

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Presidência do IBRAC
CRISTIANNE SACCAB ZARZUR

Coordenação
MARIANA VILLELA

Secretário-Executivo do IBRAC
JOSÉ CARLOS BUSTO

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Amanda Flávio de Oliveira (Belo Horizonte)
Barbara Rosenberg (São Paulo)
Bernardo Gouthier Macedo (São Paulo)
Caio Mario da Silva Pereira Neto (São Paulo)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Rio de Janeiro)
Eduardo Molan Gaban (São Paulo)
Guilherme Ribas (São Paulo)
Isabel Vaz (Belo Horizonte)
João Bosco Leopoldino da Fonseca (Belo Horizonte)
Juliano Maranhão (São Paulo)
Leonor Cordovil (São Paulo)
Lucia A. L. de Magalhães Dias (São Paulo)
Marcio Dias Soares (São Paulo)
Maria Eugênia Novis (São Paulo)
Mauro Grinberg (São Paulo)
Paulo Furquim de Azevedo (São Paulo)
Patricia Regina Pinheiro Sampaio (Rio de Janeiro)
Pedro Dutra (São Paulo)
Pedro Paulo Salles Cristofaro (São Paulo)
Priscila Brolio Gonçalves (São Paulo)
Vicente Bagnoli (São Paulo)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Annette Schild (Bruxelas, Bélgica),
D. Daniel Sokol (Washington, EUA),
Gonçalo Anastácio (Lisboa, Portugal),
Krisztian Katona (Washington, EUA),
Richard Wish (Londres, Inglaterra)

IBRAC

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 21 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Coordenação
MARIANA VILLELA

IBRAC
1993-1992
Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Publicação Oficial do

Instituto Brasileiro de Estudos de
Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1517-1957

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Presidência do IBRAC

CRISTIANNE SACCAB ZARZUR

Coordenação

MARIANA VILLELA

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.

Diagramação eletrônica:

Textos Et Livros Proposta Editorial S/C Ltda., CNPJ 04.942.841/0001-79

Impressão e encadernação:

Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial

MARISA HARMS

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: [08-2014]

Profissional

Fechamento desta edição: [06.08.2014]



DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2013 – 2014

Diretoria

Diretora Presidente
CRISTIANNE SACCAB ZARZUR

Diretora de Assuntos Penais
JOANA TEMUDO CIANFARANI

Diretora Vice-Presidente
BARBARA ROSENBERG

Diretor de Eventos
LAURO CELIDÔNIO GOMES DOS REIS NETO

Diretor de Regulação
CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO

Diretora de Comércio Internacional
LEONOR A.G. CORDOVID

Diretor de Concorrência
EDUARDO CAMINATI ANDERS

Diretor de Consumo
MARCIO DE CARVALHO SILVEIRA BUENO

Diretor de Brasília
FRANCISCO TODOROV

Diretora de Publicações e do Rio de Janeiro
MARIANA VILLELA CORREA

Conselho Deliberativo

Presidente
Guilherme Ribas

Vice-Presidente
Bruno Drago

Conselheiros

Adriana Franco Giannini
Ana Paula Martinez
Bernardo Gauthier Macedo
Carlos Francisco de Magalhães
Carol Monteiro de Carvalho
Daniel Andreoli
Denis Alves Guimarães
Fabricio Cobra Arbex
Fernando de Oliveira Marques
Flavio Augusto Ferreira do Nascimento
Francisco Niclós Negrão
Gianni Nunes de Araujo
João de Aquino Rotta
Jose Carlos da Matta Berardo
Joyce Midori Honda
Marcelo Procópio Calliari
Marcio Dias Soares

Maria Eugênia Novis
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Olavo Zago Chinaglia
Paulo L. Casagrande
Paulo Lilla
Paulo Salles Cristofaro
Pedro de Abreu Mariani
Pedro Dutra
Renê Guilherme da Silva Medrado
Ricardo Franco Botelho
Rodrigo Dall'Acqua
Sérgio Varella Bruna
Sonia Marques Döbler
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 25 • jan.-jun. / 2014

Diretora Editorial

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 CICCIO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim, Rafael Dellova,
Sue Ellen dos Santos Gelli e Tniago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Maurício Zednik Cassim, Patricia Melhado Navarra
e Tniago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite e Samanta Fernandes Silva

Assistentes Documentais: Beatriz Biella Martins, Karen de Almeida Carneiro, Roberta Alves Soares Maiagodi e Victor Bonifácio

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistentes Administrativos: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

SUMÁRIO

POLÍTICA CONCORRENCIAL

- A revolução gerencial no "novo CADE": a análise prévia de atos de concentração
CARLOS EMMANUEL JOPERT RAGAZZO E MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR 11
- Nem castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência
JULIANO S. A. MARANHÃO 39
- Direito da concorrência e defesa do consumidor: uma reflexão à luz da propriedade industrial
LAÉRCIO FARINA E DENIS ALVES GUIMARÃES 83
- Implicações do regime de falências no direito concorrencial
GABRIEL MATTIOLI DE MIRANDA E CAMILA PIRES DA ROCHA 99

INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

- O aumento arbitrário de lucros na Lei de Defesa da Concorrência
PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO 121
- O cartel e sua prova
MAURO GRINBERG, RICARDO CASANOVA MOTTA E LUÍS HENRIQUE PERRONI
FERNANDES 145
- Um cartel no império
PEDRO DUTRA 159

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

- Metodologia para definição do mercado relevante de herbicidas sob a ótica do produto: o caso Agan/Dupont
ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA, LUIZ GUILHERME ROS E GUSTAVO GOMES ONTO 169

COMÉRCIO INTERNACIONAL

- Antidumping* no Brasil e na China: lições aprendidas
WEI DAN 193

Os princípios propostos pelo Unidroit – Relação com a *lex mercatoria* e sua utilização na esfera do comércio internacional

MARTHA GALLARDO SALA 241

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A aplicação do direito da concorrência diante de irregularidade de agente econômico alvo de recusa de contratar concertada – Comentário a Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu

VICENTE BAGNOLI E AMANDA R. E. NAVAS 277

RESENHAS

Concentração por aquisição de controle: análise concorrencial antes e depois da Lei 12.529/2011, de Cynthia C. O. Bertini

Resenha por VICENTE BAGNOLI 299

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA 301

Política Concorrencial

A REVOLUÇÃO GERENCIAL NO "NOVO CADE"

A ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO

Doutor e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Master of Laws (LL.M.) in Trade Regulation and Competition Policy* pela *New York University* – NYU. Professor Adjunto da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Ex-Superintendente Geral do Cade.

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Especialista em Administração Pública pela Ebp/FGV e em Defesa da Concorrência pela GVLAW. Economista. Coordenador-Geral de Análise Antitruste do Cade.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: A despeito de todo o ceticismo inicial por parte da mídia nacional e internacional, a nova lei antitruste brasileira (Lei 12.529/2011), que substituiu a Lei 8.884/1994, desde sua entrada em vigor, vem trazendo uma série de benefícios para a política brasileira de defesa da concorrência. Dentre as substanciais mudanças estruturais realizadas, nota-se que a principal foi, sem dúvida, a instituição da análise prévia de atos de concentração. Tais alterações, no entanto, mostram-se insuficientes no que diz respeito aos diversos desafios gerados pelo novo modelo, criando uma necessidade adicional de inovações também no campo gerencial. Dessa forma, o presente artigo tem como objeto a apresentação e a análise das inovações gerenciais criadas pela equipe da Superintendência Geral do Cade, possibilitando a implementação do novo modelo de análise prévia estabelecido pela Lei 12.529/2011.

PALAVRAS-CHAVE: Análise prévia de atos de concentração – Superintendência Geral do Cade – Inovações gerenciais – Lei 12.529/2011 – Cade.

ABSTRACT: In spite of the initial skepticism shown by national and international media, Brazil's new antitrust law (Law 12.529/2011), which has replaced Law 8.884/1994, since coming into force, has brought several improvements for the Brazilian competition protection policy. Among the substantial structural changes made, one must note that the main was, undoubtedly, the institution of the pre-merger analysis. The referred alterations, however, have been proved to be insufficient in regards to the numerous challenges generated by the new system, creating the additional need for innovations also in the managerial field. Therefore, the present work aims at presenting and analyzing such managerial innovations created by Cade's General Superintendence team, which have enabled the implementation of the new pre-merger analysis system established by Law 12.259/2011.

KEYWORDS: Pre-merger analysis – Cade's general superintendence – Managerial innovations – Law 12.259/2011 – Cade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A transição para a nova Lei da Concorrência: 2.1 Mudanças estruturais no modelo de defesa da concorrência; 2.2 Trabalhos de transição para a Lei 12.528/2011; 2.3. O plano de trabalho do grupo de transição de análise prévia – 3. As inovações gerenciais introduzidas pelo Cade: 3.1 Criação de um setor específico para triagem dos atos de concentração; 3.2 Criação de CGs especializadas em grupos de setores com lógica “escala/escopo”; 3.3 Criação de fluxos de trabalho por diferentes graus de complexidade; 3.4 Instituição da fase de “pré-notificação”; 3.5 Sistema de “checks Et balances”; 3.6. Técnica de gerenciamento de projetos para ACs ordinários – 4. Resultados: 4.1 Resultados durante a transição para o modelo de análise prévia; 4.2 Resultados pós-transição para o modelo de análise prévia – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em agosto de 2012 a revista *The Economist*, em tradução livre,¹ chamou o controle *a posteriori* de atos de concentração de uma “esquisitice brasileira”. Essa avaliação refletia uma reação a um modelo ultrapassado de gestão de operações, resultando em prazos e análises aquém do observado em países desenvolvidos. Apenas poucas economias mundiais, de menor expressão, adotavam sistema semelhante ao nosso, permitindo que as operações fossem consumadas antes de aprovação do órgão de defesa da concorrência.

Por mais que o Brasil tenha evoluído na execução de sua política de concorrência desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, que pode ser considerada, de fato, a primeira lei antitruste do país, já no início dos anos 2000 havia o sentimento de que algo precisava ser feito. Sem mudanças estruturais drásticas, ainda que os três antigos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tenham feito muito em termos de gestão durante a vigência da Lei 8.884/1994, havia pouco espaço para maiores evoluções. O sistema de análise *ex-post* andava na contramão das melhores práticas internacionais, agravado pela estrutura burocrática pesada com três órgãos de análise, que ficaram conhecidos como os “três guichês”. O resultado disso foi ineficiência, com prazos de aprovação incompatíveis com a dinâmica da economia atual, e a consequente inefetividade da política.

O Governo Federal, sensível à relevância da política de defesa da concorrência para o desenvolvimento econômico do país, e após anos de discussões dentro dos Poderes Executivo e Legislativo, alçou o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional ao seu nível de prioridade máxima, incluindo-o no programa de aceleração do crescimento (PAC). Assim, no final de 2011, é promulgada a Lei 12.529,

1. “This year has seen the demise of a Brazilian oddity: an antitrust regime that allowed companies to merge first and the regulator to ask questions only later.” A Champion for Choice? *The Economist*. Disponível em: [www.economist.com/node/21560892]. Acesso em: 26.05.2014.

que viria resolver boa parte dos problemas estruturais já conhecidos por todos os atores. Todavia, grandes desafios estavam por vir, pois, logicamente, a nova lei não trazia soluções de gestão para a implantação do novo modelo de análise prévia de fusões e aquisições. Elas precisariam ser criadas pelos servidores dos três órgãos do SBDC, enquanto davam conta de seu trabalho cada vez mais crescente. Ou seja, a roda precisaria ser trocada com o veículo em movimento.

Poucos meses antes da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, vários atores foram à imprensa externar suas preocupações com o novo modelo. Várias matérias de cunho crítico foram publicadas em diversas publicações especializadas em economia ou não. O *Jornal O Globo*, por exemplo, publicou matéria em 22.04.2012 enfatizando a preocupação com a falta de pessoal para o funcionamento do Novo Cade. A Revista *Exame* foi mais enfática. Em longa matéria, publicada em 13.06.2012, ressaltou o excesso de burocracia do novo órgão, afirmando, em subtítulo, “Com a nova lei da concorrência, se uma siderúrgica comprar um supermercado, terá de apresentar 58 documentos ao Supercade. Na Alemanha, bastaria enviar uma carta”. No corpo da matéria, elevou o tom, ao afirmar que em operações mais complexas o antigo sistema demandava 35 documentos enquanto, no novo, a demanda seria de 140 documentos. A revista continua com sua crítica ao excesso de burocracia do novo modelo destacando que até em operações sob o procedimento sumário haveria uma “overdose” de papéis. Por fim, trouxe uma expectativa de que um parecer demorasse até 45 dias, mas que não havia garantias de que poderiam ficar parados por meses.

O diagnóstico refletido na imprensa nacional era o de que havia grandes chances de que o novo sistema de defesa da concorrência teria vindo, na verdade, para piorar as condições para as empresas que estivessem em contato com o Cade. Parte desse diagnóstico estava relacionado com as baixas expectativas motivadas a partir de um histórico negativo quanto aos resultados gerenciais dos órgãos de defesa da concorrência, tendo em vista os excessivos prazos de análise, ultrapassando às vezes dois anos. E a outra parte derivava um cenário muito negativo, tendo em vista os problemas de *staffing* do novo órgão.

Era notória a incapacidade de o antigo SBDC lidar com seus estoques crescentes de atos de concentração, tendo que lidar também com sua missão de combater cartéis e condutas unilaterais. No que concerne aos atos de concentração, inexistia uma política clara, nos três órgãos, para lidar com a organização da fila dos atos de concentração apresentados, haja vista o crescente estoque e o reduzido número de técnicos. Mesmo com a adoção do procedimento sumário em meados dos anos 2000, o que deu uma sobrevida ao antigo sistema, com ganhos consideráveis de produtividade, o estoque não parava de crescer, tanto na Seae quanto nos gabinetes do Cade. A lógica, então, era tão somente administrar o volume crescente do estoque, e não o fluxo de entrada e saída de atos de concentração.

Este artigo objetiva detalhar como foi o processo de criação de soluções gerenciais que culminou no bom desempenho do novo Cade nesses seus dois primeiros

anos de vida, para tanto demonstrando todo o caminho desenhado pelos seus servidores, partindo do processo de aprovação da Lei 12.529/2011, incluindo-se aí a descrição das mudanças estruturais, até os trabalhos de transição. Depois, descreve as soluções de gestão que foram desenvolvidas para, ao final, apresentar os respectivos resultados alcançados.

2. A TRANSIÇÃO PARA A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em 2005, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o PL 5.877, que reestruturava o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Em linhas gerais, estava prevista a unificação de órgãos do Sistema e a adoção do critério de análise prévia dos atos de concentração. Na Câmara dos Deputados, ao projeto foi pensada outra proposição semelhante, que tramitava desde 2004 sob o número 3937, de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca (PSC/PE). Em 2007, o projeto de reestruturação da política de defesa da concorrência foi incluído como uma das prioridades do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), instituído por meio do Dec. 6.025, de 22 de janeiro daquele ano. Após essa inclusão, a reestruturação do SBDC virou prioridade.

Dois anos depois de sua inclusão no PAC, o projeto de reestruturação da política brasileira de concorrência foi aprovado pela Câmara, um ano depois foi aprovado pelo Senado e, de volta à Câmara, foi aprovado de forma definitiva em 05 de outubro de 2011 e a Lei 12.529/2011 foi promulgada pela Presidente da República pouco menos de dois meses depois, em 30 de novembro daquele ano. Neste ínterim, evidentemente que muitos debates ocorreram, muitos atores foram envolvidos, e diversas modificações foram realizadas no PL 5.877/2005 elaborado pelo Governo Federal. Contudo, a espinha dorsal foi mantida: a instituição do sistema de análise *ex ante* dos atos de concentração e a junção das funções dos três órgãos do SBDC em um só, que manteria o nome Cade, mas ganharia uma estrutura mais compatível com os seus desafios atuais. A seguir, descrevem-se brevemente essas mudanças, que tiveram um impacto significativo no novo modelo antitruste.

2.1 *Mudanças estruturais no modelo de defesa da concorrência*

Como dito no parágrafo anterior, uma das principais mudanças foi a transformação do controle *a posteriori* dos atos de concentração para um controle prévio, ou seja, que impede as empresas de concretizarem sua operação antes do aval do Cade. Com essa mudança, a imposição de medidas que restrinjam a concorrência tornou-se algo mais factível, menos traumático para a economia como um todo. E, tão importante quanto, colocou a política de defesa da concorrência em posição mais paritária com as principais jurisdições mundiais, facilitando, inclusive, a cooperação na instrução de operações internacionais.

A outra mudança fundamental para o novo modelo foi a junção das funções dos três órgãos antitruste brasileiros no “novo Cade”. A SDE foi extinta, sendo substituída dentro da estrutura do Ministério da Justiça pela Secretaria Nacional do Consumidor, o que poderia ser considerada uma externalidade positiva da nova Lei, na medida em que fortalece uma política de extrema relevância para toda a sociedade. A Seae permaneceu como integrante do SBDC, mas agora apenas com uma função de advocacia da concorrência, respeitando a “expertise” alcançada por sua atuação nos últimos anos. Esta mudança visou, sobretudo, extinguir o que antes era conhecido como “os três guichês” do SBDC. De fato, para se aprovar um ato de concentração no Brasil, as empresas deveriam esperar o “aval” de três órgãos distintos, separados fisicamente, muitas vezes com dificuldades de comunicação e, não muito raro, com duplicidade de esforços.

A partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, as funções da extinta SDE e da Seae (com exceção da advocacia da concorrência) foram incorporadas à Superintendência Geral do Cade, novo órgão criado por esta Lei. Este órgão, que será o foco deste artigo daqui por diante, também ganhou uma atribuição de grande relevância para o novo modelo adotado pela nova legislação antitruste brasileira: o poder de analisar e decidir sobre as operações em que não há a necessidade de aplicação de restrições concorrenciais, ou seja, as que não têm possibilidade de impactos negativos em preços e/ou qualidade no Brasil.

Por outro lado, todos os atos de concentração que tenham algum tipo de restrição recomendada pela Superintendência Geral devem passar pelo crivo do Tribunal do Cade, bem como os processos administrativos que apuram infrações à ordem econômica, tendo esses recomendação de arquivamento ou de condenação. Assim, os casos mais relevantes, e que de certa forma contribuem para a definição da política de defesa da concorrência, são definidos nas sessões de julgamento do Tribunal Administrativo. Este, por sua vez, passa a ser um órgão essencialmente judicante, que define a jurisprudência do Cade e a política de defesa da concorrência no país, não sendo mais um órgão replicador de instrução.

Outro ponto de inovação legal trazida pela nova lei concorrencial brasileira também merece destaque para o tema deste trabalho: a criação de mais um critério que torna um ato de concentração de submissão obrigatória ao Cade. Sob a Lei 8.884/1994, qualquer operação envolvendo um grupo econômico com faturamento bruto superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à operação era, salvo raras exceções, de submissão obrigatória ao Cade, o que acabava por superlotar o SBDC com operações, em sua grande maioria, bastante simples do ponto de vista concorrencial. Desnecessário dizer que tal obrigatoriedade legal representava um considerável desperdício de recursos, públicos e privados, gerando ineficiência. A partir da Lei 12.529/2011, apenas operações envolvendo um grupo econômico com faturamento bruto superior a R\$ 750 milhões e pelo menos outro com faturamento bruto superior a R\$ 75 milhões passaram a ser de notificação obrigatória.

Ademais, junto a esta inovação, que ajudou a reduzir drasticamente o número de atos de concentração apresentados ao Cade, veio outra, também de suma importância, que é a possibilidade de adequação dos critérios de notificação obrigatória por indicação do plenário do Cade, seguida de portaria conjunta dos ministros da Fazenda e da Justiça. Aliás, tal medida já foi adotada logo a partir do primeiro dia da entrada em vigor da Lei 12.529/2011 (30.05.2012), com a Portaria Interministerial MF/MJ 994/12 elevando os valores dos critérios de submissão dispostos no seu art. 88 para R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões.

Por fim, ressalta-se, ainda, as regras trazidas pela nova lei quanto à rejeição de notificações, via emenda. Este ponto é de crucial relevância, na medida em que incentiva as partes de uma operação a apresentarem todas as informações referentes a ela logo no primeiro momento, sob pena de a Superintendência-Geral do Cade rejeitar a notificação e determinar que a mesma seja emendada, o que somente poderá ocorrer uma vez. Esta emenda, aliás, é o único momento do processo de análise de um ato de concentração em que o seu prazo de análise é interrompido, mais precisamente, zerado, haja vista que as informações apresentadas inicialmente foram consideradas insuficientes para uma tomada de decisão por parte da Superintendência-Geral. Dessa forma, apenas quando as partes notificarem ao Cade a resposta a essa emenda, o prazo de análise da respectiva operação começa a ser novamente contado. Ademais, a resposta à emenda, caso não aceita pela Superintendência-Geral, por ainda conter defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, tem como pena o arquivamento do processo sem análise de mérito.

Antes de entrar no próximo item deste artigo, é importante mencionar que a desconfiança no Novo Cade era claramente demonstrada pelo nível de tensão do mercado logo após a promulgação da Lei 12.529/2011. E este nível de tensão foi externalizado pela mídia, conforme alguns exemplos já citados. O mais interessante é que todas estas notícias negativas citadas foram publicadas não apenas após a promulgação da Lei 12.529/2011 (algumas até mesmo após a sua entrada em vigor), mas também da publicização de todos os principais regulamentos infralegais do Novo Cade. Isto denota que o mercado tinha grande desconfiança da capacidade de gestão do novo Cade, frente aos desafios trazidos pela nova lei. Afinal, as melhorias estruturais eram evidentes, mas poderiam ser inócuas sem a adequada gestão. Contudo, como será demonstrado, o trabalho já vinha sendo desenvolvido muito antes dessas críticas, tentando antecipar os principais desafios.

2.2 Trabalhos de transição para a Lei 12.528/2011

Logo após a aprovação, pelo Senado, do projeto de reestruturação do SBDC, e o seu envio à Câmara para deliberação final, houve uma mudança presidencial, com a posse da Presidente Dilma Rouseff. Após apreensão inicial sobre o grau de prioridade que seria dado a esse projeto pela nova Presidente, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, ratificou o apoio do novo governo à aprovação do projeto.

Desta forma, as lideranças do SBDC (em especial SDE e Cade) decidiram iniciar, logo no início de 2011, a preparação para as mudanças que poderiam vir a qualquer momento. Havia muito a ser pensado, desde todo o arcabouço infralegal que precisaria ser criado, passando pelas questões orçamentárias e de pessoal, nova estrutura física, organogramas, compatibilização de diferentes culturas organizacionais em um mesmo órgão e, talvez um dos pontos principais, como fazer funcionar o novo sistema de análise prévia de atos de concentração, de modo a não frustrar as expectativas criadas em torno do novo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Iniciam-se, assim, os preparativos para o processo de transição que poderia disparar a qualquer momento, considerando, ainda, o fato de que dificilmente o período de seis meses previstos de “vacatio legis” seria suficiente para resolver todas essas questões de forma satisfatória. Assim, os conselheiros e servidores do Cade, além de funcionários da SDE e da Seae – que seriam incorporados ao novo órgão antitruste, conforme previa o projeto de lei –, foram organizados em seis grupos, supervisionados por Conselheiros do Cade. Esses seis grupos foram encarregados de discutir, analisar e propor ações que pudessem ser antecipadas para facilitar a transição. Assim, ainda no primeiro semestre de 2011, foram formados os grupos de transição para os preparativos do “Novo Cade”.

Os seis grupos eram: (a) Nova Sede, encarregado de avaliar a demanda por um espaço físico que comportasse o aumento do número de colaboradores e as especificidades das atividades a serem desempenhadas; (b) Estrutura e Organograma, que estudou a estrutura de cargos, gabinetes e pessoas que seria necessária para o cumprimento das novas competências e também o funcionamento da Superintendência Geral, do Departamento de Estudos Econômicos e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade; (c) Tecnologia da Informação, criado para identificar soluções tecnológicas mais eficientes e adaptadas ao novo Cade; (d) Normas Infralegais, responsável por revisar as normas existentes, incluir novas e reeditar o Regimento Interno; e (e) Mobilização e Alinhamento, encarregado de motivar e impulsionar a participação de todos os servidores no trabalho de transição e proporcionar a troca de informações entre os grupos por meio de boletins informativos.²

-
2. Os principais resultados de cada grupo de transição foram os seguintes: (a) Nova Sede: aluguel de uma sede no final da Asa Norte, em Brasília, que pudesse comportar os novos servidores incorporados da SDE e da Seae; (b) Estrutura e Organograma: a tarefa deste grupo foi estudar a estrutura necessária para o novo Cade, que receberia as tarefas antes desempenhadas por Seae e SDE, bem como um organograma de toda a organização que refletisse tanto as novas tarefas quanto os novos fluxos processuais. Esse grupo teve forte interação com o grupo de análise prévia, visando refletir os novos fluxos criados no desenho institucional do novo Cade; (c) Tecnologia da Informação: a tarefa primordial desse grupo foi estudar diversas possibilidades de sistemas de TI existentes, além de algumas propostas de novos sistemas apresentadas, visando dotar o novo Cade de um sistema informatizado capaz de satisfazer tanto o público interno quanto o externo. Esse sistema encontra-se,

Além dos mencionados acima, também foi formado o grupo de Análise Prévia de Atos de Concentração, que tratou de identificar as melhores práticas de defesa da concorrência, em nível internacional, considerando a especificidade dos procedimentos necessários. Esse grupo pode ser considerado o mais importante para a implantação do novo modelo, e, justamente por conta desta relevância, será mais detalhado a seguir, em um item a parte. Seus principais produtos foram: (i) a estruturação da Superintendência Geral; (ii) os novos formulários para notificação de atos de concentração, criando um específico para procedimentos sumários e outro para procedimentos ordinários; (iii) uma Resolução do Cade (Res. 02/2012) visando regulamentar o novo processo de análise prévia de atos de concentração, detalhando, inclusive, novos critérios de submissão; (iv) curso de capacitação em instrução de atos de concentração aberto a todos os integrantes do SBDC; e (v) a definição do novo fluxo processual dentro da Superintendência Geral.

2.3 O plano de trabalho do grupo de transição de análise prévia

No início dos trabalhos, no primeiro semestre de 2011, foram realizadas diversas reuniões com advogados brasileiros e estrangeiros que atuavam junto ao Cade para identificar quais as principais deficiências identificadas por eles, que confirmaram o diagnóstico do Cade. Concomitantemente a essas reuniões com os principais atores da política antitruste brasileira, o grupo de análise prévia iniciou estudos de “benchmarking” com as melhores práticas internacionais relativas ao sistema de análise ex-ante de atos de concentração. Primeiramente, foram enviados questionários para 20 autoridades estrangeiras, com questões relacionadas ao funcionamento dos seus respectivos sistemas de análise prévia, como regulamentações adotadas, estruturas organizacionais, nível de informações exigido nos formulários de notificação, prazos, fluxos processuais etc. Algumas das 20 agências consultadas responderam a consulta formulada pelo Cade.³

Após essas consultas iniciais, parte do grupo de análise prévia marcou entrevistas “in loco” com autoridades de algumas agências escolhidas por razões técnicas

atualmente, em fase de desenvolvimento, mas está parcialmente em funcionamento; (d) Normas Infralegais: este grupo entregou como produto principal o novo Regimento Interno do Cade, fazendo um grande trabalho de revisão tanto do antigo regimento quanto das normas infralegais das duas Secretarias do antigo SBDC, que necessitavam ser adaptadas ao novo sistema; e (e) Mobilização e Alinhamento: este grupo teve um papel estratégico fundamental na formação do novo Cade, na medida em que procurou alinhar todas as expectativas dos servidores dos três órgãos com o que vinha sendo feito pelos seis grupos de transição. A comunicação aberta entre os dirigentes e os servidores, com apresentações regulares no Plenário do Cade, dirigidas a todos, foi crucial no processo de motivação dos servidores do SBDC, reduzindo a resistência à mudança, usual nesses cenários.

3. Por exemplo, Austrália, Canadá, Dinamarca, Espanha, França e Estados Unidos da América.

(sua notória “expertise” em defesa da concorrência) e também por razões estratégicas, pois algumas das escolhidas haviam passado, recentemente, por processos de transição semelhantes ao brasileiro. Não era possível importar um modelo pronto, sem adaptações à realidade brasileira, em especial pela disparidade entre o número de técnicos disponíveis nessas agências em relação ao número de análises de atos de concentração realizadas por ano.

Após a equipe de transição de análise prévia concluir todos os produtos previstos no seu projeto inicial, entregues no dia 31.01.2012 (quase quatro meses antes da entrada em vigor da nova lei), estes foram apresentados para validação e ajustes a todas as demais equipes, bem como às lideranças do Cade e da SDE, em seminários realizados em local externo às sedes desses órgãos, em duas etapas, ocasião em que foram apresentados os principais resultados de todas as equipes. Nesses seminários, cada ponto dos produtos foi discutido, por meio de apresentações individuais, seguidas de um debate. O objetivo principal desses encontros foi validar os principais produtos desenvolvidos durante a fase de transição, no intuito de apresentá-los à sociedade brasileira, por meio de consultas públicas.

O principal produto elaborado pela equipe de análise prévia colocada em consulta pública foi a Resolução que regulamentaria os atos de concentração, incluindo os dois formulários de notificação (procedimentos sumário e ordinário) como seus anexos. Centenas de contribuições foram recebidas durante o processo de consulta pública, muitas incorporadas nos respectivos textos finais, todas devidamente respondidas. A participação dos principais atores nacionais e até de alguns internacionais, como a “American Bar Association”, foi de grande valia para a formação da regulamentação que deu origem, logo no primeiro dia da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, à Res. Cade 02/2012.

3. AS INOVAÇÕES GERENCIAIS INTRODUZIDAS PELO CADE

Após todo o mencionado até este ponto, é notório que as mudanças estruturais promovidas pela nova lei antitruste brasileira não seriam suficientes para, por si sós, garantirem o bom funcionamento do novo sistema de análise prévia.⁴ Com o passar do tempo, restou claro ao grupo de transição responsável por pensar o novo modelo de análise prévia a necessidade da adoção de um fluxo processual focado em um modelo de priorização de processos. Somente dessa forma o novo órgão conseguiria superar o desafio trazido pela nova lei de tornar a análise de atos de

4. Como dito anteriormente no item 2.1 deste artigo, a nova lei antitruste brasileira resolveu parte dos problemas estruturais, por exemplo, reduzindo a ineficiência gerada pelos “três guichês” ao fundi-los em um só e, conseqüentemente, todos os custos derivados desse sistema, e também criando mais um critério a ser considerado para notificação obrigatória de atos de concentração.

concentração mais célere, eficiente e com mais qualidade. Afinal, a análise passaria a ser prévia, o que significava que a dinâmica do ambiente de negócios no país dependia de uma boa solução gerencial.

Ademais, toda a ineficiência do antigo regime de controle *a posteriori* dos atos de concentração, traduzida em muita lentidão nessas análises, deveria ser completamente revertida, pois um controle prévio exigiria, sobretudo, que as decisões dos atos de concentração do novo Cade fossem rápidas o suficiente para não inviabilizarem as centenas de operações de aquisições e fusões entre empresas que ocorrem anualmente no Brasil. Portanto, o sucesso do novo Cade dependia de soluções inovadoras de gestão, de forma a superar as dificuldades operacionais de um sistema de análise prévia.

O problema gerencial foi diagnosticado a partir de todo o plano de trabalho do Grupo de Análise Prévia: a administração de atos de concentração enfrenta uma dificuldade que consiste na organização de uma fila de processos com graus de complexidade diferentes, que, portanto, demandam diferentes níveis de trabalho dentro de um órgão administrativo como o Cade. E não só do Cade, mas também dos representantes das empresas que submetem seus atos de concentração, já que o volume de informações necessárias também varia de acordo com o grau de complexidade da operação. No modelo anterior, no entanto, os casos eram essencialmente analisados com base numa abordagem “first come, first served”, fazendo com que alguns casos mais complexos represassem a análise de casos mais simples, a grande maioria dos casos, criando um enorme estoque de atos.

Pode-se afirmar que a ideia central das inovações gerenciais desenvolvidas pelo grupo de análise prévia residia na seguinte premissa: transformar estoque em um fluxo contínuo de análise, evitando que qualquer processo ficasse parado, sem solução, em uma unidade da Superintendência Geral. E, para transformar a cultura anterior de administração de estoque de processos em gestão baseada em um fluxo contínuo de análise, seria necessário, primeiramente, organizar a fila de entrada desses processos na Superintendência Geral.

Pensando nessa premissa básica, bem como no problema de fila diagnosticado, foram introduzidas as seguintes inovações gerenciais na Superintendência Geral do Cade:

3.1 Criação de um setor específico para triagem dos atos de concentração

A princípio, o grupo de transição de análise prévia deveria pensar o novo fluxo processual dentro da Superintendência e, concomitantemente, qual seria a estrutura organizacional ideal para que esse novo fluxo funcionasse de forma eficiente, num cenário de recursos escassos e com poucas chances de solução até o início do novo órgão. Dentro da lógica do novo fluxo processual e da estrutura organizacional adotada pela Superintendência Geral, uma peça chave desse esquema foi a criação do setor de triagem, cuja tarefa principal é identificar todos os casos apre-

sentados que, claramente, não levantam preocupações de ordem concorrencial, e resolvê-los dentro do menor tempo possível, num prazo de até 30 dias, inicialmente definido como um compromisso firmado pelas lideranças do novo Cade e, agora, já incorporado no Regimento Interno do órgão.

Considerando, especialmente, o fato de que a relação de processos por técnico é bastante alta no Brasil, em comparação com as principais autoridades estrangeiras, o centro dessa premissa foi a criação de uma coordenação geral designada para “separar o joio do trigo” ou, mais especificamente, separar os casos com menos potencial ofensivo à concorrência (denominados procedimentos sumários), apresentando uma rápida solução para estes, dos casos que poderiam suscitar dúvidas em relação ao seu impacto no ambiente concorrencial. Esse novo desenho institucional rompeu com a estrutura adotada no modelo anterior, de análise *a posteriori*. Apesar de o procedimento sumário já existir desde meados dos anos 2000, nenhum dos três órgãos do antigo SBDC tinha um setor específico para tal atividade.

O uso de dois formulários de notificação, um para procedimentos sumários e o outro para procedimentos ordinários, ajudou no direcionamento do trabalho de triagem. Trata-se de um mecanismo de autoidentificação, que é uma das formas de organização de fila (usualmente utilizado, por exemplo, em sistemas de atendimento ao consumidor). Caso a empresa apresente um caso ordinário como procedimento sumário, corre o risco de ver o seu caso emendado e, sendo recorrente na ausência de informações necessárias, pode ver sua operação rejeitada por falta de informações.⁵ Essa possibilidade (de emenda ou mesmo de rejeição) faz com que existam menos incentivos negativos à prestação de informação, fazendo com que o trabalho da triagem torne-se mais eficiente.⁶

A coordenação de triagem é o centro de inteligência da Superintendência Geral, cuja função é criar e fomentar novas técnicas de gestão e de análise substantiva dos atos de concentração notificados ao Cade. Por receber todos os atos de concentra-

5. Art. 53, § 1.º, da Lei 12.529/2011.

6. As empresas, incentivadas por um sistema *a posteriori* de análise, que não impedia o fechamento do negócio pretendido, faziam pouca questão de apresentar seu ato de concentração de forma completa, com todas as informações necessárias para uma correta análise. Pelo contrário, em casos notadamente mais complexos, era nítida a intenção das partes de apresentar, inicialmente, o mínimo de informações possível, apresentando informações adicionais à medida que era provocada pelos órgãos do SBDC, por meio de ofícios, que suspendiam o prazo legal imposto pela Lei 8.884 (30 dias para cada Secretaria e 60 dias para o Cade, com possibilidade de interrupção por qualquer pedido de informação complementar, tanto para as partes quanto para terceiros). Afinal, quanto mais longa a análise, mais difícil seria a implementação de condições para sua aprovação, ou mesmo reprovação. Este incentivo negativo gerado pelo sistema de análise *a posteriori* também valia para os servidores do SBDC que, pressionados pela enorme quantidade de operações apresentadas e pelo curtíssimo prazo legal, não se eximiam de enviar pedidos de informações, por vezes, desnecessárias à análise.

ção apresentados ao Cade, monitorar operações eventualmente não apresentadas (obrigatórias ou não) e também por centralizar todas as dúvidas apresentadas pelos administrados no tocante às normas legais e infralegais que regem a atuação do Cade, a Triagem tem papel central na análise prévia de atos de concentração. Ademais, por deter uma visão mais ampla de todos os casos apresentados e de todas as dúvidas já solucionadas, a Triagem serve como uma ponte de comunicação entre a comunidade antitruste brasileira e a Superintendência Geral.

3.2 Criação de CGs especializadas em grupos de setores com lógica "escala/escopo"

Contudo, a criação de um setor de triagem não foi a única inovação de gestão em termos de desenho institucional. Toda a estrutura da Superintendência Geral foi pensada para funcionar organicamente, privilegiando ganhos de escala e escopo com coordenações especializadas em determinados setores da economia, inclusive aproveitando a expertise acumulada tanto para análises de atos de concentração quanto em condutas unilaterais (outro rompimento com a estrutura do sistema anterior), mas também com a troca constante de informações entre elas e entre essas e a Triagem.

Importante destacar que foi realizado um trabalho empírico para embasar a criação dessas coordenações especializadas (CGAA 1 a 4). Tendo como base todos os atos de concentração (não sumários) instruídos pela Seae/MF entre 2007 e 2011 (cinco anos), bem como o estoque de processos administrativos (exceto carteis) da SDE/MJ no início de 2012, foram criados índices com algumas variáveis⁷ visando avaliar, com base na experiência pretérita daqueles órgãos, o "estoque ótimo"⁸ para cada uma dessas novas coordenações da SG, ponderando esse estoque tanto pela quantidade de atos previstos para cada setor alocado nas coordenações quanto pelo grau de dificuldade dos mesmos, e considerando, ainda, os possíveis ganhos de escala e escopo advindos dessas divisões, pensados tanto em termos de análises de atos de concentração quanto de condutas unilaterais.

Ademais, como todas as coordenações gerais possuem as mesmas competências legais, há uma troca constante de técnicos entre elas, sempre que há necessidade de uma força tarefa em determinado caso, ou mesmo um reforço temporário em determinado setor. E esta flexibilidade no desenho institucional também permite que a estrutura da Superintendência Geral se adapte mais facilmente ao dinamismo da economia, fazendo com que técnicos possam se adequar à demanda. Importante

7. Por exemplo, tempo médio de análise, tempo médio de análise por setor, quantidade de casos analisados por setor, quantidade de restrições sugeridas pela Seae por setor etc.

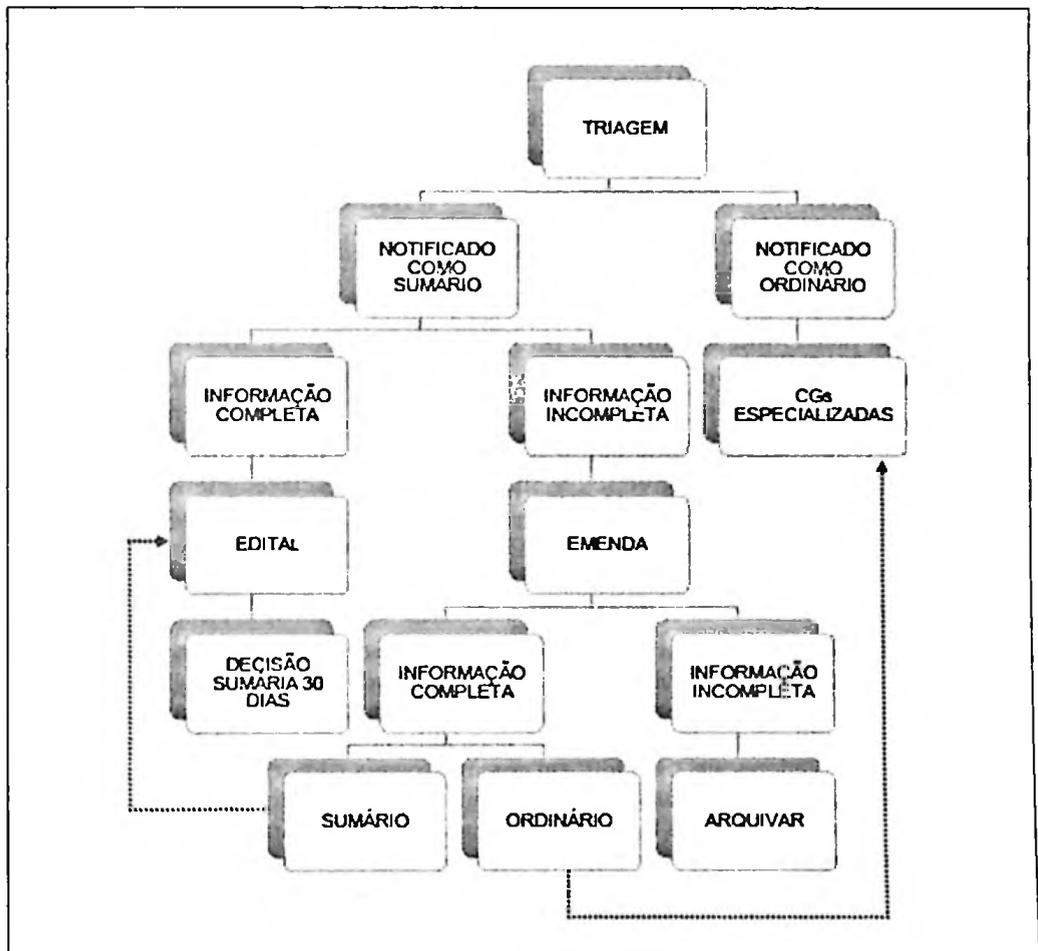
8. A ideia de "estoque ótimo" neste ponto significa a quantidade de atos e condutas unilaterais considerada adequada para que as quatro coordenações especializadas da SG possam analisá-las concomitantemente, em um fluxo contínuo, de forma a não criar estoques de casos, tal como ocorria no sistema anterior.

destacar que a lógica “escala/escopo” na formatação das coordenações gerais da Superintendência se alinha com a premissa de organização de fila dos atos de concentração, tornando o fluxo de análise mais célere.

3.3 Criação de fluxos de trabalho por diferentes graus de complexidade

Partindo das duas inovações anteriores, que tratam da estrutura da triagem, bem como da utilização da criação das CGs setoriais (com o auxílio dos dois modelos de formulário), ainda na lógica da premissa de transformar estoque em fluxo contínuo de análise, a figura 1 (abaixo) apresenta, de forma resumida, o sistema de fluxo interno de atos de concentração na Superintendência Geral, refletindo o tratamento diferenciado para diferentes graus de complexidade das operações apresentadas ao Cade.

Figura 1 – Fluxo dos atos de concentração na Superintendência Geral do Cade



A Coordenação de Triagem recebe todos os atos de concentração e faz uma primeira análise, a fim de verificar se todas as informações e documentos apresentados são suficientes para o início da análise do processo, quando se dá a publicação do edital da operação no Diário Oficial da União e também no sítio do Cade, visando dar publicidade da operação a terceiros. Entretanto, caso o ato de concentração tenha sido apresentado pelas partes como ordinário (não elegível ao procedimento sumário), a Triagem remete o processo diretamente para a Coordenação Geral responsável por sua análise, para que esta a comece imediatamente. Inicialmente, esta coordenação verificará se todas as informações apresentadas são suficientes, passando por todas as fases de um ato apresentado sob o procedimento sumário, conforme pode ser visualizado na Figura 1. Após, a coordenação faz todos os “market tests” necessários e, à medida que sua análise vai progredindo, pode solicitar mais informações às partes. Todavia, nos atos de concentração apresentados pelas partes sob o rito sumário, caso a Triagem entenda que faltam informações para o início da análise do ato de concentração, ela pode buscar sanar eventuais dúvidas diretamente com as partes por meio de ofícios ou mesmo por telefone, a não ser que essa falta de informações seja essencial para o andamento do caso, quando, então, a Triagem opta por uma emenda.

Após o esclarecimento das dúvidas surgidas durante o processo inicial de análise das informações e documentos apresentados,⁹ a Triagem decide, em conjunto com a coordenação especializada responsável por análises no setor específico da operação apresentada e com o Superintendente Adjunto, por continuar sua análise sob o procedimento sumário ou por remeter a operação para análise sob o procedimento ordinário pela respectiva coordenação especializada. Neste último caso, frise-se que essa decisão da SG de não conceder o trâmite sumário para uma operação apresentada como tal pelas partes é discricionária, e significa apenas que a SG não ficou convencida, mesmo após os esclarecimentos prestados pelas partes e eventualmente por terceiros, de que a operação tenha baixo po-

9. Este processo inicial não necessariamente se refere aos procedimentos realizados antes da publicação do edital. Em alguns casos, a Triagem pode publicar o edital, caso entenda que as partes apresentaram todas as informações a elas disponíveis, e que possibilitem o início da análise da operação na SG, e, após diligências com terceiros (concorrentes, clientes, fornecedores etc.), decidir, em conjunto com a coordenação especializada e o Superintendente Adjunto, não continuar a análise dessa operação sob o procedimento sumário, caso as diligências efetuadas não tenham deixado clara a irrelevância da operação em termos concorrenciais, ou mesmo que essas diligências tenham trazido novas dúvidas acerca da operação. Nestes casos, que são uma exceção à regra, o Superintendente Geral determina, por meio de despacho, que a operação passe para o rito ordinário, e que novas instruções sejam realizadas.

tencial ofensivo à concorrência, necessitando, portanto, de um maior escrutínio por parte de sua equipe. Em alguns casos específicos, mesmo antes da publicação do seu edital, a Triagem pode optar por solicitar um “waiver” às partes, instrumento adotado pela Superintendência Geral visando à busca de informações com terceiros ou outras autoridades antitruste internacionais, mediante autorização das requerentes. Esse instrumento, também utilizado pelas outras coordenações responsáveis pelos atos ordinários, visa dar celeridade à análise antes de sua publicação via edital, em especial em casos que gerem dúvidas relevantes, ainda que apresentado sob o procedimento sumário.

O importante a ser ressaltado quanto ao fluxo é que ele visa dar celeridade às análises, sejam elas sumárias, que obedecem ao prazo de 30 dias corridos a partir da notificação do ato no Cade, sejam elas ordinárias, cujo prazo dependerá do grau de complexidade da mesma, embora legalmente limitado a 240 dias, com hipóteses de extensão restritas.¹⁰

3.4 Instituição da fase de “pré-notificação”

Inspirada em experiências bem sucedidas de autoridades antitruste internacionais, a equipe de transição do grupo de análise prévia sugeriu a inclusão de um artigo no Regimento Interno do Cade¹¹ visando estabelecer reuniões prévias para atos de concentração não elegíveis ao procedimento sumário. Essas reuniões visam dar às partes a oportunidade de apresentarem à Superintendência Geral os aspectos gerais da operação pretendida, bem como sua visão prévia sobre os possíveis impactos da mesma nos possíveis mercados afetados. Todo esse processo é feito de forma sigilosa, sendo que em alguns casos é possível a concessão de um “waiver” pelas partes, a pedido destas ou mesmo da própria Superintendência Geral, a fim de permitir à autoridade o acesso a outras autoridades internacionais ou ao mercado, de forma a sanar dúvidas surgidas durante essa fase.

Até o momento, essa fase de “pré-notificação” tem gerado boas experiências no âmbito da Superintendência Geral, haja vista que, de posse dos principais aspectos da operação, ou em muitos casos até mesmo de uma minuta do formulário do Anexo I da Res. Cade 02/2012, a SG pode adiantar suas primeiras impressões sobre a operação e sobre as informações até então apresentadas,

10. Em maio/2014, o prazo médio de análise de um ato de concentração ordinário na SG é de 67 dias. Em 63 casos já analisados sob o rito ordinário na SG, desde o início da vigência da nova lei, o maior prazo foi de 184 dias, referente a uma operação impugnada ao Tribunal (AC 08700.006437/2012-13), e que foi decidida por um ACC (Acordo em Controle de Concentrações).

11. Art. 114 do Regimento Interno do Cade.

evitando-se, na grande maioria dos casos, atrasos por falta de informações no momento da notificação da operação ao Cade. O principal objetivo dessa fase é justamente garantir que a operação seja apresentada da forma mais completa possível, reduzindo, consideravelmente, a possibilidade de uma emenda. E este ganho qualitativo nas informações das operações apresentadas, advindo das discussões durante a fase de “pré-notificação”, tem contribuído muito para análises mais céleres nesses casos.

3.5 Sistema de “checks & balances”

Em complemento ao fluxo descrito acima, foi criado um sistema de *checks & balances* para todos os atos de concentração analisados sob o rito sumário, que, atualmente, representam cerca de 90% de todas as análises já realizadas pela Superintendência. A ideia central reside em utilizar a expertise acumulada nas quatro coordenações gerais que lidam com atos de concentração ordinários para uma contrachechagem das análises realizadas pela coordenação de Triagem sob o procedimento sumário. Adicionalmente, esse fluxo permite que essas coordenações troquem constantemente experiências de suas análises, facilitando a comunicação interna, permitindo maior qualidade e segurança nas decisões da Superintendência.

Esse sistema funciona da seguinte forma: após a elaboração do parecer de uma operação sob o procedimento sumário por um técnico da coordenação de Triagem, este é avaliado pelo seu coordenador geral. A seguir, o coordenador geral da Triagem submete seu parecer sumário para revisão do coordenador geral responsável pelas análises no setor econômico abordado por aquele parecer. Ao revisar o parecer elaborado pela Triagem, o coordenador geral pode sugerir alterações, complementações, dar o seu aval sem alterações ou mesmo solicitar novas diligências, podendo, inclusive, tornar o ato de concentração inelegível ao procedimento sumário, trazendo a operação analisada pela Triagem para um escrutínio mais apurado em sua coordenação. Entretanto, caso esse coordenador geral revisor dê o seu aval para o parecer elaborado pela Triagem, este é remetido para o Superintendente Adjunto responsável pelo acompanhamento de atos de concentração, que procederá de forma semelhante a esse coordenador-revisor. Somente após a aprovação do parecer sumário pelo Superintendente Adjunto, este é apresentado para aprovação final ao Superintendente-Geral.

3.6 Técnica de gerenciamento de projetos para ACs ordinários

A ideia de se pensar um ato de concentração como um projeto foi adotada na Superintendência Geral visando garantir que suas análises contemplem, ao mesmo

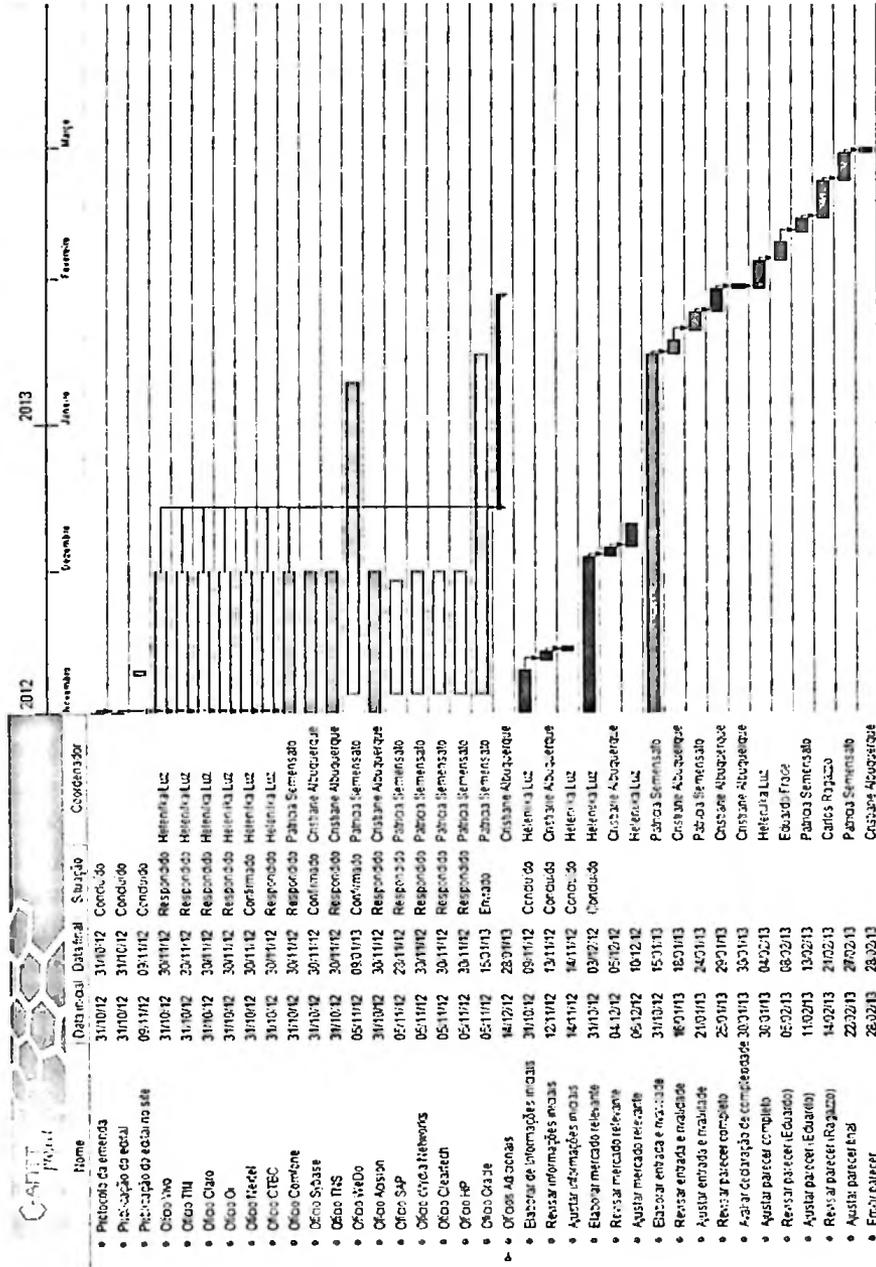
tempo, o uso racional do prazo legal disponível e a qualidade necessária para embasar suas decisões.

Um projeto é definido, em linhas gerais, como um esforço temporário com a finalidade de criar um produto único. A análise de um ato de concentração com maior grau de dificuldade, portanto, enquadra-se perfeitamente na definição de um projeto. Ademais, para que o objetivo principal da SG seja alcançado (uma decisão embasada em uma análise que contemple qualidade e seja tempestiva – ou seja – que seja eficaz e eficiente), faz-se necessário que cada projeto seja gerenciado tanto pelo coordenador geral quanto pelos Superintendentes Adjunto e Geral de forma sistematizada, contemplando planejamento e monitoramento constantes, em cada etapa de análise (ver exemplo na figura 2, a seguir), até o seu produto final. Com base nessa técnica de gerenciamento de atos de concentração como projetos, é possível controlar possíveis falhas e/ou gargalos, de forma a corrigi-los imediatamente, minimizando, assim, todos os problemas que ocorrem durante a análise de um ato de concentração. Com esse enfoque, a SG tem conseguido atuar dentro de suas limitações de recursos e, mais importante, dentro de uma limitação temporal legal.¹²

Assim, para os casos não elegíveis ao procedimento sumário, visando atingir um alto grau de eficiência a Superintendência Geral adotou técnicas de gestão de projetos, estabelecendo etapas a serem cumpridas dentro de um cronograma, usando, em alguns casos, ferramentas como, por exemplo, o gráfico de Gantt, conforme figura 2, a seguir.

12. É importante salientar que a Lei 12.529/2011 limita o prazo de análise de um ato de concentração em até 240, podendo este ser prorrogado por até 90 dias. Entretanto, nem a lei nem as regulamentações infralegais do Cade dividem, formalmente, este prazo entre Superintendência Geral e o Tribunal. Logicamente, em atos de concentração que demandem um tempo maior de análise por parte da SG, faz-se necessário que haja uma interação entre este órgão e o Tribunal, de forma a conciliar a divisão do tempo legal entre os dois.

Figura 2 – Exemplo de projeto para análise de um AC ordinário com maior complexidade



Elaboração: Coordenação Geral de Análise Antitruste 4 (CGAA 4) - Superintendência Geral

Esse planejamento mais detalhado, entretanto, é utilizado apenas em casos ordinários com maior grau de complexidade, que demandem um tempo maior de análise. Para todos os demais, há o estabelecimento de metas internas de prazos para cada etapa, de forma a facilitar o monitoramento da análise tanto pelo Coordenador Geral responsável quanto pelo Superintendente Adjunto e pelo Superintendente-Geral. Essa nova forma de se pensar uma análise antitruste em atos de concentração vem se mostrando acertada, com excelentes resultados, o que será apresentado no próximo tópico. Ademais, está em linha com a premissa básica de todas as inovações: a organização da fila via fluxo contínuo de análises.

4. RESULTADOS

E os críticos estavam errados. Passada a fase inicial dos trabalhos, com os primeiros resultados, bastante satisfatórios, não faltaram elogios à atuação do novo Cade. Diversas publicações nacionais e internacionais destacaram o início promissor do novo sistema. A própria Revista Exame, cerca de três meses após sua matéria com pesadas críticas, reverteu completamente o quadro, com uma longa matéria enaltecendo o início do Novo Cade, sob o título “Um começo promissor para o Supercade”, e com o subtítulo “em pouco mais de dois meses, o Supercade vence o ceticismo e estreia aprovando aquisições de empresas em tempo recorde. A economia brasileira agradece”. Mas foram muitas outras matérias elogiando esse “início promissor” destacado pela *Exame*, com diversas falas positivas de advogados que militam nessa área: *The Economist*, *Carta Capital*, *Reuters*, *Valor Econômico*, dentre outros.¹³ Mas quais resultados motivaram essa mudança?

4.1 Resultados durante a transição para o modelo de análise prévia

Antes de iniciar sua nova jornada sob uma nova legislação e, principalmente, sob um novo modelo de análise prévia de atos de concentração, como reflexo de toda tensão estabelecida antes da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, no período final de apresentação de casos ainda sob o modelo antigo (análise *a posteriori*, onde as partes poderiam fechar a operação antes da aprovação do Cade), correspondente

13. *The Economist*. Op. cit. Cruz, Patrick. Um começo promissor para o Supercade. *Revista Exame*, 08.09.2012. Disponível em: [<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1023/noticias/um-comeco-promissor-para-o-supercade>]. Acesso em 29.07.2014. CINTRA, Luiz Antonio. Antitruste de verdade. *Revista Carta Capital*, 06.09.2012. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/destaques_carta_capital/antitruste-de-verdade]. GOY, Leonardo. Cade julga mais de 800 casos de fusão e aquisição em 2012. *Reuters*, 12.12.2012. Disponível em: [<http://br.reuters.com/article/idBRSPE8BB03F20121212>]. Acesso em 29.07.2014. RESENDE, Thiago. Cade julga maior número de casos em um ano. *Valor Econômico*, 12.12.2012. Disponível em: [www.valor.com.br/empresas/2938174/cade-julga-maior-numero-de-casos-em-um-ano]. Acesso em: 28.05.2014.

aos 15 dias úteis após o dia 28.05.2012, último dia de vigência da Lei 8.884/1994, foram apresentados 141 atos de concentração. Além dessas 141 operações apresentadas num período de menos de um mês, mais de 100 atos de concentração foram herdados da Scae sem a conclusão de seu parecer, pois este órgão perdeu a competência para analisar atos a partir da vigência da nova lei.

Mas as dificuldades não pararam por aí. Durante esse período de transição entre as leis, houve a mudança de sede, e as reformas de adaptação atrasaram cerca de três semanas, deixando todo o órgão praticamente sem as mínimas condições estruturais para o trabalho. Todavia, nenhum desses casos ficou paralisado, até porque o prazo legal para suas análises começou a contar a partir do dia de sua notificação, tal como previa a Lei 8.884/1994, e eles teriam que ser cumpridos, com ou sem estrutura.

Já nesse início, a coordenação de triagem começou a funcionar, separando todas as operações passíveis de um tratamento sumário daquelas que mereciam maior escrutínio. Esse trabalho foi realizado em cerca de duas semanas. Com a colaboração de todas as equipes responsáveis pela análise de fusões e aquisições do Cade, o resultado não poderia ter sido melhor. Todas as operações tratadas com o procedimento sumário (cerca de 70%) foram analisadas pela Superintendência Geral em menos de 30 dias e, até o final de 2012 a quase totalidade dos 141 casos apresentados já haviam sido analisados pela Superintendência Geral do Cade. Em abril de 2013, o estoque de atos de concentração da Superintendência apresentados sob a Lei 8.884/1994 havia terminado. Em maio de 2014, restavam três atos de concentração apresentados sob a Lei 8.884/1994 em análise no Tribunal.

Em junho de 2012, começaram a ser apresentados atos de concentração já sob o novo modelo de análise prévia. Começariam, aqui, os “testes” das inovações no novo Cade. E os resultados foram muito bons, conforme já destacado. O primeiro caso aprovado sob o procedimento sumário levou 27 dias. Logo a seguir, outros três em menos de 15 dias cada. Nos primeiros três meses do novo Cade, o prazo médio dos casos sumários foi de cerca de 20 dias. Quanto aos ordinários, o sucesso também foi imediato. O primeiro foi aprovado em 48 dias. O segundo, em 50 dias. Nos seis primeiros meses da vigência da Lei 12.529/2011, o prazo médio dos atos de concentração ordinários foi de 41 dias.

4.2 Resultados pós-transição para o modelo de análise prévia

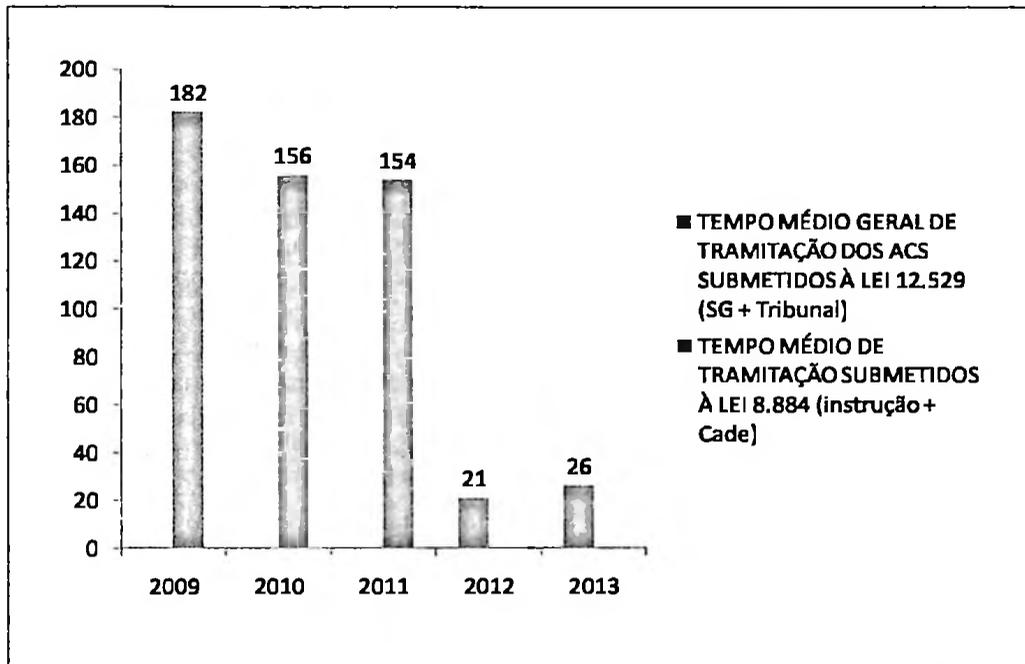
Desde então, os prazos médios dos casos sumários continuaram próximos à média inicial, mesmo com o aumento expressivo de casos apresentados em 2013. Os prazos médios dos casos ordinários, por sua vez, se elevaram um pouco, devido, sobretudo, ao grau de dificuldade enfrentado em alguns deles, sendo 10 enviados ao Tribunal com impugnação pela Superintendência.¹⁴ Ainda assim, o prazo médio

14. Do início da vigência da Lei 12.529/2011 até 05/2014.

dos ordinários entre 2012 até maio de 2014 foi de aproximadamente 67 dias na Superintendência Geral (87 dias, somando-se os prazos de análise das operações decididas pelo Tribunal), dentro, portanto, dos padrões internacionais das melhores agências antitruste mundiais.

A seguir, apresentamos as principais estatísticas do Cade após a entrada em vigor da Lei 12.529 até maio de 2014.

Gráfico 1 – Comparação entre os prazos médios de análise de atos de concentração (Lei 8.884/1994 – 2009 a 2011 – e Lei 12.529/2011 – 2012 e 2013)



Fonte: Dados internos do Cade

Tabela 1 – Estatísticas da Superintendência Geral do Cade (2012 a 2014)

ANO	N. SUMÁRIOS (ENTRADA)*	N. ORDINÁRIOS (ENTRADA)*	N. PARECERES SUMÁRIOS	PRAZO MÉDIO - SUMÁRIOS	N. PARECERES ORDINÁRIOS	PRAZO MÉDIO - ORDINÁRIOS	TOTAL
2012	121	17	106	18,7	8	41,3	138
2013	334	41	319	19,4	32	65,1	375
2014**	124	21	131	21,1	23	78,3	145
							658

* inclui as desistências

** dados atualizados até 20.05.2014

Fonte: Dados internos do Cade - Dados atualizados até 07.04.2014.

Tabela 2 – Prazos médios da Superintendência Geral apenas com casos ordinários (distribuídos por faixas de prazo de instrução)

Faixas	N. Casos	Média (dias)	Representatividade (%)
Considerando todos os casos	63	67	100
retirando apenas os impugnados pela SG (07) ¹⁵	56	58	89
retirando apenas os acima de 100 dias (10)	53	51	84
retirando apenas os acima de 67 dias (prazo médio geral) (21)	42	44	67
retirando apenas os acima de 50 dias (34)	29	39	46

Fonte: Dados internos do Cade – Dados atualizados até 20.05.2014.

Como se pode perceber pelos dados apresentados acima, o ganho em eficiência do novo sistema de análise prévia de atos de concentração em comparação com o sistema anterior é inegável. Logo no primeiro ano, a redução foi drástica, passando de um prazo médio de 154 dias em 2011 para 21 dias em 2012, representando aproximadamente 86% de redução de prazo. Tão importante quanto isso foi a manutenção desse prazo médio de análise nos anos seguintes, ainda que o número de operações tenha crescido consideravelmente em 2013 e até maio de 2014. Atualmente, esse prazo médio está em 26 dias. E, frise-se, esse prazo contabiliza todos os procedimentos (sumários e ordinários) e também o período utilizado para instrução pela Superintendência Geral e julgamento pelo Tribunal. Considerando apenas os casos ordinários, incluindo também Superintendência Geral e Tribunal, o prazo médio de análise em abril/2014 era de 81 dias, ainda muito abaixo do prazo máximo determinado em lei (240 dias, prorrogáveis por até 90 dias). Registre-se, aqui, que apenas um ato de concentração¹⁶ ultrapassou 240 dias, dentre 619 decisões até o momento.¹⁷

15. Esta coluna tem o objetivo de estabelecer os prazos médios por faixas, medidas em termos de prazo médio de instrução, com exceção da primeira, que retira todos os casos onde a SG apresentou impugnação ao Tribunal, os quais, em geral, tiveram um prazo de análise mais longo, dado o grau de dificuldade. Esta primeira faixa inclui todos os casos aprovados sem restrições até 20.05.2014, ou seja, 56 (foram sete impugnados pela SG). As colunas seguintes seguem a mesma lógica: a segunda inclui todos os casos com prazo de análise inferior a 100 dias, ou seja, 53 (foram 10 casos com prazo superior a 100 dias); a terceira inclui todos os casos com prazo de análise inferior à média atual, 67 dias, ou seja, 42 (foram 21 casos com prazo superior a 67 dias); por fim, a última faixa inclui todos os casos com prazo de análise inferior a 50 dias, ou seja, 29 (foram 34 casos com prazo superior a 50 dias).

Ainda com relação aos casos ordinários, a tabela 2 demonstra claramente que a grande maioria dos 63 casos já instruídos pela Superintendência Geral teve um prazo de análise inferior a 100 dias e também à média geral (67 dias na SG). No primeiro caso, apenas 10 análises ultrapassaram a marca de 100 dias, significando que mais de 84% dos casos foram resolvidos em um prazo inferior a esse patamar. No segundo caso, apenas 21 análises ultrapassaram a marca de 67 dias, que é o prazo médio atual de casos ordinários na Superintendência Geral, o que significa que quase 70% dos casos foram resolvidos em um prazo abaixo da média. Reduzindo o prazo para 50 dias, percebe-se que quase metade (46%) do total de ordinários já analisados pela Superintendência ficou abaixo de 50 dias.

Há, inclusive, cinco casos ordinários que foram aprovados em um prazo inferior ao prazo máximo estipulado para o sumário, 30 dias. Por fim, dos 10 casos que ultrapassaram a marca dos 100 dias de análise, e que poderiam ser considerados “outliers” do universo dos casos ordinários já analisados pela Superintendência, seis foram impugnados ao Tribunal (cinco deles com declaração de complexidade)¹⁶ e os outros quatro tiveram problemas na apresentação de informações pelas partes (alguns, inclusive, apresentados inicialmente como sumários). Ressalte-se que, ainda que sejam somados os prazos do Tribunal para julgar os casos que foram impugnados pela Superintendência até maio/2014 (dez no total), ou por ele avocados (três), essas médias não seriam consideravelmente alteradas.

Por fim, ainda quanto aos resultados, vale ressaltar que o bom desempenho do Cade na análise de atos de concentração gerou um relevante impacto positivo na sua missão repressiva, referente ao combate a condutas anticoncorrenciais, com destaque para os cartéis. Em 2013, o Cade julgou o maior número de processos referentes a condutas anticompetitivas registrado nos últimos anos: 38 casos (vide gráfico 2, abaixo). Desses, 22 casos foram condenados, incluindo 13 casos de cartéis. Ao total, as multas aplicadas nas condenações do Cade somaram R\$ 491,6 mi-

16. Esse ato se refere à fusão entre as instituições de ensino superior Anhanguera e Kroton, o qual teve seu prazo prorrogado a pedido do Tribunal, tendo consumido 301 dias até sua decisão final, pela aprovação condicionada ao cumprimento de um conjunto de medidas previstas em um Acordo em Controle de Concentrações – ACC firmado entre o Cade e as requerentes.

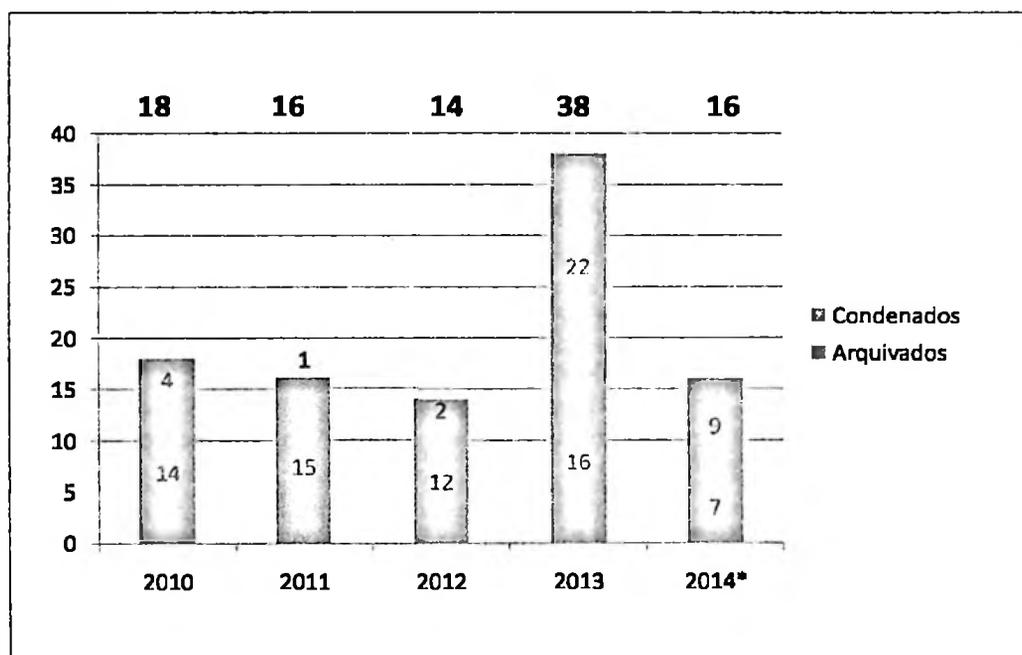
17. Dados atualizados até 20.05.2014.

18. O art. 120 do Regimento Interno do Cade cria a figura da “declaração de complexidade”, de forma a regulamentar o pedido da Superintendência Geral pela prorrogação de prazo de que trata o § 2.º do art. 88 da Lei 12.529/2011. O art. 56 traz em seu *caput*, *in verbis*, que “A Superintendência Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas”.

lhões, valores que são recolhidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD e que podem retornar à sociedade na forma de financiamento de projetos de defesa dos direitos dos consumidores, proteção ao meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, entre outros.

Desde o advento da nova lei, a SG concluiu a análise de 271 casos de conduta, arquivando-os ou os remetendo para julgamento pelo Tribunal. O estoque de condutas herdadas da SDE pelo Novo Cade, que em 29.05.2012 era de 444 processos, reduziu-se para 296 em maio/2014, incluindo, aqui, os iniciados durante esse período.

Gráfico 2 – Condutas anticoncorrenciais julgadas pelo Cade de 2010 a 2014



Fonte: Dados internos do Cade

5. CONCLUSÃO

Como dito ao longo do artigo, a revisão legal do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência endereçou os gargalos estruturais que prejudicavam a execução da política antitruste brasileira de forma satisfatória. Os dados apresentados falam por si sós. Em apenas um ano, o prazo médio de análise de atos de concentração reduziu-se em mais de 80%, isso comparado à melhor média alcançada durante a vigência da Lei 8.884/1994, e não à sua média histórica. Além disso, os ganhos de produtividade em análises de atos de concentração alcançados pelo Cade nesses

primeiros dois anos de vigência da nova lei se refletiram, diretamente, também na sua função repressiva, com ganhos consideráveis nos números relacionados ao combate a cartéis e a outras condutas unilaterais. Esses resultados motivaram uma série de ações de reconhecimento às inovações gerenciais do Cade.

Após o público interno e, principalmente, os atores da política antitruste brasileira, demonstrarem seu reconhecimento pelo bom início do novo órgão, veio o reconhecimento da comunidade antitruste internacional. A Publicação “Global Competition Review” (GCR), importante periódico internacional em defesa da concorrência, em seu *ranking* anual de agências antitrustes, concedeu, em 2013, mais meia estrela ao novo Cade, que já detinha 3,5 estrelas no ano anterior, alcançando-o ao “top ten” das autoridades mundiais de concorrência. O Brasil subiu da 13.ª posição para a 8.ª posição, passando da categoria “bom” para “muito bom”, ficando atrás de agências consagradas, como Estados Unidos, (FTC e DOJ), Comissão Europeia, Inglaterra (UK’s Competition Commission), Alemanha, França e Japão, e no mesmo nível de Austrália, Holanda, Espanha e Inglaterra (UK’s Office of Fair Trade), a frente de Canadá, Coreia, Itália e Nova Zelândia. Considerando apenas países em desenvolvimento, o Brasil figura em primeiro lugar. Os principais destaques do Cade na avaliação realizada pela GCR foram: (i) sucesso na transição para a Lei 12.529/2011; (ii) análise prévia de atos de concentração; (iii) novos critérios de notificação; (iv) análise de atos de concentrações sumários em um prazo médio de 19 dias – um dos mais rápidos do mundo; e (v) aperfeiçoamento do combate a cartéis.

No final de novembro de 2013, o projeto referente ao novo processo de análise de atos de concentração econômica foi classificado entre os 10 primeiros lugares (entre 102 inscritos) no 18.º concurso de inovação no serviço público, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP – em parceria com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, feito inédito para o Cade. Esse concurso, já tradicional na administração pública brasileira, é o mais importante do país em sua categoria. O objetivo do concurso, promovido há 17 anos, é estimular a disseminação de soluções inovadoras em organizações do Governo Federal. No dia 08 de abril de 2014, em solenidade promovida na sede da ENAP, o Cade foi classificado em 7.º lugar, obtendo o selo de inovação, marca já consagrada no serviço público federal brasileiro para reconhecimento de práticas gerenciais que promoveram inovações de reconhecida eficiência em suas áreas de atuação.

Em conclusão, pode-se afirmar que as inovações gerenciais aperfeiçoaram a utilização do capital humano da instituição (sempre muito escasso no serviço público), privilegiaram a comunicação interna e o fluxo de informações, dividindo responsabilidades entre todos os envolvidos, em um processo de “empowerment” que gera sensação de pertencimento à organização a todo o grupo e, assim, maior motivação e um bom clima organizacional. Os custos envolvidos em sua concepção foram baixos, não contaram com sistemas complexos de tecnologia da informação

e foram totalmente focados no material humano disponível, podendo ser replicadas em outros órgãos que tenham grandes volumes de demandas de diferentes níveis de complexidade e acima da capacidade de produção das equipes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei 8.884/1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm]. Acesso em 28.05.2014.
- _____. Lei 12.529/2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em 28.05.2014.
- CADE. CARVALHO, Vinicius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos. Brasília: Cade, 2013. Disponível em: [www.cade.gov.br/publicacoes/livro/CADE_-_DEFESA_DA_CONCORRENCIA_NO_BRASIL_50_ANOS.pdf]. Acesso em 28.05.2014.
- _____. Balanço do biênio da Lei 12.529/2011 e perspectivas da defesa da concorrência no Brasil. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Balan%C3%A7o%202%20anos%20nova%20lei.pdf]. Acesso em 28.05.2014.
- _____. Resolução Cade 02/2012. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em 28.05.2014.
- _____. Regimento Interno do Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?b2859563b268bc46d07ed066]. Acesso em 28.05.2014.
- A Champion for Choice? *The Economist*. Disponível em [www.economist.com/node/21560892]. Acesso em: 26.05.2014.
- CINTRA, Luiz Antonio. Antitruste de verdade. *Revista Carta Capital*, 06.09.2012. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/destaques_carta_capital/antitruste-de-verdade].
- CRUZ, Patrick. Um começo promissor para o Supercade. *Revista Exame*, 08.09.2012. Disponível em: [http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1023/noticias/um-comeco-promissor-para-o-supercade]. Acesso em 29.07.2014.
- ENAP – Escola Nacional de Administração Pública. Pereira, Flavio Schettini (org.). Ações premiadas no 18.º concurso inovação na gestão pública federal. Brasília, 2014. Disponível em: [www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=3947]. Acesso em: 29.07.2014.
- Goy, Leonardo. Cade julga mais de 800 casos de fusão e aquisição em 2012. *Reuters*, 12.12.2012. Disponível em: [http://br.reuters.com/article/idBRSPE-8BB03F20121212]. Acesso em 29.07.2014.
- RESENDE, Thiago. Cade julga maior número de casos em um ano. *Valor Econômico*, 12.12.2012. Disponível em: [www.valor.com.br/empresas/2938174/cade-julga-maior-numero-de-casos-em-um-ano]. Acesso em: 28.05.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ativismo concorrencial do Cade, de Bruno Droghetti Magalhães Santos – *RIBRAC* 21/265 (DTR\2012\450333);
- Concentração de empresas e a competência do Cade, de José Carlos Magalhães – *RT* 763/56 (DTR\1999\569);
- Condições impostas pelo Cade à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma, de José Inácio Gonzaga Franceschini – *RIASP* 14/197 (DTR\2004\484);
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): instituição responsável pela condução da política econômica do consumo, de Regis André – *RTrib* 73/215 (DTR\2007\219); e
- *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade, de Amanda Athayde Linhares Martins – *RIBRAC* 22/57 (DTR\2012\451382).

NEM CASTIGO, NEM PREVENÇÃO: A MEDIDA DE DESCONCENTRAÇÃO NA LEI BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

JULIANO S. A. MARANHÃO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Comercial/Empresarial

RESUMO: O artigo analisa a imposição de desconstituição de ativos em processos de conduta no direito comparado (Estados Unidos, Comunidade Europeia e as investigações de mercado pela Competition Commission britânica). Apura a natureza jurídica dessa medida no direito brasileiro, a partir da sua evolução histórica e da dogmática administrativista, e defende seu caráter reparatório (não punitivo, nem preventivo) de efeitos resultantes da prática sobre o mercado. Por fim, traça limites legais e constitucionais para seu emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Direito concorrencial – Desconcentração – Desconstituição de ativos – Infração à ordem econômica.

ABSTRACT: This article analyzes the imposition of deconstitution active processes in the conduct of comparative law (United States, European Community and market investigations by the British Competition Commission). Determines the legal nature of this measure in Brazilian law, from its history and the Administrative Law dogmatic, and defends his (non-punitive nor preventative) reparatory character effects of practice on the market. Finally, outlines legal and constitutional limits to its use.

KEYWORDS: Comparative Competitive Law – Deconstitution asset – Infringement of the economic order.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução da desconcentração no direito comparado: punição versus remédio: 2.1 E.U.A.; 2.2 Comunidade Europeia; 2.3 Reino Unido – 3. Natureza jurídica da desconstituição de ativos – 4. Condicionamentos ao emprego e limitações ao alcance da medida de desconstituição em processos de conduta: 4.1 Limites constitucionais; 4.2 Condicionamentos derivados da natureza corretiva da medida de desconcentração – 5. Conclusão e considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A¹ imposição de alienação de ativos é, talvez, a ferramenta mais impactante à disposição de autoridades de defesa da concorrência na repressão ao abuso de poder econômico. Ela interfere no exercício do direito de propriedade do agente e pode significar limitação à sua liberdade de iniciativa de forma bem mais profunda que a punição pecuniária.

1. Agradeço a Marcelo Queiroga Filho pelo auxílio na pesquisa de direito comparado.

Com exceção da fase embrionária do direito antitruste nos Estados Unidos, em que a medida foi um dos principais mecanismos de combate (e mesmo de punição) aos *trusts*, a desconcentração forçada raramente é empregada e, quando ocorre, costuma gerar polêmica, recebendo qualificações como “uma crônica de vitórias inconsequentes”,² uma “experiência pouco edificante”,³ ou ainda, “um exercício custoso de futilidades”.⁴ As críticas concentram-se no risco de erro decorrente da intervenção do Estado em mercados livres, cuja dinâmica pode revelar que ou são contraproducentes ou desnecessárias para o próprio processo competitivo. Esse risco é ainda maior quando o objetivo da intervenção for prevenir condutas, baseado em prognósticos de mercado.

A conveniência e riscos de seu emprego são bastante discutidos em fóruns internacionais sobre política de concorrência.⁵ Há consenso geral de que a desconstituição não pode ser usada para punir infrações, mas apenas para remediar seus efeitos. A natureza do remédio, porém, varia: por vezes é justificado como “medicamento” para “curar”; outras como “vacina”. Mesmo havendo indefinição sobre o tema, outras jurisdições têm buscado se aparelhar institucionalmente de modo a oferecer aos agentes de mercado previsibilidade, pela explicitação de seus critérios de aplicação, e oportunidades de defesa ou discussão de seu conteúdo, por meio de procedimentos públicos específicos.⁶

No Brasil, a medida é prevista no art. 38, V, da Lei 12.529/2011, dentre as chamadas “penas” não pecuniárias, mas já existia em outro formato (como “desapropriação”) desde a Lei 4.137/1962.⁷ Com a previsão legal, à luz de seu fundamento constitucional, a questão relevante não é qual seria o melhor uso da desconcentração dentro de uma política de concorrência, mas qual o uso admitido pelo nosso ordenamento. Seus condicionamentos legais e constitucionais serão delimitados na Seção 4 deste artigo, a partir da identificação, na Seção 3, de sua natureza jurídica dentro do direito administrativo (punição, medida de prevenção, repressão ou reparação?), o que será feito após se percorrer a experiência internacional (Seção 2).

2. KOVACIC, W. E. Failed Expectations: the Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration. *Iowa Law Review*, 74/1105-1150, 1989. p. 1105.

3. POSNER, R. A. *Antitrust Law*. 2nd ed. Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 107.

4. CRANDALL, R. *Costly exercise in futility: breaking up firms to increase competition*. Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2003.

5. Ver: OECD. *Competition Comm. Report on Experiences with Structural Separation*, 2012 e *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

6. Por exemplo, Comunidade Europeia, Reino Unido, Austrália, México, Alemanha.

7. Cade: No recente julgamento do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, que versou sobre conduta concertada no mercado de cimento, o Cade inaugurou a aplicação da medida no Brasil. O presente artigo não abordará a decisão, tendo em vista que a mesma ainda não transitou em julgado no âmbito administrativo e não foram disponibilizadas versões públicas dos votos dos Conselheiros, o que impede uma análise aprofundada.

2. EVOLUÇÃO DA DESCONCENTRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO: PUNIÇÃO *VERSUS* REMÉDIO

A referência internacional principal para o exame de conceitos de direito da concorrência é o direito norte-americano. Isso se deve à larga experiência com essa matéria, que foi, em sua formulação contemporânea, praticamente criada naquele país, bem como a seu rico conteúdo de regras de fonte jurisprudencial. Sua transposição para um sistema de base legislativa não é simples, de modo que outra referência importante é o direito concorrencial europeu. A experiência no Reino Unido merece menção, pelo passo *sui generis* em admitir medidas estruturais, independentemente de qualquer infração ou ato de concentração.

2.1 E.U.A.

O direito antitruste nos E.U.A. parte de dispositivos bastante genéricos no *Sherman Act* (1890), tendo seu conteúdo e regras criados pela jurisprudência dentro do sistema de *common law*. O *Sherman Act* proíbe três condutas centrais – a combinação (“combination”), a conspiração (“conspiracy”) entre empresas e a tentativa de monopolização (“attempt to monopolize”) – não se distinguindo com clareza atos de concentração de condutas abusivas. Assim, a formação de *trusts* ou conglomerados se aproxima de ato de concentração, mas era *tratada como infração* (tida como forma de combinação ou mesmo conspiração se provado que seu objetivo foi eliminar a concorrência ou fixar preços). Do mesmo modo, a infração de “tentativa de monopolização” pode decorrer de sucessivas aquisições de empresas, que são, na verdade, concentrações econômicas. Mesmo o *Clayton Act* (1914), que trata das fusões e aquisições, as tipifica como violações ao *Sherman Act*, ao lado de acordos de exclusividade, venda casada e discriminação. A distinção entre atos de concentração e condutas ocorre de forma gradual e não sistemática ao longo da jurisprudência e vai ganhar algum assento legislativo apenas com o *Celler-Kefauver Act*, de 1950.⁸

Essa nota é importante pois há casos na jurisprudência norte-americana discutidos na literatura⁹ como exemplos de “divestiture” em conduta¹⁰ mas que consis-

8. O objeto do *Celler-Kefauver Act*, propriamente, foi especificar, dentre as fusões e aquisições, as aquisições de ativos e integrações verticais.

9. KOVACIC (1989); POSNER (2001); O'CONNOR, Kevin. The divestiture Remedy in Sherman Act 2 Cases, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 13: 687, 1976; Sullivan, E. Thomas. The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: the Path less traveled. *Minnesota Law Review* 565, 2001-2002. Crandal, R. *The Failure of Structural Remedies. Sherman Act Monopolization Cases*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2001 (publicado também em *Oregon Law Review*, 80, 2001, 109-198. Davey, Alistair. *The introduction of a general divestiture provision under Australian Competition Law*, 2012; Epstein, Monopolization follies: the dangers of structural remedies under Section 2 of the Sherman Act. *Antitrust*

tem simplesmente em sucessivos atos de concentração, ou ainda, dizem respeito a “combinações” ou “conspirações” nas quais a intervenção resume-se à dissolução de um *trust* ou da entidade associativa que sediava o cartel. Tais casos não consistem propriamente em “desconstituição de ativos por infração concorrencial”. Esta deveria abranger apenas aqueles casos que (i) *efetivamente versam sobre conduta abusiva anticompetitiva* (em oposição a atos de concentração econômica) e (ii) *resultam em alienação de ativos do infrator* (em oposição a medidas comportamentais de obrigação de fazer ou se abster) (iii) *individualmente considerado* (em oposição a simples dissoluções de associações, ou de *trusts* ou *participações cruzadas*). Com essa delimitação, são raríssimos os julgamentos de abusos de posição dominante pela Suprema Corte dos E.U.A que resultaram em desconcentração.¹¹

Outra nota. O Sherman Act (Seção 7), além de ter possibilitado ao governo mover tanto ações criminais como civis contra *trusts*, inovou ao estipular o “treble damages” (indenização civil pelo triplo do valor do dano), com o objetivo de dissuadir e estimular caçadores de recompensas,¹² rompendo com o caráter meramente compensatório da indenização, um dos pilares do *common law* clássico.¹³ O caminho das ações civis, em que o padrão de prova utilizado é o de “evidências preponderantes”, menos rigoroso do que o “beyond reasonable doubt” do direito penal, foi o mais empregado pelo governo, o que ocasionou a importação de noções penais para o direito civil e mitigou a divisão entre esses ramos.¹⁴ Assim, as “di-

Law Journal, 76, 2009, 205-237; Hale, G. E. Trust Atomizing Business Units of Monopolistic Size. *Columbia Law Review*, 40, 1940, 615-632; Weber, W. The Past, Present and Future of Monopolization Remedies. *Antitrust Law Journal*, 76, 2009, 11-29.

10. A possibilidade de imposição de desconstituição decorre da interpretação jurisprudencial e doutrinária da seção 4 do *Sherman Act*, a qual dispõe sobre a jurisdição das *District Courts* (portanto competência judicial) em direito da concorrência, atribuindo a essas o poder de prevenir ou reprimir violações por meio de medidas cautelares ou de qualquer outra forma para proibi-las ou impedi-las.
11. Há dois levantamentos completos relativamente recentes dos precedentes norte-americanos de desconstituição, ao longo do século XX. O levantamento de Robert Crandall (2001) contabiliza apenas 5 casos com efetiva desconstituição de firma individual por práticas que foram independentes de aquisições. O levantamento de Sullivan (2001-2) aponta apenas 6 casos que satisfazem aqueles requisitos.
12. Ver: WHAM, B. Antitrust treble-damages suits: The government chief aid in enforcement. *American Bar Association Journal*. vol. 40. n. 12. p. 1061-1064. 1954.
13. Há quem defenda que atribuir caráter punitivo à reação contra os acordos em restrição ao comércio foi a única inovação do *Sherman Act*, uma vez que o *common law* já os considerava nulos, cf. STIGLER, G. The origin of the *Sherman Act*. *The Journal of Legal Studies*. vol. 14. n. 1. 1985.
14. Sobre o tema, ver COFEE, J. Paradigms lost: the blurring of the criminal and civil law models and what can be done about it. *Yale Law Journal*. vol. 101. n. 8. p. 1875-1893. 1992.

vestitures", em sentido amplo, ocorreram apenas em ações civis,¹⁵ mas, no início, foram usadas como mecanismo de punição, ainda que revestidas de uma roupagem civilista de natureza "compensatória".

Os primeiros casos de desconstituição com base no Sherman Act são produto do movimento político que originou o direito antitruste, com o esforço do governo em dismantlar instituições de poder privado, tanto do capital quanto do trabalho,¹⁶ que passaram a ditar os rumos do comércio e da indústria. Os casos *Standard Oil*¹⁷ e *American Tobacco*¹⁸ são apontados como pioneiros das *divestitures*. Embora envolvessem aquisições para formação do conglomerado, merecem análise na medida em que essas foram tomadas como resultado de condutas abusivas.

O alvo do caso *Standard Oil* foi o *trust* controlador de diversas empresas destinadas à exploração, refino e transporte de petróleo. Esse domínio foi alcançado, no entendimento da corte, pela combinação de participação relevante no mercado de refino e domínio do mercado de transporte, utilizado de modo abusivo por meio de práticas discriminatórias contra outras refinarias em colusão com empresas prestadoras de serviço ferroviário. Por meio dessas práticas e a exclusividade no uso de sua rede de dutos, a *Standard Oil* levou rivais à ruína o que viabilizou aquisições de diversas plantas de exploração e refino. Essa série de aquisições e acordos com ferrovias foi considerada má conduta (*wrongdoing*), pela intenção de "manter a dominância sobre a indústria de petróleo, não como resultado de métodos normais de desenvolvimento, mas por meio de novas combinações", o que teria sido obtido com uma série de ações de manipulação de preços, descontos discriminatórios de ferrovias, espionagem comercial e corrupção ativa. A desconstituição, como reação a essa má conduta foi justificada pelo objetivo de *impedir que o ato seja repetido*,¹⁹ *efetivamente encerrá-la*²⁰ e *neutralizar seus efeitos sobre o mercado*.²¹

15. De 423 casos de monopolização, 87 foram criminais e 336 foram civis, até 2001. CRANDALL (2001).

16. Os primeiros casos antitruste tinham como réus os sindicatos, que concentravam poder sobre o trabalho, entendido, como uma forma de ativo ou capital. Mesmo com o Clayton Act, que excluiu expressamente o trabalho do conceito de commodity ou capital, os sindicatos continuaram a ser alvo de ações. Sobre os primórdios do antitruste nos Estados Unidos, ver HOVENKAMP, H. *Enterprise and American Law-1836-1937*. Harvard University Press, 1991.

17. Sup. Court U.S. *United States v. Standard Oil Co. of New Jersey*, 152 F. 290 (1907).

18. Sup. Court U.S. *United States v. American Tobacco Company et al.*, 191 F. 371 (1911).

19. "Forbid the doing in the future of acts like those which we have found to have been done", *Standard Oil Co. of New Jersey*, 152 F. 290, p. 523.

20. "The exertion of such measure of relief as will effectually dissolve the combination found to exist", *id.*

21. "Neutralize the extension and continually operating force which the possession of the power unlawfully obtained has brought and will continue to bring about", *id.*

Aqui, quatro elementos são dignos de nota. O primeiro é a ênfase na *má conduta* ou o dolo, muito embora já se encontre ali uma análise estrutural sobre as barreiras à competição geradas pela verticalização. O segundo é a menção à necessidade de *prevenção da reincidência*, o que se propunha ali pelo próprio efeito dissuasório da medida, donde uma coloração de punição. O terceiro é a noção de efetividade, i.e. a necessidade da medida para *fazer cessar a conduta*. O quarto, a ideia de *reparação dos efeitos* produzidos, que naquele caso estava ligada à quebra do poder nocivo do agente, no intuito de impedir que o agente obtivesse benefício com sua torpeza (acusando alguma moralidade penalista). Essas quatro notas vão estar presentes na evolução posterior do tema, sofrendo variações de intensidade e de fundamento em sua reinterpretação.

O caso *American Tobacco*,²² julgado em 1911, também consiste em posição dominante alcançada por meio da aquisição de diversos negócios (cerca de 250 firmas envolvidas em diversos estágios de produção ou com diferentes produtos de tabaco). A formação desse conglomerado, ao longo de duas décadas, foi visto como abusivo pela intenção de fixar preços (dolo, ainda considerado como parte essencial do tipo infracional), apurada por um conjunto de evidências de práticas reprovadas como desleais (*unfair*), dentre elas o emprego de preços predatórios para quebrar rivais ou convencê-los a associar-se ao *trust* e a aquisição de plantas rivais para posterior fechamento. É interessante, no voto condutor, a análise detalhada e comparativa entre o que se considerou o bom funcionamento do mercado até 1890 *versus* o mau funcionamento do mercado atual, como decorrência das aquisições e combinações de capital a partir de então, o que trouxe mais à tona a consideração da estrutura e funcionamento do mercado antes e após a *má conduta*, com análise denexo causal e perspectiva de resgate da competição com a desconstituição.

Essa atenção ao aspecto estrutural como fator determinante de condutas infracionais sobressai também no caso *Corn Products Refining vs United States* (1916).²³ As empresas teriam violado o Sherman Act, ao constituírem uma holding verticalizada para controlar a produção, manufatura e distribuição de produtos de glicose e amido, assim como de seus derivados. A Suprema Corte considerou que o propósito da verticalização foi o de restringir a concorrência, mas o interessante aqui foi a ênfase na *reiteração de práticas restritivas verticais* e a convicção de que essas seriam determinadas pela estrutura formada com a combinação. Daí porque medidas comportamentais cautelares seriam insufi-

22. Sup. Court U.S. *United States of America v. American Tobacco Company et al.*, 191 F.371 (1911).

23. District Court, S.D. New York. *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F.964(1916).

cientes, sendo necessário desintegrar “uma combinação que tenha demonstrado uma insistência inveterada e incorrigível em interferir com o curso comercial que a lei exige”.²⁴

A preocupação com verticalização também foi a tônica nos casos da Alcoa, iniciados em 1912, com uma ação do Departamento de Justiça - DOJ,²⁵ que resultou em termo de compromisso. Seu cumprimento foi questionado pela Federal Trade Commission-FTC em 1930, com acusação de práticas discriminatórias. Em 1937, o DOJ moveu nova ação civil, acusando a Alcoa de monopolização do mercado de alumínio primário e estrangulamento de margem de rivais com fixação de preços de lingotes de alumínio muito próximos aos preços das chapas. O caso recebeu apreciações divergentes dos membros da corte,²⁶ mas as práticas foram reconhecidas e proibidas. Todavia, medidas estruturais foram adiadas em função da necessidade de alumínio para o engajamento dos E.U.A. na segunda guerra mundial. Durante a guerra, o governo dos E.U.A. construiu duas grandes plantas de produção de alumínio licenciadas para a Alcoa, que, após a guerra, foram vendidas, acabando com o monopólio. Mesmo assim, quando o caso foi retomado pela corte distrital,²⁷ determinou-se a alienação da participação da Alcoa em sua afiliada canadense, para estimular a importação.

Dentro dessa primeira leva de intervenções no início do século XX, vale examinar o caso *United Steel*,²⁸ decidido em 1920, em que a medida estrutural foi considerada, mas rejeitada pela Suprema Corte, apesar de se reconhecer a infração. Aqui também havia combinação de empresas produtoras de aço para formar a holding *United Steel*. Porém, embora a corte tenha reconhecido o intuito de fixar preços, considerou que a prática foi transitória e mal sucedida, não havendo perspectiva (*dangerous probability*) de que fosse retomada. Assim, o precedente deixou claro que prevenir a repetição e neutralizar o efeito sobre o mercado, antes apontados como objetivos da medida, passaram a ser condições necessárias para sua aplicação, mesmo diante da má conduta, o que já atenua o aspecto punitivo.

Além da retomada do caso Alcoa, que teve a análise antitruste perturbada por razões de política industrial, na década de 40, a desconstituição foi aplicada nos mercados de distribuição e exibição de filmes, em três casos que trouxeram evo-

24. District Court, S.D. New York. *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F. 964, p. 139, j. 24.06.1916. No original em inglês: “desintegrating a combination which has shown such an inveterate and incorrigible insistence upon interfering with the course of commerce which the law demands”.

25. *United States v. Aluminum Company of America*, Eq. 159 (W.D. Pa, 1912).

26. *United States v. Aluminum Company of America* 148F.2d 416 (2d Cir. 1945).

27. *United States v. Aluminum Company of America*, 91 F. Supp. 333 (SD.N.Y. 1950).

28. Sup. Court U.S. *United States v. United Steel Corp.*, p. 251 (1920).

lução interessante em seu fundamento: *Schine Theaters*,²⁹ *Crescent Amusement*³⁰ e o mais rumoroso, o caso *Paramount*.³¹ Os três casos envolviam práticas restritivas verticais de venda casada (*block booking* – salas de exibição não integradas eram forçadas a comprar pacotes de filmes das distribuidoras) e discriminação nas exibições (*runs e clearances* – com preferência pelas salas integradas para primeiras exibições ou por determinado período). No caso *Paramount*, que envolveu as cinco grandes distribuidoras (*majors*) além de três menores, aliou-se às práticas verticais o paralelismo entre as condições de licenciamento dos filmes (incluindo as mesmas restrições verticais) e mecanismos para fixação de preços mínimos, até mesmo com formação de *pools* para gerir exibições em cidades onde duas ou três *majors* possuíam todas as salas. Essas práticas, novamente, criaram dificuldades a salas independentes e viabilizaram aquisições, elevando o poder das distribuidoras infratoras no mercado de exibição. A imposição da medida fundou-se na crença de que o conluio foi não só possível mas incentivado pela verticalização.³²

A medida somente foi adotada no caso *Paramount* após terem sido testadas e descartadas alternativas comportamentais, primeiro com um *consent decree* que instituiu mecanismo de arbitragem para resolver limitações de acesso a salas independentes, considerado insuficiente após três anos, e depois com a consideração de um sistema de leilão, descartado por dificuldades de implantação.

Outro dado relevante foi o afastamento explícito da noção de punição à má conduta com o esforço de ligar o desinvestimento à noção civil de reposição ou restauração natural do mercado à condição anterior à violação. A Suprema Corte devolveu o caso para a corte distrital com a determinação de desinvestimento daquelas salas de cinema que fossem fruto de restrições passadas à concorrência, o que seria simples aplicação do instituto de restituição do direito civil.³³ Obviamen-

29. *Schine Chain Theatres, Inc. v. United States* – 334 U.S. 110 (1948).

30. *Sup. Court U.S. United States v. Crescent Amusement Co. et al.*, 323 U.S. 173, (1944).

31. *Sup. Court U. S. United States v. Paramount Pictures Inc. et al.*, 334 U.S. 131, (1948).

32. “One of the chief matters referred to us by the Supreme Court is the effect of vertical integration upon competition in the industry (...) here we are presented with a conspiracy among defendants to fix prices, runs and clearances which we have already pointed out was powerfully aided by the system of vertical integration active aids to the conspiracy (...) Here, the vertical integrations were a definite means of carrying out the restraints and conspiracies we described above”. *Paramount Pictures Inc et al*, 85 F. Supp. 881, p. 37-38.

33. *Hence, the problem of the District Court does not end with enjoining continuance of the unlawful restraints, nor with dissolving the combination which launched the conspiracy. Its function includes undoing what the conspiracy achieved (...) the requirement that the defendants restore what they unlawfully obtained is no more punishment than the familiar remedy of restitution.* *Paramount Pictures Inc et al*, 85 F. Supp. 881, p. 37-38. Da mesma forma, no caso *Schine*,

te, a noção de restituição civil é um tanto forçada, uma vez que os ativos alienados a terceiros não são restituições de bens aos seus antigos proprietários. Também não há resgate da estrutura anterior do mercado, de modo que seu fundamento ainda é a eliminação punitiva de vantagens auferidas, com efeito dissuasório.³⁴

Esse lado reconstitutivo, na verdade de destituição dos benefícios auferidos, perde força logo depois no caso *Timken*,³⁵ um cartel internacional de alocação de mercados no qual a desconstituição foi deliberada, mas rejeitada em prol de alternativa comportamental. O julgamento do *Timken*, porém, é uma continuidade da posição adotada pelo juiz Reed no caso *National Lead*,³⁶ quando o aspecto preventivo sobressai.

A prática anticoncorrencial envolvida no caso *National Lead* foi a utilização abusiva de patentes relativas à manufatura e ao uso de pigmentos de titânio pela *National Lead* e pela *Du Pont*, no intuito de controlar sua produção e comercialização de derivados nos Estados Unidos. Além de condená-los pelo pool de patentes, a Suprema Corte entendeu que houve troca de informações entre as empresas concorrentes para manter o controle sobre o mercado, o que acresceu gravidade à prática.

Embora a *National Lead* tenha sido condenada, a desconstituição de ativos foi rechaçada, pois a partir das investigações e provas apresentadas, a corte entendeu que o mercado tinha potencial competitivo, o qual apenas se tornou inoperante em função do conluio entre as empresas. Assim, a corte não se convenceu de que haveria mais concorrência após a desconstituição de ativos e não viu como seu papel, nem punir, nem aumentar a competição, apenas eliminar seus entraves.³⁷ Para viabilizar essa re-

le-se: "To require divestiture of theaters unlawfully acquired is not to add to the penalties that Congress has provided in the antitrust laws. Like restitution, it merely deprives a defendant of the gains from his wrongful conduct. It is an equitable remedy designed in the public interest to undo what could have been prevented had the defendants not outdistanced the government in their unlawful project. (...) Divestiture or dissolution must take account of the present and future conditions in the particular industry as well as past violations. It serves several functions: (1) It puts an end to the combination or conspiracy when that is itself the violation. (2) It deprives the antitrust defendants of the benefits of their conspiracy. (3) It is designed to break up or render impotent the monopoly power which violates the Act."

34. Nesse sentido de impedir que o agente se beneficie de sua torpeza, a medida se aproxima das punições civis, ao lado das sanções civis de natureza reparatória, reconstitutivas ou ressarcitórias (ver ASCENSAO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro, 1994. p. 57-58)
35. Sup. Court U.S. *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199), j. 04.06.1951.
36. Sup. Court U.S. *United States v. National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357, j. 23.06.1947.
37. "This being a civil, not a criminal, proceeding, the purpose of the decree is not punishment, but effective and fair enforcement. It is not for the courts to realign and redirect effective and

tomada da concorrência, houve o estabelecimento de remédio comportamental alternativo, consistente na obrigação de compartilhar todas as informações de produção e processo do pigmento de titânio no licenciamento. As partes questionaram esse remédio com base em precedente cuja prática anticompetitiva teria sido mais grave, em que o compartilhamento, cogitado, foi recusado. A análise da Suprema Corte sobre a alegação é bastante elucidativa, ao *considerar a gravidade da prática absolutamente irrelevante para o delineamento da intervenção*,³⁸ cujo objetivo não seria punir, mas criar condições para que a restauração da competição fosse efetiva.

No caso *Timken*, em que houve conluio internacional para divisão do mercado de rolamentos, a Suprema Corte, por maioria, reviu a decisão da *District Court* que ordenara a desconstituição, por entender que seria desnecessária para restaurar a concorrência no mercado. Ausente o conluio, a competição seria naturalmente restaurada com auxílio de remédios comportamentais menos custosos. Reforçando a posição do caso *National Lead*, o juiz *Reed* defendeu que as cortes devem ordenar a desconstituição para encerrar a prática e *restaurar a competição* e não para punir os violadores.³⁹ Assim, se há algum objeto de reconstituição ou restauração, esse não é a condição do concorrente lesado, nem a condição do infrator antes do abuso, nem a condição do mercado antes da infração, mas o *processo competitivo*.

Tanto o *National Lead* quanto *Timken* foram criticados pelos *scholars* da época, como *Walter Adams*, que considerou ter o juiz *Reed* cometido um erro, por desviar-se do precedente *Paramount*, em que o desinvestimento foi justificado pelo fundamento independente de retirar o benefício que o infrator teria obtido com a prática.⁴⁰ Também o teste de necessidade que deu preferência ao remédio com-

lawful competition where it already exists and needs only to be released from restraints that violate the antitrust laws". *National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357.

38. "The fact that the violations of the Antitrust Act may have been more reprehensible in that case than here is not persuasive because this provision is not and should not be punitive. The justification for the compulsory imparting of methods and processes rests upon its appropriateness and upon the necessity for it in providing an effective decree". *National Lead Co. et al.*, 332 U.S. 319 (67 S. Ct. 1637), p. 357.
39. There are no specific statutory provisions authorizing courts to employ the harsh remedy of divestiture in civil proceedings to restrain violations of the Sherman Act. Fines and imprisonment may follow criminal convictions, 15 U.S.C. 1, 15 U.S.C.A. § 1, and divestiture of property has been used in decrees, not as punishment, but to assure effective enforcement of the laws against restraint of trade. Since divestiture is a remedy to restore competition and not to punish those who restrain trade, it is not to be used indiscriminately, without regard to the type of violation or whether other effective methods, less harsh, are available" *Sup. Court*, 341 U.S. 593 (71 S.Ct. 971, 95 L. Ed. 1199).
40. Ver: *ADAMS, Walter. Dissolution, Divorcement, Divestiture: the Pyrrhic Victories of Antitrust. Indiana Law Journal*, vol. 27. Issue 1, Article 1 (1951), p. 1. Disponível em: [www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2313&context=ilj].

portamental foi visto como equivocado em relação ao caso *Crescent Amusement*, em que a Suprema Corte teria rechaçado a alegação de *hardship*, i.e. dificuldade e custos de implantação da medida. Na verdade, em vez de erro, a posição liderada por Reed representou modificação da regra jurisprudencial, que evoluiu para finalmente depurar a *divestiture* de qualquer aspecto punitivo. Nos casos subsequentes, a ideia de quebra do poder de mercado, interpretada como retirada dos *incentivos* para a conduta, passou a prevalecer⁴¹ ao lado do objetivo de restauração do processo competitivo, tendo como corolário a sua subsidiariedade em relação a medidas comportamentais, ou a preferência pelas soluções menos onerosas.⁴² Essa regra tornou ainda mais raras as intervenções, que, na verdade, resumiram-se ao caso AT&T na década de 80 e voltaram à cena com a proposta da District Court de Columbia contra a Microsoft, na década passada, que foi rejeitada pela Suprema Corte.

No caso AT&T,⁴³ a acusação do governo apontou uma série de práticas discriminatórias por parte da empresa ao longo de três décadas. A Suprema Corte concluiu que essas práticas eram possíveis e recorrentes, em função do controle da AT&T sobre as (*Bell companies*), que controlavam a infraestrutura de rede local, de modo que tinham o incentivo e o poder para prejudicar seus concorrentes nos mercados verticalmente relacionados de chamadas de longa distância e também de produção de equipamentos para telefonia. Como se tratava de infraestrutura não duplicável, a corte descartou medidas comportamentais alternativas, determinando a alienação das *Bell companies* com separação total da AT&T e proibição dessas operarem o serviço de longa distância. A aplicação seguiu a cartilha de Reed em justificar a

-
41. Obviamente, tratando-se de sistema normativo de fonte jurisprudencial, não há uma delimitação precisa nas regras e a citação de precedentes ou mesmo de critérios de aplicação pode voltar a figuras passadas e muitas vezes repetem o trio já enunciado no *Standad Oil* ("impedir que *ato seja repetido, efetivamente encerrá-lo e neutralizar seus efeitos sobre o mercado*") que, reinterpretado, não deixa de estar correto para descrever o direito vigente nos E.U.A. O importante é que a leitura desse enunciado passa a dar ênfase à prevenção na evolução jurisprudencial, o que se percebe bem com a rejeição a tentativas de aplicação com intuito punitivo. Assim, mesmo que em decisão posterior se fale em "quebra do monopólio" ou "impedir que o infrator se beneficie com a prática", em referência a decisões passadas, a ênfase é sempre em impedir efeitos que continuem a suprimir a concorrência (esse seria o efeito benéfico ao infrator a ser combatido) que sejam decorrentes da estrutura do mercado onde se insere o agente (aqui o novo sentido da quebra do monopólio).
 42. Representativo dessa linha foi o caso *United Shoe Machinery* (*United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, j. 18.02.1953), em que apesar da constatação de monopolização ilícita do mercado de máquinas para fabricação de sapatos, a desconstituição proposta pela corte distrital, por ser considerada excessivamente custosa, foi substituída por medidas comportamentais, como a suspensão e cancelamento de contratos de aluguel de máquinas com produtores de sapatos.
 43. Sup. Court U.S. *United States v. American Telephone and Telegraph Company*, 552 F. Supp. 131, p. 165-6, (1982).

intervenção somente como forma de restaurar a competição e eliminar incentivos estruturais que trouxessem risco considerável de reiteração da prática.⁴⁴

A mais recente ordem de desconstituição de ativos nos Estados Unidos foi tomada pela District Court do Distrito de Columbia, no caso *Microsoft*, o qual consolidou duas ações civis referentes a práticas anticoncorrenciais adotadas pela *Microsoft* para manter o monopólio no mercado de sistemas operacionais e utilizá-lo para dominar o mercado de aplicativos (venda casada tecnológica de seu navegador *Internet Explorer* com o sistema operacional *Windows*). A corte distrital determinou a divisão da *Microsoft* em duas, uma para sistemas operacionais e outra para aplicativos, além de submetê-la a uma série de obrigações, como o licenciamento não discriminatório do *Windows*, a prestação de informações técnicas acerca da interoperabilidade dos sistemas, e vedação a vendas casadas e a contratos de exclusividade. Em recurso, a Corte de Apelação confirmou a ocorrência de infração de venda casada (com alguma divergência sobre condições de entrada no mercado de softwares ou sistemas operacionais, que descartou a acusação de monopolização). Já o desinvestimento foi considerado desnecessário e a matéria foi devolvida para reapreciação da corte distrital. Em novembro de 2001, no entanto, a *Microsoft* entrou em acordo com o DOJ, envolvendo apenas obrigações comportamentais, como o compartilhamento das interfaces de programação da *Microsoft* com terceiros e a nomeação de um painel de técnicos que teriam acesso total ao sistema e aos códigos da *Microsoft*. A fundamentação do acordo aponta que o remédio antitruste deve pôr fim à conduta ofensiva, prevenir sua recorrência e restaurar a competição. A recorrência não necessariamente se limita à infração específica, mas pode dizer respeito a práticas similares. A restauração do processo competitivo concentra-se no mercado e não em ganhos específicos do agente, podendo incluir ações positivas que favoreçam rivais até que o processo competitivo seja retomado.⁴⁵

Assim, na evolução do direito concorrencial norte-americano, parte-se de iniciativa do governo em desmantelar conglomerados com poder de monopólio, onde a desconstituição aparece como forma de repressão aos *trusts*, com acento no as-

44. *To the extent, then, that the proposed decree proceeds on the assumption that the structural reorganization will make it impossible, or at least unprofitable, for AT&T to engage in anticompetitive practices, it is fully consistent with the public interest in the enforcement of the antitrust laws. The soundness of this remedy becomes even more apparent when it is compared with other relief alternatives. It would be difficult to formulate an order that would effectively deal with all of the different kinds of anticompetitive behavior that are claimed to have occurred over a considerable period of time, in various geographical areas, and with respect to many different subjects. There is evidence which suggests that AT & T's pattern during the last thirty years has been to shift from one anticompetitive activity to another, as various alternatives were foreclosed through the action of regulators or the courts or as a result of technological development.* American Telephone and Telegraph Company, 552 F. Supp. 131, p. 165-6 (1982).

45. Ver JAMES, Charles A. "The Real Microsoft Case and settlement", *Antitrust*, 2001.

pecto punitivo. Como as intervenções ocorreram em processos civis, a evolução jurisprudencial buscou fundamento na figura civilista de “reconstituição natural”, que na verdade continha resquício punitivo, no sentido de eliminar benefícios auferidos com a prática. Por fim, o aspecto punitivo é completamente depurado e a medida assume aspecto remediador, no sentido de retirar os incentivos decorrentes da estrutura de mercado que levam à infração e restaurar o processo competitivo. Esse passa a ser o sentido da tríade do caso *Standard Oil*: encerrar efetivamente a prática, impedir que seja repetida e neutralizar seus efeitos sobre o mercado. Como o objetivo é *remediar o mercado* e não punir o agente,⁴⁶ a medida somente pode ser adotada quando esgotadas alternativas comportamentais ou opções menos custosas. Admite-se que a medida atribua vantagens competitivas aos rivais, desde que necessário e até que a competição seja restaurada.

2.2 Comunidade Europeia

A possibilidade de intervenção estrutural em condenações por abuso de posição dominante⁴⁷ vem prevista no art. 7 (1) do Regulamento (CE) n. 1/2003 cuja redação reflete já um estágio amadurecido do tema na experiência internacional, alimentada pela experiência norte-americana e pela discussão, em casos que versaram sobre remédios comportamentais, do dispositivo anterior sobre o tema, o art. 3 do Regulamento 17/1962, que, embora previsse poderes para fazer cessar a infração, não falava explicitamente da intervenção estrutural.

O Regulamento 1/2003 separa, no art. 5, a imposição de multas, especificadas no art. 23, da exigência de encerramento da conduta, prevista no art. 7, que é visto pela doutrina como a sede da aplicação de “remédios”, destacando-se que “remedies are not ‘sanctions’ against undertakings in the sense of a penalty or punishment, nor do they generally compensate harmed parties”.⁴⁸ Portanto, os intuitos punitivo

46. Ver SULLIVAN (2001-2).

47. No Tratado de Roma ou Tratado da Comunidade Econômica Europeia, a matéria de direito concorrencial foi tratada nos arts. 85 e 86, os quais versavam, respectivamente, acerca dos acordos anticompetitivos entre concorrentes e do abuso de posição dominante. Em 1993, o Tratado de Maastricht, ao criar a União Europeia e renomear a Comunidade Econômica Europeia – a qual passou a ser designada Comunidade Europeia, reenumerou os referidos dispositivos para arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia. Em 2009, com a entrada em vigência do Tratado de Lisboa, ocorre nova mudança de numeração, de modo que, atualmente, estão vigentes os arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Regulamento CE 1/2003, embora se refira expressamente aos arts. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia, continua vigente, sendo o seu conteúdo aplicável aos arts. 101 e 102 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia.

48. HELLSTROM, P., MAIER-RIGAUD, F. e BULST F. W. Remedies in European Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*. n. 1. p. 44, 2009; ver também LOWE, P.; MAIER-RIGAUD, F. *Quo Vadis Antitrust remedies*. Fordham Competition Law Institute, 597 (Barry E. Hawk, ed. 2008).

e compensatório a terceiros, e mesmo a ideia de restauração da condição do agente ou de concorrentes prejudicados, ficam afastados. Ainda que se reconheça ser o remédio oneroso ao infrator e, nesse sentido, tenha um efeito dissuasório, tal efeito deve ser “colateral” e de forma alguma pode justificar a aplicação da medida.⁴⁹

Sobre a exigência de encerramento da conduta, o art. 7 do Regulamento 1/2003 prevê a possibilidade de adoção de medidas estruturais ou comportamentais, desde que sejam *proporcionais*⁵⁰ à infração cometida e *necessárias* para pôr fim à prática. As medidas comportamentais são expressamente preferidas, de modo que a medida estrutural somente pode ser imposta quando não houver alternativa comportamental, com indicação de que se deve evitar intervenção excessivamente onerosa sobre a empresa (art. 7(1)). Por outro lado, tendo em vista que a intervenção estrutural afeta o direito de propriedade, a medida, a princípio, somente pode ser aplicada quando a legislação nacional do Estado Membro a permitir e não esbarrar em limites constitucionais.⁵¹ O procedimento de análise e aplicação do remédio abre espaço para garantir que sua onerosidade seja a menor possível, na medida em que é divulgado às partes um relatório preliminar, que detalha e justifica as preocupações concorrenciais que demandam intervenções para restaurar a competição, a partir do qual as empresas podem contraditar ou propor os remédios a serem aplicados (art. 9(1)). A prática da Comissão Europeia tem dado preferência às medidas comportamentais na atuação preventiva, tendo feito uso da medida estrutural em apenas três casos até hoje, a saber, E.ON,⁵² RWE⁵³ e ENI.⁵⁴

No caso E.ON, em investigação, a Comissão Europeia constatou redução da capacidade de oferta de energia elétrica com o intuito de elevação de preços e restrições verticais por parte da E.ON. Considerou que havia dominação coletiva pelas ofertantes E.ON, RWE e Vattenfall, em função, dentre outros fatores, da interli-

49. HELLSROM et. al. Op. cit. p. 50.

50. A exigência de proporcionalidade é interpretada como decorrente do art. 3 (6) do Tratado da União Europeia, o qual estabelece que a União Europeia deve perseguir os seus objetivos por meios adequados.

51. Há uma discussão sobre casos limite em que, embora não haja previsão na legislação nacional, a prática e a estrutura traga riscos sérios de efeitos negativos entre Estados Membros, hipótese na qual seria admissível a intervenção. Ver OCDE, *Competition Law & Policy. Report on experiences with structural separation*, 2012.

52. Comissão Europeia. Casos COMP/39.388 – German Electricity Wholesale Market e COMP/39.389 – German Electricity Balancing Market, j. 26.09.2008. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39388/39388_2796_3.pdf].

53. Comissão Europeia. Caso COMP/39.402 – RWE Gas Foreclosure, j. 18.03.2009. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39402/39402_576_1.pdf].

54. Comissão Europeia. Caso COMP/39.315 – ENI, julgado em XX, Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf].

gação por redes de contratos entre as empresas induzida pela própria regulação do sistema de fornecimento, mas concentrou suas atenções na E.ON detentora da maior capacidade e número de plantas geradoras, além de ter estrutura verticalizada com sistema de transmissão. As práticas da E.ON incluíam, além da redução da oferta, medidas de blindagem à entrada como contratos de exclusividade ou de fornecimento de longo prazo e oferta a novos entrantes de participação em suas usinas. No mercado de balanceamento⁵⁵ a empresa E.ON Netz, monopsonista na transmissão de energia elétrica, adquiria reservas apenas de empresas do grupo E.ON, sem procurar alternativas mais competitivas, repassando esse incremento de custos ao consumidor final. Diante dos resultados preliminares das investigações, a E.ON fez proposta de desinvestimento de um portfólio de usinas e de sua rede de transmissão de voltagem extra-alta, o que foi aceito pela Comissão.

O caso RWE, envolveu empresa dominante nos mercados de transmissão e fornecimento do gás e detentora da rede de transporte, acusada de restringir o acesso de concorrentes a essa infraestrutura essencial. Além disso, houve acusação de recusa de fornecimento de transmissão de gás a outras empresas, no intuito de diminuir as margens dos competidores da RWE nos mercados *downstream* (*margin squeeze*). Diante das investigações e do posicionamento da Comissão Europeia, a RWE comprometeu-se voluntariamente a vender toda a sua rede de transmissão de gás de alta pressão no Oeste da Alemanha, incluindo o pessoal, os serviços e bens a ela correlatos.⁵⁶ O caráter preventivo e subsidiário da medida de desconstituição, sempre em atenção à solução menos onerosa para a infratora, foi bem destacado nessa decisão, incluindo a importância da solução partir da própria acusada.

No caso ENI, a Comissão Europeia deparou-se novamente com estrutura verticalmente integrada no setor de gás, desta vez envolvendo o transporte e a distribuição de gás na Itália, onde atua a empresa acusada. A Comissão Europeia considerou que a empresa detinha posição dominante tanto no transporte quanto na

55. No mercado atacadista de energia elétrica (“wholesale electricity market”), no qual a eletricidade é comprada para posterior revenda, enquanto a “energia de balanceamento” (“balancing power”) diz respeito a reservas secundárias utilizadas de forma complementar e para manutenção da tensão (voltagem) apropriada da rede.

56. “According to settled case law, the principle of proportionality requires that the measures adopted by Community institutions must be suitable and not exceed what is appropriate and necessary for attaining the objective pursued. Where there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous one, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued. For the assessment of the proportionality of Commitments submitted within the framework of Article 9 of Regulation 1/2003, the Commission takes into account that the Commitments are not imposed by the Commission for an established infringement under Article 7 (1) of Regulation 1/2003, but voluntarily proposed by the undertaking seeking to bring the procedure to an end without a formal decision on the existence of an infringement”.

distribuição, tendo encontrado indícios de que a ENI teria praticado abusivamente a recusa de fornecer, a concorrentes, acesso a sua capacidade de transporte (*capacity hoarding*), ou oferta de acesso sob condições inviáveis ou desinteressantes (*capacity degradation*), além da limitação estratégica de investimentos em seus dutos de transporte internacional de modo a limitar importações. A ENI apresentou uma proposta de desinvestimento de suas participações acionárias nas companhias relacionadas ao transporte internacional de gás, remédio que a Comissão Europeia considerou apto a solucionar o problema apontado. A Comissão Europeia entendeu que a medida estrutural era adequada, pois, em sua ausência, “os incentivos para que uma empresa verticalmente integrada do setor de gás continuasse a adotar condutas anticompetitivas não seriam removidos, resultando no risco de não por termo, de modo efetivo, à alegada infração”.⁵⁷ Isso deixa claro que a “efetividade” do art. 7(1) para por fim à infração é interpretada como eliminação, preventiva, dos incentivos estruturais para a infração.

Nota-se que todos os casos tinham por objeto mercados regulados, que passaram, recentemente, por privatizações, nos quais a estrutura verticalizada e o controle de infraestrutura essencial foram vistos como impeditivos de novas entradas e fatores determinantes de práticas anticompetitivas. Daí a intervenção para eliminar incentivos estruturais à infração nesses mercados ligados a serviços públicos, o que mostra a opção da Comissão Europeia pelo uso preventivo da medida.

2.3 Reino Unido

A legislação inglesa é *sui generis* por atribuir à autoridade de concorrência papel regulador da competição, com o uso da desconcentração independentemente da constatação de infração, o que aproxima a medida de uma ferramenta de planejamento econômico. A previsão de desconstituição de ativos fica reservada a um procedimento à parte, distinto da investigação de condutas (onde o objeto é o agente) ou da análise de atos de concentração (onde o objeto é o ato de concentração entre agentes), sendo antes voltado para o diagnóstico do mercado (o objeto é o próprio mercado).

O Enterprise Act, de 2002,⁵⁸ em seu capítulo 4, prevê as chamadas investigações de mercado (*market investigations*) conduzidas pela *Competition Commission* (CC) que podem resultar de estudos de mercado iniciadas pela *Office of Fair Trading* (OFT),⁵⁹ quando há suspeitas de que determinada combinação de características

57. Comissão Europeia. Caso COMP/39.315 – ENI, p. 22.

58. *The Enterprise Act* (EA). Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2002].

59. Esse é o mecanismo mais comum, mas as investigações podem ser provocadas também por representações de agencias reguladoras setoriais e pelo Secretário de Estado (EA, parte 4)

do mercado possa impedir, restringir ou distorcer a competição. Confirmada essa condição, a CC tem poderes para, no intuito de fomentar a competição, definir remédios de gama variada, que vão desde recomendações a órgãos governamentais e agências reguladoras, passando pela imposição de medidas comportamentais aos agentes do mercado e, em última instância, a determinação de cisão e alienação de ativos. O teste para admissão desse tipo de investigação que pode levar à desconstituição de ativos volta-se para *características do mercado*, que podem combinar aspectos estruturais e comportamentais (tomados em sentido amplo de práticas mercadológicas e usos e costumes do comércio, envolvendo não só os agentes como também os consumidores), sendo impróprio para situações em que a OFT suspeita de infração a concorrência,⁶⁰ hipótese em que o tema se enquadra no Competition Act, de 1998.⁶¹

O mesmo vale em relação a acordos ou condutas abusivas com efeitos entre Estados— membro da Comunidade Europeia (CE), aplicando-se os arts. 81 e 82 do Tratado da CE (Regulação 17/62/EEC, revisada pela Regulação 1/2003). Nota-se, porém, que, para conluio entre concorrentes (sujeitos ao art. 81) a OFT dificilmente prossegue com a representação à CC, ao passo que para condutas abusivas unilaterais (art. 82) a CC pode seguir na investigação de mercado e estabelecer remédios que serão levados em conta pela OFT na investigação da conduta, nos termos do art. 81.

Embora o tema envolva nuances, em geral, as investigações de mercado abrangem a constatação de comportamentos que têm mais o sentido de omissão de atos competitivos (daí o art. 131(3) do *Enterprise Act* falar em “*failure to act*”), decorrentes de incentivos viciados da estrutura do mercado, ao passo que investigações de condutas voltam-se para atos comissivos, unilaterais ou coordenados, que tenham por efeito atual ou potencial a redução ou distorção na concorrência. Em outras palavras, na investigação de mercado é o mau funcionamento do mercado que causa e se confirma pela ausência de atos competitivos (objeto de remédios); já na investigação de condutas é a ação anticompetitiva que causa o mau funcionamento do mercado (objeto de punição dissuasória). Para compreender essa separação, vale examinar os dois únicos casos em que houve imposição pela CC de remédio estrutural, um no mercado de serviços aeroportuários e outro na cadeia produtiva envolvendo os mercados de escória, cimento e concreto.

60. Office of Fair Trading: Guidance on Market Investigation References, item. 2.2 e ss. Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/of1511.pdf].

É possível, porém, que casos de isenção em bloco pelas regras comunitárias sejam objeto de investigação de mercado pela CC.

61. Ver WILSH, Richard. *Competition Law*. 6. ed. Oxford. p. 454 e ss.

Na investigação de serviços aeroportuários as atenções se voltaram para a estrutura monopolística encontrada no sudeste da Inglaterra, em que a BAA Limited controlava 4 aeroportos, representando 90% dos passageiros (Heathrow, Gatwick e Stansted – na região de Londres e também Southampton) e na Escócia, onde controlava 3 aeroportos, representando 84% dos passageiros (Edinburgo, Glasgow e Aberdeen). Após exame criterioso de mercado, a CC concluiu que os aeroportos controlados pela BAA eram os substitutos de demanda mais próximos uns dos outros no Sudeste de Londres e na Escócia. Porém, a competição e substituição por passageiros e cias aéreas era muito baixa, os preços e margens eram elevadas, e níveis de investimento em expansão muito aquém do *benchmark* representado por outros aeroportos. Embora não tivesse sido identificada uma conduta particular abusiva de elevação de preços, foi detectado comportamento omissivo continuado de cada aeroporto em não buscar atrair passageiros ou cias aéreas de seus “concorrentes” mais próximos. Daí a conclusão pela alienação dos aeroportos de Gatwick e Stansted, na Inglaterra e alienação do aeroporto de Glasgow ou Edinburgo pela BAA, além de obrigações comportamentais para o aeroporto de Aberdeen e recomendações a órgãos reguladores setoriais para acompanhar preços, elevar o investimento e qualidade do serviço naqueles aeroportos.

A investigação no mercado de cimentos, por sua vez, envolveu a análise de estrutura de mercado oligopolizada no fornecimento de cimento, abrangendo também o fornecimento de escória (*upstream*) e de concreto (*downstream*). O mercado inglês de cimento era dominado por quatro empresas – Lafarge-Tarmac, Agregate Industries, Hanson e Cemex – que, juntas, representavam cerca de 90% das vendas. O fator tomado como desencadeador do comportamento paralelo foi a retração de cerca de 40% na demanda nos 10 anos anteriores à investigação. A interdependência mútua entre os agentes, já normalmente acentuada em mercados oligopolizados, tornou-se aguda, uma vez que ações competitivas de uns poderiam ter forte impacto nos outros, em um cenário no qual as empresas operavam próximo ao limite aceitável de ociosidade para manter o negócio viável. Em outras palavras, a competição poderia levar a ganhos relativamente pequenos de receita frente ao risco iminente de quebra com a perda de clientes. Nesse ambiente, o indicio de mau funcionamento a chamar a atenção das autoridades, que não se coadunava com o cenário de retração da demanda, foi a estabilidade dos preços, margens e participações de mercado e a manutenção da capacidade de produção.⁶² A OFT examinou fatores estruturais e comportamentais adicionais que tornavam a colusão tácita altamente provável.

O primeiro conjunto de fatores relacionava-se ao aprofundamento da interdependência: (i) havia diversas participações societárias cruzadas entre as empresas,

62. Embora tenha ocorrido fechamento de algumas plantas, a redução de capacidade foi considerada desproporcionalmente inferior à retração da demanda.

o que reduzia o ímpeto competitivo além de facilitar a troca de informações; (ii) a Lafarge-Tarmac, que liderava a evolução dos preços, possuía contrato de exclusividade com todos os fornecedores de escória, revendendo-a aos demais *players* na forma bruta ou processada e granulada, que, assim, colocavam-se em condição de dependência; (iii) por outro lado, havia elevado nível de vendas cruzadas, uma vez que a verticalização com o mercado de concreto havia saltado de 14% para 62%, sendo que a Lafarge-Tarmac era, em escala significativa, a empresa com menor volume de vendas internas ao grupo e, nesse sentido, a mais dependente dos outros *players*. O segundo conjunto relacionava-se ao risco de detecção e retaliação de ações competitivas: (i) a presença de vendas cruzadas de cimento para concreteiras dos demais *players* permitia a imediata identificação de qualquer redução de preços; (ii) o elevado nível de ociosidade poderia ser usado para contra-atacar tentativas de capturar clientes do rival; (iii) havia o hábito disseminado de anunciar antecipadamente a elevação de preços, normalmente acompanhada pelas demais; (iv) foi identificada, nesse aspecto, uma política de toma-lá-dá-cá (*tit-for-tat*) em que a captura pela empresa A de um cliente de empresa B normalmente era seguida de redução da quantidade de cimento adquirida da empresa A pela concreteira de B (sinalização de uma para a outra de que a competição não compensa); (v) a participação em entidades associativas poderia facilitar trocas de informações; (vi) os consumidores mantinham grau significativo de fidelidade ao fornecedor.

Esses efeitos de estabilização interna do status não competitivo foram confirmados pela estabilidade de preços e participações de mercado, além de existir evidência documental, como metas de bônus aos executivos pela manutenção do *share*, em vez de seu aumento, e uma maior preocupação com riscos de entrada e importações do que com a conquista de novos clientes. Por fim, foram identificados elementos de *estabilidade externa*, como a baixa probabilidade de novas entradas em mercado estagnado e iniciativas dos agentes para bloquear importações.

Esse conjunto de fatores e evidências levou a CC a propor 10 medidas remediadoras. No procedimento adotado,⁶³ a CC publica previamente o diagnóstico e os remédios pretendidos abrindo-os para o contraditório com os afetados. Os remédios são adotados apenas se a CC demonstrar sua eficácia para solucionar o diagnóstico negativo do funcionamento de mercado e a ausência de medidas comportamentais equivalentes. Ao final, foram adotadas apenas três medidas: (i) desinvestimento de uma planta de cimento pela Lafarge (após contestação pela Lafarge admitiu-se a escolha de uma dentre duas plantas sugeridas), com a opção de aquisição de concreteiras; (ii) proibição da prática de anúncio antecipado de aumentos; (iii) proi-

63. Competition Commission Guidelines for Market Investigations: their role, procedures, assessment and remedies. Disponível em: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf].

bição às entidades de classe da publicação de dados de venda antes de três meses. Foi afastada uma série de outras medidas após a contestação das empresas afetadas, tais como a venda de plantas de concreto por três líderes (que ficou limitada à líder Lafarge), a criação de um grupo estatal de compra de cimento (o que dá uma noção do intuito planejador das *market investigations*), a venda de estações de moagem, a criação de barreiras de informação entre concreteiras e cimenteiras, o controle de vendas cruzadas e remédios para abertura do mercado de escória.

O modelo britânico, ao intervir na propriedade privada para fomentar a competição, é *sui generis* dentro do espectro internacional.⁶⁴ Além de enfrentar zonas de penumbra para aplicação, como é o caso da linha tênue entre paralelismo ou colusão tácita (onde o comportamento converge mas é independente) e dominância coletiva⁶⁵ (onde há coordenação para manter o domínio do grupo),⁶⁶ o remédio estrutural, nessa construção, confunde-se com reforma e planejamento do mercado.

64. Ver. OECD. *Competition Comm. Report on Experiences with Structural Separation*, 2012 e *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

65. A primeira aparição do termo "collective dominance" costuma ser associada ao caso *Alsatel* (Case 247/86 – *Alsatel v Novasam* [1988] ECR 5987) julgado pelo Tribunal de Justiça Europeu (TJE) em 1988, embora sua definição tenha sido efetivada somente anos mais tarde, na decisão do caso *Italian Flat Glass* (1992) – quando o Tribunal de Primeira Instância Europeu (TPIE) então avaliou a possibilidade de uma ligação não explícita, mas costurada por acordos ou licenças de tecnologia, que aliada a fatos econômicos de interdependência, conferem uma posição de supremacia em relação a concorrentes e consumidores (Joint Cases T-68, 77, 78/89 – *Societa Italiana Vetro SpA and other vs. the Commission* [1992] ECR II 1403, §358). Nesse caso, o TPIE reconheceu a possibilidade de um oligopólio ilegal (ver Patrick Ryan, *European Competition Law, Joint Dominance, and the wireless oligopoly problem*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, p. 360), em evolução à posição conservadora derivada do caso *Hoffmann-La Roche v. Commission*, julgado pelo TJE (ver Richard Whish, *Competition Law*, p. 558). Os julgados seguintes refinariam esse conceito de ligação, dentre os quais se destaca o caso *Campagnie Maritime Belge*, que estabeleceu ser dispensável para a identificação de posição dominante coletiva a existência de um acordo ou de outro contexto de ligação estritamente jurídica (Case C-365 & 396/96P – *Compagnie Maritime Belge Transports SA v Commission*, Case C-365 & 396/96P [2000] ECR I-1365, §45). Segundo a decisão, a identificação poderia fiar-se em diferentes fatores de conexão, inclusive econômicos, e dependeria de avaliações da estrutura do mercado em questão, para apurar se os agentes atuam, de fato, como entidade única *Laurent Piau v. Commission* Case T-193/02 [2005] ECR II-209, § 110. Esses fatores econômicos devem levar a (i) certo grau de transparência no mercado; (ii) existência de mecanismo de retaliação e (iii) ausência de reação de concorrentes atuais e potenciais, bem como de consumidores (Case T-342/99 – *Airtours plc v Commission* [2002] ECR II-2585, § 62).

66. O OFT Guidance for Market Investigations (item. 2.5) reconhece a dificuldade, principalmente porque a conceituação da dominação coletiva não é madura na jurisprudência, sendo normalmente inferida a partir da mesma evidência empírica da colusão tácita: o comportamento paralelo. Os próprios termos são usados, por alguns, como sinônimos,

3. NATUREZA JURÍDICA DA DESCONSTITUIÇÃO DE ATIVOS

Como visto, a “desconstituição de ativos”, ou “imposição de desinvestimento”, ou “desconcentração”, ou ainda “intervenção estrutural”, que são expressões equivalentes utilizadas para descrever a imposição de alienação de propriedade no julgamento de abusos de poder econômico pela autoridade de defesa da concorrência, tem sua natureza referida na jurisprudência internacional pela expressão metafórica de “remédio”. Em relatório da OCDE que analisa a prática internacional há clara distinção entre remédios e sanções, nos seguintes termos:

“Remedies cure, correct or prevent unlawful conduct, whereas sanctions penalize or punish it. Typically, a competition law remedy aims to stop the violator's illegal behavior, its anticompetitive effects, and its recurrence, as well as to restore competition. Sanctions are usually meant to deter unlawful conduct in the future, and in some jurisdictions, also to force violators to disgorge their illegal gains and compensate victims”.⁶⁷

A metáfora engloba, assim, o esforço de supressão da conduta ou de seus efeitos, de prevenção da reincidência, bem como a restauração do processo competitivo. Embora se apresente como dicotômica em relação à sanção (no sistema inglês sua aplicação independe da ocorrência de infração), o que se objetiva é depurá-la especificamente do aspecto *punitivo*. Por outro lado, vê-se o remédio como medida de restrição a direitos, muito embora seja, na grande maioria dos países, admitida apenas mediante infração.

Essa confusão de aspectos do poder administrativo sancionador com traços do poder de polícia não chega a surpreender, uma vez que esses ramos do direito administrativo têm sua origem imbricada, havendo ainda zonas cinzentas de intenso debate doutrinário. De fato, o direito administrativo sancionador ganhou autonomia apenas no século passado⁶⁸ pela observância doutrinária da ampliação do poder administrativo de autotutela (sanções disciplinares), a partir do movimento de descriminalização e circunscrição do direito penal à proteção de valores fundamentais, de um lado, e pela incorporação de medidas repressoras atinentes ao exercício do

havendo mais recentemente esforço de distinção, em particular a partir da discussão recente da jurisprudência da Comunidade Europeia e da experiência inglesa, como veremos mais adiante.

67. *Competition Comm. Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2007.

68. Há importantes exceções entre nós quanto ao tratamento autônomo das sanções, como por exemplo Hely Lopes Meirelles, que insere o poder de sancionar como uma das manifestações do poder de polícia (MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. 2010, item 7.7, p. 143): “o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo se não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente” .

poder de polícia, de outro. A preocupação dogmática⁶⁹ gira em torno da necessidade de incorporar mecanismos constitucionais de garantia para a aplicação de sanções, incluindo ali as medidas repressoras, retirando-as do espaço discricionário da administração.⁷⁰ O desafio está em conciliar as garantias individuais na aplicação da pena com a instrumentalidade na persecução do interesse público, própria do direito administrativo⁷¹ – desafio, aliás, que, como vimos, foi enfrentado de modo astuto, mas confuso, no direito norte-americano, ao combater *trusts* por meio de ações civis.

De forma bem ampla, toda fala sobre sanções versa sobre normas de segunda ordem, ou meta-normas, cujo objeto é assegurar a observância ou conter efeitos da inobservância de outras normas,⁷² i.e. as proibições de diferentes formas de infrações à ordem econômica. As consequências previstas nessas meta-regras podem ser negativas ou positivas (premiais) para o sujeito normativo. As premiais não são consideradas sanções pelos administrativistas.⁷³ Dentre as negativas, há aquelas medidas *preventivas* e as *sucessivas* em relação à inobservância da norma-objeto. As preventivas são medidas de *vigilância* e *controle*, visando a criar obstáculos, oportunidades de fiscalização do comportamento dos sujeitos normativos ou precluir a possibilidade de ocorrência da infração. Elas são instrumentalizadas por meio de restrições ao exercício de direitos ou liberdades, seja por condicionamentos a atividades, seja por impedimento ou cassação de liberdades, diante de ameaças de infração ou de lesão a bens individuais de terceiros ou interesses coletivos que são resguardadas pelas normas-objeto. A doutrina administrativista, em geral, insere essas atuações do poder público para conter o perigo de dano no âmbito do *poder de polícia* ou da administração ordenadora.⁷⁴

69. ZANOBINI, G. *Le Sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1924; NIETO GARCIA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994; SUAY RINCON, J. *Sanciones administrativas*. Bolonha: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989; DELLIS, G. *Droit Penal et Droit Administratif – L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, Paris: LGDJ, 1997; MEDINA OSORIO, F. *Dirito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; PRATES, M. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Almedina, 2005; BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

70. Boa parte da discussão entre os administrativistas concentra-se em discutir em que medida cada princípio do direito e do processo penal (anterioridade, irretroatividade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, etc.) seriam aplicáveis e quais princípios do direito administrativo penetrariam de modo a dar maior flexibilidade ao processo e seu direcionamento para a proteção do interesse público: ver em particular a análise de Nieto Garcia (1994).

71. Ver Prates (2005), p. 38-39.

72. Bobbio, N. *Sanzione*. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 16. p. 530-540. 1969.

73. Ver PRATES, M. *Sanção administrativa...*, cit.

74. Há entre alguns administrativistas desconforto em usar o termo poder de polícia ou medidas de polícia, dada sua associação à concepção de Estado liberal clássica, anacrônica em

Entre as *sucessivas* estão aquelas *punitivas*, consistentes em infligir um castigo ao infrator, com objetivo de reafirmar o valor do bem protegido (individual ou coletivo) e efeito psicológico dissuasório e as *reparadoras*, que buscam eliminar ou atenuar o mal produzido ao *ofendido* com a infração,⁷⁵ por meio de (i) *coação* para compelir o agente a fazer algo, como nas multas diárias por descumprimento ou nas intervenções; (ii) *recomposição*, seja da condição anterior à infração (no caso de violação a proibições, como na demolição de obra irregular), seja da condição resultante da observância (caso de descumprimento de obrigações),⁷⁶ ou, quando isso não for possível, (iii) por alguma *compensação* do prejuízo (e.g. *ressarcimento pecuniário do dano*), ou ainda, (iv) por sua *neutralização* (como no caso de nulidade de ato⁷⁷). Dentre essas formas *sucessivas*, chamadas de penas ou sanções *lato sensu*, a maior parte dos administrativistas, seguindo Zanobini,⁷⁸ prefere restringir “pena em sentido técnico” apenas às reações punitivas,⁷⁹ estreitando o laço com o direito penal; alguns restringem-nas ao âmbito mais amplo das reações repressivas,⁸⁰ o que incluiria também medidas para cessar a prática (como a interdição de estabelecimentos, a cassação de licenças ou suspensão temporária de atividade) e reparadoras (como a demolição de obra irregular),

relação ao Estado regulador. Assim, prefere-se falar em direito administrativo ordenador ou de restrições a direitos e liberdades. A preferência, como pondera Bandeira de Mello (2011, p. 829), é meramente terminológica e não afeta a substância dessa forma de atuação administrativa.

75. Bobbio (1969).

76. Nessas se inserem, por exemplo, as execuções específicas, que podem ser impostas por sub-rogação ou intervenção direta da autoridade para produzir o comportamento conforme.

77. A inclusão da nulidade como sanção é um ponto clássico e controverso do debate em teoria do direito sobre o caráter da ordem jurídica como ordem coercitiva. Ver Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke Verlag, 1960 – *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, Armênio Amado, Coimbra, 1984, item 1.6, e Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961, Caps. II e V; ver também a análise do debate feita por Rodríguez, J. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, Cap. 1. Ver também Oliveira Ascensão (2001, itens 27-40).

78. Zanobini (1924).

79. Zanobini (1924); Nieto García (1994); Suay Rincón (1989); Dellis (1997); Medina Osorio (2009); Prates (2005).

80. Para Bandeira de Mello, por exemplo, sanção é “qualquer providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa, cuja imposição é da alçada da própria administração”. p. 855, incluindo aí sanções pecuniárias, interdição de estabelecimentos, inabilitação para atividade, extinção de relação jurídica com o poder público, cassações de licenças e apreensão de bens, boa parte, classificada pelos seguidores de Zanobini, apenas como medidas de polícia.

desde que pressuponham uma relação de sujeição do administrado,⁸¹ algumas delas próprias do exercício de poder de polícia.⁸²

Uma das zonas cinzentas é dada por aquelas condutas já iniciadas que precisam ser obstadas, seja em sua continuidade, seja em seus efeitos, para que o dano ao bem coletivo ou individual não se produza ou seja sanado. A atuação da Administração é sucessiva à infração ou a ato que possa conduzir a uma infração, mas não tem caráter punitivo, apenas repressor (fazer cessar) e reparador (conter efeitos), de modo que combina o aspecto reativo das sanções ao aspecto de controle do poder de polícia para impedir o dano. Prates as trata como *medidas de polícia repressivas e reparadoras*.⁸³ Sundfeld prefere tratá-las como *ordens corretivas*, inseridas dentre as formas repressivas de condicionamento a direitos, ao lado de sanções e cautelares.⁸⁴ Bandeira de Mello as coloca no âmbito do poder sancionador *lato sensu*.⁸⁵ Como a desconstituição de ativos ou qualquer atuação do Cade voltada para controle estrutural está justamente nesse nó conceitual, a definição de sua natureza exige exame da evolução histórica da legislação brasileira em relação ao controle de concentrações, que é palco bastante ilustrativo dessa gênese imbricada do direito sancionador no poder de polícia e no direito penal.

A preocupação com estruturas monopolistas no país, inspirada pelo direito norte-americano, foi originalmente atendida por meio da previsão de *punição* a ações ou acordos que a dessem causa, como uma das manifestações de crimes contra a economia popular.⁸⁶ Portanto, o direito concorrencial, surge no âmbito do direito penal econômico. Em seguida, passa a ser objeto de atuação administrativa⁸⁷ na

81. Assim, ficam excluídas as relações horizontais, como relações contratuais, obrigacionais ou de responsabilidade civil, envolvendo patrimônio público, entre Administração e administrado, que se aproximam do âmbito do direito civil.

82. Hely Lopes, por exemplo, sequer as trata como disciplina autônoma do poder de polícia e fala em *poder de polícia sancionador* (op. cit., p. 143 e ss.).

83. Prates (2005, p. 196)

84. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77.

85. Bandeira de Mello (2011).

86. Como vinha tratada na Constituição de 1937, art. 141 de forma implícita (cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001. p. 189) e pelo Dec.-lei 869/1938 tipificada como "promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio" (art. 2.º, III).

87. Dec.-lei 7.666/1945, elaborado por Agamenon Magalhães, que foi revogado 4 meses depois, com a queda do Estado Novo, mas teve influência no conteúdo do art. 148 da Carta de 46 e na Lei de Defesa da Concorrência de 1962 (Lei 4.137/1962).

forma de “repressão ao abuso de poder econômico”, enunciado, pela primeira vez, na carta de 1946,⁸⁸ aliado ao trinômio de efeitos nocivos (*dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros*), que vai perdurar em todas as formulações constitucionais posteriores.

A atuação portanto foi prevista inicialmente como *medida repressiva* ou dotada de *sanção coativa* de intervenção nas empresas⁸⁹ para fazer cessar ações “contrárias aos interesses da economia nacional”, dentre elas, qualquer forma de concentração econômica,⁹⁰ que pudesse ter por efeito elevar preços, cercear a liberdade econômica de outras empresas ou criar monopólio. Na Lei 4.137/1962, a tônica passa a ser a *punição* pecuniária, onde ainda vem tipificada, dentre as formas de abuso, a ação de dominar mercados por meio de concentrações econômicas.⁹¹ De modo secundário, a intervenção na empresa para fazer cessar práticas abusivas continua presente (aris. 43-47), agora mediante requisição judicial, prevendo-se inclusive a possibilidade de desapropriação (art. 17, *p* – aqui o protótipo da desconstituição de ativos) e compromisso ostensivo do agente em não repetir a prática (*medida de prevenção*), além da introdução de procedimento de legitimação a posteriori de acordos que levem a concentração, inserido no âmbito civil de controle de validade (art. 74).

A separação entre concentrações econômicas e práticas abusivas, que começa a aparecer já em julgados do Cade na década de 70, afirmando que concentrações econômicas não são infrações, ou somente são infrações se resultantes de outras práticas abusivas,⁹² é introduzida por meio da MP 204/1990, convertida na Lei

-
88. O art. 148 da Constituição de 1946 enuncia que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.
 89. Pela sistemática adotada, a empresa seria notificada e se não interrompesse a prática espontaneamente, seria aplicada a intervenção administrativa em sua gestão.
 90. Dec.-lei 7.666/1945, art. 1.º, V: “a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I”.
 91. Preserva-se, portanto a linguagem e preocupação com os efeitos da concentração, como acentuado por Shieber; FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 94 e ss. Ainda, sobre a tramitação da Lei Antitruste de 1962, bem como a influência do direito norte-americano, ver SCHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 1-20 e FERRAZ JUNIOR, T. S. Lei de Defesa da Concorrência – origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrados em Direito da UFBA*. n. 2. jul. 1991-jun. 1992.
 92. “A lei antitruste não incrimina a formação de grupo econômico por agregação de empresas, per se, mas, tão só e unicamente, quando o grupo se tenha formado e se venha

8.158/1991, já sob a égide do Estado Regulador consagrado na Constituição Federal de 1988, por meio da circunscrição das diferentes formas de concentração à análise de validade, excluindo-as da tipificação de abuso de poder econômico. Essa alteração é colocada em paralelo à Lei 4.137/1962, dando competência ao Cade para corrigir “anomalias de comportamento” de agentes e de “setores econômicos”, pelas *medidas cabíveis* propostas pela antiga SNDE.⁹³ Como o controle de concentrações era *a posteriori*, as medidas cabíveis, tanto em relação a concentrações quanto a infrações,⁹⁴ diziam respeito a *efeitos produzidos* pelas anomalias de comportamento. Desse modo, o controle de estruturas, originalmente, não era preventivo, mas corretivo, com atribuição de competência ao Cade para desconcentração, com a diferença que os atos de concentração deixavam de ser infrações.

Essa combinação de diplomas, o punitivo (4.137/1962) e o corretivo (8.158/1991), vai ser então amalgamada e sistematizada na Lei 8.884/1994, que já define seu objeto como a “prevenção e a repressão a infrações à ordem econômica” (art. 1.º), com capítulos separados para os atos de concentração e para a punição a infrações à ordem econômica, o que se mantém na lei atual (Lei 12.529/2011). Apesar de falar em prevenção, a Lei 8.884/1994 continuou a empregar a medida administrativa corretiva para controlar atos de concentração (art. 54, § 9.º), em mecanismo *a posteriori* de suspensão de eficácia.⁹⁵ A aprovação retroagia à data de

mantendo por meio de quaisquer das práticas abusivas taxativamente enumeradas” (voto no *Processo Administrativo* n. 6 de 09.06.1971, apud, Ferraz Junior (91-92) que nota ter essa reinterpretação inspirada na *rule of reason* do direito norte-americano convergido com o interesse do governo em fortalecimento da indústria nacional, inclusive por meio das concentrações, em um período de economia planificada no qual a defesa da concorrência ficava fragilizada).

93. Art. 1.º “Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis para corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”.
94. Art. 15 da Lei 8.158/1991: “Por infração a esta lei ou à Lei 4.137, de 10.09.1962, o Cade poderá recomendar a desapropriação de empresas, de suas ações ou quotas, as quais deverão ser, no mais breve tempo possível, objeto de alienação mediante licitação ou em bolsas de valores”.
95. “Art. 54, § 9.º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de disrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

realização da operação (art. 54, § 7.º), de modo que a eficácia era restaurada desde então. Mas, em caso de reprovação, o Cade tinha poderes para desconstituir os efeitos produzidos perante terceiros, inclusive por cisão de sociedade, venda de ativos e cessação parcial de atividade, ou “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”, que é exatamente o mesmo texto da desconstituição de ativos presente no art. 24, V, que trata da desconcentração em infrações à ordem econômica.⁹⁶

Aliás, essa foi a via mais utilizada de intervenção pelo Cade no controle de atos de concentração, por meio das chamadas “aprovações com restrições”, com a desconstituição parcial, que poderia dirigir-se tanto a ativos adquiridos como a ativos previamente detidos pela adquirente. Ou seja, a desconstituição é apenas daqueles efeitos suficientemente graves para afetar negativamente ou colocar travas sobre o processo competitivo, impedindo a livre concorrência. Se, de um lado, o ato de concentração naturalmente tem efeito direto sobre a estrutura do mercado, de outro, as infrações podem eventualmente ocasionar esses efeitos se levarem à exclusão ou limitação de acesso de concorrentes, de modo que, em ambos os casos, a desconcentração não é punição, mas medida administrativa de correção de efeitos. O fato do enunciado do art. 24, *caput*, incluí-la dentre as “penas” (não pecuniárias), explica-se pelo seu caráter sucessivo às infrações do art. 20, *c/c* art. 21, com a preferência do legislador em classificá-la como espécie de sanção *lato sensu*.

A medida deixa de estar presente no controle de atos de concentração na atual Lei 12.529/2011, já que a aprovação pelo Cade passa a ser condição de validade dos contratos que a instrumentalizam (art. 88, §§ 2.º, 3.º e 4.º) e não há efeito a reparar com eventual reprovação. Com isso, completa-se o caminho de separação entre o controle de estruturas, que passa a ser efetivamente preventivo, e a repressão a infrações, que pode conter, excepcionalmente, ordens de correção de estrutura. Assim, permanece, em relação a *efeitos* de infrações,⁹⁷ a possibilidade de “cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessão parcial de atividade” (art. 38, V), dentre os atos ou providências “necessárias para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 38, VII). Reforça o caráter de medida de polícia, a previsão de que sua aplicação depende da consideração do “interesse público” diante da “gravidade dos fatos” (art. 38, *caput*).

96. “Art. 24, inc. V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

97. “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (...) VII – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

A intervenção estrutural em processo de conduta é, portanto, *medida administrativa de polícia reparadora* ou *ordem corretiva* dos *efeitos causados* por infração à ordem econômica, que busca restaurar o processo competitivo afetado negativamente pelo comportamento do infrator. A sua referência como pena ou sanção no art. 38 da Lei 12.529/2011 é tomada em sentido lato por sua sucessividade, mas não é pena em sentido técnico (*punição*) como a pena pecuniária do art. 37, de modo que não pode ser aplicada como castigo ao infrator. Assim, diferentemente do direito norte-americano e da opção legislativa da Comunidade Europeia, a desconcentração do direito brasileiro não é ferramenta de supressão ou de prevenção da prática, que fica adstrita ao controle preventivo de estruturas, mas apenas instrumento de correção de seus eventuais efeitos estruturais.

Não se quer dizer com isso que a Lei 12.529/2011 tolera a continuidade da prática ou sua reiteração, uma vez que conta com sanções distintas para atacar imediatamente essas preocupações, respectivamente, pela sanção coativa de multa diária contida no art. 39,⁹⁸ e duplicação da sanção punitiva em caso de reincidência.⁹⁹ Por outro lado, o objeto da restauração é o processo competitivo (o que significa soltar as travas impeditivas da competição) e não o mercado tal como anteriormente à infração, o que, se não for tarefa impossível, significaria de um lado punir ilegalmente o infrator com a desconcentração por vantagens eventualmente auferidas, já que esse é o objeto de preocupação imediata da punição pecuniária prevista no art. 36, I (que prevê que o valor da pena deve ser superior às vantagens auferidas) e, de outro, buscar obliqua e ilegalmente compensar os agentes de mercado eventualmente lesados, já que esse é o objeto imediato do art. 47¹⁰⁰ da Lei.

Assim, o objeto *imediato* da medida prevista no art. 38, V, da Lei 12.529/2011, que servirá de parâmetro para as condições de sua aplicação e determinação de seu alcance, é apenas a correção dos efeitos negativos efetivamente produzidos sobre a estrutura do mercado em função da infração, que afetem o processo competitivo.

98. Art. 39. "Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Tribunal determinando sua cessação, bem como pelo não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou termo de compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária fixada em valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração".

99. Art. 37. § 1.º "Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro".

100. Art. 47. "Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação".

4. CONDICIONAMENTOS AO EMPREGO E LIMITAÇÕES AO ALCANCE DA MEDIDA DE DESCONSTITUIÇÃO EM PROCESSOS DE CONDUTA

Por afetar diretamente o direito de propriedade (cuja inviolabilidade é afirmada no art. 5.º, *caput*, conferindo-lhe status de direito fundamental, também previsto como princípio da ordem econômica no art. 170, I, ambos os dispositivos da CF/1988), bem como a liberdade de iniciativa, fundamento da República e da ordem econômica (art. 1.º, IV e art. 170, *caput*, da CF/1988), em nome da proteção à livre concorrência (art. 170, IV), a desconstituição de ativos merece análise constitucional.

4.1 Limites constitucionais

O art. 173, § 4.º, da CF/1988 determina apenas que o *abuso* de poder econômico será *reprimido*, de forma que a concentração de poder não constitui ilícito. Como vimos, a desconcentração, tomada como ordem de correção, é expressão dessa repressão e não tem, na lei, caráter preventivo. A desconstituição de ativos em conduta, portanto, não é medida de controle estrutural preventivo do mercado, mas de repressão à infração, não por punição, mas por reparação de seus efeitos.

Já a análise de atos de concentração emancipa-se completamente da atuação repressiva na Lei 12.529/2011, inserindo-se na atuação preventiva (art. 1.º), ao lado de outros instrumentos como a atuação educativa e recomendadora perante o mercado e outros órgãos públicos. O supedâneo constitucional para essas ações preventivas é encontrado na atividade de fiscalização e vigilância do Estado Regulador (art. 174), para proteger o mercado como patrimônio nacional (art. 209).¹⁰¹ O objeto da defesa da concorrência, onde se insere o controle de concentrações, é justificado por alguns constitucionalistas, pelo restabelecimento do mercado livre,¹⁰² por outros, pela proteção à livre iniciativa e à propriedade dos demais agentes de mercado,¹⁰³ ou ainda, como forma de proteger a função social da propriedade.¹⁰⁴

101. Ferraz Junior (91-92). Enquanto o modelo de controle de atos de concentração ainda era o de análise a posteriori, a natureza preventiva não estava completa, ainda se aproximando da atuação repressiva de reparação de efeitos sobre o mercado. Na prática, por meio de normas regulamentadoras, como a interpretação de realização da operação a partir do primeiro ato vinculante entre as partes, aliado à medida cautelar ou ao acordo de preservação de reversibilidade da operação, a atuação do Cade para alguns casos foi efetivamente preventiva.

102. MONCADA, Luís Cabral. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra. p. 313.

103. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. (Arts. 157-189), São Paulo: Ed. RT, 1968. t. VI; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 7, art. 170. p. 16.

104. CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. arts. 170 a 232. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. 8, p. 4026 e ss. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.

Mas nessa última orientação, não se pode entender que especificamente a proteção à concorrência antecederia à propriedade ou conformaria os meios de produção,¹⁰⁵ pois, tratando-se de forma de controle exercida em concreto por órgão administrativo, essa concepção significaria tamanha insegurança quanto aos ativos disponíveis para emprego produtivo que mitigaria a livre iniciativa como fundamento organizador da ordem econômica (art. 170, *caput*) e da própria República (art. 1.º, IV).

O fato de que intervenções no domínio privado para prevenir ou conter efeitos de infrações ou ameaças de dano a concorrência não se sujeitam a indenização explica-se adequadamente pelo condicionamento ao *exercício* da propriedade pelo poder de polícia ou pela Administração ordenadora, desde que em sua esfera de atuação legítima.¹⁰⁶ A utilidade ou fim social é alcançado, portanto, apenas indiretamente por determinação essencialmente negativa da Administração, isto é, de *não fazer* – não abusar do poder de mercado, não contratar ativos que acarretem a dominação de mercado – em contraposição à obtenção direta,¹⁰⁷ de *fomento* à competição, cuja imposição é incompatível com o art. 174 da CF/1988 no que se refere ao setor privado. Portanto, em ambos os casos – o controle de concentração e a desconcentração – a Constituição não autoriza a intervenção em nome de fomento à competição, o que seria possível somente para agências reguladoras setoriais em relação a serviços públicos.

No caso de controle preventivo de atos de concentração, considerando-se que não se lida com estrutura de mercado já formada, com a propriedade constituída, mas com a projeção de uma estrutura e, portanto, de propriedade a ser formada, admite-se que a mesma seja reprovada caso traga incentivos para infrações à ordem econômica, o que constitui uma limitação não à propriedade, mas à liberdade contratual. Assim, a lei de defesa da concorrência, respaldada constitucionalmente, circunscreve e limita a ação preventiva sobre os incentivos estruturais para infrações ao controle de atos de concentração.

Já no caso de imposição de desconcentração *ataca-se* o direito fundamental de propriedade, mesmo que a intervenção não importe desapropriação,¹⁰⁸ uma vez que a alienação forçada afeta imediatamente a prerrogativa de livre disposição que

Comentários à constituição brasileira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 665 e *Direito Constitucional Econômico*, Saraiva, 1999.

105. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 281 e ss. citando EROS GRAU, *Elementos do direito econômico*, p. 128.

106. Cf. BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 827) sobre o exercício do poder de polícia realizado em concreto por autoridades administrativas

107. Veja o tratamento esclarecedor do tema por BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 837).

108. Contra, ver Salomão, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 129.

forma o núcleo daquele direito subjetivo. Portanto, não se pode fazer a intervenção em nome de uma prevenção ou controle de incentivos a infrações, mas apenas para conter ou reparar efeitos produzidos pela infração cometida.

A separação entre fomento e repressão foi discutida no processo de alteração da lei de defesa da concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB) em 2013, que passou a prever explicitamente a desconstituição de ativos.¹⁰⁹ Ali, a proposta original de intervenção independentemente de abuso (*missbrauchunabhängige Entflechtung*), inspirada no modelo inglês, foi afastada por inconstitucionalidade,¹¹⁰ na medida em que o seu objetivo não poderia ser aquele de tornar uma propriedade útil ao bem comum ou realizar qualquer ação positiva de fomento à competição, inserindo-se antes no âmbito das delimitações de conteúdo e de limites (*Inhalts- und Schrankenbestimmungen*) ao exercício de direitos fundamentais.¹¹¹

Nos termos dessa Administração ordenadora (*ordnenden Verwaltung*), a intervenção estrutural, cuja previsão legal foi considerada constitucional em abstrato, somente pode ser adotada como *ultima ratio*,¹¹² e pode ser inconstitucional se não passar pelo crivo da proporcionalidade.¹¹³ A análise de proporcionalidade também cabe para controlar a constitucionalidade de intervenções estruturais determinadas pelo Cade,¹¹⁴ o que é afirmado explicitamente em esfera legal (o próprio art. 38, VII

109. Antes admitida somente na regulação setorial de telecomunicações, energia e ferrovias.

110. Seus principais detratores foram Martin Nettesheim e Stephan Thomas; ver *Entflechtung im deutschen Kartellrecht*, Mohr Siebeck, 2011.

111. Ver os pareceres que das autoridades de defesa da concorrência que analisaram a alteração: Bundeskartellamt, *Entflechtung als Instrument des Kartellrechts: neue Instrumente im GWB?*, Disponível no site do Bundeskartellamt: [www.bundeskartellamt.de]; Monopolkommission, *Sondergutachten 58, Gestaltungsopinionen und Leistungsgrenzen eines kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung*. Disponível em: [www.monopolkommission.de/sg_58/s58_volltext.pdf].

112. ENGEL, Christoph. *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens*. Disponível em: [www.perspektive-wettbewerb.de/files/gutachten_engel_1.pdf].

113. Monopolkommission, *Sondergutachten 58*, p.33, parágrafo 98.

114. A proporcionalidade não é mencionada explicitamente na Constituição Federal de 1988, havendo pelo menos três caminhos apontados pela doutrina para encontrar seu substrato constitucional: a) derivação do princípio de Estado de Direito, com atenção a sua origem histórica na proibição ao excesso pelo poder de polícia (cf. Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 43; ver STERN. *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*. p. 172 e ss.); b) derivação da estrutura dos direitos fundamentais (cf. Afonso da Silva. *O proporcional e o razoável*, e ÁVILA. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, na linha de ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 100 e da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Alemão de sua Lei Fundamen-

condiciona a medida a sua necessidade, além da previsão do art. 2.º, VI, da Lei de Processo Administrativo – Lei 9.784/1999).¹¹⁵

Porém, antes e acima do controle específico de decisões concretas do Cade, a atenção à natureza jurídica da desconstituição de ativos na Lei 12.529/2011 permite que se identifiquem condicionamentos e limites constitucionais em abstrato (conceituais) à sua aplicação. Para essa identificação, são úteis algumas ferramentas na análise lógica da ação,¹¹⁶ aplicadas à ação infratora à concorrência.

4.2 *Condicionamentos derivados da natureza corretiva da medida de desconcentração*

A própria identificação da ação exige, logicamente, a definição sobre qual seria o estado de coisas *contrafático*, i.e. se a ação não ocorresse.¹¹⁷ Assim, a ação de fechar a porta, pressupõe, logicamente, que a porta esteja aberta e não se feche indepen-

tal – BVerfGE 12, 342(348)); c) derivação do princípio de razoabilidade incorporado no devido processo legal (cf. BARROSO. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*, p. 69; e BARROSO. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 57; que tem sido a via trilhada pelo STF: cf. ADIn 855, RTJ, voto do Min. Moreira Alves, p. 152, 455 e, especialmente, na ADIn 1407-2: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF/1988, art. 5.º, LIV)”.

115. Art. 2.º, VI, “*nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”.
116. A análise lógica de ações como objeto de normas jurídicas tem seu marco inicial com VON WRIGHT, *Norm and Action*. London: Routledge and Keagan Paul, 1963. Vou usar ferramentas básicas do modelo original de von Wright, que são suficientes para a análise aqui empregada, com alguma variação, valendo-me de noções posteriores de HILPINEN, R. *On Action and Agency*. In: EJRHEH, E.; LINDSTROM (eds.) *Logic Action and Cognition, Essays. Philosophical Logic*, 3-27, Kluwer, 1997 e da análise lógica de causalidade de ação danos, em descumprimento à regra de AQVIST, L. e MULLOK, P. *Causing harm*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1989. HORTY, J. F. *Agency and Deontic Logic*. Oxford University press, 2001. Sobre a análise de condicionais contrafáticos ver LEWIS, D. *Counterfactuals*. Oxford: Basil Blackwell, 1973. Obviamente, estarei menos preocupado aqui com a apresentação do sistema lógico subjacente à análise e mais em empregar conceitos e ferramentas analíticas deles decorrentes.
117. Von Wright (1963).

dentemente. Se a porta já estiver fechada e assim permanecer, a conduta não foi fechá-la, mas deixá-la fechada ou omitir sua abertura. Se estiver aberta, mas, se fechar naturalmente, a conduta é a de deixar que se feche ou omitir a ação de impedir seu fechamento. Portanto, a ação é uma intervenção sobre determinada transição esperada ou pressuposta entre estados de coisas.

A infração à concorrência é caracterizada pelos seus efeitos, i.e. pela probabilidade de resultar em um estado de coisas no qual a concorrência é falseada ou o mercado é dominado, independentemente de eficiência do agente (Lei 12.529/2011, art. 36). Portanto, como visto acima, quando a lei fala em providências necessárias para “eliminação aos efeitos nocivos à ordem econômica”, o objeto de reparação ou restauração é o *processo competitivo* no mercado, i.e., a livre concorrência (art. 170, IV) e, obviamente, não qualquer valor pertinente à ordem econômica constitucional (meio ambiente, pleno emprego, etc.). Como se sabe, a interação entre os agentes na disputa pelo consumidor pode ser mais ou menos competitiva, o que é uma questão de grau, porém, em última análise, busca-se identificar se é criada com a ação ou ato de concentração uma condição de poder de mercado que permite ao agente atuar com independência do consumidor (por exemplo, praticando preços supracompetitivos), de modo que se estipula se o grau de competição em dado mercado é aceitável ou não, ou se o nível de redução é aceitável ou não (assim, se houve ou não dominação do mercado, se o falseamento ou eliminação da concorrência foi ou não substancial), o que permite uma análise binária.¹¹⁸

Com isso, temos quatro transições “naturais” possíveis decorrentes de determinada estrutura de mercado (conjunto de agentes ofertantes atuais e potenciais, suas participações de mercado e ativos por eles detidos, características do produto, bem como condições de rivalidade) e conjuntura econômica: de um processo competitivo positivo (aceitável, suficiente) para negativo (+T-), de negativo para positivo (-T+), permanência em negativo (-T-), ou permanência em positivo (+T+). As infrações à concorrência são sempre ações que violam obrigações de não fazer, de modo que podemos descartar da análise as condutas omissivas (assim, omitir a ação de potencialmente tornar suficientemente competitivo um mercado não competitivo jamais será infração). Também são descartadas todas as condutas comissivas que resultem em efeito potencialmente positivo para o processo competitivo. Com isso, restam apenas dois tipos de conduta, i.e., aquelas que potencialmente levem a um processo competitivo negativo, quais sejam: (i) fazer com que o mercado potencialmente se comporte de modo não (suficientemente) competitivo, Causar(-) numa

118. Na verdade, as conclusões do artigo sobre condicionamentos à desconcentração são as mesmas caso se prefira empregar modelo *fuzzy*, com níveis gradativos de competição e no qual a ação anticompetitiva seria aquela com o efeito de reduzir o grau de competição no mercado ou impedir sua elevação.

transição esperada (+T+); e (ii) impedir que o mercado se torne competitivo, ou seja Causar(-) numa transição esperada (-T+).¹¹⁹

No primeiro grupo – fazer com que o mercado se torne não (suficientemente) competitivo – estão aquelas ações ostensivas que levam à dominação do mercado ou ao falseamento da concorrência, como a conduta concertada entre concorrentes para não disputar clientes (seja pela fixação de preços ou divisão de mercado), ou ações unilaterais aptas a excluir concorrentes, particularmente as restrições verticais, nos quais o agente vale-se de uma posição de poder em um mercado insuficientemente competitivo, para dominar ou falsear a concorrência em mercado verticalmente relacionado, por meio de práticas que impeçam ou dificultem o acesso de concorrentes a canais de distribuição ou acesso a insumo. No segundo grupo estão aquelas práticas defensivas de uma posição de poder para impedir que concorrentes atuais se desenvolvam ou que potenciais competidores entrem no mercado (como, por exemplo, acordos de exclusividade com clientes ou recusa de acesso a insumo por empresa verticalmente integrada).¹²⁰

O primeiro condicionamento conceitual à imposição de desconcentração é que a *infração tenha efetivamente produzido efeitos sobre o mercado*. Isso porque a infração pode ser caracterizada pela mera possibilidade de reduzir substancialmente a competição. Embora o ponto seja óbvio, pois não haveria efeitos nocivos a eliminar, ele marca distinção fundamental em relação ao regramento da Comunidade Europeia e do direito norte-americano, em que a medida estrutural é admitida quando necessária “para efetivamente colocar um fim à infração”. A expressão “efetivamente” alude ao mecanismo preventivo consistente em eliminar os incentivos econômicos para a infração, decorrentes da estrutura de mercado. Para ilustrar a diferença, suponha estrutura de mercado em que o agente domine o mercado a montante e

-
119. O inventário completo de ações e omissões em relação ao processo competitivo contém oito formas básicas de conduta (quatro ações e quatro omissões: (1) fazer com que o mercado não seja competitivo, i.e. Causar (-) dado (+T+); (2) impedir que o mercado se torne competitivo, i.e. Causar (-) dado (-T+); (3) fazer com que o mercado seja competitivo Causar(+) dado (-T-); (4) manter o mercado competitivo, i.e. Causar (+) dado (+T-); (5) deixar que o mercado funcione de modo competitivo; i.e. Omitir (-) dado (+T+), (6) deixar que o mercado se torne competitivo, i.e. Omitir(-) dado (-T+); (7) deixar que o mercado permaneça não competitivo, i.e. Omitir (+) dado (-T-) e; (8) não tornar o mercado competitivo, i.e. Omitir (+) dado (+T-).
120. Há ainda uma terceira hipótese, de mercados monopolizados, sem perspectiva de entrada, por barreiras naturais ou institucionais, i.e. com (-T) em que o agente busca extrair lucros de monopólio, por exemplo, por preços abusivos. Nessa hipótese está o caso BAA britânico. Embora a prática não afete o grau de competição, pode caracterizar a infração na medida em que a Lei 12.529/2011, no art. 36, II e IV, insere o abuso de poder econômico também como efeito da conduta abusiva, além do aumento arbitrário de lucros. Todavia, não há efeito causal sobre a estrutura, o que não autoriza medida corretiva pelo Cade.

tenha incentivos econômicos para dificultar o acesso a insumo, de modo a ampliar sua participação em mercado a jusante. O agente pode iniciar prática de diferenciação de preços entre sua subsidiária em relação a concorrentes não integrados e tê-la detectada pela autoridade antitruste, que a pune, sem que os preços diferenciados cheguem a ser aplicados, ou, mesmo que aplicados, não causem impactos efetivos sobre as vendas de concorrentes. Caso a autoridade se convença que é essa estrutura verticalizada o fator determinante da infração, segundo o regramento europeu, a medida de desconcentração poderia ser empregada. A mesma conclusão não vale para o ordenamento brasileiro.

Mesmo que a prática seja reiterada pelo agente e novamente condenada antes que chegue a produzir efeitos concretos, o Cade não está autorizado a empregar a medida, ao passo que a Comissão Europeia, por exemplo, pode usar a reiteração como evidência de que a conduta é determinada por incentivos decorrentes da estrutura, justificando a intervenção se esta for necessária para eliminá-los.¹²¹

O segundo fator de condicionamento é que a *conduta cause impacto na estrutura do mercado*, o que se retira da exigência de *gravidade dos fatos* presente no *caput* do art. 38 da Lei 12.529/2011. *Gravidade dos fatos* é bastante distinto de *gravidade da infração*. Esta última é apenas critério de dosimetria da pena (art. 45, I) e refere-se à *ação do infrator* em produzir uma condição na qual a concorrência é falseada, ou seja, a sua *ação anticompetitiva*. Já a *gravidade dos fatos* em relação à medida de desconcentração diz respeito à condição estrutural do mercado como efeito da infração. Fato grave em relação ao interesse público de defesa da concorrência é aquela condição na qual o mercado se estabiliza na condição não (suficientemente) competitiva. Essa distinção é bem marcada na sua representação

121. Calixto Salomão, por exemplo, destacando o aspecto excepcionalíssimo da medida de desconcentração, somente a admite caso haja reincidência (SALOMÃO, 2012, p. 130), muito embora veja-a como espécie de sanção, aplicável pela gravidade da infração, em orientação distinta da adotada aqui. A legislação mexicana recentemente alterada também exige a reincidência como condição para a aplicação da medida e a vê como substituição à sanção, quando houver justificativas econômicas sobre a estrutura do mercado. A Ley Federal de Competencia Económica do México passou a ter a seguinte redação em seu art. 131: "Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado previamente por la realización de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 130 de esta Ley y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las porciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. Para los efectos del párrafo anterior, en su resolución, la Comisión deberá incluir un análisis económico que justifique la imposición de dicha medida, señalando los beneficios al consumidor". A reincidência pode ser tomada como condicionamento adicional à produção de efeitos estruturais pela prática abusiva. Assim, a autoridade, poderia buscar corrigir os efeitos estruturais com medidas comportamentais e usar a desconcentração apenas quando constatar, pela reincidência, que essas são insuficientes.

lógica: a ação abusiva, em qualquer dimensão de gravidade tem como resultado um estado competitivo negativo do mercado, i.e. Causar (-), o que pressupõe transição (+T+) ou (-T+); já o fato grave resultante de infração diz respeito à estrutura, isto é, a transição esperada para o estado competitivo do mercado, que pode ser uma consequência da infração, representado por Causar (-T-).¹²² Ou seja, cabe a intervenção para reparar o efeito negativo sobre o processo competitivo somente quando se tem Causar (-) em conjunto com Causar (-T-), o que significa não só realizar infração fazendo o mercado funcionar de forma não (suficientemente) competitiva, como também afetar sua transição esperada i.e. criar uma condição estrutural que torne *provável que o mercado continue a funcionar de forma não competitiva mesmo com a cessação da prática*.

Para ilustrar, tome-se como exemplo a uniformização de práticas de mercado (cartel), considerada a “infração hedionda” do direito antitruste, por suprimir aquele que seria o comportamento esperado de uma estrutura competitiva, com os agentes envolvidos engajados em disputar os clientes (+T+), sem trazer qualquer eficiência compensatória, a não ser os efeitos indesejáveis de elevação de preços, redução da quantidade ofertada, queda de qualidade e ausência de inovação. O conluio suprime abruptamente todos os benefícios almejados com a proteção à concorrência em relação a todos os concorrentes envolvidos. Não por outro motivo, as multas mais elevadas aplicadas por autoridades antitruste costumam se dirigir a cartéis. Mas a *gravidade da infração*, que motiva a elevação da multa, não implica necessariamente a *gravidade dos fatos*. Pelo contrário, a ação colusiva é mais grave quanto maior for o grau de competição latente que tem sucesso em suprimir (e maior o ganho dos participantes por falsear e evitar aquela competição). Justamente por isso, uma vez encerrado o conluio, aquela competição usualmente aflora, já que não envolve ligação estrutural.

Portanto, o cartel, em si, por não envolver ou resultar em maior concentração de mercado, não é congênere à desconcentração. Essa é a razão pela qual, dentre os raros precedentes internacionais, os cartéis raramente estão entre aquelas infrações que ensejaram desconcentração, desconsiderando-se, obviamente, aquelas intervenções que determinam a simples dissolução de entidade associativa que orquestra o cartel, ou alienação de participações minoritárias cruzadas de uma empresa

122. A rigor, para uma representação completa, em que o operador modal de ação tem por escopo sentenças que expressem estados de coisas, toma-se a transição entre estados também como um estado de coisas possível, de modo que Causar (-T-) como efeito da infração teria os seguintes pressupostos de transição, considerando-se que a ação Causar (-) precedente traz duas condições de transição inicial possíveis (+T-), no caso de fazer com que o mercado se torne não competitivo e (-T-), no caso de impedir que o mercado se torne competitivo: (+T-)T(-T+), i.e., de um mercado que se torna não competitivo para um mercado que se torna competitivo, ou (-T-)T(-T+), i.e. um mercado que se mantém não competitivo para mercado que se torna competitivo.

na outra, que facilitem acesso a informações concorrencialmente sensíveis. Uma exceção, nesse aspecto, é o caso Paramount. Nele havia conluio para fixar preços, mas o que motivou a intervenção foi a estrutura verticalizada das distribuidoras de filmes e o fato de utilizarem, em conluio, a verticalização de cada uma delas com suas próprias salas de cinema para excluir e posteriormente adquirir salas de exibição rivais. Houve, portanto efeito estrutural, não no mercado de distribuição, mas no mercado de exibição, causado pela ação concertada em restringir acesso a filmes. Já nos casos Timkem e National Lead, em que houve conluio para fixação de preços, a Suprema Corte rejeitou a proposta de desconcentração, justamente pela convicção de que, ausente o acordo, a rivalidade estaria presente.

Nos caso britânico das empresas de cimento, o diagnóstico foi de conluio tácito como condição estrutural do mercado que não traz estímulos à competição (e não infração de dominação coletiva ou cartel). E note que a análise não se limitou a condições estruturais básicas para que uma coordenação possa ser bem sucedida, como elevada concentração (oligopólio), elevada escala mínima viável (barreira à entrada), produto homogêneo e sem avanços tecnológicos e estrutura de custos semelhante. A essas condições necessárias, sem as quais mesmo a condenação por infração de conduta uniforme ficaria prejudicada (por ausência de efeitos potenciais), foram agregadas circunstâncias estruturais, como participações cruzadas, vendas cruzadas, bem como comportamentais (anúncios antecipados de aumentos) e conjunturais (mercado em retração), que traziam incentivos para não competir e cooperar. A intervenção ali foi preventiva, com manipulação da estrutura para eliminar incentivos, ou melhor, para gerar incentivos de competição, já que, na convicção da CC, a estrutura formada, em cenário de retração que durava uma década, os agentes omitiriam atos competitivos. Daí a iniciativa de atrair mais um concorrente e reduzir a transparência de mercado.

Uma intervenção justificada por esse esforço de fomento, independentemente de infração, seria obviamente descabida no ordenamento brasileiro. Porém, é possível que o aspecto comportamental de *trocas de informações sensíveis que facilitam a uniformização* (por anúncios ou via participações ou vendas cruzadas) fosse considerada infração nos termos do inc. I do art. 36 da Lei 12.529/2011. Nessa hipótese, a infração tem menor gravidade do que o cartel ostensivo de fixação de preços (art. 36, I). Mas, mesmo que a ação seja fortemente incentivada por aspectos estruturais e conjunturais, não caberia desconcentração preventiva, apenas punição a esses fatores comportamentais adicionais, caso haja convicção de que eles causaram o comportamento paralelo no mercado. Porém, uma vez suprimidos esses comportamentos, com a eliminação da transparência, espera-se que o mercado volte a atuar de modo competitivo, não havendo impacto sobre a estrutura do mercado que exija reparação.

Como visto, intervenções nos E.U.A., no começo do século passado, versavam, em sua grande maioria, em esforços para quebrar conglomerados compostos em

décadas de desenvolvimento, aquisições e ligações societárias, onde a desconcentração era verdadeira punição à infração de monopolização. Essa forma de aplicação da medida não tem mais lugar no direito antitruste contemporâneo, em qualquer jurisdição séria, e é repudiada pelo nosso ordenamento que não condena o poder de mercado, apenas seu abuso. De meados do século passado até hoje, quando se consolidou o entendimento nos E.U.A. e na Comunidade Europeia sobre o caráter supressor, preventivo e corretivo da medida, as raras intervenções e mesmo as propostas não acolhidas de intervenção versavam sobre estruturas verticais com monopólio ou domínio em um dos mercados, em que o agente dominante a jusante ou a montante limitava acesso a ativo essencial não duplicável.

Assim, as restrições verticais, consideradas menos graves, são o grande alvo das medidas estruturais. Mas aqui há dois mercados envolvidos cuja estrutura deve ser considerada, normalmente aquele não competitivo (-T-), de origem do poder de mercado, e aquele competitivo (+T+) ou (-T+), que é o alvo da ação e no qual o dominante no primeiro mercado também atua. No direito norte-americano e no europeu, que admitem a desconcentração preventiva, essa pode ser dirigida ao mercado de origem do poder de mercado, para quebrá-lo de modo a impedir a possibilidade ou eliminar os incentivos para que a restrição vertical volte a ocorrer. Já a natureza jurídica corretiva da medida adotada no ordenamento brasileiro limita a intervenção ao mercado alvo,¹²³ quando esse passar, como consequência da infração, a uma estrutura não competitiva. Por exemplo, quando por medidas discriminatórias, o fornecedor dominante de insumos seja bem sucedido em excluir concorrentes do mercado a jusante (tornando-o: -T-) ou retirar-lhes parcela substantiva de participação.

Portanto, no caso de abusos verticais, é o efeito de Causar (-T-) *no mercado alvo* que seria o objeto de reparação pela desconcentração, não se admitindo no direito brasileiro, em nome da correção de efeitos estruturais, intervir no mercado de origem com o objetivo de eliminação preventiva dos incentivos para restrições verticais. O mesmo vale para estrutura oligopolista preexistente em mercado em que sejam apontados elementos de dominação coletiva.

Reformar a estrutura do mercado de origem ou do mercado oligopolizado com fim de prevenção de futuras práticas verticais ou colusivas é descabido entre nós, pois o controle preventivo, na evolução histórica da legislação brasileira, que culmina com a Lei 12.529/2011, fica adstrito ao controle prévio de atos de concentração. Indaga-se, assim, como as posições dominantes dos agentes e seus ativos foram formadas. Se o foram por crescimento orgânico, baseado na maior eficiên-

123. Obviamente, em mercados regulados, envolvendo serviços públicos concedidos, a agência reguladora pode adotar medidas preventivas no mercado de origem ou mesmo impedir estruturas verticalizadas.

cia, não fica caracterizada a infração de dominação de mercado (36, § 1.º, da Lei 12.529/2011), não podendo a posição dominante ser objeto de desconstituição. Se o foram por atos de concentração, presume-se que já foram objeto do controle preventivo e o modelo adotado na lei vigente (controle prévio, cf. art. 88, § 3.º) não se coaduna com a intervenção após a propriedade dos ativos já ter sido consolidada (lembre-se que a lei atual emancipa definitivamente o controle de atos de concentração da desconcentração a posteriori¹²⁴). Em ambos os casos, o instrumento disponibilizado ao Cade pelo legislador é a punição à infração.

Completa a análise de causalidade de efeito estrutural a condição lógica de sua observação, que é a permanência do processo competitivo negativo. Faz todo sentido que a Lei 12.529/2011 ligue a exigência de *gravidade dos fatos* (art. 38, *caput*) à previsão de *necessidade* para corrigir os efeitos sobre o processo competitivo (inc. VII), donde se destaca o terceiro condicionamento: *improbabilidade de restauração natural do processo competitivo*. Como resultado da infração, tem-se que a condição do processo competitivo é negativa (-), mas isso não impede que a estrutura de mercado aliada à sua conjuntura econômica seja tal que ele naturalmente tenda a se tornar competitivo, isto é (-T+). Essa hipótese precisa ser excluída, o que leva ao terceiro condicionamento para a desconcentração, qual seja, para se concluir que o agente causou efeitos que afetaram a estrutura, deve-se provar que o mercado provavelmente continuará a se comportar de modo não competitivo, caso não haja intervenção, i.e., provar que, como efeito da infração, chega-se a uma condição de transição esperada (-T-).

O condicionamento de necessidade da medida tem um segundo aspecto além da não restauração natural, que vamos tratar como o quarto condicionamento de sua aplicação: *ausência de medidas comportamentais alternativas para restaurar o processo competitivo*. Esse ponto é unânime na experiência internacional e decorre do peso da garantia do direito fundamental de propriedade frente à intervenção do Estado, que é assegurado pela Constituição Federal de 1988. Mas há também aqui um ponto de divergência em relação ao direito norte-americano e europeu, que decorre do próprio objeto da medida. Naquelas jurisdições, como vimos, a desconcentração também pode ser justificada pelo objetivo preventivo de retirar os incentivos para a prática, havendo, no debate de política concorrencial travado, defesa da desconcentração como única medida efetivamente capaz de alcançar esse objetivo,¹²⁵ sendo que as comportamentais apenas os atenuam ou permitem maior controle pela autoridade para evitar sua reincidência. A Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.529/2011 não dão espaço para esse tipo de deliberação na condena-

124. A não ser na hipótese excepcional de avocação em até 1 ano de atos que não se enquadrem no art. 88 da Lei 12.529/2011, conforme previsto no § 7.º daquele dispositivo.

125. Ver OCDE. *Competition Comm. Report on Experiences with structural separation*, 2012.

ção à infração, que somente pode ser admitida na análise de atos de concentração, com a reprovação prévia total ou parcial da formação da concentração em nome da prevenção a infração à ordem econômica. Como medida corretiva, a desconcentração forçada, pelo direito brasileiro, somente pode ser aplicada quando não houver medida comportamental alternativa que sirva ao propósito de restaurar o processo competitivo lesado, ainda que se considere que não tenha o mesmo efeito preventivo da medida estrutural.

Essa apreciação do conteúdo leva ao quinto condicionamento da medida de desconcentração: *circunscrição à restauração do processo competitivo*. O objeto da restauração, como visto, é o processo competitivo (suficiente) no mercado e não a restauração da condição ou estrutura do mercado anterior à infração. Também não é seu objetivo eliminar vantagens auferidas pelo agente, sob pena de tornar a medida instrumento de punição (o que incumbe à pena pecuniária do art. 36, I, da Lei 12.529/2011). Se o agente, por exemplo, alcança por meio da infração, determinada participação de mercado, não é objetivo da medida fazer com que o agente retorne ao *share* anterior. Suponha que a infração potencialmente levaria à dominação dos canais de distribuição. Se a dominação não foi alcançada e há canais de distribuição suficientes para que os fornecedores concorram, não cabe a determinação de alienação de ativos. E voltando ao condicionamento anterior, se a disponibilidade de canais independentes não for suficiente para o processo competitivo entre fornecedores, mas houver medida comportamental, por exemplo, com obrigação de tratamento isonômico pelo detentor dos canais, também não cabe a medida de desconcentração.

Outra questão importante está na infração que traz como efeito estrutural impedir que o mercado se torne competitivo, isto é, Causar (-) em uma transição (-T+), tornando-a uma estrutura (-T-). A situação típica seria a de infração (por exemplo uma restrição vertical de recusa ou dificuldade de acesso a insumo) que não só impede a entrada de concorrentes ou a contestação dos líderes por concorrentes de menor porte, como fazem com que essa entrada ou desenvolvimento dos concorrentes, que não ocorreu, se torne inviável após a cessação da infração. Dentro da excepcionalidade da medida, essa condição de intervenção é excepcionalíssima, não sendo suficiente apontar piora na condição de entrada ou de desenvolvimento de concorrentes. No caso do impedimento à entrada, há critérios desenvolvidos na análise de atos de concentração, que podem levar a autoridade a restringir uma operação, quando a mesma obstar uma entrada potencial.¹²⁶ Para que se admita a

126. A jurisprudência internacional sobre concorrência potencial em análise de atos de concentração considera duas versões teóricas: (i) a Concorrência Potencial Efetiva e (ii) a Concorrência Potencial Percebida. Conforme a jurisprudência do Cade, os requisitos para a Concorrência Potencial Efetiva consistem em: (a) o mercado relevante ser concentrado e comportar-se de forma não competitiva; (b) a firma estar efetivamente prestes a entrar no

desconcentração, porém, a prova deve ser concreta, (i) apontando-se o entrante específico que estava prestes a atuar no mercado, (ii) a frustração de seu projeto de entrada pela infração, (iii) a impossibilidade de retomá-lo no curto ou médio prazo com a cessação da prática, (iv) e também a perspectiva de efeito dessa entrada como apta a levar à transição estrutural positiva (-T+). No caso de frustração ao desenvolvimento de concorrente, deve haver prova concreta (i) de clientes que deixaram de ser conquistados em função da infração, (ii) que esses não poderão ser conquistados com sua cessação e (iii) o impacto dessa conquista na contestação da empresa dominante.

Também se deve ponderar, sobre o alcance de conteúdo da medida, a possibilidade ou não dela implicar alguma desvantagem competitiva para o infrator em relação a seus concorrentes. Na Alemanha, esse tema foi colocado e admitido.¹²⁷ Na Lei Fundamental Alemã, porém, a livre iniciativa (*unternehmerische Betätigungsfreiheit*) não é prevista expressamente, sendo considerada implícita no seu art. 12 (1) que prevê a liberdade de profissão, como dimensão do seu livre exercício (*Berufsausübung*).¹²⁸ Daí a margem para empregar a desconcentração como medida preventiva. Na Constituição Federal de 1988, a livre iniciativa é tratada como fundamento organizador da ordem econômica (que orienta os demais princípios, entre eles, o da livre concorrência) e da própria República (art. 1.º, III). Esse status constitucional dá sentido à previsão do art. 36, § 1.º, da Lei 12.529/2011, no qual

mercado; (c) a entrada da firma produzir substancial probabilidade de desconcentração; e (d) a firma adquirente ser o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado. Já os requisitos para a Concorrência Potencial Percebida consistem em: (a) o mercado relevante ser concentrado e comportar-se de forma não competitiva; (b) a firma adquirente ser percebida de fato pelas incumbentes como um entrante potencial; (c) a firma adquirente estar efetivamente moderando o comportamento oligopolístico dos incumbentes; e (d) a firma adquirente ser o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado. (Ato de Concentração n. 0083/1996 (Requerentes: Anheuser Busch International Inc. e Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas; Conselheira rel. Lucia Helena Salgado e Silva; j. 18.06.1997; *DOU* 31.12.1998 e Ato de Concentração 0058/1995 (Requerentes: Companhia Cervejaria Brahma e Miller Brewing Company; Conselheiro rel. Renault de Freitas Castro; j. 11.06.1997; *DOU* 12.06.1998).

127. "Marktteilnehmer haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen" (BVerfGE 110, 274, R 41 – Ökosteuer).
128. ENGEL, Christoph. *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsversagens*. Disponível em: [www.perspektive-wettbewerb.de/files/gutachten_engel_1.pdf];

a eficiência econômica do agente é protegida da atuação repressora da autoridade *antitruste*. Com isso, fica claro que a eficiência econômica dos agentes, na legislação brasileira, é a pedra de toque da proteção à concorrência, cujo alvo, em última análise é garantir que a busca da maior eficiência entre os fornecedores na sua disputa pelos consumidores não seja obstada pelo poder de mercado, sendo corolário, que a mesma também não pode ser obstada pelo poder público, havendo verdadeiro dever de neutralidade concorrencial do Estado.¹²⁹ Assim, se o infrator adquirir, em decorrência da infração um vantagem que desequilibra o jogo competitivo de forma permanente, a intervenção, estrutural ou comportamental, deve se limitar a suprimir a vantagem arbitrariamente obtida, jamais impor uma desvantagem como forma de fomentar a competição.

5. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medida de desconcentração é, em geral, encarada pela prática internacional como remédio e não como forma de punição ao infrator. Dentre as formas de remédio há aquelas com ênfase *preventiva*, que atacam os incentivos estruturais para a prática de infração, e aquelas *corretivas*, que buscam tão somente reparar os efeitos nocivos da infração sobre o mercado. Independentemente do mérito ou demérito que possa ter a forma preventiva ou corretiva do remédio de desconcentração em termos de política para a concorrência, a intervenção na propriedade privada, somente pode ser admitida nos estritos termos da constituição e da legislação pertinente. A nossa legislação insere a medida de desconcentração para infrações na repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4.º, da CF/1988) e não em sua prevenção, que fica adstrita ao controle dos atos de concentração. Com isso, seu emprego deve cuidar para não implicar fomento à concorrência em atividade econômica privada, mesmo que de interesse público (art. 174). A Lei 12.529/2011 é expressa em utilizá-la apenas para corrigir efeitos nocivos da infração sobre a ordem econômica (art. 38, VII), conferindo-lhe a natureza de medida de polícia reparadora ou ordem administrativa de correção de efeitos de infração, podendo-se chamá-la de sanção ou pena em sentido lato, mas não pena em sentido técnico. Em outras palavras, em linha com a prática internacional, a medida não pode ser aplicada como forma de punição ou castigo ao infrator.

A partir dessa sua natureza jurídica, derivam-se os condicionamentos e limites abstratos a sua aplicação, quais sejam, (i) a infração deve ter causado efeitos sobre o mercado, (ii) que devem impactar a estrutura do mercado (iii) tornando improvável que o processo competitivo seja retomado com a cessação da prática e (iv) desde que

129. Cf. FERRAZ JUNIOR. Princípio da Neutralidade Concorrencial do Estado. In: FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

não haja medida comportamental alternativa suficiente (v) para restaurar o processo competitivo (e não a condição de mercado prévia à infração).

Superados esses condicionamentos abstratos, a desconcentração somente pode aplicada após criteriosa avaliação concreta de *proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, da gravidade da restrição ao direito de propriedade para que se alcance a restauração do processo competitivo. Nesse aspecto, deve-se reconhecer que a autoridade possui deficiência de informação em relação ao agente sobre a sua estrutura de produção e relevância de seus ativos de modo que há grande risco de erro na intervenção imposta ou na escolha pela autoridade concorrencial dos ativos a serem transferidos. Por esse motivo, o ideal seria que o conteúdo sempre partisse do agente infrator diante das preocupações e necessidades apresentadas pela autoridade para a medida.

No mínimo, antes de sua imposição, deve haver oportunidade para que o infrator se manifeste e contradite as conclusões da autoridade sobre sua necessidade, bem como proponha alternativas comportamentais ou mesmo estruturais que sejam capazes de atender as preocupações com menor ofensa a sua propriedade e livre iniciativa. Aliás, como a medida pode ser tão ou mais grave para o agente do que a pena pecuniária e como seu objeto e condições de aplicação são distintos do julgamento da infração (no processo de apuração de infração o objeto é se a ação causou funcionamento competitivo negativo no mercado, ao passo que a medida condiciona-se a ter causado alteração da sua estrutura), deve-se assegurar um processo administrativo com oportunidade de ampla defesa e contraditório específicos, sob pena de inconstitucionalidade (CF/1988, art. 5.º, LV). Desse modo, é um *desideratum* urgente que o Cade, no caso brasileiro, regule o processo para aplicação da medida, explicitando critérios e definindo oportunidades formais para defesa e para propostas de soluções pelos agentes aos impactos estruturais previamente identificados, não só para reduzir o risco de efeitos colaterais de remédios descalibrados, como para prevenir uma custosa judicialização.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Disciplina jurídica do abuso do poder econômico, de José Inácio Gonzaga Franceschini - RT 640/255 (DTR\1989\33);
- Os escopos sociais do direito antitruste, de Carlos Jacques Vieira Gomes - RIBRAC 11/129 (DTR\2011\1977);
- Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência, de Heloisa Carpena - RIBRAC 12/43 (DTR\2011\5110).

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR

UMA REFLEXÃO À LUZ DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

LAÉRCIO FARINA

Pós-graduado em Direito Processual, Civil e do Trabalho pela USP.
Membro do Ibrac, da AASP e do Iasp. Advogado.

DENIS ALVES GUIMARÃES

Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Pesquisador visitante (*Michigan Grotius Research Scholar*) na University of Michigan. Membro do Conselho Deliberativo do Ibrac, da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP e da rede de especialistas do Instituto Millenium. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Civil

RESUMO: Este artigo traz uma reflexão sobre a interação entre direito da concorrência e defesa do consumidor no que diz respeito a casos que envolvem direitos de propriedade industrial. É sustentado que, nos casos em que o detentor de um direito de propriedade industrial se utiliza deste direito para monopolizar determinado mercado relevante (mercado secundário ou *aftermarket* de peças de reposição), os danos ao consumidor podem ser experimentados de forma imediata, ao contrário do que ocorre usualmente quando os consumidores são prejudicados de forma mediata via diminuição das opções no mercado. Indica-se, ainda, que nestes casos a redução das opções do consumidor não parece poder ser compensada pela obtenção de eficiências que fariam com que estas condutas pudessem ter um efeito líquido positivo (algum tipo de benefício ao consumidor).

PALAVRAS-CHAVE: *Aftermarket* – Peças de reposição – Serviços pós-venda – Custos de troca – *Lock in*.

ABSTRACT: This paper addresses the interface between antitrust and consumer law in cases involving industrial property. It is argued that when an industrial property right holder exercises such right in a way it monopolizes a given relevant market (a spare parts aftermarket), consumers can be harmed directly (and immediately), unlike the usual effect of consumer harm taking place indirectly via decrease in consumer choice. It is also argued that there is no consistent evidence that such direct harm can be outweighed by efficiencies that would make such practices positive in terms of welfare.

KEYWORDS: *Aftermarket* – Spare parts – After-sale services – Switching costs – *Lock in*.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Constituição Federal – 3. Lei 12.529/2011 – 4. Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor – 5. O caso das autopeças – 6. Direitos de propriedade industrial e a possibilidade de seu abuso – 7. Da possível conduta anticoncorrencial e de seus efeitos – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Direito da concorrência e defesa do consumidor,¹ como se sabe, são disciplinas muito próximas, ambas fundamentais para o que se tem chamado de *ordem jurídica do mercado* (USP, 2005). Quer dizer, o arcabouço normativo e institucional criado para a tutela da concorrência e do consumidor é imprescindível para que o mercado possa funcionar de forma saudável, tendo suas falhas (as chamadas *falhas de mercado* – ver, por exemplo: (NUSDEO, 2000, p. 138; e STIGLITZ, 2000, p. 76) mitigadas.

Hoje, após 20 anos de funcionamento efetivo do chamado Cade moderno, encontra-se bastante difundido o conceito de defesa da concorrência (que não se confunde com o conceito de concorrência desleal) que, para Averitt e Lande (OSTI, 2009, p. 377), consiste na manutenção de um mercado com opções abertas para os consumidores. Já o direito do consumidor, para os mesmos autores, tem como missão (dada a existência de opções garantidas pelo direito da concorrência) proteger a possibilidade do consumidor poder escolher entre as opções. Isso significa, principalmente, falar das normas que têm por objetivo garantir a maior fluidez possível das informações necessárias ao exercício da livre escolha.

Imagem interessante para que se compreenda de forma muito clara a relação entre as duas disciplinas é a de que o direito do consumidor tutela os interesses destes de forma imediata, enquanto o direito da concorrência o faz de forma mediata. Trata-se exatamente da mesma ideia elaborada por Averitt e Lande: o direito do consumidor constitui-se de uma série de normas aptas a tutelar seus interesses no curto prazo, quer dizer, sua proteção pode ser invocada de forma imediata pelos consumidores. Por outro lado, pouco serão úteis estas normas se o mercado não oferecer aos consumidores algumas possibilidades de escolha, o que é garantido pelo direito da concorrência. Sem este, não há como garantir que, no médio e longo prazos, os consumidores continuem tendo opções no mercado, daí se falar em proteção mediata dos interesses.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É válido lembrar que as duas disciplinas possuem *status* constitucional. Já no art. 1.º da CF/1988, que trata dos princípios fundamentais, é referida a livre-iniciativa (inc. IV), a outra face da livre concorrência (GRAU, 2000, p. 225). No art. 5.º (que trata dos direitos fundamentais), por sua vez, é estabelecido que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (inc. XXXII).

No art. 170 da CF/1988, concorrência e consumidor são colocados como princípios da ordem econômica nos conhecidos incs. IV e V.

1. Os autores agradecem Julia Raquel Haddad pela assistência na atualização do texto.

Não nos interessa aqui entrar no debate sobre a aplicação de princípios (ver, por exemplo: ÁVILA, 2005, p. 9; e DIMOULIS, 2006, p. 61) – até porque os dois aqui referidos têm sua aplicação garantida pela existência das leis ordinárias que regulam a matéria –, mas tão somente apontar referido *status* constitucional já no início desta exposição, particularmente porque a Constituição Federal de 1988 também conferiu esse *status* à outra disciplina que guarda forte interface com as duas primeiras, qual seja, a propriedade industrial. Nesse sentido, também cumpre apontar dispositivos dos arts. 5.º e 170 da CF/1988. Estabelece o inc. XXIX do art. 5.º que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. O inc. III do art. 170 da CF/1988, por sua vez, estabelece a “função social da propriedade” como princípio da ordem econômica.

Ora, mas qual seria a forte interface da propriedade industrial com a defesa da concorrência e do consumidor, a ponto de justificar a relação aqui estabelecida? O que ocorre é que em alguns casos em que se tem identificado a tão falada *interface entre concorrência e propriedade industrial* (1 Conferência SBDC, 2009; ABA Section of Antitrust Law, 2007), independentemente de qualquer conclusão a que possam chegar as autoridades antitruste (ex.: normas de propriedade industrial infringindo ou não normas de defesa da concorrência), observam-se danos imediatos aos interesses dos consumidores.

Para explicar o caráter imediato do dano experimentado pelos consumidores em alguns casos que envolvem concorrência e propriedade industrial (e também para apresentar aos que eventualmente não conheçam a Lei de Defesa da Concorrência àquele que talvez seja seu principal dispositivo), é conveniente voltar ao diploma legal que regula a concorrência, mencionado acima no contexto da afirmação de que existem leis ordinárias a propiciarem a aplicação dos dispositivos constitucionais que prescrevem a necessidade da proteção da concorrência e do consumidor. Trata-se da Lei 12.529/2011.

3. LEI 12.529/2011

Já em seu art. 1.º, a lei prescreve que “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*”. Seu Parágrafo único prescreve ainda que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Mais uma vez, sem pretender entrar em debate superficial sobre princípios constitucionais, o fato é que não se pode deixar de mencionar que a lei de defesa da concorrência, já em seu art. 1.º, reproduz *todos* os princípios constitucionais

relacionados nesta exposição (a repressão ao abuso do poder econômico, que decorre da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, é positivada no art. 173, § 4.º), e que isso certamente tem que exercer alguma influência sobre a interpretação realizada pela autoridade antitruste (FORGIONI, 2007, p. 19).

Mas o dispositivo a que nos referimos como possivelmente sendo o principal é o art. 36, que estabelece: “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”.

Conforme se depreende de sua redação, não há dúvidas de que qualquer conduta que *tenha por objeto* ou *possa produzir* os efeitos prescritos pelos incs. I a IV, é passível de punição pelo Cade. Quer dizer, não é necessário que os indesejáveis efeitos relacionados nos incisos do art. 36 cheguem a ocorrer para que se possa entender que houve uma infração da ordem econômica (FORGIONI, 2007, p. 65). Todavia, as decisões do Cade não refletem unanimidade no sentido de que basta a possibilidade de que determinada conduta possa dar causa aos referidos efeitos para que ocorra um ilícito antitruste.

Passando agora a uma breve menção aos efeitos previstos nos incs. I a IV, tem-se que o inc. I exerce uma função de “vala comum”, que pode abrigar os mais diversos tipos de efeitos econômicos indesejáveis, e que, exatamente por ser tão abrangente, é objeto de discussão e críticas.

Já o inc. II é de aplicação mais efetiva, pois busca coibir qualquer conduta que possa levar à dominação de um determinado mercado relevante, e por isso guarda maior relação com a conduta aqui analisada. Como será visto logo adiante, nos casos em que o detentor de um direito de propriedade industrial se utiliza deste direito para monopolizar determinado mercado relevante, pode ocorrer a chamada *monopolização imediata de mercado relevante*, como de fato ocorre quando o fabricante do *produto principal* se utiliza de alguma conduta para impedir que outros agentes com ele concorram no *mercado secundário*. A contraposição entre um mercado de produto principal e um mercado secundário se refere aos casos em que estamos diante de dois (ou mais) mercados distintos, mas relacionados. É o caso dos mercados de produtos/equipamentos e seus correspondentes mercados de peças de reposição e serviços de manutenção. As expressões mais comuns que podem representar essa contraposição são: mercado primário vs. mercado secundário, *foremarket* vs. *aftermarket*, mercado principal vs. mercado derivado, mercado *upstream* vs. mercado *downstream*, mercado a montante vs. mercado a jusante.

Nesses casos, o consumidor que adquiriu o produto principal da empresa praticante da conduta ficará sem qualquer opção de escolha no mercado secundário, pois, como visto, na hipótese, o fabricante do produto/equipamento monopolizou

o mercado de peças e manutenção para aquele produto/equipamento. Portanto, pode-se dizer que *nesses casos os danos ao consumidor podem ser experimentados de forma imediata*, ao contrário do que ocorre usualmente, quando os consumidores são prejudicados de forma mediata via diminuição progressiva das opções no mercado.

O inc. III, a despeito de suscitar interessantes discussões de ordem acadêmica, não vem encontrando qualquer receptividade por parte dos aplicadores da Lei Antitruste. A razão é a mesma que já era sustentada por muitos ainda na época de discussão do projeto de lei que viria a se tornar a já revogada Lei 8.884/1994, a de que tal dispositivo seria apenas uma base legal ou braço operacional para combater preços supostamente altos, sem qualquer base econômica para chegar a tal conclusão (FRANCO, 2006, p. 437).

Finalmente, o efeito previsto pelo inc. IV, o *abuso de posição dominante*, costuma ser o maior motivo de preocupação por parte das autoridades de defesa da concorrência, pois nesse caso tratar-se-ia de condutas empreendidas por agentes já detentores de *posição de mercado* ou *posição dominante*, que naturalmente se encontram em posição muito fortalecida, tendo, portanto, maior facilidade para impor prejuízo ao funcionamento dos mercados.

Não é exatamente o caso da hipótese descrita quando tratamos do inc. II acima, em que empresas que atuam em regime de competição no mercado primário (produto/equipamentos) praticam uma conduta no sentido de monopolizar de forma imediata o mercado secundário (peças/serviços de manutenção). Isso porque, para sermos exatos, essas condutas consistem na criação, por meio de algum artifício, de poder de mercado elevado ou total (monopolização), em um mercado secundário que depende de um mercado primário (obviamente – conforme suas autoexplicativas denominações já indicam). No caso do abuso de posição dominante (inc. IV), note-se que essa posição existe em relação a determinado mercado relevante, no qual o abuso se dará a partir de condição (poder de mercado) já detida pelo agente econômico em seu (único) mercado de atuação. Trata-se de situações distintas, portanto.

4. LEI 8.078/1990, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2.º da Lei), e aqui importa lembrar que a principal característica dessa legislação, no que concerne à interação entre concorrência e consumidor, é a já mencionada proteção do direito de informação ao consumidor que, no jargão do direito econômico, é referida como a falha de mercado da assimetria de informação. Como afirmado no início deste texto, sem informação adequada o consumidor não pode usufruir das opções de mercado facultadas pela aplicação efetiva da legislação de defesa da concorrência.

O chamado direito de informação do consumidor está referido em diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor: no art. 4.º, IV, como princípio; no art. 6.º, III, como direito básico; também é referido no conjunto das regras sobre publicidade e em vários outros dispositivos.

5. O CASO DAS AUTOPEÇAS

Para que se possa avançar na discussão é necessário partir para o tipo de caso citado ainda quando mencionávamos a Constituição Federal de 1988, para demonstrar o *status* constitucional das disciplinas da concorrência, do consumidor e da propriedade industrial, quais sejam casos em que uma conduta questionável sob o ponto de vista antitruste, e que tenha interface com a propriedade industrial, resulte em efeitos no mercado simultaneamente problemáticos sob a ótica da defesa da concorrência e também do consumidor.

Quando abordamos passagens da Lei de Defesa da Concorrência explicamos de forma sucinta que, nos casos referidos acima, o que ocorre é o que chamamos de monopolização imediata de mercado relevante (no caso, um *aftermarket* ou mercado secundário), pois, ao contrário do que trata o inc. IV do art. 36 da Lei 12.529/2011, nesses casos não ocorre exatamente abuso de posição dominante, já que, anteriormente à prática da conduta, não há agente econômico detentor de poder de mercado que possa, conseqüentemente, abusar de poder. O que há é, a rigor, uma conduta que tem como efeito a monopolização de um mercado relevante secundário (citamos o exemplo das peças de reposição e dos serviços de manutenção em relação ao mercado primário de produto/equipamento), daí se falar em formação de posição dominante ou, nos exatos termos do inc. II do art. 36 da Lei 12.529, de conduta que possa levar o agente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. Afirmou-se ainda que, com isso, pode haver danos imediatos aos interesses dos consumidores, que podem, a partir de uma única conduta, ficar privados de qualquer opção de escolha no mercado relevante que sofreu a restrição.

Os direitos de propriedade industrial são extremamente importantes para que se possa fomentar a evolução tecnológica, mas ocorre que esses mesmos direitos podem ter sua regular utilização distorcida de forma a criar uma posição dominante. Dissemos que a *monopolização imediata de mercado relevante* ocorre quando o fabricante do *produto principal* se utiliza de alguma conduta para impedir que outros agentes com ele concorram no *mercado secundário*. É o que vem ocorrendo, por exemplo, nos setores de fabricação de automóveis e venda de autopeças.

Algumas montadoras que atuam em regime de intensa competição no mercado de fabricação de automóveis obtiveram perante o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial – registros de desenho industrial (DI) de autopeças “externas” dos veículos, tais como lanternas, faróis, para-choques, retrovisores, rodas, calotas, peças da carroceria como para-lamas, capôs, portas etc.

As mesmas montadoras (bem como outras montadoras) sempre atuaram no mercado de autopeças em regime de competição com fabricantes independentes (FIAPs) – alguns desses fabricantes desenvolvem suas atividades no Brasil há mais de 50 anos. Conforme explica José Tavares de Araujo Jr., os fabricantes independentes, neste e em outros mercados, atuam por meio do processo de engenharia reversa, prática difundida em nível mundial, que inclusive tem o reconhecimento de sua legalidade e caráter pró-competitivo nos tribunais dos EUA (ARAUJO JR., 2006, p. 11).

Entendemos desnecessário abordar aqui a óbvia questão de que automóveis e autopeças constituem mercados relevantes distintos: não há qualquer possibilidade de substituição quer pelo lado da oferta quer pelo lado da demanda.

A conduta possivelmente anticoncorrencial que foi praticada por algumas montadoras (destaque-se o ano de 2006 em diante) consiste na utilização de medidas judiciais e extrajudiciais com o objetivo de impedir que os FIAPs fabriquem e comercializem autopeças protegidas pelos DIs concedidos a essas montadoras. Ora, o problema concorrencial reside no fato de que, com essas medidas, algumas montadoras impedem o funcionamento dos fabricantes independentes de autopeças e, com isso, o mercado de peças de reposição é monopolizado pelas respectivas montadoras. Isso porque cada montadora praticante dessa conduta passa a ser a única fabricante de autopeças para os veículos de sua marca. Quer dizer, se o consumidor adquire um veículo “v” de uma montadora “m” e precisar fazer a reposição das chamadas peças externas do veículo “v”, não terá outra opção senão adquirir as peças da montadora “m”, tendo em vista que as peças externas de diferentes veículos não são substituíveis entre si, pois precisam guardar correspondência com o *design* do veículo respectivo (ex.: o para-lama do veículo “v” não pode ser utilizado no veículo “x”). Note-se que o problema não é privilégio brasileiro, tendo casos semelhantes sido observados nos EUA, na UE e na Austrália.

Ora, mas alguém há de perguntar: se o INPI concedeu o registro de desenho industrial, não o fez justamente para conferir monopólio temporário ao autor daqueles *designs*, com o objetivo de recompensar o investimento feito? A pergunta certamente é pertinente, mas veremos que a tese a ela subjacente não resiste à análise da questão. Isso porque, ainda que os registros de DI tenham sido concedidos de acordo com o que prescreve o Código de Propriedade Industrial, tal tese representaria a existência de uma *isenção antitruste* viabilizada por meio de ato administrativo emanado pelo INPI (a concessão do DI), sendo que só uma lei pode eximir setores da economia (como ocorre com alguns setores regulados) ou mesmo agentes econômicos de sua sujeição à Lei Antitruste, que, por si só, não exclui nenhum setor ou agente de sua aplicação. Superada, portanto, qualquer dúvida sobre a competência dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros para tratar da matéria (Brasil, 2010; Salomão Filho, 2001, p. 136 – há quem sustente o contrário: Brasil, 2008), cabe agora tangenciar a questão da propriedade (ou impropriedade)

dos referidos registros de DI e a possibilidade de esses registros estarem sendo utilizados de forma abusiva.

6. DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A POSSIBILIDADE DE SEU ABUSO

É de conhecimento notório que os direitos de propriedade industrial são monopólios temporários conferidos aos agentes econômicos para que estes possam ser adequadamente remunerados por sua criação, mantendo-se, assim, o incentivo à inovação, que inclusive constitui uma das formas de eficiência reconhecidas pela lei de defesa da concorrência. Tem-se, então, que concorrência e propriedade industrial são instrumentos complementares de desenvolvimento econômico, mas, na prática, em vários momentos esses instrumentos podem entrar em conflito (ABA, 2007, p. 1), exatamente como ocorre, é bom lembrar, com consagrados instrumentos de política econômica monetária, fiscal, cambial e comercial (NUSDEO, 2000, p. 180).

A concessão de cada direito de propriedade industrial é disciplinada pelo Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996 – LPI), e tais montadoras foram ao INPI e obtiveram os registros de DI para as referidas autopeças externas. Segundo o art. 95 da LPI, “considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

Tendo o texto do art. 95 da LPI em mente, surge a seguinte pergunta: é desenho industrial o *design* do carro como um todo, que precisa ser protegido para que determinada montadora não venha a ter o desenho de seu veículo copiado por outra, podendo manter, assim, uma vantagem competitiva em seu mercado? (mercado principal de fabricação de veículos novos – SILVEIRA, 2009); ou, é desenho industrial o *design* de uma simples peça componente do desenho do veículo, como é o caso de lanternas, faróis, para-choques, retrovisores, rodas, calotas, peças da carroceria como para-lamas, capôs, portas etc.?

A questão é discutível, e nem o INPI chegou a dar uma resposta a ela. O fato de o INPI ter concedido o registro de DI para as montadoras que a ele foram solicitá-lo, como se sabe, não implica que o órgão tenha feito uma análise de mérito a respeito (arts. 106 e 111 da LPI), como efetivamente não fez. O fato é que a concessão dos DIs criou a possibilidade de monopolização do mercado de autopeças pelas montadoras praticantes da conduta aqui descrita, e isto, como visto, constituiu a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para analisar o caso (repita-se: ato administrativo de concessão do DI não pode constituir isenção antitruste).

A questão que se coloca, então, é se tais montadoras poderiam utilizar os registros de DI como base para praticar uma conduta que tem por efeito a monopolização do

mercado de autopeças. Quer dizer, o exercício do direito de propriedade garantido pela concessão dos DIs estaria sendo feito de forma regular ou abusiva? Embora a LPI só trate expressamente do abuso de direito e do abuso de poder econômico relacionado à titularidade de patentes, é sabido que o abuso de direito é doutrina amplamente consagrada na teoria geral do direito (HUCK, 1997), o que faz que a utilização deste instituto seja plenamente cabível quanto aos desenhos industriais.

De acordo com “ampla literatura acadêmica sobre a interface entre antitruste e propriedade intelectual”, os direitos de propriedade industrial estão sempre referidos a mercados relevantes específicos, e não podem ser usados para restringir artificialmente as opções do consumidor (ARAÚJO JR., 2006, p. 3). Ainda que assim não fosse, viu-se que a Constituição Federal de 1988 condiciona o exercício dos direitos de propriedade industrial à sua função social. Também o faz a própria LPI, que dispõe que os direitos de propriedade industrial são protegidos com consideração do seu interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Dado que estes direitos são *monopólios temporários conferidos aos agentes econômicos para que estes possam ser adequadamente remunerados por sua criação*, cabe questionar se as montadoras, ao vender os veículos novos (mercado primário), já não deveriam ter fixado seus preços de forma a obter rendimentos suficientes para cobrir seus investimentos em P&D, no caso, o investimento feito para que o *design* do veículo pudesse constituir uma vantagem competitiva no mercado de fabricação de veículos novos.

Não, com isso não se está a sustentar nenhuma ideia arbitrária para controlar preços sem o correspondente fundamento econômico (FRANCO, 2006, p. 437). Mas vimos que nossa ordem constitucional e legal objetiva proteger os *direitos do consumidor*, talvez principalmente por meio do *direito à plena informação*. Não parece ser prática, de acordo com o espírito da lei a venda de um produto primário por um preço “x”, conhecido pelo consumidor, que na verdade será acrescido de um preço “y”, desconhecido pelo consumidor e que não poderá ser por ele evitado: não haverá alternativas no mercado secundário (autopeças), visto que o consumidor estará *preso* ao preço monopolista praticado pela montadora no *aftermarket* em razão da presença de elevados *custos de troca* (v. item seguinte desta exposição).

Fica clara, então, a possibilidade de que a conduta de tais montadoras, amparadas em direito de propriedade, esteja sendo praticada com abuso de direito, excedendo a motivação econômica subjacente ao reconhecimento do direito de propriedade e, ao mesmo tempo, impondo danos imediatos à concorrência (monopolização imediata do mercado relevante de peças de reposição) e aos consumidores que, a partir de uma única conduta, ficam privados de *possibilidade de escolha* (que deve ser garantida pelo *direito da concorrência*) e do *direito à informação* (garantia da legislação de *defesa do consumidor*).

A possibilidade de que o abuso de direitos de propriedade industrial possa constituir uma infração à legislação de defesa da concorrência foi reconhecida pela SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (órgão extinto com a

entrada em vigência da nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011 –, sucedido pela Superintendência-Geral do Cade), em passagem de nota técnica que tratou do tema (BRASIL, 2008). Com efeito, e sem surpresa, pode-se dizer que o próprio INPI, por meio das palavras de seu presidente, de forma inequívoca, manifestou a visão de que o Cade é a instituição detentora de competência para analisar se um direito de propriedade industrial está sendo utilizado de forma abusiva, em infração à Lei Antitruste, pela simples razão de que o INPI não detém expertise para fazer tal análise (Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP, 2008). Porém, o órgão instrutor do SBDC (a então SDE) entendeu de forma diversa no caso concreto, afirmando que a ele não competia se pronunciar sobre a questão diante da existência do registro dos desenhos industriais. Não é demais repetir que tal tese implica o reconhecimento de uma isenção antitruste por meio de ato administrativo (concessão de DI pelo INPI), contrariamente ao que dispõe a Lei de Defesa da Concorrência, que não excetua nenhum setor ou agente econômico de sua sujeição. Somente a lei poderia fazê-lo.

Assim, portanto, temos que a solução para o caso é tanto econômica quanto jurídica. Havendo um direito de propriedade (no caso, dos detentores dos registros de desenhos industriais) que tem sua utilização balizada por fatores sociais e econômicos, e também havendo, de outro lado, a legislação de defesa de concorrência, promulgada para tutelar o bom funcionamento do mercado, também balizada por princípios jurídicos e objetivos econômicos, somente o exaurimento da instrução e o julgamento por órgão especializado, o Cade poderá solucionar o mérito econômico do caso.

7. DA POSSÍVEL CONDUTA ANTICORRACIONAL E DE SEUS EFEITOS

Dado que é impossível, nesta exposição, chegar a um tratamento conclusivo da matéria, passa-se agora a abordar os principais problemas subjacentes à conduta possivelmente anticoncorrencial aqui descrita, e que certamente deveriam ser objeto de profunda análise por parte do SBDC.

Tem-se que a atuação dos FIAPs representa garantia de concorrência no *aftermarket*. A monopolização desse mercado por algumas montadoras visa a acabar com a pressão competitiva exercida pelos FIAPs sobre elas. Como apontado por José Tavares de Araujo Jr., com a monopolização do *aftermarket* as montadoras adquirem tanto o poder de controlar os custos de manutenção para o consumidor quanto o poder de controlar a vida útil do veículo: “na ausência de pressões competitivas, os fabricantes de bens duráveis procurarão limitar a vida útil de seus produtos, já que a lucratividade potencial dos novos modelos é inversamente proporcional à idade média dos estoques vendidos em períodos anteriores” (ARAUJO JR., 2006, p. 2).

Por outro lado, com a pressão competitiva imposta pela atuação dos FIAPs, cada montadora tem poder limitado para planejar a redução da vida útil de seus veí-

culos, uma vez que, se o fizer, correrá o risco de perder participação no mercado primário assim que a queda da durabilidade de seus veículos puder ser percebida pelos consumidores. Certamente isto não ocorre de um momento para outro, mas, a médio prazo, a durabilidade dos veículos constitui um fator de competitividade no mercado primário.

Se, ao contrário, essas montadoras adotam uma conduta no sentido de monopolizar o mercado secundário, poderão reduzir a vida útil de seus veículos sem se preocupar em perder participação no mercado primário, pois, mesmo que os consumidores percebam que estão sendo vítimas de uma prática nociva (ou simplesmente percebam que detêm um produto menos durável), não terão outra opção senão adquirir as peças de reposição originais, que, agora (após a monopolização do mercado secundário), terão preços monopolísticos. Onde, saliente-se, se encontra a compensação da montadora à eventual perda de participação no mercado principal, como será visto adiante.

O frequente argumento (encontrado em casos nacionais e internacionais de tentativa de monopolização de mercados secundários) de que os consumidores podem trocar seus veículos por outros produzidos por outras montadoras que não estão empreendendo condutas no sentido de monopolizar o *aftermarket* (isto é, o argumento de que, sendo o mercado primário competitivo, não há que se preocupar com a competição no mercado secundário) desconsidera os *custos de troca* (*switching costs*) do veículo, como, por exemplo, a desvalorização que este sofre no momento da revenda. Note-se que, ainda que o consumidor esteja disposto a incorrer nesse custo e vender seu veículo para comprar outro de uma montadora que não monopolize o mercado secundário, outro consumidor adquirente do primeiro veículo passará a ser o prejudicado pela monopolização. Note-se que aqui voltamos ao problema da *assimetria de informação* que afeta o *consumidor* em muitos mercados de serviços pós-venda e peças de reposição.

Além disso, o mesmo argumento (havendo competição no mercado primário, não há que se preocupar com o mercado secundário) desconsidera também o fato de que o automóvel é um produto durável, ficando o consumidor “preso” à aquisição das respectivas autopeças. Trata-se do efeito *lock in*, amplamente reconhecido pela literatura antitruste (BORENSTEIN, MACKIE-MASON, NETZ, 1995, p. 455). O ex-Conselheiro do Cade Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu voto no caso *Power-Tech/MATEC*, utilizou o conceito de *lock in* como “fato do usuário ao comprar o equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido ao seu elevado custo” (BRASIL, 2003, p. 17). Diz-se que “a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto” (GUIMARÃES, 2007, p. 273). No caso do setor automobilístico, com

o *lock in*, as montadoras praticantes da conduta auferirão lucros monopolistas no mercado secundário durante toda a vida útil do veículo.

A título exemplificativo, a questão pode ser ilustrada com situações análogas que podem ser observadas em relação aos mais diversos produtos. Em geral se observa um preço muito atrativo no equipamento principal, e virtualmente escorchante no *refill* (exclusivamente produzido pela empresa produtora daquele). Célebre é o exemplo da máquina fotográfica Polaroid. Produto baratíssimo, cujo filme (só por ela fabricado) custava muito caro. Empresas de lâminas de barbear também têm se valido de prática similar. Notório, nos dias que correm, o mercado das impressoras para computador. Para certas marcas e modelos, o preço da impressora nova não é suficiente para a aquisição de três cartuchos de tinta de impressão.

No setor de autopeças (bem como em outros em que elevados custos de troca estão presentes) ocorre o *lock in*, que traz efeitos perversos para o consumidor, seja pelo valor do bem e sua importância para a moderna vida em sociedade, seja porque o consumidor muitas vezes não considera a *viabilidade econômica da manutenção do produto*. Isto quer dizer que, não tendo condições financeiras de trocar seu veículo por um mais novo que requeira menos manutenção (ou praticamente nenhuma manutenção, no caso da aquisição de um automóvel zero Km), o consumidor é obrigado a adquirir peças de manutenção para manter seu veículo em condições mínimas de funcionamento. Daí a grande importância da existência de um mercado de autopeças competitivo. Com a monopolização desse mercado secundário, os consumidores ficam sujeitos a preços monopolistas de peças originais por um longo período.

O argumento de que a competição no mercado primário faz desnecessária a competição no mercado secundário é flagrantemente falacioso na medida em que, caso tais montadoras realmente acreditassem na possibilidade de migração dos consumidores para veículos de outras marcas que não monopolizassem o *aftermarket*, não praticariam a conduta de monopolização do mercado secundário se esta pudesse causar uma perda de participação no mercado primário. Ainda que o mercado secundário seja extremamente lucrativo (mais ainda se for monopolizado), tal estratégia não parece crível na medida em que uma atual perda de participação no mercado primário representa redução das vendas futuras no mercado secundário. Quer dizer, as montadoras praticantes da conduta creem que *não* terão sua posição enfraquecida no mercado principal. *A não ser que tenham chegado à conclusão de que essa perda seria compensada pelos lucros monopolísticos no aftermarket*. Quer-se dizer que, *perdendo ou não perdendo participação no mercado principal*, há racionalidade econômica na conduta de monopolização do mercado secundário.

Note-se que os lucros extraordinários no *aftermarket* teriam a função de financiar novos investimentos em P&D para o mercado principal (ARAUJO JR., 2006, p. 2). Importante notar que a conduta possivelmente anticompetitiva no mercado secundário pode gerar receitas monopolísticas aptas a melhorar a posição da mon-

tadora no próprio mercado primário. Por meio de tal conduta, dada empresa pode auferir receitas que a auxiliarão a ganhar participação no mercado principal, tendo em vista as inovações tecnológicas obtidas com o investimento em P&D (financiado pela conduta aqui questionada), participação adicional diretamente relacionada à perda de participação das montadoras que não contaram com esses “recursos adicionais” para investimento em P&D (recursos provenientes da conduta possivelmente ilícita). Não será por outro motivo que o MPSP – Ministério Público do Estado de São Paulo (em ação civil pública referente ao setor de autopeças) – demonstrou que um carro montado a partir de peças de reposição pode custar oito vezes o preço do mesmo carro novo.

Tem-se, assim, que a monopolização do mercado secundário pode gerar outros efeitos nocivos para além da redução do *bem-estar do consumidor* e do *bem-estar agregado* ocasionada pela prática possivelmente anticompetitiva no mercado de autopeças, podendo também, futuramente, provocar distorções competitivas no próprio mercado de veículos, ou *foremarket*. Se, por um lado, pelo menos sob uma ótica conservadora da política de concorrência, não caberia à autoridade antitruste se preocupar com a distribuição de margens de lucro entre agentes econômicos atuantes em um mercado competitivo (fabricação de veículos), por outro não parece razoável aceitar que a omissão da autoridade de defesa da concorrência em relação a uma prática anticompetitiva (mercado de autopeças) possa gerar uma distorção no mercado de fabricação de veículos.

Claro que seria difícil mensurar essa possível distorção competitiva no mercado de fabricação de veículos, assim como também o é aferir os prejuízos ao bem-estar agregado e ao bem-estar do consumidor puro ocasionados pela possível prática anticompetitiva no mercado de autopeças. Mas desta última tarefa a autoridade antitruste não pode se esquivar. Assim entendeu o Plenário do Cade, de forma unânime, ao rever a decisão da então SDE no sentido de encerrar a investigação preliminar. Dessa forma, o caso voltou à SDE para a instauração de processo administrativo, procedimento adequado para o desenvolvimento de investigação aprofundada – agora em curso perante a Superintendência-Geral do Cade, o órgão sucessor da extinta Secretaria –, por meio da qual se possa chegar a uma conclusão sobre as importantes questões antitruste em debate.

8. CONCLUSÃO

Com isso, voltamos ao artigo de Osti (cuja citação de Averitt e Lande reproduziu-se logo no início deste texto para abordar a relação entre direito da concorrência e do consumidor), desta vez para reproduzir a citação de Weber Waller, para quem “o objetivo do direito do consumidor e do direito antitruste é *ou deveria ser* o bem-estar do consumidor” (OSTI, 2009, p. 377). Todavia, sabe-se que, no direito antitruste, o bem-estar do consumidor é um conceito discutível (BORK, 1993;

GUIMARÃES, 2008, p. 61) e que por isso são grandes os desafios colocados diante da autoridade de concorrência, sejam eles entendidos como desafios de natureza *política* ou *técnica* (tanto quanto é possível dividi-los nessas duas categorias em um debate complexo como este).

Quanto aos desafios *políticos*, coloca-se: qual o objetivo da política de concorrência? Tutelar o bem-estar agregado (ou eficiência alocativa ou crescimento econômico – WILLIAMSON, 1968, p. 18), o bem-estar do consumidor puro (ou eficiência distributiva ou distribuição de riqueza – FISHER E LANDE, 1983, p. 1580), a eficiência inovativa (inovação) ou ainda outro objetivo? Quanto aos *técnicos*, pergunta-se: quantos recursos terão que ser despendidos para se aferir eventuais danos ao bem-estar agregado? Mais difícil ainda é medir os impactos sobre o bem-estar do consumidor puro e, pior ainda, aplicar um modelo de análise apto a avaliar os impactos da conduta sobre a inovação (CARDOSO, 2007, p. 27).

Sem a pretensão de dar a palavra final, que cabe à autoridade após a realização da competente análise econômica, diante de tudo que aqui foi exposto, não nos parece que a conduta praticada possa ter qualquer efeito positivo em termos de bem-estar agregado ou bem-estar do consumidor puro. Resta ao Cade se preparar para a análise da alegação de tais montadoras, qual seja a de que a conduta praticada estaria de acordo com o objetivo de propiciar inovação tecnológica (eficiência inovativa).

9. BIBLIOGRAFIA

I CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO SBDC: balanço e desafios na formulação da política antitruste, 2009. São Paulo. Painel 6: Concorrência e Propriedade Intelectual.

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Intellectual property and antitrust handbook*. Chicago: ABA Publishing, 2007.

ARAÚJO JR., José Tavares. *Restrições verticais no mercado brasileiro de autopeças: impactos anticompetitivos*. Dez. 2006. Disponível em: [www.ecostrat.net/files/Autopecas-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf]. Acesso em: 09.03.2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey K.; NETZ, Janet S. Antitrust policy in aftermarkets. *Antitrust Law Journal*. vol. 63. p. 455-482. 1995.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox – a policy at war with itself*. Washington, D.C.: The Free Press, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – Anfape. Representados: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, 15 de dezembro de 2010. Voto do Conselheiro-relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

- Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000572751194.pdf]. Acesso em: 22.02.2011.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.000172/1998-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda. Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC). Relator: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Brasília, 26 de março 2003. Voto-vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, p. 17, nota de rodapé n. 20. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000150461010.pdf]. Acesso em: 09.03.2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Coordenação-geral de Assuntos jurídicos. Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda. Brasília, 10 de março 2008. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000345991879.pdf]. Acesso em: 12.03.2010.
- BRASIL. Ministério Público Federal – Ofício perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – Anfape. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, 8 de março 2010. Parecer MPF/CADE n. 23/2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000510781292.pdf]. Acesso em: 12.03.2010.
- CARDOSO, Fernanda G. Análise de eficiências compensatórias: lições dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. *Boletim de Informações da FIPE*. n. 324. p. 26-30. São Paulo: FIPE, set. 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- FISHER, Alan A.; LANDE, Robert H. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review*. vol. 71. n. 6. p. 1580-1696. dez. 1983.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- FRANCO, Gustavo H. B. *Crônicas da convergência – ensaios sobre temas já não tão polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP, 2008, São Paulo. Palestra proferida pelo Dr. Jorge de Paula Costa Ávila (Presidente do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial).
- GUIMARÃES, Denis Alves. *Condicionamentos jurídicos para a implementação de políticas públicas: relações institucionais, política de concorrência e política regulatória*. Tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

- _____. Monopolização de *aftermarkets*: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado. *Revista do IBRAC*. vol. 14. p. 271-300, São Paulo: IBRAC, 2007.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- OSTI, Cristoforo. Interpreting Convergence: where antitrust meets consumer law. *European Competition Journal*. vol. 5. n. 2. p. 377-408. ago. 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Newton. Parecer *Partes isoladas do desenho industrial de um produto seguem sendo um desenho industrial?* mar. 2009.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3. ed. New York/London: Norton, 2000.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2005, São Paulo. Curso de pós-graduação Direito e Economia, ministrado pelos professores Eros Grau, Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo e Paula Forgioni. São Paulo: Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2005.
- WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*. vol. 58. n. 1. p. 18-36. mar. 1968.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito autoral e propriedade industrial como espécies do gênero propriedade intelectual. Suas relações com os demais direitos intelectuais, de Eliane Y. Abrão – *RT* 739/86 (DTR\1997\231);
- Os direitos de propriedade industrial como instrumentos para a defesa do consumidor, de José Carlos Tinoco Soares – *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 4/981 (DTR\2012\490);
- Painel III – Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial, de Arthur Barrionuevo, Mário Possas, Paula Forgioni, Pietro Ariboni, Fernando Marques, Cleveland Prates Teixeira – *RIBRAC* 10/183 (DTR\2011\5102); e
- Propriedade industrial – Modelo de utilidade. Prescrição da ação de contrafação e inocorrência de concorrência desleal, de P. R. Tavares Paes – *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 1/1307 (DTR\2012\1853).

IMPLICAÇÕES DO REGIME DE FALÊNCIAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

GABRIEL MATTIOLI DE MIRANDA

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado especializado em Direito Econômico e Comércio Internacional.

CAMILA PIRES DA ROCHA

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogada especializada em Direito Econômico e Concorrencial.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: Este trabalho se dedica a estudar as correlações entre os regimes recuperacionais e de defesa da concorrência, com foco na influência do primeiro sobre o segundo. Estudamos a experiência internacional e os estudos nacionais sobre o tema, e chegamos à conclusão de que a experiência brasileira sobre o assunto ainda é incipiente. Propomos algumas formas de analisar as interações entre os regimes, estudamos algumas destas influências recíprocas, e apresentamos sugestões para análise de atos de concentração, assim como mudanças no atual regime de falências, com o objetivo de harmonização entre ambos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito antitruste – Direito recuperacional – Falências – Concorrência – Recuperação de empresas.

ABSTRACT: This paper is aimed at studying the correlations between the corporate recovery and antitrust regimes, with focus on the influence of the first over the last. We study the foreign experience and the Brazilian studies on the matter, and conclude that the Brazilian experience on the matter is still incipient. We propose some ways to analyze the interactions between the regimes, studying some of these reciprocal influences, and presenting suggestions to the analysis of mergers, as well as changes to the present corporate recovery regime, with the objective of harmonization of both.

KEYWORDS: Competition law – Corporate Recovery – Insolvency – Antitrust – Bankruptcy law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Experiência internacional: 2.1 Europa; 2.2 Estados Unidos – 3. Precursores nacionais: 3.1 Doutrina nacional; 3.2 Cade: Sadia/Perdigão e CBC/Rossi – 4. Regimes de falências: efeitos e soluções; 4.1 Critérios para concessão de planos de recuperação; 4.2 Concentrações decorrentes de planos de recuperação – 5. Concurso de credores – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Poucos casos apresentaram tal relevância concorrencial no Brasil e no mundo quanto a concentração entre Sadia e Perdigão, maiores *players* no mercado brasi-

leiro de carnes congeladas e relevantes agentes econômicos em variados mercados do ramo alimentício.¹

Tal operação se deu no contexto de grave desequilíbrio econômico sofrido pela Sadia, atingida pela crise econômica desencadeada no final de 2008 por conta de seus investimentos massivos no setor financeiro. À época, receava-se que a companhia, com receita líquida de R\$ 10,7 bilhões e responsável por 60.000 empregos diretos,² estivesse à beira da falência, com efeitos nefastos para o nível de emprego na indústria alimentícia e no saldo da balança comercial brasileira.

A compra da empresa pelo grupo Perdigão, seu concorrente direto, constituiu um impasse para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade): as empresas apresentavam *market shares* conjuntos em proporções superiores a 80%.³

As possíveis soluções que o Cade poderia oferecer ao caso apresentariam relevantes consequências para a política econômica brasileira, indo dos extremos da criação de um campeão nacional quase monopolista à falência de uma das maiores empresas do país.

Neste trabalho, procuraremos lançar um outro ponto de vista.

Por que a Sadia, como agente econômico racional, optou pela transação com a Perdigão, em lugar de sujeitar-se a uma recuperação judicial ou falência?

Por óbvio, tendo como excluída a possibilidade de uma terceira estratégia – e.g., financiamento externo, mudanças administrativas, etc. –, a resposta a esta pergunta depende da solução de outra questão fundamental: como o regime falimentar brasileiro poderia oferecer uma alternativa mais rentável à Sadia que a aquisição pela Perdigão?

Neste trabalho, procuramos explorar de que forma opções políticas perpetuadas nos regimes falimentares podem influir nas condições econômicas dos mercados relevantes concorrenciais, seja através do estímulo à concentração ou desconcentração econômica, seja através da facilitação de condutas anticoncorrenciais.

Na segunda seção deste trabalho, nos dedicamos a estudar a experiência internacional sobre o tema. Identificamos que a União Europeia já abordou a influência de regimes falimentares nas condições concorrenciais do mercado comum europeu, visando dificultar a “eleição” de um campeão nacional subsidiado por um dos

-
1. Ato de Concentração 08012.004423/2009-18, rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz. Aprovação condicionada a assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 13.07.2011.
 2. Dados retirados do Relatório Anual de 2008 do Grupo Sadia. Publicação apenas via internet. Disponível em [<http://pt.scribd.com/doc/68797332/Relatorio-Anual-2008-Sadia>]. Acesso em: 30.01.2013.
 3. Voto do Conselheiro rel. Ricardo Machado Ruiz no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18., f. dos autos. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000616921795.pdf]. Acesso em: 30.01.2012.

estados-membros por meio de mecanismos de resgate falimentar, prejudicando o desempenho de empresas não subsidiadas (e, possivelmente, mais eficientes). Verificamos, na teoria econômica norte-americana, a teoria da *failing firm defence*, e o início de uma discussão sobre graves discrepâncias entre o regime falimentar e o sistema de defesa da concorrência deste país.

Na terceira seção, procuramos identificar o material já produzido no Brasil com relação ao tema. Como exposto na introdução acima, acreditamos que a literatura vem negligenciando a importância de um estudo sobre o assunto, o que explicaria a quase completa ausência de doutrina e jurisprudência nacionais pertinentes a este objeto.

Na quarta seção, utilizando como base as referências acima expostas, bem como o estudo da legislação falimentar brasileira, buscamos identificar os possíveis efeitos que nossa legislação falimentar pode estar causando ou vir a causar no ambiente concorrencial. Procuramos generalizar soluções para eventuais efeitos anticompetitivos que poderiam advir de alguns dos dispositivos, bem como estimar quais decisões a análise antitruste poderia considerar, tendo em vista os efeitos da legislação concorrencial corrente.

Por fim, na quinta seção, efetuamos uma breve síntese dos estudos e conclusões atingidos pelo trabalho.

2. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

2.1 Europa

A União Europeia apresenta, como seu órgão principal de controle antitruste, a *European Competition Commission* (ou, simplesmente, Comissão), no âmbito do Mercado Comum Europeu, nos termos do Tratado de Lisboa. Tal órgão é responsável tanto pelo procedimento judicialiforme de análise antitruste de atos de concentração econômica (*mergers*) e condutas quanto pela edição de normas complementares ao tratado de Lisboa, consideradas *Guidelines* para a atuação dos estados-membros no âmbito concorrencial.

Destas *Guidelines*, destacam-se as “Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty”, orientando o procedimento a ser adotado pelos estados-membros no processo de concessão de regimes jurídicos diferenciados a empresas em situação de crise econômica, seja por meio de regimes jurídicos falimentares gerais e abstratos, seja por meio de atos concretos direcionados a empresas específicas.

Em tais *Guidelines*, percebe-se grande preocupação em garantir que tais medidas de recuperação não afetarão negativamente as empresas não beneficiadas pelo auxílio estatal. Parece-nos que esta preocupação vem do receio de que os regimes de recuperação funcionem como subsídios, de forma a que algum dos estados-membros

mantenha um “gato gordo” em funcionamento, em concorrência direta com (e em prejuízo de) empresas não subsidiadas.

“On the other hand, it will ensure that restructuring aid is limited to the minimum required to restore viability while limiting distortion of competition. In this respect the Commission will also request compensatory measures to minimize the effect on competitors.”⁴

Ficam patentes os objetivos de tal legislação em garantir que agentes que ainda podem contribuir para o bom funcionamento do mercado recebam a ajuda necessária para nele permanecerem sem, no entanto, fortalecerem-se de maneira desleal frente aos seus competidores ou, ainda, sem que essa ajuda sirva de muletas para *players* ineficientes.

Pode-se afirmar que a intenção da União Europeia é evitar que o regime de falências possa (i) gerar a manutenção de um agente econômico ineficiente, seja por intenção direta de um estado membro que deseja subsidiá-lo, seja por política falimentar falha que lhe cause acomodação; (ii) causar prejuízos aos concorrentes de determinado *player* em regime especial, devido a disposições que não atribuíssem ao concorrente do recuperado a devida recompensa por sua eficiência econômica, e tivesse este concorrente que arcar com os custos da concorrência desigual enfrentada no período especial de recuperação.

A conflituosa intersecção entre a legislação antitruste e as crises enfrentadas pelas empresas também foi longamente discutida nas *roundtables* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE sobre a *failing firm defence*.⁵

Grandes preocupações foram levantadas em relação a esta argumentação, pois há temor de que esse argumento seja utilizado para proporcionar posições de dominância.⁶

4. Community guidelines on State Aid for rescuing and restructuring firms in difficulty. *Official Journal* C 244, 01.10.2004, p. 2-17. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001(01):EN:NOT]. Acesso em: 30.01.2013.

5. A *failing firm defence* é um argumento usualmente utilizado perante órgãos de defesa da concorrência, a fim de justificar operação com alto grau de concentração econômica, com base no interesse público na manutenção da atividade produtiva da empresa em crise. Uma das suas formulações clássicas é baseada nas *Horizontal Merger Guidelines* Europeias: “The Commission may decide that an otherwise problematic merger is nevertheless compatible with the common market if one of the merging parties is a failing firm”.

6. “Their key concern [regulators] is that acquisitions by competitors can lead to greater market power, potentially resulting in higher prices for consumers, lower quality and less consumer choice (...) During a weakened economy, large market players may be thinking that this creates ripe opportunity to acquire a financially distressed competitor by invoking the defense. Equally, board members and shareholders of the failing competitor may be feeling desperate for a rescue deal. However, companies should be wary of being

No âmbito europeu, alguns critérios para utilização da *failing firm defence* foram bem demarcados, precisando ser demonstrados pelas partes interessadas na operação para que esta seja aceita. A Comissão, nas *Horizontal Merger Guidelines*, aponta que os agentes envolvidos na operação devem demonstrar que (a) a empresa que apresenta dificuldades financeiras sairia do mercado em um curto espaço de tempo caso a operação não fosse autorizada; (b) não há opção menos gravosa para a concorrência; e (c) os ativos da empresa sairiam do mercado.⁷

Essas *Guidelines* revelam preocupação da Comissão em garantir que crises econômicas de agentes não sirvam de justificativa para indevido afastamento dos interesses concorrenciais. A Comissão deixa às partes o ônus de provar o preenchimento dos requisitos, podendo essa recorrer a terceiros para obter informações complementares.

Percebe-se que a maioria dos países-membros da OCDE, apesar de nem todos apresentarem normas sobre a *failing firm defence*, adotam esses mesmos parâmetros.⁸

Ponto comum a todos eles é estar a aprovação condicionada à prova de que possível prejuízo à concorrência decorrente da operação seria menor do que aquele resultante da saída da empresa em crise.

Outro ponto amplamente discutido é a possibilidade de a crise financeira aumentar o número de agentes econômicos que recorrem ao argumento da *failing firm defence*, assim como a flexibilização pela Comissão e pelas autoridades concorrenciais locais ao lidar com as notificações ocorridas nesses períodos de crise.

Tanto a Comissão quanto os países que participaram da discussão realizada na *Roundtable* de 2009 sobre a *failing firm defence* demonstraram não possuir interesses na flexibilização dos critérios adotados por entenderem que isso geraria prejuí-

accused of dressing up a business as failing to benefit from the defence". NORRIS, Lauren N. *The Failing Firm Defense in American Bar Association Young Lawyers Division – The 101 Practice Series: Breaking Down the Basics*. Publicação apenas via internet. Disponível em: [www.klgates.com/files/Publication/1ae9fe1f-ab0e-49cb-8527-00ac4fc754e7/Presentation/PublicationAttachment/9c1d5211-abbf-4217-a7ea-0756cc43c192/Norris_FailingFirmDefense.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.

7. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal* C 31, 05.02.2004, p. 5-18. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):EN:NOT]. Acesso em: 30.01.2013.
8. Tais critérios podem ser observados nos casos, dentre outros, da aquisição da Millway Stilton pela Long Clawson (OFT. Completed acquisition by Long Clawson Dairy Limited of the Millway business of Dairy Crest Group. J.08.10.2008. Disponível em: [www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2008/LongClawson.pdf]. Acesso em: 31.01.2013.) e da aquisição de lojas da Zavvi pela HMV (OFT. Anticipated acquisition by HMV of 15 Zavvi stores. ME/4036/09. J. 28.04.2009. Disponível em: [www.of.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2009/HMV.pdf]. Acesso em: 31.01.2013).

zos concorrenciais. Em momentos de dificuldade financeira as empresas deveriam recorrer a outros instrumentos mais apropriados para a superação da crise, devendo o direito antitruste ser normalmente aplicado⁹ e as operações de concentração econômica analisadas de acordo com os parâmetros convencionais.

Tal posicionamento da comunidade europeia no sentido de preservar uma firme aplicação da legislação concorrencial é digno de detalhada análise, e poderia servir de inspiração para construção de doutrina e jurisprudência nacionais sobre o assunto.

2.2 Estados Unidos

Na esfera americana, podemos apontar preocupações muito semelhantes às europeias no que toca à *failing firm defence*.

A primeira referência a tal argumentação ocorreu em 1930 com o caso denominado como *International Shoe*. No entanto, apenas em 1960 a Suprema Corte estabeleceu os critérios a serem utilizados como parâmetro para análise do cabimento dessas operações.¹⁰

Os critérios estabelecidos nas *Horizontal Merger Guidelines*¹¹ norte-americanas se assemelham aos europeus.

A tradição norte-americana também procura garantir escorreita aplicação do direito antitruste,¹² assegurando que a *failing firm defence* seja aceita em operações

-
9. "As of October 2009, competition authorities had not seen an increase in the number of mergers in which the parties claimed the FFD. This may be because there is a perception that the FFD criteria are too strict. That raises the question whether competition authorities should loosen the FFD criteria, particularly in light of the global economic crisis. The consensus among the Committee delegates was that there is no justification for such a change. There are other policy instruments (e.g. bankruptcy law and state aid) available to help failing firms through the crisis". OCDE. *Roundtable on failing firm defence*. Documento n. DAF/COMP(2009)38. Disponível em: [www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.
 10. "(1) The acquiring company must show that the target is in imminent danger of failure; (2) the failing firm must have no realistic prospect for successful reorganisation; and (3) the failing firm must show that it has made a reasonable good faith attempt to locate an alternative purchaser that poses less anti-competitive risk". OCDE. *Roundtable on failing firm defence*. Op. cit., p. 22.
 11. "A merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market. In such circumstances, post-merger performance in the relevant market may be no worse than market performance had the merger been blocked and the assets left the market." U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*, 1997. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm]. Acesso em: 30.01.2013.
 12. ¹³ "Given the defences's rigorous requirements, the enforcement agencies rarely conclude that a target firm qualifies as 'failing', and therefore the defense is not often

que gerem concentração indesejada em determinado mercado apenas quando preenchidos os rígidos critérios elencados e quando a saída do agente do mercado seja um cenário pior em termos concorrenciais do que uma realidade em que a operação tenha ocorrido.

Ainda é importante destacar que a doutrina americana já discute a necessidade de se realizar análise conjunta das legislações falimentar e antitruste, apontando em que situações o regime falimentar pode facilitar a prática de condutas anticoncorrenciais.¹³

É reconhecida, assim, a necessidade de aplicação das leis antitruste nos processos falimentares.¹⁴ Tal raciocínio leva a conclusão mais ambiciosa, mas não menos lógica, que seria a de que a legislação falimentar deve ser construída levando em conta parâmetros concorrenciais, a fim de que suas normas sejam harmônicas com o sistema antitruste vigente.

3. PRECURSORES NACIONAIS

3.1 *Doutrina nacional*

A doutrina nacional, de forma geral, não se atentou para as implicações concorrenciais do regime falimentar. Usualmente, a análise é feita no sentido oposto, verificando as implicações que o controle antitruste poderia ter sobre a recuperação das empresas.

successful in persuading the enforcement agencies to permit an otherwise anticompetitive acquisition.” NORRIS, Lauren N. Op. cit.

13. A discussão de que tratamos se refere especificamente ao caso dos arrendadores de aeronaves, tratado no parágrafo 1.110 do Bankruptcy Act e estudado através da análise do caso *United Airlines v. U.S. Bank*. “Under the Sherman Act, collective action in restraint of trade is illegal in contrast bankruptcy is , by definition, a collective proceeding among creditors. For over one hundred years, however, the two statutory systems have avoided conflict, most likely because the creditor committees acting collectively in bankruptcy are still subject to all the debtor protections built into the bankruptcy code, which limits the creditors’ collective power over the debtor (...) Generally, the Code (Bankruptcy Act) prohibits creditors from taking any actions against the debtor during the bankruptcy proceedings. This protection , called the ‘automatic stay’ (...) In contravention with the automatic stay, paragraph 1110 allows aircraft lessor s to take immediate possession of their aircraft if certain conditions are not satisfied (...)”. JANAITIS, James A. *Bankruptcy Collides With Antitrust: The Need For A Prohibition Against Using § 1110 Protections Collectively. Emory Bankruptcy Developments Journal*. vol. 25. Number 1. p. 197-236. Atlanta: Emory University School of Law, 2008.
14. “In any other context, this type of collective negotiation and price-fixing would be a clear antitrust violation. Usually, the court intervenes, but United Airlines exposed the reasons why a judge may be unwilling to venture into the unknown territory of applying the antitrust laws in bankruptcy.” *Idem*, p. 233.

Identificamos uma série de artigos dedicada a estudar o papel que deveria ser atribuído ao Cade em concentrações econômicas originadas em planos de recuperação judicial. Enquanto parte da doutrina defende a atuação do órgão como obrigatória, devido à sua competência em controle de estruturas, outra defende a competência exclusiva do juiz responsável pela aprovação do plano.

Tal discussão demonstra perfeitamente a diferença das perspectivas da (i) influência do controle antitruste sobre a recuperação judicial das empresas; e (ii) influência do regime de recuperação judicial de empresas sobre o meio concorrencial.

Verifique-se que, neste debate sobre a atuação do Cade nas recuperações judiciais, há diferença de ênfase entre a defesa da livre concorrência e a defesa da manutenção da atividade produtiva das empresas; neste sentido, a tese de Araújo, defendendo a obrigatoriedade de atuação do Cade em atos de concentração oriundos de recuperações judiciais, percebe a influência recíproca entre os âmbitos, reconhecendo potenciais efeitos negativos de uma análise antitruste sobre a recuperação, também externando preocupação com a influência no meio concorrencial de eventual regime de falências que exclua a atuação do órgão antitruste.¹⁵

A doutrina de Campinho defende como não obrigatória a atuação do Cade em atos de concentração oriundos de planos de recuperação judiciais, tendo como objetivo evitar que o controle antitruste tornasse menos eficiente a recuperação das empresas em crise.¹⁶

-
15. "Quando um plano de recuperação contém um ato de concentração econômica, sua implementação provocará uma autêntica colisão entre bens constitucionalmente tutelados. De um lado, há o interesse na recuperação do empresário ou da sociedade empresária em conjunto com a busca da preservação dos empregos e da tranquilidade no mercado. De outro lado, está presente uma preocupação com a repressão ao abuso do poder econômico e com todos os valores e pessoas que esta repressão busca proteger. Todos esses interesses em conflito precisam ser adequadamente dimensionados diante de cada caso concreto. E, para o desempenho dessa missão, a Constituição de 1988 não previu uma única autoridade estatal." ARAÚJO, Valter Schuenquener. O (indispensável) papel do Cade nos atos de concentração previstos em planos de recuperação. *Revista Semestral de Direito Empresarial RSDE* 2. p. 73-92. jan. e jun. 2008.
 16. "Não há espaço no processo de recuperação para submeter previamente a avaliação da operação ao Cade. A competência da verificação da legalidade é exclusiva do juiz. O rito próprio revela impossível atingir os fins da recuperação com a sujeição da operação à preliminar aprovação do Cade. A recuperação perseguida muitas vezes, senão (sic) sempre, vai reclamar velocidade nos seus procedimentos. Há a prevalência da Lei n. 11.1010/2005 sobre os procedimentos administrativos consagrados na Lei 8.884/1994. Na conjugação de regras especiais, prevalece aquela de maior especialidade para o trato da questão específica: recuperação judicial da empresa". CAMPINHO, Sérgio. Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do Cade. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*. ano I. n. 0. p. 103-124. Florianópolis, jan.-mar. 2010.

Para esta parte da doutrina, é atribuído um papel apenas “consultivo” ao Cade, ficando a cargo do juiz sopesar o cabimento da manifestação do órgão como um dos fatores a serem considerados na aprovação do plano de recuperação judicial.

“O Cade atua, outrossim, como um órgão consultivo. A qualquer interessado é facultado provocar a sua manifestação sobre a legalidade dos atos que possam, de qualquer forma, caracterizar infração à ordem econômica (Lei 8.884/1994, art. 7.º, XVII). Mas o pronunciamento é técnico e o juiz deve examiná-lo como examina um laudo pericial (...) Isso não significa que o controle [antitruste] não será realizado. Apenas não o será pelo Cade, mas sim pelo juiz que dirige o processo de recuperação judicial, a quem caberá ponderar os diversos valores que eventualmente venham a se apresentar como conflitantes e sopesá-los, de modo a fazer a melhor escolha para a solução do caso posto à sua apreciação e decisão.”

Já Ulhoa Coelho apresenta considerações do regime falimentar como um instituto de mercado que visa minimizar os danos causados pela perda de um agente econômico:

“A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.”¹⁷

Percebe-se, ainda, clara preocupação em demonstrar que a recuperação da empresa não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de saneamento de mercado; caso o mais eficiente para o mercado seja a exclusão do agente econômico, esta deve ser a opção governamental.¹⁸ Este posicionamento é coerente com os objetivos do antitruste:

“Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser rea-

17. ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3, p. 233.

18. Neste sentido, Ulhoa se alinha à clássica teoria schumpeteriana da “destruição criativa”: “Este processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo. É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver.” SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p.110.

locados para que tenham otimizada sua capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem.”¹⁹

Nota-se, no trabalho de Salomão Filho, a identificação do auxílio das empresas em crise como uma das formas de política industrial (ao lado do controle antitruste). Reconhece, em seu estudo, uma ampla gama de instrumentos de auxílio às empresas em crise que apresentam preocupações de ordem concorrencial (e.g. o *crisis cartel*, auxílios estatais e *soft landing*):

“É possível sustentar que medidas para enfrentar a crise, mesmo que impliquem certa coordenação da atividade dos agentes econômicos, são necessárias para a própria defesa do sistema de mercado. Permitir a destruição de capacidade produtiva implicaria a diminuição da produção e sua concentração nas mãos de um número menor e mais poderoso de empresas.”²⁰

É interessante notar que o autor atribui a cada diferente instrumento de auxílio às empresas em crise um fim concorrencialmente desejável a longo prazo, evitando considerar a manutenção da empresa em crise como um “sacrifício” à livre concorrência.

O “*crisis cartel*”, ao permitir acordos entre empresas concorrentes, teria potencial para reduzir produção e manter preços altos. Seria justificável, porém, na manutenção da capacidade produtiva durante o período de crise estrutural. O *soft landing* preservaria o potencial produtivo das empresas que saíssem do mercado, até sua natural reabsorção pelos competidores mais eficientes. Os *business cooperative arrangements*, planos coletivos organizados pelo Estado estabelecendo reestruturações e metas para determinada indústria, permitiriam às empresas desenvolver planos mais determinados e específicos.

Salomão Filho aborda com tranquilidade o estímulo a concentrações econômicas como resolução de situações de crise: “É possível, no entanto, que em determinadas situações a concentração econômica seja um meio mais eficaz de resolução de situações.”²¹

Desta forma, as diferentes soluções concorrencialmente sensíveis para as situações de crise são apresentadas de forma instrumental, com vantagens e desvantagens próprias e dirigidas à solução de problemas específicos de mercado:

“Comparando ambas as soluções possíveis para as situações de crise empresarial, cooperação e concentração, é possível identificar suas vantagens específicas.

19. *Curso de direito comercial cit.*, p. 233-234.

20. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 214.

21. *Idem*, p. 217.

A cooperação empresarial é útil instrumento para as crises estruturais, causadas por problemas na operação (produção e/ou distribuição) do setor como um todo. Trata-se de crise decorrente da errônea estrutura de transmissão de informações, da incorreta forma de distribuição ou de qualquer problema relativo à operação. (...) Já a concentração é mais adaptável às situações de crise estrutural insolúvel, em que o resultado necessário da continuação do estado de coisas é a saída de uma das empresas do mercado. Como já visto, ela não só impede a destruição de capacidade produtiva, mas leva ainda à criação de economias de escala.”²²

3.2 Code: Sadia/Perdigão e CBC/Rossi

O ato de concentração decorrente de crise de empresa de maior repercussão na atualidade foi a concentração entre os Grupos Sadia e Perdigão.²³

Conforme visto acima, o Cade teve a oportunidade de se manifestar sobre possível ponderação entre o estado de crise da Sadia e a aplicação da legislação antitruste.

No caso foi discutida a aplicabilidade da *failing firm defence*. Porém, não se limitou a isto: o voto do conselheiro rel. Carlos Ragazzo foi no sentido de que:

“a aprovação de operações com base em argumentos de salência de uma das firmas fusionadas, especialmente quando a fusão tem a potencialidade de gerar danos anticompetitivos, deve ser vista com extrema cautela. De início, é bastante evidente que o relaxamento da legislação antitruste é claramente inadequado como instrumento de assistência a firmas em dificuldades financeiras. Ao mesmo tempo em que existem inúmeros instrumentos legais e econômicos voltados a esse fim específico (desde empréstimos e capitalizações diversas até a aplicação jurídica de recuperação judicial e venda de ativos a firmas sem potencialidade de danos concorrenciais), políticas de condescendência por parte da autoridade antitruste para com firmas em déficit incentivam e premiam empresas ineficientes ou que operaram erroneamente, e penalizam aquelas firmas que atuam em acordo com as normas legais e de mercado, e que foram capazes de se manter operantes e eficientes por si sós. Trata-se de uma subversão direta das principais metas defendidas pela legislação de defesa da concorrência. Assim, a teoria da *failing firm*, capaz de justificar a aprovação de um ato de concentração, só deve se aplicar naqueles casos raros e restritos nos quais ficar indubitavelmente comprovado que, ao final, a não ocorrência daquela fusão específica trará consequências piores aos consumidores do que a sua ocorrência.”

22. Idem, p. 217-218.

23. Ato de Concentração 08012.004423/2009-18, citado na introdução ao trabalho. Ver nota n. 3.

Visão semelhante foi adotada no caso CBC/Rossi,²⁴ com apresentação de um “roteiro” simples para aplicação da *failing firm defence*.

Tais considerações demonstram que o tema apresenta relativa novidade. Consideramos importante notar que, em alguns casos, as influências entre o regime de falências e o controle antitruste foram estudadas como *opostas*, e não complementares; as sinergias entre tais regulamentos estatais são geralmente estudadas em um plano teórico abstrato (por exemplo, nas considerações de Ulhoa Coelho sobre o potencial do regime de falências em eliminar concorrentes ineficientes, e nas considerações de Salomão Filho sobre as eficiências da concentração econômica como auxílio à empresa em crise).

4. REGIMES DE FALÊNCIAS: EFEITOS E SOLUÇÕES

4.1 *Crêterios para concessão de planos de recuperação*

A concessão de recuperação judicial, no direito pátrio, apresenta poucos requisitos: aprovação pela assembleia de credores e homologação judicial, conforme parâmetros legais.²⁵

Na jurisprudência do Cade já ocorreram manifestações no sentido de que os instrumentos de recuperação de empresas em crise poderiam influir na análise concorrencial.

De fato, o Conselheiro Relator do caso Sadia/Perdigão, Carlos Ragazzo, assevera que a existência de uma ampla gama de instrumentos de recuperação judicial deveria desencorajar a parte de buscar, p.e., uma incorporação como solução para a crise. Assim, a análise de concentrações se tornaria tão mais rígida quanto abundantes os demais instrumentos de recuperação.

24. Ato de Concentração 08012.007520/2009-62, rel. Cons. Carlos Ragazzo, j. 21.01.2012, relativo à locação, pela Companhia Brasileira de Cartuchos, de parte dos ativos de propriedade da Amadeu Rossi S.A., empresa que passava à época por dificuldades financeiras.

25. De fato, a maior parte dos critérios é meramente procedimental: o Plano de Recuperação Judicial deve ser aprovado pela Assembleia de Credores por quórum qualificado, sendo necessário, por isso, que seja aprovado pelas três instâncias classistas, quais sejam: voto favorável de mais da metade dos empregados, não importando o valor de seus créditos; nas outras duas classes deve ser obtido o apoio de mais da metade do total dos créditos, como também de mais da metade dos presentes. Importante destacar que os credores cujos direitos não forem afetados pelo Plano, não possuem direito a voto. Tendo sido o Plano aprovado segundo os parâmetros acima destacados, basta a simples homologação pelo juiz. No entanto, se o quórum qualificado acima descrito não tiver sido alcançado, mas o plano receba substancial apoio e não trate de forma diferenciada dos credores da classe que o rejeitou, caberá ao juiz analisá-lo e aprová-lo ou não. Tal entendimento é sustentado por F. Ulhoa Coelho em *Curso de Direito Comercial*. Op. cit., p. 422-423.

Mencionamos, ainda, conforme a legislação europeia, que a manutenção de agentes econômicos de forma contínua e habitual por instrumentos recuperacionais violaria a livre concorrência, na medida em que deixaria a um competidor instrumentos que desequilibrariam sua condição em relação aos demais.

Alguns destes princípios já se mostram presentes na legislação brasileira: veja-se, por exemplo, o critério temporal para concessão de recuperação judicial.²⁶

Outro exemplo de possível harmonização da legislação falimentar aos objetivos da defesa da concorrência seria a introdução, no art. 47²⁷ da Lei 11.101/2005, da ressalva contida nas *Guidelines* europeias²⁸ quanto a possíveis efeitos negativos causados aos concorrentes da empresa em crise decorrentes do auxílio recuperacional.

4.2 Concentrações decorrentes de planos de recuperação

A Lei 11.101/2005 prevê expressamente reorganizações societárias, incluindo aquisições, fusões e incorporações, como forma de se superar crise da empresa.²⁹

Tais concentrações visam idealmente “equilibrar” as contas da empresa, por meio das eficiências adquiridas por conta de economias de escala, choque de administração ou injeção de recursos e investimentos, mantendo a atividade produtiva.

26. Conforme dispõe a Lei 11.101/2005 em seu art. 48:

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

27. “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

28. “On the other hand, it will ensure that restructuring aid is limited to the minimum required to restore viability while limiting distortion of competition. In this respect the Commission will also request compensatory measures to minimise the effect on competitors”. Ver nota n. 5.

29. “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: (...) II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente (...).”

Como visto acima, é muito provável que tais reorganizações societárias revertam-se em maiores concentrações de mercado, por meio da aquisição dos ativos ou incorporação da empresa em crise por competidor. Tais casos, muito provavelmente, constituirão ato de concentração notificável ao órgão de defesa da concorrência.³⁰

Em casos extremos, e.g. Sadia e Perdigão, tal concentração apresentará um dilema ao sistema jurídico, entre permitir a concentração entre os competidores, gerando situação de oligopólio, com todos os conhecidos riscos ao consumidor, ou barrar a oportunidade de manter em funcionamento ativos econômicos geradores de riqueza para o país.

A análise dos atos de concentração em que está presente a *failing firm defence* pela experiência internacional (e, em menor grau, pela jurisprudência do Cade) se dá pelo estudo das consequências concorrenciais de dois cenários, quais sejam, um mercado pós operação e um mercado em que essa não tenha ocorrido³¹, sendo aprovada a operação apenas nos casos em que os prejuízos da primeira situação sejam menores do que os da segunda.

Este tipo de estudo deve ser profundo o suficiente para garantir que atos de concentração desnecessários sejam barrados por meio da utilização de outros métodos de recuperação da empresa. Acreditamos que os critérios inicialmente estabelecidos pela União Europeia são um bom caminho a ser seguido pelo Cade:

“(1)A companhia adquirente deve demonstrar que o objeto da operação está em risco iminente de falência; (2) a empresa em crise não deve ter qualquer prospecto realista para reorganização bem-sucedida; e (3) a empresa em crise deve demonstrar que efetuou, em boa-fé, uma tentativa razoável de localizar um adquirente alternativo que represente menor risco concorrencial”³²

30. Lei 12.529/2011, 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 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)”.

31. “The assessment involves comparing the competitive effects of two hypothetical situations: post-merger and no merger. The basic requirement for the defence is that the harm to competition following the merger, This arises where the harm to the competitive structure of the market would be at least to the same extent if the merger had not taken place”. NORRIS, Lauren N. Op. Cit., p. 2.

32. “(1) The acquiring company must show that the target is in imminent danger of failure; (2) the failing firm must have no realistic prospect for successful reorganisation; and (3)

Enquanto o primeiro critério destina-se a filtrar atos de concentração que não decorram, efetivamente, de situação de crise (e, portanto, não justifiquem tratamento especial pelo órgão de defesa da concorrência), o segundo e o terceiro critério destinam-se a garantir que a concentração seja a alternativa mais benéfica para a defesa da concorrência.

Retomamos a discussão da doutrina nacional sobre a necessidade de notificar ao Cade atos de concentração decorrentes de planos de recuperação judicial. Somos da opinião de que, segundo os critérios da Lei 12.529 de 2011, tais operações devem ser obrigatoriamente notificadas.

Não somos de tal opinião unicamente por interpretação jurídica de competências judiciais ou administrativas (embora acreditemos que a Lei 12.529, assim como a 8.884, não deixe quaisquer ressalvas quanto à competência do Cade). Somos de tal opinião por acreditar que o Cade possui a expertise necessária para a avaliação dos efeitos econômicos de atos de concentração, conhecimento muitas vezes não detido por outros órgãos, judiciais ou não (tal como o conselho de credores), que avaliarão o plano de recuperação judicial.

É certo que os planos de recuperação judicial muitas vezes demandam grau de celeridade excepcional (imagine-se, por exemplo, plano de recuperação judicial decorrente de crise de indústria siderúrgica, setor da economia com altíssimos custos fixos). Nestes casos, a necessidade de manifestação do Cade poderia atrasar o processo de recuperação, colocando a perder a recuperação judicial da empresa.

Mencione-se, ainda, o momento da apresentação de tal plano: caso o plano de recuperação judicial, após todo seu trâmite e aprovação pela assembleia de credores, venha a ser reprovado pelo Cade, a empresa em crise se vê em uma difícil situação.

Propomos que o plano de recuperação judicial do qual conste ato de concentração notificável ao Cade seja, antes de sujeito à aprovação judicial e da assembleia de credores, inicialmente submetido à aprovação do Cade, sugerindo que esta análise tenha caráter liminar, conforme o art. 58³³ da Lei 12.529/2011 e art. 115³⁴ da Res. 1/2012 do Cade.

the failing firm must show that it has made a reasonable good faith attempt to locate an alternative purchaser that poses less anti-competitive risk". Ver nota n. 11.

33. "O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido".
34. "O requerente de aprovação de ato de concentração econômica poderá solicitar, no momento da notificação ou após a impugnação pela Superintendência-Geral, autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração econômica, nos casos em que, cumulativamente: I – não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; II – as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente

O Cade terá a oportunidade de aprovar liminarmente a operação (ou parte dela) antes de sua votação pela assembleia de credores; assim, o órgão competente pelo juízo falimentar terá pontos de referência para aprovação do plano.

Acreditamos, ainda, que caso o Cade opte por reprovar o plano, especialmente em situação na qual se verificar a possibilidade de solução menos gravosa à concorrência, seja tal fundamentação cuidadosamente exposta, a fim de permitir reelaboração do plano em tempo hábil, já conforme as orientações propostas pelo órgão de defesa antitruste.

Por último, ressaltamos que a aprovação de operações que resultem em monopólios pode trazer prejuízos muitas vezes incontornáveis, como, por exemplo, o fechamento do mercado pela prática de preços predatórios³⁵ através da escala recém-adquirida. Nesses casos, não representa violação ao princípio da preservação da empresa que um competidor saia do mercado.

5. CONCURSO DE CREDITORES

O regime brasileiro de falências tem como uma de suas características principais a reunião dos credores em um único processo, com distribuição do resultado da falência proporcional ao crédito correspondente a sua classe, assim como direito de voto na assembleia de credores proporcional à quantia de seu crédito.

Desta forma, o credor votará se aceita o plano de recuperação judicial elaborado pelo devedor ou pela conversão do pedido de recuperação em falência. Porém, é possível que o voto não se dê no interesse, unicamente, da recuperação do crédito.

Em caso que se tornou anedótico³⁶ o plano de recuperação judicial, foi analisado por concorrentes/credoras, as quais, não é necessário dizer, tinham pouco ou nenhum interesse na volta ao mercado de uma de suas principais competidoras.

reversíveis; e III – o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida.”

35. “Predatory pricing raises barriers to entry by allowing an incumbent firm to develop a reputation for acting aggressively in the face of new entry”. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/2731940.pdf]. Acesso em: 30.01.2013. Ainda nesse sentido: “o poder do mercado pode se manifestar através da redução predatória dos preços. É o lucro monopolista obtido em outro segmento do mercado ou obtido no passado que permite financiar a ‘guerra de preços’, que, de outra forma, seria suicida (...) no mesmo sentido: o monopolista pode querer estabelecer uma reputação de comportamento agressivo em relação aos que tentam invadir seu mercado” SALOMÃO FILHO. Op. cit., p. 99.
36. “(...) III – *In casu*, o plano de recuperação judicial apresentado pela Vasp foi aprovado pelo Comitê de Credores e homologado judicialmente, tendo sido constatadas tanto a viabilidade econômica da empresa quanto a suficiência do seu patrimônio para hon-

Tal caso traz à baila a questão da utilização do poder de voto pelo credor para obstar a volta da empresa concorrente em crise ao mercado.

Desta forma, propomos que sejam instituídos instrumentos jurídicos para evitar votos do credor estranhos ao interesse de receber a quantia devida. Em especial, nos agrada aplicação analógica de dispositivo encontrado na Lei das S.A. que proíbe o voto de acionista proferido em conflito de interesses com a Companhia, qual seja, o *caput* do art. 115:

“O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.”

Assim, deve ser considerado nulo o voto de credor que vise à eliminação de concorrente do mercado. Tal solução apresentará efeitos positivos tanto no âmbito concorrencial (evitando abusos do poder de voto que tenham consequências concorrencialmente indesejáveis) quanto recuperacional (ao evitar que a empresa seja liquidada por estratégia de competidor, e não por ineficiência do devedor).

Considerando-se que as informações contidas no plano de recuperação podem facilitar condutas anticoncorrenciais, e.g. colusão, sugere-se que seja obrigatória a prestação de informação ao Cade de participação de concorrentes na assembleia de credores, a fim de que o Conselho mantenha fiscalização no mercado, garantindo que as informações disponibilizadas não sejam utilizadas para futuras condutas anticompetitivas.

6. CONCLUSÃO

Verificamos, na experiência jurídica estrangeira, algumas considerações sobre a influência dos regimes de falências no âmbito concorrencial. A União Europeia apresenta ressalvas em sua legislação, garantindo que a ajuda e as facilidades cedidas à empresa que se encontra financeiramente comprometida não excedam o mínimo suficiente para garantir a recuperação de um agente que ainda tem potencial para atuar no mercado. Isso evitaria distorções na concorrência, pois garantiria que essa empresa voltasse ao mercado para competir em pé de igualdade com as outras, e não de forma desleal, gozando de privilégios em relação às demais. Grande parte

rar as suas obrigações; IV – Entretanto, determinados credores, visando mormente a satisfação de seus interesses individuais e em manifesto conflito de interesses com a massa falida, impediram que a empresa recuperanda cumprisse em parte o plano de recuperação judicial, prejudicando toda a massa de credores e de empregados da Vasp, violando, assim, o princípio da continuidade da empresa (...)” – Ementa do processo de recuperação judicial de Viação Aérea São Paulo – Vasp, culminando na reversão de sua falência pelo REsp 1.299.981, rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.10.2012.

dos países participantes da OCDE demonstra preocupação em garantir plena aplicação do direito antitruste, impedindo que instrumentos de ajuda a empresas em crise ou argumentações que levem em consideração essas dificuldades, sirvam de justificativa para o afastamento das normas concorrenciais.

A doutrina norte-americana já apresenta precedentes de discussão sobre a relação entre os dois regimes, partindo da doutrina da *failing firm defence*, e posteriormente evoluindo para efeitos dos regimes falimentares sobre a livre concorrência.

A experiência brasileira, por sua vez, ainda necessita ser ampliada. Apresentamos neste trabalho algumas sugestões para auxiliar a integração entre os sistemas antitruste e falimentar, mantendo coerência entre ambos os regimes, a fim de impedir tanto que a defesa da concorrência atue, desnecessariamente, como empecilho contra o princípio da preservação da empresa, quanto que o regime falimentar seja usado como recurso pra agentes ineficientes, funcionando como instrumento de distorção da concorrência.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO, Valter Schuenquener. O (indispensável) papel do Cade nos atos de concentração previstos em planos de recuperação. *Revista Semestral de Direito Empresarial RSDE* 2. p. 73-92. jan. e jun. 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do Cade. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*. ano I. n. 0. p. 103-124. Florianópolis, jan.-mar. 2010.
- COMISSÃO EUROPEIA. Community guidelines on State Aid for rescuing and restructuring firms in difficulty. *Official Journal C* 244, 01.10.2004, p. 2-17. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC1001(01):EN:NOT]. Acesso em: 30.1.2013.
- _____. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal C* 31, 05.02.2004, p. 5-18. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):EN:NOT]. Acesso em: 30.1.2013.
- JANAÏTIS, James A. Bankruptcy Collides With Antitrust: The Need For A Prohibition Against Using § 1110 Protections Collectively. *Emory Bankruptcy Developments Journal*. vol. 25. Number 1. p. 197-236. Atlanta: Emory University School of Law, 2008.
- NORRIS, Lauren N. *The Failing Firm Defense in American Bar Association Young Lawyers Division – The 101 Practice Series: Breaking Down the Basics*. Publicação apenas via internet. Disponível em: [www.klgates.com/files/Publication/1ae9fe1f-ab0e-49cb-8527-00ac4fc754e7/Presentation/PublicationAttachment/9c1d5211-abbf-4217-a7ea0756cc43c192/Norris_FailingFirmDefense.pdf]. Acesso em: 30.01.2013
- OCDE. *Roundtable on failing firm defence*. Documento n. DAF/COMP(2009)38. Disponível em: [www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.

- _____. *Competition Policy in Subsidies and State Aid*. Documento n. DAFFE/CLP(2001)24. Disponível em: [www.oecd.org/competition/abuse/2731940.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial. Direito de empresa*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*, 1997. Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm]. Acesso em: 30.01.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A competência universal do juízo da recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa, de Marcus Vinicius Vita Ferreira - *RDB* 46/347 (DTR\2011\2701);
- Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI, de Fernanda Manzano Sayeg - *RIBRAC* 10/191 (DTR\2011\1932); e
- Programas de *compliance* e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil, de Maria Beatriz Martinez - *RIBRAC* 12/153 (DTR\2011\2052).

**Infrações
à Ordem
Econômica**

O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO

Professor da PUCRJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Financeiro e Econômico

RESUMO: Este artigo busca analisar o conceito de aumento arbitrário de lucros, em face da lei de defesa da concorrência e da Constituição brasileira. A Lei 12.529/2011, assim como as leis de defesa da concorrência que a precederam no Brasil, inclui o "aumento arbitrário de lucros" na relação de objetos e efeitos dos atos que constituem infração contra a ordem econômica. No entanto, é essencial em um sistema econômico baseado nos princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência que os agentes econômicos busquem maximizar seus resultados. O ilícito contra a ordem econômica não se caracteriza pela simples elevação de preços ou maximização dos lucros por agente econômico monopolista ou detentor de posição dominante. O aumento arbitrário de lucros, referido na Lei e na Constituição, deve ser interpretado como um efeito possível ou almejado de um ato anticoncorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da concorrência – Lei 12.529/2011 – Constituição Federal – Preços excessivos e aumento arbitrário de Lucros.

ABSTRACT: This article analyzes the concept of arbitrary increase of profits vis à vis the Brazilian antitrust law and the Brazilian Constitution. Law No. 12.529/2011, as well as antitrust laws that preceded it in Brazil, includes "arbitrary increase of profits" in the list of objects and purposes of the acts that constitute offense against the economic order. However, in an economic system based on the principles of free enterprise and free competition it is essential that economic agents seek to maximize their results. The offense against the economic order is not characterized by the simple elevation of prices or maximization of profits by a monopolistic economic agent or dominant position holder. The arbitrary increase of profits referred to in the law and the Constitution must be interpreted as a possible or desired effect of an anti-competitive act.

KEYWORDS: Competition Law – Law 12.529/2011, Federal Constitution – Excessive pricing and arbitrary increase of profits.

SUMÁRIO: 1. A busca do lucro como elemento essencial da economia de mercado – 2. O aumento arbitrário de lucros nas leis e constituições brasileiras – 3. O aumento arbitrário de lucros, sob a Constituição de 1988 – 4. Lucro abusivo nos Estados Unidos e na Europa – 5. A jurisprudência do Cade – 6. Lei 12.529/2011 – 7. Considerações finais.

O aumento arbitrário de lucros como objeto ou efeito dos atos que constituem infração da ordem econômica não é uma novidade da Lei 12.529/2011. Muito ao contrário, a Lei 8.884/1994 já continha disposição idêntica (art. 20, III), e todas as leis "antitruste" brasileiras que a antecederam (com exceção do Dec.-lei 7.666/1945, a Lei Malaia, que vigorou por curtos três meses) de alguma forma incluíram a refe-

rência ao “aumento arbitrário de lucros” nos artigos que tratam dos ilícitos contra a concorrência (art. 2.º, II da Lei 4.137/1962 e art. 3.º Lei 8.158/1991).

Ainda mais relevante que as normas legais, todas as Constituições brasileiras, desde 1946, associam o aumento arbitrário de lucros ao abuso do poder econômico, a ser reprimido com base em lei (art. 148 da Constituição de 1946, art. 157, VI, da Constituição de 1967; art. 160, V, da EC 1/1969 e, finalmente, art. 173, § 4.º, da CF/1988).

A longevidade da regra não garante a segurança na sua interpretação. Há certo consenso na doutrina, bem resumido por Leonor Cordovil, de que o aumento arbitrário de lucros seria, dentre as hipóteses descritas na lei, “o efeito mais questionável e cuja prova é mais complexa”, encontrando grande “dificuldade prática” em sua caracterização.¹

A dificuldade decorre, inicialmente, de uma aparente contradição entre a punição – e o próprio conceito – do lucro arbitrário, e um sistema – jurídico e econômico – baseado no livre mercado.

1. A BUSCA DO LUCRO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ECONOMIA DE MERCADO

Certamente, tem consequência para a interpretação das normas – inclusive das disposições constitucionais – a indicação da livre iniciativa como um dos fundamentos da República e da Ordem Econômica (arts. 1.º, IV e 170 da CF/1988), assim como a referência à Livre Concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, IV, da CF/1988). Como diz Luís Roberto Barroso, os princípios fundamentais “expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial”. Já os princípios setoriais “presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição” e “no seu âmbito de atuação são supremos”.² Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que o princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.³

-
1. CORDOVIL, LEONOR; CARVALHO, Vinícius; BAGNOLI, Vicente e ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 105.
 2. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. vol. 3. p. 3-59.
 3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 747-748.

Livre Iniciativa e Livre Concorrência são duas faces da mesma moeda, distintas e indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.⁴ Miguel Reale vê na Livre Iniciativa a transposição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual consagrados pela Constituição e na Livre Concorrência um princípio econômico segundo o qual “a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”.⁵ Luís Roberto Barroso inclui o conceito de livre iniciativa dentre os direitos e garantias individuais “protegidos pelas limitações materiais ao poder de emenda à Constituição, inscritas no art. 60, § 4.^o”⁶ e, elenca, dentre os elementos que dão conteúdo à livre iniciativa como fundamento constitucional – juntamente com a propriedade privada, a liberdade de empresa e a liberdade de contratar – a *liberdade de lucro*, “lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer seus preços, que não de ser determinados, em princípio, pelo mercado, por meio de ‘livre concorrência’, locução abrigada no art. 170, IV”.⁷

É da essência do sistema econômico fincado em tais princípios e fundamentos que cada indivíduo seja livre para decidir onde, como e quando aplicará seus recursos; se tais recursos serão utilizados apenas para atender suas vontades e necessidades de consumo, ou se serão investidos na produção ou intermediação de novos produtos e serviços; se tais investimentos serão feitos exclusivamente com os próprios recursos, ou se tais recursos serão reunidos às economias de terceiros para a realização de certo empreendimento; se deverá criar ou expandir empresa, ou se deverá se integrar a empresa organizada por outros, e assim por diante. Cada indivíduo é um *agente econômico*, cujas decisões soberanas – seja como consumidor,⁸ seja como fornecedor de produtos e serviços – repercutem no macrossistema social de trocas que constitui o mercado.

No mercado, os diversos agentes econômicos se comunicam através de manifestações permanentes nas suas relações de troca. Tais manifestações se exteriorizam

4. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. A venda abaixo de custo em face das leis brasileiras de proteção à concorrência. *Revista Forense* 385. p. 146.

5. REALE, Miguel. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 14.

6. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 47

7. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 394.

8. Para fins deste artigo, entenda-se como consumidor todo aquele que adquire bens ou serviços no mercado, e não apenas aquele que os adquire como “destinatário final”, na forma do Código de Defesa do Consumidor.

através da negociação dos preços dos bens e serviços. Como diz José Luís Bulhões Pedreira, “cada preço de compra contratado pelo consumidor no mercado é um voto por ele proferido no processo permanente, mediante o qual a sociedade delibera sobre quais os bens a serem produzidos”. Ele explica:

“O mecanismo básico desse sistema é o funcionamento autônomo de mercados competitivos e interligados, que cria um sistema de preços orientador da ação dos agentes econômicos. A organização da atividade econômica social é assegurada pela tendência ao equilíbrio que caracteriza o mercado, como tipo de sistema social, e pela interligação dos diferentes mercados de produtos, serviços produtivos e moeda; e o funcionamento do sistema resulta das microdecisões tomadas diariamente pelos agentes econômicos, ao participarem dos diversos mercados.

Essas microdecisões definem, nos mercados, os preços dos produtos, dos serviços produtivos e do uso do capital financeiro; e como os mercados se acham permanentemente inter-relacionados, os preços em cada mercado influem uns sobre os outros, funcionando como elementos de um único sistema, que reage como um todo à variação de qualquer preço em cada um dos mercados, ajustando os demais preços interligados; e essa contínua adaptação faz com que esse sistema de preços desempenhe a função de mecanismo de difusão automática de informações que orientam as microdecisões dos agentes econômicos.

A interligação dos mercados e o sistema de preços transformam, portanto, as microdecisões dos agentes econômicos em macro-orientação do sistema econômico”.⁹

São diversos os fatores que levam um consumidor a se dispor a pagar certo preço pela aquisição de uma mercadoria: seus gostos, suas necessidades, sua capacidade de pagamento, suas expectativas, etc. Cada consumidor com suas razões atribui a determinado bem um valor diferente daquele atribuído por outro consumidor. João pagaria o salário de um mês para assistir a um show de música sertaneja universitária, José talvez pagasse para não ir. Daí a realização de um leilão permanente, em que aqueles que quiserem e puderem pagar mais asseguram para si a aquisição dos bens levados ao mercado. Há um aspecto, no entanto, que é comum a todos os consumidores: cada um procura pagar o menor preço possível por um bem, pois quanto menor o preço pago, maior será o saldo de recursos disponíveis para o consumidor satisfazer suas outras necessidades e vontades. Cada consumidor, agindo racionalmente, procura maximizar seus recursos, empregando em cada bem ou serviço adquirido a menor quantidade de recursos possível.

Os agentes econômicos fornecedores de produtos e serviços ao mercado, qualquer que seja a sua forma de organização, agindo racionalmente, também procuram maximizar seus recursos. Não é à toa que a empresa, como unidade de pro-

9. PEDREIRA, José Luís Bulhões. *Finanças e demonstrações financeiras da companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 276.

dução típica da economia moderna, tem na redução de custos e maximização de resultados seus fundamentos econômicos¹⁰ e o fim lucrativo é elemento essencial das Sociedades Anônimas, organização jurídica por excelência dos mais importantes fornecedores ao mercado (art. 2.º da Lei 6.404/1976). Mais uma vez, recorremos a José Luís Bulhões Pedreira:

“Os produtores são motivados pelo objetivo do lucro, que é a diferença entre o preço que os compradores estão dispostos a pagar pelos produtos e os custos dos serviços produtivos suportados pelo produtor ao produzi-los. Esse custo é função dos preços praticados nos mercados de serviços produtivos e do grau de eficiência com que o produtor utiliza esses serviços.

Na economia de mercado cada produtor decide o que produzir com base na estimativa de lucro que pode auferir. A demanda dos consumidores que não é satisfeita pelos produtores provoca a elevação do preço do produto, o que aumenta a margem de lucro e estimula os produtores a expandirem a produção (ou outros empresários a criarem novas empresas do mesmo produto). Se a produção excede a demanda, os preços baixam e a margem de lucro diminui, ou deixa de existir, o que conduz à redução da quantidade produzida”.¹¹

Assim, a possibilidade conferida a cada agente econômico de buscar a maximização de seus recursos é da *essência da economia de mercado*, seja o consumidor que procura pagar o menor preço possível na aquisição de cada bem de sua escolha, seja o fornecedor de produtos e serviços ao mercado, que procura obter o maior lucro possível no exercício de sua empresa. É a procura da maximização dos recursos, por consumidores e fornecedores, que faz o mercado funcionar, que leva ao equilíbrio entre oferta e procura, que estimula ou desestimula investimentos, inovação, expansão dos mercados, etc.

Nesses termos, haveria aparente contradição entre uma ordem econômica constitucional baseada em um sistema de mercado – onde a busca da maximização dos recursos por todos os agentes econômicos é elemento essencial – e uma regra legal que de alguma forma pudesse representar limitação aos lucros que lícitamente poderiam ser auferidos no exercício de uma atividade produtiva. Na medida em que a mesma Constituição que inclui a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência dentre os fundamentos da ordem econômica estabelece caber à lei reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4.º), impõe-se harmonizar tais normas, de sorte a que não sejam reprimidas condutas que são inerentes ao próprio sistema econômico.

10. SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 147.

11. *Finanças e demonstrações financeiras...* cit., p. 277

2. O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS NAS LEIS E CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como mencionado, a primeira Constituição brasileira a fazer referência ao “aumento arbitrário de lucros” foi a de 1946.¹² De acordo com o seu art. 148, competia à lei reprimir “toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Comentando o dispositivo constitucional, Carlos Maximiliano não faz qualquer observação específica ao conceito de “aumento arbitrário de lucros”. Mostra o grande jurista que a redação adotada buscou “condensar” o texto do Projeto de Constituição, segundo o qual “(o)s trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes de qualquer organização, grupo, empresa ou indivíduo, sejam de que natureza forem, para dominar os mercados internos, eliminar os concorrentes e explorar consumidores pelos preços ou qualquer outra forma de opressão, serão reprimidos, nos termos de lei especial”. O objetivo da norma constitucional era se contrapor à formação dos cartéis, “uma forma de monopólio coletivo, proveniente de entendimentos ou coalizões entre os principais produtores, que, por meio de uma combinação inteligentemente urdida, podem dominar, pelo menos momentaneamente, o mercado nacional ou mundial”.¹³

Pontes de Miranda, por sua vez, entende que o art. 148 da Constituição de 1946 deve ser lido como se dissesse “serem suscetíveis de repressão os abusos do poder econômico em que há um, pelo menos, dos três pressupostos (domínio dos mercados nacionais; eliminação da concorrência; aumento arbitrário de lucros)”.¹⁴ A partir do entendimento de Pontes de Miranda, Benjamin Shieber conclui que o aumento arbitrário de lucros se integra dentre os abusos do poder econômico que a lei deve reprimir, constituindo “uma das bases independentes sobre a qual o Congresso pode elaborar legislação antitruste”.¹⁵

Somente em 1962 foi editada a Lei de que tratava o preceito constitucional. A Lei 4.137/1962 incluía, em seu art. 2.º, dentre as formas de abuso de poder econô-

12. Antes disso, na Constituição de 1934 havia um dispositivo (art. 137) estabelecendo que a lei deveria regular a fiscalização e revisão das tarifas de serviços explorados em regime de concessão ou delegação, para que “os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital”. O alcance de tal dispositivo é inteiramente diverso do que se encontra a partir de 1946. Não havia qualquer condenação a uma prática dos agentes privados, mas sim a definição de uma política a ser adoiada pelo Estado na concessão ou delegação de serviços públicos.

13. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. 3, p. 184.

14. SHIEBER, Apud Benjamin. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 26.

15. *Idem*, p. 189.

mico, “elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção”. Como se vê, o legislador deu ao tema tratamento bastante restritivo. Seria condição para a caracterização do ilícito a pré-existência de um monopólio natural ou de fato; o ilícito sempre estaria relacionado ao aumento, sem justa causa, de preços associado à não elevação da produção. Não se cogitaria, portanto, de obrigação do monopolista reduzir preços para diminuir a sua rentabilidade.

Benjamin Shieber, ao narrar a história do projeto de lei que resultou na Lei 4.137/1962, indica a intenção do legislador de limitar o escopo do dispositivo legal.¹⁶ O Projeto Agamenon Magalhães, de 1948, que foi a semente da lei, continha regra muito mais ampla, pois pretendia punir “a percepção de lucros excessivos, assim entendidos os que ultrapassarem a percentagem normal”.¹⁷ No debate congressional, no entanto, o Deputado Alde Sampaio apresentou emenda, restringindo a repressão aos casos de monopólio natural ou de fato, e justificando:

“(C)obrir todos esses atos pela figura do ‘aumento arbitrário de lucros’, não os caracteriza nem delimita, porque em verdade todo e qualquer ato econômico, praticado por empresa, pode ser posto sob o objetivo do aumento de lucro, com o que o ato realmente delituoso deixa de ser caracterizado.

Neste particular, só para as empresas em situação de monopólio, se pode admitir que o lucro seja procurado *por arbitrio da própria empresa* e ainda assim como uma consequência do aumento arbitrário dos preços e não como figura primária do ato que se quer condenar”.

É interessante destacar que tanto na Constituição de 1946 quanto na Lei 4.137/1962 o “aumento arbitrário de lucros” é um *objetivo*, uma finalidade de determinado ato. A Constituição previa a punição, por lei, do abuso do poder econômico “tendo por fim” aumentar arbitrariamente os lucros; e a Lei considera abuso do poder econômico o aumento “sem justa causa” de preços pelo monopolista, “objetivando” aumentar arbitrariamente os lucros.

Em vista de tal redação, Shieber considerou que “esta é uma das raríssimas vezes em que a Lei Antitruste faz menção ao motivo do agente, e a nós parece um

16. Idem, p. 189 e ss.

17. Se a interpretação do dispositivo da lei atual já nos causa alguma perplexidade, certamente estaríamos em pior situação se tivéssemos que discutir o que seria o “lucro excessivo” e qual seria a sua “percentagem normal”. Não obstante, não se pode deixar de reconhecer o papel importante – essencial mesmo – de Agamenon Magalhães para o direito antitruste brasileiro, seja pela Lei Malaia, seja pelo projeto que deu origem à Lei 4.137/1962. O projeto, assim como a Lei Malaia, continha dispositivos que, hoje, não são considerados compatíveis com os objetivos de uma lei antitruste. Mas devemos tomar cuidado para não julgar, com o nosso pensamento de hoje, as iniciativas, tão importantes, feitas em um momento histórico completamente diferente.

requisito essencial para distinguir conduta nociva à comunidade, da conduta que não o é”.¹⁸

Na Constituição de 1967 (art. 157) e na EC de 1969 (art. 160), o que antes era “objetivo”, passa a ser uma “característica” do abuso da posição dominante, pois se torna um dos princípios da ordem econômica a “repressão ao abuso do poder econômico, *caracterizado* pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o *aumento arbitrário dos lucros*”.

Comentando o dispositivo, Pontes de Miranda repete o que dissera a propósito do art. 148 da Constituição de 1946, quanto ao aumento arbitrário de lucros como um dos “pressupostos” do abuso da posição dominante, sem qualquer referência à mudança na redação da regra constitucional.¹⁹ Curiosamente, o entendimento do grande jurista parece mais correto à vista do novo dispositivo constitucional do que do dispositivo de 1946. Antes, o aumento arbitrário de lucros não era “pressuposto” do abuso do poder econômico, não o antecedia. Era um objetivo almejado por alguém, detentor de posição dominante, ao praticar um ato abusivo. Com a Constituição de 1967 (cuja redação no particular foi mantida em 1969), o aumento arbitrário de lucros passa a ser algo que caracteriza a conduta abusiva.

A Constituição de 1988 volta a enfocar o aumento arbitrário de lucros como um objetivo do ato em abuso do poder econômico. Estabelece o art. 173, § 4.º que cabe à lei coibir o abuso do poder econômico “*que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, três leis já foram editadas, a Lei 8.158/1991, a Lei 8.884/1994 e a atual Lei 12.529/2011. Em todas, considera-se ilícito o ato que tenha por *objeto*, ou seja, capaz de produzir o *efeito* do aumento arbitrário de lucros.

3. O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS, SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Celso Ribeiro Bastos busca na Lei 4.137/1962, em vigor quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, a base para uma interpretação razoável do preceito constitucional:

“O dispositivo subconstitucional dá uma interpretação razoável do que a Constituição possa entender por aumento arbitrário dos lucros. Na verdade, o aumento da lucratividade, em tese, não é condenável, visto que ele exprime o êxito do empresário. Daí porque a adjunção do adjetivo ‘arbitrários’. De fato, para que o lucro se torne inconstitucional, cumpre que ele resulte de uma situação sobre a

18. *Abusos do poder econômico* cit., p. 194.

19. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 1974. t. IV, p. 51.

qual o detentor do meio de produção possui uma situação de força. É arbitrário, portanto, todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda das vendas. Isto ocorre nas situações de monopólio”.²⁰

Parece inegável que, inexistindo uma “situação de força”, o agente econômico não teria condições de unilateralmente agir sobre sua margem de lucros, tornando impossível cogitar de lucros “arbitrários”.

Com efeito, em um mercado perfeitamente competitivo, nenhum agente econômico tem condições de, aumentando ou reduzindo a sua própria oferta de bens ou serviços, influir na relação entre a oferta e a demanda no mercado. Consequentemente, a ele cabe apenas “aceitar” o preço praticado no mercado. Diz-se que, nesses casos, tanto compradores quanto vendedores são meros “tomadores de preços”. A lucratividade de cada agente econômico é definida pela sua capacidade de produzir a maior quantidade de bens possível a um custo inferior ao preço de mercado. Na medida em que, em princípio, ao preço de mercado existe demanda para todos os produtos que o fornecedor individual seja capaz de produzir, este é incentivado a elevar a sua oferta até o limite em que o custo incorrido na produção de um produto adicional (o “custo marginal”) seja inferior ao preço de mercado. Dessa forma, em mercados perfeitamente competitivos, há uma natural aproximação entre os preços praticados e o custo marginal incorrido pelo fornecedor. O lucro tende a ser o menor possível, capaz apenas de remunerar minimamente o capital investido pelo fornecedor.

O mercado perfeitamente competitivo tem tantos pressupostos – identidade de produtos, multiplicidade de fornecedores, multiplicidade de consumidores – que seu papel é muito mais o de modelo teórico, necessário e indispensável à compreensão do mecanismo de funcionamento dos mercados, que o de retrato pronto e acabado da vida real. No mundo como ele é, pelas mais diversas razões, há agentes econômicos que possuem uma “situação de força”, para usar o termo adotado por Celso Ribeiro Bastos, ou uma “posição dominante”, adotando-se a terminologia consagrada pela legislação antitruste. O monopólio é o apogeu da posição dominante, posto que caracterizado pelo total domínio do mercado relevante em que o agente econômico é o único fornecedor.

Diferentemente do que ocorre no modelo do mercado competitivo, o monopolista, em maior grau, e o agente detentor de uma posição dominante não monopolista, proporcionalmente ao seu poder, são capazes de, com suas decisões, influenciar o preço praticado no mercado. Quando um monopolista reduz ou aumenta a quanti-

20. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 7, p. 102.

dade ofertada, ele altera a relação entre a oferta e a demanda no mercado em que é o único fornecedor, o que resulta no aumento ou na diminuição do preço do produto. Para maximizar seus lucros, o monopólio não é incentivado a produzir tantos bens quantos o mercado seja capaz de absorver a um preço superior ao seu custo. Enquanto no mercado perfeitamente competitivo a receita marginal do fornecedor é sempre igual, independentemente da quantidade produzida (é o preço dado pelo mercado), o monopolista vê sua receita marginal diminuir a cada novo produto levado ao mercado, pois com a elevação da oferta os preços caem. O monopolista é incentivado a encontrar uma relação ótima entre o seu custo marginal e sua receita marginal, capaz de maximizar seus resultados. Em outras palavras, o monopolista é incentivado a produzir uma quantidade menor do que a que seria ofertada em um mercado competitivo, quantidade essa que lhe permitiria cobrar um preço maior do que o que seria praticado em um mercado competitivo, obtendo um lucro superior.

Assim, não há reparo a ser feito à constatação de Celso Ribeiro Bastos quanto a ser a existência de um monopólio pressuposto para que o agente econômico possa arbitrar o seu próprio lucro (não no sentido de estabelecer de forma totalmente unilateral o quanto irá lucrar – pois, mesmo nos monopólios, os preços também variam em função da demanda –, mas no sentido de deter o poder de alcançar, através de ato unilateral, o maior nível de lucratividade possível, considerada a demanda). Não parece precisa, no entanto, a afirmação de que “todo aumento de lucratividade que decorra de uma decisão empresarial, aproveitando-se de uma situação objetiva de mercado distorcido, que não faça corresponder a este aumento uma queda das vendas” seria “inconstitucional”.

Como já mencionado, é pressuposto do sistema de mercado a possibilidade de os agentes econômicos orientarem suas decisões com o objetivo de maximizar seus recursos. A maximização dos lucros é a retribuição perseguida por todos os fornecedores de produtos e serviços (assim como a maximização dos recursos disponíveis é objetivo procurado por todos os consumidores). Para alcançar esse objetivo, os fornecedores são instados a se tornar mais produtivos, são incentivados a inovar, a criar novos produtos e serviços. É o aumento de lucratividade em um determinado setor que permite que novos agentes econômicos por ele se interessem, ou que viabiliza o surgimento de soluções inovadoras para as necessidades dos consumidores. É o aumento da lucratividade que atrai novos recursos, novos investimentos para a atividade econômica. A imposição de limites máximos para a lucratividade, em princípio, desestrutura o sistema. Em outro contexto, respondendo a críticas feitas à época da discussão do projeto de lei que veio a se tornar a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira apontam a contradição entre adotar um sistema de mercado e negar as retribuições e incentivos que fazem esse sistema funcionar:

“A organização da atividade econômica no regime de livre iniciativa – mesmo em economia mista, como a brasileira, é alcançada através de um complexo de

sistemas sociais – as empresas e os mercados – que são estruturas de papéis especializados funcionalmente, interdependentes e complementares entre si, desempenhados pelos agentes econômicos. E o funcionamento desses sistemas pressupõe as necessidades, os desejos e as retribuições que motivam os agentes a desempenharem os diversos papéis do sistema econômico.

É contraditório em termos pretender (...) fazer funcionar economia organizada nesse regime procurando eliminar papéis essenciais dos seus sistemas sociais e condenando as motivações, ou negando as retribuições, que fazem esses sistemas operarem”.²¹

Mauro Grinberg, em pertinente artigo sobre o tema, formula a questão fundamental:

“Como é possível enquadrar aumentos arbitrários de lucros entre os abusos do poder econômico que a Constituição Federal visa reprimir se, conceitualmente, tais aumentos arbitrários de lucros não são abuso do poder econômico?”.²²

Por considerar que a “atuação dos órgãos de aplicação da legislação de repressão ao abuso do poder econômico é desvirtuada quando tratam dos aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico, já que abusos do poder econômico são atos contrários à livre concorrência e os aumentos arbitrários de lucros, embora eventualmente danosos, não são contrários à livre concorrência”, Mauro Grinberg sugere uma reforma constitucional, para se retirar do § 4.º do art. 173 da Constituição a referência ao aumento arbitrário e lucros.

Tal reforma não parece essencial para que o art. 174, § 4.º da Constituição possa ser lido de forma compatível com os princípios e fundamentos constitucionais aos quais se destina a dar concretude – Livre Iniciativa e Livre Concorrência. Luís Roberto Barroso ensina que “a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica”.²³ Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto destacam a “síntese e a coloquialidade” como características da estrutura da linguagem do texto constitucional. Cabe ao intérprete, reconhecendo tais características do texto constitucional, buscar uma leitura que permita “interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes”, posto que “a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto”. Para isso, deve o intérprete “mergulhar nas águas profundas e revoltas da história, da política, da economia, da

21. *A Lei das S.A. – Pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 204.

22. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – interpretação da constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 103, p.55.

23. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 101.

geografia física e humana, da sociologia e da psicologia, além de outros ramos afins do conhecimento científico”.²⁴

Quando o art. 173, § 4.º, da CF/1988 se refere ao aumento arbitrário de lucros, não o faz para definir uma conduta típica que seria, em qualquer caso, ilícita e repudiada pelo direito. Se assim o fizesse estaríamos diante, aí sim, de disposições incompatíveis na carta constitucional, pois é próprio do sistema econômico fundado na livre iniciativa e na livre concorrência que todo agente econômico – inclusive o detentor de uma posição dominante ou, mesmo, o monopolista – aja para maximizar seus resultados.

Nos termos da Constituição Federal, o aumento arbitrário de lucros, como diz Alfredo de Assis Gonçalves Neto, não é “fator de abuso”, mas consequência do abuso.²⁵ A contradição apontada por Mauro Grinberg na pergunta reproduzida acima não existe porque a Constituição não enquadra aumentos arbitrários de lucros entre os abusos do poder econômico que a Constituição Federal visa reprimir. O “aumento arbitrário de lucros”, assim como a “dominação dos mercados” e a “eliminação da concorrência” são *efeitos almejados do abuso do poder econômico repudiado pela Constituição*. Não é ilícito “dominar mercados”. Aliás, a Lei 12.529/2011 (art. 36, § 1.º), seguindo a tradição das normas infraconstitucionais que a precederam, deixou claro que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” é lícita. Não é ilícito “eliminar a concorrência”. Ao competirem entre si, os diversos agentes econômicos estão, licitamente, buscando “conquistar” parte do mercado, atual ou futuro, de seus concorrentes. Esse comportamento é inerente à economia de mercado.

Assim, o ponto central da interpretação da norma constitucional não está – não pode estar – nos objetivos perseguidos pelos agentes econômicos, exemplificados no texto constitucional. O núcleo da norma constitucional que separa o ato lícito do ato ilícito está na *forma como esses objetivos são perseguidos*. É no conceito de *abuso do poder econômico* como meio para atingir determinados fins que deve recair o trabalho do intérprete da Constituição.

Abusar é fazer mau uso, é usar em excesso, é exorbitar no uso. Ao punir a conduta abusiva, o texto constitucional legitima a atuação normal, regular, competitiva, do agente econômico visando conquistar mercados e maximizar resultados. Observado o “todo lógico” de uma Constituição que funda o sistema econômico do País na livre iniciativa e na livre concorrência; considerada a origem histórica do dispositivo

24. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 67.

25. Citado por GRINBERG, Mauro. Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – interpretação da constituição e sugestão de alteração. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 103, p. 55.

Constitucional, que objetivou, em 1946, introduzir no ordenamento Constitucional as bases do chamado “direito antitruste”, parece certo que o art. 173, § 4.º, da CF/1988 tem por fim atribuir à Lei o papel de dar concretude aos princípios constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, afastando as condutas incompatíveis com tais princípios, que impõem a cada um dos agentes econômicos o dever de não adotar comportamento anticoncorrencial. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “os agentes privados têm não apenas o direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado”.²⁶

Abusa do poder econômico aquele agente que se utiliza de tal poder de forma abusiva, anormal, além de sua finalidade, para – individualmente ou em conjunto com outros agentes econômicos – adotar comportamento anticoncorrencial. Caracteriza o comportamento anticoncorrencial a redução indevida da competição entre os agentes econômicos (através da colusão) ou a eliminação por ato de força (econômica) dos demais competidores reais ou potenciais (os atos de exclusão).

Dominação dos mercados, eliminação da concorrência e possibilidade de arbitrar os lucros são as *finalidades intrínsecas* aos atos anticoncorrenciais; são os efeitos visados pelos atos contrários à ordem econômica baseada na Livre Concorrência. Isso não significa que, nos termos da Constituição, seria necessário *provar a intenção* (o *dolo específico*) do agente para se caracterizar o abuso de poder econômico. Dominação de mercados, eliminação da concorrência, arbítrio sobre os lucros são consequências inerentes aos atos anticoncorrenciais de colusão ou exclusão (assim como a pretensão de maximizar resultados é inerente à atuação das empresas em um regime de livre iniciativa e livre concorrência).

Para Calixto Salomão, entendendo-se o direito concorrencial como garantia institucional, “é preciso que a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas. Como já visto, por outro lado, a existência desse objetivo só pode ser admitida quando há ao menos a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais”.²⁷

Assim, não é correto afirmar que, para a Constituição, o aumento arbitrário de lucros constitua, ele próprio, ilícito contra a concorrência ou fonte específica e

26. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo* 227, p. 195.

27. *Direito concorrencial – As condutas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 110.

autônoma da definição legal de tal ilícito. O aumento arbitrário de lucros, na Constituição, será ilícito, na forma de lei, quando efeito almejado (ou possível) de um ato abusivo e anticoncorrencial.

4. LUCRO ABUSIVO NOS ESTADOS UNIDOS E NA EUROPA

Segundo Benjamin Shieber, na interpretação do dispositivo da Constituição (de 1946) referente ao aumento arbitrário de lucros, não poderíamos nos valer das experiências do direito norte-americano ou do direito europeu, pois tais sistemas jurídicos “confiam só na concorrência e na supressão dos monopólios para conseguir uma baixa dos preços dos produtos”, enquanto a lei brasileira (à época, a Lei 4.137/1962) “tenta enfrentar diretamente o aumento arbitrário de lucros pela elevação injustificável dos preços nos casos de monopólios”.²⁸

Não obstante as diferenças entre os sistemas jurídicos impeçam a simples e automática importação dos conceitos e da jurisprudência sobre a matéria, algumas considerações sobre o direito norte americano e o direito europeu podem auxiliar na interpretação do preceito da lei brasileira.

Para o direito norte-americano, a cobrança, pelo monopolista, de preços que resultam dessa estrutura do mercado e a correspondente maximização de lucros não são ilícitas ou abusivas. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a simples detenção de poder de monopólio, com a consequente cobrança de preços de monopólio, “não apenas não é ilícita, como se trata de um importante elemento do sistema de mercado livre”.²⁹

Segundo Phillip Areeda e Herbert Hovenkamp, todo fornecedor, seja monopolista ou competidor, age “racionalmente” para maximizar seus lucros. Uma regra segundo a qual o monopolista deveria cobrar preços que vigorariam caso o mercado fosse competitivo traria um elevado grau de incerteza para os agentes econômicos e, para ser eficaz, exigiria um verdadeiro sistema de controle dos preços dos monopolistas. A cobrança de preços típicos de monopólio não restringe a competição no mercado, mas a incentiva, ao estimular a entrada e expansão de competidores rivais. Negar-se ao monopolista (que conquistou essa posição graças a suas qualidades superiores, capacidade de inovação e eficiência) o direito de auferir os

28. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 189.

29. “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful, it is an important element of the free market system” (540 U.S. Verizon-Trinko, 2004. p. 407), citado por LYONS, Bruce. *The Paradox of the Exclusion of the Exploitative Abuse*, integrante da encadernação *The Pros and Cons of High Prices*, publicada pela Autoridade de Concorrência da Suécia. Disponível em: [www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf].

lucros decorrentes dessa condição poderia resultar na eliminação dos incentivos fundamentais para um comportamento positivo para a sociedade. Mesmo em casos de monopólios naturais, a dificuldade em se estabelecer qual o nível de preço seria razoável e qual o nível seria injusto traz problemas práticos e teóricos que desaconselham a penalização dos preços ou lucros abusivos.³⁰

Massimo Motta e Alexandre de Streel alertam que o direito norte-americano tem seu foco nos “abusos de exclusão”, punindo os acordos limitadores da concorrência (Seção 1 do Sherman Act), a monopolização e a tentativa de monopolização (Seção 2 do Sherman Act), e não nos “abusos de exploração”, praticados por quem já detém monopólio ou posição dominante.³¹

Já os tratados que instituem a União Europeia, embora não disponham de regras diretamente relacionadas ao *aumento arbitrário de lucros*, buscam disciplinar também os “abusos de exploração”, como se depreende do art. 102, antigo art. 82, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, segundo o qual a prática de preços “não equitativos” representa exploração abusiva de posição dominante, nos seguintes termos:

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”.

A aplicação do dispositivo do tratado europeu sempre se mostrou tormentosa para as autoridades europeias. Em algumas decisões, a Comissão Europeia condenou a prática, com base em conceitos gerais a respeito do que consistiria o “preço abusivo” ou “não equitativo”. No *leading case* sobre a matéria, o processo referente à *United Brands*, a Comissão Europeia entendeu que seria abusivo o preço que não guardasse uma “relação razoável com o valor econômico do produto fornecido”.³²

30. *Antitrust Law*. Revised Edition, Little, Brown and Company, 1996. vol. 3, p. 205-207.

31. *Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?* p. 19 da encadernação *The Pros and Cons of High Prices*, publicada pela Autoridade de Concorrência da Suécia. Disponível em: [www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf].

32. “In this case charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse” (*United Brands Company v. Commission*). Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2731698].

O mesmo conceito de preço excessivo em relação ao “valor econômico” dos serviços repetiu-se nos casos “General Motors”³³ e “British Leylands”.³⁴

Ocorre que o conceito geral relacionando o preço excessivo ao “valor econômico” dos bens ou serviços é de imprecisão ímpar. Faltam critérios mínimos para orientar o comportamento dos agentes econômicos, o que leva à ineficácia da regra.

Carlos Ragazzo faz detalhada análise sobre os diversos precedentes da União Europeia e conclui:

“Nenhum dos casos acima representa um precedente válido para uma hipótese de preços abusivos a demonstrar a eficácia da norma que preveja infração do gênero. General Motors e United Brands não foram mantidos no Judiciário, que efetivamente considerou ausentes critérios para demonstrar excessividade suficiente a gerar condenação. British Leylands, na verdade, importa em discriminação com o objetivo de evitar o fenômeno da importação paralela, objetivo esse a ser rechaçado por conta da proposta de um mercado comum integrado, que é sustentado por vários pilares, entre os quais a política de concorrência (exemplo não aplicável ao Brasil). NAPP, por envolver um caso de preço excessivo em mercado de inovação, possui inúmeras ressalvas. E, por fim, Mittal Steel apresenta limitações práticas, já que, ao não determinar o preço justo, não foi possível desenhar uma sanção ou calcular o dano em termos monetários ou ainda o patamar de redução de preços”.³⁵

Os efeitos negativos da limitação de preços (ou lucros), apontados pela doutrina norte-americana, e a ineficácia da regra limitadora, constatada na experiência europeia, parecem indicar a impropriedade em se considerar ilícita, em si mesma, a prática de preços “elevados” ou a obtenção de lucros “excessivos”.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Não se conhece decisão do Cade que tenha condenado uma parte *exclusivamente* com fundamento no antigo inc. III do art. 20 da Lei 8.884/1994. Nas vezes em que a parte foi condenada por “aumentar arbitrariamente os lucros”, o Cade também invocou os demais efeitos anticoncorrenciais estabelecidos nos incs. I, II ou IV do antigo art. 20 da Lei 8.884/1994.

Assim, por exemplo, no julgamento do Processo Administrativo n. 08000.16153/95-89, tendo como Representada a Empresa Folha da Manhã S.A., o

33. Disponível em: [<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89005&pageInde x=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2734510>].

34. Disponível em: [<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93421&pageInde x=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=2733632>].

35. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. *Revista de Concorrência e Regulação* 7/8. p. 202. 2012.

Plenário do Cade considerou demonstrado o “aumento arbitrário de lucros”, à vista de circunstâncias de fato que evidenciariam o “acordo com concorrente” e a existência de medidas para “impedir o acesso de novas empresas ao mercado”. Ou seja, a aplicação do inc. III da Lei 8.884/1994 foi feita conjuntamente com hipótese de aplicação dos incs. I e IV da mesma Lei.

Também no Processo 08012.004599/1999-18, relativo ao Cartel das Vitaminas, as representadas foram condenadas pelo inc. III do art. 20 da Lei 8.884/1994, juntamente com os demais incisos do mesmo artigo da Lei. Ainda que, nos diversos votos proferidos, não tenha havido uma discussão aprofundada sobre a aplicação específica do inc. III do art. 20, deles se depreende que a justificativa para a condenação viria da capacidade de as Representadas cobrarem preços superiores aos que vigorariam em um mercado competitivo, em razão da formação do cartel.

Discussões mais aprofundadas sobre o poder de o Cade, em face da legislação, atuar sobre os preços (ou, em consequência, sobre as margens de lucro) dos agentes econômicos se deram em processos que versavam sobre a aplicação da hipótese do art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994, que incluía dentre os exemplos de atos que poderiam vir a ser considerados ilícitos contra a ordem econômica a imposição de “preços excessivos” ou o aumento “sem justa causa” do preço de bens e serviços. O parágrafo único do art. 21 da Lei 8.884/1994 ainda elencava determinados critérios a serem observados na caracterização dos “preços excessivos”, como o exame dos custos dos insumos, a introdução ou não de melhorias de qualidade, a comparação com produtos e serviços similares, etc.

Foram muitos os casos sobre o tema, todos eles arquivados pelo Cade. Merecem especial destaque os votos proferidos nos Processos Administrativos 08012.000966/2000-01 e 08012.000973/2000-68 (rel. Conselheiro Luiz Carlos Prado); Averiguação Preliminar 08012.005181/2006-37 e Processo Administrativo 08012.000912/2000-73 (rel. Conselheiro Paulo Furquim) e Averiguações Preliminares 08012.000295/1998-92 e 08012.003648/1998-05 (rel. Conselheiro Carlos Ragazzo).

Todos os Conselheiros do Cade que se manifestaram em tais processos reconheceram a dificuldade de se definir tanto as hipóteses de aplicação da norma referente ao preço excessivo, quanto o modo de apuração dos supostos excessos. Não obstante, duas correntes fundamentais de entendimento sobre o assunto podem ser identificadas:

- Em alguns votos, considerou-se que a prática de preços excessivos *jamaiz* representaria um ilícito autônomo, dissociado de práticas restritivas da concorrência. O preço abusivo seria, sempre, reflexo de outra conduta ilícita. Não caberia ao Cade o papel de regular preços. No voto que proferiu na Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92, o Conselheiro Relator, Carlos Ragazzo, considerou que o art. 21, inc. XXIV da antiga Lei 8.884/1994 seria *parcialmente ineficaz* em vista da impossibilidade fática de se encontrar um critério capaz de definir a abusividade.

Esse entendimento foi compartilhado pelos Conselheiros César Mattos e Olavo Chinaglia;³⁶

- Outros votos consideraram que, ainda que excepcionalmente, a norma do art. 21, XXIV da Lei 8.884/1994 poderia ser aplicada diretamente pelo Cade, mesmo na ausência de outra prática restritiva. O art. 21, XXIV, da Lei 8.884/1994 não seria de todo ineficaz. Ainda que não caiba ao Cade o papel de regulador de preços, em certas circunstâncias ele teria competência para atuar diretamente sobre os preços abusivos. No julgamento da Averiguação Preliminar 08012.000295/1998-92, acima mencionada, a maioria dos Conselheiros não acompanhou, nesse particular, o Relator Carlos Ragazzo, concluindo pela *eficácia* da norma da Lei 8.884/1994 que apontava a prática de preços excessivos como uma das formas possíveis de caracterização de ilícito contra a ordem econômica (assim votaram os Conselheiros Vinicius Carvalho, Ricardo Ruiz, Fernando Furlan e Arthur Badin).

Não existe, portanto, uma sequência de decisões em uma mesma direção que permita se falar em uma jurisprudência do Cade a respeito da interpretação do conceito de “aumento arbitrário de lucros” para o fim da aplicação da legislação antitruste, ou mesmo quanto aos limites de sua competência para atuar diretamente sobre os preços ou margens de lucro. Os aspectos que merecem destaque, comuns à generalidade das decisões e dos votos proferidos pelos diversos Conselheiros do Cade, são os seguintes:

- Inexiste um critério geral e arbitrário capaz de definir um nível a partir do qual um preço será excessivo ou uma margem de lucros abusiva. Mesmo aqueles que entendem ser “autônoma” a infração representada pelo aumento excessivo dos preços (ou das margens de lucro) reconhecem a dificuldade de se estabelecer um conceito de valor “justo” para preço ou lucratividade, e a necessidade de se examinar as circunstâncias específicas de cada caso;

- A elevação das margens de lucro em decorrência de inovações, produtividade ou simplesmente do poder de mercado conquistado licitamente não representa, em si mesma, um ilícito contra a ordem econômica. Como disse a Ex-Presidente do Cade Elisabeth Farina no voto que proferiu no Processo Administrativo 08012.007514/2000-79, “a firma pode ter obtido tal posição de mercado (único fornecedor de um produto) por meio de investimentos, inovações, diferenciação de seu produto. O preço cobrado acima de seus custos marginais (para se comparar

36. Referido processo mereceu importantes artigos doutrinários como CORDOVIL, Leonor; SAITO, Carolina. O controle de preços abusivos pelo SBDC: uma interessante discussão e jurisprudência. *Revista do IBRAC* 18, p. 339 e ss.; RAGAZZO, Carlos. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau?. *Revista do IBRAC* 19, p. 21 e ss; e MACHADO, Kenys Menezes. Uma análise da recomendação da jurisprudência do Cade ao uso de triagem em casos envolvendo preço abusivo. *Revista do IBRAC* 21, p. 37 e ss.

com a situação em que a firma opera em concorrência perfeita) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros de monopólio, nesse caso, teria o efeito de desestimular que o empresário assuma riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva. Mais indesejável, ainda, tomando como parâmetros os objetivos de defesa da concorrência”;

- O Cade não é um órgão regulador de preços ou de margens de lucro.

6. Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 não mais inclui a cobrança de “preços excessivos” ou o aumento de preços “sem justa causa” dentre os exemplos de condutas que poderiam configurar ilícito contra a ordem econômica. Essa é uma das poucas diferenças entre o antigo art. 21 da Lei 8.884/1994 e o art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011.

Carlos Maximiliano, em sua clássica obra sobre hermenêutica, demonstrou a improriedade de se buscar “exumar o *pensamento* do legislador”, para, identificando suas intenções, interpretar a lei.³⁷ Mais importante do que se estabelecer o porquê da supressão da referência à prática do preço excessivo como possível exemplo de ilícito contra a concorrência é identificar as consequências objetivas dessa modificação na lei referente aos ilícitos contra a ordem econômica.

Tanto na lei anterior como na atual, a relação de condutas que caracterizam infração da ordem econômica não é exaustiva. Outras condutas, não relacionadas no art. 21 da Lei 8.884/1994 ou no art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011, podem vir a ser consideradas ilícitas. Por outro lado, a simples prática das condutas descritas em tais dispositivos legais não implica, necessariamente, na ocorrência de infração contra a ordem econômica. Somente são ilícitas as condutas que “configurem hipótese prevista” no art. 20 da Lei 8.884/1994 ou no *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011. Ou seja, as condutas do art. 21 da Lei 8.884/1994 ou do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011 somente são ilícitas se tiverem por objeto ou forem capazes de produzir os efeitos de falsear, limitar ou prejudicar a livre concorrência; dominar mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

Assim, a inclusão de uma conduta no rol das elencadas no antigo art. 21 da Lei 8.884/1994 e no novo art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011 não significa que, necessariamente, o agente que a praticou cometeu ilícito. Mas, sob pena de se concluir que todo um dispositivo legal seria inútil, deve-se tirar alguma consequência da lista de condutas contidas na lei. A consequência imediata dessa lista é a *interpretação autêntica* pelo

37. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 18 e ss.

legislador – e, portanto, obrigatória e com força coativa³⁸ – de que aquelas condutas têm *potencialidade* para se enquadrar nas hipóteses de infração descritas na lei.

Se a lei inclui a “venda de mercadoria abaixo do preço de custo” dentre as hipóteses de condutas que “podem” caracterizar infração da ordem econômica, não pode o intérprete afirmar que tal conduta “jamais” poderia vir a ser considerada ilícita (salvo se fundado na inconstitucionalidade dessa norma). Do mesmo modo, quando a lei indicava que a prática de “preço excessivo” ou o “aumento sem justa causa de preços” poderiam representar infração da ordem econômica, estava a dizer que, em tese, tais condutas poderiam gerar os efeitos anticoncorrenciais previstos no art. 20 da Lei 8.884/1994.

Não poderia, portanto, o intérprete da Lei 8.884/1994, negar-se a reconhecer na prática de “preços excessivos” um potencial de ilicitude. À vista de um caso concreto, somente lhe seria possível deixar de reconhecer a ilicitude em vista de circunstâncias de fato – não se identificou o excesso, não se comprovou nenhum dos efeitos do art. 20 da Lei, etc. Poderia ainda o intérprete, como muito bem sustentado pelo Conselheiro Carlos Ragazzo no voto de que se falou anteriormente, defender a *ineficácia da regra*, em vista da falta de parâmetros para a sua aplicação, mas jamais a *inexistência da regra*. Afóra isso, restaria ao intérprete – inconformado com o comando legal – apenas questionar a constitucionalidade da *interpretação autêntica* contida na Lei.

A nova lei não faz mais essa interpretação autêntica, e isso tem consequências importantes para o entendimento do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011, em sua referência ao aumento arbitrário de lucros. O novo dispositivo legal pode ser examinado sem os grilhões da interpretação autêntica.

Como se viu, o dispositivo ora comentado somente teve sua aplicação cogitada (i) nos casos em que tal aumento arbitrário de lucros seria uma consequência de um ato colusivo – a formação de um cartel – ou de exclusão (por exemplo a criação de dificuldades para concorrentes); ou (ii) nos casos de “imposição de preços excessivos”, tal qual descrito no antigo inc. XXIV do art. 21 da Lei 8.884/1994. Essa segunda hipótese – objeto de tantos casos, e jamais aplicada em face da impossibilidade de se estabelecer o que seria um preço excessivo – não é mais objeto de interpretação autêntica do legislador.

Toda a interpretação deve recair, portanto, no *caput* do art. 36 e no seu inc. III. As observações feitas nestes comentários procuraram indicar que a interpretação à norma referente ao aumento arbitrário de lucros não pode ser dissociada dos princípios constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência que a Lei 12.529/2011 busca tornar eficazes, ao atribuir ao Cade o papel de órgão máximo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

38. Idem, p. 87 e ss.

Foi visto que a liberdade de lucro é elemento essencial do sistema econômico fundado nos conceitos de Livre Iniciativa e de Livre Concorrência. A Constituição Federal de 1988 não caracteriza o aumento arbitrário de lucros como exemplo de abuso do poder econômico, mas sim como consequência almejada desse abuso.

De forma compatível com a Constituição, a Lei 12.529/2011 não aponta a ilicitude do aumento arbitrário de lucros em si mesmo, mas o inclui no art. 36 da Lei como um efeito possível de uma conduta violadora da ordem concorrencial. Ao escolher o adjetivo “arbitrário” (que depende exclusivamente do arbítrio de alguém, da vontade de alguém) e não “abusivo” ou “excessivo”, a lei deixa claro que não se volta contra a percepção de lucros a partir de determinado nível, mas sim contra os atos capazes de conferir a alguém o arbítrio sobre sua lucratividade.

Só o monopolista, de forma absoluta, e os agentes detentores de posição dominante, proporcionalmente a seu poder sobre o mercado, têm o arbítrio sobre seu lucro, ou seja, a capacidade de unilateralmente obter o maior lucro possível, considerada a demanda. A lei, no entanto, não pune a existência do monopólio ou da posição dominante. A lei também não pune os lucros auferidos pelo monopolista ou pelo agente dominante do mercado, nem estabelece limites para esses lucros. A lei pune a *conquista*, a *manutenção* e a *expansão* desse poder de mercado através de métodos *incompatíveis com a livre concorrência*. Os lucros arbitrários são o *efeito possível do ato anticoncorrencial*.

Outra interpretação, além de ineficaz (da mesma forma como não há critério para se definir um “preço justo”, é impossível estabelecer um limite específico a partir do qual o lucro seria “arbitrário”) e inexigível (não se pode cobrar do agente econômico um determinado comportamento se não há parâmetros capazes de traçar a linha entre o lícito e o ilícito), seria incompatível com a Constituição.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo destes comentários, muito se falou dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, essenciais à interpretação dos dispositivos da Lei 12.529/2011. Como se sabe, esses não são os únicos princípios da ordem econômica, merecendo especial destaque, para este tema, o da “defesa do consumidor”.

Paula Forgioni sustenta que a “repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico” teria em vista a “proteção da população, dos consumidores”, e cita comentário de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto a propósito da Lei 4.137/1962 segundo o qual a legislação antitruste brasileira não teria “como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e concorrência”, mas também “proteger o consumidor contra a sede de lucros excessivos por parte de empresas ou associações de produ-

tos que pretendam aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas”.³⁹

Esse entendimento não parece o mais acertado, e não apenas porque a lei atual, diferentemente do que ocorria na Lei 4.137/1962, não mais inclui a “elevação sem justa causa de preços” como forma de abuso do poder econômico.

O Código de Defesa do Consumidor (que “dispõe sobre a proteção do consumidor”) e a Lei 12.529/2011 (que “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”) tratam do fenômeno econômico sob perspectivas diferentes. Diferentes mas não incompatíveis, é certo. A Constituição é uma só, e os princípios devem, sempre, ser compatibilizados.

Ao interpretar-se o Código de Defesa do Consumidor, não podem ser esquecidos os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. E, obviamente, a proteção da concorrência jamais é incompatível com a defesa dos consumidores. Muito ao contrário, como diz Herbert Hovenkamp, há um consenso, hoje em dia, de que a missão fundamental do direito antitruste é “proteger o direito dos consumidores a preços baixos, inovação e diversidade que a competição promete”.⁴⁰ Ou, como diz Luís Roberto Barroso, o princípio constitucional da livre concorrência “contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo”.⁴¹

Ocorre que a forma pela qual a lei de defesa da concorrência busca alcançar seus objetivos – e conseqüentemente busca defender os direitos dos consumidores – não é controlando preços, “exigindo” inovação ou impondo “diversidade”. Seu papel é exercido impedindo a prática de atos incompatíveis com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tornando ilícitos os atos anticoncorrenciais, exigindo-se o controle de alguns atos capazes de afetar a estrutura dos mercados.

O papel da Lei 12.529/2011 não é o de autorizar um controle de preços ou margens de lucro. Não é essa a função do Cade. Não é essa a interpretação que decorre do art. 36, § 3.º, da Lei 12.529/2011.

Mesmo que a Lei 12.529/2011 atuasse sobre o fenômeno econômico sob perspectiva exclusiva da proteção dos consumidores (e, portanto, até mesmo o Código de Defesa do Consumidor), não seria possível buscar a preservação dos interesses dos consumidores através de controles de preços ou de fixação de limites máximos

39. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed., p. 280.

40. *The Antitrust Enterprise*. Harvard University Press, 2005, p. 1.

41. BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo* 227, p. 195.

para a percepção de lucros. Tais regimes de controle de preços e margens de lucro, além de ineficazes, como a história do Brasil já demonstrou à sociedade, não são compatíveis com a ordem constitucional, que deve ser vista como um todo harmônico e integrado.

Isso não significa que o Estado não tenha, em outras hipóteses, um papel sobre os preços praticados na economia. Alguns serviços e atividades são objeto de regulação específica; o Estado, como Poder concedente, tem papel na fixação de tarifas. Também há quem cogite a interferência do Estado sobre os preços em situação de absoluta anormalidade.⁴² Tais temas – sem dúvida de enorme relevância – não são objeto destes comentários.

A Lei 12.529/2012, no entanto, não só por ser destinada a dar concretude aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, mas porque sua redação assim o indica, não limita em si mesmo o poder de o monopolista ou de o agente com posição dominante fixar seus preços livremente e auferir os lucros correspondentes. Não é ilícito o agente econômico fixar o preço de seus produtos ou serviços segundo seu próprio arbítrio. Não é ilícito o agente econômico procurar a maximização de seus lucros. Não caberia ao Cade punir um agente econômico com base, exclusivamente, na sua taxa de lucratividade. O que é ilícito é praticar conduta anticoncorrencial, capaz de dar ao agente infrator o poder de aumentar arbitrariamente seus lucros.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei Antitruste em face do abuso do poder econômico – Parecer, de Oscar Dias Corrêa – *RTrib* 17/163, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 2/1281 (DTR\1996\474);
- A vedação do aumento arbitrário do lucro, de Márcio Mello Casado – *RT* 750/95 (DTR\1998\209);
- Formas de abuso de poder econômico, de José Alexandre Tavares Guerreiro, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 2/175 (DTR\2012\675); e
- Preço abusivo e cabeça de bacalhau, de Ruy Santacruz – *RIBRAC* 5/17 (DTR\2011\4891).

42. *Idem*, p. 212.

O CARTEL E SUA PROVA

MAURO GRINBERG

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômico. Procurador Federal aposentado. Advogado.

RICARDO CASANOVA MOTTA

Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

LUÍS HENRIQUE PERRONI FERNANDES

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: O presente estudo tem como escopo apresentar considerações sobre os princípios constitucionais, penais e processuais aplicáveis às investigações antitrustes. Discute-se o padrão de prova que deve ser considerado pela autoridade de defesa da concorrência na persecução dos agentes econômicos, bem como a legalidade dos instrumentos corriqueiramente adotados nas investigações de condutas anticompetitivas, notadamente o cartel.

PALAVRAS-CHAVE: Provas – Cartel – Licidade – Processo administrativo sancionador – Cade.

ABSTRACT: The scope of the present study is to provide considerations about constitutional, criminal and procedural principles applicable to antitrust investigations. It is discussed the standard of proof to be considered by antitrust authorities on prosecution of economic agents, as well the legitimacy of the mechanisms currently adopted in the investigations of anticompetitive practices, specially cartel.

KEYWORDS: Evidence – Cartel – Lawful – Sanctioning Administrative Proceeding – Cade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ônus da prova – 3. Contraditório, ampla defesa e isonomia – 4. A intenção do infrator – 5. Licitude da prova – 6. Prazo para definição da prova – 7. Os meios de prova – 8. Prova emprestada – 9. Processo administrativo sancionador: 9.1 Presunção de inocência; 9.2 Princípio da oficialidade e busca da verdade real – 10. Conclusões – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Todos nós sabemos os malefícios que os cartéis causam à economia e, por isso, sempre que descobertos e devidamente processados, devem ser punidos. Todavia, é extremamente importante, em um Estado de Direito, que a punição só aconteça se devidamente comprovada, por meios legais e legítimos, a efetiva existência da colusão. Ao longo dos últimos anos, estudos realizados em diversos mercados já demonstraram que a mera existência de presunções de uma suposta conduta ilícita

não é suficiente para determinadamente concluir pela existência de uma verdadeira prática ilegal. Condenação sem prova hábil é típica de regimes de exceção, em que não vigoram as garantias individuais constantes da Constituição Federal. É exatamente aí que entra o objetivo deste texto.

2. ÔNUS DA PROVA

Parece intuitivo – e de fato é – que quem alega deve provar o alegado. Mas, se é intuitivo, deve-se perguntar o motivo pelo qual tantos artigos e até livros foram escritos sobre o tema do ônus da prova, conceituado como “a situação jurídica que atribui certa conduta ao seu titular para que a sua esfera jurídica não seja negativamente afetada”.¹ Aliás, este capítulo é mais um texto a tratar do tema, apenas, neste caso, focalizando de forma esquemática o ônus da prova do cartel.

A Lei 12.529, de 2011, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência, passa ao largo da definição do ônus da prova e da prova em geral. Dois artigos são aqui relevantes:

“Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas”.

“Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.”

Vemos na redação destes dois artigos, desde logo, (i) a desproporção do tratamento legal deferido à acusação e à defesa, gerando inconstitucionalidade, (ii) a limitação do número de testemunhas, aliás constante da Lei 8.884, de 1994, gerando inconstitucionalidade e (iii) a possibilidade de aprovação tácita, por decurso de prazo, de pedidos de provas não apreciados no prazo do art. 72 acima referido. Esses três pontos são tratados em capítulos específicos adiante.

Inexistindo regra específica na lei própria, a Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 115, apresenta as normas integradoras aplicáveis subsidiariamente: (i) Código de Defesa do Consumidor, (ii) Código de Processo Civil e (iii) Lei 9.784, de 1999, também conhecida como Lei do Processo Administrativo. Desde logo, exclui-se a Lei de Processo Administrativo, que não trata do ônus da prova e bem assim o Código de Defesa do Consumidor, que trata da matéria apenas quando aborda a possibilidade de sua inversão a favor do consumidor. Como o Código de Defesa do Consumidor visa

1. NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135.

especificamente à defesa do consumidor (art. 1.º) e como a Lei de Defesa da Concorrência trata da prevenção e apuração das infrações contra a ordem econômica (art. 1.º), e como “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” (art. 1.º, parágrafo único), resta claro que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos processos previstos na Lei de Defesa da Concorrência. Na verdade, a instituição da inversão do ônus da prova visa à proteção do consumidor que se vê impossibilitado de enfrentar grandes empresas; não se pode presumir que o Estado e a coletividade sejam hipossuficientes.

Resta-nos recorrer ao CPC, cujo art. 333 aponta a solução:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Desde já, podemos mostrar algumas consequências da aplicação do Código de Processo Civil: (i) se duas ou mais empresas são acusadas da prática de cartel e elas negam que o tenham praticado, compete à autoridade fazer a prova, razão pela qual basta a negativa absoluta da parte acusada para que a autoridade seja encarregada de demonstrar a existência do cartel; e (ii) se a parte acusada alegar a existência de fato que contrarie a acusação (por exemplo: eventual contato com concorrente teve por objetivo o enfrentamento de situação de emergência), compete ao acusado demonstrar a situação de emergência que gerou este contato.

Suzanna Santi Cremasco explica esta inversão: “O deslocamento da carga de provar para o réu sempre que alegados na defesa fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado na inicial ocorre não só em razão da maior facilidade que se presume que cada qual tem para produzir a prova de suas alegações, mas, fundamentalmente, porque, nesse caso, o demandado admite, reconhece como verdadeiro o fato que embasa a pretensão do demandante e, de forma a obstar a produção dos efeitos jurídicos dele decorrentes, invoca fatos novos e diversos, até então desconhecidos no processo”.² No exemplo dado acima, o representado reconhece que teve contato com o concorrente, mas apresenta outro fato: o contato foi lícito; assume assim o ônus da prova da licitude deste contato. Veja-se, no entanto, que a assunção aqui realizada pelo representado limita-se ao fato por ele alegado.

2. CREMASCO, Suzanna Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 61.

Ainda que não logre êxito em demonstrá-lo, incumbe à autoridade comprovar a existência da conduta colusiva.

Em outras palavras, o ônus assumido pelo representado limita-se ao fato por ele alegado. O resto, ou melhor, a conduta como um todo, ainda continua sob o ônus da autoridade, ainda que as alegações do representado se mostrem inverídicas. A desqualificação pela autoridade das alegações do representado não são, portanto, provas da existência da conduta.

3. CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E ISONOMIA

A interpretação conjunta dos arts. 70 e 72 da Lei de Defesa da Concorrência demonstra grande assimetria entre partes, em violação dos princípios da isonomia e do contraditório. “Do contraditório, centrado na informação necessária para possibilitar a reação, emanam faculdades, direitos, enfim, consequências que formam o corpo do seu próprio conteúdo. Tendo em vista sua profunda inter-relação com o princípio da ampla defesa, alguns desdobramentos vêm inseridos pela doutrina e jurisprudência também no rol dos elementos configuradores deste último”.³

Voltemos, todavia, à Constituição Federal, verificando que o art. 5.º, em seu *caput*, trata de igualdade perante a lei e, no inc. LV, garante o contraditório e a ampla defesa. Não se busca aqui lembrar tudo o que já foi escrito sobre estas garantias, mas apenas verificar até que ponto os arts. 70 e 72, lidos conjuntamente, podem representar ou possibilitar suas violações. O dado mais eloquente é o da necessidade do/a representado/a, no prazo dado, apresentar as provas e especificar as provas que pretendem sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas, sendo que, posteriormente, “a Superintendência-Geral (...) determinará a produção de provas que julgar pertinentes”.⁴ Isso resulta em que o/a representado/a apresenta suas provas antes da autoridade que, ao apresentar as suas provas, não poderá mais sofrer a produção de prova contrária.

Um dos desdobramentos do princípio em tela é o da informação geral, a respeito do qual Odete Medauar ensina que “significa o direito, atribuído aos sujeitos e à própria Administração, de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo e de todos os demais documentos, provas e dados que vieram à luz no curso do processo”.⁵ Mas não basta que se dê vista das provas; é preciso que essa vista seja adequada e útil, o que significa permitir que o/a representado/a tenha a oportunidade de fazer a devida prova contrária. Isso fica ainda mais evidente pelo fato de a Superintendência-Geral entender que pode defi-

3. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.

4. Art. 72, *caput*, da Lei 12.529/2011.

5. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p.183.

nir o mercado relevante e individualizar as condutas posteriormente ao prazo para que o/a representado/a especifique as provas que pretende produzir.

Notemos que a definição do mercado relevante e a individualização das condutas são fundamentais para permitir defesas eficientes. Quanto ao mercado relevante, se a definição geográfica abrange o mundo, um país, um território dentro de um país, uma cidade ou um bairro, verifica-se uma imensa dificuldade, quase impossibilidade, para a defesa, se a definição não lhe é anterior, até porque essa definição permite saber quais os agentes econômicos que concorrem com o/a representado/a, bem como o alcance da prova que se faz necessária. Também quanto ao mercado relevante material, a sua definição é fundamental, uma vez que cada produto pode ter dinâmica própria e até mesmo áreas distintas das empresas para a sua comercialização. Verifica-se, assim, uma imensa dificuldade à defesa caso a definição não lhe é anterior. O mesmo ocorre com a individualização das condutas. Se, por exemplo, num determinado caso de acusação de cartel, os/as acusados/as poderiam ter participado de várias reuniões ou influenciado um ou mais produtos; se o/a representado/a não tem noção exata da acusação que lhe constrange mais uma vez há uma imensa dificuldade, chegando à impossibilidade, para a defesa, se a definição não lhe é anterior, até porque essa definição permite saber quais os fatos em relação aos quais é necessário fazer prova.

O que se verifica é que a definição do mercado relevante – tanto na vertente geográfica quanto na vertente material – e a individualização das condutas são condições necessárias para a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os arts. 70 e 72, lidos conjuntamente, incidem em violação do art. 5.º, LX, da CF/1988. Contrariam também o espírito do art. 38 da Lei de Processo Administrativo, que estabelece: “O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”. A Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Processo Administrativo estão no mesmo grau hierárquico, razão pela qual aqui se utiliza a lei mais antiga como substrato doutrinário.

Como não existe óbice para que a Superintendência-Geral conceda prazo adicional, após a edição do despacho previsto no art. 72 da Lei de Defesa da Concorrência, a Superintendência-Geral pode, querendo, evitar a incidência da inconstitucionalidade. Mas, por óbvio, terá que definir o mercado relevante e individualizar as condutas antes de notificar o/a representado/a. Alternativamente, se alterada a definição de mercado relevante ou a individualização das condutas, a Superintendência-Geral poderá abrir novo prazo para defesa. Como bem expressa Eduardo Cambi, “as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão que se apoie em fatos sobre os quais não puderam opinar”.⁶ Lembremos que o verbo “opinar” não

6. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 144.

está aqui no sentido de “dar opinião”, mas no sentido de “atuar efetivamente”, isto é, podendo fazer prova. É o que demonstra Fernão Borba Franco: “(...) a ampla defesa é uma consequência do contraditório, não se limitando ao conhecimento, pelo interessado, de todos os atos do processo (contraditório), mas agregando-se a ele o direito de efetuar alegações e produzir as provas necessárias”.⁷ Ou seja, não basta dar vista à parte da nova definição do mercado relevante e/ou da nova individualização das condutas; é preciso que se proporcione à parte não apenas a possibilidade de manifestação como também – e sobretudo – a possibilidade de produzir prova que eventualmente não tenha sido requerida na defesa.

Nem se alegue alguma prioridade do Poder Público, já afastada pela Constituição Federal, falando Fernando Gama de Miranda Netto na “premissa de que as prerrogativas do Poder Público em juízo, em especial a presunção de legalidade de seus atos, devem ser afastadas, não só porque violam a isonomia processual, mas também porque criam um obstáculo garantístico à tutela efetiva dos direitos fundamentais”.⁸ O termo “paridade de armas”⁹ é largamente empregado para demonstrar a situação. Enfim, no processo administrativo a acusação e a defesa devem ser vistas como partes que se equivalem em forças e prerrogativas. Isto é o que se extrai dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. A INTENÇÃO DO INFRATOR

Muito se tem comentado a respeito da aplicação do princípio da responsabilidade objetiva no processo administrativo decorrente de supostas infrações concorrenciais. O art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência usa até a expressão “independentemente de culpa”, o que faz com que as autoridades muitas vezes não se sintam obrigadas a demonstrar culpa ou dolo dos/as partes acusadas. Bastaria, dentro desse entendimento, o simples envolvimento na conduta. Obviamente não se defende aqui a ideia de que a ignorância da lei exime alguém de acusações. Mas é preciso verificar que este dispositivo da Lei de Defesa da Concorrência é inconstitucional. Com efeito, o § 4.º do art. 173 da CF/1988 diz que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. O que se vê é que a matriz constitucional é clara no sentido de que o comportamento a ser punido deve ter por objetivo (“que vise a”) uma infração. Com efeito, a intenção e/ou propósito é condição constitucionalmente imposta para a aferição de uma conduta anticompetitiva.

Não se pode dar à Constituição Federal outra forma de interpretação que não a mais clara possível, o que ocorre também com o verbo “visar”. De fato, Celso Ribe-

7. FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44.

8. NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Op. cit.*, p. 133.

9. HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 132.

ro Bastos é claro no sentido de que “não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum”.¹⁰ Resta claro que não pode a autoridade, baseada num suposto princípio da responsabilidade objetiva, deixar de apreciar a intenção do/a representado/a.

5. LICITUDE DA PROVA

Pode parecer pleonástico, mas a prova deve necessariamente ser lícita. A autoridade não tem o privilégio de usar provas ilícitas ou obtidas ilicitamente para a condenação do/a representado/a, por mais que, paradoxalmente, essas provas sejam eloquentes, conforme expressamente dispõe o art. 5.º, LVI, da CF/1988. Ainda que uma determinada prova possa levar à cabal comprovação de uma conduta constitucionalmente reprovável, tal evidência não poderá ser utilizada, sequer para o convencimento íntimo do julgador. O que pretendeu o legislador constitucional aqui foi proteger outros bens de igual ou até maior valor, evitando a perpetração de condutas tão ou mais reprováveis para a obtenção de uma prova.

Mas a verdade é que neste caso não se trata de provas, porque as provas têm que ser lícitas e licitamente produzidas. Alguns exemplos hipotéticos podem ser lembrados: (i) busca e apreensão determinada por juiz incompetente; (ii) busca e apreensão determinada pelo juiz, ainda que competente, com base em informações erradas e/ou enganosas; (iii) escuta telefônica sem a devida autorização judicial ou extrapolando a autorização concedida. A apuração das infrações da ordem econômica – e, se for o caso, a aplicação de sanções – é feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). É intuitivo que o Cade, entidade judicante (de acordo com o art. 4.º da Lei de Defesa da Concorrência), não pode agir contra a lei quando aplica a lei, mesmo porque o art. 30 da Lei de Processo Administrativo é claro: “São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

A hipótese acima descrita, qual seja, provas lícitas obtidas a partir de provas ilícitas, é objeto de intensa discussão doutrinária e também jurisprudencial. Não obstante se questione acerca da possibilidade de relativização de tal princípio em situações excepcionais, diante do sopesamento entre os direitos e garantias constitucionais envolvidos, parece inafastável a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (ou por derivação), emprestada da doutrina americana “fruits of the poisonous tree”.¹¹

10. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: IBDC, 1997. p. 112.

11. Sobre o tema merece destaque as análises de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 254 e ss; e também de AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p 81 e ss.

De acordo com tal teoria, são inadmissíveis não somente as provas obtidas por meios ilícitos, como também aquelas que nela tiveram origem, ou seja, aquelas que, apesar de lícitas (provas material e processualmente válidas), foram extraídas de provas obtidas por meio ilícito, havendo, portanto, um nexo de causalidade entre elas.

Como exemplo, poderíamos considerar hipoteticamente a descoberta de uma reunião entre associados (em que seriam discutidos preços a serem praticados por cada um deles) em razão de interceptação telefônica realizada pela autoridade, mas de maneira irregular, sem autorização judicial, que resultou na prisão em flagrante de diversas pessoas físicas.

Além disso, infere-se que a identificação de uma prova ilícita necessariamente resulta em nulidade absoluta e, portanto, em seu desentranhamento dos autos. Caso tenha sido proferida uma sentença com base em tais provas, eivadas de irregularidades, exige-se a reabertura da fase de instrução, com a prolação de nova sentença. É natural, nesse sentido, imaginar que as provas obtidas de maneira ilícita, apesar de desentranhadas dos autos, possam influenciar – ainda que implicitamente – a convicção judicial. Tal preocupação já foi enfrentada pela doutrina, merecendo destaque a orientação de Luiz Guilherme Marinoni, que sustenta a necessidade de descontaminação do julgado, que só poderia ser alcançada com o afastamento do magistrado originário, para que haja um juízo ‘limpo’:

“Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e assim algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz que não aquele que proferiu a sentença que se fundou na prova ilícita”.¹²

6. PRAZO PARA DEFINIÇÃO DA PROVA

Já se viu acima que os arts. 70 e 72 da Lei de Defesa da Concorrência, combinados, estabelecem que o/a representado/a tem um prazo para requerer a produção de suas provas e a autoridade tem um prazo para deferir (ou não) a produção de tais provas. Já se sabe a consequência da perda do prazo pelo/a representado/a: seu direito fica precluso. Indaga-se aqui qual a consequência da perda do prazo pela autoridade. É claro que, ausente a justificação, o pedido do/a representado/a é tacitamente deferido, a não ser que seja invocado o art. 187 do CPC: “Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos que este Código lhe assina”. Há, todavia, dois requisitos para o uso desta prerrogativa: (i) o prazo pode apenas ser duplicado e não pode se tornar perene; (ii) como com relação a qualquer ato decisório, é necessária a motivação, se o/a representado/a não conside-

12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 259.

rar válida a motivação, poderá levar a questão ao Poder Judiciário. De qualquer sorte, não pode o prazo do art. 72 simplesmente ser excedido, sem qualquer justificação; este prazo, como tudo o mais que da lei consta, não pode ser simplesmente deixado de lado, pois tudo o que está na lei tem uma razão para tanto.

7. OS MEIOS DE PROVA

Nenhum meio de prova, previsto na Lei de Defesa da Concorrência, no Código de Processo Civil ou na Lei de Processo Administrativo pode ter sua produção impedida. Quanto à prova documental, embora a Lei de Defesa da Concorrência não tenha previsão, vê-se que a Lei de Processo Administrativo, no seu art. 38, prevê que a qualquer momento os documentos podem ser apresentados, sendo que a Superintendência-Geral tem mantido este parâmetro.

Já a prova testemunhal apresenta três tipos de problemas, pois é preciso definir (i) quem pode testemunhar, e (ii) quantas testemunhas podem ser ouvidas. No que tange à primeira indagação, sabe-se que testemunha é terceira pessoa, que não tem ligação com o objeto da demanda. Assim, lenientes eventualmente ouvidos não prestam testemunhos, mas sim depoimentos pessoais; como tal, têm o direito básico de não produzir provas contra eles/as mesmos/as.

Quanto ao número máximo de testemunhas, o art. 70 da Lei de Defesa da Concorrência fixa-o em três, embora o § único do art. 407 do CPC estabeleça: “É lícito a cada parte oferecer, no máximo, 10 (dez) testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de 3 (três testemunhas) para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes”. Vê-se que o Código de Processo Civil foi mais benéfico para esta prova ao estabelecer o número máximo de dez testemunhas para cada parte.

Com efeito, é muito comum que mais de um fato tenha que ser provado por testemunhas, ainda mais em se tratando de acusação de cartel, quando cada alegada reunião ou encontro entre possíveis concorrentes constitui um fato a merecer prova. Independentemente da hierarquia das normas (Código de Processo Civil e Lei de Defesa da Concorrência), o Código de Processo Civil é mais consentâneo com os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo a Lei de Defesa da Concorrência, neste ponto, passível de acusação de violação constitucional por não permitir a ampla defesa.

As interceptações telefônicas têm sido largamente utilizadas na persecução dos cartéis. Mas, para que elas sejam provas válidas, devem necessariamente ser feitas de acordo com os critérios, requisitos e procedimentos estabelecidos na Lei 9.296, de 1996, esta baseada no inc. XII do art. 5.º da CF: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Desde logo, ressalta a constatação de que escutas telefônicas só podem ser feitas quando se está diante de processos criminais, não sendo abrangidos aqui os proces-

tos administrativos, até por desígnio constitucional. Deixemos claro, entretanto, que “na interceptação está ínsita a presença de um terceiro que não seja um dos interlocutores e que, ademais, não lhes seja de conhecimento”.¹³

Tomada a prova da interceptação telefônica em juízo criminal, resta saber se ela pode ser transplantada para outro juízo, inclusive o administrativo, em que se processa a acusação de cartel. Luiz Flávio Gomes e Eduardo Maciel respondem de modo taxativamente negativo: “Estando em jogo liberdades constitucionais (...), procurou o constituinte, desde logo, demarcar o âmbito de prevalência de outro interesse (criminal) em detrimento daquele. (...) Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito”.¹⁴ É certo que existem opiniões contrárias mas todas elas levam em consideração que a prova emprestada só pode ocorrer se, do processo do qual ela é tomada, participa a parte contra a qual corre o processo no qual ela passa a ser utilizada. Assim, os processos criminais só ocorrem contra pessoas físicas; se, nos processos administrativos, existem também – e, sobretudo – pessoas jurídicas, contra esta a prova emprestada não pode ser utilizada.

Também são meios de prova válidos as perícias, as inspeções (previstas no Código de Processo Civil), estas para, por exemplo, verificar as condições de determinados mercados locais e aquelas, por exemplo, para provar que determinados preços são ou não considerados como de mercado.

8. PROVA EMPRESTADA

O aproveitamento de provas produzidas em outros processos é perfeitamente admissível, não só porque compatível com princípios constitucionais, tais como celeridade e economia processual, mas também porque pode suprir fontes de provas que não estejam mais acessíveis. Ainda que admissível, no entanto, a sua utilização está sujeita ao preenchimento de alguns requisitos que as conferem validade jurídica.

Certamente o requisito mais relevante, até porque constantemente ignorado, é o exercício regular do direito de ampla defesa e livre contraditório de maneira ilimitada. Tais direitos são materializados, sobretudo, na participação do representado no processo de produção dessas provas, o que lhes dará a oportunidade de contraditar tais provas no momento de sua produção. Com isso, pode-se concluir que a prova produzida em outro processo, do qual o acusado não tenha tomado parte, não pode ser emprestada e, portanto, não deve ser considerada em hipótese alguma.

É exatamente nesse sentido que acena Egon Bockmann Moreira, quando discorre sobre o processo administrativo: “Assim, o princípio do contraditório não trata apenas do ‘direito à prova’, mas é garantia de participação processual como

13. CABETTE, Eduardo Luiz Santos: *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

14. GOMES, Luís Flávio; MACIEL, Eduardo. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 62.

pressuposto de validade de toda a atividade instrutória. Participação, essa, compreendida em sentido amplíssimo. Ou seja, a integridade das manifestações processuais (verbais e escritas) oferecidas pelas partes integra o exercício do contraditório – quanto à possibilidade de sua apresentação, dever de intimação da parte adversa e necessidade de serem integralmente apreciadas”.¹⁵

Igualmente devem ser invocadas as palavras de Moacyr Amaral Dos Santos que, em relação às provas emprestadas, afirma que “quando a prova haja sido produzida em processo em que uma das partes do processo para qual é transportada litigou com terceiro, e a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior, não terá ela eficácia em relação a parte contrária, que não participou de sua produção.”¹⁶ (g.n.).

Evidentemente, a validade deste raciocínio, como não se pode pretender negar, atinge tanto o processo judicial como o administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre o princípio “da ampla instrução probatória, o qual significa, como muitas vezes observam os autores, não apenas o direito de oferecer e produzir provas, mas também o de, muitas vezes, fiscalizar a produção de provas da Administração, isto é, o de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente se efetuaram com correção ou adequação técnica devidas”¹⁷ (g.n.).

O STJ¹⁸ já se manifestou sobre o tema, reiterando o que já era assente na jurisprudência, no sentido de que “só se admite a prova emprestada quando retirada de processo em que se tenha oportunizado à parte contra a qual se quer aproveitar o direito ao contraditório”.

Com isso, tem-se que a participação do representado no processo do qual a prova emprestada está sendo emprestada é imprescindível, sob pena de frontal violação aos princípios do contraditório e ampla defesa na utilização dessa prova.

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O poder punitivo do Estado é exercido tanto pela Administração Pública (sanções administrativas retributivas), como pelo Poder Judiciário (sanções penais). A experiência mostra que infrações penais e administrativas possuem uma série de correlações, tanto é que parte da doutrina e jurisprudência¹⁹ considera, inclusive, não haver qualquer distinção ontológica entre elas.

15. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 233.

16. SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Princípios de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2, p. 366.

17. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 283.

18. STJ, T5 – 5.ª T, rel. Min. Felix Fischer, DJ 27.05.2003.

19. Voto do Des. Federal João Batista Moreira nos autos do processo 1999.01.00.037217-6, j. 25.10.2002 (TRF1).

Tal aproximação tem uma implicação significativa, que é a aplicação de princípios do direito penal e do direito processual penal aos processos sancionadores administrativos, sobretudo no que se refere ao padrão de prova exigido.

Isso ocorre não apenas em virtude da identificação entre ambos os processos, mas principalmente em razão da natureza sancionadora de um e de outro. Assim como no processo penal, no processo administrativo sancionador a natureza persecutória e poder punitivo estatal requerem a aplicação de alguns princípios. Dois deles merecem principal destaque: (i) o princípio da presunção de inocência; e (ii) princípio da oficialidade e busca da verdade real.

9.1 Presunção de inocência

Conforme dispõe o art. 5.º, LVII, da CF/1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse dispositivo decorre o princípio da presunção de inocência, aplicável aos particulares que enfrentam o poder punitivo estatal.

O princípio da presunção de inocência vai além da simples garantia ao administrado de não ser considerado culpado enquanto pendente de julgamento o processo persecutório. Nesse princípio estão contidos diversos conteúdos como a necessidade de se efetivamente provar (i) a existência da conduta, (ii) a participação do administrado na conduta e, por fim, (iii) a correta individualização da conduta. Além disso, o conteúdo do princípio da presunção de inocência também revela a garantia da disponibilização de todos os instrumentos necessários para que o administrado possa se defender,

Este conteúdo se revela de forma bastante clara na Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não se provar sua culpabilidade, conforme a lei em julgamento público no qual se hajam assegurado todas as garantas necessárias à sua defesa” (art. 11, n.º 1).

Como desdobramento lógico da presunção apontada, tem-se a aplicação de outra máxima inerente ao processo penal, qual seja, *in dubio pro reo*. Assim, se não existir prova suficiente para a condenação, o juiz deverá absolver o réu.

Tais considerações indicam a necessidade de utilização de um padrão de prova rigoroso o suficiente para evitar a perpetração de presunções e incertezas que venham a tolher o direito à presunção de inocência.

9.2 Princípio da oficialidade e busca da verdade real

A autoridade administrativa tem o dever não só de inaugurar o processo, mas também de impulsioná-lo até que a prestação jurisdicional seja realizada em definitivo, conforme expressamente dispõe o art. 2.º, XII, da Lei de Processo Admi-

nistrativo. Tal exigência decorre da supremacia do interesse público e também do princípio da eficiência da administração, que devem ser sempre almejados, independentemente do comportamento das partes ao longo da instrução processual.

A interpretação sistemática do referido dispositivo indica que a administração deve adotar uma posição ativa, que pode ser traduzida na produção de provas, requerimentos de diligência, apresentação de pareceres e estudos, ou seja, todas as providências necessárias para alcançar a decisão final, independente de seu teor, devem ser tomadas.

Parece razoável imaginar, portanto, que a inércia dos administrados, em situações em que não há interesse exclusivo do acusado, não deve resultar em prejuízos ao processo. E é exatamente nesse sentido que do art. 27 da Lei de Processo Administrativo estabelece que o acusado pode produzir sua defesa a qualquer tempo, ainda que tardiamente:

“Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado”.

Tais situações representam com exatidão a preocupação do legislador em garantir a proteção do interesse público, na medida em que são propostos mecanismos buscam minimizar decisões falhas, inseguras e, portanto, prejudiciais à coletividade.

10. CONCLUSÕES

A autoridade concorrencial deve observar os princípios e limitações constitucionais inerentes à atividade persecutória que desempenha. Esses princípios não têm como objetivo criar impedimentos à atuação da administração pública, muito menos impossibilitar a identificação e condenação de cartéis. Ao revés, a efetiva coibição de práticas colusivas é benéfica à sociedade e aos consumidores de um modo geral, e deve ser incentivada como política de governo.

Os mecanismos e garantias constitucionais, no entanto, visam apenas à proteção dos administrados de um Estado Democrático de Direito contra abusos e práticas ilegítimas no âmbito de uma investigação, que, em regra, levam a conclusões erradas. A investigação de cartéis deve, portanto, andar de mãos dadas com o rigor e a técnica processual exigidos por lei.

Uma decisão condenatória que tenha garantido a correta observância aos princípios constitucionais certamente renderá melhores frutos.

Não se tratou no presente estudo acerca do padrão de provas econômicas para condenação em cartel. Além disso, o que se tratou aqui é apenas uma visão geral. Cada um dos capítulos deste artigo pode e deve render livros e tratados.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: IBDC, 1997.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CREMASCO, Suzanna Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luís Flávio; MACIEL, Eduardo. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Marcelo HARGER. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2010.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador – As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 2.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A revisão judicial das decisões do CADE. O mérito do ato administrativo e a efetividade da política antitruste, de Andressa Lin Fidelis – *RIBRAC* 20/427 (DTR\2011\5254);
- Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira, de Ludmila Passos Holtz – *RIBRAC* 13/107 (DTR\2011\2153); e
- Disciplina jurídica do abuso do poder econômico, de José Inácio Gonzaga Franceschini – *RT* 640/255 (DTR\1989\33).

UM CARTEL NO IMPÉRIO

PEDRO DUTRA

Especialista em Direito Econômico, Defesa da Concorrência e Regulação.
Membro do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência
e de Consumo (Ibrac). Membro do Iasp. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial, Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: Este trabalho recupera debate jurídico havido em 1874 em face de representação formulada perante Conselho de Estado pelo presidente da província de Pernambuco sobre a natureza jurídica e legalidade de contrato mantido por comerciantes de 'carne verde' da Província e sobre os efeitos danosos aos consumidores e à concorrência que esses contratos ensejavam.

PALAVRAS-CHAVE: Coligações - Associação - Cartel - Monopólio - Regulação de mercado - Simulação - Fixação de preço.

ABSTRACT: The article discusses a legal issue which took place in 1874 regarding a petition presented by the President of the "Província de Pernambuco" before the State Counsel on the legal nature and lawfulness of the venture established by row meat dealers of the Província and its detrimental effects on consumers and competition.

KEYWORDS: Conspiracy - Association - Cartel - Monopoly Market regulation - Price fixing.

"No Brasil não se sentiu sempre, como em outros países, a necessidade de instituir o estudo de História do Direito Nacional."

1.0 Há exatos cento e quarenta anos – em abril de 1874 – “Sua Majestade o Imperador” expediu Resolução cuja ementa diz: “são proibidas as coligações de mercadores destinadas a afastar a concorrência, e encarecer arbitrariamente os gêneros de primeira necessidade”.²

1. Essas e as demais citações sobre este tema foram extraídas do Parecer – Comissão de Ensino e Recursos. Conselho Universitário, da Universidade do Rio de Janeiro. San Tiago Dantas, relator. Rio de Janeiro, 12.07.1938. O parecer foi aprovado na mesma data, em reunião havida na sala de sessões, como consta de certidão expedida em novembro de 1938. Arquivo San Tiago Dantas.
2. “Sala das Conferências da Secção de Justiça do Conselho de Estado, em 19 de Setembro de 1873. – José Thomaz Nabuco de Araujo – Visconde de Jaguaray – Visconde de Nictheroy. Resolução como parece. (*) Paço, em 18.04.1874. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. Manuel Antônio Duarte de Azevedo.” As citações a seguir foram extraídas desta Consulta.

Subscrevia o Imperador Consulta expedida pela Seção de Justiça, do Conselho de Estado, datada de 19.09.1873, firmada pelos Conselheiros José Thomaz Nabuco de Araújo, relator, Visconde de Jaguary e Visconde de Nichteroy,³ “sobre um negócio, que, prejudicando terceiros, por isso merece o cuidado da administração”. Este “negócio” fora denunciado ao Conselho pelo presidente da província de Pernambuco, e a ele eram referidos “defeitos arguidos ao contrato em conta de participação, [empresa] estabelecida na capital daquela província para venda de carne verde (...)”. Dava nota o presidente da província de que, “tenho ouvido geral clamor sobre a venda de carne verde que, sendo de péssima qualidade, é talhada na razão de 800 a 1.000 réis o quilograma. Tratei de investigar as causas desse fato e se havia fundamento no que se dizia de ser antes isso o produto de uma especulação, do que o resultado de causas naturais e circunstâncias do tempo”.

A denúncia focou inicialmente uma questão de natureza comercial: seria a referida sociedade em conta de participação, denominação que lhe deram seus instituidores, ou seria ela uma sociedade anônima, à qual seus instituidores deveriam ter requerido a indispensável autorização do Governo e registro no Tribunal de Comércio, nos termos da lei (art. 295 do Código Comercial)?⁴ Mas não descurou a denúncia do real objeto do contrato: “este contrato, que a princípio passou despercebido, atualmente merece a mais séria consideração, em razão do monopólio e descomunal encarecimento das carnes verdes que são talhadas e expostas ao consumo da população, e

Este artigo não poderia ter sido escrito não fosse o extraordinário trabalho do prof. José Reinaldo Lopes, profícuo e atilado pesquisador da história do nosso Direito, sobre o Conselho de Estado, reunido em seu livro *Oráculo de Delfos*. Nele, o Autor identifica a questão concorrencial citada, com exatidão, ao revelar a riqueza, em qualidade e extensão, dos trabalhos daqueles conselheiros. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o conselho do Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298-300.

3. José Thomaz Nabuco de Araújo (1813-1878), uma das figuras mais representativas da vida pública no Império brasileiro, foi deputado geral, presidente de província, ministro da Justiça e senador do Império, nos últimos 20 anos de sua vida. Seu filho, Joaquim Nabuco, o grande abolicionista e primeiro embaixador do Brasil nos Estados Unidos, escreveu a biografia de seu pai, obra entre as mais notáveis do gênero, *O Estadista do Império*, publicada em 1899. Sobre Nabuco de Araújo, cf. DURRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 85. Francisco de Paula Sayão Lobato (1815-1884), Visconde de Nichteroy, foi juiz, ministro da justiça, deputado federal e senador do Império. José Ildelfonso de Souza Ramos, 2.º Visconde de Jaguary (1812-1883), foi deputado, presidente de província e ministro da justiça. Neste cargo, foi precedido por Saião Lobato em 1871.
4. “Art. 295 – As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado.” Vide Dec.-lei 2.627, de 1940. Lei 556, de 25.06.1850.

ainda mais pelos infalíveis resultados que parecem dever seguir-se em relação à alteração de ordem pública". E, atento, ao papel da imprensa, o presidente da província enviou à Seção de Justiça do Conselho de Estado um exemplar do *Diário de Pernambuco*, onde se lia: "Há no Recife geral clamor sobre a carne verde (...)".

À denúncia foram trazidos pareceres do fiscal e do presidente do Tribunal de Comercio da Corte.

Em sua manifestação, a Seção de Justiça, pelo seu relator, concordou com o Tribunal do Comércio de que não se tratava de "companhia ou sociedade anônima", como entendia o tribunal, mas, tampouco, se tratava de uma sociedade em conta de participação, como supunha o governador da província. E o relator desvela a verdadeira natureza da associação: "ressumbra do contrato e regimento interno respectivo que a suposta participação não é tal senão no nome e, na definição, copiado do art. 325 do Código do Comércio; mas é uma simulação, sendo que não tinha outro fim senão que a coligação desses mercadores do gado, para manter o exclusivo da compra dele, e a regulação e a unidade do preço da carne verde"; e essa associação, "de fato, monopoliza esse gênero de primeira necessidade; arredando por impossível toda a concorrência e elevando o preço da carne como lhe apraz".

2.0 "Qual a providência" a ser tomada, indaga a seguir o relator. Difícil encontrá-la no ordenamento jurídico de então, diz. Que era nula a associação não havia dúvida "no sentir da Seção", pela voz do rel. Nabuco de Araujo, sobrelevando essa nulidade "por seu objeto, manifestamente ofensivo da sã moral (art. 129, § 2.º, do Código Comercial)".⁵ Contudo, a decretação da nulidade dependia de ação judicial, e quem a deveria propor, "no interesse público, se algum ou alguns sócios ou terceiros a não propuserem?".

Não existia um Ministério Público perante a jurisdição civil no que diz "respeito às coisas públicas, senão nos casos expressos nas leis", o que impedia o Promotor Público e o Procurador da Coroa, a tanto incompetentes, proporem a ação. Dependesse sociedade em conta de participação do registro, ou não pudesse existir sem ele, a sua proibição ou anulação seria decretada pela autoridade habilitada ao registro, mas este não era o caso. Ação popular, "isto é, proposta por qualquer pessoa do povo", oriundas do Direito Romano, e "admitida por nossos praxistas (Correa Teles e Lobão) e aplicáveis à conservação e defesa das coisas públicas, não tem sido modernamente usadas entre nós."

No âmbito do Direito Penal, o "fato ilícito de que se trata está fora da compreensão da lei criminal". E, sobre este ponto, "cumpre ao presidente da província, por

5. "Art. 129. São nulos todos os contratos comerciais: (...)

§ 2.º que recatrem sobre objetos prohibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes. Lei 556, de 25.06.1850."

intermédio do chefe de polícia, promova uma postura municipal proibindo estas coligações tendentes a impedir a concorrência e elevar arbitrariamente os gêneros de primeira necessidade, tendo em vista o citado art. 66, § 8.º, da lei de primeiro de outubro de 1828”.⁶

Por fim, “conclui a Seção dos negócios da justiça sobre essa questão, que conviria uma providência legislativa”.

Mas discrepa o Visconde de Nictheroy. Em seu “conceito, o fato de uma simulada associação comercial, para o real fim de defraudar o público na venda de carne”, uma vez investigado o fato em todas as circunstâncias e correlações em processo regular, “se manifestará à luz da evidência a fraudulenta extorsão que é feita aos habitantes do Recife pelos simulados sócios. Não altera e longe de minorar, agrava a natureza do crime o ser a finta lesiva levada ao público em geral”. E conclui: “no caso da ardilosa associação dos mercadores de gado do Recife, a fraude da suposta empresa comercial e o esbulho da população daquela cidade se manifesta a não deixar a mínima dúvida; e é dever da administração pública promover competentemente o procedimento criminal respectivo. Vossa Majestade Imperial Mandará o que for melhor”.⁷

3.0 O Conselho de Estado, cuja Seção de Justiça apreciou a representação do presidente da província de Pernambuco, fora constituído em novembro de 1841, nos termos da Lei 284, daquele ano. Composto de 12 membros ordinários, reunidos, ou em seções, estas presididas pelos ministros de Estado a que pertencessem os objetos das Consultas, e o Conselho, reunido, presidido pelo Imperador, sendo todos os seus membros por ele nomeados. Os conselheiros eram responsáveis pelos conselhos que dessem ao Imperador, “opostos à Constituição, e aos interesses do Estado, nos negócios relativos ao poder moderador”. Incumbia ao Conselho de Estado “consultarem todos os negócios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo para resolvê-los”. Ouvia o Imperador o Conselho, sobretudo em questões relativas a conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas, e as ju-

6. “Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito à polícia e economia das povoações e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objetos seguintes:

(...)

§ 8.º Protegerão os criadores e todas as pessoas que trouxerem seus gados para os venderem, contra quaisquer opressões dos empregados dos Registros, e currais dos Conselhos aonde os haja, ou dos marchantes e mercadores deste gênero, castigando com multas e prisão, nos termos do título terceiro, art. 71, os que lhes fizerem vexames e acintes para os desviarem do mercado.”

7. “Sala de conferências da seção de justiça do Conselho De Estado, em 19 de setembro de 1873. Como parece. Paço, 18.04.1874. Com a rubrica de sua Majestade o Imperador. Manuel Antonio Duarte de Azevedo.” Mantivemos a grafia original, que ditava grafar-se em maiúscula o verbo que tivesse o Imperador por sujeito.

diciárias; e sobre decretos, regulamentos, e instruções “para boa execução das leis, e sobre propostas que o Poder Executivo tenha de apresentar à Assembleia Geral”. Com a República, foi extinto o Conselho de Estado.

4.0 O tratamento dado à Consulta submetida à Seção de Justiça, do Conselho de Estado, é absolutamente preciso ainda hoje.

Inicialmente, venceu a Consulta a questão de ser ou não anônima ou em conta de participação a sociedade formada pelos mercadores de gado – em verdade, nenhuma das duas –, fixando a questão a ser enfrentada: serviu a (esdrúxula) forma societária a acobertar “a regulação e unidade do preço da carne verde” no Recife.

O vocábulo cartel, no seu significado atual – uma das infrações à ordem concorrencial – não era ainda conhecido àquela altura nesta acepção,⁸ mas os elementos

-
8. O vocábulo cartel inscreveu-se no idioma português proveniente do francês, significando inicialmente “carta, cujo contexto se dirige a desafiar para duelo, justas, torneios, etc., mas geralmente em sentido hostil”, e, ainda, “rótulo ou papel com letra, versos ou prosas, pregado em público (...)”, como anota SILVA, Antônio de Moraes. Dicionário da Língua Portuguesa. 7. ed. Lisboa. 1877. p. 343.

Em seu Dicionário Contemporâneo de língua portuguesa, de 1921, Caldas Aulete registra cartel, proveniente do francês *cartel*, como “carta de desafio; provocação. Disco que se põe em armações para festas, solenidades religiosas ou políticas”. (Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Lisboa. 1921. p. 294.) E Antenor Nascentes, em seu dicionário etimológico, de 1932, registra cartel, do italiano, *cartelo*, “cartaz, diminutivo de carta, papel, no sentido de carta de desafio, acrescentando que a Academia Espanhola reconhece a mesma origem para o Espanhol e o Francês idêntico ao Português (Dicionário etimológico da língua portuguesa. Antenor Nascentes. 1.^a e única edição. Rio de Janeiro 1942). Laudelino Freire, em seu dicionário da língua portuguesa, em 1941 já registra vocábulo cartel como “sindicatos de empresas produtores” (A Noite S. A. Editora).

José Pedro Machado, em seu Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, registra o vocábulo cartel, ao tratar da origem etimológica do vocábulo carta; cartel viria do francês *cartel*, este do italiano *cartelo*, significando “afiche, placard” (afixo, placar), carta de desafio, derivando de *carta* “papel escrito”. E, dando o significado registrado por Moraes Silva, abona-o com o autor português Antonio Ferreira, do século XVI: “nunca desafiei homem nenhum que vendo o meu cartel, se não rendesse”. Publicado em 1956, é sintomático que esse dicionário não dê ao vocábulo cartel o significado corrente já àquela época, de infração à ordem concorrencial, pois era então Portugal uma economia fechada, na qual não havia concorrência e era estritamente controlada pelo Poder Executivo, chefiado pelo ditador Antonio Salazar.

O Aurélio, em sua primeira edição, de 1975, amplia e atualiza a definição de cartel: “acordo comercial entre empresas produtoras, as quais, embora conservem autonomia interna, se organizam em sindicatos para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência”. E indica, nesta acepção, o vocábulo coalisão, em seu sentido econômico: “coligação de produtores da mesma categoria, que objetivam vantagens comuns ou lucros arbitrários, ou visam a proteger-se contra a concorrência desleal”. Na acepção jurídica desse vocábulo, registra: “consórcio, convênio,

definidores da conduta infrativa dos mercadores de carne de gado foram exatamente identificados na Consulta.

Os mercadores de gado *coligaram* as suas ações, *associando* entre si as suas vontades, para o fim visado de *arredar* a concorrência, tornando-a *impossível*, elevando e *regulando arbitrariamente* o preço da carne verde talhada vendida à população do Recife, como lhe *apraziam*, *monopolizando*, assim, a venda desse produto naquele mercado.

O concerto de ações, para o fim de fixar preço e volume de produção – o cartel –, importa na associação de vontades específicas, advertidos os cartelistas de que, agindo individualmente, não detêm poder de mercado em índice suficiente para versá-lo arbitrariamente e assim monopolizá-lo.

Ou seja, coligar ações, ligá-las por vontade e determina-las a um fim comum, embuçada ou não sob forma qualquer, somando, por esse processo, poder de mercado monopólico ou quase monopólico que permita aos “mercadores”, valendo-se desse poder, dessa *fnita* que frustra a concorrência, para fixar preço e oferta exclusivamente a critério dos mercadores, consiste inquestionavelmente infração à ordem concorrencial, hoje definida no art. 36, § 3.º, I, da Lei 12.529/2012.⁹

ajuste, aliança ou fusão de capitais, de caráter criminoso, para impedir ou dificultar a concorrência, visando ao aumento de lucros arbitrários”. (Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Editora Nova Fronteira, 1975).

The Compact Oxford English Dictionary (Oxford University Press, 2. ed. 2000) dá *cartel*, proveniente do latim médio *cartellus*, significando “um desafio escrito, uma carta de desafio (a *written challenge*, a *letter of defiance*) originário do alemão; e data, de 1902, o significado de “acordo ou associação entre duas ou mais casas comerciais para regular produção, fixar preço, etc.; também negócios assim combinados; truste ou sindicato”.

O dicionário Houaiss da língua portuguesa em sua 1.ª edição, 2001 reproduz definições anteriores de outros dicionários da língua portuguesa, registrando a acepção, em seu sentido comercial, de “acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e de mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”. (HOUISS, Antônio; VILAR, Mauro de Sales. FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

9. “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.

(...)

§ 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:

5.0 Ao notável domínio do fato posto ao exame dos conselheiros, à atenção ao seu núcleo, e à elegante simplicidade da sua descrição isenta da frondosa verborragia coalhada de jargão jurídico correntes na literatura, soma-se o domínio dos conceitos jurídicos, antecipando, com sóbria maestria, aqueles próprios ao direito da concorrência cuja formulação seria apurada pelo início do século passado e, no Direito brasileiro, inscrita pelo final dele.

Não tão rica quanto à doutrina da regulação de mercados no Brasil, que na primeira metade do século passado já havia consistido um notável acervo doutrinário – ainda pouco estudado – há, mesmo assim, muito a se pesquisar sobre os primórdios da defesa da concorrência no Brasil, verificados ainda no Império.

É preciso opor à doutrina jurídica nativa atual a concorrência da doutrina anterior, não para se adotar esta, mas para enriquecer aquela. Pois, como sabemos, a concorrência apura, sempre, a qualidade do bem ou do serviço ofertado, evitando assim *fintas* ao interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Lisboa: s.e., 1921.
- DANTAS, San Tiago. Parecer – Comissão de Ensino e Recursos. Conselho Universitário, da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 12.07.1938.
- Decreto-lei 2.627. Art. 295, de 1940.
- Lei 556, de 25.06.1850.
- DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- FREIRE, Laudelino. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. A Noite, 1941.
- HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Sales. FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- Lei 12.529. Art. 36, § 3.º, I, de 30.11.2011.
- Lei de 01.10.1828. Art. 66, § 8.º.

-
- 1 – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; Lei 12.529 de 30.11.2011.”

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o Conselho do Estado no Brasil-Imperio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Lisboa: Editorial Confluência, 1952.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro 1942. Sala das Conferências da Secção de Justiça do Conselho de Estado, em 19.09.1873. – José Thomaz Nabuco de Araujo – Visconde de Jaguaru – Visconde de Nictheroy. Resolução como parece. (*) Paço, em 18.04.1874. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. Manuel Antônio Duarte de Azevedo.

SILVA, Antônio de Moraes. *Diccionario da lingua portugueza*. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877.

The Compact Oxford English Dictionary. New York: Oxford University Press, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica, de Marcelo de Oliveira Milagres – *RIBRAC* 9/307 (DTR\2011\5020);
- O monopólio, a perspectiva da análise econômica do direito, de Marcos Vinício Chein Feres – *RIBRAC* 8/67 (DTR\2011\4946); e
- 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 Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45 (DTR\2011\2360).

Concentração Econômica

METODOLOGIA PARA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE DE HERBICIDAS SOB A ÓTICA DO PRODUTO: O CASO AGAN/DUPONT

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA

Diretor do Departamento de Gestão das Políticas de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia.

LUIZ GUILHERME ROS

Assessor no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

GUSTAVO GOMES ONTO

Pesquisador no Cade e Doutorando em Antropologia Social pelo Museu Nacional/PPGAS/UFRJ.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente trabalho busca, com base na jurisprudência nacional e internacional, bem como na literatura econômica e jurídica, propor uma nova metodologia para a definição do mercado relevante de herbicidas sob a ótica do produto. Esta metodologia busca facilitar a avaliação de qual seria a participação de mercado dos agentes envolvidos em uma eventual operação neste mercado relevante.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado relevante – Herbicidas – Diuron – Agan – Dupont – Ervas daninhas.

ABSTRACT: The present article aims to propose a new methodology to define the relevant product market regarding herbicides based on the national and international case law and on the economic and legal literature. This methodology aims to facilitate the analysis of the market share of the players part of a possible transaction in this relevant market.

KEYWORDS: Relevant market – Herbicides – Diuron – Agan – Dupont – Weeds.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Elementos fundamentais do herbicida: 2.1 Classificação quanto à seletividade; 2.2 Classificação quanto à translocação; 2.3 Classificação quanto à época de aplicação; 2.4 Classificação quanto ao tipo de erva daninha; 2.5 Classificação quanto ao ciclo de vida da erva daninha; 2.6 Classificação quanto ao mecanismo de ação – 3. Metodologia para definição de mercado relevante de produto – 4. Definição do Mercado Relevante de Produto do Diuron na cultura de citros: análise do Ato de Concentração 08012.004274/2011-10: 4.1 O ingrediente ativo Diuron; 4.2 Os ingredientes ativos aplicados às culturas em que o ingrediente ativo Diuron atua; 4.3 A definição do mercado relevante para a cultura dos citros; 4.4 Cálculo da participação de mercado da Dupont/Agan no mercado relevante do produto citrus – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Previamente à análise do Ato de Concentração 08012.004274/2011-10, de Relatoria do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça e de interesse das Empresas Agan Chemical Manufacturers Ltd. e E. I. Du Pont de Nemourand Company, o mercado relevante de herbicidas era considerado como sendo único – isto é, todos os herbicidas eram considerados como sendo substitutos entre si, inexistindo qualquer diferenciação entre eles, como foi detalhado no parágrafo 12 daquele voto,¹ por meio do Parecer 07043/2011/RJ/COGCE/SEAE/MF,² e mantido na análise de diversos outros atos de concentração.

Como pretendemos demonstrar, a definição do mercado relevante, a partir do Ato de Concentração mencionado, passou a considerar necessária uma maior delimitação do escopo produto no enquadramento do mercado, tornando insuficiente a metodologia de delimitação anterior. A nova metodologia não subestima a participação das empresas no mercado e converge com aquilo que está sendo buscado nos tribunais concorrenciais de outros países.³ O artigo está dividido em cinco partes. Após esta pequena introdução, que apresenta historicamente e de modo geral o mercado de defensivos agrícolas e herbicidas, apresentamos alguns possíveis critérios de classificação de herbicidas. Em seguida, partimos dessa classificação para chegar a uma possível definição de mercado relevante de produto no respectivo setor. Na quarta parte, explicamos a definição de mercado no caso concreto mencionado acima. E, por último, tecemos algumas conclusões que podem ser úteis na apreciação de casos similares relativos ao setor de herbicidas.

Como é de conhecimento geral, a história econômica do Brasil, do período colonial à terceira década do século XX, caracterizou-se por uma sucessão de períodos de exportação de produtos agrícolas ou minerais extrativos. Tendo em vista o surgimento de um modelo de desenvolvimento nacional pautado pela ampliação da industrialização no primeiro governo de Getúlio Vargas, o setor agrícola passou a ser considerado menos relevante nas políticas econômicas durante grande parte

-
1. BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. Parecer 07043/2011/RJ/COGCE/SEAE/MF. Disponível em: [www.cadc.gov.br/temp/1258201316155982.PDF]. Acesso em: 25.08.2013.
 2. Outro exemplo seria o Parecer 06169/2005/RJ da SEAE, que também definiu o mercado relevante de herbicidas como uno.
 3. COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1806_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013. COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP/M.1932 – BASF/American Cyanamid. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1932_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013. COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP IV/M.1378 – Hoeschs/Rhône-Poulenc. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1378_20040130_440_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.

daquele século. Contudo, o setor agrícola brasileiro nunca deixou de ter parcela suficientemente importante da economia nacional, especialmente no que se refere à sua pauta de exportações.

Num recente estudo da OCDE⁴ entre oito grandes economias emergentes, o Brasil é apontado como o único país onde o crescimento agrícola tem sido suficientemente forte para manter a importância nacional relativa ao setor. À exceção do Brasil e da África do Sul, a parte da agricultura no Produto Interno Bruto (PIB) foi virtualmente “cortada pela metade” no período de 1990-2005 nos países avaliados.⁵ De fato, em 2010, o agronegócio – o conjunto de atividades comerciais e industriais que inclui a cadeia produtiva agrícola e pecuária – contribuiu com 22,3% do PIB brasileiro, totalizando R\$ 821 bilhões.⁶

Esse crescimento do setor não pode ser creditado apenas à incorporação de novas terras para o cultivo, já que a produtividade da agricultura aumentou consideravelmente nas duas últimas décadas. Em 2012, a produtividade brasileira na colheita de grãos totalizou 3.173 kg/ha, significando uma evolução de 305% em cinquenta anos. Entre os anos de 1990 e 2010, a produção conjunta das lavouras de cereais, leguminosas e oleaginosas aumentou a uma taxa de 4,9% a.a., enquanto a produtividade, em t/ha, cresceu a uma taxa de 4,1% a.a., no mesmo período.⁷ Esse aumento de produtividade se deu por meio de uma maior mecanização da produção, com maior utilização de irrigação, do emprego de capitais humanos mais avançados em relação à educação e às habilidades dos trabalhadores, e do melhoramento das plantas e do combate às pragas com o uso de defensivos agrícolas.⁸

Com relação a esse último fator responsável pelo aumento da produtividade – a utilização de defensivos agrícolas –, faz-se necessário mencionar algumas características da indústria que serão melhor exploradas nas sessões seguintes, focando o caso dos herbicidas. Os defensivos agrícolas, também conhecidos como agrotóxicos, pesticidas ou praguicidas, são substâncias ou misturas de substâncias químicas utilizadas para prevenir, destruir, repelir ou inibir a ocorrência ou efeito de orga-

4. ONU. OECD/FAO. *Agricultural Outlook – 2009-2018. The Food and Agriculture Organization of the United Nations leads international efforts to defeat hunger*, 2009. Disponível em: [www.agri-outlook.org/dataoecd/2/31/43040036.pdf]. Acesso em: 29.07.2014.

5. MOREIRA, Assis. Importância do setor agrícola é maior no país. *Valor Econômico*, 16.03.2007.

6. BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas da produção agrícola*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/download/estatistica.shtml]. Acesso em: 15.11. 2011.

7. Idem.

8. SILVA, F.M.O.; COSTA, L. M. A Indústria de Defensivos Agrícolas. *BNDES Setorial*. n. 35. mar. 2012. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3507.pdf]. Acesso em: 29.07.2014. PEROBELLI, F et al. *Nova economia*. vol. 17. n. 1. Belo Horizonte. jan.-abr., 2007.

nismos vivos capazes de prejudicar as lavouras agrícolas.⁹ Entre os principais tipos de defensivos, estão: (i) herbicidas; (ii) inseticidas; (iii) fungicidas; (iv) acaricidas; (v) agentes biológicos de controle; (vi) defensivos à base de semioquímicos; e (vii) produtos domissanitários.

Pode-se perceber, de forma clara, como o consumo de defensivos agrícolas cresceu no Brasil nas décadas recentes. Entre 1990 e 2010, o mercado brasileiro cresceu 576%, enquanto o mercado mundial aumentou 83%. A participação das vendas da indústria de defensivos no Brasil, em relação às vendas globais, aumentou de 10% para 15,3% no período. Com esse crescimento, a indústria brasileira totalizou vendas de US\$ 7,3 bilhões em 2010.¹⁰ Adquirindo tamanha importância no mercado mundial, o Brasil passou a ser estrategicamente relevante para as empresas transnacionais quando são discutidos lançamentos de produtos, fusões e aquisições de empresas. Isso porque, além do já mencionado crescimento do mercado, o valor empregado em defensivos agrícolas por área cultivada no país ainda é baixo se comparado a países com economias mais avançadas, gerando expectativas de crescimento elevadas.

Por fim, deve-se destacar, entre as principais categorias de defensivos anteriormente mencionadas, o papel dos herbicidas no crescimento da indústria de defensivos agrícolas no Brasil. Os herbicidas correspondiam a 33% das receitas da indústria em 2010, sendo tradicionalmente responsáveis pela maior parte das vendas do setor. Esse aumento do consumo se deve, principalmente, à utilização de herbicidas no plantio da soja, principal cultura-alvo dos defensivos em 2009, sendo responsável por 47,1% do mercado (ver SILVA E COSTA, 2012, para um estudo detalhado do mercado).

2. ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO HERBICIDA

Os herbicidas são agentes químicos utilizados para controlar a infestação de ervas daninhas em plantações e têm como objetivo o controle eficiente, a eficácia e a fitotoxicidade nula para a cultura e a economicidade.

Os herbicidas podem ser conhecidos por três nomes: (i) nome químico, que descreve a estrutura química do ingrediente ativo; (ii) nome comum, que se refere a todos os produtos que possuem o mesmo ingrediente ativo; e (iii) nome comercial, que se refere ao produto formulado disponibilizado no mercado.

Conforme definição adotada na Comissão Europeia¹¹ e recém trazida para o Cade, os herbicidas podem ser classificados de seis formas: (I) Classificação quanto à seleti-

9. Idem.

10. Idem.

11. COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP IV/M.1378 Hoeschs/Rhône-Poulenc. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1378_20040130_4+0_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013, entre outros.

vidade; (II) Classificação quanto à translocação; (III) Classificação quanto à época de aplicação; (IV) Classificação quanto ao tipo de erva daninha; (V) Classificação quanto ao ciclo de vida da erva daninha; (VI) Classificação quanto ao mecanismo de ação.

2.1 *Classificação quanto à seletividade*

Os herbicidas, segundo este critério, podem ser classificados como seletivos ou não seletivos. Herbicidas seletivos são aqueles que atuam sobre todas as plantas, exceto sobre a plantação que se pretende preservar – isto é, atuam somente sobre a erva daninha que causa prejuízos à cultura, ao passo que os herbicidas não seletivos são aqueles que atuam sobre todas as plantas indiscriminadamente, inclusive sobre a própria cultura.

O critério de seletividade pode ser um critério de substituibilidade pelo lado da demanda. Em regra, o herbicida não seletivo não é substituído pelo lado da demanda do herbicida seletivo. Este fato acontece porque o agricultor, em geral, deseja eliminar somente a erva daninha, e não a plantação como um todo. Em algumas situações, porém, por ter interesse em eliminar todas as plantas (como em caso de dessecação de lavouras antes da colheita), o agricultor utiliza-se dos herbicidas não seletivos. Ocorre, normalmente, quando o agricultor precisa limpar o terreno antes de realizar uma nova semeadura.

No entanto, para fins de definição de mercado relevante de produto, deve-se considerar que os herbicidas seletivos não são substituídos dos herbicidas não seletivos, salvo quando a cultura for alvo de transgenia e suas sementes passem a ser resistentes também a herbicidas não seletivos.

2.2 *Classificação quanto à translocação*

Neste caso, os herbicidas podem ser classificados de duas formas:

- i. Herbicidas com ação de contato;
- ii. Herbicidas de ação sistêmica.

Os herbicidas com ação de contato são aqueles que somente causam dano onde entram em contato direto com os tecidos das plantas. Nos herbicidas de ação sistêmica, a translocação pode ocorrer pelo xilema, pelo floema, ou através de ambos,¹² dependendo do herbicida e da época de aplicação.

No entanto, para fins de definição do mercado relevante do produto, deve-se considerar que os herbicidas com ação de contato são substituídos dos herbicidas de ação sistêmica.

12. O Xilema (ou lenho) e o floema (ou liber) são tecidos vasculares das plantas traqueófitas, ou seja, plantas portadoras de vasos que realizam o transporte de seiva nos organismos vegetais.

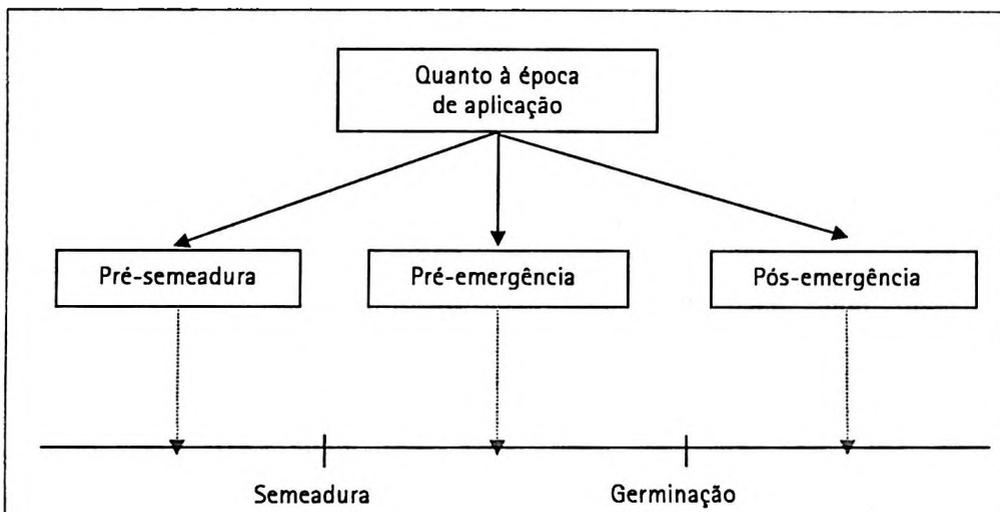
2.3 Classificação quanto à época de aplicação

A terceira forma de classificar os herbicidas diz respeito à sua época de aplicação. Este é um critério relevante considerado pelo elo *downstream* da cadeia de herbicidas, uma vez que a aplicação no momento adequado permite que o controle e a seletividade sejam maximizados por parte do agricultor. Neste sentido, a classificação quanto à época de aplicação reflete a eficiência de absorção por diversas estruturas de plantas.

Esta classificação se dá segundo três momentos:

- i. Pré-semeadura;
- ii. Pré-emergência;
- iii. Pós-emergência.

Os herbicidas pré-semeadura são aplicados ao solo imediatamente antes de semear-lo. Os herbicidas pré-emergentes são aplicados antes da germinação da semente, sendo, normalmente, aplicados oito dias após o solo ter sido semeado. Finalmente, os herbicidas pós-emergentes são aplicados após a germinação da semente.



O momento de aplicação também representa um critério de substituíbilidade entre os herbicidas. A esse respeito, assim se manifestou a Comissão Europeia, quando da análise da fusão Case COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis: "Outro importante critério para os fazendeiros diz respeito ao tempo de aplicação do produto, relativo ao desenvolvimento da plantação: é comum distinguir entre herbicidas do tipo pré-semeadura, pré-emergência e pós-emergência".¹³

13. Tradução livre: "Another important selection criterion for the farmers is the time of application of the product, relative to the emergence of the crop: it is common to distinguish between pre-sowing, pre-emergence and post-emergence herbicides".

A partir do entendimento largamente consolidado no setor de defensivos agrícolas brasileiro e na jurisprudência internacional, o Quadro I apresenta a substituíbilidade do tipo de herbicida quanto ao estágio da cultura.

Quadro I – Substitutibilidade do tipo de herbicida quanto ao estágio da cultura

Tipo de herbicida	Estágio da cultura			
	Pré-semeadura	Pré-emergência	Pós-emergência	
Seletivos	Pré-semeadura	Substituto	Não substituto	Não substituto
	Pré-emergência	Substituto	Substituto	Não substituto
	Pós-emergência	Substituto	Substituto	Substituto
Não seletivos	Não substituto	Não substituto	Não substituto	Não substituto

A partir da análise do Quadro I, os seguintes aspectos devem ser levados em conta: (i) no momento anterior à sementeira, os herbicidas pré e pós-emergência são substitutos do herbicida pré-semeadura; (ii) no momento anterior à germinação, o herbicida pós-emergente é substituto do herbicida pré-emergência; e (iii) no momento posterior à germinação, os herbicidas não seletivos podem, em ocasiões muito especiais, ser substitutos dos herbicidas pós-emergentes.

Diante do exposto, pode-se aferir que antes da sementeira os herbicidas tipopré-semeadura, pré-emergente e pós-emergentes são todos substitutos. Antes de germinar, são substitutos apenas os herbicidas pré-emergentes e pós-emergentes. Por fim, após a germinação, o único herbicida utilizável é o do tipo pós-semeadura.

2.4 Classificação quanto ao tipo de erva daninha

A quarta classificação diz respeito ao tipo de erva daninha que se objetiva combater. As ervas daninhas podem ser classificadas em: (i) ervas daninhas de folhas largas (*Broadleaf weeds*) e (ii) ervas daninhas tipo gramínea (*Grass weeds*). Para cada tipo de erva daninha considerada, existe um herbicida específico.

O tipo de erva daninha a ser combatido deve ser considerado como um critério de substituíbilidade na aplicação dos herbicidas. Assim, os herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas de folhas largas não são eficientes no combate de ervas daninhas do tipo gramínea, e vice-versa. No entanto, os herbicidas mencionados podem ser complementares, pois o agricultor pode lançar mão de ambos os herbicidas para combater ambas as ervas simultaneamente.

A Comunidade Europeia vem reiteradamente afirmando que o tipo de erva daninha a se combater representa um critério de escolha para o fazendeiro. A Comunidade Europeia assim se manifestou quando da análise da fusão Case COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis: “Os agricultores também consideram o tipo particular de

erva daninha contra o qual a plantação necessita de proteção a qualquer tempo. Salvo algumas exceções, os ingredientes ativos presentes na formulação do produto herbicida são mais efetivos contra ervas daninhas de uma das duas principais categorias: ervas daninhas de folhas largas e ervas daninhas do tipo gramínea”.¹⁴

Existe uma combinação de herbicidas de folha larga e do tipo gramínea que gera um herbicida que pode atuar para combater simultaneamente ambos os tipos de ervas daninhas. Este herbicida recebe o nome de herbicida de largo espectro (*broad spectrum herbicide*) e tende a ser substituto dos herbicidas para combate de folhas largas e substituto dos herbicidas para combate de ervas daninhas do tipo gramínea. As possibilidades de substituição e de complementaridade estão apresentadas no Quadro II.

Quadro II – Substituibilidade entre herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas do tipo gramíneas, folhas largas, e herbicidas de largo espectro

	Gramíneas	Folhas largas	Largo espectro
Gramíneas	X	Complementares	Substitutos
Folhas largas	Complementares	X	Substitutos
Largo espectro	Substitutos	Substitutos	X

Para fins de definição do mercado relevante do produto, os seguintes aspectos devem ser considerados: (i) os herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas de folhas largas não podem, de maneira alguma, ser considerados como substitutos dos herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas do tipo gramíneas, existindo apenas relação de complementaridade entre eles; (ii) os herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas de folhas largas não podem, de maneira alguma, ser considerados como substitutos dos herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas do tipo gramíneas, existindo mera relação de complementaridade entre eles; (iii) os herbicidas de largo espectro são substitutos tanto dos herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas de folhas largas quanto dos herbicidas destinados ao combate de gramíneas.

2.5 Classificação quanto ao ciclo de vida da erva daninha

A quinta classificação diz respeito à duração do ciclo de vida da erva daninha. Neste caso, os herbicidas podem ser classificados da seguinte maneira: (i) herbici-

14. “Farmers also consider the particular weed types against which the crop needs protection at any given time. With a few exceptions, the active substances contained in the herbicide product formulations are mainly effective against weeds within one of the two principal categories of weeds: broadleaf weeds and grass (gramineous) weeds”.

das destinados ao combate de ervas daninhas anuais e (ii) herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas perenes.

São consideradas ervas daninhas anuais aquelas que completam o ciclo de vida da semente (germinação e produção da semente) em uma estação, e são consideradas ervas daninhas perenes aquelas que completam seu ciclo de vida em mais de uma estação.

Para os fins deste artigo, consideramos que os herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas anuais são substitutos dos herbicidas destinados ao combate de ervas daninhas perenes.

2.6 Classificação quanto ao mecanismo de ação

A sexta e última classificação, porém, não menos importante, está associada ao mecanismo de ação¹⁵ dos herbicidas, que age no processo biológico da erva daninha que se pretende eliminar e é de fundamental importância para que se realize o rodízio ou a mistura de herbicidas com segurança, de forma a evitar o aparecimento de plantas resistentes.

A primeira intervenção no processo biológico da planta se dá por intermédio dos inibidores. De acordo com Erivelton Roman, pesquisador da Embrapa¹⁶ são doze os inibidores existentes: (i) Inibidores de EPSPs;¹⁷ (ii) Mimetizadores de auxinas,¹⁸ (iii) Inibidores de ALS,¹⁹ (iv) Inibidores de ACCase,²⁰ (v) Inibidores do

-
15. Importante, no entanto, fazer a distinção entre *mecanismo de ação* e *modo de ação*. O mecanismo de ação refere-se à primeira lesão biofísica ou bioquímica que o herbicida causa na planta, enquanto o modo de ação refere-se à sequência de todas as reações do herbicida até a ação final do produto.
 16. ROMAN, Erivelton S. *Mecanismos de ação de herbicidas*. Disponível em: [www.cnpt.embrapa.br/pesquisa/plantas_daninhas/f_danin.htm]. Acesso em: 25.08.2013.
 17. Logo após a aplicação, há redução acentuada nos níveis dos aminoácidos aromáticos (fenilalanina, tirosina e triptofano), e as plantas tratadas com esses herbicidas param de crescer. Há também aumento acentuado na concentração de *shikimato*, precursor comum na rota metabólica desses três aminoácidos. O sítio de ação é a enzima EPSPsintase (5 enolpiruvilshikimato-3-fosfato sintase).
 18. Os herbicidas auxínicos, em plantas dicotiledôneas sensíveis, induzem mudanças metabólicas e bioquímicas, podendo levá-las à morte. O metabolismo de ácidos nucleicos e os aspectos metabólicos da plasticidade da parede celular são seriamente afetados. Esses produtos interferem na ação da enzima RNA-polimerase e, conseqüentemente, na síntese de ácidos nucleicos e proteínas. Induzem intensa proliferação celular em tecidos, causando epinastia de folhas e caule, além de interrupção do floema, impedindo o movimento dos fotoassimilados das folhas para o sistema radicular.
 19. Causam inibição da síntese dos aminoácidos ramificados (leucina, isoleucina e valina), através da inibição da enzima Aceto Lactato Sintase (ALS), interrompendo a síntese proteica, que, por sua vez, interfere na síntese do DNA e no crescimento celular.

Fotossíntese I²¹; (vi) Inibidores da Glutamina Sintetase²² (GS); (vii) Inibidores de Fotossíntese II,²³ (viii) Inibidores de Protóx;²⁴ (ix) Inibidores de Caroteno;²⁵ (x) Inibidores de Polimerização da Tubulina;²⁶ (xi) Inibidores de Fotossíntese (inibe a reação de Hill);²⁷ (xii) Inibidores da Síntese de Ácidos Nucleicos e de Proteínas (inibição do crescimento radicular e da parte aérea de plântulas). Consideram-se também os herbicidas inibidores de pigmentos.²⁸

A distinção entre os herbicidas quanto ao mecanismo de ação é fundamental, tanto para evitar o aparecimento de ervas daninhas quanto para realizar o manejo adequado de áreas que apresentam biótipos resistentes. Esta distinção abre espaço para critérios de substituíbilidade pelo lado da demanda.

A esse respeito, a Comunidade Europeia, quando da análise da fusão Case COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis, assim se manifestou: “Além disso, os herbicidas diferem quanto às diferentes categorias de substâncias químicas ativas em

20. Apresentam como mecanismo de ação a inibição ACCase (Acetil Coa carboxilase), que é uma das enzimas responsáveis pela síntese de ácidos graxos. A enzima atua na fase inicial da síntese de ácidos graxos, que são constituintes dos lipídios que ocorrem nas membranas de células e organelas. Esses lipídios regulam a permeabilidade seletiva.
21. Estes compostos, devido ao alto potencial redutor, possuem a capacidade de captar elétrons provenientes do fotossistema I, não havendo produção de NADPH+.
22. Os herbicidas inibidores da Glutamina Sintetase atuam proporcionando um acúmulo de amônia e a consequente morte da planta.
23. O local de ação destes herbicidas é na membrana do cloroplasto, onde ocorre a fase luminosa da fotossíntese, mais especificamente no transporte de elétrons.
24. A atividade desses herbicidas é expressa por necrose foliar da planta tratada em pós-emergência, após 4 a 6 horas de luz solar.
25. Os herbicidas deste grupo provocam a inibição da síntese de carotenoides, com posterior geração de estresse oxidativo, que destrói as membranas das células, assim levando as plantas a morte.
26. Esses produtos interferem em uma das fases da mitose, que corresponde à migração dos cromossomas da parte equatorial para os polos das células. Todos esses compostos interferem no movimento normal dos cromossomas durante a sequência mitótica.
27. Uma planta é susceptível aos herbicidas inibidores da fotossíntese se o herbicida se acoplar ao composto Q_B componente do sistema fotossintético e, assim, impossibilitar a ocorrência do transporte do elétron até a plastoquinona. Dessa forma não existe a produção de ATP, pois o transporte de elétrons é interrompido, bem como a produção de NADPH₂.
28. FERREIRA, FRANCISCO AFFONSO et al. *Mecanismos de Ação de Herbicidas*. “Os herbicidas inibidores de pigmentos (izoxazolidinona e piridazinonas) agem na rota de biossíntese de carotenoides, resultando no acúmulo de phytoeno e phytoflueno, com predomínio do primeiro, que são dois precursores, sem cor, do caroteno. A produção dos novos tecidos albinos, pelas plantas tratadas, não implica que estes herbicidas inibam diretamente a síntese de clorofila. A perda da clorofila é resultado da sua oxidação pela luz, devido à falta de carotenoides que a protegem da fotoxidação”.

que se baseiam, aspecto especialmente importante no domínio do grau de resistência. As ervas daninhas que são tratadas frequentemente com o mesmo tipo de herbicidas tendem, com o passar do tempo, a adquirir resistência contra esses herbicidas, por um processo de autoseleção. É, pois, importante contrariar esta tendência de resistência escolhendo cuidadosamente os herbicidas (ou combinações de herbicidas) que devem ser utilizados entre uma estação e outra. Por essas razões, os herbicidas são vendidos pelos fabricantes e distribuidores baseando-se tanto nas suas características de proteção quanto na resistência das substâncias químicas presente em sua formulação. Os processos de tratamento, incluindo o número de aplicações e a possibilidade de misturar certos produtos com outros para obter uma maior proteção, são igualmente importantes”.²⁹

Neste sentido, a escolha do herbicida quanto ao tipo de intervenção no processo biológico da erva daninha está associada com elementos particulares da demanda, pois afeta a substituíbilidade entre os diversos ingredientes ativos existentes.

Essa substituíbilidade está associada ao grau de resistência de alguns ingredientes ativos em relação ao combate das ervas daninhas, de maneira que ingredientes ativos que atuam com inibidores de resistência comprovada não devem ser considerados substitutos, uma vez que a efetividade/eficácia do defensivo agrícola fica prejudicada.

3. METODOLOGIA PARA DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO

A partir das classificações acima expostas, entendemos que devem ser classificados no mesmo mercado relevante do produto os ingredientes ativos que possuam classificações idênticas e simultâneas em relação a:

- (i) Seletividade;
- (ii) Tipo de erva daninha;
- (ii) Época de aplicação.

Salientamos que, por um lado, devem ser excluídos todos os ingredientes ativos que tenham desenvolvido, comprovadamente, algum tipo de resistência em

29. Tradução livre: “In addition, herbicidal products differ to the extent that they are based on different classes of chemical active substances. This is particularly important in the domain of resistance management. Weeds that are treated frequently with the same types of herbicide tend to develop resistance against these herbicides over time, by a process of self-selection. It is therefore important to counter this tendency of resistance by carefully choosing the (combinations of) herbicides to use during the season and from one season to another. For this reason, herbicides are marketed by the manufacturer and the distributor on the basis of both the protective and the resistance characteristics of the chemicals contained. In addition, the procedures for treatment, including the number of applications and the feasibility of mixing with other products to achieve a broader range of protection, are of importance”.

relação aos infectantes que se deseja eliminar. Por outro lado, devem ser incluídos no mesmo mercado relevante às misturas onde um, ou mais de um, dos ingredientes ativos satisfaçam de maneira simultânea as três classificações expostas acima.

Salienta-se, também, que a metodologia acima exposta deve ser complementada pela cultura-alvo do ingrediente ativo e/ou da mistura de ingredientes.³⁰

4. DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO DO DIURON NA CULTURA DE CITROS: ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO 08012.004274/2011-10

A presente seção tem como objetivo apresentar a aplicação da metodologia de definição de mercado relevante de produto ao ingrediente ativo Diuron na cultura de citros.

4.1 O ingrediente ativo Diuron

O Diuron é um ingrediente ativo que tem nome químico 3-(3,4-dichlorophenyl)-1,1-dimethylurea. Este ingrediente ativo tem as seguintes características, a listar:

- (i) Seletivo;
- (i) De ação sistêmica;
- (i) Atua no combate a ervas daninhas de folha larga;
- (i) Tem como mecanismo de ação o inibidor de fotossíntese I;
- (i) Em termos de classificação segundo a época de aplicação, o Diuron é aplicado:
 - (v.1) em pré e pós-emergência das plantas infestantes nas culturas de:
 - Abacaxi; Alfafa; Algodão; Banana; Cacau; Café; Cana-de-açúcar; Citros; Seringueira; Uva;

30. É importante chamar a atenção para a adoção da metodologia ao caso de transgênicos. Como se sabe, os transgênicos ou sementes biotecnológicas têm os seus genes modificados e podem passar a ser resistentes a herbicidas não seletivos. Desta monta, é necessário que se analise, antes de tudo, qual a participação dos transgênicos em um dado mercado, sob o risco de a metodologia ser erroneamente aplicada. Isto porque, nos mercados onde a maioria das sementes estão geneticamente modificadas e passam a ser resistentes a um dado herbicida que anteriormente não seria considerado como concorrente, este passará a ser analisado como concorrente neste mercado. Um exemplo para essa transgressão seria o seguinte modelo: em um dado mercado relevante (soja, por exemplo), onde 95% das sojas são geneticamente modificadas para serem resistentes a um herbicida não seletivo (Glifosato, por exemplo), o referido herbicida passará a ser concorrente de herbicidas seletivos na dada cultura, haja vista que grande parte da cultura em questão tem o herbicida não seletivo como sendo um substituto direto ao herbicida seletivo.

- (v.2) atua também como dessecante na cultura do algodão;
- (v.3) em pós-emergência das plantas infestantes nas seguintes culturas:
 - Milho; Soja; Trigo.

4.2 *Os ingredientes ativos aplicados às culturas em que o ingrediente ativo Diuron atua*

No Quadro III, anexo ao presente artigo, são apresentados os ingredientes ativos que atuam no combate a ervas daninhas nas culturas onde é aplicado o ingrediente ativo Diuron, podendo ou não serem substitutos do referido herbicida.

4.3 *A definição do mercado relevante para a cultura dos citros*

A partir da metodologia desenvolvida para a definição do mercado relevante do produto no segmento de herbicidas definido no artigo, deve-se incluir no mercado relevante do produto citros, em que está incluído o ingrediente ativo Diuron, somente os ingredientes ativos que atenderem simultaneamente aos seguintes critérios de classificação:

1. Seletividade – o Diuron é um ingrediente ativo seletivo e, portanto, não substituto dos ingredientes ativos não seletivos. Desta forma, deve-se incluir como substituto do Diuron somente os ingredientes ativos seletivos;
2. Herbicidas de ervas daninhas de folhas largas e herbicidas de largo espectro – o Diuron é um ingrediente ativo utilizado para combater ervas daninhas de folhas largas. No entanto, como os herbicidas de largo espectro combatem tanto infectantes de folhas largas quanto do tipo gramínea, deve-se incluir como substitutos do Diuron os ingredientes ativos destinados ao combate de ervas daninhas de folhas largas e os herbicidas de largo espectro;
3. Época de aplicação – o Diuron é um ingrediente ativo pré e pós-emergente para a cultura dos citros. Neste sentido, deve-se incluir todos os ingredientes ativos pré e pós-emergentes como substitutos do ingrediente ativo Diuron para a cultura dos citros.

Aplicando-se a metodologia definida, tem-se que indagar se o herbicida é, ao mesmo tempo: (i) Seletivo; (ii) Combate erva daninha de folhas largas; (iii) pós-emergente. No que tange ao critério de largo espectro, não se deve considerar como sendo primordial que o herbicida tenha esta característica, haja vista que a questão de ser de largo espectro determina a substituibilidade do herbicida, mas não a elimina da análise, visto que essa característica não pode ser vista como uma excludente. Vale lembrar ainda que, caso a erva daninha tenha adquirido resistência a um ingrediente ativo, este deve ser descartado da análise do mercado.

O quadro IV apresenta seis colunas: (i) na primeira, apresentam-se todos os ingredientes ativos que atuam na cultura do citros; (ii) nas quatro demais, apresen-

tam-se os três critérios para substituíbilidade (seletivo, erva daninha de folhas largas/largo espectro e pré ou pós-emergência) por ingrediente ativo; e (iii) na última, apresentam-se os herbicidas que são substitutos do Diuron.³¹

Quadro IV – Ingredientes ativos pertencentes ao mercado relevante para a cultura dos citros

Ingrediente ativo	É seletivo?	Combate erva daninha de folhas largas?	É herbicida de largo espectro?	É pré ou pós-emergente?	É substituto do Diuron?
Ametrina	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Azafedinina	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Carfentrazona-Etílica	Sim	Sim	Não	Sim	Sim
Diquate	Não	Sim	Não	Sim	Não
Diuron	Sim	Sim	Não	Sim	Sim
Diclofope	Não	Não	Não	Sim	Não
Glifosato	Não	Sim	Não	Sim	Não
Glufosinato	Não	Sim	Não	Sim	Não
MSMA	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Orizalina	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Oxifluorfem	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Paraquate	Não	Sim	Sim	Sim	Não
Simazina	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Sulfentrazona	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Trifluralina	Sim	Sim	Sim	Não	Sim

Sendo assim, para o mercado relevante do produto citros, deve-se incluir no mesmo mercado relevante os seguintes ingredientes ativos: Diuron, Ametrina, Azafedinina, Carfentrazona-Etílica, MSMA, Orizalina, Oxifluorfem, Simazina e Sulfentrazona.

4.4 Cálculo da participação de mercado da Dupon/Agan no mercado relevante do produto citrus

Desta forma, a definição do mercado relevante desses herbicidas deve levar em conta os diversos fatores supracitados, bem como a cultura a ser explorada pelo her-

31. O Anexo traz a lista completa dos herbicidas.

bicida em questão. Assim, na análise do Ato de Concentração 08012.004274/2011-10,³² calculou-se a participação de mercado para cada uma das culturas, visando atender os critérios de substituíbilidade apresentados no corpo deste artigo.

Conforme exposto no Quadro IV, para compor o mercado relevante do produto citrus deve-se abranger os seguintes ingredientes ativos, independentemente de serem usados separadamente ou em misturas: Diuron, Ametrina, Azafenidina, Carfentrazona-Etilica, MSMA, Orizalina, Oxifluorfem, Simazina, Sulfentrazona. Uma vez feita essa separação, deve-se passar ao cálculo da participação de mercado das empresas no referido mercado.

Quadro V – Estrutura de oferta no mercado relevante herbicidas para citrus

Empresa	2008	2009	2010	2011
Dupont	30-40%	30-40%	20-30%	20-30%
Bayer	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%
FMC	30-40%	30-40%	40-50%	40-50%
Dow	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%
Ourofino	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%
Milénia (Agan)	10-20%	20-30%	20-30%	10-20%
Syngenta	0-10%	10-20%	10-20%	0-10%
Arysta	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%
Total	100	100	100	100

Fonte: Ato de Concentração 08012.004274/2011-10

A partir da aplicação da metodologia, constatou-se que a participação de mercado da Dupont no mercado relevante de herbicidas para citros decresceu no período considerado, a empresa FMC tornou-se líder de mercado a partir do ano de 2010, e a participação de mercado da Agan cresceu entre 2009 e 2010 e decresceu desde então.

5. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto no presente artigo, torna-se razoável concluir que o mercado relevante de herbicidas é, do ponto de vista geográfico, nacional. No que tange à dimensão produto, a definição do mercado relevante para herbicidas deve observar os parâmetros e as etapas aqui expostas, isto é, observar as seguintes características: (I) seletividade; (II) tipo de erva daninha; e (III) época de aplicação.

Nesse liame, pode-se dizer que um herbicida só será concorrente de outro herbicida quando as três características acima elencadas forem semelhantes. Assim,

32. Disponível em: [\[www.cade.gov.br/temp/D_D000000696601874.pdf\]](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000696601874.pdf). Acesso em: 25.08.2013.

se uma das três características for diferente entre os herbicidas analisados, um não poderá ser visto como substituto do outro.

Os herbicidas seletivos são os que atuam sobre todas as plantas e ervas daninhas, exceto sobre a cultura, ao passo que os não seletivos são os que atuam sobre todas as plantas indiscriminadamente, inclusive sobre a própria cultura. Ainda, o herbicida atuará diretamente sobre a erva daninha que se objetiva combater. As ervas daninhas podem ser classificadas em: (i) ervas daninhas de folhas largas (*Broadleafweeds*) e (ii) ervas daninhas tipo gramínea (*Grass weeds*). Para cada tipo de erva daninha considerada, existe um herbicida específico. No entanto, existe uma combinação entre herbicidas de folhas largas e herbicidas de tipo gramínea que gera um herbicida que pode atuar para combater ambas as ervas daninhas simultaneamente. Este herbicida recebe o nome de herbicida de largo espectro (*broad spectrum herbicide*) e tende a ser substituto dos herbicidas para combate de folhas largas e substituto dos herbicidas para combate de ervas daninhas do tipo gramínea.

Os herbicidas de ervas daninhas de folhas largas e os herbicidas de ervas daninhas do tipo gramíneas não podem ser considerados substitutos, mas podem ser complementares, pois o agricultor pode lançar mão de ambos os herbicidas para combater ambas as ervas simultaneamente. Deve-se atentar ainda para o fato de que os herbicidas são divididos em herbicidas pré-semeadura, pré-emergentes e pós-emergentes. Os herbicidas pré-semeadura são aplicados ao solo imediatamente antes de semeá-lo. Os herbicidas pré-emergentes são aplicados antes da germinação da semente, sendo, normalmente, aplicados oito dias após o solo ter sido semeado. Finalmente, os herbicidas pós-emergentes são aplicados após a germinação da semente. Com o passar do tempo da plantação, a substituíbilidade entre eles se mostrará prejudicada.

Essas são as características a serem observadas para a definição do mercado relevante sob a ótica do produto aqui abordado. Os resultados obtidos para a cultura de citros demonstram que a análise dos critérios é importante, prevenindo que a introdução de herbicidas que não sejam concorrentes (por não preencherem os mesmos requisitos técnicos quanto aos critérios expostos neste artigo) acarrete em uma diluição do mercado relevante.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatísticas da produção agrícola*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/download/estatistica.shtml]. Acesso em: 15.11. 2011.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda. Parecer 07043/2011/RJ/COGCE/SEAE/MF. Disponível em: [www.cadc.gov.br/temp/1258201316155982.PDF]. Acesso em: 25.08.2013.

- COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP/M.1806 – AstraZeneca/Novartis. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000696601146.pdf]. Acesso em: 27.08.2013.
- _____. Case COMP/M.2547 – Bayer/Aventis Crop Science. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2547_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.
- _____. Case COMP/M.1932 – BASF/American Cyanamid. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1932_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.
- _____. Case COMP IV/M.1378 – Hoeschst/Rhône-Poulenc. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1378_20040130_440_en.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.
- _____. Case COMPIV/M.1229 – American Home Products/Monsanto. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1229_en.pdf]. Acesso em: 28.08.2013
- FERREIRA, Francisco Affonso et al. *Mecanismos de Ação de Herbicidas*. Disponível em: [www.cnpa.embrapa.br/produtos/algodao/publicacoes/trabalhos_cba5/336.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.
- MENDONÇA, Elvino. Ato de Concentração 08012.004274/2011-10, Relatoria Elvino de Carvalho Mendonça. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000696601671.pdf]. Acesso em: 25.08.2013.
- MOREIRA, Assis. Importância do setor agrícola é maior no país. *Valor Econômico*, 16.03.2007.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – OECD/FAO. *Agricultural Outlook 2009-2018*. The Food and Agriculture Organization of the United Nations leads international efforts to defeat hunger, 2009. Disponível em: [www.agri-outlook.org/data-ecd/2/31/43040036.pdf]. Acesso em: 29.07.2014.
- PEROBELLI, F et al. *Nova economia*. vol. 17. n. 1. Belo Horizonte. jan.-abr. 2007.
- ROMAN, Erivelton S. *Mecanismos de Ação de Herbicidas*. Disponível em: [www.cnpq.embrapa.br/pesquisa/plantas_daninhas/f_danin.htm]. Acesso em: 25.08.2013.
- SILVA, F.M.O.; COSTA, L. M. A indústria de defensivos agrícolas. *BNDES Setorial*. n. 35. mar. 2012. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnsc/set3507.pdf]. Acesso em: 30.07.2014.

ANEXO

Quadro III – Ingredientes ativos que atuam no combate a ervas daninhas nas culturas onde o ingrediente ativo Diuron é aplicado

Ingrediente ativo	Abacaxi	Alfafa	Algodão	Banana	Cacau	Café	Cana-de- açúcar	Citros	Seringueira	Uva	Milho	Soja	Trigo
2,4-D (2,4-d)						X	X				X	X	X
ACETOCLORO						X	X				X	X	
ACIFLUORFEM												X	
Alacloro			X			X	X				X	X	
AMETRINA	X		X	X		X	X	X		X	X		
AMICARBAZONA							X				X		
ASULAM							X						
ATRAZINA	X						X	X			X		
AZAFENIDINA						X	X	X			X		
Bentazona											X	X	X
Bromacila	X												
Butoxidim												X	
Carfentrazona- -Étilica						X		X			X	X	
Cianazina			X			X	X				X	X	
CLETODIM			X			X	X						
Clomazona												X	
Cloransulam- -Metílico												X	
Clorimurrom-Étilico												X	
DICLOFOPE Methyl												X	
DICLOSULAM												X	
DIMETENAMIDA											X		

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear, de César Mattos – *RIBRAC* 5/7 (DTR\2011\4899); e
- Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência, de Mario Luiz Possas – *RIBRAC* 3/75 (DTR\2011\4794).

Comércio Internacional

ANTIDUMPING NO BRASIL E NA CHINA: LIÇÕES APRENDIDAS

WEI DAN

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.
Professora Titular e Directora do Instituto de Estudos Jurídicos Avançados da Faculdade
de Direito da Universidade de Macau. Editora-Chefe da *Macau Law Review*.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Internacional

RESUMO: O artigo tenta analisar e comparar de forma crítica o uso de *antidumping* do Brasil e da China e esclarecer que os países emergentes devem encontrar uma maneira de harmonizar relações comerciais mutuamente benéficas com muitos outros países, se eles pretendem melhorar as suas posições de liderança na remodelação da ordem mundial de comércio de forma compatível com a sua potência emergente e influência actual.

PALAVRAS-CHAVE: *Antidumping* – Brasil – China.

ABSTRACT: The paper attempts to examine and compare critically the Brazil's and China's use of *antidumping* and elucidate that emerging countries must find a way to harmonize mutually beneficial trading relationships with many other countries, if they intend to improve their leading positions in reshaping the world trading order in a way compatible with their emerging power and influence today.

KEYWORDS: *Antidumping* – Brazil – China.

SUMÁRIO: I. Introdução: A. Uma visão global de medidas *antidumping* empregadas por países emergentes; B. Motivações dos países emergentes para a confiança nas medidas *antidumping*; 1. O apoio político para maior liberalização do comércio; 2. Procura de medidas complementares além de barreiras tarifárias e não-tarifárias; 3. Respostas de retaliação; 4. A melhoria contínua e capacitação; C. Uso do Mecanismo de Resolução de Litígios por países emergentes – II. *Antidumping* no Brasil: A. Visão geral; B. Instituições de *antidumping* do Brasil; C. Desenvolvimentos recentes no Brasil para reforçar a protecção *antidumping*; 1. A nova legislação anti-evasão; 2. O novo sistema de regras de origem não preferenciais; 3. Aplicação retroactiva de direitos *antidumping*; 4. Novas orientações para a aplicação de investigações *antidumping*; 5. Novo Decreto *Antidumping*; D. A participação do Brasil no mecanismo de resolução de litígios da OMC; 1. Brasil como queixoso; 2. Brasil como demandado – III. *Antidumping* na China: A. Visão geral; B. Legislação e instituição *antidumping* da China; C. A participação da China no mecanismo de resolução de litígios da OMC; 1. China como queixosa; 2. China como demandada; IV. Uma análise comparativa dos padrões de *antidumping* brasileiros e chineses; A. Legislação e regras *antidumping*; 1. Regras substantivas; 2. Regras processuais; B. Uso de *antidumping*; 1. Quando e por quê? 2. Os mercados alvo e os setores-alvo; 3. Direitos *antidumping* e duração; 4. Flexibilidade do uso de *antidumping*; 5. Participação do sector privado; 6. Efeitos de usos ofensivos de *antidumping*; C. Contribuição para a jurisprudência do MERL e o impacto sobre as reformas comerciais – V. *Antidumping* no comércio bilateral Brasil-China e algumas lições para aprender – VI. Observações finais.

I. INTRODUÇÃO

A. UMA VISÃO GLOBAL DE MEDIDAS *ANTIDUMPING* EMPREGADAS POR PAÍSES EMERGENTES

Países emergentes, como Brasil e China, têm estado cada vez mais no centro das negociações internacionais e têm provocado a atenção global. Nesta era da globalização, o comércio e as políticas comerciais estão a tornar-se componentes críticos das estratégias económicas nacionais. Os países emergentes não são excepção a esta tendência. Juntamente com o rápido desenvolvimento de relações comerciais dos países emergentes com outros parceiros, as disputas comerciais envolvendo os países emergentes têm se intensificado rapidamente. As defesas comerciais – especialmente as medidas *antidumping* – têm recebido atenção crescente na política de comércio internacional e tornaram-se uma fonte de tensão entre os países.¹

A história do *antidumping* começou no início do século XX, quando a legislação *antidumping* foi inicialmente adoptada por comerciantes industrializados. Esses “usuários tradicionais” de medidas *antidumping* incluíam Canadá, Austrália, Estados Unidos, Nova Zelândia e da Comunidade Europeia.² À excepção da África do Sul, que promulgou uma lei *antidumping* muito cedo, em 1914,³ a maioria dos países em desenvolvimento não começou a pegar o ritmo do mundo industrializado até a década de 1950; até o fim de 2001, cerca de 100 membros da OMC tinham adoptado legislação *antidumping*.⁴ À medida que os países emergentes integram a ordem de comércio mundial e aceleram o crescimento económico e liberalização do comércio, se tornam cada vez mais proactivos na implementação de suas regras *antidumping*.

Embora os países emergentes continuem a ser os alvos primários dos instrumentos *antidumping* empunhados pelos usuários tradicionais, eles também adquiriram a capacidade de usar essas medidas e intensificaram o seu emprego estratégico desde a última década do século XX. De acordo com os estudos empíricos

-
1. Desde a criação da Organização Mundial do Comércio houve 239 casos de disputas envolvendo medidas de protecção de contingentes até 15 de outubro de 2013. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop_c/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm]. Acesso em: 15.10.2013.
 2. A lei *antidumping* foi introduzida no Canadá em 1904, na Austrália em 1906, nos Estados Unidos em 1916, na Nova Zelândia em 1921 e na Comunidade Europeia em 1968. Ver ZANARDI, Maurizio, (2004). *Antidumping: What are the Numbers to Discuss at Doha? The World Economy*, 27(3), 403, p. 407.
 3. Idem, p. 408.
 4. Idem, p. 407.

desenvolvidos por Bown,⁵ que colocam medidas mais precisas e tomam em conta a importância económica heterogênea de uso de medidas *antidumping*, os usuários tradicionais e os novos usuários estão seguindo caminhos ou tendências diferentes. Por um lado, a quota das importações dos principais países desenvolvidos, como os Estados Unidos e a UE, sujeita a barreiras temporárias de contingência, experimentou uma tendência decrescente ao longo do tempo. 3,5-5% das importações desses países podem ter sido afectadas durante 1997-2005; a cobertura política de defesa comercial diminuiu em cerca de 50%, para apenas 1,5-3% das suas importações anuais até 2007. Por seu turno, os grandes países emergentes, como o Brasil e a China, começaram a ter em ou próximo de zero as suas linhas de produtos de importação, nos meados da década de 1990, sujeitas a cobertura de contingência, tendo o volume anual de produtos importados crescido até 4% em 2007.⁶

Desde a crise económica mundial que começou em 2008,⁷ os países desenvolvidos e países em desenvolvimento têm igualmente aumentado o proteccionismo através de múltiplos mecanismos, incluindo medidas *antidumping*. O interesse em se tornar um usuário activo de defesas comerciais continua a crescer entre os 153 membros da OMC e o proteccionismo de contingência não é mais monopólio dos usuários tradicionais. Uma coisa é certa: a tendência do uso activo de instrumentos *antidumping* passou dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento.⁸ Os países emergentes já ultrapassaram os usuários tradicionais em termos do número total de investigações e se tornaram intervenientes principais no uso de medidas de contingência. Durante a crise mundial de 2008-2009, as economias desenvolvidas do G20 aumentaram o volume de produtos abrangidos por medidas de contingência em apenas 5% em 2009 em relação ao nível pré-crise, mas as economias emergentes aumentaram o seu estoque de cobertura de produtos por defesas comerciais durante o crise em 40%.⁹ Além disso, 61% das medidas *antidumping* empregadas, as economias em desenvolvimento visavam outras economias em desenvolvimento até 2002 e este número aumentou para 68% até 2009.¹⁰

5. BOWN, Chad P. Taking Stock of *Antidumping*. Safeguards and Countervailing Duties, 1999-2009. *The World Economy*. v. 34, n. 12, December: 1955-1998. BOWN, Chad P. Emerging Economies and the Emergence of South-South Protectionism. *Journal of World Trade*. vol. 47, n. 1. p. 1-44. fev. 2013.

6. BOWN, Chad P. Taking Stock... cit., p. 1957.

7. Ver a nota de abertura do então Director-Geral Pascal Lamy da OMC no Quinto Workshop para os Chefes das Autoridades de Investigação na Organização Mundial do Comércio em 27.02.2012. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm]. Acesso em: 07.04.2013.

8. BOWN, Chad P. Taking Stock... cit.

9. Idem, p. 1958.

10. Idem, p. 1980.

As economias emergentes membros do G20 tiveram colectivamente 3,2% de suas linhas de produtos de importação sujeitas a medidas comerciais temporárias, em 2011 – mais que o dobro da sua cobertura de importação de 1,5% de uma década antes; em comparação, seis economias de alta renda membros do G20 combinaram para aumentar a sua cobertura para apenas 1,9% das linhas de produtos de importação em 2011, acima dos 1,8% em 2001.¹¹ Na política *antidumping*, não parece haver qualquer confronto preciso ou divisão entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.¹²

Após a análise de um movimento geral de actividades *antidumping* dos países emergentes, a Secção II e Secção III realizam, respectivamente, um estudo empírico sobre a consistência da legislação *antidumping* e as práticas do Brasil e da China à OMC e analisam como o uso de *antidumping* do Brasil e da China pode estar relacionado com as decisões decorrentes do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios (MERL) no âmbito dos casos da OMC. A Secção IV analisa como o Brasil e a China são diferentes de maneiras que são importantes. Na Secção V podem ser considerados alguns casos pertinentes sobre *antidumping* no comércio bilateral Brasil-China, como um exemplo de uma barreira ao comércio sul-sul. A Secção VI conclui que, na era pós-crise, os países emergentes devem encontrar uma forma de cultivar relações comerciais mutuamente benéficas com outros países, se eles pretendem melhorar a sua posição de liderança na reorganização da ordem do comércio mundial de uma forma compatível com o seu poder emergente e influência actual.

B. MOTIVAÇÕES DOS PAÍSES EMERGENTES PARA A CONFIANÇA NAS MEDIDAS ANTIDUMPING

1. O apoio político para maior liberalização do comércio

O sistema da OMC exige que os membros se comprometam com as suas concessões de importação e não lhes permite retirar as suas concessões comerciais de forma unilateral. Contudo, as medidas *antidumping* são excepções a este princípio e são geralmente entendidas como “alívios temporários” ou “válvulas de segurança”, disponíveis quando as indústrias nacionais expostas à concorrência internacional precisam de um mecanismo de *opt-out* para permitir ajustes apropriados.¹³ As

11. BOWN, Chad P. *Emerging Economies...* cit., p. 6.

12. Ver ZANARDI, op. cit., p. 616 e NIELS, Gunnar; KATE, Adriann ten. *Antidumping policy in developing countries: Safety valve or obstacle to free trade? European Journal of Political Economy*. vol. 22. n. 618. p. 621. Elsevier, 2006.

13. Por exemplo, os produtos químicos e de aço são usuários industriais primários de *antidumping* na China porque eles são enormes, concentrados, estatais, menos envolvidos do que outras indústrias na quota de produção internacional ou *joint ventures* e elas pro-

medidas *antidumping* são permitidas para compensar ganhos comerciais injustos, quando os exportadores que vendem a preços abaixo do “valor normal” gozam de vantagens competitivas injustas devido ao “dumping” de produtos no mercado interno do país importador.¹⁴

Embora ainda existam muitas controvérsias sobre se as lógicas económicas que sustentam as medidas *antidumping* têm qualquer veracidade, certamente há justificações não económicas. As medidas *antidumping* podem até ser necessárias por questões políticas. Por causa do rápido aumento das importações, que muitas vezes resulta de se juntar à economia global, os governos dos países emergentes são frequentemente confrontados com a forte resistência das indústrias nacionais afectadas. As medidas *antidumping* aliviam os governos de economias emergentes dessa pressão política, permitindo-lhes realizar enormes concessões de liberalização do comércio. No passado, a resistência interna para reduzir as barreiras às importações nos países emergentes era extremamente forte: sem esses instrumentos políticos e válvulas de segurança que protegem contra “práticas desleais de parceiros internacionais”, as autoridades dos países emergentes talvez seriam relutantes em aceitar uma maior liberalização do comércio.¹⁵ Alguns estudos empíricos têm concluído que o aumento de *antidumping* em países emergentes tem, muitas vezes, andado lado a lado com uma mudança política fundamental para a liberalização do comércio.¹⁶

2. Procura de medidas complementares além de barreiras tarifárias e não-tarifárias

Embora alguns países emergentes como o Brasil (e também a Argentina e o México) tenham adoptado legislação *antidumping* nos anos 1970 e 1980,¹⁷ só até a década de 1990, depois de terem reduzido as tarifas de importação, é que se tornaram fortes usuários de *antidumping*, visto que não era necessário recorrer às

duzem primeiramente para o mercado doméstico. Há uma onda nos produtos químicos industriais que solicitou protecção *antidumping* imediatamente depois da adesão da China à OMC em 2001. Ver BOWN, Chad P. China's WTO Entry: *Antidumping*, Safeguards, and Dispute Settlement. In: FEENSTRA, Robert C.; WEI, Shang-Jin. *China's Growing Role in World Trade*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2010. p. 320-321.

14. Ver o Art. 1 do Acordo *Antidumping* da OMC.

15. RASLAN, Reem Anwar Ahmed. *Antidumping: a Developing Country Perspective*. Netherlands: Wolters Kluwer, 2009. p. 15.

16. NIELS, Gunnar; KATE, Andriaan ten. *Antidumping Protection in a Liberalising Country: Mexico's Antidumping Policy and Practices*. *World Economy*, vol. 27, n. 967, p. 969. AGGARWAL, Aradhna. *The Antidumping Agreement and Developing Countries: An Introduction*. New Delhi: Oxford University Press, 2007. p. 15+.

17. A Argentina implementou a sua Lei *Antidumping* em 1972, o México introduziu a Lei *Antidumping* em 1986 e Brasil aprovou a Legislação *Antidumping* em 1987.

defesas comerciais dada a alta protecção tarifária e não-tarifária prevalente dos anos anteriores.¹⁸

No contexto da política orientada para dentro e de substituição de importações, a falta de necessidade de empregar medidas *antidumping* provavelmente explica porquê o uso activo de leis *antidumping* retardou a aprovação de medida *antidumping* por parte dos países emergentes. No entanto, quando a maioria das barreiras ligadas à importação foram removidas e os programas de eliminação progressiva de tarifas foram realizados sem problemas, as medidas *antidumping* foram subitamente convertidas em instrumentos complementares para os governos nacionais ganharem um espaço de manobra para lidar com as pressões proteccionistas. As pressões foram agravadas pela instabilidade macroeconómica, fazendo das medidas *antidumping* um instrumento político cada vez mais atraente.

Conforme defenderam alguns académicos, os países em desenvolvimento deviam abrir seus mercados gradualmente ao comércio, prestando a devida atenção às questões de tempo e sequência na liberalização do comércio.¹⁹ Por um lado, os países emergentes (bem como as economias em transição) são mais vulneráveis aos efeitos negativos de cartéis internacionais; as suas indústrias nascentes estão propensas a procurar alívio do comércio internacional “desleal” e “concorrência desleal”. Por outro lado, no contexto de dificuldades macroeconómicas, os países emergentes podem empregar medidas de protecção, a fim de fazer ajustes temporários.

Além disso, medidas *antidumping* são instrumentos de defesa comercial facilmente empregados. Em comparação com as tarifas, os direitos *antidumping* (na maioria dos casos sendo direitos *ad valorem*) permitem uma grande flexibilidade na sua gestão, permitindo que as autoridades de investigação intervenham no mercado de importação. O uso de medidas *antidumping* também tem uma natureza privada, porque uma empresa ou um grupo de empresas tem o direito de solicitar o início de uma investigação, e as autoridades de investigação são responsáveis pela especificação do país e do produto sob investigação.

3. Respostas de retaliação

Algumas pesquisas concluíram que a retaliação é um dos motivos subjacentes às investigações *antidumping*.²⁰ Os novos usuários de *antidumping*, antes de elas mesmas

18. FINGER, J. Michael. The Origin and Evolution of *Antidumping* Regulation. In: FINGER, J. Michael. *Antidumping: How it Works and Who Gets Hurts?* Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993. p. 14-15.

19. FALVEY, Rod; KIM, Cha Dong. Timing and Sequencing Issues in Trade Liberalization. *The Economic Journal*, vol. 102, 908, p. 908-924.

20. FINGER, J. Michael. The Industry-Country Incidence of “Less than Fair Value” Cases in U.S. Import Trade. *Quarterly Review of Economics and Business*. vol. 21. n. 260. p. 260-279. Elsevier, 1981.

começarem a relatar investigações *antidumping*, estavam sujeitos a casos de medidas *antidumping* no passado. Para estes novos usuários, *antidumping* é uma resposta por ser alvo de acções semelhantes. Geralmente os novos usuários frequentemente iniciam investigações com um propósito potencialmente de retaliação do que os usuários tradicionais de medidas *antidumping*.²¹ Há evidências de que os países emergentes tendem a apresentar mais casos de *antidumping* se tiverem sido anteriormente sujeitos a uma investigação *antidumping*.²² A legislação em vigor em alguns países emergentes prevê explicitamente a opção de tomar medidas de retaliação contra o *dumping*.²³

Para ser eficaz, a retaliação depende da “capacidade de retaliação”. Conforme interpretado por Blonigen e Bown, uma maior capacidade de retaliar ocorre quando um país tem uma grande quantidade de importações de um parceiro comercial que pode ameaçar tirar.²⁴

4. A melhoria contínua e capacitação

No passado, os usuários não tradicionais de medidas de contingência preferiam usar tarifas, em parte devido à falta dos recursos necessários e capacidade institucional para cumprir com os requisitos processuais para o uso de defesas comerciais em conformidade com as exigências da OMC.²⁵ A maioria dos países emergentes tem melhorado a sua capacidade institucional e agora é capaz de cumprir com esses requisitos. De ponto de vista técnico, como os países emergentes beneficiaram da formação da OMC sobre protecção *antidumping*, eles tornaram-se equipados com as ferramentas e capacidade para usar essas medidas de forma eficaz e ganharam conhecimento íntimo dos requisitos processuais necessários para usar medidas *antidumping* de formas consistentes com a OMC.

C. USO DO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS POR PAÍSES EMERGENTES

O Mecanismo de Resolução de Litígios da OMC tem se mostrado uma ferramenta essencial para: (i) a interpretação dos compromissos assumidos no âmbito dos acordos que compõem o sistema multilateral de comércio, e (ii) a geração de

-
21. PRUSA, T.J.; SKEATH, S., (2002), The Economic and Strategic Motives for *Antidumping* Filings. *Weltwirtschaftliches Archiv*, vol. 138, 389, p. 389-415.
 22. AGGARWAL, Aradhna. Op. cit., p. 172. NIELS, Gunnar; KATE, Adriann ten. *Antidumping policy...* cit., p. 620.
 23. Por exemplo, Art. 56 do Regulamento *Antidumping* da China.
 24. BLONIGEN, Bruce A.; BOWN, Chad P. *Antidumping and Retaliation Threats. Journal of International Economics*. vol. 60. n. 2. p. 249-273. ago. 2003.
 25. World Trade Organization, (2009), *World Trade Report 2009: Trade Policy Commitments and Contingency Measures*, Geneva, p. xxi.

jurisprudência que, na prática, preenche as lacunas e ambigüidades que estão frequentemente presentes nas disciplinas do comércio multilateral. A jurisprudência que constitui a base das decisões sobre a maioria das questões dá previsibilidade e segurança para as acções que os membros poderão adoptar nos termos dos referidos acordos. Os casos do Mecanismo de Resolução de Litígios (MRL) também têm a capacidade de influenciar decisivamente as negociações para alterar ou completar as realizações da disciplinas do comércio multilateral existentes.²⁶

Fazer o melhor uso do MRL da OMC não é uma tarefa simples. Na verdade, é um sistema legal complexo e sinuoso. Muitos membros da OMC, em particular os países em desenvolvimento em grande medida, não o utilizam de forma eficaz por razões que incluem:

“a falta de consciência suficiente de direitos e obrigações da OMC; coordenação inadequada entre o governo e o sector privado; a dificuldade em determinar a existência de barreiras comerciais indevidas e a viabilidade de contestação jurídica; as restrições de recursos financeiros e humanos na propositura de disputas; e uma muito citada falta de vontade política para perseguir disputas comerciais, devido ao medo de que as preferências comerciais ou outras formas de assistência serão retiradas, ou alguma forma de acção de retaliação será tomada”.²⁷

Além disso, apesar de o sistema da OMC ter se tornado cada vez mais legalizado, as dificuldades sentidas pelos membros da OMC no emprego do MRL, especialmente quando discutem questões de alta densidade legal, que revelam esta tendência desigual e desequilibrada.

Conforme aponta Rosenberg, a consolidação do sistema legal do Órgão de Resolução de Litígios (ORL) da OMC e a crescente importância dos aspectos processuais do MRL, que geralmente é visto como um grande avanço por causa da certeza jurídica gerada pela mudança, tem sido criticada por alguns países em desenvolvimento como prejudicando aqueles menos preparados para se envolver neste tipo de litígio.

Apesar das dificuldades materiais que um país em desenvolvimento enfrenta ao utilizar o MRL da OMC, os países emergentes têm mudado gradualmente a sua “estratégia de evitar litígios” para uma “estratégia de participação proactiva” ao lado de seu crescente emprego de medidas *antidumping*. As experiências de alguns países em desenvolvimento emergentes como Brasil e China têm mostrado que vale a pena investir nesta nova perspectiva. A contribuir para essa mudança de mentalidade está a sua crescente confiança na sua capacidade de trazer com sucesso casos de *antidumping*.²⁸

26. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p.130.

27. NORDSTROM, Håkan; SHAFER, Gregory. *Access to Justice in the World Trade Organization: The Case for a Small Claims Procedure—A Preliminary Analysis*. ICTSD Issue paper n. 2, 2007, p. V.

28. QIN, Julia Ya. *China, India and WTO LAW*. In: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy; WANG, Jiangyu et al. *China, India and the International Economic Order*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 193.

II. ANTIDUMPING NO BRASIL

A. VISÃO GERAL

Brasil é o quinto maior país do mundo em população e tamanho e a sexta maior economia do mundo.²⁹ O uso de *antidumping* no Brasil aumenta durante o primeiro episódio de liberalização comercial unilateral, depois começa a declinar até 2003, quando aumenta lentamente e de forma permanente. Desde o início da crise global, em 2008, tem havido um aumento acentuado.³⁰ Em 2011, Brasil teve 1,7% das importações de comércio ponderado afectadas por medidas *antidumping*.³¹

Tem sido verificada uma tendência geral de aumento no estoque de importações sujeitas a medidas *antidumping* depois de Brasil ter acelerado o seu ritmo de integração regional através do Mercado Comum do Sul (Mercosul).³² O número total de investigações de *dumping* no Brasil atingiu o pico em 2010 (40) e depois caiu drasticamente em 2011 (17). Como esperado, em resposta à crise global, as acções proteccionistas ressurgiram juntamente com uma continuada economia fraca. Em 2012, as autoridades brasileiras abriram 47 novas investigações de *dumping*.³³

B. INSTITUIÇÕES DE ANTIDUMPING DO BRASIL

De acordo com a lei brasileira,³⁴ a defesa comercial envolve principalmente três instituições administrativas, a Camex (Câmara Brasileira do Comércio Exterior,

-
29. World Economic Outlook Database, April 2012, Washington DC, International Monetary Fund, p. 179.
 30. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT. Brasil: Micro- and Macrodeterminants of Temporary Trade Barriers. In: BOWN, Chad P. (ed.) *The Great Recession and Import Protection: The Role of Temporary Trade Barriers*. London, UK: CEPR and the World Bank, 2011. p. 297.
 31. BOWN, Chad P. *Emerging Economies...* cit., p. 4.
 32. BOWN, Chad P. *Taking Stock...* cit., p. 1967.
 33. Departamento de Defesa Comercial (Decom). *Relatório Semestral jan.-jun. – 2012*, Brasília; MDIC, 2012, p. 5.
 34. O quadro geral da legislação brasileira *antidumping* inclui o seguinte: o Decreto Legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994, que ratifica o Acto Final da Ronda de Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais; o Dec. 1355, de 30 de dezembro de 1994 (DOU 31.12.1994), que promulga o "Acto Final que Incorpora os Resultados da Ronda de Uruguai das Negociações Comerciais Internacionais", incluindo o Acordo sobre *Antidumping*, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e o Acordo sobre Salvaguardas; a Lei 9.019, de 30 de março de 1995 (DOU 31.03.1995), que regula a aplicação de direitos *antidumping* e direitos compensatórios; e o Dec. 4.732, de 10 de junho de 2003 (DOU 11.06.2003), que regula a Câmara do Comércio Exterior do Brasil (Camex). Mais especificamente, a legislação *antidumping* brasileira é composta do seguinte: "Acordo *Antidumping*":

órgão de nível ministerial), a Secex (Secretaria do Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior) e o Decom (Departamento de Defesa Comercial, uma sub-unidade da Secex). A Camex é uma componente do Conselho do Governo Brasileiro, composto por sete ministros.³⁵ Um dos seus mandatos é de impor acções de defesa comercial, incluindo a fixação de direitos *antidumping* provisórios e definitivos (XV do art. 2 do Decreto 4.732). Em 2011, a Camex criou um grupo técnico de especialistas em defesa comercial (GTDC) para examinar as recomendações do Decom sobre medidas provisórias e definitivas, bem como revisões administrativas.³⁶ A Secex é responsável, antes da imposição de quaisquer medidas, por promover a harmonia entre as partes, a fim de realizar consultas e chegar a uma solução satisfatória. Com base na recomendação do Decom, a Secex toma decisões sobre o início e o encerramento das investigações. O Decom examina os fundamentos legais e os benefícios práticos de pedidos de investigações de *dumping*, propõe a abertura de uma investigação para a aplicação de *antidumping*, realiza investigações e elabora pareceres, recomenda a implementação de acções de defesa comercial em conformidade com as leis da OMC e participa nas negociações internacionais relativas à defesa comercial.

No presente, está sendo analisado o Projecto de Lei 5.072/2009³⁷ pela Câmara dos Deputados do Congresso Nacional Brasileiro e é considerado como uma importante iniciativa que poderá trazer mudanças significativas no processo de tomada de decisão em processos de defesas comerciais. Nos termos deste Projecto de Lei, o Executivo estaria autorizado a criar o Conselho de Defesa Comercial sob

Decreto Legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994 e promulgado pelo Dec. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 (DOU 31.12.1994); a "Lei Brasileira Antidumping": Dec. 8.058, de 29 de julho de 2013 (DOU 29.07.2013), relativo aos procedimentos de implementação de direitos *antidumping*; a Lei 12.546, de 14 de dezembro de 2011 (DOU 15.12.2011), que prevê a relação entre investigações de defesa comercial e regras de origem não-preferenciais; a Directiva do Secretariado do Comércio Exterior (Secex) 46, de 23 de dezembro de 2011 (DOU 29.12.2011), relativa às regras para preparar pedidos de investigações por *dumping*, e a Res. Camex 64, de 9 de setembro de 2011 (DOU 12.09.2011), relativa à cobrança retroactiva de direitos *antidumping* e compensatórios.

35. A Camex (Câmara do Comércio Exterior do Brasil) é composta por sete ministros: Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (sendo Presidente da Camex), o Ministro dos Assuntos Cívicos, o Ministro das Relações Exteriores, o Ministro das Finanças, o Ministro da Planificação, o Ministro da Agricultura e o Ministro do Desenvolvimento Rural. Todas as decisões da Camex são tomadas por maioria de votos dos sete ministros.
36. Res. Camex 82, de 19 de outubro de 2011, publicada no Boletim Oficial de 20 de outubro de 2011.
37. O texto integral da Proposta de Lei 5.072/2009, da autoria do Senador Federal Francisco Dornelles. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=430901]. Acesso em: 20.05.2013.

direcção do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com poder quase judicial para aplicar medidas *antidumping* provisórias ou definitivas. As decisões do Conselho só poderão ser revistas pelo Presidente da República Federativa, responsável por promover, o mais breve possível, a execução das decisões do Conselho e de outras medidas legais adequadas dentro das suas competências. Este projecto de lei essencialmente transfere o poder de decidir a aplicação, revisão e suspensão de defesas comerciais da Camex para o Conselho de Defesa Comercial dentro do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Este projecto de lei poderia ver alguns ajustes, mas parece que o processo decisório de *antidumping* do Brasil está passando para uma abordagem cada vez mais tecnicamente orientada.

C. DESENVOLVIMENTOS RECENTES NO BRASIL PARA REFORÇAR A PROTECÇÃO ANTIDUMPING

Desde a recente crise económica mundial, Brasil tem implementado várias novas medidas e políticas para fortalecer a aplicação dos instrumentos de defesa comercial.

1. A nova legislação anti-evasão

A permissão para estender a aplicação de direitos *antidumping* para países terceiros, bem como partes, peças e componentes do bem sujeito a medidas *antidumping* em vigor foi estabelecida pela Lei 11.786, de 25 de setembro de 2008, disciplinado pela Res. Camex 63, de 17 de Agosto de 2010 e revisto pela Res. Camex 25, de 5 de Maio de 2011.

O órgão brasileiro que rege o comércio exterior considera que, após a aplicação de um direito *antidumping*, há mudanças no fluxo de comércio, alterando a fonte e origem declarada das mercadorias importadas para refutar a aplicação da medida de protecção de contingente. As exportações do país sujeito a um direito *antidumping* são reduzidas ou abolidas e um país terceiro é introduzido na operação e as mercadorias exportadas são declaradas ter sua origem nesse país terceiro, evitando, portanto, a aplicação de medidas *antidumping*.³⁸

Para este fim, a Secex adoptou um novo Regulamento Anti-evasão³⁹ que fornece os procedimentos pertinentes para as investigações. Nos termos da legislação brasileira, três situações adicionais serão consideradas evasão: (i) a introdução no Brasil de partes, peças e componentes para a finalidade de fabricação de um bem semelhan-

38. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 58.

39. Directiva da Secex 21, de 18 de outubro de 2010, publicada no *Boletim Oficial* de 20 de outubro de 2010 e republicada no *Boletim Oficial* de 25 de outubro de 2010.

te ao bem sujeito à medida *antidumping* ou de outro produto com características que, embora não idênticas, são muito semelhantes às do bem sujeito a medida *antidumping*; (ii) a introdução no Brasil de um bem fabricado em países terceiros usando partes, peças ou componentes originários ou provenientes do país sujeito à medida *antidumping*; e (iii) a introdução no Brasil de um bem com pequenas modificações que não afectam o uso ou propósito final do bem.⁴⁰ Se houver evidência de que (i) uma mudança nos fluxos de comércio que ocorre após o início do procedimento que deu origem à aplicação ou à mais recente extensão da medida *antidumping*; e (ii) as práticas destinadas a neutralizar os efeitos correctivos da medida *antidumping* em vigor; e (iii) o bem em questão está sendo exportado para o Brasil ou vendido no mercado brasileiro a um preço abaixo do preço normal determinado na investigação inicial ou durante a revisão mais recente da medida *antidumping*, o Decom/Secex está autorizado a realizar uma investigação anti-evasão,⁴¹ que deve ser concluído dentro de seis meses (até nove meses em circunstâncias excepcionais). No entanto, quando não há provas suficientes de práticas de evasão; ou o valor das partes, peças ou componentes originários ou provenientes do país sujeito à medida *antidumping* representa menos de 60% do valor das partes, peças ou componentes do bem; ou o valor acrescentado total é superior a 25% do custo de produção, a investigação deve ser concluído sem uma recomendação para a extensão das medidas *antidumping*.⁴² Actualmente, a Decisão Ministerial da OMC sobre Anti-evasão serve como uma orientação e apenas afirma a existência de evasão e da importância da sua regulamentação. Não há regra rígida sobre os métodos para avaliar a evasão. A legislação anti-evasão do Brasil segue a abordagem da UE, mas contém procedimentos muito mais detalhados do que a legislação semelhante adoptada na UE e nos EUA.

Esta nova legislação brasileira visa garantir a eficácia das medidas *antidumping* em vigor e marca uma mudança relevante nos métodos de investigação do país para o regime de defesa comercial.⁴³ As autoridades brasileiras de investigação têm

40. Art. 4 da Directiva da Secex 21 de 18 de outubro de 2010. Deve ser sublinhado que originalmente mais uma situação deve ser considerada evasão, "Qualquer outra prática destinada a impedir a aplicação efectiva de medidas *antidumping*" (Art. 4, IV); contudo, tal disposição foi suprimida pela Res. Camex 25, de 25 de maio de 2011.

41. Art. 5, número 2 da Directiva da Secex 21, de 18 de outubro de 2010.

42. Art. 17 da Directiva da Secex 21, de 18 de outubro de 2010.

43. O Brasil tem aplicado duas medidas anti-evasão. A medida anti-evasão que estendeu o direito *antidumping* aplicado às exportações de cobertores sintéticos chineses para Uruguai e as exportações do Paraguai, bem como aos produtos de lenços sintéticos adicionais (rolo longo de guardanapo ou pilhas longas de tecido) da China – Decisão (Resolução) da Camex 12, de 13 de fevereiro de 2012; e a medida anti-evasão que alargou o direito *antidumping* definitivo em vigor, pelo mesmo período da sua duração, em relação às importações brasileiras de cabedal e solas de sapatos da China – Decisão (Resolução) da Camex 42, de 3 de julho de 2012; entretanto, devido ao pedido de reconsideração interposto pela

mais liberdade para realizar investigações, motivadas pelos interessados ou *ex officio* e para determinar a extensão de direitos *antidumping*. Parece que a aplicação da legislação brasileira anti-evasão continuará a ser muito activa nos próximos anos.

O grande desafio com a nova legislação e as práticas anti-evasão no Brasil é de manter o processo de investigação tanto tecnicamente orientados quanto possível, uma vez que qualquer desvio de comércio resultante da aplicação de uma medida *antidumping* é, em si, não equivalente a uma conduta ilusória. O aumento das importações de outras fontes pode ocorrer porque a margem de *dumping* das importações de uma dada origem começou a ser compensada pelo direito *antidumping* e o preço no mercado tende a ser aumentado, embora as exportações tenham tido seu preço reduzido para o original para manter a sua competitividade. Talvez, uma futura decisão do ORL da OMC possa surgir para orientar o problema da evasão de medidas *antidumping*.

2. O novo sistema de regras de origem não preferenciais

O Brasil adoptou também um novo sistema de regras de origem não preferenciais por meio da Res. Camex 80, de 9 de novembro de 2010,⁴⁴ com o objectivo de garantir o mecanismo anti-evasão aplicável e introduzir acções mais duras contra falsas declarações de origem. Este critério especial recém-criada de origem não preferencial exclui-se da aplicação do critério geral de origem não preferencial estabelecido pelo Acordo de Regras de Origem da OMC. As regras de origem não preferenciais podem ser empregadas como importantes medidas de política comercial relativas a direitos *antidumping*. A nova decisão que lida com origem não preferencial tem uma cláusula que permite a aplicação de restrições específicas, com o reconhecimento de origem, para produtos montados num país terceiro para escapar ao pagamento de direitos *antidumping*.⁴⁵

No Brasil, as discussões a respeito de uma iniciativa legislativa sobre regras de origem não preferenciais começaram no Congresso Nacional em 1998.⁴⁶ Enquanto as discussões no Congresso estavam em curso, a Camex estabeleceu uma base jurídica para as investigações sobre falsas declarações de origem não preferencial no

Associação Brasileira da Indústria de Calçados – Abicalçados, tal resolução foi revogada. Para uma análise mais detalhada sobre a nova Legislação brasileira Anti-evasão, ver WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 54-60.

44. A Res. Camex 80, de 9 de novembro de 2010 foi revista pela Res. Camex 26, de 5 de maio de 2011 (publicada no Boletim Oficial de 6 de maio de 2011).

45. Ver o Documento do Brasil sobre Evasão, TN/RL/W/200, March 3, 2006.

46. GODINHO, Daniel Marteleto. As investigações de falsa declaração de origem como novo instrumento de defesa da indústria. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. n. 109. 50. p. 53. Rio de Janeiro: Funcex, out.-dez. 2011.

Brasil. A Camex adoptou os critérios de “totalmente obtidos” e “substancialmente transformado” como condições para a determinação do país de origem de um produto.⁴⁷ A lógica subjacente à adoção destes critérios de origem é o combate de falsas declarações de origem do produto. A Secex pode estender as investigações a operações suspeitas em que a origem declarada é o país dos produtores ou exportadores de produtos sujeitos a medidas de defesa comercial. O licenciamento de importação de produtos só será concedido após a conclusão do processo de investigação da Secex.⁴⁸ A fim de controlar de forma mais eficaz a falsa declaração de origem, foi criado o “Grupo de Inteligência” por uma directiva conjunta do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior⁴⁹ e do Ministério das Finanças para lutar contra as práticas comerciais desleais e ilegais. O Grupo está autorizado a adoptar mecanismos de monitoramento e a impor medidas.

3. Aplicação retroactiva de direitos antidumping

Novos regulamentos sobre aplicação retroactiva de direitos *antidumping* foram aprovados pela Res. Camex 64, de 12 de setembro de 2011. A cobrança retroactiva de direitos definitivos até 90 dias antes da data de aplicação das medidas provisórias estava anteriormente prevista pela legislação brasileira, em linha com o art. 10 do Acordo *Antidumping* da OMC. As autoridades de investigação podem avançar para a cobrança retroactiva de medidas *antidumping* em duas situações: (i) em que a existência de precedentes sobre as importações objecto de *dumping* de um determinado exportador está causando dano, ou casos em que o importador brasileiro estava ou deviam ter tido conhecimento de que o exportador estava praticando *dumping* e que o *dumping* estava provocando dano; ou (ii) quando o dano for causado por importações maciças objecto de *dumping* do produto em questão em um tempo relativamente curto e, como resultado, o efeito correctivo dos direitos definitivos é propenso a ser prejudicado.⁵⁰

47. Art. 2 da Res. Camex 80, de 9 de novembro de 2010.

48. Recentemente, a Secex concluiu a sua primeira investigação de falsa declaração de origem. A empresa Le Grand Corp e Nian Huang, localizada em Taiwan declarou que seus produtos eram feitos na China Taiwan (Taiwan), porém, a Secex descobriu que os mesmos produtos eram, na verdade, oriundos da China e estavam sendo sujeitos a um direito *antidumping* de 43% sobre o valor aduaneiro da importação. Ver GODINHO, Daniel Marteleto. Op. cit., p. 56-57.

49. Directiva Conjunta do MIDC/MF 149, de 16 de junho de 2011, publicada no *Boletim Oficial* de 17 de junho de 2011.

50. International Trade Centre. *Business Guide to Trade Remedies in Brazil: Antidumping, Countervailing and Safeguard Legislation, Practices and Procedures*. Geneva, 2009, p. 94.

Os regulamentos de 2011 prevêm maior clareza e certeza para a implementação da cobrança retroactiva de direitos e reforçam a protecção para a indústria brasileira contra práticas desleais ao longo do processo de investigação. Quando a data do conhecimento de embarque das mercadorias importadas for posterior à data de publicação do aviso da Secex de abertura de investigações, presume-se que o importador tinha ou devia ter tido conhecimento das práticas de *dumping* do exportador.⁵¹ Ao fechar o vazio de tempo, a Secex tenta prevenir as empresas afectadas de estocar produtos importados após a abertura das investigações.⁵²

4. *Novas orientações para a aplicação de investigações antidumping*

A medida mais recente adoptada pelas autoridades brasileiras foram as novas orientações para a apresentação de pedidos de defesa comercial.⁵³ Todos os pedidos de investigações *antidumping* apresentados a partir de 1 janeiro de 2012, deverão ser apresentados exclusivamente através do formulário constante do Anexo I da Directiva 46 da Secex. O novo procedimento visa aumentar a eficiência das investigações, evitar os efeitos restritivos sobre o comércio trazidos pelo abuso de investigações *antidumping*, e encurtar o prazo para a decisão final. Segundo as novas regras, os produtores nacionais devem preencher requisitos adicionais e preparar adequadamente os pedidos *antidumping*. Além disso, as novas orientações transferem parte da carga sobre o governo na avaliação dos méritos das reivindicações para o sector privado, exigindo uma melhor preparação dos pedidos.

5. *Novo Decreto Antidumping*

Em 1 de Outubro de 2013, entrou em vigor uma legislação brasileira *antidumping* totalmente nova (8.058/2013, de 29 de julho de 2013), uma das mais abrangentes e sólidas entre os membros da OMC. Este regulamento inovador consolida formalmente as regras anti-evasão no quadro jurídico de *antidumping* e introduz determinações preliminares obrigatórias até 120 dias a contar da data em que a investigação começou. A obrigação de emitir determinações preliminares permite às autoridades proteger a indústria nacional, o mais rapidamente possível em caso de uma determinação positiva. Os direitos *antidumping* provisórios podem ser impostas pela Camex por até seis meses. Outra inovação importante é a in-

51. Art. 2 da Res. Camex 64, de 9 de setembro de 2011.

52. Veja a notícia "Brazil to implement *antidumping* duties retroactively on Chinese steel tubes". Disponível em: [<http://en.mercopress.com/2011/09/07/brazil-to-implement-antidumping-duties-retroactively-on-Chinese-steel-tubes>]. Acesso em: 27.02.2013.

53. Directiva da Secex 46, de 23 de dezembro, de, 2011, publicada no Boletim Oficial de 29 de dezembro de 2011.

introdução de um mecanismo de “re-determinação”. Nos termos do novo sistema, a indústria nacional pode apresentar o seu pedido, por escrito, para uma nova determinação de medidas *antidumping* em questão. Esse mecanismo visa fortalecer o efeito de direitos *antidumping* quando as autoridades aplicaram “a regra do direito inferior”.

D. A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DA OMC

O Brasil é um dos países em desenvolvimento, que tem participado muitas das vezes em procedimentos de resolução de litígios nos termos do MRL. O registro da participação do Brasil – como queixoso, demandado ou terceiro – é de cerca de 25% do total de disputas realizadas sob os termos do MRL. Nos casos que envolvem medidas *antidumping* disputadas, o Brasil foi país queixoso em 8 casos do MRL da OMC e um país demandado em 2 casos do MRL OMC. O Brasil tem sido um dos usuários mais frequentes e bem sucedidos do MRL da OMC e o principal exemplo de um país em desenvolvimento que adaptou suas estratégias para os desafios do regime legalizado e judicializado OMC.⁵⁴

A participação do país no MRL é guiado, em regra, pelos objectivos de: (i) remoção de barreiras ao comércio em sectores onde as exportações brasileiras gozam de grande e legítima competitividade; (ii) medidas difíceis de concorrência desleal, que proporcionam competitividade internacional artificial para os produtos em questão; e (iii) assegurar que os painéis do MRL da OMC e o Órgão de Apelação, ao interpretar as disposições de acordos multilaterais, tenham em conta a visão e peculiaridades do mundo em desenvolvimento, o que não ocorreria se as disputas permanecessem confinadas às partes do mundo desenvolvido.

Independentemente do resultado, a simples capacidade demonstrada pelo Brasil para participar activamente no MRL já forneceu grande benefício para a postura comercial do Brasil. A imagem do país melhora à medida em que prova a sua capacidade de reagir quando os seus direitos são afectados e o compromisso do Brasil com o multilateralismo contra o unilateralismo é comprovadamente mais evidente quando submete as suas disputas às regras do sistema multilateral. Conforme observado por Azevedo,⁵⁵ para accionar o MRL não é apenas um exercício para obter

54. SHAEFFER, Gregory; MICHELLE, Ralton; BARBARA, Rosenberg. *Brazil's Responses to the Judicialized WTO Regime: Strengthening the State through Diffusing Expertise*. São Paulo: ICTSD South America Dialog on WTO Dispute Settlement and Sustainable Development, 2006, p. 3.

55. AZEVEDO, R.C. de; RIBEIRO, H. de M., 7 In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Pdua; ROSENBERG, Barbara. (coord.) *Solução de Controvérsias – O Brasil e o Contencioso na OMC*. São Paulo: Saraiva, 2009. t. I e II. Série GVLaw.

ou perder vantagens económicas; é também um mecanismo de pressão política e aceitação de direitos.

1. *Brasil como queixoso*

Como queixoso, o Brasil obteve um resultado positivo em quase metade dos casos. No restante, o resultado pode ser considerado neutro, como os casos que resultaram quer em um acordo entre as partes ou o caso não continuou com a criação de um painel. O caso mais recente *South Africa – Antidumping Duties on Frozen Meat of Fowls from Brazil* (DS439) está pendente neste momento.

Os primeiros seis casos de medidas *antidumping* disputadas foram apresentados em 2000 ou 2001. Brasil assumiu a liderança entre outros países em desenvolvimento para intensificar o uso do MRL para corrigir o mau uso de medidas *antidumping* por outros membros da OMC, após a década de 1990. A apresentação brasileira destas queixas envolveu as medidas de protecção de contingente de países desenvolvidos e em desenvolvimento.

(a) *European Communities – Antidumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*

Este caso foi o primeiro registo de uma queixa do Brasil contra uma medida *antidumping* da Comunidade Europeia. Brasil considerou que o estabelecimento dos factos da CE não era adequado e a avaliação da CE desses factos não foi imparcial e objectiva, tanto na fase provisória como na definitiva, particularmente em relação ao início e condução da investigação (incluindo a avaliação, conclusões e determinação do *dumping*, prejuízo e nexos causal entre eles). Brasil contestou também a avaliação e as conclusões feitas em relação aos “interesses da comunidade”. Vale a pena notar que Brasil levantou a questão de país em desenvolvimento, alegando que a CE não concedeu ao Brasil o requisito de consideração especial como um país em desenvolvimento em todo o curso da investigação.

Vale a pena mencionar que as conclusões do Órgão de Apelação e a sua maneira de interpretar os acordos da OMC neste caso foram altamente controversas. Conforme argumentaram Horn e Mavroidis, “the highly textual reading is not the appropriate way of evaluating Brazil’s claim”.⁵⁶ Esta posição foi também ecoada por estudiosos brasileiros.⁵⁷

56. HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C. *EC – Antidumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil* (WT/DS219/AB/R:DSR 2003: VI, 2613). Disponível em: [www.wto.org/doc/wto/wto2003/Chapter_5.pdf]. Acesso em: 17.05.2013.

57. SALDANHA, Carolina. A Defesa Comercial na Organização Mundial do Comércio. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Paclua; ROSENBERG, Barbara. (coords.) *Solução de Controvérsias – O Brasil e o Contencioso na OMC*. São Paulo: Saraiva, 2009. t. I e II. Série GVLaw.

(b) *Argentina – Definitive Antidumping Duties on Poultry from Brazil*

Este caso reflecte em certa medida o uso de *antidumping* como uma barreira comercial entre os parceiros preferenciais de acordos regionais de comércio do Brasil. O Brasil, juntamente com a Argentina, Uruguai e Paraguai criou o Mercosul em 1991 através do Tratado de Assunção, com o objectivo de estabelecer uma união aduaneira. Já em dezembro de 1996, o Conselho do Mercado Comum aprovou a Decisão 18/1996, que abrange o Protocolo do Mercosul para a Defesa da Concorrência. No entanto, este Protocolo foi ratificado apenas por Brasil e Paraguai.⁵⁸ Em 2002, o Acordo *Antidumping* da OMC foi incorporado no quadro do Mercosul como um sistema temporário para lidar com acusações intra-regionais de exportações de *dumping* e subsidiadas. Em 2002, o Conselho do Mercado Comum aprovou a Decisão 22/02, prevendo regras substantivas e processuais detalhadas aplicáveis ao comércio intra-Mercosul. Os membros do Mercosul são obrigados a notificar e a manter a Comissão de Comércio do Mercosul devidamente informada das suas investigações *antidumping* e anti-subsidências e determinações finais. Eles podem resolver as suas disputas empregando tanto o MRL da OMC ou o sistema do Mercosul.⁵⁹ Tem-se observado que os membros do Mercosul aumentaram as investigações *antidumping* uns contra os outros; o Brasil e a Argentina são o par mais activo dos países no âmbito do Mercosul que usam as medidas *antidumping* um contra o outro. Dentro dos dois países, o *antidumping* tornou-se um instrumento político favorável.⁶⁰

Perante o painel de arbitragem *ad-hoc* do Mercosul, Brasil alegou que a imposição da Argentina de direitos *antidumping* sobre frangos inteiros brasileiros violou regras do Mercosul sobre as investigações de *dumping*. Embora o painel de arbitragem tenha rejeitado a alegação argentina de que carecia de competência sobre a disputa, decidiu a favor da Argentina.⁶¹

Mais tarde, em novembro de 2001, o Brasil solicitou consultas com a Argentina perante do ORL em relação aos direitos *antidumping* definitivos instituídos pela Argentina sobre as importações de aves do Brasil. Brasil prevaleceu no caso. O Pai-

58. O'KEEFE, Thomas Andrew. *Latin American and Caribbean Trade Agreements: Keys to a Prosperous Community of the Americas*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 189.

59. BIUKOVIC, Ljiljana. Dispute Resolution Mechanism and Regional Trade Agreements: South American and Caribbean Modalities. *University of California Davis Journal of International Law and Policy*. California: University of California, Spring 2008, 255, p. 287-295.

60. GUASCH, J. Luis; RAJAPATIRANA, Sarath. *Antidumping and Competition Policies in Latin American and Caribbean: Total Strangers or Soul Mates? Policy, Research Working Paper, World Bank, WPS1958*, p. 12-13.

61. BARRAL, Welber. The Brazilian Experience in Dispute Settlement. *United Nations ECLAC Project Documents Collection*. Santiago: United Nations, 2007, p. 22.

nel da OMC defendeu que “o facto de que o Brasil optou por não invocar os seus direitos de resolução de litígios da OMC, após o processo anterior de resolução de litígios do Mercosul não significa, a nosso ver, que Brasil implicitamente renunciou seus direitos ao abrigo do MERL”.⁶²

Conforme observado por Yang, “Um litigante pode procurar refúgio de outro MRL e alcançar o seu resultado desejado, se decisão do anterior MRL for desfavorável”.⁶³ A abordagem brasileira é um exemplo ilustrativo. Este foi um caso histórico, pois favoreceu a criação de um órgão de recurso no Mercosul e criou a regra de escolha de um fórum internacional exclusivo para disputas *antidumping*.⁶⁴

(c) *United States – Antidumping Administrative Reviews and Other Measures Related to Imports of Certain Orange Juice from Brazil*

Esta foi a terceira vez que Brasil contestou medidas *antidumping* dos Estados Unidos através do MRL. O primeiro caso disputado foi *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000* (CDSOA ou “Emenda Byrd”), em que Brasil apresentou uma queixa conjunta com a Austrália, Chile, Comunidade Europeia, Índia, Indonésia, Japão, Coreia e Tailândia, em 2000. O segundo caso foi *United States – Antidumping Duties on Silicon Metal from Brazil*. Brasil contestou a “metodologia de redução a zero” dos EUA e pediu consultas com os EUA em setembro de 2001. No segundo caso, nenhum painel de disputa foi estabelecido. Começando com a queixa *U.S. – Softwood Lumber V* apresentada por Canadá em 2002, numerosas decisões do Órgão de Apelação concluíram que a prática de *zeroing* dos Estados Unidos era inconsistente com as regras da OMC.

Essa disputa particular refere-se à forte concorrência do mercado de sumo de laranja entre os Estados Unidos e Brasil. Brasil fornece mais de 80% das exportações mundiais de uxo de laranja.⁶⁵ O sumo de laranja produzido nos EUA serve primeiramente os mercados domésticos. Razões do Brasil para levar o caso à OMC foram variadas: (i) o desejo de desferir mais um golpe contra os EUA por “zeroing” e para colher ganho político interno de mais uma vitória na OMC contra os EUA; (ii) o desejo de cultivar favor de empresas multinacionais americanas que operam à jusante da cadeia de abastecimento, porque as grande fábricas de

62. WT/DS241/R, of 7 November 2001, para.7.38.

63. YANG, Songling, (2012), “The Key Role of the WTO in Settling its Jurisdictional Conflicts with RTAs”, *Chinese Journal of International Law*, 11, 281-239, p. 288.

64. BARRAL, Welber. Op. cit., p. 23.

65. United States Department of Agriculture, (2007), *Orange Juice: Foreign Agricultural Service, World Markets and Trade Report*.

bebidas dos EUA são importantes compradores do sumo de laranja brasileiro,⁶⁶ e (iii) o desejo de enviar uma mensagem para outros membros da OMC que as principais posições defendidas por Brasil no âmbito do Grupo de Negociação sobre as Regras (GNR) da Rodada de Doha, incluindo a proibição de práticas de “zeroing”, não são simuladoras.

Modestamente falando, este caso junta-se a outros casos apresentados por vários membros da OMC que forneceram informações valiosas sobre os tipos de medidas contestadas com sucesso no MRL provocando desenvolvimentos substanciais na lei e na prática *antidumping* dos EUA.⁶⁷

(d) *South Africa – Antidumping Duties on Frozen Meat of Fowls from Brazil*

Esta foi a primeira disputa entre o Brasil e qualquer país Africano e apenas a quarta movida contra a África do Sul na OMC.⁶⁸ Talvez este caso marca a passagem do Brasil para uma nova abordagem, uma vez que é a primeira vez que o país contesta um aliado muito próximo em África. Brasil teve um excedente comercial de 2.600 milhões dólares americanos com a África do Sul, de acordo com as estatísticas divulgadas pelo governo brasileiro. Casos anteriores demonstram que é pouco provável que o Brasil submeta queixas contra rivais fracos. Saberemos em breve se as consultas em curso irão se tornar numa disputa com o estabelecimento de um painel. Apesar do resultado desconhecido, este caso é significativo na análise da abordagem brasileira para a resolução de litígios da OMC.

2. *Brasil como demandado*

Como demandado, Brasil recebeu, em um caso, um resultado neutro, em que o resultado não foi o estabelecimento de um painel (*Brazil – Antidumping Duties on Jute Bags from India*), e um resultado negativo no outro caso, com a decisão de suspender a implementação de direitos *antidumping* (*Brazil – Antidumping Measures on Imports of Certain Resins from Argentina*). Ambos os casos apresentados contra o Brasil foram trazidos por países em desenvolvimento.

66. SAGGI, Kamal; WU, Mark. Yet Another Nail in the Coffin of Zeroing: United States – Antidumping Administrative Reviews and Other Measures Related to Imports of Certain Orange Juice from Brazil”, *Vanderbilt University Department of Economics Working Papers*, VUECON-12-00009, p. 11.

67. VOON, Tania. Orange Juice, Shrimp, and the United States Response to Adverse WTO Rulings on Zeroing. *Insights*. American Society of International Law, vol. 15, Issue 20, 1, p. 5.

68. Índia, Indonésia e Turquia contestaram o uso de medidas *antidumping* pela África do Sul para proteger o seu mercado de importações não desejadas. Nenhum destes casos avançou para a fase do painel. Ver, *World Trade News*, 25 June 2012, n. 2598.

III. ANTIDUMPING NA CHINA

A. VISÃO GERAL

Em 2010, a China ultrapassou os EUA como principal fabricante do mundo, uma posição que os EUA detiveram por mais de um século. Em 2011, a China tornou-se a segunda maior economia do mundo e ultrapassou a Alemanha para ser a segunda maior exportadora do mundo e a terceira maior importadora de bens e serviços.⁶⁹ De 1 de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 2011, a China iniciou 191 investigações *antidumping* e aplicou 151 medidas *antidumping* contra produtos estrangeiros. Excepto em 2004, o número de novas investigações *antidumping* diminuiu todos os anos durante 2003-7. No entanto, durante 2008-9 o número de novas investigações *antidumping* começou a aumentar de novo.⁷⁰ De acordo com a medida de valor de importação, a participação das importações da China afetada por medidas *antidumping* mais do que quadruplicou, de 0,5% em 2001 para 2,2% em 2005,⁷¹ e atingiu 3,2% em 2011.⁷²

B. LEGISLAÇÃO E INSTITUIÇÃO ANTIDUMPING DA CHINA

Os regulamentos *antidumping* da China incluem uma lei aprovada pelo órgão legislativo supremo, um regulamento administrativo adoptado pelo Governo Central e uma série de legislação secundária a nível ministerial.⁷³

69. Trade Policy Review Body, Report by the Secretariat – China, WT/TPR/M/264, p. 16-17.

70. CHANDRA, Piyush. China: a Sleeping Giant of Temporary Trade Barriers? In: BOWN, Chad P. (ed.) *The Great Recession and Import Protection: The Role of Temporary Trade Barriers*. London, UK: CEPR and the World Bank, 2011. p. 201.

71. *Idem*, p. 209.

72. BOWN, Chad P. *Emerging Economies... cit.*, p. 4.

73. A regulação *antidumping* da China consiste do seguinte: a Lei do Comércio Externo, aprovada pelo Congresso Nacional Popular em 12 de maio de 1994 e alterada em 6 de abril de 2004; Regulamento *Antidumping* aprovado pelo Conselho de Estado em 26 de novembro de 2001 e revisto em 21 de março de 2004; Regras Provisórias sobre Audiência Pública em Investigações *Antidumping*, de 16 de janeiro de 2002; Regras Provisórias sobre o Início de Investigações *Antidumping*, de 13 de março de 2002; Regras Provisórias sobre Amostragem em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias do Questionário de Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre a Divulgação de Informações em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre o Acesso a Informações Não-Confidenciais em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre a Verificação no Local em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre Compromissos de Preços em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre a Revisão Intercalar do *Dumping* e Margem de *Dumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre Nova Avaliação do

Três autoridades governamentais estão envolvidas na investigação e administração de *antidumping*, sendo o Ministério do Comércio (MOFCOM), a Comissão Tarifária do Conselho de Estado (TCSC) e a Administração Geral das Alfândegas (GAC).⁷⁴

Antes de 2003, a investigação *antidumping* e a investigação de prejuízo eram tratadas separadamente por dois órgãos de nível ministerial: o Ministério do Comércio Exterior e Cooperação Económica (MOFTEC) e a Comissão Económica e Comercial Estatal (SETC). A partir de Março de 2003, os dois órgãos foram fundidos no MOFCOM. Actualmente, dentro do MOFCOM, o Departamento de Comércio Justo para Importações e Exportações (BOFT) tem autoridade para iniciar investigações *antidumping* e cálculos e determinações da margem de *dumping*. O Departamento de Investigação de Prejuízo da Indústria (IBII) é responsável pelas investigações de prejuízos da indústria, bem como por determinar se existe um nexo de causalidade entre o *dumping* e o prejuízo.⁷⁵

A TCSC é um órgão de coordenação inter-agências que é composta por vice-ministros do Ministério das Finanças, MOFCOM e GAC e é presidido pelo Ministro das Finanças. A TCSC toma decisões finais para medidas *antidumping* provisórias ou definitivas com base em recomendações do MOFCOM. A GAC é a autoridade responsável pela execução das decisões do TCSC e cobrança dos direitos *antidumping*.

C. A PARTICIPAÇÃO DA CHINA NO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DA OMC

Até 2007, o ano seguinte ao término de seu período de transição da sua adesão à OMC, a China manteve uma abordagem bastante prudente, confiando em negociações diplomáticas em vez de adjudicações formais. Desde 2007, a China tornou-se rapidamente um usuário pesado do MRL da OMC. O registo da participação da

Expedidor em Investigações *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre o Reembolso de Direito *Antidumping*, de 15 de abril de 2002; Regras Provisórias sobre o Procedimento de Ajustamento ao Âmbito do Produto de Investigação *Antidumping*, de 13 de dezembro de 2002; Disposições sobre Investigação *Antidumping* do Prejuízo da Indústria, de 17 de outubro, 2003; Regras de Investigação de Barreiras Comerciais Estrangeiras, de 02 de fevereiro de 2005 e Disposições sobre o Acesso a Informação e Divulgação de Informações em Investigações do Prejuízo da Indústria, de 04 de agosto de 2006.

74. WTO documents G/ADP/N/1/CHN2/Suppl. 1, 2, 4, 5 and 6.

75. Qualquer parte interessada que discordar da decisão de *dumping* do BOFT ou uma decisão de prejuízo de IBII pode requerer a reconsideração administrativa pelo Departamento de Tratados e Direito do MOFCOM. Ver Wu, Xiaochen. *Antidumping Law and Practice in China*. the Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p. 11.

China até agora – como queixoso, demandado ou terceiro – é responsável por quase 30% do total de disputas da OMC. Até 2009, a hesitação da China em recorrer à adjudicação tinha dissolvido, uma vez que se tornou o membro da OMC envolvido na maioria dos casos do MRL.⁷⁶ O maior número de litígios resolvidos entre a China e outros membros da OMC ocorreu em 2011.

Antes de 2007, a China adoptou a sua estratégia de evitar litígios principalmente porque como um retardatário na OMC, a China estava extremamente preocupada com o agravamento das relações comerciais com os seus principais parceiros (nomeadamente, os EUA e a UE), como consequência de recorrer à adjudicação da OMC. De acordo com a maneira tradicional chinesa de pensar, apresentar queixas formais afectaria a amizade entre os parceiros e, portanto, deve ser evitado. Além disso, a OMC é o único “tribunal” internacional com jurisdição obrigatória com que a China concordou.⁷⁷ A China estava excepcionalmente preocupada com a sua imagem internacional, se a suas leis internas, regulamentos e procedimentos eram consideradas em descumprimento das obrigações previstas nos acordos da OMC.

Apesar desta preocupação, como os principais parceiros comerciais da China reverteram suas políticas de renunciar o início de queixas formais contra a China e começaram a adoptar uma estratégia mais ofensiva em 2004,⁷⁸ a China também mudou a sua atitude. Agora, à medida que ganha experiência e a estratégia global tem alterado, a China está se tornando menos aversa ao uso do sistema da OMC. O facto de que a China está mais disposta a submeter disputas comerciais ao ORL pode ser atribuído a uma série de razões. Em primeiro lugar, os decisores chineses perceberam que concordar em revogar as medidas comerciais reclamadas por seus parceiros comerciais e os compromissos unilaterais e manobras políticas anunciadas pela China podem enviar uma mensagem errada para os outros membros da OMC e resultar em uma política mais agressiva de seus parceiros comerciais. Segundo, a China tornou-se familiarizada com as regras de litigação da OMC através da participação em inúmeros casos, como terceiro. Esta reforçada capacidade jurídica da OMC permite que a China tenha maior confiança na sua capacidade para litigar casos da OMC e projectar racionalmente os resultados de potenciais casos. Em terceiro lugar, como o segundo maior país de comércio mundial,⁷⁹ a China

76. ZHANG, Naigen. *The Treaty Interpretation in the Case of China Involved to WTO Dispute Settlement and Comparison* (Zhongguo She'an WTO Zhengduan Jiejue de Tiaoyue de Jieshi jiqi Bijiao). *World Trade Organization Focus* (Shijie Maoyi Zuzhi Dongtai yu Yanjiu), vol. 19, n. 3, 34, p. 35.

77. Hsief, Pasha L. (2010), *China's Development of International Economic Law and WTO Legal Capacity Building*. *Journal of International Economic Law*, 13(+), 997, p. 1007.

78. DS309 apresentado pelos Estados Unidos, *China-Value-Added Tax on Integrated Circuits*.

79. De acordo com a fonte do Ministério do Comercio, *China to become world's second largest trading country in 2008*. Disponível em: [http://english.peopledaily.com.cn/200511/22/eng20051122_223203.html]. Acesso em: 25.05.2013.

continua a ser o alvo mais frequente de medidas *antidumping*. A adoção de uma postura mais agressiva da China pode ajudar a combater e conter defesas comerciais de membros da OMC agressivos contra as exportações chinesas à medida que a China implementa uma estratégia *tit-for-tat*, jogar pelas regras de “cortesia exige reciprocidade”. Quarto, a China começou a buscar interpretações “legítimas e justas” dos acordos da OMC e a contestar o mau uso de defesas comerciais por outros membros da OMC. Conforme observa Hsieh, a crescente participação da China na litigação da OMC demonstra que essa potência emergente tem assumido um papel mais assertivo na definição das regras da OMC e defesa de seus interesses comerciais nas disputas da OMC.⁸⁰

1. *China como queixosa*

Nos seis casos citando o ADA da OMC em que a China apresentou queixas,⁸¹ os demandados em cada caso eram ou dos Estados Unidos ou a União Europeia. A China obteve um resultado positivo em mais de metade dos casos e um resultado neutro em uma disputa. O *United States – Preliminary Antidumping and Countervailing Duty Determinations on Coated Free Sheet Paper from China* foi a primeira queixa que a China apresentou no âmbito do sistema de resolução de litígios da OMC. As duas partes chegaram a um acordo e o painel nunca foi estabelecido. O caso *United States – Countervailing and Antidumping Measures on Certain Products from China* ainda está pendente e o ORL concordou em criar um painel, mas os painelistas ainda não foram seleccionados.

(a) *United States – Definitive Antidumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*

Neste caso, a China contestou com sucesso a interpretação do termo “entidades públicas” e a aceitabilidade de “duplas defesas” dos produtos provenientes de economias não de mercado.⁸² O Órgão de Apelação concluiu que “entidade pública” não significa “qualquer entidade controlada por um governo”, mas “uma entidade que possui, exerce, ou está investido de autoridade do governo”. Além disso, para decidir se os Acordos permitiam “duplas defesas”, o Órgão de Apelação fundamentou que, enquanto a imposição de direitos compensatórios à China não era de *per se* inadmissível, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos (USDOC) não tinha cumprido a sua obrigação de determinar o valor “propriado” de direitos compensatórios. De acordo com o Órgão de Apelação, compensando

80. Hsief, Pasha L. Op. cit., p. 1034.

81. DS368, DS379, DS397, DS405, DS422 e DS449.

82. WT/DS379/AB/R, of 11 march 2011.

o mesmo subsídio duas vezes, pela imposição simultânea de direitos *antidumping* com base na metodologia de economia não de mercado e direitos compensatórios, é incompatível com o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC (artigo 19.3), que exige que os direitos compensatórios sejam cobrados nos valores “apropriados” em cada caso.

Para as autoridades chinesas, este caso foi um tremendo sucesso visto que o impacto da vitória institucional foi muito além das fronteiras desta disputa particular. Este caso teve um “far-reaching impact on the way trade remedies proceedings, particularly countervailing duty proceedings are conducted for imports from NMEs”.⁸³ O USDOC esteve essencialmente confinado a impor apenas direitos *antidumping* ou apenas direitos compensatórios sobre as importações de economias não mercantis ou, em alternativa, a imposição de duplas defesas sem o uso da metodologia de economia não de mercado para calcular direitos *antidumping*. Neste caso, a China procurou e ganhou interpretações oficiais da OMC sobre a especial metodologia de economia não de mercado permitida pelo Protocolo de Adesão da China à OMC e contestou os usos impróprios de defesas comerciais por parte dos Estados Unidos.

(b) *European Communities – Definitive Antidumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*

Esta foi a primeira queixa que China moveu contra a União Europeia no ORL. A China protestou que a UE agiu de forma inconsistente com várias obrigações processuais decorrentes do ADA da OMC e que a UE também agiu de forma inconsistente com as suas obrigações ao abrigo do ADA, GATT 1994, e do Protocolo de Adesão, através da aplicação do artigo 9(5) do Regulamento Base de *Antidumping* nesta investigação, bem como as decisões e determinações feitas nas investigações relativas ao âmbito de produto similar, a extensão da indústria nacional, a realização da análise do prejuízo e da falta de ajustes a comparabilidade dos preços feitos no cálculo da margem *antidumping*. As controvérsias principais se centraram no tratamento de economias não-mercantis.⁸⁴ Especificamente, a China questionou se

83. ZHENG, Wentong. Trade Remedies and Non-Market Economies: The WTO Appellate Body's Report in United States – Definitive *Antidumping* and Countervailing Duties on Certain Products from China”, *Insights*, American Society of International Law, vol. 15, Issue 19, 1, p. 1.

84. Sobre o regime de *antidumping* da UE, ver ANDERSEN, Henrik. *EU Dumping Determinations and WTO Law*. Netherlands: Kluwer Law International, Wolter Kluwer, 2009; SNYDER, Francis. The Origins of the Nonmarket Economy: Ideas, Pluralism and Power in EC *Antidumping* Law about China. *European Law Journal*, n. 7, p. 369-434 e BRONCKERS, Marco. From Direct Effect to Muted Dialogue: Recent Development in the European

o teste de tratamento individual da UE era compatível com os artigos 6.10 e 9.2 do ADA da OMC.⁸⁵

O facto de o Órgão de Apelação ter decidido em favor da China em *EC-Fasteners* teve relevância de longo alcance tanto para a China como para a jurisprudência da OMC. A definição de “economias não de mercado” não existe quer no ADA ou outros acordos da OMC. Embora outras disputas do ORL tenham envolvido o tratamento de economia não de mercado da China, é a primeira vez que o Órgão de Apelação julgou esta questão em favor das importações provenientes da China. A China considera que o artigo 15 do seu Protocolo de Adesão não contém “um reconhecimento oficial por parte da China” de que é uma NME. Em vez disso, é apenas “a temporary and limited derogation from the rules in the ADA on the determination of the normal value in antidumping investigations initiated with respect to imports from China”.⁸⁶ O Órgão de Apelação adoptou uma rigorosa abordagem interpretativa⁸⁷ e concordou com a China que “Section 15 of China’s Accession Protocol does not authorize WTO members to treat China differently from other Members except for the determination of price comparability in respect of domestic prices and costs in China, which relates to the determination of normal value”.⁸⁸ Este caso forneceu uma solução para a questão dos “direitos individuais”, que não podiam ser resolvidos entre a UE e a China, a nível bilateral. A UE terá de alterar a sua legislação para reflectir esta decisão e não será capaz de tratar rotineiramente os fornecedores de economias não mercantis não passíveis de tratamento individual como uma única entidade para efeitos de cálculo das margens de *dumping* e de direitos *antidumping*. O ônus da prova para demonstrar ligações empresariais e estruturais entre o Estado e os exportadores ou o significativo controlo estatal em relação a produção doméstica e do mercado será assumida por autoridades de investigação.

(c) *United States – Antidumping Measures on Shrimp and Diamond Sawblades from China*

Neste caso, a China contestou a metodologia de *zeroing* do USDOC e dependência na revisão ocasional sobre as margens de *dumping* apuradas na investigação inicial e

Courts Case Law on the WTO and Beyond. *Journal of International Economic Law*, n. 11, p. 885-890.

85. WT/DS397/AB/R, of 15 July 2011.

86. WT/DS397/AB/R, of 15 July 2011, para 284.

87. ZANG, Michelle Q., (2012), *EC-Fasteners: Opening the Pandora’s Box of Non-Market Economy Treatment*. *Journal of International Economic Law*, 1-24, p. 9.

88. WT/DS397/AB/R, of 15 July 2011, para 290.

na revisão administrativa. As principais controvérsias se centraram na metodologia de *zeroing* para o cálculo de certas margens de *dumping* nessas investigações iniciais e na dependência do USDOC das mesmas margens de *dumping* no cálculo da taxa separada aplicada aos exportadores ou produtores não seleccionados para exame individual, mas que tinham estabelecido que eles agem de forma independente do governo chinês em suas actividades de exportação. Esta disputa foi uma grande conquista para a China em oposição à prática de *zeroing* dos Estados Unidos.

2. *China como demandada*

A China agiu como demandada em seis disputas citando o ADA da OMC.⁸⁹ Até ao momento, todas essas queixas foram apresentadas por países desenvolvidos, incluindo os Estados Unidos, a União Europeia e Japão. A China obteve um resultado neutro em *China – Provisional Antidumping Duties on Certain Iron and Steel Fasteners from the European Union*, uma vez que o painel de disputa nunca foi estabelecido, e um resultado negativo no caso *China – Countervailing and Antidumping Duties on Grain Oriented Flat-rolled Electrical Steel from the United States*. Os outros quatro casos recentes estão pendentes ou em fase de consultas.⁹⁰

(a) *China – Countervailing and Antidumping Duties on Grain Oriented Flat-rolled Electrical Steel from the United States*

Neste caso, os Estados Unidos afirmaram que a China não seguiu os procedimentos adequados, em conformidade com suas obrigações do ADA. Nomeadamente, os Estados Unidos argumentaram que as informações e provas da China justificando a investigação eram insuficientes, a China não forneceu resumos satisfatórios de informações que declarava confidenciais e a China tinha desenvolvido insuficientemente a sua análise donexo de causalidade. O painel sustentou a maioria das reivindicações dos Estados Unidos. A China solicitou ao Órgão de Apelação para anular as conclusões do painel em relação à constatação dos efeitos dos preços do MOFCOM e a relacionada divulgação de fatos subjacentes. A China não teve sucesso e o Órgão de Apelação confirmou as conclusões do painel.

89. DS407, DS414, DS425, DS427, DS440 e DS454.

90. Em *China – Definitive Antidumping Duties on X – Ray Security Inspection Equipment from the European Union*, o painel foi constituído em 24 de maio de 2012; em *China – Antidumping and Countervailing Duty Measures on Broiler Products from the United States*, o painel foi constituído em 24 de maio de 2012; em *China – Antidumping and Countervailing Duties on Certain Automobiles from the United States*, o painel foi estabelecido mas ainda não composto em 23 outubro de 2012; in *China – Measures Imposing Antidumping Duties on High-Performance Stainless Steel Seamless Tubes (“HP-SSST”)* do Japão, Japão solicitou consultas com a China em 20 de dezembro de 2012.

Esta disputa demonstra que a abordagem da China para casos *antidumping*, especialmente alguns dos aspectos processuais da suas determinações, necessita de maior aprimoramento. Para cumprir com a decisão da OMC a China deve aumentar a transparência no seu registo de dados, conclusões e análise, bem como satisfazer plenamente os seus compromissos processuais devidos. O resultado negativo para a China, neste caso, pode dar origem a uma nova tendência na resolução de litígios na OMC e uma nova onda de futuras contestações às práticas *antidumping* da China.

IV. UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS PADRÕES DE *ANTIDUMPING* BRASILEIROS E CHINESES

Como muitas outras economias emergentes, Brasil e China têm intensificado os seus usos de *antidumping* no processo de liberalização do comércio e das reformas comerciais gerais. No entanto, os dois países compartilham uma semelhança em alguns aspectos e são distintos em outros, nos seus padrões de *antidumping*.

A. LEGISLAÇÃO E REGRAS *ANTIDUMPING*

1. *Regras substantivas*

De um modo geral, alguns dos regulamentos da China sobre os elementos-chave que devem ser considerados pelas autoridades de investigação *antidumping* não são tão detalhados como o ADA da OMC. A brevidade do Regulamento *Antidumping* da China deixa espaço para maior elucidação e esclarecimento. Muitos detalhes encontrados em leis mais experientes do Brasil são deixados para as orientações pormenorizadas na China ou mesmo confiavam em prática de caso-a-caso.⁹¹ Esta falta de pormenor da legislação da China gera incerteza jurídica e afecta a aplicabilidade de algumas disposições.

Embora a noção de *dumping* tenha sido dada por ambos os países, na sua legislação, ao contrário da lei brasileira, os regulamentos da China não fornecem uma descrição específica que possa excluir produtos destinados à distribuição e revenda. Esta omissão pode afectar significativamente as conclusões do MOFCOM e prever um resultado positivo de *dumping* onde não deveria existir. Além disso, o regulamento *antidumping* chinês não contém nenhuma orientação de como definir “preço de exportação”, “valor normal” e “no curso normal do comércio”.

O novo Regulamento *Antidumping* brasileiro estabelece critérios mais objetivos e parâmetros mais claros para a determinação de práticas de *dumping*. Uma lista

91. MESSERLIN, Patrick A. China in the World Trade Organization: *Antidumping and Safeguards*. *The World Bank Economic Review*. vol. 18. n. 1. 105. p. 119.

não exaustiva de critérios imparciais tem sido para a determinação de similaridade do produto. Situações diferentes devem ser identificadas para a determinação do preço de exportação. Brasil usa tanto o preço no país exportador como em países terceiros e o método do valor construído para estimar o valor normal, dependendo das características, as informações disponíveis e circunstâncias económicas do país exportador. Enquanto usa a abordagem de valor construído, Brasil estima que o valor normal com base nos preços internacionais citados em publicações especializadas, especialmente para insumos e matérias-primas. A nova legislação *antidumping* brasileira prevê que as vendas com base em contratos que envolvem o fabricaço de outras empresas não são consideradas transacções normais e, portanto, são desconsideradas no cálculo do valor normal. Os regulamentos da China não especificam que ajustes são permitidos quando se considera preços comparáveis.

De acordo com a legislação brasileira, para medir a margem de *dumping* deve ser feita uma comparação justa entre o preço de exportação e o valor normal, tomando em consideração o mesmo nível de comércio. Para fins de ajustamento, em cada caso, as diferenças que possam afectar a comparação de preço também devem ser examinadas. O Regulamento *Antidumping* brasileiro proíbe expressamente o uso da metodologia de *zeroing*. Todavia, a legislação da China representa uma diferença significativa: o artigo 6 do Regulamento *Antidumping* da China de 2004 exige que deve ser feita uma comparação justa e razoável entre o preço de exportação e o valor normal de uma importação, com a devida consideração dos factores que afectam as comparações de preços, mas como qualquer comparação justa e razoável, deve ser feita no mesmo nível de comércio. Na prática, a China adoptou a metodologia de comparação de média ponderada a média ponderada em todas as investigações desde que o ADA entrou em vigor.⁹² Os Artigos 4-6 do regulamento da China estabelecem o cálculo das margens de *dumping*; o entanto, não houve regras adicionais publicadas que regem esses cálculos.

Para efeitos de determinação do prejuízo, as autoridades brasileiras realçam a consideração da totalidade de todos os factores que devem levar a prejuízo. Um elemento na legislação brasileira que não está previsto pelo ADA da OMC reflecte a atitude positiva da legislação: para excluir “o impacto do processo de liberalização sobre os preços domésticos”, além de outros factores conhecidos que causam prejuízos, mas não devem ser atribuídos a importações objecto de *dumping*, nomeadamente, “o volume e os preços das importações que não são vendidas a preços de *dumping*, contracção da procura ou alterações nos padrões de consumo, práticas comerciais restritivas por parte dos produtores nacionais e estrangeiros, e a concorrência entre eles, os desenvolvimentos na tecnologia e o desempenho da expor-

92. Trade Policy Review Body, Report by the Secretariat – China, WT/TPR/S/264/Rev.1, of July 20, 2012.

tação e produtividade da indústria nacional” (Artigo 30 do Decreto 8.058/2013). Brasil tende a separar o efeito da liberalização do comércio e a concorrência internacional do efeito de práticas comerciais desleais. Além disso, a legislação brasileira fornece detalhes sobre as situações em que a definição de indústria doméstica pode ser excluída. Por outro lado, na China, o artigo 8 do Regulamento *Antidumping* de 2004 enumera vários factores a ser analisados, incluindo: o volume das importações objecto de *dumping*, o efeito das importações objecto de *dumping* sobre os preços, o consequente impacto das importações objecto de *dumping* sobre factores económicos relevantes e índices da indústria nacional, a capacidade de produção ou capacidade de exportação do país exportador ou do país de origem, e os estoques do produto sob investigação, e “outros factores que possam causar ou tenham causado prejuízo à indústria doméstica”. A expressão “outros factores” é vaga e ambígua e permite que as autoridades usem uma grande quantidade de discricção na determinação de se o prejuízo ocorreu. Além disso, parece que as autoridades não precisam de diferenciar todos os factores relevantes quando determinam o prejuízo material, ameaça de prejuízo material, e atraso material. Apesar de o artigo 8 prever que os prejuízos causados por outros factores que não sejam *dumping* não devem ser atribuídos a *dumping*, não há disposições detalhadas ou requisitos sobre como outros factores podem ser excluídos do prejuízo. Além disso, a regulamentação da China não exige que o *dumping* seja fundamental ou uma causa substancial para o prejuízo; apenas se exige que o *dumping* constitua parte do prejuízo. Quanto à definição de “produtores nacionais”, nos termos da regulamentação chinesa, quando os produtores nacionais estão filiados a exportadores ou importadores, estes poderão ser excluídos da determinação das indústrias nacionais. No entanto, não está claro em que circunstâncias as partes filiadas podem ser excluídas.

Por fim, merece louvor que em paralelo com as medidas *antidumping*, a legislação brasileira também adopta mecanismos eficazes para prevenir o abuso de *antidumping*. O exercício abusivo do direito de indústria nacional para fazer pedido *antidumping* pode ser considerado uma infracção da ordem económica, de acordo com o art. 36 da Lei 12.529/2011. O *Antidumping* não é um direito da indústria nacional, todavia, é na verdade um mecanismo que o Estado tem no contexto de suas relações comerciais, e que deve ser usado quando os parâmetros e critérios para a sua utilização (ou seja, o *dumping*, prejuízo e nexos de causalidade) estão preenchidos.

2. Regras processuais

Do ponto de vista operacional, o procedimento para actuar sobre *dumping* no Brasil está bem definido. A legislação brasileira prevê prescrições mais concretas com base no Acordo da OMC, especialmente: investigação, imposição e cobrança de medidas *antidumping*; acções *antidumping* em nome de um país terceiro; a forma dos actos e prazos processuais; o processo de tomada de decisão; e processos

especiais (especialmente investigações no local), sendo muito mais fáceis as práticas *antidumping*. Os processos de investigação de *dumping* no Brasil são bastante reconhecidos como sendo processos administrativos formais fundamentados em lei com boa transparência, agilidade e previsibilidade. As partes interessadas estão permitidas ter acesso electrónico do registo da investigação. Os investigadores do Decom são acessíveis durante a investigação e as autoridades brasileiras estão sempre desconfiadas de possíveis comportamentos inconsistentes da OMC.

Agora, nos termos do novo Regulamento *Antidumping* brasileiro, o tempo total para concluir a investigação foi reduzido para um mínimo de 10 meses. Os prazos também foram reduzidos. A partir da data da submissão de uma petição completa, as investigações de *dumping* podem ser iniciadas entre quinze a trinta dias. O prazo máximo para as autoridades examinarem petições é de sessenta dias.

É importante esclarecer os níveis de prova necessária da prática das autoridades comerciais brasileiras, que está em conformidade com as normas do ADA da OMC. A nova legislação brasileira prevê uma abordagem prática para o teste de precisão e adequação no artigo 5.3 do ADA da OMC.⁹³ Durante a fase de pré-petição, as partes interessadas são esclarecidas e orientadas pelas autoridades para preparar petições de alta qualidade. Os requerentes são requeridas apresentar informações precisas em tempo oportuno, sob pena de não obter protecção de contingente. Durante a fase de avaliação, as autoridades devem se certificar de que deve ser oferecida a prova da existência de *dumping* para a investigação a ser aberta. Para uma determinação preliminar de *dumping*, prejuízo enexo de causalidade, os procedimentos estão no lugar para oferecer o devido processo e permitir uma completa defesa técnica. A fase preliminar exige maior comprovação dos factos e não simplesmente a evidência: as autoridades devem verificar a existência de provas do prejuízo ou ameaça de prejuízo decorrente do *dumping* e o nexo de causalidade entre eles. Apesar de uma audiência final com as partes ter sido cancelada pela nova legislação *antidumping* brasileira, as partes podem solicitar uma audição sempre que necessário.

Do ponto de vista comparativo, os regulamentos *antidumping* da China não estabelecem regras processuais tão específicas como a legislação brasileira. Os requisitos para a apresentação de pedidos *antidumping* nos termos da regulamentação da China são menos rigorosos do que os previstos pelas orientações brasileiras. Além disso, a disposição sobre as decisões de abertura de investigação *antidumping* e a disposição sobre as determinações preliminares e aplicação das medidas provisórias não refletem os requisitos necessários como nas regras da OMC.⁹⁴ Na revisão da política co-

93. G/ADP/AHG/W/199, 19 september 2013.

94. VAN, Le Thi Thuy and TONG, Sarah Y. *China and Antidumping: Regulations, Practices and Responses*, EAI Working Paper n. 149, p. 11. Disponível em: [www.eai.nus.edu.sg/EWP149.pdf]. Acesso em 17.03.2013.

mercantil da China foram expressas preocupações sobre os procedimentos e processos, incluindo a transparência das investigações.⁹⁵ A China deve trabalhar para aumentar a transparência nos seus procedimentos *antidumping* e implementar regras adicionais para garantir que as suas obrigações processuais devidas sejam cumpridas.

B. USO DE *ANTIDUMPING*

1. Quando e por quê?

De forma semelhante, as experiências brasileira e chinesa ilustram uma relação positiva entre o grau de liberalização tarifária e uso de *antidumping*. O profundo processo de reforma comercial nestes dois países foi acompanhado por um aumento no uso de *antidumping*. Isto poderá sugerir que as tarifas e *antidumping* são complementares uma da outra. Neste sentido, o *antidumping* representa uma forma alternativa de protecção quando as tarifas caíem de forma substancial.

O Brasil começou a usar primeiro as defesas comerciais em 1988 e começou a intensificar o seu uso de medidas *antidumping* na década de 1990 (em particular 1992-1993 devido às flutuações da taxa de câmbio),⁹⁶ como “um mecanismo tampão” para gerir fortes reacções económicas e políticas para as mudanças da política comercial.⁹⁷

A China iniciou a sua primeira investigação *antidumping* em 1997 e na década de 1990 as medidas *antidumping* da China não eram aplicada frequentemente; contudo, houve um surto de produtores químicos industriais que buscaram protecção *antidumping* imediatamente após a adesão da China à OMC em 2001.⁹⁸ O art. 56 do Regulamento *Antidumping* da China⁹⁹ estabelece “[q]uando qualquer país (região) aplica de forma discriminatória medidas *antidumping* sobre as exportações da República Popular da China, a República Popular da China pode, com base em situações reais, tomar as medidas correspondentes contra esse país (região)”. As declarações públicas por parte de funcionários do governo chinês têm indicado claramente que a China via o seu próprio uso de medidas *antidumping* como parcialmente motivado por retaliação ao que eles entendem como aplicação injusta

95. Trade Policy Review Body, Report by the Secretariat – China, WT/TPR/M/264.

96. BOWN, Chad P. *Emerging Economies...* cit., p.18.

97. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT, Op. cit., p. 294.

98. BOWN, Chad P. *China's WTO Entry...* cit., p. 320-321, “(...) These primary industrial users of *antidumping* within China are large, concentrated and state-owned, and they are less involved than other industries in international production sharing or joint ventures”.

99. O Regulamento *Antidumping* da China, de 31 de março de 2004 foi promulgado pelo Dec. 328 do Conselho de Estado da República Popular da China, em 26 de novembro de 2001 e revisto de acordo com a Decisão do Conselho de Estado sobre a Alteração do Regulamento da República Popular da China sobre *Antidumping* promulgado em 31 de março de 2004.

de defesas comerciais por outros países contra a China.¹⁰⁰ Muitas vezes, o uso de *antidumping* da China tem sido interpretado por muitos como uma motivação de retaliação. Por exemplo, a China iniciou investigações *antidumping* sobre as importações de aves e de automóveis dos EUA quase imediatamente após os EUA terem instituído uma salvaguarda sobre as importações de pneus chineses em Setembro de 2009.¹⁰¹ Outro exemplo, a China impôs um direito *antidumping* sobre fixadores de aço da UE dentro de alguns meses da UE iniciar uma investigação *antidumping* sobre fixadores de aço da China.¹⁰²

2. Os mercados-alvo e os sectores-alvo

Na análise empírica feita por Bown, Brasil e China, como os dois únicos casos excepcionais entre as economias emergentes seleccionadas, direccionam para as importações de países de alta renda em taxas mais elevadas do que direccionam às importações de outros países em desenvolvimento.¹⁰³

Os parceiros comerciais afectados pelo *antidumping* do Brasil tendem a ser países de alta renda ou de renda média-alta e China. A quota dos países de alta renda ou de renda média-alta diminui lentamente durante 1989-2009, enquanto os países de renda média-baixa, em particular a China, tem uma quota crescente das importações do Brasil que são afectadas por *antidumping*.¹⁰⁴ Em termos de valor das importações e da participação no valor total das importações dos parceiros comerciais, os EUA, UE e Argentina são os principais alvos de medidas *antidumping* do Brasil. Eles representam, em conjunto, cerca de 75% das importações afectadas do Brasil.¹⁰⁵ A China é o principal alvo do Brasil nas investigações *antidumping*. De 1 de janeiro de 1995 a 31 de dezembro de 2011, 49 investigações realizadas pelas autoridades brasileiras foram direccionadas para as exportações chinesas,¹⁰⁶ em 33 casos dessas medidas *antidumping* foram finalmente aplicadas.¹⁰⁷ Usando o conjunto de base empírica de factos sobre o uso transnacional de barreiras comerciais temporárias durante 1990-2009, constata-se que o Brasil usou a defesa comercial

100. BOWN, Chad P. China's WTO Entry... cit., p. 342-343.

101. LIM, Eugene, (2010), "Doing Business in China: Charting your way through potential regulatory quagmires", *Best Practices for International Business Transactions in China 2010 Edition*, Thomson Reuters/Aspatore, section for trade remedy actions.

102. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 202.

103. BOWN, Chad P. Emerging Economies... cit., p. 4 e 19.

104. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT. Op. cit., p. 297.

105. Idem, p. 307.

106. Disponível em: [www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_InitiationsByRepMemVsExpCty.pdf]. Acesso em: 02.02.2013.

107. Idem.

contra a China com as combinações de pelo menos 40% do volume de produto – parceiro comercial que foram afectadas por medidas *antidumping*.¹⁰⁸

A maioria das actividades *antidumping* da China estão direccionadas a importações de países desenvolvidos. A UE, Japão, Coreia do Sul e EUA são quatro dos maiores alvos de medidas *antidumping* da China, totalizando juntos 111 dos 172 (65%) casos *antidumping* que a China apresentou durante 1997-2009. Estas quatro economias totalizaram também 62% dos estoques totais de combinações produto-país HS-06 sujeitas a medidas *antidumping* chinesas em 2009.¹⁰⁹ Curiosamente, embora as importações provenientes de outros países emergentes tenham crescido a um ritmo mais rápido do que as importações dos países desenvolvidos, a China reduziu drasticamente o uso de medidas *antidumping* contra as importações de países em desenvolvimento.¹¹⁰

No Brasil, em seis sectores sensíveis (produtos de calçado, plásticos, alimentos, produtos químicos, vidro e metal), 100% das importações foram afectadas pelo *antidumping*.¹¹¹ Os produtos químicos, têxteis, ferro e aço representam mais de 50% dos casos iniciados ou produtos abrangidos nesses casos durante 1988-2010.¹¹²

Na China, os produtos químicos, papel e pasta, plásticos e borracha, aço e têxteis foram os principais sectores requerentes de investigações *antidumping* durante 1997-2009. O sector de produtos químicos apresentou cerca de 60% dos casos de *antidumping* investigados durante 1997-2009. No entanto, em termos de participação do valor das importações, apenas 8,6% das importações no sector de produtos químicos foram sujeitas a medidas *antidumping* tendo como seu pico dentro do período em 2008. O papel e pasta, plásticos e borracha e aço tiveram, respectivamente, um estoque de cerca de 8% das importações da indústria sujeitos a medidas *antidumping* em seus respectivos picos.¹¹³

3. Direitos antidumping e duração

Apenas aproximadamente metade dos totais 432 processos do Brasil durante 1988-2012 resultaram na imposição final de direitos AD.¹¹⁴ Apenas 11 casos tive-

108. BOWN, Chad P. Taking Stock... cit., p. 1980.

109. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 202 e 215, "On average, 64-71% of China's stock of *antidumping* measures were targeted at developed countries in each year during 2003-8".

110. Idem, *ibidem*.

111. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT. Op. cit., p. 295-296.

112. Idem, p. 303.

113. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 201.

114. Departamento de Defesa Comercial (Decom), (2012), Relatório 2012, Brasília, MDIC, p. 50-68 e 77.

ram uma medida *antidumping* na fase preliminar.¹¹⁵ Em termos de produtos, houve 441 produtos HS-06 afectados, dos quais 63% terminaram com as medidas *antidumping*.

Na China, entre os 166 casos de *antidumping* iniciados durante 1997-2009 em que tenha sido tomada uma decisão final, 81% dos casos resultou finalmente na imposição de uma medida *antidumping* final.¹¹⁶ De acordo com as autoridades chinesas, das 25 investigações iniciadas em 2009 e 2010, cerca de 80% resultaram em medidas provisórias, em comparação com 94% em 2007-2008.¹¹⁷

Na área de cobrança de direitos, até 2008, as autoridades brasileiras de comércio exterior não usaram, em regra, as medidas *antidumping* provisórias. No entanto, Brasil aplica agora direitos *antidumping* provisórios de forma obrigatória no caso de determinação afirmativa an determinação preliminar. As autoridades brasileiras adoptam a “regra do direito inferior”. O montante do direito *antidumping* não excederia a margem de *dumping*¹¹⁸ e as medidas *antidumping* e os compromissos de preços permaneceriam em vigor enquanto houvesse a necessidade de neutralizar o *dumping* que causou prejuízo. Por um lado, o governo atenuou o descontentamento de sectores internos, utilizando métodos moderados para regular o mercado; por outro lado, o governo geriu o fricção comercial de uma forma artística, considerando os interesses nacionais. Além disso, por considerarem que a abordagem *ad valorem* dá lugar à distorção dos montantes devidos e manipulação de quantidades de exportação declaradas, ultimamente, as autoridades brasileiras têm utilizado a taxa de tarifa específica para fins de direitos *antidumping*.

Os regulamentos *antidumping* da China não contêm disposições sobre a regra do direito inferior. A China não investiga a margem de prejuízo nem aplica a regra do direito inferior na prática. Actualmente, a China não examina a questão de se um direito inferior à margem de *dumping* seria suficiente para eliminar o prejuízo causado pelas importações objecto de *dumping*. Até agora, quase todas as medidas *antidumping* chinesas foram na forma de direitos *ad valorem*; apenas 8 casos resultaram em compromisso de preços. Cada um dos compromissos de preços decorrente de casos *antidumping* iniciados na crise 2008-9 e foram dirigidos

115. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT. Op. cit., p. 302, na Tabela 8.4.

116. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 206.

117. Trade Policy Review Body, Report by the Secretariat – China, WT/TPRS/264/Rev.1, of July 20, 2012.

118. Os oficiais brasileiros adoptam a “margem de rebaixamento de preços”, avaliando o rebaixamento de preços comparando o preço de importações; avaliando o rebaixamento de preços comparando o preço de importação Custo, Seguro e Frete (CIF) e o preço de venda; e o preço de venda do produto nacional, previsto *ex fabrica* (fora do local de produção).

a parceiros comerciais desenvolvidos.¹¹⁹ O direito *antidumping ad valorem* médio da China em 2008-9 foi de cerca de 20%, em oposição ao pico dentro do período de mais de 95% em 2005.¹²⁰ Tem sido concluído que os casos direccionados a países desenvolvidos tiveram uma média mais alta de taxa do direito *antidumping ad valorem*.¹²¹

No que diz respeito à duração das medidas *antidumping*, a duração média no Brasil pela indústria utilizando três dígitos ISIC é no total de 3.4 anos.¹²² O registo da China na remoção de ordens *antidumping* após a revisão periódica obrigatória dentro de cinco anos não é satisfatório: apenas 40% das medidas *antidumping* que a China impôs durante 1999-2004 foram retirados até o final de 2009.¹²³

4. *Flexibilidade do uso de antidumping*

O uso de medidas *antidumping* pelas autoridades brasileiras é muito flexível. Mesmo quando a investigação de defesa comercial tenha alcançado uma determinação positiva, o órgão de tomada de decisão, Camex, pode não impor medidas ou suspender a imposição ou impor uma taxa mais baixa do direito *antidumping* recomendado, por razões de “interesse nacional”,¹²⁴ A Camex deve pesar os prós e contras caso-a-caso. A análise de “interesse público” foi legalmente instituída no Brasil. Esta abordagem visa garantir que *antidumping* seja de interesse geral (por exemplo, os consumidores, usuários industriais, importadores, grossistas, retalhistas etc.) e não apenas um direito de agentes privados. A Res. 13 da Camex, de 29 de fevereiro de 2012, criou um Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP) com o objectivo de avaliar a possibilidade de suspensão ou alteração de medidas *antidumping* provisórias.

Embora o Regulamento *Antidumping* da China preveja que a imposição e a cobrança de direitos *antidumping* deve ser no interesse público e as autoridades investigadoras devem devidamente ter em conta todos os comentários sobre a questão de interesse público, em casos individuais,¹²⁵ não há regras publicadas especificando a forma como essas considerações do interesse público devem ser implementadas. À excepção dos compromissos de preços, as decisões finais não têm abordado explicitamente o “interesse público” como consideração.

119. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 206.

120. Idem, p. 203.

121. Idem, p. 206.

122. OLARREAGA, Marcelo; VAILLANT. Op. cit., p. 307, na Tabela 8.6.

123. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 203.

124. Art. 3 do Dec. 8.058/2013.

125. Art. 37 do Regulamento *Antidumping* Chinês.

5. Participação do sector privado

O Brasil tem uma posição privilegiada vis-à-vis outros países emergentes em termos de uma parceria público-privada bem sucedida.¹²⁶ As empresas privadas e associações empresariais no Brasil têm sido muito activas nas investigações *antidumping* e contaram com as suas ligações informais com o governo para a protecção de importação. Já nos princípios dos anos 90, as associações empresariais brasileiras criaram vínculos institucionais com as estruturas governamentais e começaram a financiar escritórios de advocacia nacionais e internacionais para o benefício de seus planos de liberalização do comércio e estratégias de exportação.¹²⁷

Comparado ao Brasil, parece que as entidades privadas chinesas ainda não estão convencidas para participar activamente nas investigações *antidumping*. De um modo geral, as empresas chinesas são, em média, pequenas e médias empresas com baixos incentivos para se ocuparem de processo *antidumping*. Eles preferem contar com funcionários públicos para ajudá-los. O envolvimento chinês ao nível da empresa em investigações *antidumping* como requerentes, encontra apenas um pequeno número de empresas participantes. Excluindo os 9 casos em que uma associação da indústria apresentou um pedido de *antidumping*, apenas 141 empresas participaram como requerentes em investigações durante 1997-2009. Além disso, muitas das empresas participaram apenas de um caso *antidumping*.¹²⁸

6. Efeitos de usos ofensivos de antidumping

No início, conforme calculado por Bown,¹²⁹ os níveis em que Brasil e China são afectados pela protecção *antidumping* não são comparáveis. Até 2011, cerca de 5% das exportações da China foram afectados pelo uso estrangeiro de *antidumping* (e outras defesas comerciais), enquanto que apenas 1% das exportações brasileiras foram afectadas por todas as defesas comerciais.

Por um lado, o Brasil ainda tem uma quota maior de suas importações afectadas pelo seu próprio uso ofensivo de *antidumping* (em relação aos seus exportadores a ser afectados) do que a China. As estimativas são de que os exportadores brasileiros aumentem o preço de seus produtos exportados dentro da mesma indústria para os parceiros comerciais mencionados na queixa em 10%, devido ao risco de

126. SHAFER, G.C. *Public-Private Partnerships in WTO Litigation*. Washington D.C: The Brookings Institution, 2003.

127. SHAFER, G.C.; SANCHEZ, M.R.; ROSENBERG, B. The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brasil's Success. *Cornell International Law Journal*. vol. 41. n. 2. 383-502.

128. CHANDRA, Piyush. Op. cit., p. 203.

129. BOWN, Chad P. *Emerging Economies...* cit., Tabela 2 e Tabela 5.

retaliação,¹³⁰ O facto de que as empresas brasileiras reagem prontamente às possíveis investigações *antidumping* resultantes da protecção *antidumping* do Brasil, aumentando os preços de seus embarques e diminuindo as suas margens de *dumping* mostra claramente que o sector privado brasileiro tem uma forte consciência jurídica e mantém um olhar atento sobre o movimento das autoridades investigadoras dos países exportadores.

Por outro lado, a China tem uma quota maior de suas exportações afectadas pelo uso estrangeiro de direitos *antidumping* do que o seu uso ofensivo de direitos *antidumping*. A China encontra-se em uma situação única na combinação de questões *antidumping* que enfrenta. A China é o membro mais atingido de medidas *anti-dumping* em todo o mundo, bem como a maior economia em transição no mundo. A China concordou unilateralmente em ser tratada como uma economia não de mercado, permitindo aos seus parceiros comerciais invocar disposições especiais incluídas no Protocolo de Adesão da China. Os regulamentos da China também incluem todas as tendências proteccionistas das disposições *antidumping* da OMC.¹³¹ Portanto, o seu uso de medidas *antidumping* deve assegurar que o *antidumping* seja apenas uma medida para combater o comércio desleal, e potencialmente não contém um elemento proteccionista, de modo a evitar mais fontes de tensão entre a China e seus parceiros comerciais no futuro próximo. A abordagem da China às medidas *antidumping* e a sua reacção contra as defesas comerciais estrangeiras será observada de perto e interpretada pelo resto do mundo.

C. CONTRIBUIÇÃO PARA A JURISPRUDÊNCIA DO MERL E O IMPACTO SOBRE AS REFORMAS COMERCIAIS

Embora prefira sempre as negociações sobre o litígio, Brasil tem demonstrado que pode efectivamente tirar proveito do MRL da OMC para perseguir seus direitos no complexo regime jurídico apesar de articular e cooperar vários operadores e recursos. Por volta de 2000, mais de 3% das exportações do Brasil foram confrontados com medidas de *antidumping* e medidas de contingência relacionadas impostas pelo exterior. Porque era tão alto, Brasil respondeu agressivamente usando o MRL. Recentemente, isto foi reduzido para apenas 1% de suas exportações a ser activamente confrontadas pelo uso externo dessas defesas comerciais,¹³² Brasil não está a usar tão activamente o MRL para resolver a questão.

Com cerca de 5% das exportações a ser afectadas pelo uso externo de direitos *antidumping* em 2011, a China está agora repetindo, em certa medida, as experiên-

130. AVSAR, Veysel. *Antidumping, Retaliation Threats, and Export Prices*. *World Bank Economic Review*, vol. 27, n. 1, 133, p. 133-148.

131. MESSERLIN, Patrick A. *Op. cit.*, p. 118.

132. BOWN, Chad P. *Emerging Economies... cit.*, Figura 2.

cias brasileiras e adota uma abordagem agressiva, por forma a defender melhor os seus interesses através das leis definitivas e controladoras da OMC.

Devido às diferenças nas tradições e culturas jurídicas, os meios e medidas adoptados pelos membros da OMC poderão ser diferentes. Muitas disposições *antidumping* no ADA da OMC estão muito amplamente definidas e são altamente ambíguas. O *antidumping* é uma política comercial discricionária e cada utilizador pode variar a extensão em que ela é aplicada. As regras da OMC devem ser incorporadas na legislação nacional. No entanto, as regras da OMC transpostas podem ser interpretadas como os membros da OMC preferirem e os formuladores de políticas internas de cada país são capazes de desfrutar de grande flexibilidade na aplicação do ADA da OMC. As comparações de preços envolvendo diferentes mercados não são sempre boas combinações.¹³³ Nos casos julgados através do sistema de resolução de conflitos da OMC, a determinação de vários parâmetros envolvidos nas investigações *antidumping* tem sido muitas vezes contestada.¹³⁴ Quando os membros prestarem atenção suficiente para a posição do MRL, o impacto das regras multilaterais será multiplicado.¹³⁵ Sendo queixoso em casos da OMC, pode ajudar um membro da OMC a encontrar um local para o inquérito. Sendo demandado pode catalisar mudanças de políticas nacionais de comércio de um membro. Amplamente falando, uma participação activa no MRL, como Brasil e China, permite a OMC construir uma jurisprudência *de facto* e unificar o primado da lei em todos os países membros.

O Brasil e a China não só buscam resoluções para disputas particulares, mas também procuram interpretações e formação de leis da OMC. O caso *European Communities – Antidumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings* apresentado por Brasil tem provocado profundas discussões sobre a maneira mais adequada de interpretar as disposições da OMC em vez da “abordagem de significados do dicionário”. Algumas reivindicações de seus parceiros comerciais contra a China envolvem questões jurídicas muito complexas que outros membros da OMC

133. MCGEE, Robert W. *Antidumping Laws as Weapons of Protectionism: Asian Case Studies*. *Manchester Journal of International Economic Law*. vol. 5. Issue 1. 36. p. 41.

134. Por exemplo, ver *Brazil – Antidumping duties on Jute Bags from India (DS229)*, WT/DS229/1. No outro exemplo, várias medidas de defesas comerciais tomadas por México têm sido contestadas quer nos termos do mecanismo de Resolução de Conflitos da OMC ou nos termos do Capítulo 19 do NAFTA. A determinação de direito AD sobre as importações de xarope de milho de alta fructose (HFCS) originários dos Estados Unidos tem sido contestada pelos Estados Unidos na OMC e pelos produtores dos EUA nos termos das disposições do NAFTA. As determinações de ambos painéis concluíram que a determinação da ameaça de prejuízo era inconsistente com as regras da OMC e Mexicanas (Chapter II(4) (ii)), WTO document WT/DS132/AB/RW.

135. WANG, Guiguo. *Radiating Impact of WTO on Its Members' Legal System: The Chinese Perspective*. France: The Hague Academy of International Law, 2011. p. 336.

nunca antes encontraram. O ORL da OMC tem produzido interpretações inovadoras sobre o ADA e o Protocolo de Adesão da China.

As decisões dos painéis e do Órgão de Apelação têm força obrigatória e certamente têm impactos sobre os comportamentos do governo dos membros, a fim de fazer as suas leis, políticas e práticas compatíveis com a OMC. O caso *China – Countervailing and Antidumping Duties on Grain Oriented Flat-rolled Electrical Steel from the United States* é um bom exemplo. Neste caso, a política de regulação interna chinesa e as decisões administrativas relevantes foram revistas e decidido pelo ORL que tinham violado os acordos da OMC. A China deve rectificar as medidas de não-conformidade e aumentar a transparência na sua futura utilização de *antidumping*. Até agora, Brasil nunca tinha sido contestado pelo ORL da OMC sobre o uso de *antidumping*. Brasil precisa de constante prudência, observância e bom senso em seu emprego de medidas *antidumping* no futuro.

A partir de ângulos diferentes, Brasil e China têm feito as suas contribuições para a jurisprudência do MERL. Através de seus compromissos no MRL, Brasil e China estão a fazer seus esforços para afectar, por sua vez, o sistema multilateral e aumentar a equidade do sistema. As experiências do Brasil e da China têm exemplificado que a participação no MRL pelos países emergentes não irá enfraquecer as suas posições no cenário multilateral, mas sim reforçar a sua capacidade em reformar a legislação da OMC.

V. ANTIDUMPING NO COMÉRCIO BILATERAL BRASIL-CHINA E ALGUMAS LIÇÕES PARA APRENDER

A China é o maior parceiro comercial do Brasil, respondendo por 17,3% das exportações brasileiras e 14,5% das importações em 2011. Entre 2007 e 2011, o comércio bilateral cresceu de 23 bilhões de Dólares dos EUA para 77 bilhões de dólares dos EUA. Durante esse período, as exportações brasileiras para a China aumentaram em 312%, enquanto as importações aumentaram em 160%. Brasil tem tido um excedente no comércio bilateral com a China e, em 2011, esse excedente atingiu 12 bilhões de dólares dos EUA, respondendo por 40% do excedente comercial brasileiro em todo o mundo. Na estrutura do comércio bilateral, as exportações do Brasil para a China estão concentradas em um pequeno grupo de mercadorias. O minério de ferro, soja e derivados de petróleo representaram sozinhos quase 80% de todas as exportações para a China, enquanto as importações do Brasil estão fragmentadas e consistem basicamente de produtos industriais, entre os quais máquinas e produtos químicos, totalizando 55%.¹³⁶

Mesmo que uma grande parte das relações comerciais bilaterais sino-brasileiras estejam desenvolvendo de forma saudável, cada vez mais atritos comerciais têm

136. WT/TPR/M/264. p. 18.

surgido. Em uma reportagem recente da *The Economist*,¹³⁷ tornou-se claro que muitos industriais brasileiros distinguem entre os concorrentes chineses e os outros, declarando que hoje eles não podem aceitar a China como um “comerciante justo”. Eles reclamam também que a China está a fazer *dumping* das exportações desviadas da deprimida Europa.

Há uma assimetria entre Brasil e China em atingir um ao outro. De 1988 a 2012, a China foi o país mais afectado por acções *antidumping* brasileiras. A China respondeu por 24% das investigações *antidumping* brasileiras e 28% de medidas *antidumping* definitivas.¹³⁸ A China tem também usado vários instrumentos de defesa comercial contra outros países. Mas até ao presente momento, Brasil nunca foi registado pelas estatísticas chinesas. Este facto pode ser bem explicado pela estrutura com comércio bilateral. A América Latina incluindo Brasil é uma das prioridades de parceria comercial para a China, não apenas para acesso ao mercado para exportar bens, mas principalmente para matérias-primas e fornecimento de mercadorias.

Em novembro de 2004, na ocasião da visita de Estado do presidente chinês Hu Jintao, Brasil reconheceu a China como uma economia de mercado. Em teoria, este estatuto vai tornar mais difícil para o Brasil impor medidas *antidumping* sobre as importações chinesas, particularmente quando determina a margem de *dumping*. No entanto, o Memorando de Entendimento assinado entre os dois países ainda não foi incorporado no sistema jurídico brasileiro. Deve-se notar que Brasil continuará a utilizar as disposições do Decreto *Antidumping* (anteriormente 1602, de 23 de agosto de 1995 e agora 8.058/2013, de 29 de julho de 2013) na condução do processo de investigação e na resolução de fricções comerciais. A autoridade investigadora brasileira trata a China como uma economia não de mercado e faz uso do método de país substituto.¹³⁹

A abordagem *antidumping* brasileira no que diz respeito aos produtos chineses pode ser ilustrada por dois casos relevantes.¹⁴⁰ Na investigação brasileira sobre as exportações chinesas de ácido cítrico,¹⁴¹ em que foi atingida uma determinação pre-

137. *Seeking Protection; Brazil's Trade Policy*. The Economist [US] Jan. 14, 2012: 35(US). General OneFile. Web. may 23, 2012. em: [http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA276923256&rv=2.1&u=macacri&it=r&p=GPS&sw=w]. Acesso em: 23.05.2012.

138. Departamento de Defesa Comercial (Decom), (2012), Relatório 2012, Brasília, MDIC, p. 50-68 e 77.

139. Quanto às disposições legais sobre a escolha de país substituto adequando, as regras brasileiras prevêm orientações muito gerais como o requisito de razoabilidade. Ver INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Antidumping Investigations Against China in Latin America*. IBA Divisions Project Team, 2012, p. 5.

140. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 102.

141. Decisão (Resolução) da Camex 6, de 25 de janeiro de 2012, publicada no Boletim Oficial (DOU) em 26.01.2012.

liminar de *dumping*, uma das empresas chinesas demandadas não lhe foi concedida uma determinação individual da margem de *dumping*, apesar de o questionário ter sido respondido adequadamente e enviado em tempo oportuno às autoridades.

Em outro caso polêmico¹⁴² envolvendo as exportações de calçado da China, as autoridades brasileiras aplicaram um direito *antidumping* geral para todas as importações da China, apesar de a regra do artigo 6.10 e parágrafo 6.10.1 do ADA da OMC aconselhar o contrário.¹⁴³

“As autoridades devem, regra geral, determinar uma margem de *dumping* individual para cada exportador conhecido ou produtor em causa do produto sob investigação.

(...)

Qualquer selecção de exportadores, produtores, importadores ou tipos de produtos feita nos termos deste parágrafo deverá, preferencialmente, ser escolhida em consulta com e com o consentimento dos exportadores, produtores ou importadores em causa”.¹⁴⁴

Na sua defesa, as autoridades investigadoras brasileiras costumam declarar que, se a informação enviada pelos exportadores, seja por meio de suas respostas aos questionários ou através de informações espontâneas, não coincidem com os resultados de investigações no local, a informação fornecida pelo exportador está sujeita a não ser dado qualquer peso.

Um caso¹⁴⁵ relativo às importações de canetas esferográficas originárias da China contestadas em um processo *antidumping* ilustra habilmente a insuficiente participação de empresas chinesas nas investigações brasileiras: apenas um único exportador chinês respondeu ao questionário do Brasil.¹⁴⁶

As autoridades investigadoras brasileiras aplicam frequentemente o artigo 6.10 do ADA da OMC nas investigações de *dumping*. Nos casos em que o número de exportadores, produtores, importadores ou tipos de produtos envolvidos é tão grande de modo a tornar impraticável uma determinação, as autoridades podem limitar o seu exame a um número razoável de partes interessadas ou de produtos utilizando amostras que são estatisticamente válidas com base nas informações à disposição das autoridades no momento da selecção, ou na maior percentagem do volume das exportações do país em questão, que pode ser razoavelmente investigado. Neste

142. Decisão (Resolução) da Camex 14, de 3 de março de 2012.

143. Acordo sobre a Aplicação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) (Acordo *Antidumping*).

144. Referir também à decisão do ORL da OMC em *European Communities–Definitive Antidumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China*.

145. Decisão da Camex 24, de 28 de abril de 2010.

146. WEI, DAN; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 102.

contexto, muitas das empresas exportadoras não recebem os questionários aplicáveis das autoridades brasileiras. Elas são, no entanto, informadas de que o facto de não receber tais documentos não significa que elas não têm direito a participar da investigação como produtores ou exportadores do produto sob consideração.

Nos termos desta prática é extremamente difícil para uma empresa exportadora ser capaz de “participar no processo” se seus dados são muito susceptíveis de não ser considerados afectando crucialmente a sua defesa. Esta prática não se restringe apenas ao Brasil; é um resultado do processo de negociação para alcançar um acordo multilateral sobre as medidas *antidumping*, onde os países desenvolvidos desempenharam um papel decisivo.¹⁴⁷

Na dimensão bilateral, a China podia aprender do Brasil algumas estratégias bem sucedidas sobre a capacitação jurídica e estrutura institucional. Primeiro, como os estudos provam, “a lack of inter-ministerial coordination directly impedes a developing country’s ability to respond effectively to a complaint”.¹⁴⁸ A Camex, como um órgão interministerial, permite coordenação interministerial e colaboração internacional eficiente entre várias agências governamentais no Brasil. A China ainda carece de uma organização com um mandato específico para coordenar os seus vários ministérios. Segundo, uma parceria público privada é crucial para permitir o uso bem sucedido de países em desenvolvimento da resolução de litígios. No Brasil, os grupos industriais e de interesse privado têm sido muito apoiantes na preparação de instruções legais e provas económicas. Na China, é o governo que desempenha um papel dominante na resolução do litígio. As empresas chinesas com um interesse directo são menos participativos e têm tido pouca influência sobre os conflitos comerciais. Terceiro, o fortalecimento da capacidade humana e o envolvimento da academia são estratégias compreensivas para a capacitação de todos os países em desenvolvimento. Brasil tem desenvolvido um método inovador para formar jovens profissionais e analistas de comércio externo que têm fortes antecessores no conhecimento da OMC e passado um exame muito competitivo para serem capazes de começar o seu programa de estágio em Genebra ou Washington. Muitos académicos de prestígio têm sido normalmente designados pelo governo brasileiro para assumir cargos em Brasília. Mais flexivelmente, peritos e académicos nacionais e mesmo estrangeiros podem ser convidados pelas autoridades brasileiras para estar presentes nas negociações técnicas bilaterais e contribuir com a sua experiência. Comparado com o Brasil, os oficiais do governo chinês normalmente carecem de um forte antecedente profissional e os académicos chineses têm um poder de discurso limitado no processo de tomada de decisão. Depois da entrada na OMC, os oficiais do governo chinês têm participado de uma série de

147. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 118.

148. International Center for Trade and Sustainable Development (ICTSD), (2012), *Information Note*, April, 2012, 1, p. 2.

programas de capacitação jurídica e seminários e uma instituição de consultoria profissional não-governamental foi criada com o patrocínio do governo local para dar aconselhamento jurídico sobre assuntos da OMC e serviços de capacitação.¹⁴⁹

Por outro lado, o estudo de caso no comércio bilateral sino-brasileiro tem algumas implicações para Brasil. Talvez as medidas *antidumping* em curso adoptadas por Brasil contra as exportações chinesas podem ser vistas como um exemplo de uma potencial barreira proteccionista para o comércio sul-sul.¹⁵⁰ Contrário ao que é sempre repetido pelas críticas, no comércio bilateral, não menos de 83% das importações brasileiras oriundas da China são destinadas ao processamento industrial e apenas uma pequena percentagem refere-se a bens de consumo.¹⁵¹ A Secex publica regularmente uma lista dos 100 maiores produtos que Brasil importa da China, bem como outros países. A lista demonstra claramente que as partes, componentes, equipamento, instrumentos, equipamento de produção prevalecem nas importações brasileiras. Os produtos chineses adquiridos pela indústria brasileira são usados na produção nacional e complementam a produção brasileira – não substituem a produção brasileira. O uso excessivo ou mau uso de acções *antidumping* irá causar prejuízo aos consumidores intermediários e finais. Por exemplo, a escolha errada de país substituto foi uma das várias questões levantadas num recente caso judicial brasileiro, que resultou na concessão de uma injunção contra um direito *antidumping* provisório.¹⁵² Um dos desafios para Brasil está em equilibrar as suas acções comerciais como um

-
149. A referida instituição é chamada Shanghai WTO Affairs Consultation Centre. Para detalhes, ver GONG, Baihua. Shanghai's WTO Affairs Consultation Center: Working Together to Take Advantage of WTO Membership. *Managing the Challenges of WTO Participation: Case Study 11*, Disponível em: [www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case11_e.htm]. Acesso em: 02.09.2013.
150. Muitos estudos destacam significado para os países em desenvolvimento tomar mais iniciativas para fazer mais concessões e compromissos para o comércio entre si. Se eles realçam apenas o comércio com mercados desenvolvidos e estão inclinados a manter o *status quo* de abertura de seus próprios mercados, irão perder muitos potenciais ganhos do comércio sul-sul. De acordo com um estudo recente, a abertura dos mercados dos países desenvolvidos poderia fornecer ganhos de bem estar annual para os países em desenvolvimento de 22 bilhões de Dólares. A remoção das barreiras sul-sul tem o potencial para gerar ganhos 60% mais elevados. Ver FUGAZZA, Marco; VANZETTI, David. *A South-South Survival Strategy: The Potential for Trade among Developing Countries. Policies Issues in International Trade and Commodities Study Series*, n. 33. New York and Geneva, United Nations, 2006, p. 3.
151. Ver os comentários o antigo Secretário Executivo do MDIC de Brasil, RAMALHO, Ivan. O comércio Brasil-China. Disponível em: [www.abece.org.br/Noticias/ComercioExteriorRead.aspx?cod=583]. Acesso em: 23.06.2012.
152. Em setembro de 2009, o MDIC impôs um direito AD provisório de 12.47 Dólares por par nas importações de sapatos da China. A empresa afectada, Alpargatas de São Paulo, contestou esta decisão no Supremo Tribunal e foi concedida uma injunção nos princípios de outubro. O caso reflecte um conflito intra-industrial entre a indústria de calçado brasileira e as empresas brasileiras de importação.

instrumento proteccionista. As causas reais da falta de competitividade da indústria brasileira são bem conhecidas: sobrevalorização do Real, elevadas taxas de juro, elevados impostos e fraca logística, entre outras. Esses problemas não serão resolvidos através de protecção *antidumping*. Num momento em que a China está a procura de maior consideração e respeito dos membros da OMC, aumentar a sua atitude proteccionista pode ser uma abordagem fácil, mas definitivamente não a mais inteligente. As autoridades de defesa comercial brasileiras ganharam uma grande credibilidade dentro da OMC. É vital para Brasil ser atento e vigilante contra ceder à pressão interna por forma a reafirmar que esta confiança não seja diminuída.¹⁵³

VI. OBSERVAÇÕES FINAIS

Historicamente, os países emergentes foram vitimados por medidas *antidumping*. Agora, enquanto permanecem os principais alvos da protecção *antidumping*, os países emergentes também se tornaram os principais usuários de políticas comerciais sancionadas pela OMC. Alguns deles têm empregado medidas *antidumping* não só contra países desenvolvidos, mas também contra outros países em desenvolvimento. As instituições *antidumping* impostas por países emergentes tendem a ser mais frequentes e severas do que aquelas impostas por usuários tradicionais.¹⁵⁴ Os países emergentes (com um dos exemplos mais bem sucedido o Brasil)¹⁵⁵ têm feito o mais extenso uso do sistema de resolução de litígios da OMC para fortalecer as suas posições *vis-à-vis* os países desenvolvidos e muitas vezes para contestar o mau uso de medidas *antidumping* pelos países desenvolvidos.¹⁵⁶ Todos estes factos parecem que os aprendizes derrotaram os mestres. Este fenómeno revela o progresso do sistema da OMC em que os países em desenvolvimento não são apenas receptores, mas também usuários pro-activos das regras multilaterais. As medidas *antidumping* se tornaram instrumentos políticos com universalidade genuína para todos os membros da OMC. A aplicação generalizada de medidas *antidumping* por países em desenvolvimento é condutor para regras da OMC mais equitativas, mais equilibradas e verdadeiramente niveladas.

Todavia, impor acções *antidumping* é apenas um tipo de instrumentos. O uso excessivo, mau uso e abuso desses instrumentos leva ao proteccionismo global e guerras comerciais. As medidas de contingência são no todo anticoncorrenciais e estão associadas com as lógicas proteccionistas. Conforme observa Cho, “*antidum-*

153. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p. 104.

154. MESSERLIN, Patrick A. Op. cit., p. 129.

155. DAVEY, William J. The WTO Dispute Settlement System: the First Ten Years. *Journal of International Economic Law*, vol. 8(1), 17, p. 17-50.

156. ALESSANDRINI, Donatella. *Developing Countries and the Multilateral Trade Regime: The Failure and Promise of the WTO's Development Mission*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010. p. 136.

ping regime is a legalistic reincarnation of protectionism. It stigmatizes otherwise legitimate business practices under the label of 'unfair trade,' and based on such label, it imposes penalties resembling the remedies available for the torts of deceptive conduct or patent violations".¹⁵⁷ Um grande desafio para os países emergentes no futuro é advogar o uso moderado de medidas *antidumping*. Por um lado, não é benefício a longo prazo proteger aqueles sectores ineficientes que ficam muito atrás e não têm competitividade; por outro lado, tem sido considerado que num círculo vicioso de sanções comerciais, as medidas *antidumping* ferem mais as economias em desenvolvimento do que as defesas comerciais impostas por países desenvolvidos prejudicam as economias dos países industriais.¹⁵⁸

Como países emergentes proeminentes, Brasil e China têm capacidade para gerar a sua influência e estão a desempenhar um importante papel quer nas respectivas regiões e na cena mundial. Brasil e China são grandes usuários do ADA e actores importantes na reforma do ADA. O artigo examina e compara os seus comportamentos de *antidumping* e usos estrategicamente activos do direito e mecanismos da OMC. Devido às diferenças em termos de sistemas económicos e políticas de desenvolvimento, Brasil e China chegam a diferentes padrões de uso de *antidumping* e tomam posições diferentes sobre as prioridades da reforma do ADA.

Na China, ao longo dos últimos trinta anos, o comércio externo tem ocupado uma posição central no modelo de desenvolvimento. A China tem constantemente contado com as exportações de empresas estatais e empresas de fundos estrangeiros para estimular o crescimento económico. Só depois de 2011 a China começou a reduzir a dependência nas exportações expandindo o consumo doméstico. Tal abordagem ofensiva orientada para exportação apoiada por um grande número de empresas estatais aumenta a duradoura preocupação de outros membros da OMC. A China tem se mostrado muito frequentemente um país preparado para combate nas acções *antidumping* no mundo. As disposições de "economia não de mercado" no protocolo de adesão da China à OMC conferem ampla discricção para as autoridades investigadoras de *antidumping* estrangeiras e gerar obstáculos consideráveis para a China para uso excessivo de disputa de medidas *antidumping* por tais autoridades no MRL da OMC. Portanto, a tendência proteccionista na legislação e práticas *antidumping* da China não é surpreendente.¹⁵⁹ China tem participado na revisão e clarificação de negociações no MERL e apresentado sugestões sobre a interpretação do acordo, claridade da redacção e a medida em que as obrigações substantivas da OMC forcem ou proíbe acções específicas por membros da OMC. Como recém-chegado na OMC, a China mostra seu interesse para se tornar uma superpotência económica e a China precisa de garantia das regras da OMC para que as exportações chinesas não venham

157. CHU, Sungjoom. Anticompetitive Trade Remedies: How *Antidumping* Measures Obstruct Market Competition. *North Carolina Law Review*. vol. 87. 357. p. 374-375.

158. MESSERLIN, Patrick A. Op. cit., p. 129.

159. WEI, Dan; FURLAN, Fernando. Op. cit., p.113.

a ser sujeitas a tratamento discriminatório substancial relativo a outros membros da OMC. Uma participação mais activa no MRL é uma estratégia visando complementar e fortalecer a posição da China nas negociações multilaterais.

No Brasil, a prioridade da política de desenvolvimento tem sido sempre dado ao mercado interno e só nos últimos anos o governo brasileiro começou a transformar as suas vantagens de recursos naturais e sector agrícola em vantagens na prosperidade das exportações. Como membro fundador da OMC e um usuário sofisticado das regras da OMC, Brasil fez esforços constantes para aderir ao Estado de Direito como um protagonista emergente no comércio mundial em muitos fóruns e atingiu uma posição de liderança nas negociações das regras da OMC. Como porta-voz de muitos países em desenvolvimento, Brasil defende que a acção de defesa comercial afecta desproporcionalmente as economias dos países em desenvolvimento e que o ADA devia exigir os países desenvolvidos fornecer alguma forma de “tratamento especial e diferenciado” quando investigam produtos originários de países em desenvolvimento.¹⁶⁰ Enquanto os usuários tradicionais representados pelos EUA e a UE insistem que não há necessidade de mudar drasticamente as regras substantivas (em vez disso, os usuários tradicionais destacam as obrigações processuais como transparência, previsibilidade e adesão ao Estado de Direito), Brasil listou as principais prioridades de algumas questões substantivas como “valor normal construído”,¹⁶¹ “proibição de zeroing”,¹⁶² “interesse público”¹⁶³ e “regra de direito inferior”,¹⁶⁴ além de questões processuais.¹⁶⁵ Brasil parece comprometido a servir como proponente para abordagem baseada em regras e para judicialização do sistema comercial global. Apresentar questões contenciosas de alto nível ao ORL tem levado ao aumento da influência para Brasil como um negociador líder na OMC. O país pode servir como um modelo para outros países emergentes “through legal capacity-building whilst gaining economic power”.¹⁶⁶

160. Ver, por exemplo, TN/RL/W/13, 8 jul. 2002.

161. Ver, por exemplo, TN/RL/W/6.

162. Ver, por exemplo, TN/RL/W/45.

163. *Idem*.

164. Ver, por exemplo, TN/RL/W/4.

165. Brasil é um dos participantes activos nas negociações de regras da Ronda de Doha. Brasil submeteu individualmente 7 propostas e 44 propostas conjuntas com outros membros sobre o ADA da OMC. Para mais informações: [www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/ddf/propostas-do-brasil-no-grupo-negociador-de-regras-na-omc]. Acesso em: 02.01.2013.

166. WOUTERS, JAN; NATENS, Bregt; D'HOLLANDER, David. EU-Brazil Relations at the World Trade Organization: Dispute Settlement as Leverage”. Working Paper n. 111, July 2013, Leuven Centre for Global Governance Studies, p. 13 e 15. “Brazil’s active use of the dispute settlement mechanism and its proposals for reform contribute to focusing the WTO dispute settlement system more on rules and less on economic power”. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2302575]. Acesso em: 20.08.2013.

Na era pós-crise, as evidências apontam para uma tendência constante de proteccionismo e muitos países têm introduzido novas medidas de defesa comercial. Brasil e China são potências económicas importantes para a recuperação económica global. Contudo, a segunda economia do mundo (a China) apenas se classifica em 57.º e a sexta economia (o Brasil) apenas se classifica em 67.º, respectivamente, no Ranking de Abertura do Mercado divulgado pela Câmara do Comércio Internacional (CCI).¹⁶⁷ A sua abertura do mercado não corresponde aos seus tamanhos. O potencial é grande para eles fortalecerem a sua contribuição para a recuperação económica e crescimento global, através do aumento de importações e evitar o uso excessivo de medidas *antidumping*. A similaridade de interesse entre Brasil e China sugere que existem oportunidades substanciais para actividade colaborativa entre eles, quer dentro da OMC quer fora da OMC. Os países emergentes devem encontrar uma forma de cultivar relações comerciais mutuamente benéficas com outros países se pretendem melhorar a sua posição de liderança na remodelação da ordem comercial mundial de forma compatível com o seu poder emergente e influência hoje.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A seleção nas investigações de *dumping*: a legislação e a prática brasileira à luz das regras multilaterais, de Bárbara Medrado Dias Silveira e Patricia Costa Rodrigues – RIBRAC 24/49 (DTR\2013\12586);
- *Dumping*: breves considerações no panorama da globalização, no contexto nacional e no âmbito do Mercosul, de Silvana Saraiva dos Santos Laborda e Silva – R Trib 70/221 (DTR\2006\772);
- *Dumping* e preços predatórios, de Leticia Frazão Alexandre – RIBRAC 9/29 (DTR\2011\5019);
- Entendendo o *dumping* e o direito *antidumping*, de Gustavo Fávaro Arruda – RIBRAC 12/9 (DTR\2011\2068);
- Medidas anti-evasão de direitos *anti-dumping* na Comunidade Européia, de Mauricio de Moura Costa – RIBRAC 12/11 (DTR\2011\2095); e
- O abuso e o arbítrio o impacto das ações *anti-dumping* e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os Estados Unidos, de Aluisio de Lima-Campos e Adriana Vito – RIBRAC 11/87 (DTR\2011\1983).

167. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Open Markets Index 2013*. 2. ed. Paris: International Chamber of Commerce, 2013, p. 16. China e Brasil tiveram um desempenho abaixo da média.

OS PRINCÍPIOS PROPOSTOS PELO UNIDROIT

RELAÇÃO COM A *LEX MERCATORIA* E SUA UTILIZAÇÃO NA ESFERA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

MARTHA GALLARDO SALA

Mestre em integração em América Latina pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Contratos Internacionais pelo Coageae/PUC-SP. Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Societário da Universidade Presbiteriana Mackenzie na disciplina “Sociedade limitada: dos sócios ao contrato”. Membro da OAB-SP e do Comitê de Societário do Centro de Estudos das Sociedades de advogados – Cesa. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: A expressão globalização é corriqueira no tempo presente, difundida pelo jornalismo econômico, desprovida de um significado jurídico preciso, por vezes, é empregada como elemento descritivo de uma realidade a ser apreendida, por vezes com um sentido ideológico, por conseguinte, valorativo, de um fenômeno defendido ou condenado. Frise-se que a globalização é uma realidade, devemos, portanto, desprender-nos de seu suposto caráter ideológico. A globalização alterou as relações humanas e os próprios atores das relações internacionais, o que afeta direta e indiretamente a ordem jurídica internacional. E é neste contexto que o presente trabalho desenvolve os conceitos da *lex mercatoria* e dos Princípios do Unidroit para os Contratos do Comércio Internacional, formas encontradas pelos operadores do Comércio Internacional de facilitar e dinamizar sua atividade afastando-se das amarras e formalidades que impregnam os quadros normativos estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização – Comércio internacional – Princípios do Unidroit – *Lex Mercatoria* – Princípios gerais do direito – Arbitragem.

ABSTRACT: The expression, globalization is current in the present time, spread out by the economic journalism, unprovided of a specific legal meaning, by times, is used as descriptive element of a reality to be apprehended with an ideological direction, consequently, with value, of a defended or condemned phenomenon. We should emphasized that the globalization is a reality, we must, therefore, unfasten of its presumed ideological character. The globalization modified the human relations and the actors of the international relations itself, what it affects directly and indirectly international legal system. It's in this context that this study develops the concepts of *lex mercatoria* and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, dynamic ways found by the International trade operators to facilitate its activity and moving away from obstacles and formalities that impregnate the State normative frames.

KEYWORDS: Globalization – International trade – Unidroit principles – *Lex mercatoria* – General principles of law – Arbitration.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A *lex mercatoria*: 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Histórico doutrinário; 2.3 A nova *lex mercatoria*: 2.3.1 Conceito de *lex mercatoria*; 2.4 Fontes da *lex mercatoria* – 3. Os princípios do Unidroit: 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Origem e fonte de inspirações; 3.3 Aplicação dos princípios; 3.4 Formas possíveis de utilização dos princípios: 3.4.1 Modelo legislativo – O exemplo da Lituânia; 3.4.2 Guia para redação dos contratos; 3.4.3 Escolha pelas partes como norma reguladora do contrato – 4. *Lex mercatoria* e os princípios do Unidroit: 4.1 Goldman e os princípios do Unidroit; 4.2 Absorção da *lex mercatoria* pelos princípios; 4.3 Indicadores jurisprudenciais – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os efeitos da globalização está o crescente poder econômico e, uma mudança no papel do Estado, principalmente, no que se refere à atividade privada em especial no Comércio Internacional.

A cada dia que passa o Comércio Internacional torna-se mais dinâmico, exigindo maior flexibilidade legal adaptável às suas novas condições, independente das fronteiras e barreiras entre os países e os seus sistemas jurídicos.

É neste contexto atual que temos uma mudança, uma renovação do conceito da *lex mercatoria*; assunto do primeiro capítulo deste trabalho. Far-se-á uma análise de sua origem histórica, conceito e fontes.

Uma vez colocada a questão da *lex mercatoria*, será feita uma apreciação dos Princípios do Unidroit para os Contratos Internacionais do Comércio, ferramenta do Comércio Internacional que comumente é apontada como fonte da *lex mercatoria*, mas que tem sido usada nas mais diversas circunstâncias. Inclusive, seu crescimento e amplitude nas práticas comerciais apontam para a possibilidade de absorção da *lex mercatoria* pelos referidos Princípios na institucionalização da *lex mercatoria* por meio dos Princípios do Unidroit.

Por derradeiro, trata-se de contrastar estes dois institutos do Comércio Internacional, trazendo à baila alguns julgamentos, a partir dos quais se pode auferir se realmente a combinação e complementação de ambos traz uma maior segurança jurídica as relações comerciais ou se acabam por gerar o efeito contrário com sua aplicação discriminada pelos árbitros.

2. A LEX MERCATORIA

2.1 Considerações iniciais

É possível apontar as grandes navegações como marco inicial do comércio internacional. De fato, as transações comerciais internacionais foram lidadas primeiro pelo direito marítimo pela civilização fenícia, em seguida as civilizações gregas

e romanas constituíram importantes fontes históricas do processo de desenvolvimento do comércio internacional.

Entretanto, certamente a Idade Média foi o período em que se deu o cume do desenvolvimento da autonormatização da atividade mercantil.¹ É neste momento histórico que nasce o *ius mercatorum*, sob o contexto do processo de urbanização através do fenômeno das corporações de classes, especificamente as corporações de mercadores para a proteção e assistência dos comerciantes.

O conceito de *lex mercatoria* foi construído no decorrer do desenvolvimento do comércio internacional. Apesar de existência da *lex mercatoria* nas civilizações humanas antigas, e de ter sido praticada amplamente durante a Idade Média, existe uma discussão quanto à sua aplicação nas relações de comércio internacional modernas.

2.2 Histórico doutrinário

É possível distinguir um início de uma discussão doutrinária na presente temática, sob a denominação de um “direito transnacional”, com o Juiz Philip Jessup, que usou este termo no sentido de ser “todo direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteira nacional. Tanto direito internacional público como privado incluem-se, assim como outras normas que não se ajustam plenamente em tal padrão categórico”.²

Nota-se que esta concepção reconhece a inter-relação das ordens jurídicas nacionais e o caráter transnacional das relações entre povos e nações. O doutrinador Goode critica, arguindo que, em matéria comercial, prefere utilizar o termo “direito comercial transnacional” à adoção do termo “direito transnacional”, dado que este seria demasiadamente amplo, de forma a incluir em seu bojo o direito nacional do comércio internacional e regras de conflito de normas nacionais. Em sua visão,

“‘direito comercial transnacional’ é concebido como direito que não é particular ou produto de um único sistema jurídico, mas representa a convergência de normas de diversos sistemas jurídicos ou até mesmo, na visão de seus expositores mais abrangentes, um conjunto de normas que estão inteiramente anacionais e

-
1. Ressalte-se que neste momento ‘os mercadores’ não são identificados com a noção política e econômica de classe que passou a ser difundida apenas após o Marxismo – a partir do século XIX.
 2. JESSUP, Philip. *Transnational Law* (1956) apud MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? American University International Law Review*, vol. 14. n. 3. p. 660. Washington D.C., 1998. Trad. livre: “all law which regulated actions or events that transcend national frontiers. Both public and private law international law are included as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

tem sua força em virtude do uso internacional e sua observância pela comunidade mercante. Em outras palavras, são as normas, não meramente as ações ou eventos, que atravessam as fronteiras nacionais.”³

Inúmeros são os autores que proclamam o surgimento de direito específico para as relações comerciais internacionais desvinculadas do direito interno. Assim como o Prof. Goode, o Mestre Clive Schmitthoff tampouco hesita em aclamar um direito do comércio transnacional.

Dentre os primeiros a sinalizar uma *lex mercatoria* originária da prática comercial entre os comerciantes, desvinculado das normas legais do Estado, foi Berthold Goldman em 1964. Em seu artigo “Archives de Philosophie de Droit”, o autor buscou estabelecer ao que poderia afirmar-se como os primeiros traços de uma nova *lex mercatoria*, base para um direito positivo distinto e autônomo – que regula o comércio internacional – livre de barreiras e restrições impostas pelos direitos nacionais.

2.3 A nova *lex mercatoria*

A ideia central desta nova *lex mercatoria* estaria fundada na comunidade atuante no comércio internacional, pela reiterada prática de atos e contratos conjuntamente com o âmago de criar regras próprias à sua atividade, que convergem em um direito autônomo anacional.

Este conceito está embasado no *ius mercatorum* nascido no século XI, acompanhando os costumes comerciais, com jurisdição especial, com fulcro na autonomia corporativa e sem intervenção do Estado, adaptado ao contexto do fim do século XX.

Ressalte-se que o contexto deste período difere-se do anterior. As nações encontram-se divididas por interesses comerciais conflitantes, principalmente no que tange os países em desenvolvimento e os desenvolvidos.

A conjuntura da ordem internacional do século XX, fortemente caracterizada pela descolonização, resultou na criação de novos Estados, sobretudo africanos e asiáticos. Existindo desde então um grande conflito de interesses entre as empre-

3. GOODE, Roy. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. 46 INT'L & COMP. L. Q. 1, 2-3 (1997) apud MANIRUZZAMAN, Abul FM. The *lex mercatoria* and international contracts: a challenge for international commercial arbitration cit., p. 660. Trad. livre “transnational commercial law is conceived as law which is not particular to or the product of any one legal system but represents a convergence of rules drawn from several legal system or even, in this view of its more expansive exponents, a collection of rules which are entirely anational and have their force by virtue of international usage and its observance by merchant community. In other words, it is the *rules*, not merely the actions or events, that cross national boundaries”.

sas estrangeiras, oriundas de países desenvolvidos que investiam nestes países e os mesmos, por exemplo: A aplicação de uma *lex mercatoria* em que predomina o pensamento e consequentemente os interesses dos países desenvolvidos – tradicionalmente formuladores do pensamento – poderia gerar um desequilíbrio no comércio internacional.

Frise-se que o contexto da nova *lex mercatoria* é totalmente diverso daquele em que se tiveram as primeiras tentativas de um direito dos mercantes, como a guisa de ilustração, foi a Lei do Mar de Rodes, do ano 300 a.C., adotadas por gregos e romanos e posteriormente aplicada no restante da Europa, ou as regras de direito marítimo desenvolvidas pelo Imperador Basílio I no século IX ou já no século XIV, o Consulado do Mar – com a reunião de costumes do comércio marítimo pela Corte Consular de Barcelona e aceita em quase todos os centros comerciais marítimos da Europa.⁴

A diferença reside em que após o século XIV, tem-se o fortalecimento do Estado Nacional Moderno e o enfraquecimento das sociedades corporativas. Deve-se notar que o conceito *lex mercatoria* é conflitante com o próprio conceito de Estado já que se tratam de realidades jurídico-políticas distintas. A aplicação de um corpo de regras jurídicas supranacionais, desvinculadas do Estado Soberano nas relações comerciais internacionais, conflita com a tendência codificadora nos séculos XVIII e XIX.

Pode-se inclusive afirmar que a aplicação da *lex mercatoria* por juizes nacionais é incompatível com a concepção da *lex mercatoria* em si – com seu vínculo corporativo com a comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional – daí decorre o atrelamento com a arbitragem. Uma vez o litígio sendo solucionado por arbitragem, a efetividade da decisão não repousa na força do Estado, mas na corporação de que as partes são membros. Frise-se que as regras contidas na *lex mercatoria* desenvolvem-se no comércio internacional, embora nem sempre sejam previstas no direito interno, não necessariamente conflitam com este, na verdade, em regra frequentemente são compatíveis com os princípios que regem o direito obrigacional. Apesar dos Tribunais poderem dar-lhe efetividade, fundamentando-se em princípios como *pacta sunt servanda*, boa-fé ou em sua adequação aos princípios gerais de direito, isso não será aplicado quando a norma de ordem pública local for afetada, caso em que os Tribunais são compelidos a afastar aplicação da regra costumeira internacional.

Nesta acepção, deve-se lembrar a decisão do Tribunal de Grande Instância de Paris, adotada em 1981, em que tendo em vista o caráter internacional do contrato,

4. Huck, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria – Horizonte e fronteira do comércio internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. vol. 87. p. 213-235. São Paulo, jan.-dez. 1992. p. 216.

decidiu abandonar todas as referências que o vinculariam a uma legislação específica, turca ou francesa, e aplicou a *lex mercatoria* internacional.⁵

Inclusive Schmitthoff, um dos defensores da *lex mercatoria*, reconhece que apesar do caráter internacional deste corpo de normas, este deve ser conciliado com o conceito de soberania estatal – moderno – sobre qual a estrutura da ordem internacional contemporânea apoia-se.⁶

2.3.1 Conceito de *lex mercatoria*

Diversos autores tentaram conceituar *lex mercatoria*, inclusive alguns autores se posicionam de forma contrária a esta em razão das “normas” ou princípios existentes na *lex mercatoria* ou decorrente dela não provirem da estrutura estatal (visão na qual o Direito provém do Estado). Na verdade, o que difere é o sentido e amplitude dada a *lex mercatoria*, vejamos:

O precursor da *lex mercatoria* Goldman a define como “conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional”.⁷ Por seu lado, Schmitthoff considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais ou regras uniformes aceitas por todos os países.⁸

Nota-se uma contenda entre estes conceitos, principalmente no que se refere ao papel do Estado na *lex mercatoria*. Apesar desta definição de Goldman ser mais realista e atender à realidade dos direitos nacionais – inicialmente, em sua definição em 1964, o autor apontava a *lex mercatoria* como autônoma e independente, uma verdadeira ordem jurídica supranacional – todavia, é possível averiguar que permanece a noção de uma *lex mercatoria* afastada das leis nacionais. Neste sentido, é possível criticar levantando que o Estado ainda desempenha uma função no comércio internacional moderno, quer com o poder jurisdicional – traçando limite e trazendo regulação a este – quer como sujeito de Direito Internacional Público –

5. Nota da autora: durante o início dos anos 80 a Suprema Corte Austríaca no caso *Palback Ticaret Limited Sirkety* (Turquia) v. *Norslov S.A.* (França) reconheceu a viabilidade da *lex mercatoria*. Este mesmo caso foi apresentado à Corte de Cassação Francesa que, de mesma forma, reconheceu a mesma *lex* como aplicável.

6. Schmitthoff, Clive M. *Commercial law in a changing economic climate*. London: Sweet & Maxwell, 1981. p. 21.

7. GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law – The *lex mercatoria*. In: LEW, Julian D. M. (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1985. p. 116.

8. Schmitthoff, Clive. Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transactions. *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Schmitthoff and Horn, ed. 19787.

firmando acordos e tratados internacionais – quer internamente mediante práticas de políticas tributárias, normas alfandegárias entre outras.

Por sua vez, Schmitthoff assinala um papel ativo dos países na formação da *lex mercatoria*, já que para ele ou estes princípios originam-se do que as leis sobre comércio internacional têm em comum ou regras que passam pelo crivo dos países.

Outra visão é levantada por Lando, que conceitua o instituto como regras de direito que são comum a todos ou a maioria dos envolvidos no comércio internacional ou para aqueles Estados envolvidos numa disputa comercial – não sendo tais regras identificáveis, aplicando-se aquelas que pareçam ser as mais apropriadas e equitativas.

Parte da crítica feita a aplicação desta *lex mercatoria* é justamente que ela pode refletir apenas regras comuns a maioria dos envolvidos no comércio internacional e esta maioria seria justamente a prática dos mais fortes, com maior poder econômico e inclusive político e, por consequência, detentores de uma capacidade de barganha mais ampla. No final do conceito levantado por Lando, nota-se inclusive que serão aplicadas as regras mais apropriadas e equitativas, o questionamento que se deve fazer é justamente quem teria esta autoridade para definir o que é apropriado e equitativo uma vez que se trataria de um direito espontâneo criados pelo próprios operadores do comércio internacional.

Já para Lange, a *lex mercatoria* trata-se das regras do jogo do comércio internacional.⁹ Por sua vez, para Goldstajn trata-se do corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.¹⁰

Com distinção, o Prof. José Carlos de Magalhães afasta-se de definições precisas e conceitua *lex mercatoria* como “as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidades”.¹¹

Conceito que condiz que a espontaneidade existente na *lex mercatoria* e considera a prática como parte fundamental deste instituto. Apesar de carregar consigo a mesma problemática da sujeição de aprovação, em realidade a dificuldade é definir quem teria legitimidade para tal. Ademais de sopesar os setores do comércio separadamente, ponto essencial dado que se nota uma diferenciação entre o exercício realizado entre cada área. À guisa de ilustração, podemos apontar o artigo de

9. LANGE, *Transnational Commercial Law*, Leiden, 1973 apud MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. RT 709/43.

10. GOLDSTAJN. *The new Law Merchant*, in *Festschrift Fuer Clive Schmitthoff*, 1973 apud MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 43.

11. MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 43.

Charles Molineaux no *Jornal Internacional de Arbitragem*, que assinala uma *lex constructionis* referente ao campo da construção internacional.¹²

Para uma melhor compreensão dos conceitos acima expostos cabem algumas observações. Apesar de Goldman acreditar que a *lex mercatoria* existia e era imperativa para regular o comércio internacional, o autor constatava a pressão dentro do sistema criada pelo atores mais fortes, o que importaria em uma aceitação da sistemática da *lex mercatoria* aos economicamente mais fracos.

Essa preocupação é evidente. Esse pensamento é inclusive ilustrado por Arnold Wald que, ao versar sobre a temática, frisa a importância de uma postura ativa dos juristas brasileiros em relação à *lex mercatoria*, não devendo ser meros espectadores, mas sim participantes de sua construção no plano profissional e doutrinário na dinâmica da elaboração desta.¹³

2.4 Fontes da *lex mercatoria*

As fontes tradicionais dos contratos internacionais relacionadas ao comércio internacional provêm do Direito Internacional Privado. Como foi exposto, dentre as consequências das relações internacionais de caráter econômico (expansão dos negócios internacionais, parcerias empresariais e empresas multinacionais) no Direito foi o “*Droit International des Affaires*” ou a nova *lex mercatoria*.

Dentre os proponentes da *lex mercatoria* existe controvérsia quanto às fontes admissíveis para a mesma.

O Prof. Lando listou diversos elementos ao invés de fontes como segue: direito internacional público, lei uniforme, princípios gerais do Direito, regras das Organizações Internacionais, costumes e usos, contratos modelos e laudos arbitrais.

Por sua vez, na visão de Goldman, a *lex mercatoria* deriva dos princípios costumesiros e espontâneos – o que em regra restringe o que poderia ser considerado como fonte.

Esta visão de Goldman recebe críticas no sentido que a repetição de transações na mesma forma poderia criar não mais que um grupo de normas peculiares para o comércio individual, de maneira a criar uma rede de sistemas paralegais. O que se abaliza como inconsistente com a premissa teórica da *lex mercatoria*, que surgiria espontaneamente da estrutura do comércio internacional tomado como um todo indivisível.¹⁴

12. Ver: MOLINEAUX, Charles. Moving toward a construction *lex mercatoria* – a *lex constructionis*. *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n. 1, p. 55-66. Geneva, mar. 1997.

13. WALD, Arnaldo. A introdução da *lex mercatoria* no Brasil e a criação de uma nova dogmática. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 32, n. 127, p. 13-16. Brasília, jul.-set. 1995.

14. MLSHLL, Lord Justice Michael. *The new Lex Mercatoria: The first Twenty-five Years*. Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce 149, 174, n. 82 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds, 1987).

Já sob o prisma do Doutrinador Goode, somente os princípios gerais e usos não codificados constituem a *lex mercatoria*. Sob sua influencia em trabalho recente, o Docente Dasser aponta somente os usos do comércio e os princípios gerais de direito como fontes genuínas.¹⁵

A maior parte da doutrina aponta como fontes da *lex mercatoria*, além dos usos e costumes comerciais internacionais e os princípios gerais do direito, os contratos-tipo, a jurisprudência arbitral, os Tratados e Convenções de Direito Uniforme, as leis modelos e o direito interno.

Os usos comerciais derivam da adoção voluntária e repetida dos mesmos procedimentos por parte da generalidade dos operadores comerciais econômicos. Os costumes são estabelecidos a partir de uma prática comum constante, evolutiva e fundada na consciência de sua obrigatoriedade – *opinio iuris*.¹⁶ Tanto os usos como os costumes comerciais internacionais são considerados uma das mais importantes fontes da *lex mercatoria*, razão pela qual a maioria das organizações representativas das comunidades comerciais dedicam-se ao trabalho de uniformizar os procedimentos comerciais, elaborando ordenamentos, que incorporam com a mesma eficácia da normatividade formal, como é o caso, entre outros, dos Incoterms, das Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais e dos Créditos documentários. Dentre as maiores bandeiras do comércio internacional hoje são justamente a unificação, uniformização e harmonização do direito comercial.

Os princípios gerais do direito geralmente derivam do Direito Comparado de diversos ordenamentos nacionais ligados às relações contratuais e do raciocínio abstrato dos árbitros. Apenas com caráter ilustrativo, pode-se citar o princípio da boa-fé objetiva, *pacta sunt servanda*, culpa *in contrahendo*, *exceptio non adimplenti contractus*, vícios do consentimento, dever de limitar danos, entre outros.¹⁷

Por fim, comumente também cita-se como fonte de *lex mercatoria*, as Incoterms¹⁸ e os contratos-tipo que seriam regulamentações ou fórmulas de contratos, pa-

Nota da autora: a fundação teórica deste autor tem o propósito de tratar a *lex mercatoria* como corpo do direito substantivo.

15. DE LY, Filip. *Feloc Dasser's Internationale Schiedsgerichte und Lex mercatoria Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion Uber Ein Nichtstaatliches Handelsrecht*, 39 Am. J. Comp. L. 627 (1991) *apud* MANIRUZZAMAN, Abul F. M. Op. cit., p. 667.
16. Nota da autora: Pode-se dizer que dois elementos indicam os fundamentos da obrigatoriedade do costume internacional, a saber: elemento material (uso, prática e tempo) e o psicológico (convicção da obrigatoriedade deste uso – *opinio iuris*).
17. AMARAL, Ana Paula Martins. Fontes do direito do comércio internacional. *Jus navigandi*, ano 9, n. 582. Teresina, 09.02.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261]. Acesso em: 17.08.2006.
18. Nota da autora: é a abreviação da expressão “International Commercial Terms” trata-se de regras criadas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) com o fim de administrar conflitos oriundos da interpretação de contratos internacionais entre exportadores e im-

dronizadas, com inúmeros pontos em comum, somente se diferenciando nas particularidades de cada ramo do comércio. Normalmente são elaborados por organizações ou associações internacionais que buscam uniformizar a prática comercial.

Dentro desta busca de uniformização e harmonização do Direito internacional Privado, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (doravante Unidroit)¹⁹ elaborou os princípios do Unidroit (doravante referido somente como Princípios). Princípios os quais são comumente indicados como fonte da *Lex mercatoria*.

Diversas normas de Direito Uniforme elaboradas pelo Unidroit revestem-se na forma de Convenções Internacionais. No entanto, a dificuldade da formalidade deste processo, ademais dos longos e tardios procedimentos para que estas entrem em vigor quando, e principalmente, quando se refere ao Comércio Internacional, que tem em sua própria natureza a exigência de agilidade, flexibilidade dinamicidade, trouxe como consequência o incremento de formas alternativas de unificação, tal como os Princípios.

Frise-se que a criação destes princípios está relacionada à ideia de evitar uma restrição de “localização” dos contratos internacionais do comércio em uma estrutura de um único sistema legal nacional. No lugar disto busca sujeitá-los a princípios e regras de caráter supranacional ou anacional, usualmente referidos como “princípios gerais do direito” ou *lex mercatoria*, no entanto, desde sua criação doutrinária tem sido alvo de inúmeras críticas. Dentre as objeções levantadas com mais frequência é a ausência de uma definição precisa da natureza e do conteúdo destes princípios e regras, de maneira que recorrer a estes inevitavelmente levaria na solução de cada caso individual em um resultado imprevisível, se não arbitrário.

Existem pensadores, como Michael Joachim Bonell, para quem este argumento perde força com a publicação dos princípios do Unidroit.²⁰ No entanto, antes de

portadores concernentes à transferência de mercadorias, à despesas decorrentes das transações (riscos e custos) e a responsabilidade sobre perdas e danos, dando uma interpretação uniforme dos procedimentos comerciais internacionais, definindo direitos e obrigações dos dois polos em múltiplos aspectos da operação.

19. Nota da autora: O Instituto para a Unificação do Direito Privado – Unidroit – é uma organização intergovernamental independente que foi criado em 1926, pela Liga das Nações, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, foi reformulada em 1940, após dissolução desta organização, com base em um acordo multilateral – o Estatuto orgânico do Unidroit. Seu objetivo consiste em estudar as necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados, em especial, o direito comercial entre Estados e grupos de Estados. Tem sua sede em Roma e entre seus sessenta membros têm Estados que pertencem aos cinco continentes e que representam os diversos sistemas jurídicos, econômicos e políticos existentes, dentre os quais o Brasil. Disponível em: [www.unidroit.org/]. Acesso em: 21.08.2006.

20. The Unidroit principles of international commercial contracts: towards a new *lex mercatoria*? *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 2, p. 145. Paris, 1997.

afirmar qualquer coisa a respeito se faz necessário ressaltar alguns aspectos dos princípios no capítulo que se segue.

3. OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT

3.1 *Considerações iniciais*

Com a circulação internacional de mercadoria, serviços e pagamentos – com criação de riquezas e mobilidade dos fatores de produção – surgiram tentativas de unificação internacional do direito dos contratos e conseqüentemente novas fontes. Neste bojo surgiram Convenções Internacionais, tais quais: Convenção de Haia de 1955 sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos no seio da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado,²¹ a Convenção das Nações Unidas sobre contratos relativos à venda internacional de mercadorias, celebrada em Viena, sob a égide da Uncitral – United Nations Commission for International Trade Law – em 11.04.1980,²² a Convenção de Genebra sobre Representação em matéria de Venda internacional de Mercadorias elaborada sob o auspícios do Unidroit, de 1983,²³ a Convenção de Haia sobre a Lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias concluída em 22.12.1986 no seio da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado,²⁴ a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais elaborada na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado – CIDIP V – em março de 1994,²⁵ dentre outras.

21. Nota da autora: cabe ressaltar que a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado (cuja primeira reunião data de 1893), tornou-se uma organização intergovernamental permanente de caráter global em 1955 após a entrada em vigor do seu estatuto. Conta com mais de 60 Estados membros e tem por objetivo maior a segurança jurídica apesar das diferenças entre os sistemas jurídicos. A Convenção está em vigor desde 01.09.1964. Ratificaram esta Convenção a Dinamarca, França, Finlândia, Itália, Noruega, Suécia e Suíça. Disponível em: [www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=31]. Acesso em: 28.08.2006.

22. Nota da autora: frise-se que até a presente data são 67 países que fazem parte da Convenção. No entanto o Brasil não é membro deste grupo de países, não sendo sequer signatário desta. Disponível em: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html]. Acesso em: 02.09.2006.

23. Nota da autora: a Convenção foi firmada pelo Chile, Santa Sé, Marrocos, Suíça, Itália e França. Disponível em: [www.unidroit.org/english/implement/i-83.pdf]. Acesso em: 02.09.2006.

24. Vide nota n. 21.

25. Nota da autora: no âmbito da América Latina a Organização dos Estados Americanos (OEA) liderou o processo de uniformização e harmonização do direito internacional privado. Trabalho este elaborado pelo Comitê Jurídico Interamericano – comissão per-

Como aventado anteriormente, ademais dos tratados e convenções, o direito costumeiro passou a compor as novas fontes do comércio internacional. Estes ficavam sem grande aplicação em razão da dificuldade de incorporação e não reconhecimento (no direito nacional e nas decisões arbitrais respectivamente). Em decorrência, surgiu uma nova categoria de fontes não legislativa com o fim de unificação e harmonização do direito, dentre as quais destacam-se os princípios do Unidroit.

3.2 Origem e fonte de inspirações

A ideia de um “restatement of law”²⁶ dos contratos do comércio internacional avançou pela primeira vez na ocasião do colóquio internacional sediado em Roma em abril de 1968, na celebração de 40 anos da fundação do Unidroit.

Mas, foi em 1971 que foi incluído no Programa de trabalho do Instituto o que na versão original da Resolução na língua francesa foi chamado de *essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu')* ou em inglês *Progressive Codification of International Trade Law*. Entretanto, em razão de outros comprometimentos do Instituto, a *Codificação Progressiva do Direito do Comércio Internacional*, que somente depois foi renomeado *princípios dos Contratos de Comércio Internacional* (“Principles of International Commercial Law”), por alguns anos não foi considerado prioridade na Organização.

Somente nos anos 80 um grupo especial de trabalho recebeu a tarefa de preparar o esboço dos capítulos dos Princípios. O grupo era composto de *experts* de direito contratual e do comércio internacionais dos diversos sistemas políticos, sociais e

manente do Conselho Interamericano de Jurisconsultos – do qual surgiram convenções interamericanas contendo normas materiais e conflituais em diversas áreas, com intuito de dar início ao processo de harmonização e uniformização do direito para os países do continente americano. Foram realizadas diversas Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP – I, II, III, IV, V e VI, já tendo sido iniciados os preparativos para a CIDIP VII). A CIDIP V foi sediada na Cidade do México em 1994. Dentre os temas da CIDIP V destacam-se a lei aplicável aos contratos internacionais tendo sido concluída a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais a qual foi assinada pelo Brasil em 17.03.1994 sem ter sido ratificada. Disponível em: [www.oas.org/DIL/CIDIPV_signatures_ratifications.htm]. Acesso em: 28.10.2006.

26. Nota da autora: O início do trabalho do comitê formado pelos juristas René David, Clive Schmitthoff e Tudor Popescu que representavam os sistemas de Direito Civil, Anglo-saxão e Socialista que se reuniram para pesquisar sobre a possibilidade de elaboração dos Princípios utilizou essencialmente o mesmo método do “Restatement of Conflict of Laws” – compilação do Direito americano de conflito de leis, tanto interno como internacionais, feita pelo ‘American Law Institute’, de caráter extra-oficial, ou seja não é promulgado como lei, no entanto com ampla aceitação na prática, sendo comumente citado nas decisões judiciais inclusive.

jurídicos, em sua maioria acadêmicos, mas todos ilustravam sua capacidade pessoal sem expressar a visão de seus governos.

Desde o esboço foi possível verificar a influência das codificações nacionais mais recentes no período, tal como o Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos da América (*United States Uniform Commercial Code*) e instrumentos legais internacionais, tal qual a Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral – Viena – 1980, assim como instrumentos não legislativos elaborados por órgãos profissionais ou associações comerciais e amplamente usados no comércio internacional como as Incoterms.

Outra referência que também foi considerada quando da preparação dos Princípios foram os Princípios Europeus de Direito Contratual, que estavam sendo elaborados quase que concomitantemente com os do Unidroit.²⁷ Resguardadas as diferenças entre ambas, naturalmente o grupo do Unidroit tinha conhecimento do trabalho conduzido pela Comissão Europeia de Direito Contratual (também conhecida como “Lando Commission”) e vice-versa. Inclusive os grupos estavam lidando com os capítulos individuais em tempos diferentes, permitindo que um tivesse o resultado do outro, nem que na forma de esboço preliminar. Até mesmo esse conhecimento e troca era facilitada pelo fato que diversos *experts* eram membros de ambos os grupos.

Apesar de todas essas influências que marcaram a elaboração dos Princípios desde o início, existia no Grupo de trabalho duas filosofias conflitantes, a saber: de um lado os “tradicionalistas”, relutantes de afastar-se de princípios já previamente estabelecidos, principalmente se estes princípios faziam parte de seu sistema jurídico; de outro lado existiam aqueles “inovadores”, mais abertos para desenvolvimentos mais recentes, mesmo quando estes faziam parte de um sistema jurídico estrangeiro e não eram aceitos genericamente. Entre as duas filosofias foi encontrado um equilíbrio.²⁸

A dificuldade para este comeditamento está justamente no fato que os Princípios foram modelados para satisfazer as necessidades da prática do Comércio Internacional e parcialmente pela necessidade de apreciarem-se as diferenças das situações econômicas e políticas existentes no globo.

Em uma breve análise dos Princípios observam-se alguns exemplos de princípios que ilustram essas duas situações. Nota-se a preocupação com a prática de comércio internacional, à guisa de ilustração aqueles referentes a noção da escrita e discrepância entre diferentes versões de línguas nos contratos (arts. 1.11 – definições e 4.7 – discrepâncias linguísticas dos Princípios do Unidroit versão de 2004, doravante Princípios (2004)) ou aqueles que fazem referência as diferenças formas

27. LANDO, O. Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code. In: M. CAPPELLETTI (ed). *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978. p. 267 e ss.

28. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...* cit., p. 148.

de pagamento (arts. 6.1.7 Pagamento por cheque ou outro instrumento e 6.1.8 Pagamento por transferência de fundos dos Princípios (2004)).

Todavia, nota-se também disposições inspiradas em considerações políticas em um sentido amplo, em particular nas questões especiais existentes entre as relações econômicas Norte e Sul e Leste e Oeste, pode-se trazer à baila exemplos, tais como os princípios que regulam o contrato ou seus termos individuais contra injustiças (arts. 2.1.20 – cláusulas surpresa, 2.1.21 – conflito entre cláusulas “standard” e “não standard”, 3.10 – excessiva desproporção, 4.6 interpretação contra *proferentem*, 7.1.6 – cláusulas de exoneração).

3.3 Aplicação dos princípios

No preâmbulo dos Princípios estão seus propósitos e a primeira afirmação é justamente que “Estes princípios estabelecem regras gerais aplicáveis aos contratos mercantis internacionais”.²⁹

Dentre as existentes, podemos destacar duas razões para justificar e limitar a aplicação dos Princípios aos contratos internacionais. Quando uma transação contém conexão factual com mais de um país que os conflitos entre as leis nacionais surgem, não somente na ausência de uma legislação internacional, mas também na aplicação de leis uniformes obscuras quanto ao seu significado preciso ou em caso de lacuna. Em segundo lugar, dada a considerável diferença que existe entre diversos países ou regiões atinente suas estruturas políticas e econômicas e desenvolvimento, os regimes jurídicos de contratos puramente domésticos ainda variam estimavelmente de país a país. Ao contrário no que tange as transações internacionais estatais, buscando garantir que seus nacionais tenham a mesma oportunidade dada aos concorrentes estrangeiros, em regra os Estados se determinam menos a impor sua lei e estão mais preparados para atribuir as partes uma autonomia mais ampla ao regular suas relações.³⁰

Considerando que os Princípios refletem conceitos e proposições de diversos sistemas jurídicos desde sua ideia inicial, já existe a dificuldade de que estes são aplicáveis aos contratos comerciais internacionais sem definir precisamente o termo.

No que tange o critério de determinação do que caracteriza um contrato como internacional, é manifesta a existência de múltiplos meios em que se pode defini-lo. As soluções alcançadas pelas legislações nacionais e internacionais são variantes desde o critério de nacionalidade, domicílio ou residência das partes em diferente países à adoção de critérios mais genéricos como um contrato en-

29. “These principles set forth general rules for international commercial contracts.” Trad. livre. Disponível em: [www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf].

30. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...* cit., p. 150-151.

volvendo uma escolha de leis de diferentes Estados ou afetando interesses do Comércio Internacional.³¹

Neste sentido, Maristela Basso aclara que os Princípios não adotaram um posicionamento específico quanto a aceção precisa de contratos mercantis internacional, vejamos:

“Daí porque os ‘princípios do Unidroit’ não adotam, expressamente, nenhum critério. Contudo, há neles a presunção que o conceito de internacionalidade dos contratos devem ser interpretados no sentido mais amplo possível, para que fiquem excluídas somente aquelas relações contratuais onde não exista nenhum elemento de internacionalidade, isto é, aquela cujos elementos de conexão se circunscrevem a um único país”.³²

Assume-se, portanto, diante de uma interpretação o mais abrangente possível, de modo que exclua apenas aqueles casos em que todos os elementos relevantes do contrato em questão estão conectados com unicamente um país.³³

Frise-se que desde 1927 – ano do julgamento francês *Affaire Péllissier du Basset* – foi introduzida a noção de contrato internacional o critério econômico, consagrando a expressão “fluxo e refluxo” através das fronteiras de bens, valores e capitais como dado fundamental na determinação do efeito internacional do contrato.

Considerando, pois, não somente o caráter jurídico, mas também o econômico. Portanto, mesmo para os Princípios pode-se avaliar como internacional o contrato que além de componente jurídico (produção de efeitos de direito em duas ou mais ordens jurídicas autônomas ao mesmo tempo), apresenta o componente econômico (fluxo e refluxo sobre as fronteiras com consequências significativas para mais de um país).³⁴

No tocante a expressão “comercial” adotada pelo Unidroit, é possível afirmar que os Princípios aplicam-se aos contratos mercantis, comerciais – sem se apoiar na distinção que existe entre alguns sistemas jurídicos na tradicional distinção entre o caráter civil, mercantil ou comercial.

Na verdade desta forma a aplicação dos Princípios não se condicionará em se as partes contratantes tem ou não o status formal de mercante (“merchants” ou “com-

31. Nota da autora: Estes critérios citados encontram-se respectivamente no art 1(1), alínea (a) da Convenção das Nações Unidas relativa à Venda Internacional de Mercadorias – CISG; art. 1.º da Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais – Convenção de Roma de 1980; art 1.492 do Código de Processo Civil francês.

32. Basso, Maristela. Âmbito de aplicação dos Princípios do Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais. *Revista Jurídica Unigran*, vol. 1, n. 2. p. 48-57. Centro Universitário da Grande Dourados, jul.-dez. 1999. p. 51.

33. Comentário 1 do preâmbulo. Unidroit – *International Institute for the Unification of Private Law. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*. Rome: Unidroit, 2004.

34. Basso, Maristela. Op. cit., p. 52.

merçants”, “kauffleute”) ou se o contrato em questão são objetivamente de natureza comercial (“actes de commerce”, “kandelsgeschäfte”).

Tampouco é adotada aqui uma definição expressa e mais uma vez toma-se como regra o entendimento mais amplo possível (incluindo as tradicionais operações de compra e venda e prestação de serviço, assim como operações econômicas, de investimento entre outras). A ideia, em realidade, é excluir do escopo dos Princípios as chamadas “transações de consumo” – transações envolvendo quem não está agindo na direção de seu negócio ou profissão. Nesta linha, o Prof. Tallon aclara esta distinção como segue:

“Hoje na maioria dos países um corpo de normas está sendo desenvolvido, que se aplicam somente a relações entre partes que sejam profissional e um cliente não profissional. Esta distinção não é necessariamente a mesma da entre mercante e não mercante; e sobretudo a finalidade subjacente destas normas, que é a proteção do consumidor, é completamente diferente daquela do direito comercial”.³⁵

Diante do acima referido, resta claro que se faz necessário excluir as relações de consumo do desígnio dos Princípios, ademais da não estarem inseridas no desígnio dos contratos do comércio internacional a proteção ao consumidor está vinculada à história política e jurídica de cada país e do comportamento da cada Estado e Governo para com seu cidadão. De tal sorte, que o critério adotado a nível nacional e internacional varia em demasia para distinguir entre contratos de consumidor e não consumidor.

Apesar dos Princípios não evidenciarem de forma expressa uma definição o comentário 2 do Preâmbulo, apontam que a suposição é de que o conceito de contrato comercial deve ser entendido no sentido mais amplo possível, de modo a incluir não somente as transações comerciais para o fornecimento ou troca de mercadorias ou serviços, mas também outros tipos de transações econômicas, tal como investimento, acordos de concessão, contratos de serviços profissionais etc.

3.4 *Formas possíveis de utilização dos princípios*

3.4.1 *Modelo legislativo – O exemplo da Lituânia*

Os princípios pelas suas próprias características podem ser utilizados como modelo para legisladores nacionais e internacionais para elaborar novas leis ou

35. TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. VIII, Specific Contracts, chap. 2, Civil and Commercial Law, Tübingen/The Hague/Boston/London, 1983. p. 82. “Today in most countries a body of rules is being developed which only apply to dealing between a party who is professional and a non professional customer. This distinction is not necessarily the same as between the merchant and non-merchant; and above all the underlying purpose of these rules, which is that of the protection of the consumer, is quite different from that of commercial law”. Trad. livre.

projetos para estas no campo do direito contratual ou em relação a transações específicas.

Frise-se que isto é possível já que os Princípios abrangem o que podemos denominar como ciclo vital dos contratos, leia-se, a formação, ou seja, período que inclui as negociações e elaboração do contrato em si, seria a “gestação” do contrato; a conclusão – quando o contrato se aperfeiçoa; e execução – momento em que o contrato se consuma e alcança seu fim útil. Em realidade, essa distinção é importante já que a adequação de vontade adquire contiguidades particulares em cada uma destas fases, sendo indispensável à constituição, modificação e extinção dos vínculos jurídicos.

Após a publicação dos Princípios, alguns países os utilizaram como fonte de inspiração para reforma na legislação doméstica, exemplo seria o Código Civil da Federação Russa ou projetos similares no Camboja, China, Estônia, Indonésia, Israel e Lituânia.

Para melhor ilustração analisar-se-á o caso da Lituânia. O parlamento lituano (“Seimas”) adotou o Novo Código Civil em 18.07.2000, entrando em vigor em 01.07.2001 em substituição do antigo Código Civil de 1964.³⁶

Frise-se que este novo Código Civil se fazia necessário. A Lituânia foi invadida pela União Soviética e assim permaneceu por cerca de 50 anos, o que certamente causou sequelas diretas na regulação das relações civis – o sistema soviético aboliu a propriedade privada – todavia tudo mudou de repente após 1991, quando foi restabelecida a independência do país. Apesar das principais mudanças terem se dado no campo econômico e social, a vida cotidiana dos cidadãos foi transformada em praticamente todos seus aspectos. Isto foi refletido no campo legal com uma mudança repentina e maciça da legislação, o Código Civil antigo de 1964 foi emendado significativamente e não mais se tratava de um exemplo de uma legislação soviética, mas bem uma legislação que buscava regular as novas relações econômicas. Dadas emendas satisfizeram em um primeiro plano as necessidades das relações econômicas recentes, no entanto, o desenvolvimento econômico foi tão rápido que essas mudanças não mais proviam uma regulação apropriada.

Ressalte-se que é possível apontar diversas razões para essas alterações na legislação e adoção de um novo Código, focaremos em três delas, quais sejam: uma boa prática legislativa, após inúmeras alterações havia grande dificuldade para evitar discrepância e ambiguidade no texto, de maneira que se fazia necessário construir um texto único, harmônico e moderno que correspondesse com a realidade existente; mudanças rápidas no tecido social e no campo econômico, existiam relações

36. Nota da autora: Esta foi a primeira codificação nacional em Direito Civil após os Estatutos da Lituânia do Século XVI. Este código foi de grande importância para a sociedade lituana de tal forma que foi apelidado como “Constituição de Direito Privado”. Este estabeleceu os principais princípios das relações civis entre pessoas físicas e jurídicas.

que careciam de qualquer regulação, podemos trazer à baila o exemplo das “Factoring” que existiam no país desde aproximadamente 1997, mas a regulação relevante entrou em força somente com a adoção do novo Código Civil em 2000. Por último trazemos a preparação para ascensão à União Europeia, sendo uma grande influência em alguns setores tais como concorrência, societário, tributário entre outros relacionados com a relação civil privada conjuntamente com a questão da uniformização e harmonização, aí a utilização dos Princípios como instrumento de harmonização das normas domésticas.

Cabe salientar também que a nova legislação afetou o desenvolvimento de algumas das relações jurídicas, dado que os autores do projeto empenharam-se em elaborar uma legislação moderna incluindo institutos novos para a sociedade (carta de crédito, direito do consumidor, contrato marital, entre outros).

Dentro da organização deste código na parte referente às obrigações, alguns artigos foram agrupados os quais aludem às disposições do direito contratual (arts. 6.154 – 6.228). Estes foram preparados usando como base os Princípios, assim como outros instrumentos como a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.³⁷

E é justamente sob o ponto vista econômico que as mudanças de maior importância deram-se na área contratual. Neste sentido o Autor Mikelenas esclarece:

“O Código Civil de 1964 forneceu somente algumas regras gerais e algumas regras especiais a respeito de contratos específicos. Por exemplo, o Código Civil de 1964 não teve nenhuma parte geral de direito contratual e não estabeleceu o princípio da liberdade contratual. Tal situação causada pela economia planificada era compreensível porque o papel principal na economia planificada não pertencia aos contratos (...)

Na economia do mercado, o direito contratual tem um papel crucial. O contrato é a forma legal das relações comerciais. A economia de mercado, baseada na propriedade e iniciativa privada, precisa de regras eficazes a respeito de contratos. Estes devem fornecer o mecanismo legal para uma realização justa e igualitária de tais iniciativas privadas. Consequentemente, a tarefa principal no processo de realizar o esboço do Código Civil Novo era criar regras contratuais novas, modernas e eficazes, que tinha que corresponder à situação econômica modificada. Por outro lado, o direito contratual é uma instituição de direito privado em que as ideias de unificação e harmonização do direito são realizadas na maneira mais ampla. Assim, a criação de novas normas nacionais para contratos significa em realidade a transformação resultante da unificação regional ou transnacional e a harmonização do direito contratual no nível do sistema jurídico nacional. Isto é verdadeiro no que

37. Para mais informação ver o documento. Documento à disposição no site da União Europeia: [<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>].

diz respeito o Código Civil Novo da Lituânia – muitas disposições de direito contratual deste Código foram tiradas de instrumentos de unificação e harmonização conhecidos do direito contratual como os Princípios do Unidroit de contratos comerciais internacionais e os Princípios de direito Contratual europeu”.³⁸

Nota-se, portanto no caso concreto da Lituânia, que passou por uma grande transformação política, social e econômica a mudança na seara jurídica se fez não só necessária, mas também uma consequência natural do contexto em que se encontrava. Principalmente a partir de 2004, quando o país ingressou na União Europeia, já que desde então essa mudança passa necessariamente a ser feita em concordância com a tendência de unificação e harmonização no direito internacional privado, caso em que a utilização dos Princípios torna-se quase que automática e um meio eficaz de fazer essas mudanças de acordo com a realidade global atual.

Ademais, do exemplo da Lituânia da utilização dos Princípios como modelo legislativo, existem diversos outros dentre os quais podemos apontar alguns. Desde o Relatório da Comissão para Revisão da Lei Alemã de Obrigações já existiam referências individuais aos Princípios.³⁹ Pode-se encontrar disposições idênticas e algumas correspondentes tanto no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) como no Có-

38. MIKELENAS, Valentinas. The main features of the New Lithuanian Contract Law System Base don the Civil Code of 2000. *Juridica Internacional X/2005*. “The Civil Code of 1964 provided only a few general rules and some special rules regarding specific contracts. For example, the Civil Code of 1964 had no General Part of Contract Law, and it did not establish the principle of freedom of contract. Such a situation caused by the planned economy was understandable because the main role in the planned economy belonged not to the contract (...).In the market economy, contract law plays a crucial role. A contract is the legal form of business relationships. The market economy, based on private property and private initiative, needs effective rules concerning contracts. These must provide legal mechanism for a fair and equal realization of such private initiatives. Therefore, the main task in the process of drafting the new Civil Code was to create new, modern and effective contract rules, which had to correspond to the changed economic situation. On the other hand, contract law is an institution of private law in which the ideas of unification and harmonization of law are realized in the broadest manner. Thus, the creation of new national rules for contracts means in fact the transformation of results of the regional or transnational unification and harmonization of contract law at the level of the national legal system. This is true in respect of the new Civil Code of Lithuania – many contract law provisions of this code were borrowed from such well-known instruments of unification and harmonization of contract law as the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law.” Trad. Livre. Texto à disposição no site: [www.juridica.ce/get_doc.php?id=882#search=%22MIKELENAS%20New%20Lithuanian%20Contract%20Law%20%22]. Acesso em: 24.08.2006.

39. Para ver a mais a este respeito: Bundesminister des Justice (ed.), *Abschlußbericht der kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln 1992, p.149 e 165.

digo Comercial alemão (*Handelsgesetzbuch*). Disposições específicas dos Princípios foram escolhidas também no regramento contratual da Nova Zelândia por exemplo.⁴⁰

3.4.2 *Guia para redação dos contratos*

A ideia de que os Princípios funcionam como guia para esboçar um contrato comercial internacional está fincado na ideia que as partes contratantes em aceção são provenientes de diferentes países, conseqüentemente poderiam ter dificuldade em comunicar-se entre si com base na terminologia advinda de um sistema jurídico nacional específico, o que inicialmente representa que um das partes não está de todo satisfeito com a situação.

A proposta seria que usando os termos e expressões adotadas pelos Princípios, assim como as interpretações dadas a estes, as partes estariam se posicionado favoravelmente a uma terminologia neutra durante a negociação e para a elaboração do contrato. Os Princípios seriam facilmente utilizados justamente por suas definições uniformizadas e acesso virtual nos principais idiomas.

A dificuldade encontrada nesta forma de emprego dos Princípios é precisamente apurar sobre como, quando e com que frequência tem sido feito e utilizado. No entanto, em setembro de 1996, foi feita uma pesquisa pelo Unidroit com intuito de apurar como os Princípios foram utilizados após seus dois primeiros anos de publicação.⁴¹ Foi verificado que 59% daqueles que responderam a pesquisa indicaram que os Princípios foram usados nas negociações dos contratos para superar as barreiras linguísticas, como diretriz das questões a serem abordadas ou como modelo de disposições (o último sendo apontado como mais frequente por ao menos metade das respostas).

3.4.3 *Escolha pelas partes como norma reguladora do contrato*

No próprio preâmbulo dos Princípios consta que “Os Princípios deverão aplicar-se quando as partes tenham acordado que seu contrato seja regido por eles”.⁴²

40. Para ver mais a respeito: SUTTON, R. Commentary on ‘Codification, Law Reform and Judicial Development’. 9 *Journal of Contract Law* (1996), p. 200 et seq. (p. 204-205).

41. Nota da autora: Em 1996 foi feita uma pesquisa formal para apurar informações detalhadas a respeito das maneiras diferentes em que os Princípios foram usados na prática. Um questionário detalhado foi preparado e circulado a cerca de 1000 indivíduos escolhidos entre aqueles que tinham mostrado um interesse particular nos Princípios durante sua preparação e/ou após sua publicação. No fim de dezembro do mesmo ano 208 respostas (em torno de 20% do número total dos questionários emitidos) tinham sido recebidos. As respostas vieram de 39 países das diferentes regiões do mundo. De maneira que os números referidos ilustram e fazem menção a esta pesquisa.

42. Dentre os dispositivos do preâmbulo dos Princípios (2004) “Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rijan por ellos” Trad. li-

Frise-se que sempre se deve ter o conjunto dos Princípios como um todo em mente para que se possa analisá-los. À guisa de ilustração na questão da escolha dos Princípios como lei que regerá o contrato, primeiramente tem-se como pilar basilar o princípio da liberdade contratual (art. 1.1 dos Princípios (2004)), razão pela qual os contratantes podem submeter o contrato às regras contidas nos Princípios.

Ressalte-se que na nota de rodapé ao Preâmbulo existem duas sugestões de redação em caso das partes optarem pelos Princípios como norma que deve reger o contrato e estes funcionam como norte, vejamos. No primeiro deles os Princípios são colocados como única norma a regular contrato e em conformidade com o art. 1.4 dos Princípios (2004) com a aplicação das normas de caráter imperativo, sejam de origem nacional, internacional ou supranacional, que resultem aplicáveis consoante as normas pertinentes ao Direito Internacional Privado.⁴³ No evento de lacuna, as soluções deverão encontrar-se, sempre que possível, dentro do sistema dos Princípios, ou seja, segundo seus princípios gerais subjacentes (art. 1.6 dos Princípios (2004)).

No segundo exemplo dado como sugestão de cláusula os contratantes optam por uma lei doméstica em particular para regular todas as questões que não estão expressamente determinadas nos Princípios, ou seja, é destacada uma lei nacional para subsidiariamente solucionar as questões a serem levantadas.

Em ambos os casos é sugerido que as partes combinem a cláusula de escolha de lei com o acordo arbitral.⁴⁴ Já que até a atualidade somente no contexto da arbitragem comercial internacional é permitido as partes optarem pelos princípios e normas “anacionais” como o direito para regular o fundo da disputa.

A razão que motiva os contratantes a optarem pelos Princípios para regular seus contratos é apontada por Bonell que assevera que as normas que regulam o contrato são, muitas vezes um ponto de dificuldade na negociação uma vez que existe uma oposição em concordar na aplicação do direito doméstico de um das partes ou o claro inconveniente da escolha de um direito “neutro” estranho às partes envolvidas.⁴⁵

Fica impresso que no caso específico da aplicação dos Princípios como norma reguladora contratual para os defensores destes, a vantagem dos Princípios seria exatamente a sua internacionalidade. Secundariamente é possível averiguar que

vrc. Disponível no site da Instituição: [www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf]. Acesso em: 26.08.2006.

43. Nota da autora: resta claro aqui em análise do art. 1.4 dos Princípios (2004) que a liberdade contratual fica condicionada à limitação da autonomia de vontade pelas normas de ordem pública.

44. Comentário 4(a) do Preâmbulo dos Princípios (2004).

45. BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit principles...*, cit., p. 154.

também influenciam questões como sua linguagem e acesso facilitados, estrutura pensada e adequada aos contratos. Neste íterim a autora abaixo exemplifica:

“Os Princípios são neutros. As normas são concisas, organizadas claramente e convenientemente reunidas – no caso dos princípios do Unidroit – em volume reduzido, inferior à 200 páginas. O vocabulário sucinto, comentários límpidos e abundância de exemplos lidando com situações cotidianas foram todos elaborados para a facilitação do uso”.⁴⁶

No entanto devemos atentar que é discutível se os Princípios se tratam ou não de um corpo de normas contratual autossuficiente. Se os Princípios em si são um sistema legal satisfatório. Se assim o fosse, as partes não necessitariam escolhê-los conjuntamente com um direito doméstico aplicável para as questões que não são cobertas pelos Princípios ou aplicando outros instrumento internacional como qualquer das Convenções sobre o tema.

É justamente na análise deste aspecto que é possível apontar os Princípios como fonte da *lex mercatoria* e não a institucionalização da *lex mercatoria* em si como alguns autores abalizam.

4. LEX MERCATORIA E OS PRINCÍPIOS DO UNIDROIT

4.1 Goldman e os princípios do Unidroit

Em 1993, em sua publicação “Novas reflexões sobre Lex Mercatoria”, Berthold Goldman elencou as fontes da *lex mercatoria* como segue:

“princípios geral do Direito Internacional Público e Privado ou especificamente econômico; convenções internacionais; lei estatais nacionais ou uniformes; regulamentos arbitrais; codificações profissionais; contratos-tipos; regras costumeiras ou usos não codificados; jurisprudência estatal ou arbitral”.⁴⁷

46. BOELE-WOELKI, Katharina. Principles and Private International Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, n. 4, p. 660, 1996. Trad. Livre. “The principles are neutral. The rules are concise, clearly arranged and conveniently collected – in the case of the Unidroit Principles – in a slim volume no more than 200 pages in length. The succinct wording, limpid comments and an abundance of examples dealing with real-life situations are all designed for easy use.”

47. Études de droit international em l’honneur de Pierre Lalive, Helbing & Lichtenhanhn. 1993, p. 241 e ss. Trad. livre: “Principes généraux du droit international public ou privé, ou spécifiquement économique; conventions internationales; lois étatiques nationales ou uniformes; règlements d’arbitrage; codifications professionnelles; contrats-types; règles coutumières ou usages non codifiés; jurisprudence étatique ou arbitrale”.

Nota-se que não há menção alguma aos princípios do Unidroit. E do outro lado, entre os inúmeros professores universitários listados no projeto da elaboração dos Princípios do Unidroit, tampouco consta Berthold Goldman. Diante disso, podemos afirmar que os Princípios e Goldman se ignoraram mutuamente, entretanto, os Princípios não ignoraram a *lex mercatoria*.

O preâmbulo dos Princípios prevê sua aplicação quando as partes aceitam que seu contrato seja regido pelos *princípios gerais do direito*, a *lex mercatoria* ou expressões semelhantes.

Berthold Goldman privilegiou as fontes da *lex mercatoria* de forma que estas fossem cada vez mais numerosas na construção de um direito espontâneo feito para os comerciantes e pelos comerciantes. O que no transcorrer dos anos levou a uma identificação da *lex mercatoria* com o uso do comércio internacional.

Entretanto, podemos distinguir algumas características dos Princípios que não seguem essa ideia, a saber, estes não se tratam de uma resposta espontânea, foram 13 anos de deliberação para alcançar a forma escrita; ademais foram elaborados por professores de direito e não operadores do comércio internacional.

Certamente, o que se pode asseverar é que se trata de uma nova fonte, já que os Princípios tem uma natureza original, não sendo classificados como uso nem princípios gerais de Direito, Convenção internacional e tampouco lei estatal.

A partir da ideia ampla de *lex mercatoria* de Berthold Goldman para quem "a *lex mercatoria* é precisamente um conjunto de princípios, instituições e regras, extraídos de todas as fontes que progressivamente alimentaram as estruturas e o funcionamento jurídicos próprios à coletividade dos operadores do comércio internacional".⁴⁸

Ou seja, conforme o autor a *lex mercatoira* não se restringe a suas fontes, ademais estas estão em um constante progresso e evolução. Desta maneira, concluímos que para que os Princípios sejam considerados parte da *lex mercatoria*, é suficiente que sejam referidos no contrato e/ou que sejam aplicados pelas sentenças arbitrais.

Frise-se, ainda, que os Princípios e a *lex mercatoria* tem algumas características em comum, quais sejam, não são impostos por um Estado, são específicos às relações internacionais e tem uma vocação que se pode denominar universal.

Entretanto, a concepção de Berthold Goldman sobre *lex mercatoria* em que esta é uma ordem jurídica da sociedade internacional dos comerciantes, traz como con-

48. *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*. Travaux du Comité français de droit privé, 1977-1979, p. 221 et ss., p. 236. Trad. livre "la *lex mercatoria* est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international".

sequência que os contratos internacionais se submeteriam a ela necessariamente. Apesar de termos visto diferentes acepções da *lex mercatoria*, quando se trata deste autor o prisma é que o instituto se trata de normas essencialmente segregadas por esta sociedade e que são diretamente imputáveis ela.

Todavia, seguindo esta linha de pensamento o mesmo não ocorre com os Princípios, ou seja, é mais difícil sugerir que todos os contratos internacionais são necessariamente submetidos aos Princípios já que são elaboradas por professores, que não teriam a autoridade apropriada consoante a doutrina do autor.

Apesar dessas diferenças sinaladas, os Princípios se inserem na continuidade do pensamento de Goldman, mas com os elementos aqui apresentado é possível concluir que de certa forma modifica natureza da *lex mercatoria*, entretanto, concomitantemente contribuem para sua sobrevivência.

4.2 Absorção da *lex mercatoria* pelos princípios

A partir do estudo feito até o presente momento, afere-se que os Princípios vêm crescendo e ganhando notoriedade, tendo sido aplicados amplamente. Surgindo o questionamento sobre a possibilidade de estes substituírem o que até então denominamos *lex mercatoria* ou que se identifique o conteúdo dos Princípios como *lex mercatoria*.

Neste sentido, há sinais de desenvolvimento jurisprudencial, a guisa de ilustração uma sentença da Câmara de Comércio Internacional decidiu aplicar “as normas e princípios jurídicos aplicáveis às obrigações contratuais internacionais” e para isso recorreu aos Princípios.⁴⁹

A sentença motivou tal decisão com base em que os princípios constituem regras precisas, foram elaborados por *experts* de todos os sistemas jurídicos e sem intervenção estatal, conseqüentemente refletem o consenso sobre as normas jurídicas internacionais e sobre os princípios que regem as obrigações contratuais internacionais.

Em realidade o recorrer, “exclusivamente”, ou mais bem, excessivamente, aos Princípios vai ao encontro de uma ideia mais recente segundo a qual a *lex mercatoria* é um método, consistente em deduzir o conteúdo das normas aplicáveis em uma pesquisa de direito comparado.⁵⁰

Dentro dessa nova discussão sobre a temática, o Prof. Gaillard trouxe alguns esclarecimentos quanto a duas possibilidades existentes na atualidade. Elaboração de

49. Sentença n. 7.110 de 1995 (*Bulletin CCI* 1999, vol 10/2, p 40). Trad. livre “les règles et principes juridiques applicables aux obligations contractuelles internationelles”.

50. MAUER, Pierre. *Principes unidroit et lex mercatoria. L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*. 2004. p. 35.

uma lista de normas – como os Princípios – e ater-se a eles, com exceção de quando a questão está fora do domínio que estes cobrem; recorrer à análise comparada, fazendo intervir com mais fontes, o direito comparado sentido estrito, as convenções internacionais, a jurisprudência arbitral, as listas de regras. O doutrinador se posiciona favorável à segunda possibilidade sob duas argumentações: a ausência de lacunas, uma lista pode ser incompleta e o método comparativo conduziria sempre a um resultado; a reação mais rápida à evolução dos fatos e necessidades varáveis do comércio internacional.⁵¹

Para que os Princípios sejam considerados como a lista de normas da *lex mercatoria*, existe obstáculos, tal como a multiplicação de listas e, por conseguinte ao conflito de listas. Nestes termos, deve-se frisar que os princípios europeus de Direito Contratual não são suscetíveis de gerar este conflito de listas, contudo o mesmo não pode ser dito a respeito dos princípios elaborados pela Central, um centro de pesquisa criado na Alemanha por Klaus – Peter Berger que tem ambição de constituir um “super-lista”. Esta foi elaborada sobre a base de todas as listas já existentes e compreende os Princípios.

Em realidade este comportamento é bastante criticável e uma busca interminável, mesmo porque se pode criar posteriormente uma lista ainda mais completa que englobaria esta lista da Central – a uniformização exerce uma sedução em que cada um quer criar seu sistema uniforme, sem perceber que esse comportamento é contrário a uniformização. Criando-se um ciclo vicioso em que a o escopo final é uma política de imposição de interesses particulares de setores econômicos, países e instituições diversas atuantes no comércio internacional sobre aqueles que não tem a mesma força no mercado.

4.3 Indicadores jurisprudenciais

A partir de uma análise pontual de algumas decisões selecionadas verificaremos o atual comportamento e posicionamento jurisprudencial.

No caso do Brasil, foi escolhido o acórdão proferido pelo STJ no REsp 712.566/RJ (2004/0180930-0).⁵² Apesar de jurisprudência favorável à arbitragem com base no Protocolo de Genebra em nossos tribunais superiores ser escassa e todavia este acórdão não representar uma cultura dominante dentro de nossos Tribunais Superiores.

No caso em tela, o Tribunal verificando o caráter internacional do contrato objeto do litígio entendeu pela aplicação do Protocolo de Genebra de 1923, consequen-

51. GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law; a legal system or a Method of Decision-Making?* In: K-P BERGER (ed.). *The Practice of Transnational Law*. Kluwer, 2001. p. 53 e ss.

52. Ver mais: TJRJ, Ap. 28808/2001 6CC; STJ, REsp 238.174/SP (1999/0102895-7); TJRJ, Ap. 191/97-070C – 6CC; STJ, REsp 616/RJ (8900098535).

temente submissão dos conflitos ao juízo arbitral e afastando a solução judicial. Acertadamente a fundamentação foi que nos contratos internacionais a aplicação dos princípios gerais de direito internacional sobrepõe-se às normas nacionais e que a solução do conflito arbitral representa a manifestação de vontade das partes, ademais da observância do princípio da boa-fé.

Por conseguinte, se o posicionamento é de que os contratos internacionais por sua natureza permitem a aplicação dos princípios gerais de direito internacional, seguindo a doutrina de Fouchard, para quem os princípios jurídicos transnacionais são autorizados pelas leis estatais sobre arbitragem que preveem que os árbitros apliquem as regras de direito escolhidas pelas partes e aquelas que este acreditam apropriadas, acrescendo a tendência de uniformização do direito internacional privado, a consequência naturalmente é de aplicação dos Princípios nos contratos internacionais.

Afinal, como já vimos os Princípios certamente refletem o processo de unificação e harmonização do direito e estão vinculados a ideia dos princípios gerais do direito do comércio internacional, mesmo porque se no contrato estiver previsto a aplicação da *lex mercatoria* ou dos princípios gerais do direito os árbitros estarão livres para aplicar os Princípios se assim acreditarem apropriado e cabível.

Ressalte-se que apesar de por vezes os Princípios não aparecerem implicitamente no corpo das decisões arbitrais, mesmo assim estes as influenciam diretamente. Um exemplo disso é o caso ARB(AF)/98/1 do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (International Centre for the Settlement of Investment Disputes – ICSID), caso Joseph Charles Lemire v. Ukraine.⁵³

Neste caso as partes submeteram o caso ao ICSID buscando o cumprimento (“performance”) apropriado ao acordo. Após o início do procedimento arbitral as partes negociaram e alcançaram uma solução. Seu acordo foi registrado em forma de laudo arbitral. Neste acordo existe uma seção intitulada “princípios da interpretação e a execução do acordo”, que contém as disposições a respeito da interpretação, a validade, a “performance” e “non-performance” do acordo. Todas as disposições da seção foram tiradas literalmente, com algumas adaptações menores, dos princípios de Unidroit, precisamente dos arts. 1.7, 3.3, 4.1, 4.2, 4.5, 5.1(3), 5.1(4), 6.2(1), 6.2(2), 6.2(3), 7.1.1, 7.1.4 e 7.1.5(1)(2)(3), tratando do princípio da boa-fé e lealdade negocial, impossibilidade inicial, intenção das partes, interpretação de declarações e outros atos, cooperação entre as partes, obrigações de resultado e

53. Ver mais: Arbitral Award – Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – 29.03.2005; Arbitral Award – Ad hoc Arbitration, Brussels – Eureko B.V. v. Republic of Poland – 19.08.2005; Court of Justice of the European Communities – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS) – 17.09.2002.

obrigações de empregar os melhores esforços, excessiva onerosidade (“hardship”) e suas consequências e descumprimento (*non-performance*).

Afere-se desta decisão arbitral que inclusive quando os Princípios não são citados diretamente ou utilizados para fundamentar as decisões arbitrais estes são usados pelas partes para evitar o conflito, e já estão, ao menos, inseridos nas práticas comerciais e são tomados como parâmetro e norte pelas partes e pelos árbitros.

Por fim, cabe trazer à baila a sentença de n. 8501 da Câmara de Comércio Internacional (CCI).⁵⁴ Neste caso, o contrato objeto da contenda não tinha uma cláusula designando a lei aplicável, no entanto, havia referência aos usos do comércio internacional (Incoterms e RUU 500).⁵⁵

Tendo isso em vista e o Regulamento da própria CCI, o Tribunal concluiu pela aplicação dos usos e costumes do Comércio internacional e dos princípios gerais do direito comumente aceitos ao contrato. Em especial, o Tribunal referiu-se, naquele caso concreto à Convenção de Viena de 1980 sobre contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e aos Princípios, que em seu entendimento revelam as práticas admitidas no direito comercial internacional. Destaque-se que inclusive a Convenção não seria aplicável ao contrato dado que o Estado de uma das partes não a ratificou, contudo o entendimento do tribunal é que os princípios consagrados na Convenção correspondem às normas e aos usos do Comércio amplamente admitidos. De tal forma que o Tribunal sopesa que pode fazer referência a estes como expressão do uso da esfera do comércio internacional.

O que se nota a partir desta sentença é que o tribunal arbitral retoma a noção de costumes, usos e princípios do comércio internacional aceitos sem distinguir estes conceitos. O Tribunal assumiu a partir do emprego das Incoterms e da RUU 500 pelas partes no contrato que existia vontade implícita da aplicação dos usos e costumes do comércio internacional e os princípios gerais do direito, o que indiretamente levou a submissão do contrato à Convenção de Viena e a aplicação dos Princípios do Unidroit, independentemente de qualquer menção a estes.

Decisão que atribui aos Princípios uma autonomia e aplicação mais ampla que os próprios criadores destes objetivavam. E certamente leva a reflexão se os Princípios tomaram um papel superior ao de uma fonte da *lex mercatoria*.

54. Ver mais: Final award in case n. 1795 of 1 december 1996. *Yearbook commercial arbitration*, 1999. p. 196-206; Sentence rendue dans l'affaire n. 8.486 en 1996. *Journal du droit international*, 1998. p. 1047-1052; Sentence rendue dans l'affaire n. 8.873 en 1997. *Journal du Droit International*, 1998. p. 1017-1027.

55. Nota da autora: RUU “Regras e Usos Uniformes sobre Créditos Documentários” consiste em um conjunto de regras que sistematiza os usos e costumes adotados no comércio internacional. Em 1994, as normas foram revisadas e editaram a última versão, a RUU 500 ou, a abreviação em inglês, UCP – Uniform Commercial Practices 500.

5. CONCLUSÃO

Uma vez delineadas as diferenças e características em comum entre a *lex mercatoria* e os Princípios do Unidroit, destacam-se alguns pontos na temática, a saber:

A partir da análise feita sobre a *lex mercatoria*, considerando sua evolução e o papel do Estado, atualmente, pode-se concluir que não há impermeabilidade entre a ordem jurídica estatal e a *lex mercatoria*, ao contrário do pensamento inicial em que se viam mutuamente como conceitos conflitante. A *lex mercatoria* utiliza a força coercitiva da *lex contractus* e seu reconhecimento pelos Estados às sentenças arbitrais.

Os operadores do comércio internacional utilizam os contratos como apoio da *lex mercatoria* e usam da força obrigatória que as ordens jurídicas atribuem a este. A *lex contractus* tem, assim, por efeito apenas de dar força obrigatória às normas de origem não estatais formalizadas pelo contrato. A *lex mercatoria* utiliza da mesma forma a força coercitiva reconhecidas pelos Estados às sentenças arbitrais. Não sendo essencial para a solução da questão a origem das normas utilizadas pelo árbitro, sob a reserva que esteja em conformidade com a ordem pública internacional que o Estado requer para sua execução, já que a *lex mercatoria* será aprovada na ordem jurídica estatal.

Nestes mesmos termos, pode-se afirmar que os Princípios do Unidroit, apesar de terem sido criados afastados das burocracias e dos moldes estatais, para que sejam impostos pelos árbitros às partes deverão igualmente respeitar o limite da ordem pública.

No entanto, um diferencial está justamente que os Princípios do Unidroit foram utilizados por alguns países como modelo legislativo para regular as obrigações contratuais, assim como, por vezes são utilizados como parâmetro para a redação do contrato, casos em que facilita a livre aplicação destes pelos árbitros na fase de solucionar eventuais litígios.

Tanto a *lex mercatoria* como os Princípios do Unidroit refletem e instrumentalizam-se através dos contratos e das decisões arbitrais, ou seja, empiricamente. Consequentemente e justamente por sua espontaneidade e dinamicidade há dificuldade em precisar se os Princípios do Unidroit realmente absorveram o que até então denominamos *lex mercatoria*.

Porém, o estudo aqui feito sinala que os dois institutos convivem conjuntamente, ou seja, sem se confrontar e impossibilitar a existência de ambos, sem que um englobe o outro.

No entanto, o que se deve frisar é ameaça existente de aplicar indiscriminadamente os Princípios do Unidroit. A jurisprudência da CCI é no sentido de uma ampliação na aplicação destes Princípios, inclusive mesmo quando as partes não tenham acordado que o contrato seja regido por eles, apesar de constar no corpo do preâmbulo, nos propósitos dos Princípios do Unidroit que estes deverão ser apli-

cados quando as partes acordarem que o contrato será regido por estes. O grande risco está em que estes sejam aplicados apesar desta aplicação não condizer com a vontade das partes.

A fundamentação legal está em que os Princípios do Unidroit corresponderiam a princípios gerais do direito aceitos e seriam uma expressão dos usos e costumes internacionais.

Neste sentido se faz necessário fazer alguns esclarecimentos. Vinculada à ideia de costume está a forma não escrita de sua expressão – um costume jurídico internacional prescinde de formalização para ser obrigatório. O costume internacional é aplicado como forma de uma prática geral aceita como sendo “direito”, donde se conclui a aplicação de um “costume geral”, não necessariamente unânime, que obriga a todos. O costume assim definido como uma prática comum, evolutiva, é reconhecido como um costume jurídico em razão de sua obrigatoriedade.

De outro lado, no que tange os Princípios gerais do direito, destacam-se dois posicionamentos: para Anzilotti, Kelsen e Scelle os princípios gerais de direito são simples fontes de decisão ou regra geral para as relações internacionais, independentemente das razões de sua produção; na outra vertente, aliados a Verdross, estão aqueles que defendem os princípios gerais de direito como um conjunto de princípios reconhecidos e presentes nos ordenamentos nacionais, entre os quais se deveriam distinguir quais princípios tomariam a qualidade de princípios genuinamente internacionais, subsidiariamente aos tratados e costumes.

Independentemente da linha utilizada, nota-se historicamente que os tribunais arbitrais fundamentam suas sentenças em princípios de direito universalmente reconhecidos. Princípios não somente concordantes entre Estados, mas inclusive aqueles princípios que lhes servem de fundamento. Fundamento do próprio Estado, os princípios gerais de direito internacional, obrigatórios em caráter geral, desempenham também um papel de coordenação das relações entre os Estados, por vezes determinando a aplicação de certas medidas e assunção de algumas posições que não estão, necessariamente, vinculadas a uma atividade jurisdicional de um órgão paraestatal.

A aplicação e interpretação de princípios gerais de direito internacional vem causando uma verdadeira revolução em conceitos basilares do direito internacional, provocando fortes movimentos renovadores na estática estrutura deste mesmo direito. Isto porque os novos desafios da comunidade do Comércio Internacional não encontram resposta nos tradicionais sistemas de solução de controvérsias. A função predominantemente “reparadora” dos órgãos jurisdicionais internacionais não responde a questões que exigem medidas imediatas e eficazes para a efetiva proteção da sobrevivência e funcionamento desta Comunidade. Os problemas não se resumem mais a reparação de direitos, mas à sua própria preservação.

Diante do exposto, conclui-se que a *lex mercatoria* facilitou e permitiu que os Princípios do Unidroit fossem inicialmente aplicados e inseridos na esfera do

Comércio Internacional. Todavia, atualmente, os árbitros encontraram uma fundamentação para aplicá-los de forma ampla, ademais de todas as outras formas em que os Princípios do Unidroit são usados, de maneira que se trata de uma ferramenta largamente empregada que a cada dia se aproveita mais, à qual os juristas brasileiros terão que se adaptar uma vez inseridos no mundo globalizado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Ana Paula Martins. Fontes do direito do comércio internacional. *Jus navigandi*, ano 9, n. 582. Teresina, 09.02.2005. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6261]. Acesso em: 17.08.2006.
- _____. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 34. p. 85-91. Bauru, jan.-jun. 2002.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARAÚJO, Nádia. A nova lei de arbitragem e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo Unidroit. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: a lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.
- BASSO, Maristela. Âmbito de aplicação dos princípios do Unidroit sobre os contratos comerciais internacionais. *Revista Jurídica Unigran*. vol. 1. n. 2. p. 48-57. Centro Universitário da Grande Dourados, jul.-dez. 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERGER, Klaus Peter. The relationship between the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*. Verona Faculty of Law (Italy), 4-6 Nov. 1999. *Uniform Law review*. vol. 5. n. 3. p. 153-170. Rome, 2000.
- BERMAN, Harold J; KAUFMAN, Colin. *The Law of International commercial transactions (Lex Mercatoria)*. *Harvard International Law Journal*. vol. 19. n. 1. p. 221-277. Cambridge, 1978.
- BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit principles of international commercial contracts*. 2. ed. NY: Transnational Publications Inc. Irvington, 1997.
- _____. The Unidroit principles of international commercial contracts: towards a new *lex mercatoria*? *Revue de Droit des Affaires Internationales*. n. 2. p. 145-63. Paris, 1997.
- _____. The Unidroit Principles in Practice: The Experience of the First Two Years. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 2. p. 34-45. 1997.
- _____. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 1. p. 229-246. 1996.
- BOELE-WOELKI, Katharina. *Principles and Private International Law – The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European*

- Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 4. p. 652-678. 1996.
- CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais. In: _____ et al (coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul: após o término do período de transição*. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FALL, Aboubacar. Defense and illustration of *lex mercatoria* in maritime arbitration. *Journal of International Arbitration*. vol. 15. n. 1. p. 83-94. Geneva, mar. 1998.
- FIORATI, Jete Jane. A *lex mercatoria*: entre o direito e os negócios internacionais. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*. vol. 9. n. 13. p. 223-38. Franca, 2004.
- FORTIER, L. Yves. New trends in governing law: the new, new *lex mercatoria*, or, back to the future. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. vol. 16. n. 1. p. 10-19. Washington, 2001.
- GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: a legal system or a Method of Decision-Making? In: K-P BERGER (ed.). *The Practice of Transnational Law*. Kluwer, 2001.
- _____. Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application selective de la methode des principes generaux du droit. *Journal du Droit International*. vol. 122. n. 1. p. 5-30. Paris, jan.-mar. 1995.
- GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law – The *lex mercatoria*. In: LEW, Julian D. M. (ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1985.
- _____. *Frontières du droit et “Lex Mercatoria”*. *Le droit subjectif en question*. Archives de philosophie du droit. t. IX, 1964. p. 177-192.
- GRAUS, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria – Horizonte e fronteira do comercio internacional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo*. vol. 87. p. 213-235. Sao Paulo, jan.-dez. 1992.
- HUMPHREYS, Gordon. La *Lex Mercatoria* en matiere d'arbitrage international: quelques differences dans les optiques anglo-francaises. *Revue de Droit des Affaires Internationales*. n. 7. p. 849-856. Paris, 1992.
- JUENGER, Friedrich K; SANCHEZ LORENZO, S. A. Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*. vol. 52. n. 1. p. 15-47. Madrid, jan.-abr. 2000.
- KAYE, P. *International contracts governing law under the Contracts (Applicable Law) Act 1990 – a guide for the uninitiated*. Chichester: Barry Rose, 1993.
- KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*. México D.F: Fondo Cultural Económico México, 1996.
- LAGARDE, P. *Approche critique de la Lex Mercatoria*. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman. Paris, 1982.
- LANDO, O. Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code. In: M. CAPPELLETTI (ed). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. 1978.

- LOQUIN, Eric. *Ou en est la Lex Mercatoria? Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle*. A propos de 30 ans de recherche de Credimi: melanges en l'honneur de Philippe Kahn, 2000.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex mercatoria: evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*. vol. 709. p. 42-45. São Paulo: Ed. RT, nov. 1994.
- MANIRUZZAMAN, Abul FM. *The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? American University International Law Review*. vol. 14. n. 3. p. 657-734. Washington D.C., 1998.
- MAYER, Pierre. *Principes unidroit et lex mercatoria. L'actualité de la pensée de Berthold Goldman. Droit commercial international et européen*. 2004.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. *A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. n. 37. p. 39-73. Bauru, mai.-ago. 2003.
- MIKELENAS, Valentinas. *The main features of the New Lithuanian Contract Law System Base don the Civil Code of 2000*. *Juridica Internacional X/2005*
- _____. *Unification and harmonization of law at the turn of the millennium: The Lithuanian experience*. *Uniform Law Review*. vol. 5. n. 2. p. 243-261. 2000.
- MOLINEAUX, Charles. *Moving toward a construction lex mercatoria – A lex constructionis*. *Journal of International Arbitration*. vol. 14. n. 1. p. 55-66. Geneva, mar. 1997.
- MUSTILL, Lord Justice Michael. *The new Lex Mercatoria: The first Twenty-five Years*. *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce* 149, 174, n. 82 (Maarten Bos & Ian Brownlie eds, 1987).
- PAMBOUKIS, Charalambos. *Lex mercatoria: an international regime without State?* *Revue Hellenique de Droit International*. n. 46. p. 261-267. Atenas, 1993.
- PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compediado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- RANGEL, Vicente Marota. *Direito e relações internacionais/textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marota Rangel*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Osiris. *Lex Mercatoria: a superação do Estado*. *Revista Forense*. vol. 91. n. 332. p. 427-30. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1995.
- ROSETT, Arthur. *Unidroit Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven*. *Unidroit: Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. n. 2. p. 441-450. 1997.
- SCHALLENMULLER, Claudia Jecov. *A lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional*. *Revista dos Acadêmicos de Direito Unesp*. vol. 1. n. 1. p. 75-84. Franca, 1998.
- Schmitthoff, Clive M. *Commercial law in a changing economic climate*. London: Sweet & Maxwell, 1981.
- _____. *Nature and Evolution of the Transnational law of Commercial Transactions*. *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Schmitthoff and Horn, ed. 19787.

- STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: Ed. LTr, 1996.
- _____. *Relações internacionais*. São Paulo: Ed. LTr, 1988.
- SUTTON, R. Commentary on 'Codification, Law Reform and Judicial Development'. 9 *Journal of Contract Law* (1996), p. 200 et seq. (p. 204-205).
- TALLON D., *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. VIII, Specific Contracts, chap. 2, Civil and Commercial Law, Tübingen/The Hague/Boston/London, 1983
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ULISSES FILHO, Jose Viana. *Lex mercatoria, arbitragem e contratos econômicos: novas perspectivas internacionais*. *Revista da Esmape*. vol. 1. n. 2. p. 310-338. Recife, nov. 1996.
- VALLEJO, Manuel Diez de Vellasco. *Instituciones de derecho internacional público*. 20. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- VITOLO, Daniel. *Lex mercatoria*. Buenos Aires : Astrea, 1988. Série: Elementos del Derecho Comercial.
- WALD, Arnaldo. A introdução da *lex mercatoria* no Brasil e a criação de uma nova dogmática. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 32. n. 127. p. 13-16. Brasília, jul.-set. 1995.
- WILKINSON, Vanessa L.D. The new *lex mercatoria* – Reality or academic fantasy? *Journal of International Arbitration*. vol. 12. n. 2. p. 103-117. Geneve, jun. 1995.
- YAMAMOTO, Toru. *Direito internacional e direito interno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova *Lex Mercatoria* e o futuro do direito empresarial brasileiro, de Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Israel Alves Jorge de Souza – *RDPriv* 28/212, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 1/251 (DTR\2006\641);
- "Lex Mercatoria" – evolução e posição atual, de José Carlos Magalhães – *RT* 709/42, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 5/175 (DTR\1994\557); e
- Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades, de Lauro Gama e Souza Júnior – *RArb* 8/48, *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 5/661 (DTR\2006).

**Jurisprudência
Anotada**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DIANTE DE IRREGULARIDADE DE AGENTE ECONÔMICO ALVO DE RECUSA DE CONTRATAR CONCERTADA — COMENTÁRIO A ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU

VICENTE BAGNOLI

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP.
Conselheiro do IBRAC. Diretor da Câmara Brasil-Itália de Comércio, Indústria e Agricultura
e consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN.

AMANDA R. E. NAVAS

Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Lisboa.
Pós-graduada em Regulação Pública e Concorrência pela Universidade de Coimbra.
Membro do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie (GEDC-Mack). Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: O artigo comenta a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do processo C-68/12, de 07.02.2013, que basicamente analisa a aplicação da proibição do art. 101.º, n. 1 do Tratado para o Funcionamento da União Europeia, diante de um cartel que restringia a concorrência, bem como a questão da necessidade de autorização a empregado, via mandato, ou presença pessoal do representante estatutário de uma sociedade empresária em reunião com objeto anticoncorrencial e, por fim, a aplicação da exceção à referida proibição do art. 101.º, n. 1, do Tratado, contida no n. 3 do mesmo dispositivo.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos, decisões e práticas concertadas (conceito de cartel) – Pretensa irregularidade de concorrente no mercado em causa.

ABSTRACT: This article intends to comment a precedent decided by the European Court of Justice in the case C-68/12 of 7 February 2013, which basically analyzes the application of the prohibition in Article 101, paragraph 1 of the TFEU before a cartel that restricted competition, as well as the necessity to demonstrate personal conduct of a representative authorized under the undertaking's constitution or the its personal assent, in the form of a mandate to a employee, who has participated in an anti-competitive meeting, and, finally, the application of the exception to the prohibition of Art. 101, paragraph 1, of the Treaty contained in paragraph 3 of the same article.

KEYWORDS: Agreements, decisions and concerted practices – Competitor allegedly operating unlawfully on the market concerned.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A análise do caso na República Eslovaca – 3. A análise do caso pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de comentário ao Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no dia 07.02.2013, no caso C-68/12, em que figuravam como parte o Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca) e o banco Slovenská sporiteľňa a.s., a partir dos fatos a seguir relatados.

Uma sociedade empresária, denominada Akcenta CZ a.s.,¹ que presta serviços de operação de câmbio escritural, sediada em Praga, República Tcheca, tinha contratos firmados com três importantes bancos da Eslováquia,² pois necessitava de contas correntes abertas nesse país para exercer suas atividades empresariais. Dentre essas atividades está a transferência de divisas para dentro e para fora da Eslováquia.

Os bancos eslovacos consideraram a Akcenta como uma concorrente que prestava serviços aos seus clientes e, insatisfeitos com a diminuição de seus resultados econômicos no tocante à atividade de transferência internacional devido à atuação da Akcenta, os bancos eslovacos rescindiriam os contratos relativos às contas correntes da referida sociedade. Tais contratos eram imprescindíveis para a Akcenta realizar operações de câmbio escritural na Eslováquia, ou seja, a rescisão desses contratos impossibilitaria a Akcenta de se manter nesse mercado.

Diante disso, foi instaurado um procedimento, em que restou comprovado o conluio dos bancos diante de reunião realizada e subseqüentes comunicações por mensagem eletrônica. No conjunto probatório comprovou-se que cada um dos bancos rescindiria o contrato que os vinculava à Akcenta de forma concomitante, para evitar que parte de seus clientes migrasse para o banco que mantivesse contas correntes da Akcenta abertas.

2. A ANÁLISE DO CASO NA REPÚBLICA ESLOVACA

A autoridade de defesa da concorrência eslovaca de primeira instância, denominada Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor dohľad obmedzujúcich súťaž (Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca) concluiu que a conduta perpetrada pelos bancos constituía um acordo que visava restringir a concorrência e aplicou multas de mais de 3 milhões de euros para cada banco.

Houve recurso da decisão proferida em primeira instância, cabendo então ao Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Conselho da Autoridade da

1. Doravante denominada Akcenta.

2. A saber, o Slovenská sporiteľňa a.s., o Československá obchodná banka a.s. e o Všeobecná úverová banka a.s.

Concorrência da República Eslovaca) analisar o caso. O órgão administrativo de segunda instância ampliou a qualificação jurídica da prática em causa, mantendo o valor das multas.

Novo recurso foi interposto por um dos bancos, qual seja o Slovenská sporiteľňa, porém, perante o Krajský súd Bratislava (Tribunal Regional de Bratislava). Em sede de acórdão, o Tribunal sublinhou que o Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca (órgão administrativo de primeira instância) aplicou equivocadamente os conceitos de concorrente e de mercado, pois deixou de examinar se a Akcenta podia ser considerada concorrente do Slovenská sporiteľňa no mercado em questão tendo em vista que era apenas cliente, ou seja, atuava em outro nível da cadeia produtiva. Além disso, no entendimento do Tribunal, a Akcenta também não poderia ser considerada um concorrente, pois faltava-lhe autorização do Národná banka Slovenska (Banco Nacional da Eslováquia) para exercer esse tipo de atividade em território eslovaco. Em outras palavras, tal sociedade empresária não poderia ser considerada como concorrente diante dessa irregularidade, pois o exercício da atividade era ilegal e não merecia se beneficiar de proteção jurídica.

O Tribunal ressaltou que o Národná banka Slovenska havia aplicado à Akcenta uma multa de 35.000 euros, por ter realizado operações cambiais na Eslováquia sem autorização no período compreendido entre janeiro de 2008 e junho de 2009, porém, tal multa foi anulada posteriormente pelo Banková rada Národnej banky Slovenska (Conselho Bancário do Banco Nacional da Eslováquia) e o processo aberto em face da Akcenta restou arquivado por ter expirado o prazo de prescrição em matéria de sanções pecuniárias.

Apesar do arquivamento, o Tribunal reiterou que a Akcenta não poderia ser considerada como concorrente dos bancos eslovacos, mas apenas cliente dos mesmos, pois prestava serviços de modalidades diferentes das oferecidas pelos bancos e sua atuação se dava em outro nível da cadeia produtiva. Salientou ainda o referido Tribunal, que o órgão administrativo de primeira instância competente para analisar questões relacionadas à defesa da concorrência não se ateve às circunstâncias em que o acordo em causa no processo principal tinha sido celebrado, haja vista a ausência de comprovação no tocante às tentativas infrutíferas da Akcenta de abrir novas contas bancárias no banco Slovenská sporiteľňa.

Diante disso, o Tribunal anulou ambas as decisões administrativas nas partes relativas ao banco recorrente, qual seja, o Slovenská sporiteľňa, remetendo o processo ao órgão administrativo de primeira instância.

O Serviço dos Acordos Restritivos da Concorrência da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca (órgão administrativo de primeira instância) recorreu ao Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca) alegando que foi demonstrado de forma suficiente que a Akcenta era concorrente dos bancos no mercado eslovaco de operações de câmbio escritural e que a ilegalidade da

Akcenta, por esta operar sem dispor da necessária autorização, não afeta a análise da conduta perpetrada pelos bancos à luz da legislação de defesa da concorrência.

Argumentou o referido órgão em sede recursal que a legalidade da atividade desempenhada pela Akcenta não foi aduzida nem pelo Slovenská sporiteľňa nem pelos outros bancos no processo principal. Ademais, alegou que não há provas de que a Akcenta operasse ilegalmente, tendo em vista que a decisão do Conselho Bancário do Banco Nacional da Eslováquia se reportava ao período compreendido entre janeiro de 2008 e junho de 2009, ao passo que a Akcenta operava no mercado eslovaco desde 2003 e o comportamento anticoncorrencial dos bancos ocorreu em 2007. Isso significa que mesmo que a conduta tivesse ocorrido no período em que a Akcenta atuou sem a autorização necessária, o que não ocorreu concretamente, os efeitos dessa irregularidade estariam prescritos, evadindo de vício a condenação. Por isso, a decisão do Conselho Bancário em face da Akcenta restou anulada.

O Slovenská sporiteľňa, por sua vez, reiterou o argumento de que a Protimónopolný úrad não considerou suficientemente que a Akcenta operava ilegalmente no mercado eslovaco e que, por conta disso, não estariam reunidas as condições exigidas em matéria concorrencial, ou seja, não se poderia invocar nenhuma restrição à concorrência, pois não havia razão para sancionar um comportamento que conduziria ao afastamento de uma empresa que operava ilegalmente.

O banco sublinhou, ainda, que não ficou demonstrado que a reunião realizada em 10.05.2007 tenha resultado no referido acordo, pois seu empregado, que esteve presente nessa reunião, se limitou a recolher informações sobre o projeto de rescisão dos contratos relativos às contas correntes da Akcenta.

Diante disso, o Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca), na qualidade de órgão jurisdicional de cujas decisões não cabe recurso interno, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) algumas questões prejudiciais: (i) a primeira pergunta se refere à relevância jurídica, diante do art. 101.º,³ n. 1 do Tratado sobre o Funcio-

3. "Art. 101.º

(ex-art. 81.º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

namento da União Europeia,⁴ da ilegalidade operacional de um concorrente alvo de um cartel; (ii) o segundo questionamento refere-se a relevância jurídica para a interpretação do supramencionado artigo da falta de análise por parte das autoridades da Eslováquia da legalidade do comportamento do concorrente no momento da conclusão do acordo colusivo; (iii) a terceira pergunta é se diante de um acordo restritivo da concorrência se faz necessário demonstrar o comportamento pessoal do representante estatutário ou o consentimento pessoal, sob a forma de mandato, do representante que tenha ou possa ter participado no acordo restritivo da concorrência, na atuação de seu empregado, se a empresa não se tiver distanciado da atuação deste e, simultaneamente, também tiver dado execução ao acordo; e, por fim, (iv) o quarto questionamento se o n. 3 do art. 101 do TFUE pode ser aplicado a um acordo proibido pelo n.º 1 do mesmo artigo o qual teve por efeito excluir do mercado concorrente em particular que atuava irregularmente, ou seja, sem possuir a licença exigida pela legislação nacional.

3. A ANÁLISE DO CASO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em sede de acórdão analisou as quatro questões suscitadas pelo Najvyšší súd Slovenskej republiky (Tribunal Supremo da República Eslovaca), sendo que as duas primeiras foram examinadas em conjunto e as demais apartadamente.

Quanto às duas primeiras questões, cujo assunto principal se restringe à ilegalidade operacional da Akcenta, ou seja, se é relevante o fato de um concorrente prejudicado por um cartel atuar de forma irregular e pretensamente ilegal no mer-

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

– a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

– a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

– a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

4. Doravante denominado TFUE.

cado em causa no momento da execução da conduta restritiva à concorrência, o Tribunal recordou que o art. 101.º, n. 1, do TFUE declara como incompatíveis com o mercado interno e, portanto, proibidos, todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que visem ou tenham como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.⁵

Em outra oportunidade, o Tribunal colocou que os conceitos de “acordo”, de “decisões de associações de empresas” e de “prática concertada” são formas de conluio da mesma natureza sob o ponto de vista subjetivo e, somente se diferenciam uma das outras pela intensidade e formas como são manifestadas.⁶

A diferenciação do objeto de aplicação da regra importa também para a apreensão de formas diferentes de coordenação e conluio entre empresas nas proibições desse artigo.⁷

Assim, o elenco constante no art. 101.º, n. 1, do TFUE, implica que a regra deve ser aplicada a todos os conluios entre empresas independentemente de sua forma, sendo apenas fundamental a distinção entre o comportamento autônomo, que é autorizado, e o conluio, que é ilegal, tornando-se, portanto, desnecessária qualquer diferenciação no que se refere ao conceito de conluio.⁸

Por isso, é indiferente para a aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE, a forma de conluio, ou seja, se um comportamento que tenha por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência se trata de um acordo, uma decisão de associações de empresas ou de prática concertada.⁹

Ponderadas as circunstâncias do caso concreto, um conluio para ser proibido deve reunir objetivamente os elementos constitutivos da referida proibição, tal como vêm enunciados no n. 1 do art. 101.º do TFUE.¹⁰ No caso LTM, o Tribunal de

-
5. “Art. 101.º (ex-art. 81.º TCE): “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (...)”
 6. *Cf. Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92, p. 131.
 7. O Tribunal no caso *ICI vs. Comissão* C-48/69 p. 64 assim entendeu: “Embora o art. 85.º (atual art. 101) faça a distinção entre ‘prática concertada’ e ‘acordos entre empresas’ ou ‘decisões de associação de empresas’, é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração duma convenção propriamente dita, substitui cienteemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.”
 8. *Cf. Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92, p. 108.
 9. *Cf. T-Mobile Netherlands e outros.*, C-8/08, p. 24.
 10. *Cf. LTM* n. 56/65, Colect. 1965-1968, p. 386.

Justiça Europeu interpretou parte desses elementos constitutivos, entendendo que um conluio para ser proibido deve ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros da União Europeia, por isso a regra fixou a aplicação da proibição a comportamentos incompatíveis com o mercado interno, exigindo como condição previsional o entrave ao comércio entre os Estados-membros.¹¹

Também, para que o comportamento em questão subsuma-se à proibição do n. 1 do art. 101.º do TFUE, deve ter por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.¹²

Analisando tal dispositivo, ressalta-se que os requisitos trazidos não são cumulativos, mas alternativos, ou seja, para que se verifique se um conluio se subsume à proibição, pode-se analisar o objetivo ou o efeito anticoncorrencial. O caráter alternativo é corroborado pela conjunção “ou” trazida pelo dispositivo legal.

A interpretação pelo Tribunal de Justiça Europeu dessa regra no que se refere ao caráter alternativo desses requisitos indica que se deve considerar o objetivo da conduta tendo em conta o contexto jurídico-econômico em que se encontra, ou seja, para que se tenha um objetivo anticoncorrencial, basta que o comportamento sob análise, quer seja um acordo, uma decisão de associações ou uma prática concertada, seja apto, atendendo ao contexto jurídico-econômico a que está inserido,¹³ a impedir, restringir ou falsear a concorrência, isto é, basta ser suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência.

Assim, deve-se examinar o propósito da conduta, ou seja, o caráter anticoncorrencial do comportamento examinado considerando nomeadamente as finalidades objetivas que se pretende atingir com a prática, o contexto em que se inscreve, o comportamento dos agentes, tendo em conta também, na hipótese de acordos, seus termos e suas regras.¹⁴⁺¹⁵

Caso a análise do objetivo não revele nocividade suficiente à concorrência, passa-se a examinar os efeitos concretos. Neste caso, para que a conduta possa ser

11. *Idem*, p. 387.

12. *Idem*, *ibidem*.

13. *Cf.* acórdãos de 28.03.1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink vs. Comissão*, 29/83 e 30/83, *Recueil*, p. 1679, n. 26. assim como de 06.04.2006, *General Motors vs. Comissão*, C-551/03 P, *Colet.*, p. 1-3173, n. 66.

14. *Cf.* *IAZ International Belgium e outros vs. Comissão*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, *Recueil*, p. 3369, n. 25 e *Bcef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 16 e 21.

15. “O carácter não cumulativo, mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção ‘ou’, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. As alterações da concorrência referidas no art. 85.º, n. 1, devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas.” *Cf. LTM* n. 56/65, *Colet.* 1965-1968, p. 387.

tida como anticoncorrencial, isto é, para que possa ser objeto da proibição do art. 101.º, n. 1, do TFUE, exige-se, então, a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi impedida, restringida ou falseada.¹⁶

O exame dos efeitos concretos pode complementar a análise do objetivo do comportamento e, isso resulta que a ponderação dos efeitos tem mais importância para calcular o montante das multas e avaliar os direitos a indenizações.¹⁷

Assim, tanto os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas quanto as práticas concertadas são proibidas, independentemente dos efeitos concretos, se tiverem um objeto anticoncorrencial.¹⁸

Na esteira da jurisprudência consolidada, a Corte reiterou no acórdão Akcenta, que para aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE, a consideração dos efeitos concretos de um acordo não é necessária quando se vislumbra seu escopo de restringir, impedir ou falsear a concorrência,¹⁹ ou seja, conluos que prosseguem manifestamente um objeto anticoncorrencial torna supérflua a análise de seus efeitos concretos, o que implica na sua contrariedade à regra contida no n. 1 do art. 101.º do Tratado.²⁰⁻²¹⁻²²

16. Cf. LTM n. 56/65 p. 381, 387 e 388.

17. Cf. *T-Mobile Netherlands e outros*, C-8/08, n. 41 em referência ao n. 46 das conclusões da advogada-geral, que assim expôs: "(...) é ir longe demais fazer depender a constatação de um objectivo anticoncorrencial da verificação efectiva da existência de efeitos anticoncorrenciais concretos em cada caso, quer se trate de efeitos para os concorrentes, para os consumidores ou para a generalidade das pessoas. Para a aplicação da proibição do art. 81.º, n. 1, CE é suficiente que uma prática concertada, segundo a experiência existente, tenha a potencialidade de desenvolver efeitos negativos na concorrência", fazendo referência ao n. 21 das Orientações da Comissão "Orientações relativas à aplicação do n. 3 do art. 81.º do Tratado" (JO C 101, p. 97). Ainda, "Por outras palavras, a prática concertada tem apenas de ser concretamente apta – ou seja, de acordo com o seu contexto jurídico e económico – a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Se e em que medida tal efeito anticoncorrencial realmente se verifica apenas pode, em qualquer caso, ser relevante para a graduação do montante de eventuais coimas e para efeitos de eventuais pedidos de indemnização".

18. Cf. *Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92, n. 123 e *Hüls vs. Comissão* C-199/92, n. 164.

19. Cf. *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 434: "(...) para efeitos da aplicação do art. 85.º, n. 1, (atual art. 101.º, n. 1) a tomada em consideração dos efeitos concretos de um cordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência".

20. Cf. *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 18.

21. No mesmo sentido, *Limburge Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99 (principal), n. 508; *KME Germany e outros vs. Comissão*, C-389/10, n. 75; *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied vs. Comissão*, C-105/04, n. 125; C-105/04, n. 125; C-209/07; C-277/87; C-219/95 etc.

O Tribunal de Justiça Europeu entendeu ainda em outras oportunidades que as regras de defesa da concorrência contidas no Tratado, como o artigo supramencionado, visam assegurar os interesses de concorrentes, consumidores e, ainda, a estrutura do mercado, portanto, visa proteger a concorrência em si mesma.²³

O dispositivo legal aplicado ao caso concreto não abrange somente condutas de agentes econômicos que privam os consumidores de certas vantagens, ou seja, não somente acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que prejudiquem os consumidores podem ter um escopo anticoncorrencial e, portanto, insurgindo contra o art. 101.º, n. 1, do TFUE, mas qualquer forma de conluio que prejudique a concorrência.

Assim, a existência de objetivo anticoncorrencial de um conluio não pode subordinar-se à privação dos benefícios de um ambiente concorrencialmente eficaz em termos de preços ou de aprovisionamento por parte dos consumidores finais.²⁴

Cumpra mencionar que o rol de condutas trazido pelo art. 101.º, n. 1, do TFUE é exemplificativo, ou seja, não forma, a *contrario sensu*, um elenco taxativo de conluios proibidos.²⁵

O Tribunal de Justiça entendeu, no caso sob análise, que houve conluio por parte dos bancos eslovacos e que esse conluio se tratou de um acordo celebrado entre os bancos destinado especificamente a restringir a concorrência, enquadrando-se, então, na proibição do n. 1 do art. 101.º do referido Tratado.

-
22. Saliente-se que embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um comportamento, pode-se levá-la em conta, pois as circunstâncias em que foi implementada a conduta exprime a intenção dos agentes naquela ocasião. Cf. *IAZ International Belgium e outros vs. Comissão*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n. 23 a 25.
 23. Cf. *GlaxoSmithKline Services e outros vs. Comissão e outros*, C-501/06, C-513/06, C-515/06 e C-519/06, Colet., p. I-9291.
 24. Vide acórdão *T-Mobile Netherlands e outros*, C-8/08, n. 38 e 39.
 25. Cf. *Beef Industry Development Society e Barry Brothers*, C-209/07, n. 23, que faz referência ao n. 48 das conclusões da advogada geral Verica Trstenjak, que assim colocou: “o conceito de objectivo de restrição da concorrência também não pode ser reduzido a uma enumeração exaustiva. Já o vocábulo ‘designadamente’ no art. 81.º, n. 1, CE, torna desde logo claro que as restrições à concorrência abrangidas pelo art. 81.º, n. 1, CE, não estão limitadas às que são referidas no art. 81.º, n. 1, alíneas a-e, CE. Não podem, por isso, os objectivos de restrições à concorrência ser limitados aos exemplos referidos no art. 81.º, n. 1, alíneas a-c, CE”, citando em nota Aicher, J./Schuhmacher, F, in Grabitz/Hill – *Das recht der Europäischen Union*, volume 2, Munchen, 34.º fascículo de atualização, de Janeiro de 2008, art. 81.º, n. 1; Bellamy & Child, op. cit. (nota 15), nota 402 no ponto 2.097, onde se refere justamente que também outros acordos podem igualmente ter por objetivo uma limitação da concorrência. e, Wish, R., Wish, R. – *Competition Law*, London, 5. ed. 2003, p. 106 onde se refere que se trata de uma enumeração a título exemplificativo.

A Corte Europeia, no caso *LTM*, já havia delineado entendimento de que um acordo que restrinja, falseie ou impeça a concorrência se enquadrará na proibição do n. 1 do art. 101.º do TFUE se celebrado entre empresas²⁶ e, no caso *Consten e Grundig vs. Comissão*,²⁷ entendeu que a concorrência pode ser falseada, não apenas por meio de acordos que a limitem entre as partes, mas ainda por meio de acordos que impeçam ou restrinjam a concorrência que poderia existir entre uma delas e terceiros,²⁸ ou seja, que acordos entre empresas podem falsear a concorrência ao impedir que concorrente exerça sua atividade econômica.

Ademais, em um acordo restritivo da concorrência, as partes podem impedir ou limitar a concorrência de terceiros sobre os seus produtos, e, por conseguinte, em detrimento do consumidor.²⁹

Isso significa que um acordo entre agentes econômicos que impeça ou limite que terceiros tenham acesso aos seus produtos, mesmo que esses terceiros não sejam concorrentes, ou seja, mesmo que esses terceiros atuem em outro nível da cadeia produtiva, é proibido à luz do n. 1 do art. 101.º do TFUE.

Por isso, mostra-se reduzido o fundamento do Tribunal Regional da Bratislava que reformou a decisão da autoridade da concorrência de primeira instância: de que esta aplicou de forma equivocada o conceito de concorrente, pois decorria dos autos que a *Akcenta* não era concorrente dos bancos em causa, mas apenas cliente dos mesmos, uma vez que atuava em outro nível da cadeia produtiva e oferecendo outros produtos diferentes dos oferecidos pelos bancos.

Em outras palavras, acordos entre agentes econômicos que restrinjam a atividade de terceiros ao dificultar o acesso a seus produtos, para serem considerados anticoncorrenciais independem da atuação do terceiro, se em outro nível da cadeia produtiva ou como concorrente dos infratores.

No caso concreto, a *Akcenta* era tanto cliente dos bancos, quanto concorrente, já que os bancos eslovacos também ofereciam o serviço de transferência internacional de divisas.

Além disso, no tocante à irregularidade da *Akcenta*, conforme fundamentação do acórdão, nenhum dos bancos contestou a ilegalidade operacional da *Akcenta* antes da fase instrutória do processo principal. Consequentemente, a situação jurídica da *Akcenta* mostra-se irrelevante para a aplicação do art. 101.º, n. 1, do TFUE.

Adicionalmente, o Tribunal Europeu, nessa ocasião, manifestou-se no sentido de que compete às autoridades públicas locais e não às empresas ou associações

26. Cf. *LTM* n. 56/65 p. 387.

27. *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968.

28. Vide *Consten e Grundig vs. Comissão*, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 430.

29. *Idem*, p. 431.

privadas garantir o cumprimento da lei. Em outras palavras, o respeito pelos requisitos legais não deve ser garantido por agentes econômicos privados, mas por instituições públicas, respaldando-se, a Corte, no caso concreto, à descrição da situação da Akcenta pelo governo checo,³⁰ de que a aplicação da legislação vigente poderia implicar em avaliações complexas, não cabendo, portanto, a essas empresas ou associações de empresas fazê-la.

Em outras palavras, mesmo que a Akcenta estivesse operando ilegalmente na Eslováquia, tal fato não legitima a conduta anticompetitiva dos bancos, bem como não os isenta de responsabilidade pela infração anticoncorrencial.

Respondendo às duas primeiras indagações feitas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal concluiu que o art. 101.º, n. 1, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que a forma pretensamente ilegal de atuação de uma empresa prejudicada por um cartel que vise restringir a concorrência no momento da celebração do acordo colusivo é irrelevante para se analisar se o referido cartel constitui uma infração.

De acordo com esse entendimento, qualquer *player*, mesmo que atue de forma irregular, sem licença para exercer determinada atividade, vender determinado produto, ou sem registro para desenvolver atividade empresária de um modo geral, por exemplo, sendo alvo de uma conduta anticoncorrencial, como de um cartel que vise restringir a concorrência, impossibilitando o exercício de tal atividade econômica por parte desse *player*, estará também protegido pelas regras de defesa da concorrência assim como os *players* que atuem de forma regular.

Significa também dizer que a pretensa irregularidade de um agente econômico no momento em que está sendo afetado por um comportamento anticompetitivo não obsta que tal comportamento seja considerado uma infração concorrencial, e portanto, condenável.

Por isso, mostra-se indiferente, para a aplicação das regras concorrenciais comunitárias a regularidade de uma sociedade empresária.

A *ratio* por trás desse entendimento está justamente na tutela difusa do direito da concorrência, que visa à proteção da concorrência e do mercado como um todo.

Assim, de acordo com o entendimento do supramencionado Tribunal, a proteção da concorrência, e, por conseguinte, a proteção de um concorrente, deve dar-se independentemente da situação, se regular ou não, desse concorrente no momento em que ocorreu a conduta, não sendo, portanto, relevante para se analisar se um cartel ou qualquer outra conduta anticompetitiva, constitui infração às regras de defesa da concorrência.

30. Em processos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia é permitida a participação de representantes do governo de Estados Membros. Estes podem, inclusive, apresentar observações como a citada descrição feita pelo governo checo.

Quanto à terceira indagação, que se resume à necessidade de demonstração do comportamento pessoal de representante estatutário de uma sociedade empresária ou de acordo particular por meio do qual esse representante, que supostamente participou da celebração de acordo restritivo da concorrência, autorizou, mediante instrumento de mandato, a atuação de seu empregado, quando a sociedade não se afastou dessa atuação e executou o acordo concomitantemente.

De acordo com a autoridade de defesa da concorrência de primeira instância, essa questão é oriunda da argumentação de um dos bancos, o qual afirma que na reunião realizada em 10.05.2007, um de seus empregados que não tinha poderes para representar o banco, pois faltava-lhe mandato, foi quem compareceu ao encontro. Alegou ainda, nessa ocasião, que não restou demonstrado que o banco tivesse acordado com o combinado nessa reunião.

O TJUE, ao fundamentar sua decisão nesse tocante, recordou o caso *Musique Diffusion française e outros vs. Comissão*,³¹ entendendo que para aplicação da proibição do art. 101.º, n. 1, do TFUE basta a atuação de uma pessoa autorizada a agir por conta da empresa, não sendo necessária a atuação direta de sócios ou principais gestores da sociedade ou a autorização destes.

Nesse caso específico, qual seja, o *Musique Diffusion française e outros vs. Comissão*, a referida Corte salientou que não é necessária tanto a atuação quanto o conhecimento por parte dos sócios ou dos principais gestores da sociedade empresária afetada, bastando a atuação de uma pessoa autorizada a agir por conta da empresa.³²

Além disso, no caso *Akcenta*, o Tribunal, seguindo entendimento da Comissão Europeia, asseverou que a participação em carteis constitui uma atividade clandestina na maioria dos casos. Por isso a participação não está sujeita a formalidades, sendo escassos os exemplos de mandatários incumbidos de cometer uma infração ao TFUE.

Em outras palavras, raramente haverá a outorga de poderes a um representante de uma empresa para participar de uma conduta colusiva diante da ilegalidade do comportamento, por isso a representação não segue regras formais.

No tocante a acordos de natureza anticoncorrencial que se manifestem em reuniões de empresas concorrentes, como no caso vertente, o Tribunal de Justiça Europeu já decidiu em outras ocasiões que constitui infração ao art. 101.º, n. 1, do TFUE encontros que têm por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência e que se destinem, portanto, a organizar artificialmente o funcionamento do mercado. Nesse caso, basta a demonstração da participação da sociedade empresária em

31. *Musique Diffusion française outros vs. Comissão*, 100/80 a 102/80.

32. *Idem*, Recueil, p. 1825, n. 97.

reuniões pelas quais os acordos de natureza anticoncorrencial foram estabelecidos para provar a participação da referida empresa no acordo e, portanto, na infração.³³

Esse entendimento foi elaborado na ocasião do julgamento do caso *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão* em que, especificamente, o Tribunal de Justiça Europeu estabeleceu que implica em infração ao disposto no art. 101.º, n. 1, do TFUE acordos que tenham por objetivo restringir, impedir ou falsear a concorrência, independentemente dos seus efeitos concretos, manifestos em reuniões de empresas concorrentes: (a) se tais reuniões têm esse objetivo anticoncorrencial, isto é, se visam organizar artificialmente o funcionamento do mercado; e (b) se a responsabilidade da empresa ficar validamente provada diante de sua participação nessas reuniões tendo conhecimento do seu objetivo, e, ainda que não tenha conhecimento, se esta colocou em prática uma ou outra medida acordada nessas reuniões.³⁴

Comprovada a participação de uma sociedade empresária em reuniões com empresas concorrentes que versavam sobre objeto anticoncorrencial, conforme critérios acima, o ônus da prova é invertido.³⁵ Isso significa que essa sociedade deverá demonstrar que a sua participação não tinha intenção anticoncorrencial e que houve indicação aos seus concorrentes de que a sua participação estava fundada sob uma perspectiva diferente da deles, ou seja, a sua participação estava vinculada a outros aspectos e interesses, diferentes daqueles anticoncorrenciais colocados por seus concorrentes.

A jurisprudência assente do TJUE segue esse caminho de que se restar provada a participação da empresa em causa em reuniões entre empresas que atuam horizontalmente em um mesmo mercado relevante e que em tais reuniões foram celebrados acordos, ou estabelecidas práticas concertadas, deve-se demonstrar que houve manifesta oposição por parte dessa empresa, cabendo-lhe, ainda, apresentar indícios que possam demonstrar que a sua participação nas referidas reuniões foi desprovida de qualquer intenção anticoncorrencial, demonstrando, ainda, que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles.³⁶

É imperioso o afastamento público dessa sociedade em relação às outras e à estratégia anticoncorrencial para que a participação não seja interpretada como uma aprovação tácita da colusão ou como uma aceitação do resultado da conduta

33. Cf. *Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel vs. Comissão*, C-403 e C-405/04, I-729, n. 47.

34. Cf. *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99, n. 508 e 509.

35. Vide *Comissão vs. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Colect., p. I-125, n. 96.

36. Cf. *Acórdãos Archer Daniels Midland vs. Comissão*, C-510/06, n. 120; *Hüls vs. Comissão*, C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n. 155 e *Aalborg Portland e outros vs. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, n. 81.

ilícita. Tal distanciamento deve ser claro de modo que os outros participantes considerem descartada a sua participação. Outra atitude que pode ser considerada para fins de comprovação da não participação,³⁷ ou ao menos para que se beneficie dos efeitos de programas de leniência, seria denunciar às autoridades a infração.

A razão da necessidade desse afastamento público é que, tendo participado na referida reunião sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a sociedade empresária deu a entender aos outros participantes do conluio que subscrevia o seu resultado e que atuaria em conformidade com ele.³⁸

Ademais, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem que haja um afastamento público do conteúdo tratado nas reuniões ou sem a denúncia dos fatos às autoridades competentes, tem por efeito incentivar a continuidade da infração, comprometendo, inclusive, a sua descoberta e, conseqüentemente a sua coerção, corroborando uma verdadeira cumplicidade. Tal cumplicidade nada mais é do que um modo passivo de participação no conluio e, dessa forma, a empresa deve incorrer em responsabilidade por seus atos, sejam eles comissivos ou omissivos.³⁹

Cumprе mencionar que o fato de uma sociedade empresária não dar seguimento ao que foi estabelecido na reunião que tem por objeto infração concorrencial não afasta a sua responsabilidade pela participação, a menos que tenha havido um distanciamento público conforme explanado acima.⁴⁰ Isso porque a participação de uma empresa em reuniões com objeto anticoncorrencial tem por efeito criar ou reforçar uma concertação.⁴¹⁻⁴²

Diante disso, o Tribunal, visando responder à terceira indagação que lhe foi submetida, entendeu que não é necessário demonstrar que houve comportamento pessoal do representante estatutário de uma empresa ou a existência de um contrato particular de mandato autorizando empregado que participou de uma reunião que tratava de assuntos anticoncorrenciais para declarar a existência de um acordo restritivo da concorrência sob o prisma do art. 101.º, n. 1, do TFUE.

37. Vide *Comap vs. Comissão*, C-290/11, n. 74 e 75.

38. *Aalborg Portland e outros vs. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, n. 82.

39. *Idem*, n. 84.

40. *Idem*, n. 85.

41. Cf. Acórdão de 16.11.2000, *Sarrió vs. Comissão*, C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n. 50.

42. Outro ponto a ser mencionado refere-se à assiduidade da empresa nas reuniões e à execução menos completas das medidas acordadas. A gradação da participação da empresa e da execução do acordo não afetam a existência da responsabilidade, apenas servem como parâmetro para a dosimetria das sanções. Cf. *Limburgse Vinyl Maatschappij e outros vs. Comissão*, C-238/99, n. 510.

No tocante à quarta e última questão, recorde-se que dizia respeito se o art. 101.º, n. 3, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que é aplicável a um acordo proibido pelo n. 1 do mesmo artigo, que teve por efeito excluir do mercado um determinado concorrente que, posteriormente, se constatou que realizava suas atividades econômicas, qual seja, transações em divisas estrangeiras no mercado de operações de câmbio escritural, sem ter a licença exigida por lei (nacional).

O Tribunal Europeu entende que para a exceção contida no n. 3 do art. 101.º do TFUE seja aplicada, ou seja, para que a regra geral proibitiva do n. 1 do mesmo artigo seja afastada é imperioso que os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas preencham as quatro condições previstas naquele dispositivo: (a) devem contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, ou para promover o progresso técnico ou econômico; (b) devem reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro resultante da conduta; (c) não devem impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; e (d) não devem dar às empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte dos produtos em causa.

Assim, para que esse dispositivo possa ser aplicado e o benefício de uma isenção seja concedido faz-se necessária não somente a sua invocação pela parte no processo, mas também a demonstração, através de argumentos e elementos de prova convincentes, de que tais condições exigidas no dispositivo foram observadas.⁴³

A parte interessada pode fazer uso da faculdade que lhe confere o n. 3 do art. 101.º, declarando que é inaplicável à sua conduta, a proibição do n. 1 do mesmo artigo, diante de provas que justifiquem economicamente a aplicação da referida exceção. Se a conduta não melhorar a produção ou a distribuição dos produtos em causa, porque não está reservada aos usuários uma participação equitativa no benefício, tendo em vista que as restrições impostas pela conduta não são indispensáveis, eliminando, por conseguinte, a concorrência de parte substancial do mercado relevante do produto, não se pode aplicar tal isenção antitruste.

Cumprе ressaltar, que as condições enunciadas no dispositivo sob análise são cumulativas, cabendo à parte demonstrá-las todas.

No caso concreto, o banco eslovaco ponderou pela aplicação da regra excepcional, justificada pelo fato de que o acordo anticoncorrencial teve por objeto impedir que outro concorrente atue ilegalmente no mercado justamente por este não dispor de autorização exigida, haja vista que um acordo desse tipo protege as condições de uma concorrência saudável e, conseqüentemente, visa promover o progresso econômico na acepção do n. 3 do art. 101.º do TFUE.

43. Nesse sentido, vide *GlaxoSmithKline Services e outros vs. Comissão e outros*, C-501/06, C-513/06, C-515/06 e C-519/06, Colet., p. 1-9291, n. 82; *Remia e o. vs. Comissão*, 42/84, n. 45; e *VBVB e VBBB vs. Comissão*, 43/82 e 63/82.

É notório que o banco somente invocou uma das quatro condições cumulativas contidas no n. 3 do art. 101.º do TFUE, faltando-lhe comprovar as outras três condições cumulativas enunciadas no dispositivo em questão.

E foi justamente esse o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu, colocando que ainda que essa condição estivesse preenchida, o cartel em causa não demonstrou as outras três condições necessárias para a aplicação da regra excepcional, ressaltando a necessidade de preenchimento, principalmente, da terceira condição, que trata que a conduta não deve impor restrições às empresas em causa (leia-se concorrentes, no caso concreto) que não sejam indispensáveis à consecução de melhorias na produção ou na distribuição dos produtos, de promoção o progresso técnico ou econômico.

Mesmo que o fundamento invocado tivesse obrigado a Akcenta a respeitar a legislação eslovaca, o(s) banco(s) deveria(m) ter apresentado às autoridades competentes a questão e não excluí-la do mercado, reiterando fundamento já exposto, que não compete a agentes econômicos privados garantir o respeito de requisitos legais, mas às autoridades públicas.

Diante disso, conclui o Tribunal que o art. 101.º, n. 3, do TFUE deve ser interpretado no sentido de que só é aplicável a um acordo proibido pelo art. 101.º, n. 1, do TFUE quando a sociedade empresária que invoca essa disposição provar que estão preenchidas as quatro condições cumulativas nele previstas.

4. CONCLUSÃO

Em síntese, o Tribunal de Justiça Europeu aplicando as regras concorrenciais do Tratado ao caso concreto entendeu que:

1. O fato de uma empresa que foi prejudicada por um cartel que visava restringir a concorrência, operar no mercado em causa de forma pretensamente ilegal, no momento do estabelecimento desse acordo colusivo, não é relevante para se saber se o referido cartel constitui uma infração ao art. 101.º, n. 1, do TFUE.

A irregularidade do agente econômico alvo da conduta em questão não a legitima, bem como, não isenta seus autores da responsabilidade pela infração anticoncorrencial.

Além disso, o fato de um agente econômico alvo de uma conduta anticoncorrencial estar em situação irregular, não afasta a aplicação da norma de defesa da concorrência. Essa conclusão emerge fundamentalmente da tutela difusa do direito da concorrência, em que a concorrência em si é tutelada, por meio da proteção dos interesses dos concorrentes, consumidores e o próprio mercado. Assim, torna-se irrelevante a irregularidade do agente econômico alvo da conduta, pois estando este regular ou não, a conduta anticoncorrencial foi perpetrada e o impacto potencial ou efetivo na concorrência foi vislumbrado.

2. Para declarar a existência de um acordo restritivo da concorrência não é imperioso comprovar que houve um comportamento pessoal do representante estatutário de uma sociedade empresária ou um acordo particular pelo qual esse representante autorizou, por meio de mandato, a atuação de seu empregado em reunião com escopo anticoncorrencial.

3. A isenção antitruste excepcional do n. 3 do art. 101.º, o n. 1 do TFUE só é aplicável a um acordo proibido quando a empresa que o invocar também provar que foram observadas as quatro condições cumulativas previstas no mesmo dispositivo.

Por fim, cumpre mencionar, a despeito do desfecho do caso, que a conduta dos bancos eslovacos considerada como cartel (expressão que abrange acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas no Direito Comunitário) pelo Tribunal de Justiça Europeu pode ser interpretada como uma recusa de contratar concertada.

Para Hovenkamp,⁴⁴ as *Concerted Refusals to Deal* envolvem um acordo entre dois ou mais agentes econômicos que estabelecem que nenhum deles negociará com outro agente econômico. Os participantes desse tipo de acordo frequentemente são concorrentes, mas não necessariamente sempre o são.⁴⁵

Importa dizer que a recusa de contratar concertada decorre de acordos entre agentes econômicos, sejam tais acordos verticais ou horizontais.

O caso Akcenta, especificamente, se apresenta como um acordo entre concorrentes para implementar em conjunto recusa de contratar a um cliente que também atua como concorrente em outro nível da cadeia produtiva. Em outras palavras, trata-se de um acordo entre concorrentes, portanto, horizontal, que visa implementar de forma conjunta uma restrição vertical, qual seja, a recusa de contratar.

Tal conduta se enquadra como cartel (pelo acordo), subsumindo ao art. 101, n. 1, do TFUE, porém, um cartel que visa a exclusão de um agente econômico que tanto é cliente quanto concorrente. Verifica-se, portanto, que a recusa de contratar concertada pode ser considerada uma modalidade de cartel. E a Europa assim entende.⁴⁶

Pode-se concluir que, para a Corte Europeia, foi determinante para a análise do caso o acordo entre agentes econômicos que visava restringir, falsear ou impedir a concorrência, mais importante do que a recusa de contratar por si só.

44. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West, 2005. p. 250.

45. A recusa de contratar coletiva ou concertada (diferente das unilaterais) pode ser vertical ou horizontal, dependendo da posição dos agentes econômicos na cadeia produtiva ou de seus efeitos (como coloca a OCDE). No presente estudo não se mostra relevante discutir esse tipo de classificação.

46. Vide GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 140-162, apud GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010. p. 184.

Ao ser dado tratamento de cartel à conduta sob exame, focando principalmente no acordo, análises concernentes à situação de dominância das empresas que praticaram a infração, usuais em restrições verticais, de certa forma, perdem importância.

Cumpra mencionar, que tal conduta poderia ser considerada como um caso de abuso de posição dominante coletiva, subsumindo-se, então, ao art. 102 do TFUE, cujo exame determinante se referiria, principalmente à dominância e seus aspectos, dentre eles seu exercício coletivo, para além do grau de dependência econômica.

Apesar dessa possibilidade, o entendimento preponderante, no que toca à dominância coletiva, sem aprofundar a análise no que concerne à posição dominante, é de que para caracterizá-la, as empresas devem atuar de forma independente ao implementar as práticas comerciais restritivas, como se seus comportamentos fossem paralelos e não concertados. Outro ponto importante, asseverado em julgados, refere-se à forma com que as empresas se apresentam no mercado para caracterizar a dominância coletiva: mesmo sendo independentes, empresas em situação de dominância coletiva apresentam-se no mercado como uma entidade coletiva, pois possuem conexões não necessariamente formais.⁴⁷

Assim, levando-se em consideração também o desenho jurisprudencial europeu de dominância coletiva, o tratamento mais adequado naquela jurisdição para o caso concreto revela ser o de cartel (que abrange acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas) e aplicando-se, assim, o art. 101.º, n. 1, do TFUE.

Mesmo que a conduta sofrida pela Akcenta não se mostre como um cartel tradicional, apresenta natureza de cartel por conta da concertação entre agentes econômicos. Porém, apresenta-se como um cartel excludente⁴⁸ ou, em inglês, um *exclusionary agreement* ou uma *exclusionary collusion*, em que os agentes ao invés de fixar preços ou dividir mercados, como nos cartéis tradicionais, excluem rivais por meio de restrições verticais. Nesse caso específico, a restrição vertical utilizada foi a recusa de contratar, apresentando-se, então, a recusa de contratar concertada, como modalidade de cartel. Isso releva sobremaneira que uma conduta anticoncorrencial, no caso o cartel, independe de sua forma desde que objetivo ou tenha por efeito restringir a concorrência ou limitá-la, mesmo por que tal conduta não se enquadra em quaisquer alíneas do art. 101.º, n. 1, do TFUE, que formam um rol meramente exemplificativo.

Cumpra salientar, por derradeiro, que um cartel excludente como a recusa de contratar concertada pode ser parte de um cartel mais complexo. Assim, a recusa

47. Vide *France v. Commission*; *Gencor v. Commission*, e *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission*.

48. Expressão que também pode ser colocada como cartel “exclusionário”, utilizando-se de neologismo.

de contratar concertada pode ser utilizada para impedir a entrada de novos concorrentes ou excluir aqueles existentes que dependem de seus “insumos” apenas, como no caso Akcenta, ou também, pode ser conduta-meio para possibilitar a fixação artificial de preços ou a divisão de mercado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento do processo C-68/12, de 07.02.2013.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência econômica e restrições verticais*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010.
- HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West, 2005.
- PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001.
- SILVA, Miguel Moura e. *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais, de Paulo Eduardo Lilla – *RIBRAC* 10/233 (DTR\2011\1934);
- Os auxílios estatais e o sistema de concorrência na União Europeia, de Fernando Passos – *RDCI* 40/46 (DTR\2002\290);
- O sistema de concorrência na União Europeia – modelo para o Mercosul?, de Fernando Passos – *RDCI* 32/19 (DTR\2000\350); e
- Painel IV – defesa comercial no mundo, de vários autores – *RIBRAC* 9/189 (DTR\2011\5041).

Resenhas

CONCENTRAÇÃO POR AQUISIÇÃO DE CONTROLE: ANÁLISE CONCORRENCIAL ANTES E DEPOIS DA LEI 12.529/2011, DE CYNTHIA C. O. BERTINI

VICENTE BAGNOLI

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie, onde é professor da Faculdade de Direito e chefe do Núcleo de Direito Político e Econômico, professor convidado da Pós-Graduação do Insper. Consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN. Membro da *Academic Society of Competition Law* – Ascola. Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: Cynthia C. O. Bertini. *Concentração por aquisição de controle: análise concorrencial antes e depois da Lei 12.529/2011*. São Paulo: Almedina, 2014.

A concentração econômica a partir da aquisição de controle está entre os temas que mais exigem do advogado concorrencial uma análise atenta e com viés no Direito Societário para definir se uma operação deve ou não ser submetida para análise da autoridade de defesa da concorrência (Cade). Tal exigência não é nova, surge a partir de 1994 com a vigência da Lei 8.884, mas se intensifica com o advento da Lei 12.529, de 2011, segundo a qual as operações devem ser submetidas previamente à análise do Cade e caso elas sejam consumadas antes da sua apreciação (*gun jumping*), além da multa pecuniária, poderão ser desfeitas.

“Uma moeda. Duas faces. Em uma comparação metafórica, poder-se-ia dizer que o direito societário e o direito concorrencial são faces de uma mesma moeda quando analisados sob o prisma constitucional”. Com tal citação inicia-se a presente obra de Cynthia Bertini intitulada *Concentração por aquisição de controle: análise concorrencial antes e depois da Lei 12.529/2011*, publicada pela editora Almedina em parceria com o Programa de L.LM em Direito do Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa.

Desde o início, portanto, percebe-se que a autora não se furtará de abordar a aquisição de controle pelo viés societário, buscando seus fundamentos, para relacioná-los com o seus aspectos concorrenciais. Mais, a pesquisa acerca do tema no âmbito do Direito da Concorrência é intensa ao analisar o entendimento do Cade sobre a caracterização de atos de concentração por aquisição de controle de sociedades sob a égide das “Leis” de Defesa da Concorrência, ou seja, desde 1994, traçando paralelos com conceitos societários, influência relevante, efeitos concorrenciais e participações passivas.

No capítulo 1, “Confrontos preliminares entre o direito societário e o direito concorrencial”, a autora oferece ao leitor a confrontação de princípios, escopos, definições entre o direito societário e o direito concorrencial sobre o tema, em itens como “a definição de controle e influência significativa para o direito societário”, “ausência de definição de controle e influência relevante na legislação concorrencial”, e “grupo para o direito societário e para o direito concorrencial”.

Já no capítulo 2, “Elementos societários internos de configuração de controle e influência relevante a efeitos concorrenciais”, a autora se ocupa da “composição acionária/societária da sociedade”, da “estrutura organizacional da sociedade”, das “matérias de competência de acionistas/sócios”, das “matérias de competência do conselho de administração” e “disposições estatutárias e/ou contratuais”.

Por fim, no capítulo 3, “Controle societário a efeitos concorrenciais”, Cynthia se debruça sobre o tema e detalhadamente analisa o “controle concorrencial único e compartilhado”, “controle concorrencial em sociedade por ações aberta” e “influência relevante e participações passivas”, pesquisando relevantes julgados do Cade.

Conciliar o tema proposto a partir do Direito Societário e do Direito Concorrencial para entender como o Cade vem se posicionado não foi tarefa fácil, mas a dedicação da autora culminou com um trabalho precioso revelado em 156 páginas. Com intensa pesquisa doutrinária e jurisprudencial que não se ateve ao Brasil, e traduzido em uma linguagem clara, *Concentração por aquisição de controle: análise concorrencial antes e depois da Lei 12.529/2011* se confirma verdadeira fonte de pesquisa para estudiosos da matéria e um guia necessário para aqueles que se deparam ou irão se deparar com o tema na prática profissional.

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 oucessionários, 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 auto-

rizada a incluir esse Conteúdo Editorial, 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 nesta Revista, 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 *italico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *italico* 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.
-

REVISTA DO

IBRAC

DIREITO DA CONCORRÊNCIA, CONSUMO
E COMÉRCIO INTERNACIONAL

RIBRAC

ANO 21 • 25 • JANEIRO-JUNHO • 2014

Reavaliação gerencial no "novo CADE": a análise prévia de atos de concentração
- Não castigo, nem prevenção: a medida de desconcentração na Lei
Brasileira de Defesa da Concorrência - Direito da concorrência e defesa do
consumidor: uma reflexão à luz da propriedade industrial - Implicações do
regime de patentes no direito concorrencial - Aumento arbitrário de preços
na Lei de Defesa da Concorrência - Cartel e sua prova - Um cartel no Império
- Metodologia para definição do mercado relevante de terceiros sob a ótica
do profiteo: o caso *Agar/Dupont* - *Antidumping* no Brasil e na China: lições
aprendidas - Princípios propostos pelo *Unidroit*: Relação com a *lex mercatoria*
e sua utilização na esfera do comércio internacional - Aplicação do direito da
concorrência diante de irregularidade de agente econômico alvo de recusa de
contrato: comentários à Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu

ISSN 1517-1957

9771517195008 00025



39124645



THOMSON REUTERS