sido copiado em emails (assim como a United Airlines e seu executivo), e, inclusive, copiado em emails apenas "no primeiro momento da conduta, quando o próprio relator considera que a troca de informações existente era lícita".¹⁰ De fato, a análise do voto do Conselheiro relator sobre as provas de participação das representadas parece dar suporte a tal alegação (vide parágrafos 384 a 435 e 467 a 484 do voto).

E ainda mais relevante, no caso do Sr. Norberto, nem os próprios beneficiários do acordo de leniência o indicaram como participante do cartel.

Finalmente, acerca da manifestação da Conselheira, destacamos a observação de que a situação do Sr. Norberto a teria impressionado ainda mais pelo

8. Não só a anotação citada, mas também o envio de fax sob (sic) o comunicado do aumento do adicional pelo DAC, o estudo comparativo dos preços formulado pela ABSA (de 02.03.2005), histórico da conduta (f. dos autos) entre outros, comprovam que de fato havia comunicação e tentativas de alinhamento entre as empresas e com envolvimento de Norberto ABSA, Hernan ABSA e Javier ABSA.

9. Trecho transcrito à f. dos autos (voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz).

10. Parágrafo 3.º do voto-vogal da Conselheira Ana Frazão, f. dos autos.

fato de a multa a ser aplicada a ele, segundo voto do Conselheiro relator, ser a maior entre todos os representados.¹¹

Respondendo ao questionamento da Conselheira acerca do fundamento para condenação do Sr. Norberto e da multa a ele aplicada, o Conselheiro relator, Ricardo Ruiz, destacou especialmente a estrutura e hierarquia entre os representados funcionários da ABSA.

O critério para aplicação da multa às pessoas naturais é um item relevante que também merece destaque. Estiveram envolvidos no cartel funcionários que ocupavam três diferentes níveis na hierarquia da empresa: cargo de gerência, cargo de diretor, e cargo de Presidente, ou diretor-presidente. Entendeu o Conselheiro relator que seria necessário diferenciar os funcionários que exerciam cargos de administradores, aos quais seria aplicada multa no valor de 1% a 20% daquela aplicada à empresa (art. 37, III, da Lei 12.529/2011), dos funcionários que não exerciam cargo de administrador, aos quais seria aplicada multa no valor de 6.000 a 6.000.000 de UFIRs (art. 23 da Lei 8.884/1994, por ser mais benéfica).

Para distinguir as pessoas físicas que deveriam ser enquadradas como administrador seria avaliado o tipo de cargo ocupado. No caso de ter cunho estratégico e decisório na empresa a pessoa deveria ser enquadrada como administrador. Se, ao contrário, o cargo estiver vinculado à limitada capacidade decisória, tanto no cartel quanto internamente em cada empresa envolvida, seria enquadrada como não administrador. Considerou-se estarem enquadrados no primeiro caso os presidentes e cargos de diretoria e no segundo os cargos de gerentes.

É relevante ressaltar que tal enquadramento foi feito de forma abstrata, ou seja, sem considerar especificamente a função exercida por cada representado pessoa física na empresa e no cartel. Não foi ponderado que, em determinada situação, uma pessoa poderia ocupar cargo de diretor e ter limitada capacidade decisória. Ou ocupar o cargo de gerente, mas ter significativa capacidade decisória.

Destaca-se o fato de que em todas as empresas condenadas, com exceção da ABSA, as pessoas físicas envolvidas exerciam o cargo de gerência. Nessas outras empresas a diretoria estaria localizada no exterior e, embora os gerentes localizados no Brasil é quem tivessem se articulado com concorrentes e implementado a política, considerou-se que o poder decisório, que a articulação da

11. Em relação ao critério de aplicação de multa, vide §§ 525 a 529 do voto do Conselheiro relator Ricardo Ruiz.

estratégia, ocorria no exterior. De toda forma, nenhum dos diretores das empresas que não a ABSA foram incluídos como representados no processo. Não houve nem mesmo a identificação de quem seriam tais diretores.

O fato de a ABSA ter sua estrutura no Brasil, ter o centro decisório no país – diga-se, os diretores e o diretor-presidente estarem próximos – parece ter sido uma das razões pelas quais o Conselheiro relator considerou ter havido de fato o envolvimento, ou ao menos o conhecimento e anuência do Sr. Norberto, diretor-presidente da ABSA, da participação da empresa no cartel.

Considerou o Conselheiro relator que o Sr. Norberto tinha poder decisório e poderia ter falado “não” para aquele tipo de participação na conduta ilícita, mas não teria dito o “não”. Ou seja, não haveria provas nos autos (ao contrário do que seria o caso da United Airlines, no seu entender) de que o Sr. Norberto tenha se oposto à participação dos diretores da ABSA no cartel. Obviamente esse entendimento parte do pressuposto de que o Sr. Norberto, necessariamente, tinha ciência da participação de tais diretores no cartel e, portanto, já em princípio diverge do entendimento da Conselheira Ana Frazão.

E com base no cargo ocupado pelos representados funcionários da ABSA todos foram considerados administradores para o fim de estabelecimento de multa. Aos dois funcionários que exerciam o cargo de diretores foi estabelecida a multa mínima, de 1% do valor aplicado à empresa (o que representou o valor de R\$ 1.141.339,18), e ao diretor-presidente, o Sr. Norberto, multa de 2% do valor aplicado à empresa (o que representou o valor de R\$ 2.282.678,37). Ressalta-se que a multa foi estabelecida como de responsabilidade pessoal e exclusiva dos representados, tendo em vista a posição de diretor-presidente e sócio da empresa, para o Sr. Norberto, e a posição de diretor da empresa (administrador) para os representados diretores da ABSA.

Segundo explicação apresentada durante a sessão de julgamento, a multa do diretor-presidente foi superior tão somente por uma questão hierárquica. Ou seja, por ocupar cargo hierarquicamente superior, a multa foi superior aos que ocupavam o cargo de diretores. As demais pessoas físicas foram condenadas com multa segundo critério aplicável a pessoas físicas não administradores (no valor de R\$ 70.000,00).

Concluindo a resposta ao questionamento apresentado pela Conselheira Ana Frazão, o Conselheiro relator Ricardo Ruiz confirma que as provas existentes contra o Sr. Norberto seriam emails nos quais foi copiado (mencionados pela Conselheira Ana Frazão como relativos a um período em que se teria reconhecido o não envolvimento da ABSA no cartel, tal como referido pelo próprio Conselheiro relator em seu voto, nos parágrafos 470) e a anotação na

agenda de secretária da VarigLog. E ainda, informa que sua decisão incorpora entendimento de que, como diretor-presidente, ele negociava com o diretor da empresa, que era quem participava ativamente do cartel.¹²

Ao final dos debates havidos durante a sessão de julgamento a Conselheira Ana Frazão votou pelo arquivamento em relação ao Sr. Norberto.

Antes de proferir o seu voto e concluir o julgamento, o Conselheiro Presidente Vinicius Marques de Carvalho manifestou opinião de que a situação do Sr. Norberto seria diferente da United Airlines. Expressou que, conforme informado pelo Conselheiro relator Ricardo Ruiz, haveria prova de que a United Airlines não teria participado do cartel (emails de concorrentes mencionando esforços para incluí-la no cartel) embora fosse copiada em emails enviados por integrantes do cartel. Já em relação ao Sr. Norberto não teria provas de que ele não participou do cartel.

A manifestação do Conselheiro Presidente deixa clara que sua compreensão dos fatos, em vista do exposto pelo Conselheiro relator, era a de que o Sr. Norberto recebia emails constantemente de seus diretores, emails esses que falavam de uma conduta ilícita. Esclarece, pois, que o Sr. Norberto estava sendo condenado por ter participado do cartel, porque como Presidente da empresa ele era copiado em alguns emails que discutiam questões relacionadas ao cartel. Afirma então que “se isso for verdade” ele se sentiria confortável para condenar.

Parece-nos que o Conselheiro Presidente quis deixar claro que o Sr. Norberto não estava sendo condenado por presunção de que, por ocupar o cargo de diretor-presidente, ele estava ciente da participação dos diretores da empresa no cartel. Mas sim por haver provas materiais de seu conhecimento sobre as ações praticadas pelos diretores diretamente envolvidos no cartel.

Embora nenhum Conselheiro tenha se manifestado acerca das observações apresentadas pelo Conselheiro Presidente, parece-nos que pode ter havido mal entendido em relação a em quais emails o Sr. Norberto foi copiado. Segundo consta nos autos, ele teria sido copiado em dois emails, enviados por concorrentes (ocasião em que não ficou comprovado o envolvimento da ABSA no cartel – ao contrário, há indícios de que o Sr. Norberto não se envolveu com concorrentes naquela ocasião). Mas não há nos autos indicação de que o Sr. Norberto teria sido copiado em emails de seus diretores, emails nos quais houvesse referência à participação no cartel.

12. No voto proferido pelo Conselheiro relator há indicação de alguns outros fatos considerados como evidência do envolvimento do Sr. Norberto, embora com menor destaque – constam em notas de rodapé, por exemplo (vide notas de rodapé n. 130 e 134).

Ao concluir os comentários sobre a decisão destacada, deixamos claro que nossa intenção não é emitir juízo de valor sobre a culpabilidade do Sr. Norberto. Pretendemos tão somente trazer à baila a relevante discussão acerca da necessidade de comprovação da culpa de administradores para condenação por infração à ordem econômica e também acerca do que configura a participação em ilícito concorrencial.

Independente de como se defina ou caracterize a “culpa” indicada no art. 37, III, da Lei 12.529/2011, parece-nos adequado considerar, conforme manifestado pela Conselheira Ana Frazão, que o Cade deve, em vista da novidade incluída na lei, ter um cuidado maior em relação à condenação das pessoas físicas. Um conjunto probatório robusto, que comprove efetivamente a participação, envolvimento ou anuência da pessoa física na infração concorrencial, ao contrário da responsabilização objetiva ou da presunção de envolvimento em ato ilícito, em razão de cargo exercido, por exemplo, deve ser o mandamento para condenação de pessoas físicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A responsabilidade da Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica, de Luiz Fabião Guasque – *RT* 717/506; e
- Repressão às infrações contra a ordem econômica, de Celso Ribeiro Bastos – *RDCI* 16/20.

CONHECIMENTO DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO SEM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE E (IN)DEFINIÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO

LUDMILA SOMENSI

Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: O artigo analisará o voto-vista do Conselheiro do Cade Eduardo Pontual Ribeiro, prolator da decisão final nos Atos de Concentração em que a Monsanto concede a quatro outras pessoas jurídicas, Syngenta, Nidera, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario, licença não exclusiva às partes para desenvolver, testar, produzir e comercializar sementes de soja com uma tecnologia específica. As operações da Monsanto levaram o Plenário do Cade a debater sobre a notificação de contratos de licenciamento sem exclusividade e instigaram a definição de "contrato associativo", noção esta trazida na nova Lei de Concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Conhecimento – Contrato de licenciamento – Contrato associativo.

ABSTRACT: This paper analyzes the vote review of Cade's Commissioner Mr. Eduardo Pontual Ribeiro, who issued the final decision in the Concentration Acts, in which Monsanto grants to four other companies, Syngenta, Nidera, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola and Don Mario, a non-exclusive license for the parties to develop, test, produce and commercialize seeds with a specific technology. Monsanto's operations led Cade to discuss the notification of non-exclusive license agreements and prompted the definition of "associative contracts", a concept brought up in the new competition law.

KEYWORDS: Knowledge – License agreement – Associative contract.

SUMÁRIO: A) Nota introdutória – B) Decisão – C) Comentários: 1. Histórico das sessões de julgamento – 2. Conhecimento de contrato de licenciamento sem cláusula de exclusividade e (in)definição de contrato associativo – 3. Considerações finais.

A) NOTA INTRODUTÓRIA

Nas sessões de julgamento do Cade no ano de 2013, os Conselheiros iniciaram os debates sobre alguns temas trazidos pela nova Lei de Concorrência, cujas definições são esperadas. Nesse sentido, os atos de concentração da Monsanto com outras pessoas jurídicas suscitaram discussões sobre a definição de "contrato associativo", bem como sobre a notificação de contratos de licenciamento sem cláusula de exclusividade. Julgados em conjunto na sessão

de 28.08.2013, as operações objeto destes comentários são Ato de Concentração 08012.002870/2012-38, entre Monsanto e Syngenta; Ato de Concentração 08012.006706/2012-08, entre Monsanto e Nidera Sementes; Ato de Concentração 08012.003898/2012-34, entre Monsanto e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola; Ato de Concentração 08012.003937/2012-01, entre Monsanto e Don Mario Sementes.

B) DECISÃO

*Decisão:*¹ Após o voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro pelo conhecimento das operações e, no mérito, pela aprovação com restrições às cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais e societárias não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto, o Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho, apresentou voto-vogal nos Atos de Concentração 08700.003898/2012-34, 08700.003937/2012-01 e 08012.006706/2012-08, aderindo ao voto proferido pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, pelo conhecimento e, no mérito, pela aprovação das operações com restrições. Manifestaram-se o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis e a Conselheira Ana Frazão, retificando os votos anteriormente proferidos e aderindo ao voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro e ao voto-vogal do Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho, pelo conhecimento e, no mérito, pela aprovação das operações com restrições. O Plenário, por maioria, conheceu das operações, vencido o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo que votou pelo não conhecimento das operações e, no mérito, por maioria, aprovou-as com restrição às cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais e societárias não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto, determinando a comprovação das referidas alterações no prazo de 60 dias a contar da publicação da decisão, nos termos do voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro; vencidos o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça e o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo que votaram pela aprovação sem restrições.

C) COMENTÁRIOS

1. HISTÓRICO DAS SESSÕES DE JULGAMENTO

As operações da Monsanto exigiram do Plenário do Cade o debate sobre a notificação de contratos de licenciamento sem exclusividade e instigaram

1. A íntegra dos Atos de Concentração n. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01 estão disponíveis em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000728381318.pdf].

a aprovação sem restrições, o julgamento foi, pela terceira vez, convertido em diligência. Na sessão de julgamento de 28.08.2012, o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro votou pelo conhecimento das operações e, no mérito, pela aprovação com restrições às cláusulas que “permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais e societárias não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto”. Na ocasião, o Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho, apresentou voto-vogal a três operações, haja vista estar impedido na quarta, aderindo ao voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro. O Conselheiro Alessandro Octaviani e a Conselheira Ana Frazão também aderiram à opinião do Conselheiro Eduardo Pontual, retificando suas decisões.

Dessa forma, por maioria, as operações foram conhecidas e aprovadas com restrições.

2. CONHECIMENTO DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO SEM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE E (IN)DEFINIÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO

Diante do histórico das sessões de julgamento dos quatro casos da Monsanto é visível a controvérsia das questões ora analisadas. Apesar dos casos terem sido pautados pela primeira vez em dezembro de 2012, foram decididos somente na sessão do dia 28.08.2013. A divergência do Tribunal quanto ao conhecimento ou não de um contrato de licenciamento, sem cláusula de exclusividade, resultou em relevantes estudos dos Conselheiros, conferidos nos votos apresentados a cada sessão.

Longe de ser pequena a responsabilidade do Conselho. O entendimento pela submissão ou não de um contrato à apreciação do Cade é levado em conta pelos agentes no mercado em suas próximas atuações e impacta, inclusive, em contratos anteriormente celebrados.

Os critérios de submissão de um ato de concentração ao Cade devem ser precisos, a fim de que seja claro às partes a necessidade da submissão de um contrato ao órgão antitruste. Isso ainda se torna mais exigível com a análise prévia dos atos de concentração instituída pela nova lei de concorrência, haja vista que o controle anterior da operação impossibilita a eficácia imediata da operação, o que vem a ser prejudicial a toda atividade empresarial.

Na lei antiga, Lei 8.884/1994, a submissão de um ato de concentração se dava quando a participação de empresa ou grupo de empresas resultava em 20% de um mercado relevante ou quando qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais (art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994).

a definição de “contrato associativo”, noção esta trazida na nova Lei de Concorrência. Foram quatro contratos em que a Monsanto concede à Syngenta, à Nidera, à Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e a Don Mario licença não exclusiva para produção, teste, desenvolvimento e comercialização no Brasil de variedades de sementes de soja *Intacta RR2 PRO™*, tecnologia que permite resistência da semente a determinado defensivo e a insetos.

Em 12.12.2012, as quatro operações foram levadas a julgamento, porém encontraram divergência do Conselho quanto à necessidade de submissão dos respectivos atos ao Cade.² O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, relator do ato de concentração entre Monsanto e Syngenta, entendeu ser caso de notificação ao Cade da operação em questão. O Conselheiro Alessandro Octaviani, relator dos atos de concentração entre Monsanto e Nidera, Coodetec e Don Mario, entendeu ser caso de conhecimento e, no mérito, decidiu pela aprovação sem restrições.

Na ocasião, a Conselheira Ana Frazão e o Conselheiro Ricardo Ruiz pediram vista, destacando a necessidade de se conhecer os concorrentes das patentes tratadas nos casos e se estudar o monopólio legal concedido. Por unanimidade, o julgamento foi convertido em diligência a fim de se determinar se a análise de concentração deveria ser realizada anteriormente.

As requerentes foram intimadas a apresentar as patentes relacionadas ao caso; as patentes concorrentes ou substitutas, mesmo que imperfeitas; os respectivos prazos de vigência e os controladores; e, ainda, outras informações e análises relacionadas ao poder de mercado e impactos no mercado do uso e licenciamento destas tecnologias controladas pela Monsanto e, quando pertinente, pelas suas concorrentes.

Na sessão de julgamento de 20.03.2013, a Conselheira Ana Frazão votou pelo não conhecimento das operações e na ocasião, por proposição do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, o julgamento foi, mais uma vez, convertido em diligência.

Na sessão de julgamento de 17.04.2013, após o voto de Conselheiro Elvino, aderindo ao voto do Conselheiro Octaviani pelo conhecimento e, no mérito,

-
2. Outro caso que merece destaque, no qual a Monsanto também figura como parte, é o contrato celebrado com a Embrapa, Ato de Concentração 08700.006339/2012-23, julgado na sessão de 07.08.2013. O Plenário decidiu pela notificação do contrato de licenciamento, sem exclusividade, de tecnologia de exploração comercial de cultivares de algodão, haja vista que, conforme destacado pelos Conselheiros, o Cade ainda não possuiria segurança para decidir se esse tipo de contrato não traria impacto concorrencial negativo, pelo fato desses contratos serem “surpreendentes” (palavras do Conselheiro Ricardo Ruiz).

A nova lei, Lei 12.529/2011, estabelece, primeiramente, um requisito de faturamento no país, 750 milhões de reais para um dos grupos e 75 milhões de reais para outro grupo, e exclui a condição de participação em mercado relevante, que gerava dúvidas e divergências no seu estabelecimento e adentrava na análise de mérito do caso.

Pode-se afirmar que a busca por objetividade no controle de estruturas do novel diploma também se refletiu na definição de ato de concentração. Embora, o legislador, propositalmente ou não, tenha aberto espaço para interpretações em dois dispositivos que veremos a seguir.

A lei anterior ao dispor que deveriam ser submetidos à apreciação do Cade “os atos, sob qualquer forma manifestados, que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (art. 54, *caput*) carecia de interpretações, o que resultava nas mais diversas operações enquadráveis nesse dispositivo.

A lei nova dispõe que um ato de concentração será realizado quando uma das hipóteses previstas nos quatro incisos do art. 90 for observada, quais sejam: “I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permita de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*”.

No entanto, e contradizendo a objetividade acima mencionada, dois dispositivos desse artigo exigem um maior esforço interpretativo. A abertura dada pelo inc. II à aquisição de títulos “por qualquer outro meio ou forma” pode refletir uma preocupação legislativa com as possíveis inovações havidas nos trâmites empresariais. Ainda, e este foi tema de debate nos atos de concentração ora analisados, a indefinição do termo “contrato associativo” do inc. IV pode admitir as mais diversas operações. Obviamente, que a terminologia dada ao ato em análise não, necessariamente, caracteriza-o, e essa foi a conclusão do Cade nos casos aqui analisados. Pode-se afirmar que o debate nas sessões de julgamento das operações envolvendo a Monsanto se firmou no enquadramento dos contratos de licenciamento em questão como atos de concentração e, desse modo, na escolha de uma análise preventiva ou retrospectiva das operações.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no ato de concentração de sua relatoria envolvendo Monsanto e Syngenta, entendeu que a operação não se

enquadrava como ato de concentração em nenhuma das leis, nem anterior e nem vigente. O Conselheiro se ateve à especificidade da operação e assim concluiu que contratos de licença de patente não são considerados atos de concentração. Defendeu a análise retrospectiva das operações, tendo em vista que as preocupações concorrenciais não decorreriam do ato, da detenção do monopólio legal da tecnologia, mas do abuso na utilização do direito. Sobre um possível ilícito concorrencial resultante de um monopólio legal concedido pelo direito de propriedade industrial, o Conselheiro dispôs que não se pode julgar se um direito foi abusivo se não foi exercido.³ Portanto, ao defender a análise posterior das concentrações, entendeu que não é caso de submissão das operações ao Cade.

A Conselheira Ana Frazão, após instrução complementar dos casos realizada, começou o voto, na esteira do entendimento do Conselheiro Marcos Paulo, com o questionamento se contratos de licença de patentes podem ser considerados atos de concentração e em que medida seus possíveis efeitos deveriam ser tratados pelo controle de estrutura. Nesse sentido, a Conselheira entendeu que apenas a possibilidade de efeitos anticompetitivos não os tornaria atos de concentração e que tais efeitos poderiam levar ao controle de conduta, mas não de estrutura.

A Conselheira teceu considerações sobre a possibilidade de enquadrar o contrato de licença de patente no inc. IV do art. 90 da Lei 12.529/2011, por ter o termo “contrato associativo” uma noção “mais elástica”. Ao tentar definir o contrato associativo, ela dispõe que diferentemente dos contratos comutativos (ou de troca), nos quais a cooperação é um dever lateral, nos contratos associativos a cooperação é a própria prestação, é o dever principal. Os contratos associativos não diferem dos outros contratos pela existência de cooperação, mas no grau e tipo desta.

Para Ana Frazão, apenas se poderia admitir um contrato de licença de patente como um contrato associativo se fosse adotado um sentido amplo de cooperação e, segundo ela, esse não foi o ideal da nova Lei de Concorrência – alargar o conceito de contrato associativo –, haja vista que todos os contratos empresariais de longa duração seriam caracterizados como associativos. Nesse sentido, a Conselheira concluiu que o contrato de licença de patente não é um contrato associativo. Ao final do seu voto, a Conselheira nega o enquadramento dos contratos de licença de patente sem exclusividade como atos

3. Conforme voto proferido na 13.^a Sessão Ordinária de Julgamento, de 12.12.2012, disponível em áudio: [www.cade.gov.br/gravacoes/audio/2012/sessao13.asp].

de concentração em seu sentido mais amplo – aumento de poder de mercado ou criação de direção comum –, defendendo um controle de conduta e não de estrutura. E, dessa forma, conclui que não é caso de submissão dos contratos à análise prévia do Cade.

O Conselheiro Octaviani, nos votos dos atos de concentração em que era relator, operações entre Monsanto e Nidera, Monsanto e Coodetec, e Monsanto e Don Mario, postulou critérios para o conhecimento das operações em análise, eis que os casos envolvem contratos de tecnologia e haveria uma “imensa e praticamente intransponível assimetria de informações entre os desenvolvedores e detentores de tecnologias ultra-especializadas (...)”.⁴ Entre os critérios para o conhecimento apresentados pelo Conselheiro, destaca-se a “dominação empresarial *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra”, haja vista que, segundo o Conselheiro, pode ser ainda mais intensa nos setores de altíssima intensidade tecnológica.

Esse critério de conhecimento não nos parece acertado. A Conselheira Ana Frazão rechaçou tal critério ao dispor que o controle externo se estabelecerá na execução do contrato. Obviamente que, se a partir da leitura do contrato consigamos extrair o exercício de dominação de parceiros, a análise prévia deverá ser realizada. Entretanto, a possibilidade da existência de concentração econômica não leva à notificação, ficando essa análise pendente da execução do contrato.

No voto vencedor, o prolator da decisão, Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, destacou que as divergências ora havidas seriam mais aparentes que reais.⁵ Após esclarecer a estrutura e funcionamento do mercado e a estrutura da cobrança de *royalties* da Monsanto, o Conselheiro tratou do conhecimento das operações.

É de se afirmar que os Conselheiros Marcos Paulo Veríssimo, Ana Frazão e Eduardo Pontual convergem na desnecessidade de conhecimento de um contrato de licenciamento de patente não exclusivo. Ou seja, um contrato tradicional de licenciamento de patente sem a presença de cláusulas de exclusividade que possam influenciar a atuação concorrencial independente das partes, ante a inexistência de empreendimento comum, de transferência de ativos, ou outro acordo, embora não explícito, que resulte em alteração dos centros de

4. Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Ato de Concentração 08012.006706/2012-08, p. 3.

5. Voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro nos Atos de Concentração 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08 e 08012.003937/2012-01, p. 10.

decisão ou restrição concorrencial, não precisa ser submetido à apreciação do Cade.

Dessa forma, não obstante todo debate havido, a controvérsia não estava na necessidade de submissão ao Cade de um contrato, sem exclusividade, que tem como objeto o licenciamento de patente. Essa prática é considerada, inclusive, pró-competitiva por permitir o compartilhamento de tecnologia patenteada e possibilitar contratos com outros competidores. A garantia de exclusividade garantida por uma patente pode vir a ter efeitos anticoncorrenciais, mas, como apresentado pelos Conselheiros, na maioria dos casos virá de uma análise posterior, de conduta.

A contenda, portanto, estava no enquadramento das operações como contratos tradicionais de licenciamento de patente. De tal modo que, depois de uma análise criteriosa dos contratos, o Conselheiro Eduardo Pontual identificou um sistema de incentivos que criava uma influência externa da Monsanto nas decisões comerciais das licenciadas para além do objeto dos contratos.

O sistema de incentivos previsto nos contratos, embora não seja de exclusividade, elevava as barreiras à entrada de outros concorrentes e aumenta o ganho de mercado da Monsanto. Nesse sentido, as bonificações incentivariam as licenciadas a expandirem a produção da tecnologia da Monsanto, de modo que o negócio com a concorrente só seria interessante economicamente se esta pagasse a diferença do lucro obtido se mantivesse o contrato com a Monsanto.

Dessa forma, o entendimento pela necessidade de submissão dos contratos ao Cade decorreu do fato de os contratos não terem como objeto somente o licenciamento de patente. Demonstrada a existência de uma influência externa e de um empreendimento comum – o cultivar obtido –, o Conselheiro entendeu se tratar de atos de concentração, eis que, poderiam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultarem na dominação do mercado relevante (enquadramento no art. 54 da lei antiga).

Embora a decisão dos casos ora analisados se paute na lei antiga, no voto, o Conselheiro Eduardo Pontual enquadró os contratos analisados como “próximos a um contrato associativo”, eis que haveria um poder influência da licenciante na licenciada, “bem como a ingerência desse grupo econômico sobre as atividade de outro grupo, que extrapola muito o que seria esperado de um contrato comutativo”.⁶

6. Voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro nos Atos de Concentração 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, p. 20.

Finalmente, na análise de mérito, a fim de se afastar os efeitos concorrenciais negativos dos atos de concentração, foi determinado que as requerentes alterassem todas as cláusulas que possibilitassem a criação de barreiras à entrada ao mercado e cláusulas que permitissem a interferência da Monsanto na gestão estratégica das licenciadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentadas as razões de conhecimento dos atos de concentração da Monsanto, é visto que essa decisão não deve ser considerada parâmetro para todos os casos de contratos sem cláusulas de exclusividade. Contratos de licença convencionais e sem mecanismos anticoncorrenciais implícitos não serão afetados pelo precedente.

Muito embora a decisão tenha sido realizada com base na lei anterior, que previa como ato de concentração aqueles que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, no decorrer do julgamento foi destacado que a mera existência de impactos concorrenciais não é requisito de submissão de um ato de concentração.

Essa foi inclusive uma das inovações da nova Lei de Concorrência ao prever requisitos mais objetivos na definição de um ato de concentração. Nesse sentido, as exigências de faturamento mínimo para ambas as partes e de subsunção a algumas das hipóteses do art. 90 da Lei 12.529/2011 devem ser atendidas a fim de se submeter uma operação à análise prévia do Cade. Dessa forma, a definição do termo “contrato associativo” ainda será objeto de debates no Tribunal. Aguardamos, pois, novos pronunciamentos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do Cade, de Ricardo Villas Bôas Cueva – *RIBRAC* 16/121;
- Interfaces entre direito concorrencial e propriedade intelectual, de Rafael Szmíd – *RIBRAC* 19/297; e
- Propriedade intelectual no Cade: a evolução para a afirmação de uma competência, de Carla Frade de Paula Castro – *RIBRAC* 23/241.

Legislação Comentada

O NOVO DECRETO *ANTIDUMPING*: INOVAÇÃO NA POLÍTICA COMERCIAL BRASILEIRA

ADRIANA DANTAS

Advogada.

FERNANDO J. AMARAL

Advogado.

MILENA FONSECA

Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

SUMÁRIO: 1. Dec. 8.058/2013 – 2. Comentário.

1. DEC. 8.058/2013

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013

Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*; e altera o Anexo II ao Decreto 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

A *Presidenta da República*, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, *caput*, incisos IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT/1994 (Acordo *Antidumping*), aprovado pelo Decreto Legislativo 30, de 15 dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e na Lei 9.019, de 30 de março de 1995, na parte que dispõe sobre a aplicação das medidas previstas no Acordo *Antidumping*,

Decreta:

Capítulo I

Dos Princípios e das Competências

Art. 1.º Poderão ser aplicadas medidas *antidumping* quando a importação de produtos objeto de *dumping* causar dano à indústria doméstica.

§ 1.º Medidas *antidumping* serão aplicadas de acordo com as investigações iniciadas e conduzidas em conformidade com o disposto neste Decreto.

§ 2.º Nenhum produto importado poderá estar sujeito simultaneamente a medida *antidumping* e a medida compensatória para neutralizar a mesma situação de *dumping* ou de subsídio à exportação.

Art. 2.º Compete ao Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior – Camex, com base nas recomendações contidas em parecer do Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decom, a decisão de:

I – aplicar ou prorrogar direitos *antidumping* provisórios ou definitivos;

II – homologar ou prorrogar compromissos de preços;

III – determinar a cobrança retroativa de direitos *antidumping* definitivos;

IV – determinar a extensão de direitos *antidumping* definitivos;

V – estabelecer a forma de aplicação de direitos *antidumping*, e de sua eventual alteração;

VI – suspender a investigação para produtores ou exportadores para os quais tenha sido homologado compromisso de preços, nos termos do art. 67;

VII – suspender a exigibilidade de direito *antidumping* definitivo aplicado, mediante a exigência de depósito em dinheiro ou fiança bancária na hipótese da Subseção I da Seção III do Capítulo VIII, assim como determinar a retomada da cobrança do direito e a conversão das garantias prestadas; e

VIII – suspender a aplicação do direito *antidumping* na hipótese do art. 109.

Art. 3.º Em circunstâncias excepcionais, o Conselho de Ministros poderá, em razão de interesse público:

I – suspender, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, a exigibilidade de direito *antidumping* definitivo, ou de compromisso de preços, em vigor;

II – não aplicar direitos *antidumping* provisórios; ou

III – homologar compromisso de preços ou aplicar direito *antidumping* definitivo em valor diferente do que o recomendado, respeitado o disposto no § 4.º do art. 67 e no § 2.º do art. 78.

§ 1.º Os direitos *antidumping* ou os compromissos de preços suspensos com base no inciso I do *caput* poderão ser reaplicados a qualquer momento, por decisão do Conselho.

§ 2. Os direitos *antidumping* ou os compromissos de preços serão extintos ao final do período de suspensão previsto no inciso I do *caput*, caso não tenham sido reaplicados nos termos do § 1.º ou caso o ato de suspensão não estabelecer expressamente a reaplicação ao final do período de suspensão.

§ 3.º Os setores industriais usuários do produto objeto da investigação e as organizações de consumidores poderão fornecer informações julgadas relevantes a respeito dos efeitos de uma determinação positiva de *dumping*, de dano e de nexo de causalidade entre ambos.

§ 4.º As informações fornecidas nos termos do § 3.º deverão ser endereçadas à Secretaria-Executiva da Camex e serão consideradas no processo de tomada de decisão relativo a interesse público.

§ 5.º A análise de interesse público deverá observar os procedimentos estabelecidos em ato específico publicado pela Camex.

§ 6.º As decisões do Conselho de Ministros, inclusive as amparadas em interesse público, deverão sempre se fazer acompanhar da fundamentação que as motivou.

Art. 4.º Caberá à Camex conceder o *status* de economia de mercado para fins de defesa comercial.

Art. 5.º Compete à Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Secex:

I – iniciar a investigação *antidumping*;

II – encerrar a investigação sem aplicação de medidas nas hipóteses do art. 74;

III – prorrogar o prazo para a conclusão da investigação;

IV – encerrar, a pedido do peticionário, a investigação sem julgamento de mérito e arquivar o processo;

V – iniciar uma revisão de direito *antidumping* definitivo ou de compromisso de preços; e

VI – extinguir a medida *antidumping* nas hipóteses de determinação negativa nas revisões amparadas pelo Capítulo VIII.

Art. 6.º Compete ao Decom, na função de autoridade investigadora, conduzir o processo administrativo disciplinado por este Decreto.

Capítulo II

Da Determinação de *Dumping*

Art. 7.º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal.

Seção I

Do Valor Normal

Art. 8.º Considera-se “valor normal” o preço do produto similar, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador.

Art. 9.º Para os fins deste Decreto, considera-se “produto similar” o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto objeto da investigação ou, na sua ausência, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto objeto da investigação.

§ 1.º A similaridade de que trata o *caput* será avaliada com base em critérios objetivos, tais como:

- I – matérias-primas;
- II – composição química;
- III – características físicas;
- IV – normas e especificações técnicas;
- V – processo de produção;
- VI – usos e aplicações;
- VII – grau de substitutibilidade; e
- VIII – canais de distribuição.

§ 2.º Os critérios a que faz referência o parágrafo anterior não constituem lista exaustiva e nenhum deles, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de fornecer indicação decisiva.

Art. 10. O termo “produto objeto da investigação” englobará produtos idênticos ou que apresentem características físicas ou composição química e características de mercado semelhantes.

§ 1.º O exame objetivo das características físicas ou da composição química do produto objeto da investigação levará em consideração a matéria-prima utilizada, as normas e especificações técnicas e o processo produtivo.

§ 2.º O exame objetivo das características de mercado levará em consideração usos e aplicações, grau de substitutibilidade e canais de distribuição.

§ 3.º Os critérios a que se referem os § 1.º e § 2.º não constituem lista exaustiva e nenhum deles, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de fornecer indicação decisiva.

Art. 11. Para os fins deste Decreto, considera-se “país exportador” como sendo o país de origem declarado das importações do produto objeto da investigação, observado o disposto no art. 24.

Art. 12. Consideram-se “operações comerciais normais” todas as vendas do produto similar realizadas pelo produtor ou exportador sob investigação no mer-

cado interno do país exportador ou para um terceiro país, observado o disposto no art. 14.

§ 1.º As vendas do produto similar destinadas ao consumo no mercado interno do país exportador serão consideradas como em quantidade suficiente para a apuração do valor normal quando constituam cinco por cento ou mais das vendas do produto objeto da investigação exportado para o Brasil, admitindo-se percentual inferior quando for demonstrado que, ainda assim, ocorreram vendas no mercado interno do país exportador em quantidade suficiente para permitir comparação adequada.

§ 2.º A apuração a que se refere o § 1.º será efetuada após a exclusão das vendas que não tenham sido consideradas operações comerciais normais e deverá ser feita para a totalidade das vendas restantes do produto similar destinadas ao consumo no mercado interno do país exportador.

Art. 13. Caso existam vendas do produto similar destinadas ao consumo no mercado interno do país exportador em quantidade suficiente para a apuração do valor normal, sem que existam vendas em quantidade suficiente de determinados modelos específicos, o valor normal para estes modelos poderá ser apurado com base no valor construído, conforme definido no inciso II do *caput* do art. 14 ou, alternativamente, no preço de exportação para um terceiro país.

Art. 14. Caso não existam vendas do produto similar em operações comerciais normais no mercado interno do país exportador ou quando, em razão de condições especiais de mercado ou de baixo volume de vendas do produto similar no mercado interno do país exportador, não for possível comparação adequada com o preço de exportação, o valor normal será apurado com base no:

I – preço de exportação do produto similar para terceiro país apropriado, desde que esse preço seja representativo; ou

II – valor construído, que consistirá no custo de produção no país de origem declarado, acrescido de razoável montante a título de:

- a) despesas gerais;
- b) despesas administrativas;
- c) despesas de comercialização;
- d) despesas financeiras; e
- e) lucro.

§ 1.º As vendas do produto similar no mercado interno do país exportador ou as vendas a um terceiro país não serão consideradas como operações comerciais normais e serão desprezadas na apuração do valor normal quando realizadas a preços inferiores ao custo de produção unitário do produto similar, nele computados os custos de fabricação, fixos e variáveis, e as despesas gerais, administrativas, de comercialização e financeiras.

§ 2.º O disposto no § 1.º aplica-se somente quando as vendas foram realizadas:

I – no decorrer de um período razoável de tempo, preferencialmente de doze meses, mas nunca inferior a seis meses;

II – em quantidades substanciais; e

III – a preço que não permita recuperar todos os custos dentro de um período razoável de tempo, preferencialmente de doze meses.

§ 3.º Considera-se “quantidade substancial”, para fins do inciso II do § 2.º, as situações em que:

I – o preço médio ponderado de venda do produto similar no período de investigação de *dumping* for inferior ao custo de produção médio ponderado unitário do produto similar no o referido período; ou

II – o volume de vendas do produto similar a preço abaixo do custo unitário corresponder a vinte por cento ou mais do volume total de vendas do produto similar.

§ 4.º Será considerado que os preços permitem a recuperação de todos os custos dentro de período razoável de tempo sempre que os preços abaixo do custo de produção unitário, no momento da venda, superarem o custo de produção médio ponderado unitário do produto similar no período de investigação de *dumping*.

§ 5.º Não serão consideradas operações comerciais normais e serão desprezadas, na apuração do valor normal, as transações entre partes associadas ou relacionadas ou que tenham celebrado entre si acordo compensatório, salvo se comprovado que os preços e custos relativos a transações entre partes associadas ou relacionadas sejam comparáveis aos das transações efetuadas entre partes não associadas ou relacionadas.

§ 6.º As transações entre partes associadas ou relacionadas serão consideradas operações comerciais normais se o preço médio ponderado de venda da parte interessada para sua parte associada ou relacionada não for superior ou inferior a no máximo três por cento do preço médio ponderado de venda da parte interessada para todas as partes que não tenham tais vínculos entre si.

§ 7.º Não serão consideradas operações comerciais normais e serão desprezadas na apuração do valor normal:

I – vendas de amostras ou para empregados e doações;

II – vendas amparadas por contratos envolvendo industrialização para outras empresas –*tolling* ou troca de produtos – *swap*;

III – consumo cativo; ou

IV – outras operações, estabelecidas pela Secex.

§ 8.º O custo referido no inciso II do *caput* será preferencialmente calculado com base nos registros mantidos pelo produtor ou exportador sob investigação, desde que estejam de acordo com os princípios e as normas contábeis do país exportador e reflitam os custos relativos à produção e à venda do produto similar.

§ 9.º As operações entre partes associadas ou relacionadas ou que tenham celebrado entre si acordo compensatório não serão consideradas no cálculo do custo relativo à produção, exceto se comprovado que os preços praticados em tais operações são comparáveis aos preços praticados em operações efetuadas entre partes não associadas ou relacionadas.

§ 10. Para os fins deste Capítulo, as partes serão consideradas relacionadas ou associadas se:

I – uma delas ocupar cargo de responsabilidade ou de direção em empresa da outra;

II – forem legalmente reconhecidas como associados em negócios;

III – forem empregador e empregado;

IV – qualquer pessoa, direta ou indiretamente, possuir, controlar ou detiver cinco por cento ou mais das ações ou títulos emitidos com direito a voto de ambas;

V – uma delas, direta ou indiretamente, controlar a outra, inclusive por intermédio de acordo de acionistas;

VI – forem ambas, direta ou indiretamente, controladas por uma terceira pessoa;

VII – juntas controlarem direta ou indiretamente uma terceira pessoa;

VIII – forem membros da mesma família; ou

IX – se houver relação de dependência econômica, financeira ou tecnológica com clientes, fornecedores ou financiadores.

§ 11. Serão levados em consideração os elementos de prova disponíveis acerca da correta alocação de custos, desde que historicamente utilizada pelo produtor ou exportador, particularmente no que diz respeito à determinação dos períodos adequados de amortização e de depreciação e do montante das deduções relativas a despesas de capital e a outros custos de desenvolvimento.

§ 12. Os custos devem ser ajustados em função dos itens de custo não recorrentes que beneficiem a produção atual ou futura ou em razão de circunstâncias nas quais os custos incorridos durante o período de investigação sejam afetados por operações de entrada em funcionamento, a menos que já refletidos na alocação de custos prevista no § 11.

§ 13. Os ajustes efetuados em razão da entrada em funcionamento devem refletir os custos ao final do período de entrada em funcionamento ou, caso se estenda além do período de investigação de *dumping*, os custos mais recentes que possam ser razoavelmente considerados.

§ 14. Para fins deste artigo, o cálculo das despesas gerais, administrativas, de comercialização e financeiras e da margem de lucro será baseado em dados efetivos de produção e de venda do produto similar do produtor ou exportador sob investigação no curso de operações comerciais normais.

§ 15. Quando esse montante não puder ser apurado conforme o estabelecido no § 14, as despesas gerais, administrativas, de comercialização e financeiras e a margem de lucro serão apuradas com base:

I – nas quantias efetivamente despendidas e auferidas pelo produtor ou exportador sob investigação relativas à produção e à venda de produtos da mesma categoria geral no mercado interno do país exportador;

II – na média ponderada das quantias efetivamente despendidas e auferidas por outros produtores ou exportadores sob investigação relativas à produção e à comercialização do produto similar no mercado interno do país exportador; ou

III – em qualquer outro método razoável, desde que o montante estipulado para o lucro não exceda o lucro normalmente auferido por outros produtores ou exportadores com as vendas de produtos da mesma categoria geral no mercado interno do país exportador.

§ 16. O termo “condições especiais de mercado” a que faz referência o *caput* inclui situações em que a formação de preços domésticos, em especial aqueles relacionados a insumos básicos, não ocorre em condições de mercado, ou seja, determinada ou significativamente influenciada pela ação do governo.

Art. 15. No caso de país que não seja considerado economia de mercado, o valor normal será determinado com base:

I – no preço de venda do produto similar em um país substituto;

II – no valor construído do produto similar em um país substituto;

III – no preço de exportação do produto similar de um país substituto para outros países, exceto o Brasil; ou

IV – em qualquer outro preço razoável, inclusive o preço pago ou a pagar pelo produto similar no mercado interno brasileiro, devidamente ajustado, se necessário, para incluir margem de lucro razoável, sempre que nenhuma das hipóteses anteriores seja viável e desde que devidamente justificado.

§ 1.º O país substituto consistirá em um terceiro país de economia de mercado considerado apropriado, levando-se em conta as informações confiáveis apresentadas tempestivamente pelo peticionário ou pelo produtor ou exportador, incluindo:

I – o volume das exportações do produto similar do país substituto para o Brasil e para os principais mercados consumidores mundiais;

II – o volume das vendas do produto similar no mercado interno do país substituto;

III – a similaridade entre o produto objeto da investigação e o produto vendido no mercado interno ou exportado pelo país substituto;

IV – a disponibilidade e o grau de desagregação das estatísticas necessárias à investigação; ou

V – o grau de adequação das informações apresentadas com relação às características da investigação em curso.

§ 2.º Sempre que adequado, recorrer-se-á a país substituto sujeito à mesma investigação.

§ 3.º No ato de início da investigação, as partes interessadas serão informadas do país substituto que se pretende utilizar, e, no caso de discordância quanto à escolha do terceiro país, o produtor, o exportador ou o peticionário poderão sugerir terceiro país alternativo, desde que a sugestão seja devidamente justificada e seja apresentada, juntamente com os respectivos elementos de prova, dentro do prazo improrrogável de setenta dias, contado da data de início da investigação.

§ 4.º A decisão final a respeito do terceiro país de economia de mercado a ser utilizado na investigação constará da determinação preliminar.

Art. 16. No prazo previsto no § 3.º do art. 15, o produtor ou exportador de um país não considerado economia de mercado pelo Brasil poderá apresentar elementos de prova com o intuito de permitir que o valor normal seja apurado com base no disposto nos arts. 8.º a 14.

Art. 17. Os elementos de prova a que faz referência o art. 16 incluem informações relativas ao produtor ou exportador e ao setor econômico do qual o produtor ou exportador faz parte.

§ 1.º As informações relativas ao produtor ou exportador devem permitir a comprovação de que:

I – as decisões do produtor ou exportador relativas a preços, custos e insumos, incluindo matérias-primas, tecnologia, mão de obra, produção, vendas e investimentos, se baseiam nas condições de oferta e de demanda, sem que haja interferência governamental significativa a esse respeito, e os custos dos principais insumos refletem substancialmente valores de mercado;

II – o produtor ou exportador possui um único sistema contábil interno, transparente e auditado de forma independente, com base em princípios internacionais de contabilidade;

III – os custos de produção e a situação financeira do produtor ou exportador não estão sujeitos a distorções significativas oriundas de vínculos, atuais ou passados, estabelecidos com o governo fora de condições de mercado; e

IV – o produtor ou exportador está sujeito a leis de falência e de propriedade, assegurando segurança jurídica e estabilidade para a sua operação.

§ 2.º As informações relativas ao setor econômico do qual o produtor ou exportador faz parte devem permitir a comprovação de que:

I – o envolvimento do governo na determinação das condições de produção ou na formação de preços, inclusive no que se refere à taxa de câmbio e às operações cambiais, é inexistente ou muito limitado;

II – o setor opera de maneira primordialmente baseada em condições de mercado, inclusive no que diz respeito à livre determinação dos salários entre empregadores e empregados; e

III – os preços que os produtores ou exportadores pagam pelos insumos principais e por boa parte dos insumos secundários utilizados na produção são determinados pela interação entre oferta e demanda.

§ 3.º Constitui condição para que o valor normal seja apurado com base no disposto nos arts. 8.º a 14 a determinação positiva relativa às condições estabelecidas neste artigo.

§ 4.º Determinações positivas relacionadas ao § 2.º poderão ser válidas para futuras investigações sobre o mesmo produto.

§ 5.º As informações elencadas nos § 1.º e § 2.º não constituem lista exaustiva e nenhuma delas, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de fornecer indicação decisiva.

Seção II

Do Preço de Exportação

Art. 18. Caso o produtor seja o exportador do produto objeto da investigação, o preço de exportação será o recebido, ou o preço de exportação a receber, pelo produto exportado ao Brasil, líquido de tributos, descontos ou reduções efetivamente concedidos e diretamente relacionados com as vendas do produto objeto da investigação.

Art. 19. Caso o produtor não seja o exportador e ambos não sejam partes associadas ou relacionadas, o preço de exportação será, preferencialmente, o recebido, ou o preço a ser recebido, pelo produtor, por produto exportado ao Brasil, líquido de tributos, descontos ou reduções efetivamente concedidos e diretamente relacionados com as vendas do produto objeto da investigação.

Art. 20. Na hipótese de o produtor e o exportador serem partes associadas ou relacionadas, o preço de exportação será reconstruído a partir do preço efetivamente recebido, ou o preço a receber, pelo exportador, por produto exportado ao Brasil.

Art. 21. Nos casos em que não exista preço de exportação ou em que este não pareça confiável em razão de associação ou relacionamento entre o produtor ou exportador e o importador ou uma terceira parte, ou de possuírem acordo compensatório entre si, o preço de exportação poderá ser construído a partir:

I – do preço pelo qual os produtos importados foram revendidos pela primeira vez a um comprador independente; ou

II – de uma base considerada razoável, no caso de os produtos não serem revendidos a um comprador independente ou na mesma condição em que foram importados.

Seção III

Da Comparação Entre Valor Normal e o Preço de Exportação

Art. 22. Será efetuada comparação justa entre o preço de exportação e o valor normal, no mesmo nível de comércio, normalmente no termo de venda *ex fabrica*, considerando as vendas realizadas no período de investigação de *dumping*.

§ 1.º As partes interessadas serão comunicadas quanto ao tipo de informação necessária para assegurar comparação justa, não lhes sendo exigido excessivo ônus de prova.

§ 2.º Serão examinadas para fins de ajuste, caso a caso, diferenças que afetem a comparação de preços, entre elas diferenças:

I – nas condições e nos termos de vendas;

II – na tributação;

III – nos níveis de comércio;

IV – nas quantidades;

V – nas características físicas; e

VI – outras quaisquer que comprovadamente afetem a comparação de preços.

§ 3.º É desnecessária a duplicação de ajustes quando mais de um fator referido no § 2.º incidir cumulativamente.

§ 4.º Para fins de aplicação do art. 21, serão também efetuados ajustes em função de despesas e de custos incorridos entre a importação e a revenda, incluídos o Imposto de Importação, demais tributos, e dos lucros auferidos.

§ 5.º Nas hipóteses previstas no art. 21, se a comparação tiver sido afetada, o valor normal será estabelecido no nível de comércio equivalente àquele do preço de exportação construído, ou poderão ser feitos os ajustes previstos neste artigo.

§ 6.º O valor do ajuste será calculado com base nos dados pertinentes relativos ao período de investigação de *dumping* ou nos dados do último exercício fiscal disponível.

Art. 23. Na hipótese de a comparação de preços prevista no *caput* do art. 22 exigir conversão cambial, será utilizada a taxa de câmbio oficial, publicada pelo Banco Central do Brasil, em vigor na data da venda.

§ 1.º Quando ocorrer venda de moeda estrangeira em mercados futuros, diretamente ligada à exportação sob investigação, será utilizada a taxa de câmbio adotada na venda futura.

§ 2.º Caso a taxa de câmbio oficial em vigor na data da venda esteja fora de uma faixa de flutuação de mais ou menos dois por cento com relação à média das taxas de câmbio oficiais diárias dos sessenta dias anteriores – taxa de câmbio de referência, será utilizada a taxa de câmbio oficial diária média dos sessenta dias anteriores.

§ 3.º Caso a média semanal da taxa de câmbio oficial diária seja superior ou inferior à média semanal das taxas de câmbio de referência em cinco por cento ou mais durante oito semanas consecutivas, será considerado que há movimento sustentado da taxa de câmbio.

§ 4.º Caracterizado o movimento referido no § 3.º, será utilizada, por um período de sessenta dias, a taxa de câmbio de referência do último dia antes de se caracterizar o movimento sustentado.

§ 5.º Preferencialmente, a data da venda será a data do contrato, da ordem de compra ou da aceitação do pedido ou emissão da fatura, utilizando-se, dentre esses documentos, aquele que estabeleça as condições da operação.

Art. 24. O valor normal não será apurado com base nas informações relativas ao país de origem declarado do produto objeto da investigação quando, dentre outros:

- I – ocorrer mero trânsito do produto nesse país;
- II – o produto não for produzido nesse país; ou
- III – não houver preço comparável para o produto nesse país.

Seção IV

Da Margem de *Dumping*

Art. 25. A margem de *dumping* constitui a diferença entre o valor normal e o preço de exportação.

Art. 26. A margem de *dumping* será apurada com base na comparação entre:

- I – o valor normal médio ponderado e a média ponderada dos preços de todas as transações comparáveis de exportação; ou
- II – os valores normais e os preços de exportação, comparados transação a transação.

§ 1.º Nas hipóteses de que tratam os incisos I e II do *caput*, o cálculo da margem de *dumping* deverá incluir a totalidade das vendas para o Brasil do produto objeto da investigação, somando-se resultados positivos e negativos apurados para diferentes transações ou modelos.

§ 2.º Um valor normal estabelecido por meio de média ponderada poderá ser comparado com preços individuais de exportação caso determinada a existência de um padrão de preços de exportação que difira significativamente entre diferentes compradores, regiões ou períodos de tempo e caso seja apresentada explicação sobre a razão pela qual tais diferenças não podem ser adequadamente consideradas por meio da adoção das metodologias de que tratam os incisos I e II do *caput*.

Art. 27. Preferencialmente, será determinada margem individual de *dumping* para cada um dos produtores ou exportadores conhecidos do produto objeto da investigação.

Art. 28. Caso o número excessivo de exportadores, produtores, importadores ou modelos do produto objeto da investigação torne impraticável a determinação a que se refere o art. 27, a determinação individual poderá limitar-se a:

- I – amostra estatisticamente válida que inclua número razoável de partes interessadas ou modelos de produto, baseada nas informações disponíveis no momento da seleção; ou

II – seleção dos produtores ou exportadores responsáveis pelo maior percentual razoavelmente investigável do volume de exportações do país exportador.

§ 1.º A seleção referida no inciso II do *caput* incluirá os produtores ou exportadores que, elencados em ordem decrescente de volume, forem responsáveis pelos maiores volumes de exportação para o Brasil.

§ 2.º No caso do inciso II do *caput*, os produtores ou exportadores que solicitem sua exclusão da seleção depois de terem confirmado sua participação ou que deixem de responder ao questionário poderão ter a margem de *dumping* apurada com base na melhor informação disponível.

§ 3.º O Decom poderá incluir, a seu critério, outro produtor ou exportador na seleção referida no inciso II do *caput*.

§ 4.º Qualquer seleção de produtores ou exportadores, importadores ou tipos de produto feita em conformidade ao disposto no inciso II do *caput* será efetuada, preferencialmente, após terem sido consultados os produtores, os exportadores ou os importadores e obtida a sua anuência.

§ 5.º O governo do país exportador poderá manifestar-se a respeito da seleção com o objetivo de esclarecer se as empresas selecionadas são exportadoras, *trading companies* ou produtoras do produto objeto da investigação, no prazo de até dez dias, contado da data de ciência da notificação de início da investigação.

§ 6.º Será também determinada margem individual de *dumping* para cada produtor ou exportador que, não tendo sido incluído na seleção, apresente a informação necessária a tempo de ser considerada durante a investigação.

§ 7.º Não se aplica o disposto no § 6.º nas situações em que o número de exportadores ou produtores seja de tal modo elevado que a análise de casos individuais impeça a conclusão da investigação nos prazos estabelecidos.

§ 8.º É vedada qualquer forma de desestímulo à apresentação de informação referida no § 6.º.

§ 9.º Para fins de determinação de margem individual de *dumping* e de aplicação de direitos *antidumping*, pessoas jurídicas distintas poderão ser tratadas como um único produtor ou exportador quando demonstrado que a relação estrutural e comercial das entidades entre si, ou com uma terceira entidade, é próxima o suficiente.

Capítulo III

Da Determinação do Dano

Art. 29. Para os fins deste Decreto, considera-se dano:

I – o dano material à indústria doméstica;

II – a ameaça de dano material à indústria doméstica; ou

III – o atraso material na implantação da indústria doméstica.

Art. 30. A determinação de dano será baseada em elementos de prova e incluirá o exame objetivo do:

I – volume das importações objeto de *dumping*;

II – efeito das importações objeto de *dumping* sobre os preços do produto similar no mercado brasileiro; e

III – consequente impacto de tais importações sobre a indústria doméstica.

§ 1.º No exame do referido no inciso I do *caput*, será considerado se houve aumento significativo das importações nessas condições, tanto em termos absolutos quanto em relação à produção ou ao consumo no Brasil.

§ 2.º No exame do referido no inciso II do *caput*, será considerado se:

I – houve subcotação significativa do preço das importações objeto de *dumping* em relação ao preço do produto similar no Brasil;

II – tais importações tiveram por efeito deprimir significativamente os preços; ou

III – tais importações tiveram por efeito suprimir significativamente aumento de preços que teria ocorrido na ausência de tais importações.

§ 3.º O exame do impacto das importações objeto de *dumping* sobre a indústria doméstica incluirá avaliação de todos os fatores e índices econômicos pertinentes, relacionados com a situação da referida indústria, inclusive:

I – queda real ou potencial:

a) das vendas;

b) dos lucros;

c) da produção;

d) da participação no mercado;

e) da produtividade;

f) do retorno sobre os investimentos; e

g) do grau de utilização da capacidade instalada.

II – fatores que afetem os preços domésticos, incluindo a amplitude da margem de *dumping*.

III – os efeitos negativos reais ou potenciais sobre:

a) fluxo de caixa;

b) estoques;

c) emprego;

d) salários;

e) crescimento da indústria doméstica; e

f) capacidade de captar recursos ou investimentos.

§ 4.º Nenhum dos fatores ou índices econômicos referidos no § 3.º, isoladamente ou em conjunto, será necessariamente capaz de conduzir a conclusão decisiva.

Art. 31. Quando as importações de um produto de mais de um país forem simultaneamente objeto de investigações que abranjam o mesmo período de investigação de *dumping*, os efeitos de tais importações poderão ser avaliados cumulativamente se for verificado que:

I – a margem de *dumping* determinada em relação às importações de cada um dos países não é *de minimis*;

II – o volume de importações de cada país não é insignificante; e

III – a avaliação cumulativa dos efeitos daquelas importações é apropriada tendo em vista as condições de concorrência entre os produtos importados e as condições de concorrência entre os produtos importados e o produto similar doméstico.

§ 1.º A margem de *dumping* será considerada *de minimis* quando, expressa como um percentual do preço de exportação, for inferior a dois por cento.

§ 2.º O volume de importações objeto da investigação ou o volume de importações objeto de *dumping*, provenientes de determinado país, será considerado insignificante quando inferior a três por cento das importações totais brasileiras do produto objeto da investigação e do produto similar.

§ 3.º Caso o conjunto de países que individualmente respondam por menos de três por cento das importações totais brasileiras do produto objeto da investigação e do produto similar represente mais de sete por cento das importações totais brasileiras do produto objeto da investigação e do produto similar, o volume das importações objeto da investigação ou o volume das importações objeto de *dumping*, de cada país, não será considerado insignificante.

§ 4.º A determinação do volume insignificante de importação será baseada nos dados relativos ao período de investigação de *dumping*.

Art. 32. É necessário demonstrar que, por meio dos efeitos do *dumping*, as importações objeto de *dumping* contribuíram significativamente para o dano experimentado pela indústria doméstica.

§ 1.º A demonstração do nexo de causalidade referido no *caput* deve basear-se no exame:

I – dos elementos de prova pertinentes apresentados; e

II – de outros fatores conhecidos além das importações objeto de *dumping* que possam simultaneamente estar causando dano à indústria doméstica, sendo que tal dano provocado por outros motivos que não as importações objeto de *dumping* não poderá ser atribuído às importações objeto de *dumping*.

§ 2.º É necessário separar e distinguir os efeitos das importações objeto de *dumping* e os efeitos de possíveis outras causas de dano à indústria doméstica.

§ 3.º Possíveis outras causas são aquelas especificamente trazidas à atenção do Decom pelas partes interessadas, desde que acompanhadas da devida justificativa e dos elementos de prova pertinentes, e eventuais outras causas conhecidas pelo Decom.

§ 4.º Os fatores que podem ser relevantes para fins da análise de que trata o inciso II do § 1.º incluem, entre outros:

I – o volume e o preço de importações não objeto de *dumping*;

II – o impacto de eventuais processos de liberalização das importações sobre os preços domésticos;

III – a contração na demanda ou mudanças nos padrões de consumo;

IV – as práticas restritivas ao comércio de produtores domésticos e estrangeiros;

V – a concorrência entre produtores domésticos e estrangeiros;

VI – o progresso tecnológico;

VII – o desempenho exportador;

VIII – a produtividade da indústria doméstica;

IX – o consumo cativo; e

X – as importações ou a revenda do produto importado pela indústria doméstica.

§ 5.º O efeito das importações objeto de *dumping* será determinado em relação à produção da indústria doméstica quando os dados disponíveis permitirem a sua identificação individualizada, com base em critérios como:

I – processo produtivo; e

II – vendas e lucros dos produtores.

§ 6.º Não sendo possível a identificação individualizada dessa produção, os efeitos das importações objeto de *dumping* serão determinados com base na produção do grupo ou gama de produtos que, definido da forma mais restrita possível, inclua o produto similar doméstico e para o qual os dados necessários possam ser apresentados.

Art. 33. A determinação de ameaça de dano material à indústria doméstica será baseada na possibilidade de ocorrência de eventos claramente previsíveis e iminentes.

§ 1.º A expectativa quanto à ocorrência desses eventos futuros a que faz referência o *caput* deverá ser baseada nos elementos de prova constantes dos autos do processo e não em simples alegações, conjecturas ou possibilidade remota.

§ 2.º Os eventos futuros a que faz referência o *caput* deverão ser capazes de alterar as condições vigentes, de maneira a criar uma situação na qual ocorreria dano material à indústria doméstica decorrente de importações objeto de *dumping* adicionais.

§ 1.º Para os efeitos do inciso I do *caput*, os produtores domésticos serão considerados associados ou relacionados aos produtores estrangeiros, aos exportadores ou aos importadores somente no caso de:

- I – um deles controlar direta ou indiretamente o outro;
- II – ambos serem controlados direta ou indiretamente por um terceiro; ou
- III – juntos controlarem direta ou indiretamente um terceiro.

§ 2.º Para os fins do § 1.º, será considerado que uma pessoa controla outra quando a primeira está em condições legais ou operacionais de restringir ou influir nas decisões da segunda.

§ 3.º Os casos enumerados no inciso I do *caput* só levarão à exclusão do produtor associado ou relacionado do conceito de indústria doméstica se houver suspeita de que este vínculo leva o referido produtor a agir diferentemente da forma como agiriam os produtores que não têm tal vínculo.

Art. 36. Em circunstâncias excepcionais, nas quais o território brasileiro puder ser dividido em dois ou mais mercados distintos, o termo “indústria doméstica” poderá ser interpretado como o conjunto de produtores domésticos de cada um desses mercados separadamente.

§ 1.º O conjunto dos produtores domésticos de cada um dos referidos mercados poderão ser considerados indústria doméstica subnacional se:

- I – os produtores desse mercado venderem toda ou quase toda sua produção do produto similar neste mesmo mercado; e
- II – a demanda nesse mercado não for suprida em proporção substancial por produtores do produto similar estabelecidos fora desse mercado.

§ 2.º Na hipótese do § 1.º, poderá ser determinada a existência de dano mesmo quando parcela importante da indústria nacional não estiver sendo afetada, desde que haja concentração das importações objeto de *dumping* no mercado e que estas estejam causando dano à indústria doméstica subnacional.

Capítulo V

Da Investigação

Seção I

Da Petição e de sua Admissibilidade

Art. 37. A investigação para determinar a existência de *dumping*, de dano e de nexo de causalidade entre ambos deverá ser solicitada mediante petição escrita, apresentada pela indústria doméstica, ou em seu nome.

§ 1.º Para que uma petição seja considerada como feita “pela indústria doméstica ou em seu nome” é necessário que:

- I – tenham sido consultados outros produtores domésticos que compõem a indústria doméstica e que produziram o produto similar durante o período de investigação de *dumping*; e

§ 3.º A análise do dano material a que se refere o § 2.º deverá ser feita com base nos critérios estabelecidos no § 3.º do art. 30.

§ 4.º Na análise do efeito das importações objeto de *dumping* adicionais sobre a indústria doméstica referida no § 2.º, poderão ser considerados, entre outros, os seguintes fatores:

I – significativa taxa de crescimento das importações objeto de *dumping*, indicando a possibilidade de aumento substancial dessas importações;

II – suficiente capacidade ociosa ou iminente aumento substancial da capacidade produtiva no país exportador, indicando possibilidade de aumento significativo das exportações objeto de *dumping* para o Brasil;

III – importações realizadas a preço que terão por efeito reduzir ou impedir o aumento dos preços domésticos de forma significativa e que provavelmente aumentarão a demanda por importações adicionais; e

IV – existência de estoques do produto objeto da investigação.

§ 5.º Na análise do inciso II do § 4.º, será considerada a existência de terceiros mercados capazes de absorver o possível aumento das exportações, podendo, inclusive, ser considerada a existência de medidas de defesa comercial em vigor ou de investigações em curso em terceiros países que possam justificar desvios de comércio do produto para o Brasil.

§ 6.º A conclusão de que importações objeto de *dumping* adicionais são iminentes e de que, se não for adotada medida *antidumping*, causarão dano material à indústria doméstica, deve se basear na análise conjunta dos fatores a que faz referência o § 4.º, não sendo nenhum desses fatores isoladamente necessariamente capaz de conduzir a conclusão definitiva.

Capítulo IV

Da Definição de Indústria Doméstica

Art. 34. Para os fins deste Decreto, o termo indústria doméstica será interpretado como a totalidade dos produtores do produto similar doméstico.

Parágrafo único. Quando não for possível reunir a totalidade dos produtores referidos no *caput*, e desde que devidamente justificado, o termo poderá ser definido como o conjunto de produtores cuja produção conjunta constitua proporção significativa da produção nacional total do produto similar doméstico.

Art. 35. A critério do Decom, poderão ser excluídos do conceito de indústria doméstica:

I – os produtores domésticos associados ou relacionados aos produtores estrangeiros, aos exportadores ou aos importadores; e

II – os produtores cuja parcela das importações do produto alegadamente importado a preço de *dumping* for significativa em comparação com o total da produção própria do produto similar.

II – os produtores do produto similar que tenham manifestado expressamente apoio à petição representem mais de cinquenta por cento da produção total do produto similar daqueles que se manifestaram na consulta a que faz referência o inciso I do § 1.º.

§ 2.º A petição não será considerada como feita “pela indústria doméstica ou em seu nome” quando os produtores domésticos que manifestaram expressamente apoio à petição representem menos de vinte e cinco por cento da produção nacional do produto similar durante o período de investigação de *dumping*.

§ 3.º No caso de indústria fragmentada, que envolva um número especialmente elevado de produtores domésticos, o grau de apoio ou de rejeição poderá ser confirmado mediante amostra estatisticamente válida.

§ 4.º A manifestação de apoio ou de rejeição somente será considerada quando acompanhada de informação correspondente ao volume ou valor de produção e ao volume de vendas no mercado interno durante o período de análise de dano.

§ 5.º Caso a petição não contenha dados relativos à totalidade dos produtores domésticos do produto similar, essa circunstância deverá ser justificada nos termos do parágrafo único do art. 34.

§ 6.º A petição deverá conter os dados necessários à determinação do dano à indústria doméstica relativos aos produtores domésticos que manifestaram expressamente seu apoio à petição.

§ 7.º No caso de indústria fragmentada, que envolva um número especialmente elevado de produtores domésticos, poderá ser aceita petição contendo dados relativos a produtores domésticos que respondam por parcela inferior a vinte e cinco por cento da produção nacional do produto similar no período de investigação de *dumping*.

Art. 38. A petição deverá conter indícios da existência de *dumping*, de dano à indústria doméstica e de nexo de causalidade entre ambos.

Parágrafo único. Meras alegações não serão consideradas suficientes para os fins deste artigo.

Art. 39. A Secex publicará ato por meio do qual tornará públicas as informações que deverão constar da petição, assim como o formato para a sua apresentação.

Art. 40. Não serão conhecidas petições que não cumpram as exigências estabelecidas nesta Seção, no ato da Secex a que faz referência o art. 39, ou no art. 51.

Seção II

Da Análise da Petição

Art. 41. A petição protocolada em conformidade com o disposto na Seção I será analisada no prazo de quinze dias, contado da data do seu protocolo.

§ 1.º No caso de a petição estar devidamente instruída e de não serem necessárias informações complementares, o peticionário será notificado a respeito

do início da investigação ou do indeferimento da petição no prazo adicional de quinze dias.

§ 2.º Caso haja a necessidade de informações complementares pouco expressivas, ou de correções e ajustes pontuais na petição, o peticionário será instado a emendá-la no prazo de cinco dias, contado da data de ciência da solicitação.

§ 3.º As informações complementares, as correções ou os ajustes serão analisados no prazo de dez dias, contado da data de seu recebimento.

§ 4.º Ao final do prazo previsto no § 3.º, o peticionário será notificado, no prazo de quinze dias, a respeito do início da investigação ou do indeferimento da petição.

§ 5.º Deverão ser protocoladas simultaneamente uma versão confidencial e uma versão não confidencial da petição.

§ 6.º Documentos protocolados sem indicação "confidencial" ou "restrito" serão tratados como públicos.

Art. 42. A petição será analisada quanto aos indícios da existência de *dumping*, de dano à indústria doméstica e de nexo de causalidade entre ambos.

§ 1.º A correção e a adequação dos dados e indícios contidos na petição serão examinadas com base nas informações das fontes prontamente disponíveis, para determinar se o início da investigação é justificado.

§ 2.º Serão indeferidas petições que não contenham os indícios a que faz referência o *caput*, não cumpram as exigências e os prazos estabelecidos no art. 41 para as partes interessadas, ou demandem informações complementares, correções ou ajustes significativos.

Art. 43. A identificação de produtores ou exportadores no âmbito exclusivo de investigação de *dumping* para a qual haja processo administrativo devidamente instaurado, independentemente de estarem listados na petição, será feita com base nos dados detalhados de importação fornecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, na forma do inciso II do § 1.º do art. 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Seção III

Do Início da Investigação

Art. 44. Em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas, a Secex poderá iniciar investigação de ofício, desde que disponha de indícios suficientes da existência de *dumping*, de dano e de nexo de causalidade entre ambos.

Art. 45. A Secex publicará ato de início de uma investigação e o Decom notificará as partes interessadas conhecidas do início da investigação.

§ 1.º O ato especificará os países dos exportadores ou produtores investigados, o produto objeto da investigação, a data de início da investigação e os prazos para que as partes interessadas possam manifestar-se, e conterá as informações relativas ao *dumping*, ao dano à indústria doméstica e ao nexo de causalidade entre ambos.

§ 2.º Serão consideradas partes interessadas:

I – os produtores domésticos do produto similar e a entidade de classe que os represente;

II – os importadores brasileiros que importaram o produto objeto da investigação durante o período da investigação de *dumping* e a entidade de classe que os represente;

III – os produtores ou exportadores estrangeiros que exportaram para o Brasil o produto objeto da investigação durante o período da investigação de *dumping* e a entidade de classe que os represente;

IV – o governo do país exportador do produto objeto da investigação; e

V – outras partes nacionais ou estrangeiras afetadas pela prática investigada, a critério do Decem.

§ 3.º Será concedido o prazo de vinte dias, contado da data da publicação do ato da Secex para a apresentação de pedidos de habilitação de outras partes que se considerem interessadas e de seus respectivos representantes legais.

§ 4.º Iniciada a investigação, o inteiro teor da petição que lhe deu origem será enviado aos produtores ou exportadores conhecidos e ao governo do país exportador e anexado aos autos do processo.

§ 5.º Caso o número de produtores ou exportadores seja particularmente elevado, o texto completo da petição será enviado apenas ao governo do país exportador ou à entidade de classe correspondente.

§ 6.º Para fins do cumprimento das obrigações estabelecidas neste Decreto, as comunicações oficiais com o governo do país exportador serão enviadas para a representação oficial do país exportador no Brasil.

§ 7.º Na hipótese de não haver representação oficial no Brasil, as comunicações oficiais com o governo do país exportador serão enviadas com auxílio do Ministério das Relações Exteriores.

Art. 46. Processos de investigação *antidumping* não poderão constituir entrave ao desembaraço aduaneiro.

Art. 47. O Governo brasileiro não divulgará a existência de petições anteriormente à publicação do ato da Secex que torne público o início da investigação, exceto com relação ao governo do país exportador, que será notificado da existência de petição devidamente instruída antes da publicação do ato que dará início à investigação.

Seção IV

Da Instrução

Art. 48. Durante a investigação será analisada a existência de *dumping*, de dano à indústria doméstica e de nexo de causalidade entre ambos.

§ 1.º O período de *dumping* a ser investigado, doravante denominado “período de investigação de *dumping*”, compreenderá doze meses encerrados em março, junho, setembro ou dezembro.

§ 2.º O peticionário terá até o último dia útil do quarto mês subsequente ao encerramento do referido período para protocolar a petição sem a necessidade de atualização do período de investigação.

§ 3.º Em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas, o período de investigação de *dumping* poderá ser inferior a doze meses, mas nunca inferior a seis meses.

§ 4.º O período de dano a ser investigado, doravante denominado “período de investigação de dano”, compreenderá sessenta meses, divididos em cinco intervalos de doze meses, sendo que o intervalo mais recente deverá coincidir com o período de investigação de *dumping* e os outros quatro intervalos compreenderão os doze meses anteriores aos primeiros, e assim sucessivamente.

§ 5.º Em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas, o período de investigação de dano poderá ser inferior a sessenta meses, mas nunca inferior a trinta e seis meses.

§ 6.º Ao longo da instrução, os usuários industriais do produto objeto da investigação e as organizações de consumidores mais representativas do produto objeto da investigação poderão fornecer informações julgadas relevantes acerca do *dumping*, do dano e do nexo de causalidade entre ambos, caso o produto seja habitualmente comercializado no varejo.

Subseção I

Das Informações

Art. 49. As partes interessadas conhecidas em uma investigação serão notificadas a respeito das informações requeridas e terão ampla oportunidade para apresentar por escrito os elementos de prova que considerem pertinentes à investigação.

§ 1.º Dificuldades encontradas pelas partes interessadas, em especial por empresas de pequeno porte, no fornecimento das informações solicitadas serão devidamente consideradas, sendo-lhes proporcionada a assistência possível.

§ 2.º Todos os documentos apresentados pelas partes interessadas deverão ser juntados aos respectivos autos do processo, em ordem cronológica, exceto aqueles recebidos intempestivamente ou em desacordo com as normas aplicáveis, hipóteses que serão registradas e a parte interessada notificada da decisão denegatória do Decom de juntada de tais documentos aos autos do processo.

Art. 50. Os produtores ou exportadores conhecidos, os importadores conhecidos e os demais produtores domésticos, conforme definidos no § 2.º do art. 45, receberão questionários indicando as informações necessárias à investigação e dis-

porão do prazo de trinta dias para restituí-los, contado da data de ciência, sem prejuízo do envio de questionários para outras partes interessadas.

§ 1.º Será concedida, a pedido e sempre que possível, prorrogação do prazo referido no *caput* por até trinta dias.

§ 2.º Poderão ser solicitadas informações adicionais àquelas contidas nas respostas aos questionários, concedendo-se o prazo de dez dias para resposta, contado da data de ciência da solicitação, prorrogável, a pedido e desde que devidamente justificado, por até dez dias.

§ 3.º Caso qualquer parte interessada negue acesso a informação necessária, não a forneça tempestivamente ou crie obstáculos à investigação, o parecer referente às determinações preliminares ou finais será elaborado com base na melhor informação disponível, de acordo com as disposições do Capítulo XIV.

Art. 51. As informações confidenciais serão juntadas aos autos confidenciais do processo.

§ 1.º Serão tratadas como informações confidenciais aquelas assim identificadas pelas partes interessadas, desde que o pedido seja devidamente justificado, não podendo, nesse caso, serem reveladas sem autorização expressa da parte que a forneceu.

§ 2.º As partes interessadas que fornecerem informações confidenciais deverão apresentar resumos restritos com detalhes que permitam a compreensão da informação fornecida, sob pena de ser desconsiderada a informação confidencial.

§ 3.º Nos casos em que não seja possível a apresentação do resumo, as partes deverão justificar por escrito tal circunstância.

§ 4.º As justificativas referidas nos § 1.º e § 3.º não constituem informação confidencial.

§ 5.º Não serão consideradas adequadas justificativas de confidencialidade para documentos, dados e informações, entre outros:

I – quando tenham notória natureza pública no Brasil, ou sejam de domínio público, no Brasil ou no exterior; ou

II – os relativos:

a) à composição acionária e identificação do respectivo controlador;

b) à organização societária do grupo de que faça parte;

c) ao volume da produção, das vendas internas, das exportações, das importações e dos estoques;

d) a quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no Brasil ou no exterior; e

e) a demonstrações patrimoniais, financeiras e empresariais de companhia aberta; companhia equiparada à companhia aberta; ou de empresas controladas por companhias abertas, inclusive as estrangeiras, e suas subsidiárias integrais,

que devam ser publicadas ou divulgadas em virtude da legislação societária ou do mercado de valores mobiliários.

§ 6.º O resumo restrito relativo a informações numéricas confidenciais deverá ser apresentado em formato numérico, na forma de números-índice, entre outros.

§ 7.º Os documentos, as respostas aos questionários e outras manifestações, em todas as suas versões, devem ser apresentados simultaneamente para o cumprimento dos prazos e das obrigações estabelecidos neste Decreto.

§ 8.º A critério do Decom, não serão considerados documentos, dados e informações apresentados em bases confidenciais, quando o tratamento confidencial puder resultar no cerceamento do direito de defesa e do contraditório das demais partes interessadas.

§ 9.º Caso o Decom considere injustificado o pedido de confidencialidade e a parte interessada que houver fornecido a informação se recuse a adequá-la para anexação em autos não confidenciais, a informação poderá ser desconsiderada, exceto se demonstrado, a contento e por fonte apropriada, que tal informação é correta.

§ 10. A indicação de confidencialidade dos documentos apresentados é de responsabilidade da parte interessada e deverá constar de todas as suas páginas, centralizada no alto e no pé de cada página, em cor vermelha.

§ 11. As páginas devem ser numeradas sequencialmente e devem conter indicação sobre o número total de páginas que compõem o documento.

Art. 52. O Decom buscará, no curso das investigações, verificar a correção das informações fornecidas pelas partes interessadas.

§ 1.º Poderão ser realizadas verificações *in loco* no território de outros países, desde que obtida a autorização das empresas envolvidas, notificado o governo do país correspondente e este não apresente objeções à realização do procedimento.

§ 2.º Serão aplicados às verificações *in loco* realizadas no território do país exportador os procedimentos descritos no Capítulo XIII.

§ 3.º Poderão ser realizadas verificações *in loco* nas empresas localizadas em território nacional, desde que previamente por elas autorizadas.

Art. 53. O Decom considerará estudos apresentados pelas partes interessadas, desde que atendidas as seguintes condições:

I – tabelas e gráficos devem conter referências detalhadas das fontes das informações e o detalhamento de cálculos e ajustes utilizados para sua elaboração, de tal forma que possam ser reproduzidos a partir dos dados originais;

II – devem indicar as referências e as fontes utilizadas;

III – as estimações estatísticas, econométricas e simulações devem ser acompanhadas de todas as informações metodológicas, tais como:

a) o banco de dados utilizado, por meio eletrônico, que informe a fonte dos dados, e identifique as variáveis e o período a que se referem;

- b) a especificação do programa computacional utilizado para a estimação;
- c) a justificativa do período escolhido para a estimação;
- d) a justificativa da exclusão de alguma observação da amostra, se for o caso;
- e) a explicação dos pressupostos da análise econométrica ou da simulação, justificando-se as formas funcionais adotadas;
- f) a explicação de como os testes propostos se relacionam com a questão suscitada na investigação a que fazem referência;
- g) os dados provenientes da própria parte, devidamente acompanhados de termo de responsabilidade sobre a veracidade das informações prestadas, firmado por seu representante legal;
- h) todos e quaisquer dados, memórias de cálculo, metodologias e informações, sob qualquer forma manifestadas, que se façam necessárias para a plena compreensão e reprodução dos resultados apresentados; e
- i) outras informações, a critério do Decom.

Parágrafo único. Os estudos com informações confidenciais ou apresentados em desacordo com as disposições deste artigo poderão ser desconsiderados pelo Decom, em suas determinações.

Subseção II

Da Defesa

Art. 54. As partes interessadas disporão de ampla oportunidade para a defesa de seus interesses.

Art. 55. Serão realizadas, a pedido de uma ou mais partes interessadas ou por iniciativa do Decom, audiências com as partes interessadas, a fim de permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

§ 1.º As audiências deverão ser solicitadas por escrito, no prazo de cinco meses, contado da data do início da investigação, e as solicitações deverão estar acompanhadas da relação dos temas específicos a serem nela tratados.

§ 2.º Somente serão deferidos pedidos de realização de audiência que envolvam aspectos relativos ao *dumping*, ao dano ou ao nexo de causalidade entre ambos.

§ 3.º As partes interessadas conhecidas serão notificadas da realização da audiência e dos temas a serem tratados com antecedência mínima de vinte dias.

§ 4.º O comparecimento às audiências é facultativo e a ausência de qualquer parte interessada não será utilizada em seu prejuízo.

§ 5.º As partes interessadas deverão enviar, por escrito, com pelo menos dez dias de antecedência, os argumentos que desejam tratar e indicar, com pelo menos três dias de antecedência, os representantes legais que estarão presentes à audiência, podendo as partes interessadas apresentar informações adicionais oralmente na audiência.

§ 6.º As informações apresentadas oralmente durante a audiência somente serão consideradas pelo Decom, caso reproduzidas por escrito e protocoladas no prazo de dez dias após a sua realização, a fim de que sejam anexadas aos autos restritos do processo.

§ 7.º Na hipótese de as audiências serem gravadas, as manifestações orais feitas pelas partes interessadas poderão ser utilizadas pelo Decom na elaboração de seus pareceres, ficando, nesse caso, as partes interessadas desobrigadas de reproduzir por escrito as manifestações feitas.

§ 8.º As gravações ou as respectivas transcrições serão igualmente anexadas aos autos restritos do processo.

Art. 56. A critério do Decom, o número de representantes por parte interessada na audiência poderá ser limitado.

Art. 57. A realização de audiências não prejudicará os prazos estabelecidos neste Decreto.

Art. 58. Será assegurado a todas as partes interessadas o direito de vistas aos autos restritos do processo.

§ 1.º As vistas das informações constantes dos autos restritos se darão mediante solicitação escrita, por meio de consulta aos autos do processo na sede do Decom ou por acesso eletrônico.

§ 2.º O acesso eletrônico será autorizado mediante concessão de senha de acesso individual às partes interessadas, que ficarão responsáveis pela não divulgação da senha, sob pena de perder o direito de acompanhamento da investigação por meio eletrônico, sem prejuízo das demais sanções administrativas, cíveis e criminais previstas em lei.

§ 3.º A Secex publicará ato que disporá sobre o acesso eletrônico aos autos do processo.

Subseção III

Do Final da Instrução

Art. 59. A fase probatória da investigação será encerrada em prazo não superior a cento e vinte dias, contado da data de publicação da determinação preliminar.

Parágrafo único. Os elementos de prova apresentados após o encerramento da fase probatória não serão juntados aos autos do processo.

Art. 60. A fase de manifestações sobre os dados e as informações constantes dos autos restritos do processo será encerrada em vinte dias contados da data de encerramento da fase probatória da investigação.

Art. 61. O Decom divulgará para as partes interessadas a nota técnica contendo os fatos essenciais que se encontram em análise e que serão considerados na determinação final a que faz referência o art. 63, no prazo de trinta dias, contado da data de encerramento da fase de manifestações.

Art. 62. As partes interessadas disporão do prazo de vinte dias, contado da data de divulgação da nota técnica, para apresentar suas manifestações finais por escrito.

Parágrafo único. Encerrado o prazo previsto no *caput*, será considerada encerrada a instrução do processo, e as informações apresentadas posteriormente não serão consideradas para fins de determinação final, na qual constarão todos os elementos de fato e de direito relativos à investigação e as conclusões finais quanto à existência de *dumping*, de dano e de nexo de causalidade entre ambos.

Art. 63. Em até vinte dias contados da data do encerramento do prazo estipulado no art. 62, o Decom elaborará a determinação final da investigação.

Art. 64. Os documentos apresentados intempestivamente não serão considerados para fins das determinações e, caso não retirados pela parte em prazo a ser determinado pelo Decom, serão destruídos.

Seção V

Das Determinações Preliminares e das Medidas Antidumping Provisórias

Art. 65. No prazo de cento e vinte dias, e nunca inferior a sessenta dias, contado da data do início da investigação, o Decom elaborará a determinação preliminar, na qual constarão todos os elementos de fato e de direito disponíveis quanto à existência de *dumping*, de dano e do nexo de causalidade entre ambos.

§ 1.º Excepcionalmente, o prazo a que faz referência o *caput* poderá ser prorrogado para até duzentos dias contados da data do início da investigação.

§ 2.º Aplica-se o § 1.º quando a indústria doméstica definida por ocasião do início da investigação corresponder a menos de cinquenta por cento da produção do produto similar produzido pela totalidade dos produtores nacionais no período de investigação de *dumping*.

§ 3.º As determinações preliminares positivas ou negativas de *dumping*, de dano à indústria doméstica e do nexo de causalidade entre ambos serão tempestivamente juntadas aos autos restritos do processo.

§ 4.º Determinações preliminares negativas de dano ou do nexo de causalidade poderão justificar o encerramento da investigação, observada a obrigação quanto à divulgação da nota técnica que contenha os fatos essenciais a que faz referência o art. 61.

§ 5.º A Secex publicará as determinações preliminares em até três dias contados da data da determinação, nas quais se informará sobre os prazos a que fazem referência os arts. 59 a 63.

§ 6.º A eventual recomendação quanto à aplicação de direitos provisórios será encaminhada à Camex que, imediatamente após a decisão sobre sua aplicação, publicará o ato correspondente.

§ 7.º As determinações preliminares serão elaboradas com base nos elementos de prova apresentados no prazo de sessenta dias, contado da data do início da investigação.

§ 8.º Os elementos de prova apresentados após o prazo a que se refere o § 7.º poderão ser utilizados pelo Decom, se a análise não prejudicar o cumprimento do prazo a que se refere o *caput*.

Art. 66. Direitos provisórios somente poderão ser aplicados se:

I – uma investigação tiver sido iniciada de acordo com as disposições constantes da Seção III do Capítulo V, o ato que tenha dado início à investigação tiver sido publicado e às partes interessadas tiver sido oferecida oportunidade adequada para se manifestarem;

II – houver determinação preliminar positiva de *dumping*, de dano à indústria doméstica e do nexo de causalidade entre ambos; e

III – a Camex julgar que tais medidas são necessárias para impedir que ocorra dano durante a investigação.

§ 1.º O valor da medida *antidumping* provisória não poderá exceder a margem de *dumping*.

§ 2.º Medidas *antidumping* provisórias serão aplicadas na forma de direito provisório ou de garantia, cujo valor será equivalente ao do direito provisório.

§ 3.º Direitos provisórios serão recolhidos e garantias serão prestadas mediante depósito em espécie ou fiança bancária, cabendo à Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda estabelecer os procedimentos de recolhimento.

§ 4.º A Camex publicará ato com decisão de aplicar medidas *antidumping* provisórias, na forma estabelecida no Capítulo X.

§ 5.º O desembaraço aduaneiro dos produtos objeto de medidas *antidumping* provisórias dependerá do pagamento do direito ou da prestação da garantia.

§ 6.º A vigência das medidas *antidumping* provisórias será limitada a um período não superior a quatro meses, exceto nos casos em que, por decisão do Conselho de Ministros da Camex e a pedido de exportadores que representem percentual significativo do comércio em questão, poderá ser de até seis meses.

§ 7.º Os exportadores poderão solicitar, por escrito, a extensão do prazo de aplicação da medida *antidumping* provisória, no prazo de trinta dias antes do término do período de vigência da medida.

§ 8.º Na hipótese de ser aplicada medida *antidumping* provisória inferior à margem de *dumping*, os períodos previstos no § 6.º passam a ser de seis e nove meses, respectivamente.

Seção VI

Do Compromisso de Preços

Art. 67. A investigação poderá ser suspensa sem aplicação de medidas provisórias ou de direitos definitivos para os produtores ou exportadores que tenham

assumido voluntariamente compromisso de revisão dos seus preços de exportação ou de cessação das exportações a preço de *dumping* destinadas ao Brasil, desde que as autoridades referidas no art. 2.º considerem o compromisso satisfatório para eliminar o dano à indústria doméstica causado pelas importações a preço de *dumping*.

§ 1.º O compromisso será celebrado perante o Decom, submetido à homologação do Conselho de Ministros da Camex.

§ 2.º O compromisso de preços deverá conter permissão expressa de verificação *in loco* pelo Decom e previsão de fornecimento de informações periódicas relativas a seu cumprimento.

§ 3.º A investigação de *dumping*, de dano à indústria doméstica e de nexo de causalidade entre ambos poderá prosseguir a pedido do exportador ou a critério do Decom.

§ 4.º O aumento de preço ao amparo do compromisso não poderá exceder a margem de *dumping*.

§ 5.º O aumento de preço a que se refere o § 4.º será igual ou inferior à margem de *dumping* apurada, com o fim exclusivo de eliminar o dano causado à indústria doméstica pelas importações objeto de *dumping*.

§ 6.º Os exportadores somente poderão oferecer compromissos de preços ou aceitar aqueles oferecidos pelo Decom durante o período compreendido entre a data da publicação da determinação preliminar positiva de *dumping*, de dano à indústria doméstica e do nexo de causalidade entre ambos, e o encerramento da fase probatória.

§ 7.º A Secex publicará o ato com indicação das informações que deverão constar das ofertas de compromissos de preços.

§ 8.º Os exportadores não estão obrigados a propor compromisso de preços nem a aceitar eventuais ajustes ou compromissos propostos pelo Decom.

§ 9.º As propostas não prejudicarão o curso da investigação nem alterarão a determinação preliminar.

§ 10. O Decom poderá recusar ofertas de compromissos de preços consideradas ineficazes ou impraticáveis.

§ 11. Na decisão de recusa a que faz referência o § 10, deverão ser levados em consideração, entre outros, o grau de homogeneidade do produto, o número de ofertas de compromissos de preços e a existência de associação ou relacionamento entre partes interessadas, tal qual definido no § 10 do art. 14.

§ 12. Serão informadas ao produtor ou exportador as razões pelas quais o compromisso foi julgado ineficaz ou impraticável e será concedido prazo de dez dias para manifestação, por escrito.

§ 13. Na análise da possibilidade de homologação de compromissos de preço, será levado em consideração se os compromissos foram oferecidos por produtores ou exportadores dos Estados-partes do Mercosul.

Art. 68. A Camex publicará a homologação do compromisso de preços, no qual deverão constar, entre outras informações:

I – o nome dos produtores ou exportadores para os quais vigorará o compromisso de preços;

II – a descrição do produto objeto da medida; e

III – os termos do compromisso de preços.

Art. 69. O produtor ou exportador sujeito a compromisso de preços deverá fornecer periodicamente, caso solicitado, informação relativa a seu cumprimento e permitir verificação *in loco* dos dados pertinentes, sob pena de serem considerados violados os termos do compromisso.

Art. 70. Havendo indícios de violação aos termos do compromisso de preços, será dada oportunidade para que o produtor ou exportador se manifeste.

Art. 71. Caso seja constatada a violação do compromisso de preços, o Decom notificará o referido produtor ou exportador e a Camex publicará ato com informações a respeito da retomada da investigação e da aplicação imediata de direitos provisórios ou sobre a aplicação de direitos definitivos.

Parágrafo único. As partes interessadas serão notificadas sobre o término do compromisso e sobre os direitos *antidumping* provisórios ou definitivos aplicados.

Seção VII

Do Encerramento da Investigação

Art. 72. As investigações serão concluídas no prazo de dez meses, contado da data do início da investigação, exceto em circunstâncias excepcionais, quando o prazo poderá ser prorrogado para até dezoito meses.

Art. 73. O peticionário poderá solicitar, a qualquer momento e mediante justificativa, o encerramento da investigação.

§ 1.º Caso o pedido seja deferido, o processo será arquivado e a Secex publicará ato com o encerramento da investigação, sem julgamento do mérito.

§ 2.º Caso uma investigação seja encerrada a pedido do peticionário, uma nova petição que envolva o mesmo produto somente será analisada se protocolada depois de decorrido o prazo de doze meses, contado do encerramento da investigação.

Art. 74. Será encerrada a investigação, sem aplicação de direitos, nos casos em que:

I – não houver comprovação da existência de *dumping*, de dano à indústria doméstica ou de nexo de causalidade entre ambos;

II – a margem de *dumping* for de minimis; ou

III – o volume, real ou potencial, de importações objeto de *dumping*, conforme estabelecido nos § 2.º e § 3.º do art. 31, ou o dano à indústria doméstica for insignificante.

Parágrafo único. Caso a investigação seja encerrada com base em determinação negativa, nova petição sobre o mesmo produto só será analisada se protocolada após doze meses contados da data do encerramento da investigação podendo este prazo, em casos excepcionais e devidamente justificados, ser reduzido para seis meses.

Art. 75. O Decom só recomendará a aplicação de direitos *antidumping* quando tiver alcançado uma determinação final positiva de *dumping*, de dano à indústria doméstica e de nexo de causalidade entre ambos.

Art. 76. Na hipótese de ter sido homologado um compromisso de preços, com subsequente prosseguimento da investigação:

I – se o Decom alcançar uma determinação negativa de *dumping*, de dano à indústria doméstica ou de nexo de causalidade entre ambos, a investigação será encerrada e o compromisso de preços automaticamente extinto, exceto quando a determinação negativa resultar, substancialmente, da própria existência do compromisso de preços, caso em que poderá ser requerida sua manutenção por período razoável, cabendo à Camex publicar o ato correspondente; ou

II – se o Decom alcançar uma determinação positiva de *dumping*, de dano à indústria doméstica ou de nexo de causalidade entre ambos, a investigação será encerrada e a aplicação do direito definitivo será suspensa enquanto vigorar o compromisso de preços.

Art. 77. A Camex publicará a decisão de aplicar medidas *antidumping* definitivas, na forma estabelecida no Capítulo X.

Capítulo VI

Da Aplicação e Cobrança dos Direitos Antidumping

Seção I

Da Aplicação

Art. 78. A expressão “direito *antidumping*” significa um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de *dumping* apurada.

§ 1.º Ressalvados os casos previstos no § 3.º e as decisões da Camex amparadas pelo art. 3.º, o direito *antidumping* a ser aplicado será inferior à margem de *dumping* sempre que um montante inferior a essa margem for suficiente para eliminar o dano à indústria doméstica causado por importações objeto de *dumping*.

§ 2.º O montante do direito *antidumping* não poderá exceder a margem de *dumping*.

§ 3.º O direito *antidumping* a ser aplicado corresponderá necessariamente à margem de *dumping* nos seguintes casos:

I – produtores ou exportadores cuja margem de *dumping* foi apurada com base na melhor informação disponível ou cujo direito *antidumping* for aplicado nos termos do art. 80;

II – redeterminações positivas relativas ao inciso II do *caput* do art. 155; e

III – revisões:

a) por alteração das circunstâncias que, amparadas na Subseção I, da Seção II, do Capítulo VIII, envolvam apenas o cálculo da margem de *dumping*;

b) para novos produtores ou exportadores, ao amparo da Subseção I, da Seção III, do Capítulo VIII; ou

c) anticircunvenção, ao amparo da Subseção II, da Seção III, do Capítulo VIII, sempre que o direito *antidumping* em vigor tenha sido aplicado com base na margem de *dumping*.

§ 4.º O direito *antidumping* será aplicado na forma de alíquotas *ad valorem* ou específicas, fixas ou variáveis, ou pela conjugação de ambas.

§ 5.º A alíquota *ad valorem* será aplicada sobre o valor aduaneiro da mercadoria, em base *Cost, Insurance & Freight* – CIF, apurado nos termos da legislação.

§ 6.º A alíquota específica será fixada em moeda estrangeira e convertida em moeda nacional, nos termos da legislação.

Art. 79. A aplicação de medidas *antidumping* vigentes poderá ser estendida a importações de produtos originários de terceiros países, e a importações de partes, peças e componentes do produto sujeito à aplicação de medida *antidumping*, caso constatada a existência de práticas comerciais que visem a frustrar a eficácia de medidas *antidumping* em vigor, observadas as disposições relativas à revisão anticircunvenção estabelecidas na Subseção II da Seção III do Capítulo VIII.

Art. 80. Nas situações em que, nos termos do art. 28, tenha sido determinado que a análise de casos individuais resultaria em sobrecarga despropositada para o Decom ou em impedimento à conclusão da investigação nos prazos estabelecidos, serão aplicados direitos *antidumping* individuais de mesmo valor para todos os produtores ou exportadores conhecidos que, mesmo não tendo sido incluídos na seleção, tenham fornecido as informações solicitadas no § 6.º e no § 7.º do art. 28.

§ 1.º Os direitos *antidumping* individuais de mesmo valor a que faz referência o *caput* serão calculados com base na média ponderada da margem de *dumping* apurada para os produtores ou exportadores incluídos na seleção efetuada nos termos do art. 28.

§ 2.º Caso não tenham sido solicitadas informações, todos os produtores ou exportadores conhecidos farão jus a direitos *antidumping* individuais de mesmo valor.

§ 3.º O cálculo da margem de *dumping* a que faz referência o *caput* não levará em conta margens de *dumping* zero ou de *minimis*.

§ 4.º Para os demais produtores ou exportadores, serão aplicados direitos *antidumping* calculados com base na melhor informação disponível, nos termos do § 3.º do art. 50.

Art. 81. Para fins do disposto no art. 36, serão cobrados direitos *antidumping* apenas para as importações do produto objeto da investigação destinadas ao consumo final no mercado considerado para fins da definição de indústria doméstica subnacional.

Seção II

Da Cobrança

Art. 82. Independentemente das obrigações de natureza tributária relativas à sua importação, serão cobrados direitos *antidumping*, provisórios ou definitivos, aplicados às importações do produto objeto da investigação para o qual tenha havido uma determinação preliminar ou final positiva e tenham sido cumpridas as demais exigências relativas à aplicação de direitos.

Art. 83. Não serão cobrados direitos aplicados às importações de produtos de produtores ou exportadores com os quais tenham sido homologados compromissos de preço.

Seção III

Da Cobrança Retroativa

Art. 84. Exceto nos casos previstos nesta Seção, somente poderão ser aplicadas medidas provisórias e direitos definitivos a produtos importados despachados para consumo a partir da data de publicação do ato que contenha as decisões previstas no § 4.º do art. 66 e no art. 77.

Art. 85. Direitos *antidumping* poderão ser aplicados retroativamente apenas nos casos de determinação final positiva de dano material à indústria doméstica.

Parágrafo único. Na hipótese de determinação final positiva de ameaça de dano material à indústria doméstica, a aplicação retroativa de direitos *antidumping* somente poderá ocorrer quando demonstrado que a ausência de medidas *antidumping* provisórias teria feito com que os efeitos das importações objeto de *dumping* tivessem levado a uma determinação positiva de dano material à indústria doméstica.

Art. 86. O valor do direito provisoriamente recolhido, garantido por depósito ou fiança bancária, será restituído, devolvido ou extinto de forma célere, na hipótese de:

- I – determinação final positiva de ameaça de dano material à indústria doméstica;
- II – retardamento significativo no estabelecimento da indústria doméstica; ou
- III – determinação final negativa de *dumping*, de dano à indústria doméstica ou de nexo de causalidade entre ambos.

Art. 87. Caso o valor do direito definitivo seja superior ao valor do direito provisoriamente recolhido ou garantido por depósito, a diferença não será cobrada.

Art. 88. Caso o valor do direito definitivo seja inferior ao valor do direito provisoriamente recolhido ou garantido por depósito em dinheiro ou fiança bancária, o valor pago a maior será restituído ou devolvido, ou a conversão da garantia ajustada, conforme o caso.

Art. 89. Direitos *antidumping* definitivos somente poderão ser cobrados de importações a preço de *dumping* cuja data do conhecimento de embarque anteceda em até noventa dias a data de aplicação das medidas *antidumping* provisórias e se verifique, com relação ao produto objeto de *dumping*, que:

I – há antecedentes de *dumping*, de dano à indústria doméstica e denexo de causalidade entre ambos, ou que o importador estava ou deveria estar ciente de que o produtor ou exportador pratica *dumping* e de que este causaria dano; e

II – o dano é causado por importações volumosas de um produto a preço de *dumping* em período relativamente curto, o que, levando em conta o período em que foram efetuadas e o volume das importações objeto de *dumping* e outros fatores, como o rápido crescimento dos estoques do produto importado, muito provavelmente reduzirá acentuadamente o efeito corretivo dos direitos *antidumping* definitivos a serem aplicados.

§ 1.º Não serão cobrados direitos aplicados às importações cuja data do conhecimento de embarque seja anterior à data de início da investigação ou de violação do compromisso de preços.

§ 2.º Aos importadores envolvidos será concedido prazo para manifestação sobre a medida *antidumping*.

Art. 90. Para aplicação do disposto no inciso I do *caput* do art. 89, considera-se que:

I – há antecedentes de *dumping* causador de dano, quando:

a) os produtos importados objeto de *dumping* foram objeto de medida *antidumping*, provisória ou definitiva, aplicada no Brasil; ou

b) os produtos importados objeto de *dumping* são ou foram objeto de medida *antidumping*, provisória ou definitiva, aplicada em terceiro país; e

II – o importador estava ou deveria estar ciente de que o produtor ou exportador pratica *dumping* e de que este causaria dano quando a data do conhecimento de embarque dos produtos importados a preço de *dumping* for posterior à data do início da investigação.

Art. 91. Os elementos de fato e de direito que levaram à determinação da cobrança retroativa de direitos *antidumping* definitivos constarão da decisão da Camex que determinar a cobrança retroativa de direitos definitivos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no inciso II do *caput* do art. 90, cabe ao importador comprovar, junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, que a data do conhecimento de embarque é anterior à data da publicação do ato da Secex que deu início à investigação.

Capítulo VII

Da Duração dos Direitos *Antidumping* e dos Compromissos de Preço

Art. 92. Direitos *antidumping* e compromissos de preços permanecerão em vigor enquanto perdurar a necessidade de eliminar o dano à indústria doméstica causado pelas importações objeto de *dumping*.

Art. 93. Todo direito *antidumping* definitivo será extinto no prazo de cinco anos, contado da data de sua aplicação ou da data da conclusão da mais recente revisão que tenha abrangido o *dumping*, o dano à indústria doméstica e o nexo de causalidade entre ambos, conforme estabelecido na Seção II do Capítulo VIII.

Capítulo VIII

Da Revisão dos Direitos *Antidumping* e dos Compromissos de Preço

Seção I

Dos Princípios e Disposições Aplicáveis

Art. 94. As revisões previstas neste Capítulo obedecerão, no que couber, ao disposto nos Capítulos I, II, III, X a XIV e aos princípios, prazos e procedimentos estabelecidos no Capítulo V, a menos que disposto de maneira distinta neste Capítulo.

Parágrafo único. Para as revisões da Seção II, poderá aplicar-se igualmente o disposto no art. 73.

Art. 95. As revisões previstas neste Capítulo deverão ser solicitadas por meio de petição escrita, devidamente fundamentada com base em indícios, apresentada pelas partes interessadas.

§ 1.º O Decom poderá conduzir, a seu critério e desde que devidamente justificado, os processos de revisão previstos neste Capítulo de forma simultânea ou combinada.

§ 2.º Serão consideradas partes interessadas aquelas relacionadas no § 2.º do art. 45, a menos que disposto de maneira distinta neste Capítulo.

Art. 96. O Decom notificará as partes interessadas do início de revisão sob amparo deste Capítulo.

Art. 97. As partes interessadas terão ampla oportunidade para apresentar por escrito os elementos de prova considerados pertinentes à revisão.

Art. 98. Exceto quando disposto de maneira distinta neste Capítulo, o período da revisão será definido conforme as disposições do art. 48.

Art. 99. A Secex publicará ato que contenha o modelo de petição para cada uma das revisões previstas neste Capítulo.

Art. 100. O disposto neste Capítulo aplica-se igualmente às revisões de compromissos de preço.

Seção II

Das Revisões Relativas à Aplicação do Direito

Subseção I

Da Revisão do Direito por Alteração das Circunstâncias

Art. 101. A pedido de qualquer parte interessada da investigação original ou da última revisão de *dumping*, dano e do nexo de causalidade entre ambos, que submeta petição escrita com indícios de que as circunstâncias que justificaram a aplicação do direito *antidumping* se alteraram, o Decom poderá iniciar revisão amparada nesta subseção, à condição de que haja decorrido no mínimo um ano da aplicação, alteração, prorrogação ou extensão de um direito *antidumping* definitivo.

§ 1.º A alteração das circunstâncias deve ser significativa e duradoura, não se configurando por oscilações ou flutuações inerentes ao mercado, entre outras.

§ 2.º Excepcionalmente, poderá ser iniciada revisão amparada nesta subseção em prazo inferior ao referido no *caput*, desde que devidamente justificado pelo peticionário.

Art. 102. Com base na determinação estabelecida pelo Decom:

I – o direito *antidumping* poderá ser extinto, caso seja improvável a continuação ou retomada do:

a) *dumping*; ou

b) dano.

II – o direito *antidumping* poderá ser alterado caso:

a) tenha deixado de ser suficiente ou tenha se tornado excessivo para neutralizar o *dumping*; ou

b) tenha se tornado insuficiente para eliminar o dano à indústria doméstica causado pelas importações objeto de *dumping*.

Art. 103. Nas hipóteses da alínea *a* do inciso I e da alínea *a* do inciso II, do *caput* do art. 102, a análise deverá basear-se no exame objetivo de todos os fatores relevantes, incluindo:

I – a existência de *dumping* durante a vigência da medida;

II – o desempenho do produtor ou exportador no tocante a produção, utilização da capacidade instalada, custos, volume de vendas, preços, exportações e lucros;

III – alterações nas condições de mercado, tanto do país exportador quanto em outros países, incluindo alterações na oferta e na demanda pelo produto, nos preços e na participação do produtor ou exportador no mercado do país exportador; e

IV – a aplicação de medidas de defesa comercial sobre o produto similar por outros países e a consequente possibilidade de desvio de comércio para o Brasil.

§ 1.º Petições que envolvam o cálculo de nova margem de *dumping* devem incluir, entre outras informações, dados relativos ao preço de exportação e ao valor normal durante o período de revisão, desde que as transações ocorridas durante esse período tenham sido feitas em quantidades representativas.

§ 2.º O direito a ser aplicado como resultado de uma revisão de alteração das circunstâncias não poderá exceder a nova margem de *dumping* calculada para o período de revisão.

Art. 104. Nas hipóteses da alínea *b* do inciso I e da alínea *b* do inciso II, do *caput* do art. 102, a análise deverá basear-se no exame objetivo de todos os fatores relevantes, incluindo:

I – a situação da indústria doméstica durante a vigência definitiva do direito;

II – o volume das importações do produto objeto da medida durante sua vigência e a provável tendência de comportamento dessas importações, em termos absolutos e relativos à produção ou ao consumo do produto similar no mercado interno brasileiro;

III – o preço provável das importações objeto de *dumping* e o seu provável efeito sobre os preços do produto similar no mercado interno brasileiro;

IV – o impacto provável das importações objeto de *dumping* sobre a indústria doméstica, avaliado com base em todos os fatores e índices econômicos pertinentes definidos no § 2.º e no § 3.º do art. 30;

V – alterações nas condições de mercado no país exportador, no Brasil ou em terceiros mercados, incluindo alterações na oferta e na demanda do produto similar, em razão, por exemplo, da imposição de medidas de defesa comercial por outros países; e

VI – o efeito provável de outros fatores que não as importações objeto de *dumping* sobre a indústria doméstica, tais como:

a) volume e preço de importações não sujeitas ao direito *antidumping*;

b) impacto de eventuais processos de liberalização das importações sobre os preços domésticos;

c) contração na demanda ou mudanças nos padrões de consumo;

d) práticas restritivas ao comércio de produtores domésticos e estrangeiros e a concorrência entre eles;

e) progresso tecnológico;

f) desempenho exportador;

g) produtividade da indústria doméstica;

h) consumo cativo; e

i) importações ou revenda do produto importado pela indústria doméstica.

Art. 105. A revisão será concluída no prazo de dez meses, contado da data do início da revisão.

§ 1.º Em circunstâncias excepcionais, esse prazo poderá ser prorrogado por até dois meses.

§ 2.º No curso da revisão, os direitos permanecerão em vigor e não serão alterados.

Subseção II

Da Revisão de Final de Período

Art. 106. A duração do direito *antidumping* de que trata o art. 93 poderá ser, por meio de uma revisão de final de período amparada por esta Subseção, prorrogada por igual período, caso determinado que a sua extinção levaria muito provavelmente à continuação ou à retomada do *dumping* e do dano dele decorrente.

Art. 107. A determinação de que a extinção do direito levaria muito provavelmente à continuação ou à retomada do *dumping* deverá basear-se no exame objetivo de todos os fatores relevantes, incluindo aqueles elencados no art. 103.

§ 1.º O direito a ser aplicado como resultado de uma revisão de final de período poderá ser determinado com base na margem de *dumping* calculada para o período de revisão, caso evidenciado que a referida margem reflita adequadamente o comportamento dos produtores ou exportadores durante a totalidade do período de revisão e o montante do direito não poderá exceder a margem de *dumping* calculada para o período de revisão.

§ 2.º Se a margem de *dumping* calculada para o período de revisão não refletir o comportamento dos produtores ou exportadores durante a totalidade do período de revisão, o direito poderá ser prorrogado sem alteração.

§ 3.º Na hipótese de não ter havido exportações do país ao qual se aplica a medida *antidumping* ou de ter havido apenas exportações em quantidades não representativas durante o período de revisão, a probabilidade de retomada do *dumping* será determinada com base na comparação entre o valor normal médio internalizado no mercado brasileiro e:

I – o preço médio de venda do produto similar doméstico no mercado brasileiro, apurados para o período de revisão; ou

II – o preço de exportação médio de outros fornecedores estrangeiros para o mercado brasileiro em transações feitas em quantidades representativas, apurados para o período de revisão.

§ 4.º Em caso de determinação positiva na hipótese do § 3.º, será recomendada a prorrogação do direito *antidumping* em montante igual ou inferior ao do direito em vigor.

Art. 108. A determinação de que a extinção do direito levará muito provavelmente à continuação ou à retomada do dano deverá basear-se no exame objetivo de todos os fatores relevantes, incluindo aqueles elencados no art. 104.

Art. 109. Em situações em que houver dúvidas quanto à provável evolução futura das importações do produto objeto de direito *antidumping*, o Decom poderá recomendar a prorrogação do direito com a imediata suspensão de sua aplicação.

Parágrafo único. A cobrança do direito será imediatamente retomada caso o aumento das importações ocorrer em volume que possa levar à retomada do dano.

Art. 110. A revisão de final de período deverá ser solicitada pela indústria doméstica ou em seu nome, por meio de petição escrita, devidamente fundamentada, acompanhada de indícios de que a extinção do direito *antidumping* levaria muito provavelmente à continuação ou à retomada do *dumping* e do dano dele decorrente.

Art. 111. A petição de revisão de final de período deverá ser protocolada, no mínimo, quatro meses antes da data do término do período de vigência do direito *antidumping* de que trata o art. 93, sob pena de a petição ser considerada intempestiva.

Parágrafo único. A decisão de iniciar a revisão, ou não, será publicada antes do término da vigência do direito *antidumping*.

Art. 112. A revisão será concluída no prazo de dez meses, contado da data do início da revisão.

§ 1.º Em circunstâncias excepcionais, esse prazo poderá ser prorrogado por até dois meses.

§ 2.º No curso da revisão, os direitos permanecerão em vigor e não serão alterados.

Seção III

Das Revisões Relativas ao Escopo e à Cobrança do Direito

Subseção I

Da Revisão para novos Produtores ou Exportadores

Art. 113. Quando um produto estiver sujeito a direitos *antidumping*, o produtor ou exportador que não tenha exportado para o Brasil durante o período da investigação que culminou com a aplicação, alteração, prorrogação ou extensão do direito *antidumping* vigente poderá solicitar, por meio de petição escrita e fundamentada, revisão do direito *antidumping* em vigor, com vistas a determinar, de forma célere, sua margem individual de *dumping*.

Parágrafo único. O produtor ou exportador referido no *caput* deve apresentar elementos de fato e de direito suficientes para comprovar que:

I – não possui relação ou associação, nos termos do § 10 do art. 14, com os produtores ou exportadores que, localizados no país exportador e sujeitos ao direito *antidumping* vigente, exportaram durante o período de investigação que culminou com a aplicação, alteração, prorrogação ou extensão do direito *antidumping* vigente; e

II – não exportou durante o período de investigação que culminou com a aplicação, alteração, prorrogação ou extensão do direito *antidumping* vigente.

Art. 114. Caso o peticionário não seja o produtor do produto sujeito à medida, deverá incluir em seu pedido, além das informações solicitadas no art. 113:

I – o nome do produtor; e

II – declaração do produtor de que irá colaborar com a revisão no que se refere ao fornecimento de dados relativos a custos de manufatura e preço de venda do produto similar no mercado interno do país de exportação no período de revisão.

§ 1.º Caso o país exportador não seja considerado uma economia de mercado, deverá ser indicado, para fins de apuração do valor normal, produtor do mesmo terceiro país utilizado no procedimento imediatamente anterior ao início da revisão.

§ 2.º Caso existam importações brasileiras do produto do peticionário em quantidades representativas dentro de um período de seis meses, deverão constar da petição informações relativas aos custos de manufatura e ao valor normal do produto similar no país de exportação, e sobre volume e preço de exportação ao Brasil, além de eventuais ajustes para fins de justa comparação.

§ 3.º A petição deverá ser protocolada em até quatro meses após o término do período a que faz referência o § 2.º.

Art. 115. O Decom disporá de dois meses para analisar se a petição está devidamente instruída e, em caso positivo, a Secex publicará ato tornando público o início da revisão.

§ 1.º Ato da Camex suspenderá a cobrança do direito *antidumping* aplicado às importações do produto exportado pelo produtor ou exportador peticionário da revisão enquanto perdurar a revisão, e instituirá aos importadores do referido produto, a prestação de garantia na forma de depósito em espécie ou fiança bancária em montante equivalente aos direitos suspensos.

§ 2.º Compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda verificar a prestação da garantia de que trata este artigo, por ocasião do despacho aduaneiro.

§ 3.º O Decom notificará as partes interessadas sobre o início da revisão.

Art. 116. Caso não existam importações brasileiras do produto do peticionário em quantidades representativas para a determinação de margem de *dumping* individual, a Camex poderá suspender a cobrança do direito *antidumping* aplicado às importações do produto exportado pelo peticionário, despachadas para consumo

final no Brasil em um período de seis meses, improrrogável, contado da data de publicação do ato pertinente pela Camex.

§ 1.º A suspensão a que faz referência o *caput* somente ocorrerá uma vez protocolada uma petição para uma revisão de novo produtor ou exportador, em conformidade com as exigências estabelecidas nos arts. 113 e 114.

§ 2.º No ato de suspensão a que faz referência o *caput*, será determinada a prestação de garantia pelos importadores do produto exportado pelo peticionário na forma de depósito em espécie ou fiança bancária em montante equivalente aos direitos suspensos.

§ 3.º Encerrado o período a que faz referência o *caput*, o peticionário terá trinta dias para protocolar as informações relativas aos custos de produção e ao valor normal do produto similar no país de exportação, e sobre volume e preço de exportação para o Brasil, além de eventuais ajustes para fins de justa comparação.

§ 4.º As informações mencionadas no § 3.º devem referir-se ao período previsto no *caput*.

§ 5.º Uma vez protocoladas as informações referidas no § 3.º, o Decom terá o prazo de trinta dias para analisá-las.

§ 6.º Caso a petição esteja devidamente instruída, a Secex publicará ato tornando público o início da revisão.

§ 7.º Caso as informações não sejam protocoladas no prazo a se refere o § 3.º, o Decom indeferirá a petição e a Camex determinará a conversão das garantias prestadas.

§ 8.º Decorrido o período a que faz referência o *caput* sem importações em quantidades representativas para a determinação de margem de *dumping* individual, o Decom indeferirá a petição e a Camex determinará a retomada da cobrança do direito *antidumping* e a conversão das garantias prestadas.

§ 9.º Entre o final do período de suspensão a que faz referência o *caput* e o início da revisão, os direitos *antidumping* serão cobrados regularmente.

Art. 117. A margem de *dumping* individual será calculada com base nos dados relativos ao período de revisão ou ao período de suspensão de que trata o *caput* do art. 116.

Art. 118. O Decom poderá solicitar informações complementares ao peticionário, que devem ser encaminhadas no prazo improrrogável de cinco dias, contado da data de ciência da solicitação.

Parágrafo único. Caso o peticionário negue acesso à informação necessária, não a forneça tempestivamente ou crie obstáculos à revisão, a Secex encerrará a revisão sem a determinação de margem individual para o produtor ou exportador e a Camex publicará ato determinando a retomada da cobrança do direito *antidumping* e a conversão das garantias prestadas.

Art. 119. A fase probatória da revisão será encerrada no prazo de noventa dias, contado da data de início da revisão, não sendo juntados aos autos do processo elementos de prova apresentados após o seu encerramento.

Art. 120. As revisões previstas nesta subseção serão concluídas no prazo de sete meses, contado da sua data de início.

§ 1.º A Camex publicará ato retomando a cobrança do direito aplicado às importações do produto do produtor ou exportador beneficiado pela revisão no montante do direito individual definitivo determinado na revisão.

§ 2.º A garantia prestada será convertida, caso o valor do direito individual definitivo seja superior a seu valor.

§ 3.º Caso o valor do direito individual seja inferior ao valor da garantia prestada, o valor a maior poderá ser objeto de revisão de restituição, nos termos da Subseção III.

Subseção II

Da Revisão Anticircunvenção

Art. 121. A aplicação de uma medida *antidumping* poderá ser estendida, por meio de uma revisão anticircunvenção amparada por esta Subseção, a importações de:

I – partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito a medida *antidumping*, destinadas à industrialização, no Brasil, do produto sujeito a medida *antidumping*;

II – produto de terceiros países cuja industrialização com partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito a medida *antidumping* resulte no produto sujeito a medida *antidumping*; ou

III – produto que, originário ou procedente do país sujeito a medida *antidumping*, apresente modificações marginais com relação ao produto sujeito a medida *antidumping*, mas que não alteram o seu uso ou a sua destinação final.

Art. 122. Constitui circunvenção prática comercial que vise a frustrar a eficácia de medida *antidumping* vigente por meio da introdução, no território nacional, das importações a que faz referência o art. 121.

Art. 123. A existência de circunvenção será determinada pela análise conjugada de informações relativas tanto aos países de origem das exportações dos produtos ou das partes, peças ou componentes quanto aos produtores ou exportadores destes países, ou ainda aos importadores brasileiros de partes, peças ou componentes, nos termos do art. 121.

§ 1.º A análise de informações relativas aos países de origem das exportações dos produtos ou das partes, peças ou componentes a que faz referência o *caput* será feita para os países como um todo, de maneira a verificar se:

I – em razão de alterações nos fluxos comerciais destes países ocorridas após o início de investigação original ou de revisão, a eficácia de uma medida *antidumping* vigente estiver sendo frustrada, avaliada em termos do preço e da quantidade importada do produto objeto da revisão; e

II – as alterações nos fluxos comerciais destes países ocorridas após o início de investigação original ou revisão são decorrentes de processo, atividade ou prática sem motivação ou justificativa econômica outra do que frustrar a eficácia de medida *antidumping* vigente.

§ 2.º A análise de informações relativas aos produtores, exportadores ou importadores a que faz referência o *caput* será feita para produtores, exportadores ou importadores individualmente, de maneira a verificar se:

I – na hipótese do inciso I do *caput* do art. 121:

a) a revenda, no Brasil, do produto sujeito à medida *antidumping* industrializado com partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida *antidumping* se deu a valores inferiores ao valor normal apurado para o produto sujeito a medida *antidumping*;

b) as partes, as peças ou os componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida *antidumping* não apresentam utilização distinta da industrialização do produto sujeito a medida *antidumping*;

c) o início ou o aumento substancial da industrialização no Brasil ocorreu após o início da investigação que resultou na aplicação de medida *antidumping*; e

d) as partes, as peças ou os componentes originários ou procedentes do país sujeito a medida *antidumping* representam sessenta por cento ou mais do valor total de partes, peças ou componentes do produto industrializado no Brasil.

II – na hipótese do inciso II do *caput* do art. 121:

a) a exportação do produto para o Brasil se deu a valores inferiores ao valor normal apurado para o produto sujeito a medida *antidumping*;

b) a exportação do produto para o Brasil correspondeu a uma proporção importante das vendas totais do produtor ou exportador;

c) o início ou o aumento substancial das exportações do produto para o Brasil ocorreu após o início da investigação que resultou na aplicação de medida *antidumping*; e

d) as partes, as peças ou os componentes originários ou procedentes do país sujeito a medida *antidumping* representam sessenta por cento ou mais do valor total de partes, peças ou componentes do produto exportado para o Brasil.

III – na hipótese do inciso III do *caput* do art. 121:

a) a exportação do produto com modificações marginais para o Brasil se deu a valores inferiores ao valor normal apurado para o produto sujeito a medida *antidumping*;

b) a exportação do produto com modificações marginais para o Brasil correspondeu a uma proporção importante das vendas totais do produtor ou exportador; e

c) o início ou o aumento substancial das exportações do produto com modificações marginais para o Brasil ocorreu após o início da investigação que resultou na aplicação de medida *antidumping*.

§ 3.º Não se caracterizará a circunvenção quando o valor agregado nas operações de industrialização a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121 for superior a trinta e cinco por cento do custo de manufatura do produto.

§ 4.º Para os fins do § 3.º, o custo de manufatura não inclui:

I – despesas de depreciação;

II – despesas de embalagem; e

III – custos ou despesas que não sejam diretamente relacionados à fabricação do produto.

Art. 124. A revisão anticircunvenção será baseada nos antecedentes da investigação que culminou com a aplicação ou a prorrogação da medida *antidumping*.

Art. 125. Uma revisão anticircunvenção poderá ser solicitada mediante petição escrita por parte interessada na investigação original ou, na hipótese de a medida já ter sido prorrogada, a pedido da parte interessada na última revisão da medida *antidumping* em questão, por meio de petição formulada por escrito, ou, excepcionalmente, de ofício pela Secex.

Art. 126. Para os efeitos da revisão anticircunvenção, são consideradas partes interessadas em uma revisão anticircunvenção:

I – os produtores brasileiros do produto sujeito a medida *antidumping* ou as entidades de classe que os representem;

II – o governo do país de exportação dos produtos a que se referem os incisos II e III do *caput* do art. 121;

III – os produtores ou exportadores dos produtos a que se referem os incisos II e III do *caput* do art. 121;

IV – os importadores brasileiros das partes, peças ou componentes a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121;

V – as empresas responsáveis pela industrialização das partes, peças ou componentes a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121;

VI – outras partes nacionais ou estrangeiras que possam ser afetadas pela revisão, a critério do Decom.

Art. 127. O Decom poderá enviar questionário para as partes interessadas, que disporão do prazo de vinte dias, contado da data de ciência da expedição dos referidos questionários, para restituí-los.

Parágrafo único. Poderá ser concedida, a pedido, e sempre que possível, prorrogação por até dez dias do prazo referido no *caput*.

Art. 128. As revisões serão concluídas no prazo de seis meses, contado da data de publicação do ato que deu início à investigação, exceto em circunstâncias excepcionais, quando o prazo poderá ser prorrogado por até três meses.

Art. 129. Sempre que possível, a extensão de uma medida *antidumping* será objeto de determinação individual para cada produtor, exportador ou importador conhecido do produto objeto da revisão anticircunvenção.

§ 1.º No caso de o número elevado de produtores, exportadores ou importadores tornar impraticável a determinação referida no *caput*, a determinação individual poderá limitar-se:

I – na hipótese do inciso I do *caput* do art. 121, a uma seleção dos importadores responsáveis pelo maior percentual razoavelmente investigável do volume de importações de partes, peças ou componentes originários ou procedentes do país sujeito à medida *antidumping* cuja industrialização resulte em um produto similar ao produto sujeito à aplicação de medida *antidumping*;

II – nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* do art. 121, a uma seleção dos produtores ou exportadores responsáveis pelo maior percentual razoavelmente investigável do volume de exportações do país exportador.

§ 2.º A seleção de que trata o § 1.º incluirá os produtores, exportadores ou importadores que, elencados em ordem decrescente de volume, tenham sido responsáveis pelos maiores volumes de exportação, no caso de produtores ou exportadores, ou importação, no caso de importadores, para o Brasil.

Art. 130. Serão estendidos os direitos *antidumping* para todos os produtores, exportadores ou importadores incluídos na seleção de que trata o art. 129, que tenham apresentado os dados solicitados e para os quais o Decom tenha alcançado determinação final positiva quanto à prática de circunvenção.

§ 1.º O valor do direito estendido consistirá na média ponderada da margem de *dumping* apurada para os produtores ou exportadores cujo direito, na investigação original ou na última revisão, tenha sido calculado com base no art. 27 ou nos incisos I ou II do *caput* do art. 28, desconsideradas margens de *dumping* zero ou de *minimis*.

§ 2.º Na hipótese do inciso I do *caput* do art. 121, o direito *antidumping* sobre as partes, peças ou componentes será estendido na forma de alíquota *ad valorem*.

§ 3.º Produtores, exportadores ou importadores para os quais tenha sido estabelecida determinação final negativa serão individualmente identificados no ato que tornar público o encerramento da revisão e a eles não se estenderá a aplicação dos direitos *antidumping* em vigor.

§ 4.º No caso de determinação final positiva para um produtor ou exportador para o qual haja compromisso de preços em vigor, será considerado violado o compromisso de preços.

Art. 131. Para os importadores conhecidos não incluídos na seleção e que tenham importado para o Brasil partes, peças ou componentes a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121 durante o período de revisão, a revisão anticircunvenção será suspensão e não será estendida a aplicação de direitos *antidumping*.

Art. 132. Para os produtores ou exportadores conhecidos não incluídos na seleção e que tenham exportado para o Brasil os produtos a que fazem referência os incisos II e III do *caput* do art. 121 durante o período de revisão, a revisão será suspensão e não será estendida a aplicação de direitos *antidumping*.

Art. 133. Caso existam indícios de que os produtores, exportadores ou importadores a que fazem referência os arts. 131 e 132 possam estar engajados em circunvenção, com base em pedidos devidamente fundamentados ou de ofício, o Decom poderá retomar a revisão.

§ 1.º A Secex publicará ato com a retomada da revisão.

§ 2.º Na hipótese prevista no § 4.º do art. 130, a Camex publicará ato tornando pública a retomada da investigação.

Art. 134. Para os produtores, exportadores ou importadores desconhecidos ou que, embora incluídos na seleção, não forneceram os dados solicitados, será estendido o direito *antidumping* com base na melhor informação disponível, nos termos do § 3.º do art. 50.

§ 1.º Importadores que não tenham importado partes, peças ou componentes a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121 para o Brasil, durante o período de revisão anticircunvenção, poderão solicitar sua exclusão da medida *antidumping* estendida ao amparo desta Subseção.

§ 2.º Produtores ou exportadores que não tenham exportado os produtos a que fazem referência os incisos II e III do *caput* do art. 121 para o Brasil durante o período da revisão anticircunvenção poderão solicitar uma revisão de novo produtor ou exportador, nos termos da Subseção I.

Art. 135. A medida *antidumping* não estendida aos importadores se condiciona à manutenção dos mesmos fornecedores identificados no período de revisão.

Art. 136. O importador a que faz referência o § 1.º do art. 134 deve apresentar elementos de fato e de direito suficientes para comprovar que:

I – não possui relação ou associação, nos termos do § 10 do art. 14, com as partes interessadas na revisão anticircunvenção que resultou na extensão da medida *antidumping*;

II – não tenham importado para o Brasil partes, peças ou componentes a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121 durante o período de revisão anticircunvenção; e

III – as operações de industrialização a que faz referência o inciso I do *caput* do art. 121 agreguem pelo menos trinta e cinco por cento de valor, calculado com

base no custo total de manufatura do produto, nos termos do § 3.º e do § 4.º do art. 123.

Art. 137. Direitos *antidumping* estendidos ao amparo de revisões anticircunvenção estarão sujeitos às revisões de final de período do direito *antidumping* que deu ensejo à revisão anticircunvenção.

Art. 138. Não se aplicam as Seções V e VI do Capítulo V às revisões anticircunvenção.

Art. 139. Serão extintos os direitos estendidos com base em revisões amparadas por esta Subseção e encerradas as revisões anticircunvenção suspensas quando for extinto o direito *antidumping* que deu ensejo à revisão anticircunvenção ou à eventual extensão da aplicação do referido direito.

Subseção III

Da Revisão de Restituição

Art. 140. Qualquer importador do produto objeto do direito *antidumping* poderá solicitar a restituição de direitos *antidumping* definitivos recolhidos, caso fique demonstrado que a margem de *dumping* apurada para o período de revisão de restituição é inferior ao direito vigente.

Art. 141. A revisão de restituição deverá ser solicitada pelo importador interessado, mediante petição escrita, fundamentada com elementos de prova de que o montante de direitos *antidumping* recolhidos foi superior ao que seria devido caso o direito tivesse sido calculado com base na margem de *dumping* apurada para o período de revisão.

§ 1.º Meras alegações não serão consideradas suficientes para cumprir as exigências estabelecidas nesta subseção.

§ 2.º Para os efeitos desta subseção, consideram-se partes interessadas em uma revisão de restituição o peticionário da revisão de restituição e os produtores ou exportadores para os quais exista um direito *antidumping* individual aplicado.

§ 3.º Caso o país exportador não seja considerado uma economia de mercado, deverá ser indicado produtor do país substituto utilizado no procedimento imediatamente anterior ao início da revisão para fins de apuração do valor normal.

Art. 142. O período de revisão será preferencialmente de doze meses, mas nunca inferior a seis meses.

Parágrafo único. O final do período corresponderá necessariamente à data da última importação no interregno em que a restituição é pleiteada e para a qual tenham sido recolhidos direitos *antidumping*.

Art. 143. A petição a que faz referência o art. 141 deverá ser protocolada no prazo de quatro meses, contado da data final do período de revisão.

§ 1.º Uma petição somente será considerada devidamente instruída se contiver informação precisa a respeito do montante a ser reembolsado e estiver acompa-

nhada de toda documentação aduaneira, original ou cópia autenticada, relativa ao recolhimento dos direitos *antidumping* devidos.

§ 2.º A petição deverá conter elementos de prova relativos ao valor normal e ao preço de exportação para o Brasil do produtor ou exportador para o qual uma margem de *dumping* individual tenha sido calculada.

§ 3.º Caso o importador seja relacionado ou associado ao produtor ou exportador, deverá apresentar os preços de revenda do produto importado no mercado brasileiro.

Art. 144. A margem de *dumping* calculada para o período de revisão servirá exclusivamente para calcular a eventual restituição de direitos *antidumping* recolhidos em montante superior à margem de *dumping* apurada para o período de revisão.

Parágrafo único. As revisões de restituição serão concluídas no prazo de dez meses, contado da data de seu início.

Art. 145. No caso de uma determinação final positiva, o Decom notificará a Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda a respeito da margem de *dumping* apurada para o período da revisão de restituição, que por sua vez deverá proceder à restituição devida.

Parágrafo único. A restituição será efetuada, de maneira geral, no prazo de noventa dias, contado da data da publicação da conclusão da revisão.

Capítulo IX

Da Avaliação de Escopo e da Redeterminação

Seção I

Da Avaliação de Escopo

Art. 146. Qualquer uma das partes interessadas relacionadas no § 2.º do art. 45, além de outros importadores, poderá solicitar ao Decom, que proceda a uma avaliação de escopo, a fim de determinar se um produto está sujeito a uma medida *antidumping* em vigor.

Parágrafo único. Caso o Decom entenda necessária avaliação de escopo para determinar se um produto se sujeita a medida *antidumping* em vigor, poderá iniciar a avaliação de escopo de ofício.

Art. 147. A avaliação de escopo deverá ser solicitada por meio de petição escrita, devidamente fundamentada, que conterá:

I – descrição detalhada do produto a ser avaliado, acompanhada dos elementos de prova pertinentes, incluindo suas características técnicas e seus usos, bem como a sua classificação tarifária na nomenclatura comum do Mercosul – NCM; e

II – explicação pormenorizada, acompanhada de elementos de prova, das razões que levam o peticionário a entender que o produto está, ou não, sujeito à medida *antidumping* em vigor.

Art. 148. Caso a petição esteja devidamente instruída, a Secex publicará ato que informará o início da avaliação de escopo.

Art. 149. O ato que dará início a uma avaliação de escopo conterá:

I – descrição pormenorizada do produto objeto da avaliação e do produto objeto de medida *antidumping*;

II – razões pelas quais o Decom entenda necessária a avaliação;

III – cronograma para manifestações das partes interessadas; e

IV – data da realização da audiência a que faz referência o parágrafo único do art. 152, se houver.

Parágrafo único. No cumprimento do cronograma a que faz referência o inciso III do *caput*, serão concedidos trinta dias contados da data de publicação do ato a que faz referência o art. 148 para que as partes interessadas possam manifestar-se por escrito ou submeter elementos de prova.

Art. 150. Na hipótese de conclusão final apenas com base nas informações constantes da petição de que o produto está, ou não, sujeito à medida *antidumping* em vigor, o Decom elaborará determinação final, no prazo de sessenta dias, contado da data de publicação do ato a que faz referência o art. 148.

Art. 151. Na hipótese de não ser possível uma conclusão final apenas com base nas informações constantes da petição, o Decom poderá enviar questionários para as partes interessadas e realizar verificações *in loco* das informações recebidas, caso em que o Decom elaborará a determinação final no prazo de cento e vinte dias, contado da data de publicação do ato a que faz referência o art. 148.

Art. 152. A análise do Decom será baseada nos critérios utilizados para definir o produto objeto da investigação, conforme estabelecido no art. 10.

Parágrafo único. O Decom poderá realizar as audiências a que faz referência o art. 55 a fim de esclarecer aspectos relativos ao escopo da medida *antidumping* em vigor no prazo de quarenta dias, contado da data de publicação do ato a que faz referência o art. 148.

Art. 153. A Secex remeterá a conclusão final à Camex, para aprovação e publicação do ato contendo o resultado da avaliação de escopo.

Art. 154. Os resultados e as conclusões das avaliações de escopo poderão ser utilizados pelo Decom, para instruir investigações ou revisões amparadas por este Decreto.

Parágrafo único. A avaliação conduzida ao amparo desta Seção possui caráter interpretativo, não alterando o escopo de medidas *antidumping* vigentes.

Seção II

Da Redeterminação

Art. 155. Os produtores domésticos do produto similar ou a entidade de classe que os represente poderão solicitar ao Decom que proceda a uma redeterminação,

a fim de determinar se uma medida *antidumping* aplicada está com sua eficácia comprometida:

I – em razão da forma de aplicação da medida; ou

II – em virtude de o preço de exportação ou, na hipótese do art. 21, de o preço de revenda do produto objeto do direito no mercado interno brasileiro ter-se reduzido, não se ter alterado, ou ter aumentado em valor inferior ao esperado pela aplicação, alteração, prorrogação ou extensão de uma medida *antidumping*.

§ 1.º A redeterminação deverá ser solicitada por meio de petição escrita, devidamente fundamentada.

§ 2.º Excepcionalmente, o Decom poderá iniciar uma redeterminação de ofício.

Art. 156. Na hipótese do inciso I *caput* do art. 155, a petição deverá conter explicação pormenorizada, acompanhada dos indícios pertinentes e das razões que levam o peticionário a entender que a redeterminação é necessária.

§ 1.º Uma medida *antidumping* poderá ter a sua forma de aplicação alterada como resultado de uma redeterminação apenas uma vez a cada cinco anos.

§ 2.º Aplica-se a regra do § 1.º para as medidas que tenham sido prorrogadas por meio de revisão amparada pelo Capítulo VIII.

§ 3.º A alteração da forma de aplicação não poderá ultrapassar a margem de *dumping* apurada na investigação original ou na revisão mais recente.

Art. 157. Na hipótese do inciso II do *caput* do art. 155, a petição deverá conter explicação pormenorizada, acompanhada dos indícios pertinentes e das razões que levam o peticionário a entender que a redeterminação é necessária.

§ 1.º Somente serão aceitas petições ao amparo deste artigo caso a medida *anti-dumping* tenha sido aplicada em montante inferior à margem de *dumping*.

§ 2.º Ao longo de uma redeterminação, exportadores, produtores estrangeiros, importadores e produtores domésticos disporão de ampla oportunidade para esclarecer aspectos relativos aos preços de exportação ou de revenda do produto objeto do direito no mercado interno brasileiro.

Art. 158. Uma redeterminação só poderá ser iniciada após nove meses contados da data de aplicação, alteração, prorrogação ou extensão da medida *antidumping*.

§ 1.º A Secex publicará ato dando início à redeterminação.

§ 2.º Uma redeterminação será concluída no prazo de três meses, contado da data de seu início.

Art. 159. Na hipótese do inciso II do *caput* do art. 155, caso o Decom conclua que a aplicação do direito *antidumping* deveria ter resultado em alterações não ocorridas dos referidos preços, recomendará à Camex a alteração da medida *anti-dumping* em vigor.

Art. 160. Determinações positivas quanto à absorção de direitos referida no inciso II do *caput* do art. 155 constituem indícios significativos de que a extinção do direito levará à continuação ou retomada do *dumping*.

Capítulo X

Da Publicidade

Art. 161. Os atos decorrentes das decisões das autoridades referidas nos arts. 2.º e 5.º serão publicados no *Diário Oficial da União* e conterão informação detalhada acerca das conclusões sobre as matérias de fato e de direito.

Art. 162. Os atos a que faz referência o art. 161 relativos ao início de uma investigação deverão conter, entre outras, as seguintes informações:

I – o nome do país ou países exportadores e o produto objeto da investigação;

II – a data do início da investigação;

III – a base da alegação de *dumping* formulada na petição;

IV – o resumo dos fatos sobre os quais se baseia a alegação de dano;

V – o endereço para onde devem ser encaminhadas as manifestações das partes interessadas; e

VI – os prazos e procedimentos para as manifestações das partes interessadas.

Art. 163. Os atos a que faz referência o art. 161 relativos à imposição de medidas *antidumping* provisórias deverão conter explicações suficientemente detalhadas sobre as determinações preliminares relativas ao *dumping*, ao dano e ao nexo de causalidade entre ambos e referências às matérias de fato e de direito que levaram à aceitação ou à rejeição dos argumentos apresentados pelas partes interessadas.

Parágrafo único. Os atos mencionados no *caput* deverão conter, dentre outras, as seguintes informações:

I – nomes dos produtores ou exportadores aos quais serão aplicadas as medidas *antidumping* provisórias ou, no caso de o número de produtores ou exportadores ser de tal modo elevado que impeça sua singularização, o nome dos países nos quais se localizam os produtores ou exportadores investigados;

II – descrição detalhada do produto objeto da medida *antidumping* provisória;

III – as margens de *dumping* apuradas e explicação detalhada da metodologia utilizada para o estabelecimento e a comparação do preço de exportação com o valor normal;

IV – os dados relativos aos principais parâmetros julgados necessários à determinação do dano e do nexo de causalidade; e

V – as razões de fato e de direito que justificam a determinação preliminar positiva de *dumping*, de dano e de nexo de causalidade entre ambos.

Art. 164. Os atos a que faz referência o art. 161 relativos à imposição de medidas *antidumping* definitivas ou à homologação de compromisso sobre preço deverão conter todas as informações relevantes sobre as matérias de fato e de direito e sobre os motivos que levaram à determinação final positiva.

Parágrafo único. Os atos mencionados no *caput* deverão conter, além das informações referidas no parágrafo único do art. 163, as razões para aceitação ou rejeição dos argumentos apresentados pelas partes interessadas.

Art. 165. Os atos a que faz referência o art. 161 relativos ao encerramento ou à suspensão de uma investigação em consequência da aceitação de compromisso de preços deverá conter transcrição da parte não confidencial desse compromisso.

Art. 166. O disposto nesta Seção se aplica, quando for o caso, ao início e ao encerramento das revisões previstas no Capítulo VIII.

Art. 167. As obrigações de notificação decorrentes da aplicação deste Decreto poderão ser cumpridas por meio do encaminhamento de cópia dos atos referidos neste Capítulo.

Art. 168. Quando as investigações incluírem partes interessadas de um ou mais Estados-partes do Mercosul, cópias das respectivas notificações serão antecipadas por meio eletrônico diretamente para suas respectivas autoridades investigadoras.

Art. 169. Versões eletrônicas dos atos a que faz referência este Capítulo ficarão disponíveis na página eletrônica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para consulta.

Capítulo XI

Da Forma dos Atos e dos Termos Processuais

Art. 170. Os atos e termos processuais não dependem de forma especial e as partes interessadas deverão observar as instruções deste Decreto e as expedidas pela Secex para a elaboração de petições e apresentação de documentos em geral, sob pena de não serem juntados aos autos do processo.

§ 1.º Somente será exigida a observância de instruções tornadas públicas antes do início do prazo processual ou que tenham sido especificadas em notificação encaminhada à parte interessada.

§ 2.º Os atos processuais são públicos.

§ 3.º O direito de consultar os autos restritos e de pedir certidão sobre o andamento da investigação é limitado às partes interessadas e aos seus representantes legais, observadas as disposições relativas ao sigilo de informação e de documentos internos de governo.

§ 4.º A indicação de representante legal deverá ser devidamente assinada por pessoa que detenha os poderes necessários, nos termos dos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Capítulo XII

Do Processo Decisório

Art. 171. As decisões preliminares ou finais, positivas ou negativas, relativas às investigações e às revisões serão baseadas em parecer do Decom.

Art. 172. Pedidos de reconsideração desacompanhados das razões que os fundamentam ou apresentados à Secretaria-Executiva da Camex fora do prazo improrrogável de dez dias, contado da data da publicação a que fazem referência o § 4.º do art. 66 e o art. 77, não serão conhecidos.

Art. 173. Em nenhuma hipótese será concedido efeito suspensivo aos pedidos de reconsideração.

Art. 174. Em caso de reconsideração da decisão, a Secretaria-Executiva da Camex solicitará à Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, se for o caso, que proceda à restituição de valores cobrados indevidamente.

Capítulo XIII

Das Verificações *In Loco*

Art. 175. Iniciada a investigação, o Decom comunicará aos produtores estrangeiros ou exportadores, aos produtores nacionais e aos importadores selecionados a sua intenção de realizar verificação *in loco* e as informará das datas sugeridas para a realização das visitas.

§ 1.º A comunicação a que faz referência o *caput* será formalizada por escrito, com uma antecedência mínima da data sugerida para a verificação de:

I – trinta dias no caso de produtores estrangeiros ou exportadores e importadores; e

II – vinte dias no caso de produtores nacionais.

§ 2.º No prazo de dois dias, contado da data de ciência da comunicação a que faz referência o § 1.º, o produtor estrangeiro ou exportador, o produtor nacional, ou o importador, deverão manifestar, por escrito, sua anuência expressa à realização da verificação.

§ 3.º A ausência de resposta tempestiva por parte do produtor estrangeiro, exportador ou importador poderá dar ensejo à aplicação dos dispositivos previstos no Capítulo XIV.

§ 4.º A ausência de resposta tempestiva por parte das empresas que compõem a indústria doméstica poderá dar ensejo ao encerramento da investigação sem julgamento de mérito.

§ 5.º Exceto pelo disposto no § 7.º, não serão admitidas alterações dos dados a serem verificados após o envio da comunicação a que faz referência o § 1.º.

§ 6.º O Decom enviará o roteiro de verificação e esclarecerá as informações que serão solicitadas e analisadas por ocasião da visita, e os documentos que deverão ser apresentados no prazo de:

I – vinte dias antes da verificação, no caso de produtores estrangeiros ou exportadores e importadores; ou

II – dez dias antes da verificação, no caso de produtores nacionais.

§ 7.º Antes de iniciada a verificação, as partes terão a oportunidade de fornecer esclarecimentos com relação a informações previamente apresentadas para a equipe verificadora.

§ 8.º A análise do Decom quanto aos esclarecimentos fornecidos constará do relatório de verificação, cujo acesso será facultado à parte verificada no prazo de quinze dias, contado da data final da autorização do afastamento do País dos servidores que compõem a equipe verificadora.

§ 9.º Os relatórios das verificações *in loco* serão juntados aos respectivos autos do processo.

§ 10. Obtida a anuência do produtor estrangeiro ou exportador de que trata o § 2.º, o governo do país exportador será imediatamente comunicado dos nomes e endereços dos produtores ou exportadores a serem verificados, e das datas acordadas para a realização das visitas.

§ 11. Em circunstâncias excepcionais, havendo a necessidade de se incluírem peritos não governamentais na equipe de verificação *in loco* dos produtores estrangeiros ou exportadores, estes e o governo do país exportador serão informados.

Art. 176. A verificação *in loco* dos produtores estrangeiros ou exportadores será realizada após a restituição do questionário, a menos que o produtor ou exportador concorde com o contrário e que o governo do país exportador esteja informado da verificação antecipada e não apresente objeção.

Art. 177. Visitas destinadas a explicar o questionário a que faz referência o art. 50 poderão ser realizadas apenas a pedido do produtor estrangeiro ou exportador, e só poderão ocorrer se o Decom notificar o governo do país exportador e este não apresentar objeção à visita.

Art. 178. As respostas aos pedidos de informação ou às perguntas formuladas pelo governo ou pelos produtores estrangeiros ou exportadores do país exportador deverão, sempre que possível, ser fornecidas antes da realização da verificação.

Capítulo XIV

Da Melhor Informação Disponível

Art. 179. Iniciada uma investigação, as partes interessadas serão notificadas dos dados e das informações necessários à instrução do processo, da forma e do prazo de sua apresentação.

Parágrafo único. As partes interessadas serão igualmente notificadas de que, caso os dados e as informações solicitadas, devidamente acompanhados dos respectivos elementos de prova, não sejam fornecidos ou sejam fornecidos fora dos prazos estabelecidos, o Decom poderá elaborar suas determinações preliminares ou finais com base nos fatos disponíveis, incluídos aqueles contidos na petição de início da investigação.

Art. 180. O Decom levará em conta, quando da elaboração de suas determinações, as informações verificáveis que tenham sido apresentadas tempestivamente e de forma adequada, e, portanto, passíveis de utilização na investigação.

Parágrafo único. Caso solicitados dados em meio eletrônico, a parte interessada que não mantiver contabilidade informatizada ou quando a entrega de resposta em formato eletrônico lhe representar sobrecarga adicional exagerada, com o acréscimo injustificado de custos e de dificuldades, esta ficará desobrigada de apresentá-la em formato eletrônico.

Art. 181. Caso não aceite um dado ou uma informação, o Decom notificará a parte interessada do motivo da recusa, a fim de que ela possa fornecer as devidas explicações, em prazo estabelecido pelo Decom, de forma a não prejudicar o andamento da investigação.

Parágrafo único. Caso as explicações não sejam consideradas satisfatórias, as razões da recusa deverão constar dos atos que contenham qualquer decisão ou determinação.

Art. 182. Caso o Decom se utilize de informações de fontes secundárias na elaboração de suas determinações, inclusive aquelas fornecidas na petição, estas deverão, sempre que possível, ser comparadas com informações de fontes independentes ou com aquelas provenientes de outras partes interessadas.

Art. 183. Sempre que o Decom não dispuser de meios específicos para processar a informação, por tê-la recebido em programa não compatível com os sistemas por ele utilizado, a informação deverá ser fornecida sob a forma de documento escrito.

Art. 184. A parte interessada é responsável por cooperar com a investigação e por fornecer todos os dados e informações solicitadas, arcando com eventuais consequências decorrentes de sua omissão.

Capítulo XV

Disposições Gerais

Art. 185. Os prazos previstos neste Decreto serão contabilizados de forma corrida, incluindo-se o dia do vencimento.

Parágrafo único. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte, se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

Art. 186. Presume-se que os exportadores ou produtores estrangeiros terão ciência de questionário enviado pelo Decom dez dias após a data de envio ou transmissão.

Art. 187. A contagem de prazos começa no primeiro dia útil subsequente à publicação do ato ou à expedição da correspondência, quando houver.

Art. 188. Os prazos fixados em meses contam-se de data a data.

Parágrafo único. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 189. Os pedidos de prorrogação, quando admitidos, só poderão ser conhecidos se apresentados antes do vencimento do prazo original e o primeiro dia do prazo prorrogado será o dia subsequente ao do vencimento do prazo original.

Art. 190. O prazo de prorrogação acresce ao original, sendo o prazo total resultante contado ininterruptamente do início do prazo original.

Art. 191. O teor de pareceres, determinações e recomendações do Decom não será divulgado até que as exigências relativas à publicidade estabelecidas neste Decreto tenham sido observadas, quando então tais documentos serão juntados aos autos do processo.

§ 1.º Estendem-se as obrigações de confidencialidade de que trata este Decreto às autoridades envolvidas no processo decisório relativo à aplicação de medidas *antidumping*.

§ 2.º As autoridades competentes dos Ministérios que integram a Camex terão acesso, por meio dos pareceres do Decom, a todas as informações confidenciais submetidas pelas partes interessadas em investigações *antidumping* conduzidas conforme o disposto neste Decreto.

Art. 192. Os produtos sujeitos a medidas *antidumping* serão objeto de acompanhamento estatístico detalhado e de esforço de inteligência conjunto entre a Secex e a Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, de maneira a assegurar a eficácia das medidas *antidumping* em vigor.

Art. 193. Para o cumprimento do disposto neste Decreto, solicitações para alterações da NCM poderão ser submetidas à instância apropriada do Mercosul.

Art. 194. O Decom poderá prorrogar, por uma única vez e igual período, os prazos previstos neste Decreto, exceto aqueles em que a prorrogação, ou a sua proibição já estejam previstos.

Art. 195. A Secex, a Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda e a Camex poderão expedir normas complementares à execução deste Decreto, no âmbito de suas competências.

Art. 196. Em casos em que o Brasil tenha sido autorizado, pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio – OMC, a suspender concessões ou outras obrigações dos Acordos da OMC, dispositivos deste Decreto poderão, por decisão do Conselho de Ministros da Camex, deixar de ser observados, no todo ou em parte.

Art. 197. As investigações e as revisões cujas petições tenham sido protocoladas até a entrada em vigor deste Decreto continuarão a ser regidas pelo Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995.

Art. 198. O Anexo I ao Decreto 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, passa a vigorar com as seguintes alterações. (Vigência)

“Art. 2.º (...)

II – (...)

b) (...)

4. Departamento de Estatística e Apoio à Exportação; e

5. Departamento de Competitividade no Comércio Exterior;

(...)” (NR)

“Art. 19. Ao Departamento de Estatística e Apoio à Exportação compete:

(...)” (NR)

“Art. 20. Ao Departamento de Competitividade no Comércio Exterior compete:

(...)” (NR)

Art. 199. O Anexo II ao Decreto 7.096, de 2010, passa a vigorar com as alterações constantes do Anexo a este Decreto (Vigência)

§ 1.º Os apostilamentos decorrentes das alterações processadas deverão ocorrer no prazo de vinte dias, contado da data de entrada em vigor deste Decreto.

§ 2.º O Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior fará publicar no *Diário Oficial da União*, no prazo de trinta dias após os apostilamentos, relação nominal dos titulares dos cargos em comissão a que se refere o Anexo, que indicará, inclusive, o número de cargos vagos, suas denominações e níveis.

Art. 200. Este Decreto entra em vigor em 1.º de outubro de 2013.

Art. 201. Ficam revogados: (Vigência)

I – o Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995;

II – o art. 2.º do Decreto 7.474, de 10 de maio de 2011; e

III – o Anexo II ao Decreto 7.474, de 10 de maio de 2011.

Brasília, 26 de julho de 2013; 192.º da Independência e 125.º da República.

DILMA ROUSSEFF

Antonio de Aguiar Patriota

Dyogo Henrique de Oliveira

Ricardo Schaefer

Este texto não substitui o publicado no *DOU* de 29.07.2013

Anexo

(Anexo II ao Decreto 7.096, de 4 de fevereiro de 2010)

"a) (...)

<i>Secretaria de Comércio Exterior</i>	1	Secretário	101.6
Gabinete	1	Chefe	101.4
	2	Assistente	102.2
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Divisão	1	Chefe	101.2
Serviço	2	Chefe	101.1
	10		FG-1
	7		FG-2
	8		FG-3
Departamento de Operações de Comércio Exterior	1	Diretor	101.5
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Divisão	1	Chefe	101.2
Coordenação-Geral de Importação	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Coordenação-Geral de Exportação e Draw-back	1	Coordenador-Geral	101.4
Divisão	1	Chefe	101.2
Coordenação-Geral de Informação e Desenvolvimento do Siscomex	1	Coordenador-Geral	101.4
	1	Assistente	102.1
<i>Departamento de Negociações Internacionais</i>	1	Diretor	101.5

Coordenação-Geral de Temas Multilaterais	1	Coordenador-Geral	101.4
Serviço	1	Chefe	101.1
Coordenação-Geral da Aladi e Mercosul	1	Coordenador-Geral	101.4
Divisão	1	Chefe	101.2
Coordenação-Geral de Negociações Extrarregionais	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação-Geral de Regimes de Origem	1	Coordenador-Geral	101.4
Divisão	1	Chefe	101.2
<i>Departamento de Defesa Comercial</i>	1	Diretor	101.5
	1	Assistente	102.2
Divisão	1	Chefe	101.2
Coordenação-Geral de Antidumping, Salvaguardas e Apoio ao Exportador	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Serviço	1	Chefe	101.1
Coordenação-Geral de Antidumping e Solução de Controvérsias	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Serviço	1	Chefe	101.1
Coordenação-Geral de Antidumping e Medidas Compensatórias	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação	1	Coordenador	101.3
Serviço	1	Chefe	101.1

Coordenação-Geral de Antidumping e Circunvenção	1	Coordenador-Geral	101.4
Departamento de Estatística e Apoio a Exportação	1	Diretor	101.5
Coordenação-Geral de Programas de Apoio à Exportação	1	Coordenador-Geral	101.4
Divisão	1	Chefe	101.2
Serviço	1	Chefe	101.1
Coordenação-Geral de Estatística	1	Coordenador-Geral	101.4
Coordenação	2	Coordenador	101.3
Divisão	2	Chefe	101.2
Serviço	2	Chefe	101.1
Departamento de Competitividade no Comércio Exterior	1	Diretor	101.5
Coordenação-Geral de Normas e Facilitação de Comércio	1	Coordenador-Geral	101.4
Serviço	1	Chefe	101.1
Coordenação-Geral de Competitividade Exportadora	1	Coordenador-Geral	101.4
Divisão	1	Chefe	101.2

(...)" (NR)

2. COMENTÁRIO

O novo Decreto *antidumping*, Dec. 8.058/2013 ("novo Decreto"), é um divisor de águas na defesa comercial brasileira. A legislação *antidumping* passou de cerca de 70 artigos para 200, com o intuito de tornar as investigações *antidumping* mais céleres e prover maior segurança jurídica ao setor privado. É nesse cenário que a política de defesa comercial brasileira se consolida e promete novos desdobramentos no próximo ano, tal como o novo decreto de medidas compensatórias aguardado para 2014, atualmente em fase de consultas.

O novo Decreto consolida práticas já desenvolvidas pelo Decom e introduz inovações, como a determinação preliminar obrigatória no prazo médio de 120 dias da abertura da investigação, diminuição do período mínimo de duração da investigação para 10 meses e o estabelecimento de critérios objetivos para delimitação do produto investigado. Esses fatores trouxeram maior previsibilidade ao procedimento investigatório, em especial para a indústria doméstica, tendo em vista a fixação de critérios mais claros para a abertura da investigação.

Grandes inovações foram também introduzidas no campo das revisões, que apresentam mudanças importantes. Dentre tais mudanças, destacam-se: (a) revisão por alteração das circunstâncias; (b) revisão de final de período; (c) revisão de novo exportador; (d) revisão anticircunvenção; e (e) revisão de restituição.

Essas revisões foram todas consolidadas e aperfeiçoadas no Capítulo VIII do novo Decreto, que regula as revisões dos direitos *antidumping* e compromissos de preços.¹ Cada um desses temas é tratado em uma subseção específica do Capítulo, de modo a individualizá-los e estabelecer prazos e procedimentos próprios, diferentemente do Decreto 1.602/1995 ("Decreto anterior"), que os englobava em seção única e, muitas vezes, não apresentava detalhes procedimentais.

A revisão por alteração das circunstâncias e a revisão de final de período já estavam previstas no Decreto anterior, enquanto os demais tipos são novos instrumentos criados, no caso da revisão de novo exportador e da revisão de restituição, ou consolidados no novo Decreto, como a revisão anticircunvenção.²

Com relação às revisões já constantes do Decreto anterior, as principais alterações referem-se a mudança de prazos e delimitação do escopo da análise. Para a revisão por alteração das circunstâncias o novo Decreto estabelece o prazo mínimo de um ano para sua requisição, a contar da imposição ou revisão do direito *antidumping* aplicado. Esta revisão visa a reavaliar a medida aplicada por conta de fatores relevantes, tais como o desempenho do produtor ou exportador no tocante à produção; alterações nas condições de mercado; e aplicação de medidas de defesa comercial sobre o produto similar por outros países e a consequente possibilidade de desvio de comércio para o Brasil. Importante notar que tais fatores devem justificar a necessidade de modificação ou extinção do direito *antidumping*. O prazo para conclusão desta revisão é de 10 meses, prorrogável por mais 2 meses.

Já a revisão de fim de período deve ser requisitada em até 4 meses antes do fim do direito *antidumping* aplicado. Esta análise, já consolidada na prática do Decom, objetiva verificar a probabilidade de continuação ou retomada do *dumping* e do dano dele decorrente, fator que pode vir a justificar a manutenção dos direitos

-
1. Excluiu-se desta análise a revisão de escopo, por entender-se que não se trata propriamente de revisão, e sim de parecer técnico do Decom que determinará se certo produto está dentro do escopo do direito *antidumping* já aplicado ou não.
 2. Este tipo de revisão já continha previsão na Res. Camex 63, de 17.08.2010, porém o Dec. 1.602/1995 não o mencionava.

aplicados em montantes iguais, superiores ou inferiores aos antes aplicados. O período para conclusão desta revisão também passa a ser de 10 meses, prorrogável por mais 2 meses.

No que diz respeito aos novos instrumentos de revisão introduzidos pelo novo Decreto, destaca-se a revisão anticircunvenção que, embora já existente, passa a fazer parte do *hall* de revisões do novo Decreto. Esta revisão tem por objetivo estender o direito *antidumping* a práticas comerciais cujo objetivo seja o de elidir ou burlar o direito aplicado, tal como a importação de partes, peças ou componentes do produto objeto de *dumping* provenientes de países sujeitos a direitos *antidumping* para industrialização no Brasil do produto final, ou, ainda, de produto originário de terceiro país no qual tenha ocorrido apenas a industrialização a partir de partes, peças e componentes originários do país ao qual o direito seja imposto. Esta revisão terá duração de 6 meses, prorrogáveis por mais 3 meses.

A revisão de novo exportador, por sua vez, é voltada a exportador que não tenha exportado o produto investigado durante o período da investigação e deseje requerer margem individual no que tange ao direito aplicado. Na hipótese de tratar-se de exportador de país que não seja economia de mercado, o valor normal será calculado com base no mesmo terceiro país utilizado na investigação original. Trata-se de instrumento muito utilizado em outras jurisdições, como no caso da Europa, que apresenta benefícios concretos ao aumentar a competitividade de um novo entrante no mercado, que, portanto, não participou da investigação original.

Por fim, a revisão de restituição é útil ao importador que quer restituição do direito *antidumping* recolhido a maior. O prazo para conclusão do procedimento será de 10 meses, prorrogáveis por mais 2 meses.

Tem-se, pois, que o novo Decreto é um divisor de águas na defesa comercial brasileira, ao introduzir e consolidar instrumentos inovadores e que em muito auxiliarão o célere desenvolvimento das investigações de *dumping* conduzidas pelo Decom, como o evidencia a análise das revisões de direito *antidumping* e compromissos de preço. Acredita-se que a defesa comercial no Brasil está em um novo momento, com práticas mais consolidadas, mais moderna e pronta para auxiliar a indústria doméstica, produtores e importadores, assim como exportadores a defenderem seus direitos comerciais e interesses no mercado brasileiro.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A economia política do *antidumping* no Brasil – Proteção, concorrência e desempenho econômico, de Glauco Avelino Sampaio Oliveira – RIBRAC 22/37.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A seleção de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editó-

rial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, download, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002
(Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

MARCOS CÁPPIO FONSECA SOARES
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research made next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical rationality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precisig the main concept of this work (rationality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which the legal system is passing as a whole.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz weberiana – 2.2. Interseções contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – Bibliografia.

Nono-

ALBERGARIA, A. *Cinco anos sem chover: história de Jodo Louco*. Recife: Sertão, 1999.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.

ESTILIAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [\[www.damasio.com.br/?category_id=506\]](http://www.damasio.com.br/?category_id=506)
Acesso em: 24.09.2008.

GOMES, Luís Gustavo et alii. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Sertão, 1999 vol. 3.

KELSEN, Hans. *Direito positivo*. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: STOCO, Rui (coord.) *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.

SILVA, José Augusto da. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

_____. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.

SOUZA, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*. vol. 874. p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

REVISTA DO

IBRAC

DIREITO DA CONCORRÊNCIA, CONSUMO
E COMÉRCIO INTERNACIONAL

RIBRAC

ANO 20 • 24 • JULHO-DEZEMBRO • 2013

Car-jumping e atos de oedramento de operações: proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração - Defesa comercial: análise antitruste das medidas de proteção à indústria - Seleção nas investigações de *dumping*: a legislação e prática brasileira à luz das regras multilaterais - Fixação de preço de revenda mínimo no Cade: caso SKF - Restrições verticais: exclusividades e desvios de exclusividade: busca por padrão protetório - Câmbio de exportação: análise do tratamento das vantagens no contexto internacional - "I" escanteio da nova Lei de Defesa da Concorrência: notas interpretativas sobre o art. 36 da Lei 12.529/2011 - Compromisso de cessação em casos de câmbio: avanços recentes e propostas de aperfeiçoamento - Los límites que enfrenta la defensa de la competencia en Latinoamérica - Nota técnica: economia da neutralidade de rede - Comparação de culpa para responsabilização de administrador por infração à ordem econômica - Conhecimento de contrato de licenciamento sem cláusula de exclusividade e identificação de contrato associativo - Novo Decreto Antidumping: inovação na política comercial brasileira.

ISSN 1517-1957

9771517195008 00024



2200130024



THOMSON REUTERS