

SUMÁRIO

CLASSIFICAÇÃO GERAL.....	5
REGULAMENTO DO I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	9
DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	11
PAOLO ZUPO MAZZUCATO	11
<i>Introdução</i>	<i>11</i>
<i>1. Dos Possíveis Modelos de Relação entre os Órgãos de Regulação do Sistema Financeiro e os de Defesa da Concorrência</i>	<i>14</i>
<i>2. Considerações Acerca da Competência para Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional</i>	<i>16</i>
<i>4. O Posicionamento do CADE.....</i>	<i>24</i>
<i>5. Nosso Entendimento</i>	<i>27</i>
<i>6. Bibliografia.....</i>	<i>29</i>
AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	31
PEDRO AURÉLIO DE QUEIROZ PEREIRA DA SILVA	31
<i>1. Considerações Preliminares.....</i>	<i>32</i>
<i>2. Regulação e Defesa da Concorrência</i>	<i>33</i>
<i>3. As Agências Reguladoras</i>	<i>40</i>
<i>4. Mecanismos Regulatórios de Defesa da Concorrência pelas Agências Independentes (Regulação Concorrencial Setorial).....</i>	<i>47</i>
<i>5. Conclusão</i>	<i>50</i>
O COMÉRCIO ELETRÔNICO ENTRE EMPRESAS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONCORRENCIAL.....	53
TOMÁS JUNQUEIRA DE CAMARGO	53
<i>1. O comércio eletrônico entre empresas.....</i>	<i>53</i>
<i>2. A estrutura do Mercado Eletrônico.....</i>	<i>56</i>
<i>3. O custo do Monopólio no Comércio Eletrônico entre Empresas.....</i>	<i>59</i>
<i>4. O papel dos órgãos de defesa da concorrência</i>	<i>61</i>
<i>5. BIBLIOGRAFIA</i>	<i>63</i>
A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE	65
GIOVANI RIBEIRO LOSS	65
<i>1. INTRODUÇÃO.....</i>	<i>65</i>
<i>2. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS.....</i>	<i>67</i>
<i>3. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA.....</i>	<i>69</i>

<i>4. A COMPETÊNCIA DO CADE PARA ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS</i>	73
<i>5. A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE</i>	74
<i>6. A CONCLUSÃO</i>	80
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	81
ASSOCIAÇÕES SETORIAIS E A CARTELIZAÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	83
EDWARD NOGUEIRA.....	83
<i>1. INTRODUÇÃO</i>	83
<i>2. ASSOCIAÇÕES SETORIAS: CONCEITO</i>	84
<i>3. O CARTEL NO DIREITO BRASILEIRO</i>	86
<i>4. ASSOCIAÇÕES SETORIAIS COMO FORMA DE CARTELIZAÇÃO EMPRESARIAL</i>	89
<i>5. LIMITES DA LEGALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES SETORIAIS</i>	91
<i>6. ATUAÇÃO DO CADE NA ANÁLISE DE CASOS DE CARTEL ENVOLVENDO ASSOCIAÇÕES SETORIAIS</i>	92
<i>6. CONCLUSÕES</i>	94
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	95
EXTRATERRITORIALIDADE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	97
CINTIA GONZAGA ALVES	97
<i>INTRODUÇÃO</i>	97
<i>I. A ORIGEM DO DIREITO ANTITRUSTE E DE SUA APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL</i>	99
<i>II. EXTRATERRITORIALIDADE E SOBERANIA ESTATAL</i>	100
<i>III. A UNIÃO EUROPÉIA E O DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA</i>	102
<i>IV. A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA</i>	104
<i>V. O MERCOSUL E O DIREITO DE INTEGRAÇÃO</i>	106
<i>CONCLUSÃO</i>	107
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	108
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS E DE SEUS DIRIGENTES E ADMINISTRADORES POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA	111
ANTONIO CARLOS MACHADO	111
<i>INTRODUÇÃO</i>	111
<i>PARTE I. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994 (art. 15)</i>	111
<i>PARTE II. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA</i>	114
<i>CONCLUSÃO</i>	121
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	122

AS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS E SUA POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EM PROL DAS EFICIÊNCIAS	123
DENIS ALVES GUIMARÃES	123
1. INTRODUÇÃO.....	123
2. EFICIÊNCIAS	123
3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	127
4. UM PARÊNTESE SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS EUA - a existência de ilícitos per se e o surgimento da rule of reason.....	128
5. O DIREITO CONCORRENCIAL NA UNIÃO EUROPEIA - instrumento de integração.....	129
6. HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA AUTORIZADAS PELA LEI 8884/94.....	130
7. CONCLUSÃO.....	134
8. BIBLIOGRAFIA	135
O ACORDO DE LENIÊNCIA: AVANÇO OU PRECIPITAÇÃO?.....	137
IBRAHIM ACÁCIO ESPÍRITO SOBRAL.....	137
Introdução	138
O Acordo de Leniência.....	138
Requisitos	140
A experiência estrangeira.....	143
A Efetividade do Acordo de Leniência Brasileiro: Aspectos Relevantes	146
Conclusão.....	150
BIBLIOGRAFIA	152
GLOBALIZAÇÃO E ABERTURA ECONÔMICA X REGULAMENTAÇÃO DE MERCADO- BASES E FUNDAMENTOS PARA A RACIONALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	153
DIEGO GOULART DE OLIVEIRA VIEIRA.....	153
I - Introdução.....	153
II - Atualidades.....	154
III - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	156
IV - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	158
V - CONCLUSÕES.....	164
BIBLIOGRAFIA	164
DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS E DISCUSSÕES ATUAIS	167
TATIANA LINS CRUZ	167
Introdução	168
I. Defesa da Concorrência no Brasil.....	168
II. Defesa da Concorrência no Mercosul	174
III. Defesa da Concorrência nos Estados Unidos	175

<i>IV. De Volta ao Brasil: Discussões Atuais</i>	177
<i>V. Conclusão</i>	180
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	180

CLASSIFICAÇÃO GERAL

1º LUGAR

Paolo Zupo Mazzucato / Pseudônimo: Sérgio Porto

pzupo@hotmail.com

Faculdade: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Direito/8º semestre

Título: Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional

2º LUGAR

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva / Pseudônimo: Vita Brevis

pedroaurelio@bol.com.br / pedroaurelio@dr.com

Faculdade: PUC- Pontífica Universidade Católica

Direito 4º ano

Título: As agências reguladoras e a defesa da concorrência

3º LUGAR

Tomás Junqueira de Camargo / Pseudônimo: Melih

dcamargo@uol.com.br

Faculdade: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Direito/8º semestre-Diurno

Título: O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial

4º LUGAR

Giovani Ribeiro Loss / Pseudônimo: O advogado

grloss@bol.com.br

Faculdade: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Direito/8º semestre

Título: A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE

5º LUGAR

Ricardo Noronha Ingles de Sousa / Pseudônimo: Edward Nogueira

rsousa@demarest.com.br

Faculdade: PUC_SP Direito/5º ano

Título: Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro

6º LUGAR

Cintia Gonzaga Alves / Pseudônimo: Mario Quintana

cintiaalves@uol.com.br

Faculdade: Universidade do Rio de Janeiro (UNI RIO)

Título: Extraterritorialidade e defesa da concorrência

7º LUGAR

Antonio Carlos Machado de Andrade Junior / Pseudônimo: Taunay

nunomach@sti.com.br

Faculdade: UNIP- Universidade Paulista

Título: A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica

8º LUGAR

Denis Alves Guimarães / Pseudônimo: José João dos Santos da Silva Nascimento

dalguima@hotmail.com

Faculdade: Faculdade de Direito do Largo São Francisco

Título: As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização **em Prol das Eficiências**

9.º LUGAR

Lucas Machado Lira / Pseudônimo: Ibrahim Acácio Espírito Sobral

lucaslira@zipmail.com.br

Faculdade: Universidade Federal de Minas Gerais

Título: O acordo de leniência: avanço ou precipitação?

10º LUGAR

Tatiana Lins Cruz / Pseudônimo: Agamenon Magalhães

Faculdade: PUC_SP

Título: Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais

Diego Goulart de Oliveira Viana / Pseudônimo: Ômega
dgovieira@hotmail.com

Faculdade: Universidade Cândido Mendes

Título: Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado-
Bases e Fundamentos para a Racionalização da Defesa da Concorrência

REGULAMENTO DO I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PRÊMIO IBRAC - ESSO DE MONOGRAFIA

O INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO, promoverá o *I CONCURSO IBRAC DE MONOGRAFIAS* destinado a alunos dos cursos de graduação, tendo por tema a DEFESA DA CONCORRÊNCIA, com patrocínio da Esso Brasileira de Petróleo Ltda.

REGULAMENTO

1. DA INSCRIÇÃO

1.1 Participação: Poderão participar do Concurso todos os estudantes de graduação, assim entendido estudantes cursando Universidade.

1.2 Condições: O candidato apresentará somente um trabalho individual, que versará especificamente sobre o tema do concurso.

1.3 Apresentação: Os trabalhos deverão ser inéditos, apresentados sob pseudônimo, impressos em computador ou datilografados, em espaço duplo e em 3 (três) vias, com o mínimo de 7 (sete) e o máximo de 21 (vinte e uma) páginas formato A-4.

1.4 Identificação: Junto com o trabalho, o participante deverá entregar um envelope lacrado e identificado externamente com o pseudônimo do autor e o título do trabalho. No interior do envelope, devem ser colocados: nome completo, curso, faculdade e período, endereço, telefone e/ou e-mail. A não observância desses requisitos implicará na desclassificação do candidato.

1.5 Inscrição: Serão considerados inscritos os trabalhos enviados ou entregues ao IBRAC, no seguinte endereço: Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121, Perdizes São Paulo, SP CEP 05013-001.

1.6 Período de inscrição: Até 30/9/2000. No caso de inscrição via postal, considerar-se-á a data de postagem.

2. DA PREMIAÇÃO

2.1 Dos prêmios: A cada um dos três primeiros colocados no concurso serão conferidos, pelo patrocinador, prêmios individuais nos valores de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), respectivamente, além da publicação dos trabalhos na Revista do IBRAC.

2.2 A Comissão Julgadora atribuirá menções honrosas aos trabalhos classificados em 4º e 5º lugares.

2.3 Da entrega dos prêmios: Será feita durante o VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a se realizar em Campos do Jordão, no mês de Novembro/2000, com a participação dos três primeiros colocados, que terão dispensada a taxa de inscrição e as despesas de estadia pagas pelo IBRAC.

3. DA COMISSÃO JULGADORA

3.1 A Comissão Julgadora será integrada pelos membros do **IBRAC (Diretoria e Conselho Editorial)**, coordenada pelo seu Presidente.

3.2 Na apreciação dos trabalhos serão considerados, além da pertinência, os critérios de conteúdo, clareza, linguagem e apresentação.

3.3 A divulgação dos resultados será feita até o dia 31/10/2000, podendo esta data ser prorrogada a critério da Comissão Julgadora.

4. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

4.1 As avaliações da Comissão Julgadora são irrecorríveis.

4.2 Ao apreciar o mérito dos trabalhos, a Comissão Julgadora final poderá recomendar sua publicação na Revista do IBRAC.

4.3 A inscrição implica autorização expressa de publicação ou reprodução do trabalho a critério do IBRAC, mediante cessão gratuita de todos os direitos patrimoniais sobre a obra, nos termos da Lei 9.610/98.

4.4 Os originais dos trabalhos passarão a compor o acervo do IBRAC.

4.5 Ao inscrever-se o concorrente adere às normas expressas neste Regulamento.

DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Paolo Zupo Mazzucato *

SUMÁRIO: Introdução **1.** Dos Possíveis Modelos de Relação entre os Órgãos de Regulação do Sistema Financeiro e os de Defesa da Concorrência **2.** Considerações Acerca da Competência para a Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro **3.** O Posicionamento dos Especialistas em Sistema Financeiro **4.** O Posicionamento do CADE **5.** Nosso Entendimento **6.** Bibliografia

Introdução

O Sistema Financeiro é o centro nervoso da economia de um país, e tudo que nele acontece repercute nos demais setores econômicos. A respeito dessa afirmação, é oportuno lembrar o pensamento de Ricardo Ferreira de Macedo:

“(...) A estrutura e funcionamento do sistema financeiro dizem respeito ao interesse e à felicidade de todo o povo, na medida em que o fluxo dos meios de pagamento e todos os fatores a ele conexos (taxas de juros, câmbio, etc.) são elementos aptos a influenciar diretamente o nível de produção (e, portanto, de emprego) e a eficiência de toda economia”¹.

No mesmo sentido, as palavras do Prof. Geraldo Facó Vidigal, segundo o qual “a regulamentação do sistema financeiro é essencial, não só à política de moeda e crédito governamental, como é também essencial à

*Aluno do 8º Período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, monitor das disciplinas Direito Econômico I e II e Tópicos de Direito Econômico, sob a orientação da Profª. Dra. Isabel Vaz, membro-fundador do GRIDE - Grupo Interdisciplinar de Atualização em Direito Econômico - coordenado pela Profª. Dra. Isabel Vaz, e estagiário da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça..

1 MACEDO, Ricardo Ferreira de. “Autonomia do Banco Central do Brasil e Despolitização da Moeda”; in Revista de Direito Mercantil, nº 113. Editora Malheiros Editores, São Paulo, janeiro/março de 1999, p. 238.

irrigação das atividades de produção de bens e serviços, à circulação e distribuição das riquezas pelo corpo social”². A Constituição da República de 1988, atenta a estas questões, determina, no *caput* do art. 192, que o Sistema Financeiro Nacional seja estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. Talvez por estas razões, Guido Zanobini, citado pelo ilustre Prof. Alberto Venâncio Filho, bem observa que “a ação do Estado sobre o crédito é a mais extensa e profunda em confronto com qualquer outra relativa a outras formas de atividade econômica”³.

Uma das maneiras pela qual o Estado intervém, regulando o funcionamento das instituições financeiras, é a fiscalização da autorização para funcionamento e para transferências de controle acionário daquelas. Esta atividade de transferência de controle acionário, verificada primordialmente sob a forma de aquisições e de fusões, pode caracterizar o que se chama de ato de concentração no Direito Econômico da Concorrência⁴. Entretanto, apesar da já mencionada forte intervenção estatal no sistema financeiro, inclusive nas fusões e aquisições no setor, subsiste uma situação de incertezas e dúvidas, incompatível com o postulado da segurança jurídica a que todo administrado tem o direito de aspirar. Até o momento, não se definiu, com certeza, qual é o órgão responsável pela a análise destes casos.

Algumas situações referentes à concentração no setor bancário indicam a existência de um conflito de competência entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), oriundo de uma antinomia jurídica entre alguns artigos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei do Sistema Financeiro Nacional), e da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência). Este será o ponto central de nosso estudo, com o objetivo de estudar este conflito de competência, buscando oferecer uma reflexão crítica sobre a questão.

Esse conflito gera instabilidade ao setor econômico e à sociedade, acarretando também o risco de um tratamento inadequado ou divergente do assunto. As análises de atos de concentração no sistema financeiro têm de levar em conta questões referentes não apenas à política monetária, o que

2 VIDIGAL, Geraldo Facó. “Sistema Financeiro Nacional: Atualidades e Perspectivas”, in Primeiro Ciclo de Estudos de Direito Econômico, Editora IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo, 1993, p. 08.

3 VENÂNCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico - O Direito Público Econômico, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998, edição fac-similar da de 1968, p. 273.

4 Expressão cunhada pela Profª. Isabel Vaz e que dá nome à sua obra Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

parece ser a única meta do BACEN⁵, como também critérios que visem a proporcionar e a garantir a concorrência no setor, tema afeto à competência do CADE.

O aumento da concentração no sistema financeiro, desacompanhado de uma análise que a possa avaliar e evitar seus eventuais efeitos nefastos, pode provocar um colapso no setor, e, conseqüentemente, também na economia brasileira. Esta afirmação está longe de ser sensacionalista, mas pode ser explicada pela teoria *too big to fail*⁶ (grande demais para falir). De acordo com esta teoria, um banco grande não pode quebrar, pois criaria um cenário de crise sistêmica e efeito dominó (devido à falta de credibilidade no sistema financeiro, valor que lhe é essencial), com a conseqüente falência de outras instituições e a ruína da economia nacional. Para evitar este quadro, o auxílio do erário se torna indispensável (como o foi no caso do PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), reduzindo recursos destinados a áreas essenciais como saúde, educação e segurança.

Outro grande perigo está no fato de que, desde o advento do Plano Real e da subseqüente estabilização da economia, os bancos deixaram de auferir os fabulosos ganhos com a inflação. Diversificar passou a ser um dos

5 A este respeito vide SALOMÃO FILHO, Calixto; “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, in Revista de Direito Mercantil nº 114; Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999, p. 55. O Prof. Calixto Salomão Filho afirma que os dois pilares da política do Banco Central, os requisitos de capital mínimo e os empréstimos compulsórios, induzem à formação de um oligopólio no setor. O primeiro, devido ao fato de a exigência de capital mínimo ocorrer em quantia superior à definida no Acordo da Basileia (acordo realizado nesta cidade suíça em julho de 1988 pelos bancos centrais dos países que compõem o Grupo dos Dez, com vistas a criar um padrão de liquidez e solvência internacionais a serem seguidos), o que aumentaria as barreiras à entrada de novos bancos. Quanto aos empréstimos compulsórios, o Banco Central não definiria a porcentagem destes de acordo com o tamanho da instituição financeira, o que reduziria o montante de recursos disponíveis para as pequenas instituições, tornando-as incapazes de competir e crescer. Na matéria “Exigências do BC influem na decisão dos banqueiros”, veiculada no jornal Gazeta Mercantil em 21.10.99, à p. B-1, o Banco Central demonstra sua postura de incentivo às autoliquidações dos bancos pequenos, preferíveis às liquidações extrajudiciais, na atual fase de reestruturação do sistema financeiro. Tais medidas, desacompanhadas de outras que possam promover a concorrência entre as instituições financeiras, têm por efeito o aumento da concentração neste setor e dos riscos a ela inerentes.

6 SADDI, Jairo. “Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Econômico, nº 26; Editora CADE, Brasília, agosto-dezembro de 1997, p. 36.

novos lemas, e hoje vários bancos figuram como controladores de grandes empresas, fenômeno que no Japão ficou conhecido por *keiretsu*⁷. Assim, a união de dois bancos pode representar também a união de várias empresas concorrentes em outro setor. Tal questão, apesar de importante, não é levada em consideração ao se aprovar um ato de concentração bancário⁸.

Não obstante a importância e a atualidade do assunto - uma vez que as fusões bancárias são hoje uma tendência inexorável, parte do processo de reestruturação do sistema financeiro - a bibliografia é escassa. Poucos são aqueles que abordam o tema do conflito de competência entre o CADE e o BACEN, justificando-se, assim, essas reflexões.

Esperamos, pois, contribuir para a discussão desta difícil questão, cuja gravidade e relevância tornam imperiosa a busca de uma resposta adequada.

1. Dos Possíveis Modelos de Relação entre os Órgãos de Regulação do Sistema Financeiro e os de Defesa da Concorrência

Gesner Oliveira⁹, ex-presidente do CADE, em palestra proferida por ocasião do “Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, identifica a existência de vários modelos

7 SADDI. Op. cit., p. 34.

8 O Banco Central divulga, em seu site na internet, o Roteiro de Procedimentos de Acesso ao Sistema Financeiro Nacional, no qual apresenta as instruções de autorização para funcionamento e transferência de controle societário de instituições financeiras (www.bcb.gov.br/htms/aceso.shtm). No tópico em que são tratadas as condições para transferência de controle societário, o BACEN estipula como tais a ausência de restrição cadastral, capital integralizado, comprovação de capacidade econômico-financeira e origem dos recursos. Importante reparar que não há menção alguma a qualquer preocupação referente a questões concorrenciais. Como bem observa Jairo Saddi, se tais requisitos aqui citados forem preenchidos, o BACEN está obrigado a autorizar a transferência de controle e, “uma vez dada autorização para a transferência do controle, constitui-se em ato administrativo formal irretroatável”. SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 5, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2, p. 97-98.

9 OLIVEIRA, Gesner. “A evolução do Sistema Bancário e a Necessidade de Harmonização de Atuação dos Organismos Reguladores” in *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Editora SGAN, Brasília, 1999, p. 20.

possíveis de relação entre o órgão incumbido de regulação do setor financeiro e a autoridade de defesa da concorrência.

Um primeiro modelo seria o de “isenção antitruste”. A autoridade de defesa da concorrência não teria competência para atuar no sistema financeiro. A legislação antitruste seria aplicada eventualmente pelo órgão regulador do sistema financeiro; em alguns países, ela sequer seria aplicada, daí a razão do termo “isenção”. Assim, a regulação ficaria restrita a questões técnicas e de regulação econômica apenas, não se cogitando de uma política de defesa da concorrência.

O pólo oposto também seria possível. Neste caso, a exemplo do que ocorre na Austrália, a agência antitruste atuaria na defesa da concorrência e também na regulação técnica e econômica do sistema financeiro.

Outra configuração seria a de competências concorrentes ou compartilhadas, aliás, o modelo mais utilizado no mundo neste setor. Trata-se de um sistema em que há complementaridade entre as incumbências de cada instituição. Logo, no sistema financeiro, questões concorrenciais ficariam a cargo da agência antitruste e as técnicas e econômicas seriam de responsabilidade do órgão regulador, geralmente um banco central. Este modelo é o adotado no Brasil no setor de telecomunicações, havendo semelhante divisão de competências entre o CADE e a ANATEL. Nas palavras do então presidente do CADE, este seria o modelo ideal, e inclusive reduziria os custos burocráticos de transação:

“(…) Não há vantagem de uma única autoridade fazer tanto o antitruste quanto a regulação técnica e econômica. Portanto, é baixa a economia de escopo; é alta a economia de especialização. Nós entendemos muito de defesa da concorrência (...), mas não entendemos certamente de regulação técnica e regulação econômica no setor bancário. Portanto, há especialização, então optáramos por isso.”¹⁰

Haveria também, por fim, o modelo de mera desregulamentação, não adotado por nenhum país, no setor bancário, face ao entendimento de que esta área precisa de uma regulamentação, devido à sua enorme importância e à complexidade das questões que envolve.

10 OLIVEIRA. Op. cit., p.26

2. Considerações Acerca da Competência para Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional

No tópico anterior expusemos as várias formas possíveis de convivência entre os órgãos encarregados de regular o sistema financeiro e as autoridades antitruste. Cumpre, agora, responder à seguinte pergunta: qual o modelo ideal para o Brasil? E responder à questão crucial desta monografia: quem é, ou deve ser, o responsável pela análise de atos como fusões, incorporações, aquisições e *joint-ventures* no Sistema Financeiro Nacional?

Não há um consenso na doutrina. Há quem diga que apenas o Banco Central possui competência para lidar com atos de concentração no sistema financeiro; outros, por sua vez, entendem ser o CADE a autoridade responsável para apreciar tais operações.

Inicialmente, é importante destacar a existência de uma antinomia jurídica nestes casos. A Lei nº 4.595/64 dispõe da seguinte forma:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

(...)

X. conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(...)

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

(...)

g) alienar ou, por qualquer forma, transferir o seu controle acionário.

(...)

Art. 18. (...)

(...)

§2º O Banco Central, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos nos termos desta Lei.”

A Lei nº 8.884/94, por sua vez, estipula que:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

(...)

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

(...)

§3ºIncluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica , seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

A respeito dos dispositivos citados, julgamos pertinente fazer algumas considerações.

A primeira observação é a de que a Lei nº 4.595/64 é uma lei formalmente ordinária, mas que teria sido recepcionada pela Constituição da República de 1988 com o *status* de lei complementar, vale dizer, estamos diante de uma lei materialmente complementar¹¹. Quanto à Lei nº 8.884/94, não paira dúvida de que este diploma legal é lei ordinária, tanto em sentido formal, quanto material.

A segunda consideração é a de que BACEN e CADE teriam recebido, *a priori*, idênticas funções: análise de fusões e fenômenos semelhantes entre instituições financeiras e defesa da concorrência no setor financeiro (a Lei nº 8.884/94 se aplicaria a qualquer setor, inclusive o financeiro, de acordo com a letra de seu art. 15.).

Outro ponto ao qual devemos atentar é o de que a Lei nº 4.595/64 se refere a transferência de controle acionário, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência usa o termo ato de concentração. Há uma diferença profunda entre uma expressão e outra.

Ato de concentração, como se infere do texto da própria lei, é um ato, sob qualquer forma manifestado, que possa limitar ou de qualquer forma

11 De acordo com Celso Bastos, face ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal entendendo que apenas quando vier a lei complementar de que trata o art. 192 da CF/88, regulamentando o SFN, é que será revogada a Lei nº 4.595/64. Apud SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2, p. 90.

prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Em outras palavras, é todo e qualquer ato capaz de repercutir de forma negativa no mercado relevante considerado, em razão das alterações estruturais que provoca.

O termo transferência de controle acionário, por sua vez, indica todo e qualquer ato que implique reorganização e modificação do quadro societário de uma instituição financeira, de forma a promover uma alteração na relação de poder dentro dela ou da composição de acionistas. A idéia de que este ato pode repercutir de maneira negativa no mercado, ou seja, a necessária tomada em consideração de aspectos macroeconômicos, pode ou não estar presente. Conclui-se, portanto, que o termo aqui analisado possui sentido mais amplo do que aquele conferido à expressão ato de concentração.

Assim, toda fusão, aquisição, incorporação, *joint venture* ou qualquer outra forma de rearranjo societário são, necessariamente, hipóteses de transferência de controle acionário, na medida em que promovem alterações nas relações de poder entre os controladores da instituição financeira e em sua composição acionária. Devem ser tratados como atos de concentração se, porventura, puderem alterar as estruturas do mercado. Logo, o que distingue um termo do outro é a noção de potencialidade de dano ao mercado, implícita na noção de poder econômico. Tudo vai depender da análise do caso concreto e dos agentes envolvidos para que se possa apurar o caráter inofensivo ou não do ato, sob o aspecto macroeconômico.

Em conclusão, haverá conflito de competência entre o BACEN e o CADE somente quando a transferência de controle acionário no Sistema Financeiro Nacional for caracterizada como um ato de concentração. Se estivermos diante de uma mera alteração societária, sem repercussão na estrutura daquele mercado relevante, a competência será única e exclusivamente do Banco Central.

A última observação cabível é a de que a Lei nº 4.595/64 estabelece que as competências estipuladas no art. 10 são privativas. Compreender o significado e o alcance desta expressão é fundamental na discussão acerca da competência para análise de fusões bancárias.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva, citado por Jairo Saddi¹², classifica as competências, quanto à extensão, em exclusiva, privativa, comum (cumulativa ou paralela), concorrente ou suplementar.

A competência exclusiva é aquela atribuída a uma entidade apenas, excluindo-se qualquer outra. Privativa é a atribuição tida como própria de uma entidade, havendo possibilidade, no entanto, de delegação e de competência

12 SADDI. Op. cit., p. 92.

suplementar. Quanto à comum, é a faculdade de legislar ou de praticar certos atos em determinado campo em igualdade com outros entes institucionais. Diz-se concorrente a competência exercida por mais de uma entidade sobre uma mesma matéria, e, por fim, suplementar a competência, quando existe a possibilidade de complementar ou suprir a omissão de determinada entidade. Comentando a classificação do constitucionalista face à Lei nº 4.595/64, o Prof. Jairo Saddi conclui:

“Portanto, pela doutrina depreendida, a competência privativa é espécie de competência exclusiva; no entanto, a competência privativa permite uma amplitude maior, delegando poderes ou mesmo permitindo a competência suplementar. (...) Logo, temos no art. 10 as competências privativas do BC, ou seja, aquelas faculdades particulares da autoridade monetária, passíveis de delegação, mas que são próprias dele e somente dele.”¹³

Acreditamos que a chave para a resposta desta intrincada questão do conflito de competências entre o CADE e o BACEN para a análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional passa pela consideração daqueles quatro pontos enumerados. Entretanto, antes de nos manifestarmos, apresentaremos o entendimento de alguns especialistas, como Marcos Martins de Souza, Jairo Saddi e Calixto Salomão Filho.

3. O Posicionamento dos Especialistas em Sistema Financeiro

A doutrina ainda não chegou a um consenso a respeito da competência para análises de transferências de controle acionário caracterizadas como atos de concentração.

Marcos Martins de Souza, assessor do CADE e funcionário do Banco Central, defende a idéia de que o CADE teria de participar da análise de atos de concentração no sistema financeiro, mesmo ciente de que a Lei nº 4.595/64 teria sido recepcionada pela nossa Constituição Federal de 1988 como lei complementar:

“Mencionada lei [Lei nº 8.884/94], é bem de assinalar, não contempla exceção, tampouco mitigações, no atribuir ao CADE a missão de defender a concorrência, haja vista que a tônica dos pertinentes dispositivos nela descritos aparece com a consigna ‘sob qualquer forma manifestados’,

13 SADDI. Op. cit.. p. 93.

para se referir aos atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos de limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa (...).”¹⁴

E conclui que:

“Não se lhe importará, vinculadamente, se o ato negocial integrativo lograra chancela do Banco Central, na medida em que são distintas as competências, malgrado complementares. Vale dizer: toda e qualquer alteração verificada no âmbito do sistema financeiro por intermédio de fusão, incorporação, transferência de controle depende de prévia aprovação do BACEN, mas se redundar porventura em vinte por cento de participação nesse mercado ou qualquer das partes ostentar faturamento equivalente a quatrocentos milhões de reais, a eficácia plena somente será obtida após o crivo do CADE.”¹⁵

Ao final, o assessor do CADE afirma a importância da cooperação que deve estar na atuação destes órgãos nas análises de atos de concentração no sistema financeiro.

O Prof. Jairo Saddi, especialista em Direito Bancário e grande estudioso do assunto, em seus vários artigos a respeito do conflito de competência para análise de atos de concentração no sistema financeiro, entende que o Banco Central é a autoridade competente para estes casos, apesar de acreditar que as duas autoridades poderiam atuar juntas.

Jairo Saddi, como visto no tópico anterior, verifica que a Lei nº 4.595/64 trata da competência privativa para a análise da transferência de controle; vale dizer, há possibilidade de complementaridade entre a atuação do Banco Central e do CADE. Necessário se torna indagar se há mecanismos que a permitam e a viabilizem. Assim se pronuncia o professor, *in verbis*:

“(...) A abrangência da Lei nº 8.884/94 envolve também uma derrogação parcial de alguns dos conceitos de outros textos legais, especialmente a Lei nº 4.595/64. (...) Claramente há um conflito de competência formal, no sentido de que existem duas leis do mesmo nível no ordenamento jurídico que dispõem sobre a mesma matéria. Por essa razão, um banco que quiser fundir-se deve submeter-se às decisões do Cade e também do Banco Central. Tal entendimento é esposado por muitos juristas, embora ele não apresente precisão. Fica patente a falta de mecanismos institucionais

14 SOUZA, Marcos Martins de. “Organização das Instituições Financeiras e o CADE” in Revista de Direito Econômico, nº 24, Editora CADE, Brasília, julho-dezembro de 1996, p. 75.

15 SOUZA, Marcos Martins de. Op. cit., p. 76.

para que, por se tratar de competências privativas e não exclusivas, possam ser delegadas partes desta análise às agências responsáveis pelo sistema de concorrência.”¹⁶

Apesar de mencionar que o CADE e o BACEN já possuem acordo firmado no intuito de atuação técnica e consultiva conjunta referente a esta questão, ele acredita na necessidade de uma certa supremacia do Banco Central para lidar com a questão:

“ O poder de aprovar atos de concentração deve estar adstrito ao Banco Central. Além do CADE não possuir especialização em matéria monetária e financeira é evidente que o CADE já se encontra assoberbado com suas próprias atividades.(...) É o Banco Central quem deve manter sobre [sic] seu controle a aprovação de toda e qualquer atividade no mercado financeiro. Além de ser especializado na tarefa, atos de concentração no mercado financeiro podem ter implicações na política monetária, na ampliação dos riscos sistêmicos e nos parâmetros de fiscalização.”¹⁷

O professor Calixto Salomão Filho apresenta um ponto de vista *sui generis*. Em seu artigo “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, afirma:

“A fiscalização das instituições financeiras do ponto de vista concorrencial é dever não apenas do CADE, mas também do Banco Central do Brasil- BACEN. A Lei nº 4.595, de 31.12.64, prevê, em seu art. 10, inc. X, letras c e g, que toda fusão, incorporação, transformação e alienação de controle das empresas deve ser autorizada pelo BACEN. O BACEN tem, portanto, com relação às instituições financeiras, a mesma competência fiscalizatória atribuída pelo art. 54 ao CADE com relação à generalidade das empresas. Por outro lado, tratando-se a lei bancária de regulamento específico, não pode ser derogada pelas disposições mais genéricas da lei concorrencial.”¹⁸

Já em seu livro “Direito Concorrencial - As Estruturas”, ele diz, baseado na teoria norte-americana *Pervasive Power Doctrine*, que o CADE deve praticar essa função de análise dos atos de concentração até que o Banco

16 SADDI. Op. cit., p. 95/96.

17 SADDI, Jairo. “Considerações sobre Alguns Aspectos Jurídicos dos Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Mercantil, nº 113, Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999, p. 105.

18 SALOMÃO FILHO. Op. cit., p. 54.

Central exerça sua atribuição legal de defesa da concorrência no sistema financeiro, algo que, segundo a sua opinião, jamais teria ocorrido¹⁹.

Como dissemos, a *Pervasive Power Doctrine* é importada dos Estados Unidos, tendo sua origem em julgados das cortes daquele país. Seu nascimento foi uma resposta à discussão acerca da compatibilização entre atividade regulada pelo Estado e imunidade à legislação antitruste, em que se questionava até que ponto uma excluiria ou incluiria a outra. A aplicação dessa teoria requer a ocorrência simultânea de três requisitos, o que traria como consequência ou a imunidade do setor às regras concorrenciais, ou se verificaria que ao órgão competente para regular o setor já se reconheceria o poder de aplicar tais regras, excluindo a atuação do órgão encarregado da regulação concorrencial genérica.

Primeiro, “(a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise”²⁰, quer dizer, legislação versando sobre a matéria, desdobrando seus dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de forma a prever a imunidade a dispositivos antitruste ou a implantação de uma política concorrencial no setor. No caso em tela, a Lei nº 4.595/64 prevê que o setor financeiro se pautará também pela concorrência entre as instituições financeiras. Aliás, o Prof. Calixto Salomão Filho fala em total compatibilidade entre a proteção da poupança popular, finalidade da atuação das autoridades do SFN, e concorrência no setor, já que esta seria meio para se garantir aquela²¹.

Em segundo lugar, “(b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado”²²; ou, em outras palavras, autoridade competente para aplicar e fazer ser cumprida a legislação referente à matéria. A própria lei fala que o Banco Central será o responsável para regular as condições de concorrência no SFN.

E, por fim, “(c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos”²³. O próprio Calixto Salomão Filho faz a ressalva de que,

19 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*; Editora Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 220.

20 SALOMÃO FILHO. *Op. cit.*, p. 218.

21 Cf. nota de rodapé nº 5 e considerações a respeito da teoria *too big to fail* na Introdução supra.

22 *Idem*. *Op. cit.*, p. 218.

23 SALOMÃO FILHO. *Op. cit.*, p. 218.

aqui, o que se pretende verificar realmente é a atividade habitual do órgão, não havendo necessidade de que, para determinado ato, tenha sido feita referência às conseqüências mercadológicas.

Assim, analisando o sistema financeiro, sua legislação e a atuação do BACEN frente aos postulados desta doutrina, emite a seguinte opinião:

“Cumpridos estão, portanto, os requisitos previstos nas letras ‘a’ e ‘b’ referidas acima. Falta, no entanto, o requisito ‘c’, que é fundamental para a caracterização do poder como *pervasive*. O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência a análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre a efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão judicial mas também a revisão administrativa do próprio ato administrativo. O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária”.²⁴

Fundamental, neste momento, observar que, por mais que a *Pervasive Power Doctrine* seja fruto da construção doutrinária e jurisprudencial de outro país (aliás, de um país do *Common Law*, com princípios totalmente diferentes daqueles encontrados no Sistema Romano-Germânico), ela já é aplicada pelo CADE. Exemplo disso é a utilização de sua “teoria-irmã”, a *State Action Doctrine*, no Processo Administrativo nº 08000.021660/96-05, em que CEBRACAN foi Representante e RODONAL, Representada²⁵. Naquela ocasião, o CADE entendeu aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro a “teoria-irmã” da *Pervasive Power Doctrine*, devido ao fato de a Constituição da República de 1988 ter erigido como princípio da Ordem Econômica a livre concorrência e também pelo disposto

24 Idem. Op. cit., p. 220.

25 De acordo com o Conselheiro do CADE Marcelo Calliari, em voto proferido em 20 de janeiro de 1999 no acórdão referente ao Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52, em que a AMUT P & C (Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga) foi Representante e BHTRANS (Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte) e outros foram Representados. Acórdão extraído do site do CADE: www.mj.gov.br/cade/inicial.htm

no art. 15 da Lei nº 8.884/94 que impõe a sua incidência mesmo a setores sujeitos à regulamentação estatal.

Infelizmente, a discussão acerca da recepção de tais teorias pelo nosso ordenamento não chegou aos nossos Tribunais (pelo menos não há registro). Grande avanço seria levar às Cortes a discussão a respeito dessas duas teorias, como forma de tornar mais eficiente a legislação de defesa da concorrência. Impende notar o quão importante isso seria. Basta observar o que ocorreu com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*): também importada dos Estados Unidos, onde era aplicada, tendo sido discutida e aceita em nosso ordenamento, trazendo inegáveis benefícios na luta contra fraudes.

4. O Posicionamento do CADE

Gesner Oliveira, à época em que era presidente do CADE, afirmou em palestra proferida por ocasião do “Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, que o sistema ideal para defesa da concorrência no campo em questão seria aquele em que houvesse atuação conjunta da autoridade reguladora do sistema financeiro e da autoridade antitruste. Visando a defender sua tese, assim se pronunciou:

“A livre concorrência é um princípio constitucional. Isso, por si só, a colocaria de forma diferente de algumas outras jurisdições onde não é um princípio constitucional. Por si só, já dá força ao argumento de que não há exceção [BACEN excluir atuação do CADE]. Mas a Lei nº 8.884/94, que regulamenta a Constituição neste ponto, não prevê nenhuma exceção ao sistema bancário ou a qualquer outro sistema, e é posterior à Lei nº 4.595/64, lei ordinária, ainda que se possa argumentar que tenha status de lei complementar, trinta anos anterior à Lei nº 8.884. Portanto, haveria um forte argumento de que há, sim, que implementar a defesa da concorrência no setor bancário.”²⁶

Apesar das várias posições sustentando que o CADE não teria competência para analisar atos de concentração no SFN, ele já o faz. Exemplo disso é o pronunciamento do órgão ao analisar a aquisição do Banco Francês e Brasileiro S/A (BFB) pelo *American Finance Company Limited* (AFINCO), pertencente ao Banco Itaú S/A (Ato de Concentração nº 87/96). Entretanto, como veremos adiante, não há um entendimento consolidado do Conselho acerca da questão da competência para análise de atos de concentração no sistema financeiro, e isto porque o Plenário do CADE ainda não se

26 OLIVEIRA. Op. cit., p. 29.

pronunciou, mas apenas o Relator, o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, em seu voto.

Comunicado à Secretaria de Direito Econômico (SDE) pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em 10 de outubro de 1995, com fulcro no art. 54, § 10º da Lei nº 8.884/94, o expediente foi classificado como “Ato de Concentração” entre AFINCO/Itaú e BFB e originariamente fora tratado como “Averiguações Preliminares”, equívoco corrigido pelo então Conselheiro-Relator, o Dr. Edson Rodrigues Chaves. Após terem sido redistribuídos duas vezes e passado por várias suspensões, os autos foram enviados ao Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, atual Relator do processo, que concluiu, em seu pronunciamento, que não se estaria diante de um ato de concentração, mas, sim, de uma consulta. O fundamento da comunicação por parte da CVM, além do já citado dispositivo legal, foi o § 3º do art. 54 do mesmo diploma legal (uma das partes envolvidas possuía faturamento anual bruto registrado no último balanço superior a R\$ 400.000.000,00).

Em 26 de julho de 2000, o *soi disant* Ato de Concentração foi finalmente a julgamento. No entanto, não foi decidido. O atual Presidente do CADE, Dr. João Grandino Rodas, pediu vista dos autos. Cumpre ressaltar que a discussão em pauta não era a viabilidade ou não da operação, mas apenas a competência do CADE para apreciá-la.

Antes disso, a SDE, invocando o art. 10º da Lei 4.595/64, entendeu, em seu parecer, que não disporia de competência para analisar a operação. O Banco Central defendeu a mesma tese em sua manifestação, e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) alegou a existência de questão prejudicial: manifestar-se-ia somente após conclusão inequívoca por parte do CADE de que o mesmo teria competência para lidar com a causa. A Procuradoria do CADE posicionou-se no sentido de ser competente o Conselho, para julgar o ato de concentração em tela, e isso, basicamente, porque a Lei nº 8.884/94 não teria excluído de sua incidência nenhum agente econômico, fosse ele público ou privado.

O Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, no voto proferido no julgamento, posicionou-se afirmando a competência do CADE para a análise de atos de concentração ocorridos no âmbito do sistema financeiro:

“Ora, o mercado financeiro, bem como o mercado de valores mobiliários devem inserir-se num contexto mais amplo de mercado, genericamente tomado, regido pelas disposições dos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal.

O Título VII da Constituição Federal estabelece os princípios fundamentais da **ordem econômica**, dentre eles o da **livre concorrência**, fixando ainda o **§ 4º do artigo 173**, 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.’*

[...]

Adotando, portanto, o entendimento de que os diplomas legais, independentemente de sua posição hierárquica, devem ser vistos num **contexto de integração** e que os órgãos por eles criados **devem exercer todas as funções estabelecidas pela lei que os criou**, não posso fugir à conclusão de que deve haver **uma colaboração estreita** entre todos estes órgãos para que possam exercer plenamente todas as suas competências legais.

Ora, quando o **§ 3º do artigo 54** da Lei nº 8.884, de 1994, determina que devam ser incluídos nos atos de que trata o *caput* **“aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário”**, e quando o *caput* do artigo determina que todos estes atos **deverão ser submetidos à apreciação do CADE**, está claramente o legislador ordinário atribuindo a um órgão a competência para apreciação de **toda e qualquer forma de concentração**, incluídas logicamente as concentrações bancárias.

Se o Banco Central do Brasil deve ser visto como uma **agência reguladora** do sistema bancário, não se há de querer retirar do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sua competência legal, fundada em dispositivo constitucional, para apreciar quaisquer atos que *‘possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.’*

[...]

Como conclusão de toda a fundamentação acima exposta, arrimado finalmente, na norma contida no **§ 10º, do art. 54** da lei nº 8.884/94, agora mencionado, devo responder à consulta, afirmando que o ato de concentração comunicado pela CVM deverá ser **submetido à apreciação do CADE.**” [trechos grifados e em itálico no original].²⁷

27 Trecho extraído do voto do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca em 26 de julho de 2000 no julgamento do Ato de Concentração nº 87/96, ainda não publicado (documento cedido pelo Relator).

Devido ao pedido de vista do Presidente do Conselho, a análise do Ato de Concentração encontra-se novamente suspensa, e a resposta do CADE a esta importante questão de conflito de competência somente será conhecida ao final do julgamento.

5. Nosso Entendimento

Chegamos à conclusão, desde já, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, possui competência para a análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. Toda vez que uma transferência de controle societário bancária redundar em um ato de concentração, duplo exame será necessário: a transação deverá necessariamente e em primeiro lugar, passar pelo crivo do Banco Central e, numa segunda etapa, do CADE, buscando obter a aprovação destas autoridades. Se, porventura, a transferência de controle não for capaz de alterar a estrutura do mercado, bastará apenas a atuação do BACEN²⁸. Logo, sob a atual conjuntura normativa, nosso modelo é o de competência compartilhada: questões técnico-econômicas ficam a cargo do BACEN, e as concorrenciais, sob a responsabilidade do CADE.

Impende ressaltar um aspecto suscitado no voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca: tanto o mercado financeiro, quanto o mercado de valores mobiliários devem ser vistos como mercado, e, portanto, como institutos regidos pelos artigos 170 e seguintes da Constituição da República. Tal raciocínio decorre de uma interpretação sistêmica da CR/88, uma vez que seu Título VII é denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” e a ementa da Lei nº 8.884/94 diz que a mesma “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a **ordem econômica**” (sem grifo no original).

A conseqüência lógica e óbvia desta construção é a afirmação de que os princípios elencados no art. 170 da CR/88, ditos “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (Capítulo I), como, *v.g.*, livre concorrência e livre iniciativa, se aplicam a toda e qualquer atividade econômica. O Sistema Financeiro Nacional (Capítulo IV) está inserido no Título VII e, portanto, os princípios mencionados devem ser observados tanto pelas instituições financeiras (poder privado), quanto pelas autoridades (poder público) na aplicação da legislação infraconstitucional.

28 Cf. tópico de nº 3. A priori, nossa tese seria a mesma defendida por Marcos Martins de Souza; entretanto, como se verá a seguir, nossa fundamentação difere em alguns pontos.

A Lei nº 8.884/94, em sua ementa, declara ter por objeto a prevenção e a repressão às infrações à **ordem econômica**. Dentre várias funções, este diploma legal atribuirá ao CADE, em seu art. 54, competência para aprovar todo e qualquer ato capaz de alterar a estrutura do mercado, e, em seu art. 15, submete todo e qualquer agente econômico, seja ele público ou privado, sem qualquer exceção, à sua aplicação. Assim, enquanto o BACEN não observar os imperativos constitucionais do art. 170 na análise de atos de concentração bancários, o CADE será responsável por este papel, havendo necessidade de duplo exame. Se, porventura, o BACEN passar a exercer de forma consentânea com a Constituição da República suas competências estatuídas no art. 10, X, c,g e no art. 18 § 2º, desnecessária se tornará a presença do CADE, posto que a lei do sistema financeiro é específica e, além disso, hierarquicamente superior.

A Lei 4.595/64, como se mostrou neste estudo, confere competência **privativa** ao Banco Central para autorizar transferências de controle acionário no sistema financeiro (art. 10, X, c, g) e estipula que o órgão regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras (art. 18, § 2º). Entretanto, como demonstrou Calixto Salomão Filho, as medidas do BACEN não promovem a concorrência no setor, aliás, pelo contrário, oligopolizam-no²⁹. A autorização para transferências de controle bancários não considera nenhum critério relevante do ponto de vista concorrencial, restringindo-se, praticamente, a uma verificação de cumprimento da cartilha do Acordo da Basileia, em especial das exigências de capital mínimo.

Cumpra observar a importância do termo competência privativa. Não se trata de competência exclusiva do BACEN, vale dizer, há espaço para o exercício de competência suplementar, para que outro órgão preencha alguma lacuna no seu exercício, de forma parcial ou plena. O caso, como se observa, é de lacuna parcial, uma vez que o BACEN exerce a competência de analisar transferências de controle societário financeiras, mas o faz de forma incompleta, quando as mesmas caracterizam um ato de concentração, pois não cuidaria da observância dos ditames constitucionais de defesa da livre concorrência e da livre iniciativa, os mais diretamente afetados.

Jairo Saddy afirmou a inexistência de mecanismos institucionais que permitissem a competência suplementar decorrente da competência privativa³⁰. Questionamos esta afirmação, pois a Lei nº 8.884/94, em seu art. 54, § 10º, prescreve que a CVM deverá comunicar à SDE todas as mudanças de controle acionário em companhias abertas financeiras, assim como as

29 Cf. nota de rodapé nº 5, supra.

30 Cf. tópico nº 3, supra.

fusões do setor. Vale lembrar que esta foi a origem do Ato de Concentração entre BFB e AFINCO/Itaú. Não há palavra ou expressão sem sentido na lei; claramente percebe-se a intenção do legislador de também submeter ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência os atos de concentração financeiros.

Um grande avanço seria dado se o Congresso Nacional regulamentasse o art. 192 da Constituição da República de 1988, criando a nova lei do sistema financeiro, respondendo, de forma inequívoca, esta e outras questões não menos importantes correlatas. O notável Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ponderou, de maneira lapidar, que o Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de forma a prescrever absurdos e incoerências³¹. Este é o espírito que procuramos seguir nesta monografia. Acreditamos que este conflito de competência, apesar da diversidade de opiniões, pode ser juridicamente equacionado, e, apresentamos estas sugestões, esperando de alguma forma contribuir para o debate.

6. Bibliografia

MACEDO, Ricardo Ferreira de. “Autonomia do Banco Central do Brasil e Despolitização da Moeda”; in Revista de Direito Mercantil, nº 113. Editora Malheiros Editores, São Paulo, jan/mar. de 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito; Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000.

OLIVEIRA, Gesner. “A evolução do Sistema Bancário e a Necessidade de Harmonização de Atuação dos Organismos Reguladores” in Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, Editora OESP, Brasília, 1999

SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 5, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2.

_____ “Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Econômico, nº 26; Editora CADE, Brasília, agosto-dezembro de 1997.

31 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*; Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 166.

_____. “Considerações sobre Alguns Aspectos Jurídicos dos Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Mercantil, nº 113, Editora Malheiros Editores, São Paulo, janeiro/março de 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto; “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, in Revista de Direito Mercantil nº 114; Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999,

_____. Direito Concorrencial - As Estruturas; Editora Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

SOUZA, Marcos Martins de. “Organização das Instituições Financeiras e o CADE” in Revista de Direito Econômico, nº 24, Editora CADE, Brasília, julho-dezembro de 1996

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência; Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Intervenção do Estado no Domínio Econômico - O Direito Público Econômico, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998, edição fac-similar da de 1968.

VIDIGAL, Geraldo Facó. “Sistema Financeiro Nacional: Atualidades e Perspectivas”, in Primeiro Ciclo de Estudos de Direito Econômico, Editora IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo, 1993.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

Aos meus pais, Pedro Aurélio e Maria Tereza, pelo amor e carinho.

Ao amigo e sempre mestre de direito, Jacintho de Arruda Câmara, exemplo de seriedade científica, pela amizade e pelos ensinamentos.

SUMÁRIO

1. Considerações Preliminares

2. Regulação e Defesa da Concorrência
 - 2.1. O Estado Regulador
 - 2.2. A Relação entre Defesa da Concorrência e a Livre Iniciativa no Estado Regulador

3. As Agências Reguladoras
 - 3.1. Primeiras Considerações
 - 3.2. O direito norte-americano
 - 3.3. As Agências Reguladoras Brasileiras

4. Mecanismos Regulatórios de Defesa da Concorrência pelas Agências Independentes (Regulação Concorrencial Setorial)
 - 4.1. O Princípio da Assimetria Regulatória
 - 4.2. A Interconexão e o Compartilhamento de Meios ou Recursos entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações

5. Breves Conclusões

1. Considerações Preliminares

Nosso propósito neste presente ensaio é o de tecer algumas considerações sobre o recente fenômeno da implementação e defesa da concorrência em setores antes sob o domínio exclusivo do Estado por meio da ação das chamadas agências reguladoras independentes (ANATEL, ANEEL, ANP, etc.).

Assim, tratamos dos *novos desafios regulatórios na defesa da concorrência*, dando especial atenção a este “embrionário” conceito de tutela concorrencial presente na atuação de entes estatais cuja tarefa é a de fazer a ponte entre o antigo monopólio e o mercado livre que ganha gênese.

Queremos, com isto, despertar os estudiosos do direito da concorrência para o fato de que a defesa da concorrência é também um vetor da atuação das agências reguladoras, ainda que, muitas vezes, sob aspectos diferenciados em relação a atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Para tanto, estudamos a importante relação entre *regulação e defesa da concorrência*.

Não é nossa intenção, no entanto, o estudo específico da atuação conjunta do CADE e das Agências Reguladoras na defesa da concorrência, uma vez que, na verdade, buscamos, justamente, demonstrar que as agências possuem um *raio de atuação autônomo*, que não se confunde com a atuação do CADE, relativo à tarefa de implementar e tutelar a concorrência em setores específicos – alguns com descendência direta de monopólios naturais³² (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc), por meio de mecanismos regulatórios previstos em lei. Trata-se, neste passo, da análise do que chamamos *regulação concorrencial setorial*³³ – distinta da *regulação concorrencial do mercado como um todo*.

Com efeito, exemplos da utilização de mecanismos regulatórios em prol da concorrência não faltam: as licitações para introdução gradativa de competidores em dado setor; a imposição de compartilhamento de recursos e meios entre prestadores de setores diversos e entre prestadores do mesmo setor de modo a viabilizar a entrada de novas prestadoras que não tenham

32 Para Calixto Salomão Filho, “monopólio natural é aquela situação de monopólio criada naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionada a sua constituição”. *Direito Concorrencial - As Estruturas*, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 194.

33 Entre os mecanismos regulatórios setoriais, existem aqueles cuja finalidade, ainda que indireta, é a introdução e defesa da concorrência. Daí adotarmos a expressão *regulação concorrencial setorial* que difere da *regulação concorrencial do mercado*.

recursos suficientes para implementar a infra-estrutura necessária, pois os custos fixos são demasiadamente maiores que os custos variáveis (item 4.2); a obrigatoriedade de interconexão de redes de telecomunicações para viabilizar a comunicação entre usuários de operadoras de telecomunicações em regime de competição (item 4.2) e, entre outros, a prática da *assimetria regulatória* (item 4.1).

Analisamos, nesta linha, *o surgimento e o significado das agências reguladoras independentes*, com o objetivo de também contribuir para o projeto de reestruturação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que, provavelmente, passará a possuir o figurino de um ente regulador autônomo. Por esta razão, é de grande valia o estudo do tema com base no direito norte-americano que serviu de inspiração para a criação das atuais agências brasileiras. Importante destacar que o órgão antitruste dos EUA se reveste, exatamente, do formato de uma agência reguladora independente (*Federal Trade Commission*).

Por fim, procedemos ao estudo de casos em que há utilização de mecanismos regulatórios, buscando defender a concorrência.

2. Regulação e Defesa da Concorrência

2.1. O Estado Regulador

As alterações, empreendidas pelas reformas da Constituição Federal de 1988, significaram mudanças de grande vulto no direito brasileiro. Estas modificações decorrem, de certa forma, do que se tem chamado *crise do Estado*.

Esta crise se traduz nas substanciais alterações que se dão no seio do Estado do bem estar social, como que promovendo a formação de um novo “formato” de Estado. Segundo Eros Grau, “o que se encontra enterrado sob o muro de Berlim (...) é esse *modelo de Estado*. Da crise do Estado decorre não apenas a crise do socialismo, mas uma outra crise, mais ampla, que abrange os sistemas econômicos apoiados sobre aquele modelo de Estado, o *direito formal* e os próprios mercados”³⁴.

As transformações trazidas por esta crise apontam para o surgimento de um “novo” modelo de Estado baseado em *novas* formas de intervenção no domínio econômico.

34 O Direito Posto e Pressuposto, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª ed., 1998, pp. 92-93.

Neste sentido, as privatizações das empresas estatais e o ensejo à competição nos serviços antes dominados pelo Estado, sem dúvida, representaram uma alteração substancial no modelo de Estado brasileiro. Elas se traduzem na desestatização das empresas prestadoras dos tradicionais serviços públicos e das exploradoras de atividade econômica peculiar do setor privado, ou mesmo, sem que haja privatização (como é o caso do setor petrolífero), na **idéia nuclear de se introduzir a concorrência**, possibilitando-se a participação das empresas privadas em setores antes dominados pela participação estatal.

Esta política insere-se na chamada *desregulamentação* da economia, que poderia ser definida como o esforço da política estatal em mitigar as regulamentações econômicas hipertrofiadas com a “inflação legislativa” imposta pelo Estado do bem estar. Assim, “cumpre observar (...) a proposta de *desregulamentação*, enquanto atinente à **substituição de regras rígidas, dotadas de sanção jurídica, por regras flexíveis, meramente indutoras de comportamento**”³⁵. O objetivo desta política “é o de que o Estado desenvolva tão-somente, como agente, as atividades que o setor privado não esteja devidamente aprestado a executar, seja porque não tem condições de exercer ou não deseja exercê-las, seja porque as exercerá de modo contrário ao interesse geral”³⁶.

Neste contexto, ganha relevância o conceito de *regulação econômica*. Para compreendermos o seu significado, é preciso entender a distinção existente entre *desregulação* e *desregulamentação*.³⁷

Desregular significa, simplesmente, o *deixar de orientar ou ordenar a atividade econômica, pelo Estado, enquanto desregulamentar se traduz numa necessidade de deixar de ordenar a atividade econômica por meio de procedimentos de ampla interferência estatal no setor privado, para melhor regulá-la ou orientá-la, agora, com técnicas mais sofisticadas e complexas*. De qualquer forma, no entanto, é preciso ressaltar que os fins básicos do Estado Democrático de Direito, plasmados na Constituição Federal, constituem vetores, cuja consagração impõe-se, inexoravelmente, ao Estado (arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 170 da CF). Deste modo, as técnicas regulatórias adotadas devem estar em conformidade com esta “busca”, não podendo, em hipótese alguma, desvirtuar tais valores essenciais ao país.

35 Idem, p. 98. Destacamos.

36 Idem, ibidem.

37 Adotamos aqui conceitos “primários” sobre regulação, objetivando introduzir, posteriormente, a noção de Estado Regulador. Para uma compreensão mais profunda sobre o tema, consultar Paulo T. L. Mattos, *Agências de Regulação no Brasil: Regulação Econômica e Democracia* (obra no prelo).

Esta distinção ganha relevância, justamente, pela forma como a doutrina norte-americana trabalha com tais conceitos. Como revela Eros Grau, o termo *regulation* é usado por ela como sinônimo do que designamos “regulamentação”. Por sua via, *deregulation* significaria “regulação”³⁸. “A *deregulation* dos norte-americanos está para a *regulation*, assim como, para nós, a ‘regulação’ está para a ‘regulamentação’”³⁹.

De maneira análoga, Carlos Ari Sundfeld destaca que “quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em ‘desregulação’ como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados ‘serviços de utilidade pública’, *está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços*, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa ‘desregulação’ não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via ‘regulação’, só que **agora com outras técnicas e novos objetivos**”⁴⁰, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios” (destacamos).⁴¹

Com base nestas distinções, proponho a pergunta: o fato de *desregulamentar* importa no de deixar de orientar a economia ou de *não regulá-la*? Temos que a desregulamentação alcança, basicamente, no caso brasileiro, a mitigação ou eliminação *da intervenção estatal por absorção ou participação*⁴². Por *intervenção por absorção*, entende-se o controle integral, pelo Estado, dos meios de produção e/ou troca em certo setor da atividade

38 Entendemos, com o devido respeito à posição do eminente jurista, que *deregulation* representa uma técnica específica de regulação, ao menos consoante a assimilamos, e não, exatamente, a regulação em si. Isto porque, em outros tempos, talvez tenha a regulamentação constituído uma técnica regulatória específica apta a cumprir a função que, hoje, corresponde à desregulamentação.

39 *Idem*, p. 93.

40 A afirmação “novos objetivos” não se choca, estamos certos, com a noção segundo a qual os fins do Estado Democrático Social devam ser preservados. Na verdade, certas finalidades regulatórias são instrumentais à realização de valores maiores plasmados na Constituição Federal, não podendo com os mesmos conflituarem. Assim, à guisa de exemplo, a competição passa a constituir um objetivo ancilar à consagração destes valores superiores.

41 *Direito Global*, Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coordenadores), São Paulo, Ed. Max Limonad, 1999, p.161.

42 A classificação, que distingue as modalidades de intervenção, é brilhantemente desenvolvida por Eros R. Grau em *A Ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), Malheiros Editores, São Paulo, 4ª ed., 1998, pp. 156-160, a qual, desde já, acolhemos.

econômica (regime de monopólio); *por participação* deve-se compreender o controle parcial destes meios (já em regime de competição).

Com as privatizações e a **implementação da concorrência**, há a nítida quebra deste tipo de intervenção na ordem econômica. Daí se falar que o *Estado empresário* - fruto do Estado do bem estar social⁴³ plasmado, pelo menos antes das reformas, na Constituição Federal de 1988 - tende a desaparecer, cedendo lugar ao, que se tem chamado, *Estado neoliberal*⁴⁴.

A consideração do renascimento de um autêntico Estado Liberal, em substituição ao Estado Empresário significaria, em termos técnicos, o deixar à deriva toda e qualquer forma de intervenção estatal na economia. Ou se preferimos, a tarefa reguladora, no seu sentido mais *lato*, estaria, nestes tempos, sendo deixada de lado. No entanto, a realidade jurídico-positiva demonstra que fórmulas deste tipo não são consentâneas com a mentalidade moderna, de modo que uma configuração, um tanto peculiar, veio remodelar o Estado brasileiro. Com a reforma do Estado brasileiro, ganham gênese as **Agências Reguladoras Independentes**, que trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, sob inspiração do direito norte-americano, passam a compor o *verdadeiro novo modelo de Estado*, mesmo que ainda difuso, caracterizado pelo relevo ao controle dos monopólios, dos serviços públicos e da concorrência.

Com efeito, nasce ou desenvolve-se, destarte, o que poderíamos denominar **Estado regulador ou controlador**, vincado na necessidade de se preservar a concorrência em certas atividades, de se exigir padrões e metas na prestação de outras, enfim, assumindo, sim, o papel de **regulador** de distintas atividades.

Mas este novo modelo de Estado não seria o avesso do Estado do bem estar social?

Neste passo, são esclarecedoras as palavras de Tomas de La Quadra-Salcedo que, tratando da implementação da *competição* no setor de

43 Eros Grau tece crítica aguda no que toca à transformação do Estado social, para este jurista, “tal como postulada nas propostas a seu propósito definidas no mundo desenvolvido, a desregulação consistiria em uma correção dos rumos do Estado social. Há sociedades, no entanto – e muitas delas, como o Brasil, na América Latina -, nas quais as condições efetivas do Estado social não foram ainda realizadas, de sorte que configura algo no mínimo estranho, porque dissociado destas realidades sociais, a importação, sem ressalvas, para que nelas sejam aplicadas, das soluções européias e norte-americanas, cujos resultados já estão a se manifestar.” (O Direito Posto..., ob. cit., pp. 99 e 100).

44 Para Eros Grau, “o discurso neoliberal postula o rompimento da concepção de Estado do bem-estar”. (Idem, p. 90).

telecomunicações no direito continental europeu e norte-americano, afirma que “os objetivos que sempre foram procurados pelo Estado não desapareceram e nem se destruíram, simplesmente, transformaram-se. O que ocorre, em definitivo, **é que se trata de conseguir os mesmos objetivos por meios distintos**. O instrumental que se utiliza continua sendo, em boa medida, o direito público”.⁴⁵

É necessário destacar que as formas de intervenção do *Estado Regulador* são, de alguma forma, expressões maximizadas das já existentes formas de atuação do Estado do bem estar, com exceção da *intervenção por participação* e *por absorção* (intervensões empresariais) já referidas. Assim, além desta, já se podia falar em *intervenção por direção* e *intervenção por indução*. A primeira caracterizada pelo fato de o Estado exercer pressão sobre a economia, agindo como *regulador das atividades econômicas*, ou seja, por meio da edição de normas compulsórias e através da utilização de múltiplos mecanismos de controle. A segunda, por sua vez, caracteriza-se pela manipulação, empreendida pelo Estado, das leis que regem o funcionamento do mercado, consubstanciada no *direito premial*.

Antigamente, não se relevava o sentido de *regular*, já que não havia a competição em setores importantes da economia brasileira⁴⁶. Mesmo assim, o Estado já detinha a função de controlador, mesmo que não lançasse mão dela com a devida eficiência, até mesmo porque não fazia sentido, muitas vezes, se “auto-controlar”.

45 Tradução livre; destacamos. O autor destaca ainda que a intervenção administrativa, para se implementar a competição, tende a ser mais intensa, complexa e afinada. “Telecomunicaciones y Derecho Publico”. Derecho de las Telecomunicaciones, Javier Cremades (coordenador), La Ley-Actualidade, p.141. Há quem entenda também que a atuação do Estado vem se valendo cada vez mais de recursos tecnológicos dos mais sofisticados. A respeito, consultar amplamente Pedro Paulo de Rezende Porto Filho em sua A Administração Pública sob a Perspectiva da Internet no Ano 2000 (no prelo).

46 Para Vital Moreira, o movimento designado genericamente de desregulação, “se fez diminuir o papel econômico do Estado, não conduziu por isso a uma diminuição da regulação. Esta mudou de áreas, tomou novas formas, mas não desapareceu. Mais: as políticas de privatização obrigaram em muitos casos a uma densificação da regulação (...), isso implicou a constituição de uma rede normativa e de instâncias reguladoras específicas, de caráter público ou de auto-regulação, como sucedeu na Grã-Bretanha. Por isso, a desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza”. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, Almedina, Coimbra, 1997, p. 43. Destacamos.

A verdade é que só se passa a *regular*, verdadeiramente, com a implementação da competição. Esta idéia ganha corpo, e passa a servir de vetor para que o Estado brasileiro se preocupe em controlar não só as atividades, cuja titularidade antes lhe pertencia, mas também as demais atividades econômicas. O alcance de tal *regulação* estaria, grosso modo, atrelado à importância da atividade, às suas imperfeições estruturais e às finalidades almejadas.

Neste contexto, “a regulamentação é necessária para ***proteger os próprios competidores***. Como visto, a introdução da competição em setores que requerem monopólios naturais pode levar a concorrência predatória e à destruição dos competidores.

“Se o mercado é dotado de uma ‘imperfeição estrutural’, ***é justificável a intervenção regulamentar do Estado*** para corrigir ou, pelo menos evitar os efeitos danosos (para os consumidores e concorrentes) dessa imperfeição”.⁴⁷

Com efeito, cresce a importância da atividade normativa regulamentar do Poder Executivo como um *controle prévio* das atividades setoriais. De certa forma, a novidade deste *controle* está no fato de ser realizado, principalmente, *a priori* e por meio, fundamentalmente, de normas gerais e abstratas (regulamentos), esvaziando a importância do típico controle, efetuado pelo Executivo, em face da já ocorrência de um caso individual e concreto. Passa-se a relevar, por consequência, um controle administrativo significativo e substancial das atividades econômicas em sentido amplo, até mesmo, em certos casos, como corolário da complexidade intrínseca na implementação da competição em setores específicos dotados de alto grau de detalhamentos técnicos.⁴⁸

47 Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 195. Destacamos.

48 Paralelamente ao crescimento desta atividade regulatória, presencia-se a valorização do processo administrativo na tomada de decisões pelo Estado, ou seja, se por um lado a atividade reguladora exige elasticidade normativa, por outro, há a exigência de que, antes da edição dos atos normativos, um iter esplendidamente democrático seja seguido, sob pena de ilegitimidade de tais atos. Daí a necessária obediência ao devido processo legal, ao princípio da motivação e da transparência das decisões, etc. Neste sentido, destacam-se as duas recentes leis de procedimento administrativo aprovadas, primeiro, no âmbito estadual (Lei n.º 10.177/98), depois, no federal (Lei n.º 9.784/99) e, singularmente, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), em que ficou bem vinculada a preocupação procedimental. A respeito deste tema, consultar Luís Felipe Valerim Pinheiro em seu O Processo Administrativo e as Agências Reguladoras (no prelo).

Sobre o fenômeno, são esclarecedoras as palavras de Fernando Herren Aguillar, segundo o qual “o fenômeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. **O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizador das atividades econômicas.** De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador (...) Em tempos de globalização (...), são os particulares quem têm assumido preferencialmente o desempenho dos serviços públicos. O Estado tem adotado cada vez mais o papel de fiscalizador da prestação”⁴⁹.

Desta forma, o Estado passa a utilizar mecanismos regulatórios para “forçar” a concorrência nos setores abertos à iniciativa privada, criando as chamadas *agências reguladoras independentes* como veículos de tal pretensão.

2.2. A Relação entre Defesa da Concorrência e a Livre Iniciativa no Estado Regulador

Antes de estudarmos o tema das agências reguladoras, é importante, ainda que brevemente, tecer algumas palavras sobre os princípios da defesa da concorrência e da livre iniciativa no atual cenário do Estado Regulador.

A Constituição Federal traz no artigo 170 dois princípios básicos que devem nortear a atividade econômica, a saber, o da livre iniciativa (*caput*) e o da livre concorrência (inciso IV). Trata-se de dois valores independentes que, muitas vezes, se contrapõem. Enganam-se aqueles que os assimilam como sinônimos. É o que diz Fernando Herren Aguillar, para quem “o princípio da liberdade de concorrência é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando”.⁵⁰

Neste sentido, qual a importância da dicotomia “*liberdade de iniciativa X livre concorrência*” nestes tempos de abertura econômica?

Entendemos que a busca da livre concorrência num país acostumado aos monopólios estatais passa a ser um grande desafio regulatório no contexto contemporâneo brasileiro. A dicotomia acirra-se e a intervenção estatal nas atividades econômicas parece ganhar um ingrediente muito relevante, qual seja, o da defesa da concorrência em setores em que, antes, não era possível sequer falar em livre iniciativa e livre competição.

49 Direito Global, ob. cit., pp. 277 e 278. Destacamos.

50 Direito Global, ob. cit., p. 273. Destacamos.

O princípio da liberdade de concorrer pressupõe uma intervenção estatal, enquanto a liberdade de iniciativa uma abstenção. A implementação da competição em setores antes dominados pelo Estado passa a ter uma sofisticação: tal intervenção não pode se dar nos moldes tradicionais, mas por meio de mecanismos regulatórios prévios e claramente bem definidos. Para Fernando Aguillar, “a defesa do princípio da liberdade de concorrência depende do Estado. Apenas, como consequência da globalização, aposta-se hoje numa *regulação baseada na competitividade de mercado* e não no controle direto pelo Estado de certas atividades de interesse público. Ainda não sabemos se essa opção por tal forma de se exercer a regulação funcionará. ***Mas sabemos que ela (opção regulatória) não funcionará se apenas preponderar o princípio da liberdade de empreender, que exige abstenção do Estado, sobre o princípio da liberdade de concorrer, que exige ação do Estado***”.⁵¹

Este é o entendimento também de Calixto Salomão Filho, segundo o qual “obviamente, uma ordem econômica em que o poder privado não tem limite não pode se autocontrolar. O Estado deve exercer poder de direção constante”.⁵²

Como se vê, a atuação positiva do Estado na defesa da concorrência é fundamental. Faz-se necessário então verificar, especificamente, como tal intervenção se dará na abertura dos mercados antes sob monopólio estatal (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc.) e com a utilização de quais mecanismos regulatórios. Passamos assim ao estudo das Agências Reguladoras.

3. As Agências Reguladoras

3.1. Primeiras Considerações

O surgimento das agências reguladoras brasileiras é um fenômeno que decorre, basicamente, da globalização.

51 Ob. cit., p. 274. Os dois princípios referidos demonstram, é certo, uma nítida contradição, pois “para que haja liberdade é necessário restringir a liberdade” (idem).

52 Ob. cit., p. 46.

Com efeito, o aparecimento de tais entes tem se dado em diversos países, *denotando verdadeira tendência o seu surgimento em âmbito global*.⁵³

É no direito norte-americano, no entanto, que, primeiramente, as agências reguladoras vicejaram, e, *posteriormente*, serviram à proliferação de seu modelo, com as devidas adaptações, por diversos países, principalmente, como corolário da *desregulamentação* dos mercados consubstanciada, neste caso específico, nas privatizações das empresas estatais.

O desenvolvimento, remoto por sinal, de tais entes nos EUA explica-se, em parte, pela própria tradicional ausência daquele Estado, como agente empresarial, na economia, é dizer, desde o momento em que o Estado norte-americano, de uma maneira geral, não *absorveu* os meios de troca e de produção e deles não *participou* diretamente, criou-se, não há dúvida, a necessidade de que, de alguma forma, o poder público orientasse a economia. Eis que a maneira escolhida foi, exatamente, a intervenção no domínio econômico através de técnicas diversas da intervenção direta, notadamente, com a regulação de setores da economia, cujo interesse social era grande. Daí a criação de entes reguladores com alto grau de independência em relação ao Governo e com uma grande aproximação dos setores regulados.

Ora, o que vemos nos países que passam a adotar tal modelo, entre eles o Brasil, é, exatamente, a supressão da função empresarial do Estado, com o que surge a necessidade de *regulação* de setores da economia antes absorvidos pelo poder público⁵⁴. Sem discutirmos o mérito das privatizações, é possível dizer que o modelo escolhido, portanto, como não poderia deixar de ser, pelas peculiaridades apontadas, foi inspirado no padrão norte-americano.

3.2. O direito norte-americano

53 Destaca-se que o modelo de agências reguladoras teve gênese nos Estados Unidos e se proliferou, com as devidas adaptações, no âmbito mundial. Assim, por exemplo, na Europa Continental foram denominadas, de um modo geral, autoridades administrativas independentes; na Argentina, entes reguladores, e no Brasil, agências reguladoras.

54 Essa é a idéia básica a respeito do surgimento das agências reguladoras no Brasil. No entanto, à guisa de uma compreensão mais completa do fenômeno, faz-se necessário não olvidar que o modelo não se restringe a tal idéia.

O modelo das agências reguladoras implementado no direito brasileiro tem inspiração, como já dissemos, no padrão das *regulatory agencies* ou *regulatory commissions* do direito norte-americano.

Essas *comissions* acompanharam o desenvolvimento da legislação americana referente à intervenção estatal no domínio econômico. As primeiras delas surgiram no âmbito estadual (Connecticut – 1832; New Hampshire – 1844; Rhodes Island – 1844 e New York – 1850), encarregadas, basicamente, da regulação do setor ferroviário, no qual havia forte tendência monopolística.⁵⁵

Estes órgãos possuíam, inicialmente, meras funções consultivas, não sendo, pois, dotados das características que, em verdade, determinariam o modelo de agência reguladora.

Com efeito, é somente após a guerra de secessão que tais entes articulam-se em duas categorias: as *weak commissions*, de caráter consultivo (*advisory type*) e as *strong commissions*, com plenas funções de regulação (*regulatory type*).

A primeira agência reguladora norte-americana, no âmbito federal, tem gênese com a aprovação da Lei de Comércio Interestadual de 1887. Trata-se da *Interstate Commerce Commission*, cujo objetivo era, basicamente, o de fixar tarifas rodoviárias, impedir a formação de *pools* e evitar discriminações tarifárias.

Para Luis Alberto Pomed Sánchez, tal lei constituiu uma importante evolução no direito público norte-americano, contribuindo, de certa forma, para o nascimento de um direito administrativo no nível federal. Para este jurista, “pode-se dizer que, com ela, começa a retirada das competências econômicas dos Estados Federados. Por outro lado, a Lei em questão inicia o processo de regulação pública das atividades privadas”⁵⁶.

A *Interstate Commerce Commission* (Comissão de Comércio Interestadual), apresentava as características básicas de uma agência reguladora. Foi o aparecimento de tal agência que determinou a existência

55 Como se vê, a noção de agência reguladora independente, desde sua concepção no direito norte-americano, já estava atrelada a idéia de defesa da concorrência.

56 Tradução livre. No original, o autor preconiza: “se puede decir que con ella comienza el desapoderamiento de los Estados federados en el ámbito de las competencias económicas. Por otro lado, la Ley en cuestión inicia el proceso de regulación pública de actividades privadas”. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*, Revista de Administración Pública, vol. 32, Madrid, 1993, p. 123.

deste padrão de organização e a sua generalização no contexto do direito administrativo norte-americano.

Para Cass, Diver e Beermann, em obra coletiva, “com base naquele modelo (da *Interstate Commerce Commission*), o Congresso gradualmente expandiu sua vigilância regulatória sobre a economia americana pelas quatro décadas que se seguiram – regulando alimentos e medicamentos em 1906, métodos de competição injusta em 1914, embarque de mercadorias em 1916, projetos de hidroeletricidade em 1920, o comércio de *commodities* em 1922 e rádio em 1927”⁵⁷.

Após a primeira guerra mundial, o esforço dos EUA em reorganizar sua economia levou ao aumento do espectro de competências das agências reguladoras existentes (principalmente através do *Transportation Act* de 1920) e à criação de muitas outras, como a *Federal Radio Commission* (1927) e *Federal Power Commission* (1930).

No período da Grande Depressão, na década de 30, há a criação de outras agências reguladoras e, novamente, mas de forma jamais presenciada, o grande aumento das funções das agências já existentes, no intuito de se aumentar o controle do Estado sobre a economia, como que em reflexo ao intervencionismo que ganhava corpo. Três *regulatory agencies* foram criadas: a *Security Exchange Commission*, a *Civil Aeronautic Board* e *National Labour Relations Board*.

O jurista Enrique García Llovet relaciona a proliferação das agências com o incremento da intervenção estatal. Para este autor, a evolução das agências significou o “paulatino incremento de seu número de acordo com o incremento da intervenção pública e o crescimento da complexidade técnica de alguns dos setores em que se produzia esta intervenção”⁵⁸. Desta forma, é digno de realce a estreita conexão existente entre a intervenção pública do Estado norte-americano na vida econômica e a aparição das agências

57 Traduzimos. No original, dizem os autores: “Building on that model, Congress gradually expanded its regulatory surveillance of the American economy during the next four decades – regulating food and drugs in 1906, unfair methods of competition in 1914, shipping in 1916, hydroelectric projects in 1920, commodity trading in 1922, and radio in 1927”. Ronald A. Cass, Colin S. Diver e Jack M. Beermann, New York, Ed. Aspen Law & Business, 3ª ed., 1998, p. 4.

58 Tradução livre. No original o autor preconiza que o “paulatino incremento de su número de acuerdo con el incremento de la intervención pública y el crecimiento de la complejidad técnica de algunos de los sectores donde esta intervención se producía”. Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho, in *Revista de Administración Pública*, vol. 131, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83.

reguladoras⁵⁹. Neste ponto, calham as palavras de L. G. Paes de Barros Leães, para quem “a técnica da regulação do processo econômico, através da intervenção do Estado, originou-se da defesa contra as ‘disfunções’ que ameaçavam o sistema de um capitalismo abandonado a si mesmo”⁶⁰.

O conceito de *agência reguladora* deriva de uma divisão fundamental que se dá no núcleo de um outro conceito anterior, qual seja, o de *agência* simplesmente. Isto porque *agência* é gênero, enquanto *agência reguladora* é espécie do gênero *agência*.

Desta forma, ao falar-se em *agência* nos EUA, é incorreta a sua imediata identificação com o conceito de *agência reguladora*, eis que se trata de conceito amplo no qual este último se insere.

Com efeito, o *Administrative Procedure Act* (APA)⁶¹ define *agência* como:

“Qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, quer esteja ou não nele inserido ou sujeita ao controle de outra agência, com exceção:

- A) *do Congresso;*
- B) *das Cortes dos Estados Unidos;*
- C) *dos Governos dos territórios ou possessões dos Estado Unidos...;*
- D) *do Governo do Distrito de Columbia..., etc”*⁶².

59 Neste sentido, Luis Alberto Pomed Sánchez destaca que “conviene tener presente la estrecha relación existente entre la intervención pública en la vida económica y la aparición de Agencias Reguladoras Independientes”. Ob. cit, p. 124.

60 Mercado de Capitais e ‘Insider Trading’, S. Paulo, 1978, p. 30.

61 O APA foi criado logo após à Segunda Guerra Mundial em 1946. Trata-se de uma lei de procedimentos administrativos norte-americana, cujo objetivo inicial era o de, exatamente, unificar as regras adjetivas que regiam as agências. Iniciativa que foi, apenas parcialmente, bem sucedida, uma vez que o Congresso continuou criando procedimentos especiais aplicáveis a agências individualmente consideradas. Apesar disto o APA manteve e mantém uma posição central como uma espécie de Constituição do direito administrativo federal norte-americano. *Administrative Law*, ob. cit., p. 7-8.

62 Tradução livre. No original consta: “‘agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not included – A) the Congress; B) the courts of the United States; C) the governments of the territories or possessions of the United States; D) the governments of the District of Columbia...”.

Grosso modo, com exceção dos três Poderes do Estado, as demais autoridades públicas são consideradas agências, de modo que o direito administrativo norte-americano é identificado com o florescimento das agências. Daí chegar-se à afirmação apenas aparentemente extrema de que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências⁶³.

Mas quais, afinal, as **características básicas** de uma *agência reguladora norte-americana*?

O conceito de agência reguladora norte-americana gira em torno de sua *independência* em relação ao Poder Executivo (baseada na autonomia administrativa e normativa, na estabilidade e mandato fixo dos dirigentes, na ausência de subordinação hierárquica e na autonomia financeira)⁶⁴; sua capacidade, delegada pelo Congresso, de editar normas que interferem nas liberdades dos cidadãos (a chamada função *quase-legislativa*); sua função de dirimir conflitos entre empresas e entre estas e os particulares (semelhante à função jurisdicional), além de uma gama extensa de competências, cujos objetivos são *regular* um setor específico da economia.⁶⁵

3.3. As Agências Reguladoras Brasileiras

Entre as agências reguladoras brasileiras criadas, vale citar, entre outras, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, prevista pelo art. 21, inc. XI, da CF, através da alteração pela Emenda n^o 8/1995, criada

63 Eloísa Carbonell e José Luis Muga, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, p. 24.

64 Sobre a independência das agências reguladoras em geral, ensina o jurista argentino Julio Rodolfo Comadira: “La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de la metas diarias de la política”, ou como, de igual forma, preconiza Gaspar Arino Ortiz, “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria”, segundo este mesmo autor, “pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y outra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión com la autoridad política de turno”. Apud Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4^a ed., 1997, p. XV-6.

65 Trata-se de um conjunto de caracteres que realçam um modelo jamais visto no direito pátrio, o que tem trazido diversas polêmicas quanto a constitucionalidade das atuais agências reguladoras brasileiras.

pela Lei n ° 9.472/97; a ANP - Agência Nacional do Petróleo, prevista pelo art. 177, § 2º, inc. III, criada pela Lei n ° 9.478/97, a ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei n ° 9.427/96 e a ANVS – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Medida Provisória n ° 1.791/99 convertida na Lei 9.782/99.

As agências reguladoras brasileiras são autarquias federais especiais caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira⁶⁶, que têm por finalidade precípua regular determinadas atividades que o direito positivo considera imprescindíveis, ora fiscalizando-as, ora zelando por padrões mínimos qualitativos e quantitativos dos serviços, ora dirimindo conflitos entre prestadores, ora assegurando a continuidade e a universalidade dos serviços públicos, tendo como vetor fundamental em suas atuações a implementação e tutela da concorrência.⁶⁷

É necessário ressaltar que são inúmeras as funções das agências reguladoras, sofrendo variações conforme a incidência de atuação das mesmas, vale dizer, tais entes poderão atuar no controle das prestações de serviço público ou no controle das atividades econômicas em sentido estrito⁶⁸ segundo determinação legal e constitucional.

Tais agências exercem, com independência, amplo poder normativo que se soma a poderes secundários tais como o sancionatório e o fiscalizatório.

A *independência* das Agências está baseada nos seguintes pontos fundamentais:

a- estabilidade e mandato fixo dos dirigentes da Agência;

66 É o que preconiza, por exemplo, o artigo 8º, § 2º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) que criou a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

67 Aqui vale o ensinamento de Agustín Gordillo: “La disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, etc., hace imposible generalizar conclusiones” ; destarte, a caracterização, que aqui se faz das agências, é apenas de natureza introdutória. (Tratado de Derecho Administrativo, tomo 1, 4ª ed. , 1997)

68 Os conceitos supramencionados (atividade econômica em sentido estrito e serviço público) fulcram-se em interpretação constitucional efetuada por Eros Roberto Grau. Para a sua compreensão, consulte A Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), ob. cit.. pp. 134-155.

- b- independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira;
- c- independência normativa

Assim, entendemos que o processo de reestruturação do CADE deverá levar em consideração estas características, caso se queira adotar o figurino de uma *agência reguladora independente*.⁶⁹

Com relação à *independência das agências reguladoras*, merece destaque a necessidade de que tais entes possuam capacidade de captação de recursos e gerenciamento financeiro próprios, ficando submetidos apenas ao controle do Tribunal de Contas da União e, por óbvio, ao controle de legalidade efetuado pelo Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV da CF).

A ingerência do Poder Executivo sobre a atuação das entidades independentes, sob o pretexto de um controle orçamentário, tem-se mostrado nociva nos EUA, a partir da aprovação da *Executive Order 12.291*, de 1981, cuja essência consubstancia-se em forçar a inatividade das agências, com base no controle das receitas das mesmas. Esta tendência tornou-se mais pronunciada com a aprovação da *Executive Order 12.948*, de 1985, a qual transformou a intervenção política *a posteriori* em intervenção prévia, de modo que as agências passaram a ter de comunicar à OMB (*Office of Management and Budget*), agência executiva responsável por tal controle, as condutas a serem tomadas em dadas matérias e a requerer autorização antes de tomar certas decisões. Com isto, o Executivo passou a orientar a intervenção das agências em setores específicos, impondo, por conseguinte, a política do Governo⁷⁰ em detrimento de uma regulação independente e técnica.

4. Mecanismos Regulatórios de Defesa da Concorrência pelas Agências Independentes (Regulação Concorrencial Setorial)

69 Há, é verdade, uma diferença “de raiz” em relação a estas agências independentes e o órgão antitruste, baseada no fato de que as primeiras regulam setores específicos (ANATEL – telecomunicações; ANEEL – energia elétrica, etc.). Na hipótese de criação de uma agência de defesa do consumidor e da concorrência, não será o caso de um ente setorial, mas de tutela de toda economia. Por este motivo, o padrão de agência reguladora independente tomado como base para a construção do modelo da nova agência precisa ser adaptado a realidade concorrencial.

70 Luis Alberto Pomed Sánchez, “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” in Revista de Administración Pública, vol. 132, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.130.

Tratamos neste tópico de algumas das principais regulações por parte das agências independentes que giram e torno da idéia da defesa da concorrência: *o princípio da assimetria regulatória, o compartilhamento de redes entre prestadoras do setor de telecomunicações e interconexão de redes.*

4.1. O Princípio da Assimetria Regulatória

Neste ambiente de implementação da concorrência em setores recentemente abertos à iniciativa privada, o ***princípio da assimetria regulatória*** merece destaque.

A *assimetria regulatória* deriva de dois outros princípios constitucionais, quais sejam, a *igualdade* (art. 5º, *caput*, da CF) e a *defesa da concorrência* (art. 170, IV, da CF). Tal princípio funda-se na idéia de que as agências devem promover condutas regulatórias cujo objetivo seja prestigiar os futuros prestadores, que estejam em situação desfavorável em relação a um determinado concorrente já estabelecido, seja na concessão de um regime de prestação menos rígido em relação aos primeiros ou, entre outras posturas regulatórias possíveis, na limitação das áreas nas quais o atual prestador poderá ampliar seu serviço.

Com efeito, como um exemplo de previsão legal deste princípio da assimetria regulatória, vale mencionar o artigo 71 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT que determina:

*“Visando a propiciar **competição efetiva** e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupo empresariais quanto à **obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações**”.* (destacamos)

As atuais prestadoras não podem esperar que o tratamento que lhes seja dispensado corresponda a favorecimentos em detrimento das novas competidoras. As Agências ***devem*** adotar condutas regulatórias cujo objetivo nuclear é a busca de competição efetiva no mercado.

A LGT, como acima mencionado, prevê como uma das ferramentas para que tal finalidade seja alcançada, exatamente, a possibilidade de imposição de restrições, limites ou condições às empresas no que diz respeito à obtenção e transferência de concessões e autorizações. Em nome do ***princípio da assimetria regulatória***, não é possível atribuir mais vantagens às atuais prestadoras de serviços de telecomunicações em face da já superioridade de mercado que ostentam.

4.2. A Interconexão e o Compartilhamento de Meios ou Recursos entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações

A *interconexão* e o *compartilhamento de meios ou recursos entre prestadoras do serviço de telecomunicações* são institutos semelhantes e advêm da necessidade do disciplinamento do uso das redes destinadas a dar suporte à prestação de serviços de telecomunicações, *no intuito de se viabilizar a competição*. Sem estes institutos, não há como se implementar a competição, eis que, primeiramente, no que toca, *ao compartilhamento de meios físicos* entre as prestadoras, nas palavras de Jacintho Arruda Câmara, “em virtude dos altos custos que envolvem a construção e instalação de uma rede de telecomunicações; tal fato demanda a necessidade do máximo aproveitamento dos recursos existentes, inclusive por terceiros, que não os proprietários das redes”⁷¹, e, por outro lado, no que diz respeito à *interconexão*, “se num mercado como esse existe apenas um operador dominante, que detém a imensa maioria dos clientes, a entrada de um novo competidor somente será viabilizada se for garantido a ele (novo competidor) o acesso à rede do operador dominante, de modo que os seus usuários, desde logo, tenham como se comunicar com os demais usuários do serviço, mesmo aqueles vinculados a um outro operador”⁷².

Como se percebe, o *compartilhamento de meios* está muito ligado à idéia de economia de infra-estrutura, sem o que seria, praticamente, impossível a entrada de um novo prestador no setor, uma vez que os custos para implantação de uma rede física alternativa são muito elevados. Com efeito, possibilita-se a utilização, por parte do novo prestador, da rede física do prestador já estabelecido, de modo que o primeiro não precise despender grandes quantias para o seu estabelecimento, pagando apenas pelo “empréstimo” dos meios.

No que concerne à *interconexão*, temos que tal instituto está ligado à idéia de possibilidade de comunicação entre usuários de serviços, cujas redes são distintas, isto é, consoante a LGT, em seu art. 146, parágrafo único, “interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis”. Caso não fosse possível a realização da *interconexão*, um concorrente encontraria tremendas dificuldades para entrar no mercado, uma

71 “Telecomunicações e Globalização”, Direito Global, ob. cit., p. 187.

72 Ob. cit., p. 88.

vez que, como afirma Calixto Salomão Filho, “não há nenhum interesse para o usuário em adquirir uma linha telefônica que não permita a comunicação com praticamente ninguém”.⁷³ Calixto, então, conclui, no que concordamos, “daí por que fundamental para a existência de competição no setor de telefonia é a garantia de que todos os operadores possam ter acesso a uma rede única (...). Trata-se de uma condição necessária para a existência de competição no setor”.⁷⁴

Pelo art. 155 da LGT, “*para desenvolver a competição*, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo” (destacamos).

Como se vê, tanto a *Interconexão* como o *Compartilhamento de Meios entre Prestadoras do Serviço de Telecomunicações* têm como idéia basilar a defesa da concorrência.

5. Conclusão

Tentamos demonstrar neste ensaio a importância de se vislumbrar a atuação regulatória realizada pelas agências independentes brasileiras na *defesa da concorrência*.

Muito embora tal intervenção (*regulação concorrencial setorial*) seja diametralmente oposta à empreendida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (*regulação concorrencial de mercado*) no que respeita aos meios utilizados, quanto ao fim buscado possuem ambas uma linha comum consubstanciada, exatamente, no equilíbrio entre os princípios da *livre iniciativa e livre concorrência*.

Assim, a *regulação* estatal assume a relevante tarefa de introduzir e viabilizar a concorrência por meio da utilização constante de mecanismos preventivos de controle dos respectivos setores. Trata-se, como se verificou, de uma atuação estritamente técnica e com base em critérios previamente fixados em lei, tendo como pilar de sustentação a Carta Magna.

Além da questão do possível conflito de competências entre as Agências Reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência no que diz respeito à *regulação concorrencial de mercado*, é preciso indagar até que ponto a própria *regulação concorrencial setorial* não apresenta impactos

73 Ob. cit., p. 194.

74 Idem, ibidem.

sobre a primeira, ou seja, quais os limites de uma e outra e quais as soluções do eventual conflito entre elas.

Preferimos, porém, tratar de tal assunto em outra oportunidade, pois assim nos sentiremos animados ao contínuo estudo deste tema que é tão fascinante.

Esperamos também ter contribuído para o projeto de reestruturação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que, ao que tudo indica, passará a possuir o figurino de um ente regulador autônomo. Com a ressalva de que, entre o CADE e as agências reguladoras, há uma distinção *de raiz*, afinal o primeiro não se presta à regulação setorial, mas do controle do mercado como um todo. Daí a necessária cautela na atribuição de poderes ao futuro ente de defesa da concorrência tais quais os assimilados aos entes reguladores. Quanto à *independência*, parece não haver problemas na sua atribuição ao novo órgão.

Despertar, então, para o estudo deste *novo direito concorrencial* talvez seja um dos grandes desafios dos estudiosos do tradicional *direito da concorrência* na atualidade.

O COMÉRCIO ELETRÔNICO ENTRE EMPRESAS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONCORRENCIAL

Tomás Junqueira de Camargo*

1. A estrutura do Mercado Eletrônico
2. O comércio eletrônico entre empresas
3. O custo do Monopólio no Comércio Eletrônico entre Empresas
4. O papel dos órgãos de defesa da concorrência
5. Bibliografia

1. O comércio eletrônico entre empresas

Os mercados de bens e serviços, objetos maiores da tutela do direito concorrencial, estão começando a ser influenciados pela internet, rede mundial de comunicação de dados, que faz com que a comunicação entre as pessoas, empresas e países seja algo extremamente acessível, fazendo com que o acesso à informação segura e de qualidade, item essencial para funcionamento do mercado, torne-se praticamente instantâneo a todos seus agentes.

A internet comercial é dividida em basicamente dois grandes grupos, o do comércio entre empresas e consumidores; e o exclusivamente entre empresas. O comércio entre empresas e consumidores, consiste-se de maneira simplificada em grandes lojas que realizam suas vendas através da rede, é este um interessante campo de estudo para direito do consumidor, já que as lojas situadas em diferentes jurisdições colocam o consumidor em situação flagrantemente desigual. O tamanho que algumas destas “lojas virtuais” vem atingindo, atuando em cenários quase monopolísticos, e as constantes denúncias de preços predatórios apoiados em dinheiro captado nas bolsas de valores, vem também preocupando os estudiosos do direito concorrencial. Não é este no entanto o objeto de nosso estudo, vamos nos concentrar exclusivamente no comércio entre empresas.

Aluno do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade de São Paulo.
(tomas.camargo@uol.com.br)

Nosso estudo estará voltado para uma análise do acontecimento do comércio eletrônico entre empresas, buscando uma conceituação do que exatamente estaria ocorrendo na economia, para então, levantarmos pontos relevantes para o direito concorrencial, delineando áreas sujeitas a um eventual abuso de posição dominante. É sobretudo um artigo preocupado com o presente, e com o futuro próximo, já que os portais são um fato, e não uma suposição, estudos indicam que, já em 2005, 70%¹ das transações entre empresas estarão de um modo ou de outro relacionadas a estes.

Dada a atualidade do assunto, este trabalho fica dotado de um certo empirismo, em que a análise da realidade foi instrumento essencial para sua elaboração. Por esta razão, optamos por citar, em nota de rodapé, os portais visitados. Sempre que possível fazemos referência a empresas brasileiras para demonstrar que tal processo não é uma exclusividade de economias estrangeiras, mas que já é também uma realidade em nosso país. No entanto, isto não foi sempre possível, e em alguns casos foi mais interessante mencionarmos exemplos estrangeiros, principalmente no que se refere a estudos relativos à dinâmica do mercado e eficiências, já que por aqui os estudos neste sentido ainda são bastante raros.

Nosso principal objetivo, aqui, é interpretar o fato do comércio eletrônico em face do direito concorrencial brasileiro. Desta forma abriremos mão da discussão de conceitos básicos de direito concorrencial, tais como eficiências *versus* concorrência *per se*, fortalecimento da indústria nacional *versus* mercado competitivo, concorrência *versus* direito do consumidor, estes estarão baseados nos conceitos utilizados pela jurisprudência atual do CADE, já que nossa análise é prática e atenta à realidade, não sendo nosso objetivo discutir profundamente estes princípios.

O comércio eletrônico entre empresas realiza-se em grandes Portais² de negócios, que nada mais são do que um software que permite com que empresas se encontrem virtualmente trocando informações e realizando negócios. Nestes portais é possível que um grande número de vendedores e compradores se encontrem ao mesmo tempo para comprar e vender produtos, a um custo muito baixo. Dispensa também a necessidade de viagens, de

1 Dados do instituto de pesquisas econômicas Forrester. www.forrester.com

2 Não há um consenso exato sobre o nome pelo qual as empresas que realizam a intermediação de negócios através da internet são conhecidas em português, alguns optam pelo termo em Business-to-Business, ou sua abreviatura B2B. Neste trabalho utilizaremos sempre que possível denominação “Portal” para designa-las. Para distinguir os negócios realizados nos moldes antigos, sem o uso da internet, e os realizados com o uso da internet, preferiremos, apesar de um tanto quanto imprópria, a distinção mundo físico versus mundo virtual.

visitas, e horas gastas, permite também que sejam consultados não só aqueles fornecedores com que está habituado, mas praticamente a todos que possam realizar a entrega em condições competitivas.

Várias são as formas com que estes portais podem se organizar³, a mais comum é a de leilão eletrônico onde o vendedor disponibiliza determinada mercadoria e os compradores interessados postam suas ofertas, vencendo a mais alta. Outra modalidade é o leilão reverso, em que o comprador se dispõe a adquirir tal mercadoria, e os vendedores interessados realizam suas ofertas, neste caso o vencedor é aquele que oferece o preço mais baixo. Uma terceira, é o catálogo em que o preço é fixo, e o comprador simplesmente seleciona o item desejado⁴.

Uma interessante análise deste processo é a efetuada por Lucking-Reiley⁵. Para ele a atividade produtiva está dividida em dois grandes processos, o processo produtivo e processo de comercialização. As grandes revoluções que a economia enfrentou no passado, acabaram na grande maioria das vezes refletindo no processo produtivo, assim foi com a linha de montagem, com a robotização, entre outras. Todas elas foram inovações que repercutiram diretamente no direito concorrencial, criando novos padrões de competitividade para os agentes econômicos. No momento, assistimos a uma revolução da informação, que refletirá na comercialização modificando o meio com que compradores e vendedores se relacionam, reduzindo de forma nunca vista os custos de transação, modificando desta maneira o ambiente econômico.

Um exemplo prático de como estas reduções se processam é o portal “autocheme.com”⁶ especializado no comércio de lotes de veículos usados. No negócio tradicional estes lotes de 30 a 50 veículos, de propriedade de locadoras de veículos ou empresas de leasing, ficavam localizados em grandes pátios de empresas especializadas em realizar esta venda, os interessados visitavam os veículos e realizavam suas ofertas. Neste caso o custo da transação era o seguinte: [custo de deslocamento do lote até o pátio] + [custo do deslocamento do eventual comprador] + [custo do intermediário organizador do pátio] = [custo de transação no mercado físico]. No mercado eletrônico os veículos ficam na própria empresa vendedora e são divulgados através de fotografias no portal e o custo de transação se limita à taxa cobrada

3 Classificação com base no critério utilizado por Kaplan, Steven, e, Sahney, Mohanbir, 2000

4 Respectivamente: www.construbid.com.br (Brasil); www.bidare.com.br (Brasil); e www.mercador.com.br (Brasil)

5 Business-to-Business Electronic Commerce, 2000

6 www.autocheme.com (EUA)

pelo portal para realizar o serviço de divulgação “on-line”. Há ainda o ganho do comprador, que não tendo mais a necessidade de viajar tem a possibilidade de comparar muito mais lotes, aumentando a competitividade entre os vendedores. Segundo dados do artigo “E-Hubs: the New B2B Marketplaces⁷”, publicado recentemente na “Harvard Business Review”, analisando este exemplo calcula os ganhos em US\$ 500 por veículo, com o uso da transação realizada no mundo virtual, ao invés do mundo físico.

Ao dominarem o processo de compra e venda de toda uma cadeia produtiva, os portais passam a ter uma importante função no mercado. Já que seus custos representaram parte significativa do preço final de muitos produtos, configurando-se como mais um dos participantes do processo de formação de preços. Seu estudo para o direito concorrencial passa então a ser essencial.

2. A estrutura do Mercado Eletrônico

Tentaremos agora definir a estrutura do mercado de um portal de comércio eletrônico. Esta definição será importante, para que possamos definir e compreender as situações em que o direito concorrencial deva ser aplicado.

O Portal é essencialmente um prestador de serviços de compra e venda a empresas, reduzindo substancialmente os custos destas duas operações. As reduções de custos provêm de duas matrizes. A mais nítida é a redução proporcionada pela redução do custo de transação, que seria a eliminação de transportes desnecessários, redução do número de horas gastas, consulta a um maior número de fornecedores permitindo a escolha da melhor oferta, seriam os custos que analisamos acima no caso prático do portal “autochame.com”. Além destas há uma outra fonte que seriam as reduções estruturais; a automatização do processo de compra e venda permite com que os gastos de infra-estrutura e pessoal nos departamentos responsáveis por estas tarefas sejam eliminados, implicando em uma redução de despesas no orçamento final da empresa.

Atualmente existem portais que negociam praticamente de tudo, de produtos para supermercados a mineração, passando por auto-peças e gado para engorda⁸, observamos que os serviços prestados não se limitam a facilitar a negociação da transação, há uma série de outros serviços acessórios que

7 Kaplan, Steven, e, Sahney, Mohanbir, p.9, May 2000.

8Respectivamente: www.mercador.com.br (Brasil); www.mmprocurement.com (Global); www.conivist.com (Global); e www.eboi.com.br (Brasil)

ênfatazam ainda mais esta característica. Existem Portais que prestam serviço de verificação do crédito de seus participantes, oferecem serviço de entrega, realizam parcerias com bancos para viabilizar financiamentos a compra realizada “on-line”, cooperam com outros portais correlatos aumentando ainda mais as facilidades oferecidas a seus usuários. Por exemplo, um portal de venda de produtos agrícolas, pode realizar uma parceria com um portal de venda de frete, facilitando a realização de negócios. A criação de novas tecnologias, que não só incrementam as transações, mas que também barateiam seus custos, devem também ser encaradas como um outro serviço prestado.

É importante esclarecer que o mercado do Portal é um, e o mercado do produto lá negociado é outro, não se fazendo confusão entre eles. O mercado do portal é o de serviços de compra e venda, enquanto o do produto é o seu mercado tradicional. Desta forma em um Portal⁹ para negociação de frete podemos observar dois mercados relevantes: o de fretes, e o mercado de compra e venda de fretes on-line.

Claro que estes mercados estão intimamente relacionados, geograficamente poderíamos dizer que o mercado relevante do Portal se confunde com o do tipo de produto ou serviço que negocia. O comércio eletrônico entre empresas facilita somente o processo de busca e negociação, não interferindo substancialmente nos custos de entrega, execução e transporte. Desta forma no caso de determinada mercadoria ter sua área de mercado geograficamente definida com 100km do centro de produção, ou outra que tem seu mercado definido como o nacional devido a barreiras governamentais para entrada de produto importado, a negociação eletrônica não irá afetar em nada esta estrutura.

Mesmo assim podemos observar que os portais podem gerar algumas eficiências neste sentido. Ao permitir que a busca seja realizada a partir de qualquer computador, a barreira criada pelos altos custos de busca, passa a não existir mais. Usaremos um exemplo: na compra de gado para engorda, o empresário deve analisar dois custos, o custo de transporte da mercadoria, e seu custo para buscar as melhores ofertas. Este segundo passa a não existir mais, e o mercado geográfico é sensivelmente expandido neste caso.

Analisaremos agora o processo de entrada no mercado eletrônico. No que se refere aos custos físicos de instalação, que se limitam praticamente a estrutura de software e hardware necessária os custos irrecuperáveis (“sunk costs”) são bastante baixos. Existem no mercado uma série de empresas que

9 www.bolsa1.com.br (Brasil)

oferecem estrutura de software, rede e hardware¹⁰ pronta para funcionar em poucos dias, não há nem mesmo a necessidade desta estrutura ser adquirida podendo até mesmo ser alugada.

Esta situação cria uma das grandes ilusões do comércio eletrônico. Ao contrário do que pode parecer, o processo de entrada é bastante custoso e arriscado. Os grandes custos não estão relacionados com a estrutura física, mas sim na conquista de usuários. Para atraí-los o Portal entrante, tem de oferecer uma série de vantagens aos usuários dos concorrentes para que estes migrem de serviço, vantagens estas que sempre custam caro, como por exemplo o desenvolvimento de uma tecnologia mais confiável ainda não existente no mercado, ou então outros serviços diferenciados, como por exemplo financiamentos. Soma-se a estes os custos de marketing que em uma situação com esta podem ser bastante elevados.

Outra variante essencial para a análise da estrutura dos portais, que também está profundamente relacionada às barreiras à entrada, é a questão do ganho de escala. É essencial para o sucesso de um Portal reunir em um único ambiente o maior número de compradores e vendedores possíveis, quanto mais vendedores existirem mais interessante será para os compradores, e vice-versa. Esta situação tende ainda a levar um processo de formação de preço mais nítido, com a competição entre fornecedores próxima a perfeição.

Cabe aqui uma interessante comparação com o que ocorreu com as Bolsas de Valores. Estas são também um ambiente de compra e venda, em que ocorre o encontro de compradores e vendedores. Analisando o caso brasileiro, observamos uma forte tendência de concentração entre elas, atualmente há praticamente uma única bolsa que concentra toda a negociação dos papéis de empresas, outra que negocia títulos públicos, e outra responsável pelo mercado futuro de commodities. Até pouco tempo atrás havia concorrência, porém a busca por liquidez¹¹ acabou levando a esta concentração.

As Bolsas, no entanto, se diferem fundamentalmente dos Portais, sobre elas existe uma severa regulamentação governamental, inclusive com uma autarquia exclusivamente voltada para seu controle, inexistente nestes.

10 Empresas como: www.ariba.com (EUA); www.commerceone.com (Global); www.oracle.com (Global);

11 Utilizamos aqui o termo liquidez com o mesmo sentido que ele tem, quando é aplicado as bolsas de valores. Representando a convergência de compradores e vendedores em um único local, fazendo com que oferta e demanda se encontrem em patamares suficientemente interessantes para o mercado, dando a certeza ao vendedor que ao se utilizar do serviço encontrará compradores, e garantindo ao comprador que encontrará o que procura.

Mais do que isto, a Bolsa é exclusivamente um sistema de negociação neutro, todos os serviços prestados em relação a ela se dão através de terceiros como bancos e corretoras, que operam em pleno regime de concorrência. Por esta razão a diferenciamos de um Portal, que é fundamentalmente um prestador de serviços. Mesmo assim a variante da economia de escala como forte barreira à entrada, deve ser computada na análise dos aspectos concorrencias do mercado um Portal.

3. O custo do Monopólio no Comércio Eletrônico entre Empresas

Definido o mercado de um Portal, como o de prestação de serviços, tentaremos agora apontar algumas eventuais falhas de mercado a que este está sujeito. Como prestador de serviços, assim como qualquer outro agente econômico, operando em regime de monopólio tende a carregar uma série de ineficiências¹², e não estará imune a elas o Portal.

O monopolista poderá exercer um excessivo poder de mercado no processo de formação de preços, em que a enorme redução de custos ocasionada pelo uso da eletrônica proporciona uma grande margem para estas manobras. Algumas vezes as reduções chegam até a 70%¹³, se comparadas com a economia tradicional, e podem ser convertidas em lucros exorbitantes ao invés de serem transformadas em ganhos para a cadeia produtiva. Vejamos¹⁴: determinado produto tem seu custo real de transação equivalente a 100. Através de um portal utilizando-se de todas as eficiências por ele gerado, tal custo pode ser reduzido até 30. Em um cenário competitivo, o preço cobrado deve situar-se em torno de 30, sempre com perspectiva de baixa, em função da concorrência. Em um cenário de monopólio, o preço deve situar-se em uma faixa que seja suficientemente atraente para deslocar os usuários do comércio físico para o eletrônico, digamos para algo entre 70 e 80. Porém, ainda muito distante do que poderia ser, no cenário competitivo.

Ainda mais nefasta é a possibilidade de o poder de mercado ser exercido para influir em outros setores da cadeia produtiva. Poderá, por exemplo, um portal especializado em latas de alumínio onde atuam, digamos, 5 fornecedores, evitar a entrada de um novo competidor. Se considerarmos as estatísticas de que em 2005 70% das transações serão realizadas através de portais, estaria assim, barrando por completo a entrada de um novo competidor em todo um setor da economia.

12 The cost of monopoly, In: R. Posner, 1976. p. 8-23.

13 Dados do Covisint. www.covisint.com/info/downloads/06-19-00Covisint.pdf

14 Cálculo elaborado por Lucking-Reiley, 2000, p.8.

Freqüentemente encontramos Portais que são formados a partir da cooperação entre competidores de determinado setor produtivo. Neste caso duas, ou três empresas, dominantes de significativa parcela do mercado relevante de determinado produto unem-se para criar um portal de comércio eletrônico voltado para seu setor. Os controladores do portal, seriam os mesmos do mercado relevante, em uma clara integração vertical.

Nestes casos defendemos que os custos do monopólio tendem a se multiplicar. O primeiro problema a ser enfrentado é o domínio de informações sobre os demais competidores, isto decorre da excelente visão de mercado que o controlador de um portal necessariamente possui, podendo obter dados importantes de cada um de seus participantes. Sabe, por exemplo, em que época do ano um está praticando preços mais baixos, consegue quantificar de maneira precisa sua produção, principais clientes, evolução de seus produtos. Tem também acesso a informações confidenciais, pode analisar qual é a política exata de compras de um grande cliente, ou então determinar se a procura por um determinado produto esta alta ou baixa. Se imaginarmos que um, ou alguns, competidores de um mercado terão acesso a todas estas informações, e o restante não, estaremos com certeza construindo um cenário desigual de competição.

O outro ponto envolvendo portais verticalmente controlados refere-se ao processo de entrada que se torna praticamente impossível nesta situação. Digamos que determinado Portal voltado para comércio de insumos para indústria de informática é controlado pelos vendedores de chips para computador. No caso do surgimento de um novo entrante para competir com este, ele com certeza necessitará para seu sucesso que os vendedores de chips participem, e estes por serem proprietários do concorrente, terão motivos óbvios para não migrarem, com isto o entrante jamais conseguirá atingir a liquidez necessária para seu funcionamento. Neste caso o mercado do Portal será dominado de forma monopolística, ficando sujeito a todas as ineficiências e abusos decorrentes desta situação.

Os custos de tal associação muito possivelmente não se limitarão a concorrência no comércio eletrônico e poderão ser expandidas para o mercado relevante das mercadorias que lá são comercializadas. É razoável supor que competidores que se unam para exercer seu poder de mercado no comércio eletrônico, também poderão o fazer no mercado de seus produtos, ficando clara a possibilidade de conluio. Nestes casos há um claro risco da ocorrência

de oligopólios ou oligopsônios¹⁵, esmagando de um lado consumidores e de outro fornecedores, tornando assim o estudo do comércio eletrônico ainda mais necessário.

4. O papel dos órgãos de defesa da concorrência

Tal fenômeno acompanhado de tamanhas perspectivas de mudança no funcionamento dos mercados não pode passar despercebido pelos órgãos brasileiros de defesa da concorrência, CADE, SDE e a SEAE¹⁶, devem estar atentas a ele. Atuando não só como observadores mas participando de forma ativa neste processo. Internacionalmente o tema já começa a preocupar, a FTC¹⁷ – Federal Trade Commission – órgão do sistema de defesa da concorrência do governo norte americano, realizou no mês de Julho de 2000 uma conferência para discutir este assunto.

No dia 11 de setembro de 2000 a mesma FTC elaborou sua primeira opinião¹⁸ envolvendo um portal de comércio eletrônico. Tratava-se do Covisint, para compra e venda de suprimentos para a indústria automobilística, entre seus sócios estão: Ford, General Motors, Daimler-Chrysler, Renault-Nissan, além de duas gigantes produtoras de software, a Oracle e a Commerce-One. A comissão analisou o caso que estava suspeito de violação do artigo 7 Clayton Act. A análise se deu dentro do Hart-Scott-Rodino Act, que regula a análise prévia dos atos de concentração. A posição da comissão, nas palavras de seu Chariman, foi a de não interferir ainda no caso já que o Portal encontra-se em fase formação, e não tem sua forma de funcionamento propriamente definida. O texto deixa claro que no futuro a comissão pode intervir, caso o interesse público julgue necessário.

A Organização Mundial do Comércio¹⁹ também já formou um grupo para estudo do comércio eletrônico. Claro que devido a natureza deste órgão as preocupações e o enfoque são bastante distintos, estando mais voltado para

15 Salomão, 1997 p. 136 “A lei 8.884/94 (...) define entre as infrações à ordem concorrencial a criação de dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento não só do concorrente, mas, também de qualquer fornecedor (Art. 21, V)”

16 CADE – Conselho administrativo de Defesa Econômica www.mj.gov.br/cade

SDE – Secretária de Direito Econômico www.mj.gov.br/sde

SEAE – Secretária de Acompanhamento Econômico – Ministério da Fazenda – www.fazenda.gov.br/seae

17 www.ftc.gov

18 Integra no endereço www.ftc.gov/opa/2000/09/covisint.htm

19 www.wto.org

o comércio de serviço prestados eletronicamente, como por exemplo, projetos de redes ou serviço de manutenção de software. O que, no entanto, não deixa de ser uma reafirmação da importância deste fato econômico.

Um ponto comumente levantado nos debates jurídicos envolvendo a internet, é a necessidade de mudança da legislação para que esta acompanhe a evolução da tecnologia. No que se refere à legislação de defesa da concorrência, nos manifestamos em corrente contrária. A estrutura de nosso sistema de defesa da concorrência está baseada em princípios constitucionais, tais como a livre concorrência, a livre iniciativa e a função social da propriedade²⁰. Estes são decorrentes do sistema econômico no qual está inserida nossa economia, e não, da conduta dos agentes econômicos neste ou naquele momento. Desta forma é indiferente que as práticas anticoncorrenciais ocorram na nova economia, ou da indústria do aço, os princípios violados serão os mesmos. Modificar, ou não, a legislação passa primordialmente pela discussão destes princípios, algo que não está nem próximo do objetivo deste trabalho.

O que interessa ao nosso estudo é que o sistema brasileiro de defesa da concorrência já possui mecanismos para atuar no controle dos portais de comércio eletrônico. E deve o fazer em duas frentes, tanto no controle dos atos de concentração, como no julgamento das condutas.

No aspecto referente ao controle dos atos concentração o campo de trabalho é fértil. Entre os grandes Portais brasileiros, encontramos vários que se originam através de acordo entre concorrentes que passam atuar como colaboradores no comércio eletrônico²¹. E como já discutido, acreditamos que os portais verticalmente controlados devem ser evitados, pois levam facilmente a construção de um poderoso monopólio, a nosso ver desnecessário.

Porém, analisando a recente jurisprudência²² do CADE, observamos uma priorização do princípio da eficiência, permitindo com que associações que ocasionem grande participação do mercado sejam aceitas caso se comprove a existência de eficiências que possam ser compartilhadas com os consumidores. Nestes casos o CADE vem recorrendo a figura do

20 “Lei 8.884/94 Art. 1 (...) infrações 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.”

21 Entre estes: Portal Plata formado pela Varig e pela Tam; MMPROCUREMENT, formado pela Vale do Rio Doce conjuntamente com outras mineradoras multinacionais.

22 Com especial atenção aos “leading cases” Kolynos-Colgate, White Martins e AmBev

compromisso de desempenho, voltado principalmente para evitar que a concentração eleve excessivamente as barreiras à entrada de novos concorrentes.

Acreditamos que na análise de atos envolvendo associação de competidores, em que hajam comprovadas eficiências que não poderão ser obtidas sem a presença destes, o CADE, se optando pela aprovação do ato, elabore tal compromisso, evitando, ao menos, que esta cooperação produza efeitos negativos no mundo real. Deve ficar clara a possibilidade de acesso de qualquer concorrente ao Portal, bem como a obrigatoriedade de os controladores negociarem seus produtos em portais concorrentes. A cobrança pelo serviço também deve ser analisada, não é razoável que um monopólio obtido com o aval dos órgãos de defesa da concorrência, transforme-se em meio para a obtenção de lucros exagerados.

O controle de condutas deve ser enfatizado, os Portais verticalmente controlados podem ser o primeiro passo para a formação de conluio entre competidores. Os órgãos de defesa da concorrência devem atentar para a formação de preço, evitando com que sejam formados cartéis.

Não são somente os portais verticalmente controlados que podem lesar o mercado, qualquer competidor pode eventualmente vir a abusar de seu poder de mercado. Dentre as práticas, a que talvez mais preocupe, é a de preços predatórios²³ praticados com o claro intuito de eliminar concorrentes, e impossibilitar a entrada de novos participantes. No comércio eletrônico este risco, talvez, esteja mais próximo do que em outros setores da economia, as previsões de altos lucros em um futuro próximo acabaram por atrair poderosos investidores a estas empresas. Com o dinheiro recebido, é comum ver empresas praticando preços bem abaixo da linha de custo, além do oferecimento de uma série de vantagens gratuitas.

Nossa percepção é de que o comércio eletrônico entre empresas é uma realidade nova com futuro promissor, mas ainda incerto, e que portanto deve ser observada com cuidado. Seu impacto nos mercados tende a ser o mais benéfico possível já que as geradas eficiências são significativas. No entanto, é dever dos órgãos de defesa da concorrência fazer com que estas sejam também usufruídas pelos consumidores.

5. BIBLIOGRAFIA

23 R. Posner “ I believe the most useful definition of predatory pricing is the following: pricing at a level calculated to exclude form the market an equally or more efficient competitor.” P. 188

Dutra, Pedro. *A concentração do poder econômico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000

Federal Trade Commission. *Competition Policy in the World of B2B electronic Marketplaces*. Washington, June 2000.

Franceschini, José. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo, Singular, 1999.

Gordon, Robert. *Does new economy measure up to the great inventions of the past?*. National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2000.

Grau, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 5ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

Kaplan, Steven, e, Sawhney, Mohanbir. *E-Hubs: The B2B Marketplace*, In: Harvard Business Review, May 2000.

Lucking-Reiley, David, e, Spulber, Daniel. *Business-to-Business Electronic Commerce*, Vanderbilt University Paper, 2000

Nusdeo, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

Posner, Richard. *Antitrust Law: an economic perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, Londres, 1976.

Salomão, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1997.

Salomão, Calixto. *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1998.

A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE

Giovani Ribeiro Loss

SUMÁRIO

1. *INTRODUÇÃO*
2. *OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS*
3. *OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA*
4. *A COMPETÊNCIA DO CADE PARA ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS*
5. *A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE*
 - 5.1 *O processo administrativo*
 - 5.1.1 *O direito de representação*
 - 5.1.2 *A aplicabilidade da Lei 8.884 e do agente ativo da infração contra a ordem econômica*
 - 5.1.3 *O trâmite*
 - 5.1.4 *A decisão*
 - 5.1.5 *A importância de uma decisão*
6. *CONCLUSÃO*

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

A ênfase do Estado brasileiro enquanto agente regulador e normativo, garantidor da livre concorrência, evidenciada pelo artigo 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é resultado da história evolutiva da economia nacional, refletida na Constituição Econômica e na legislação antitruste brasileiras.¹

1 Sobre a evolução histórica da legislação antitruste brasileira, cite-se a excelente obra da Professora Isabel Vaz: “Direito Econômico da Concorrência”, vide, também, “Lei de Proteção da Concorrência Comentários à Lei Antitruste”, Capítulo III, páginas 47 a 50, do Conselheiro João Bosco Leopoldino.

Consagra-se, através desse artigo, a intervenção indireta do Estado na economia, em detrimento da intervenção direta, que, assim como preceitua o artigo 173, limita-se a necessidade aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Ao se definir pela atuação indireta, o Estado brasileiro formulou um arsenal de leis e regras jurídicas que lhe permite, com base no referido artigo 174, exercer as funções de incentivo, fiscalização e planejamento das atividades econômicas.

Para que possa fiscalizar as atividades econômicas no mercado, o Estado brasileiro promulgou a Lei 8.884/94, visando atender aos reclames de um novo contexto globalizado, onde se intenta proteger o consumidor e o mercado, analisando-se eficiências e distribuição equitativa dos benefícios e, ao mesmo tempo, incentivando a função social nas empresas, fomentando o desenvolvimento da indústria interna e atraindo investimentos estrangeiros.

Nesse sentido, a Lei 8.884 colocou ordem nas discussões jurídicas, não somente de temas relativos à liberdade de concorrência, como também da proteção ao consumidor e da atuação equilibrada do Estado no contexto do mercado.

Através dessa Lei, o legislador alterou a natureza jurídica do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conferindo-lhe a posição de autarquia e consagrando-lhe os papéis educativo, preventivo e repressivo, sistematizando os dispositivos caracterizadores das infrações contra a ordem econômica e condicionando os chamados atos de concentração à aprovação do Conselho. Além disso, formalizou os procedimentos administrativos na análise de casos, determinando os papéis da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, iniciando a estruturação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, baseado não só nessa lei, mas também nas demais legislações que deram origem às Agências Regulatórias.

A promoção da livre concorrência, objetivo primordial da Lei 8.884, é manifestação da livre iniciativa, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e da ordem econômica nacional² (art. 170, *caput*, da CF/88), tendo alcançado, na Constituição Federal de 1988, a configuração de princípio Da Ordem Econômica e Financeira.

Naturalmente, em função do contexto atual, o estudo do Direito Antitruste, mesmo que de extrema complexidade, pela necessária interação de

2 Vale citar José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, sobre livre concorrência e abuso do poder econômico na constituição, páginas 769 e 770.

princípios jurídicos e econômicos, ganha importância e contornos mais definidos. Nesse sentido, reporta-se ao Professor Calixto Salomão Filho que, citando o renomado Hayek, trata da dificuldade do tema, correlacionando-a à contradição presente no próprio sistema concorrencial:

*“Trata-se de um sistema cuja gênese é voltada à atividade do particular, ou, nas palavras de Hayek, a garantir a auto-regulamentação dos agentes econômicos através das forças de mercado. Entretanto esse sistema, criado e aplicado pelo estado, convive com um Estado que geralmente age em sentido contrário a esses princípios, regulamentando a economia sem preocupação com os princípios concorrenciais e/ou incentivando a formação de ajuste entre as empresas.”*³

Assim, dentro deste vasto campo de estudo relacionado à defesa da concorrência, parece relevante a análise dos incentivos fiscais dos Estados perante o CADE.

Os incentivos fiscais estaduais já foram objeto de consulta realizada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE, que objetivava buscar uma manifestação do CADE acerca da nocividade, ou não, à livre concorrência, da prática conhecida como "guerra fiscal", realizada principalmente entre Estados e através de mecanismos fiscais e financeiro-fiscais relacionados ao ICMS.

Na resposta à referida consulta, ficou concretizado o entendimento do CADE de que a “guerra fiscal” pode afetar a promoção de uma economia competitiva, limitando a concorrência.

Por essa razão, porquanto o CADE é o ente da administração pública responsável pela análise dos atos que possam afetar a concorrência, torna-se, também, competente para analisar os incentivos fiscais enquanto infração à ordem econômica, podendo, assim, estabelecer critérios para orientar o mercado brasileiro, em benefício dos agentes econômicos e dos consumidores.

2. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

Diversos Estados da Federação vêm oferecendo incentivos para

3 Revista de Direito Econômico nº 24, sobre “Atuação estatal e ilícito antitruste, páginas 35 a 50, vide também do mesmo autor, “Direito Concorrencial: As Estruturas”.

atrair investimentos privados em seus territórios. Tal fenômeno, apesar de conhecido por “guerra fiscal”, consiste na concessão não só de incentivos fiscais, mas também de incentivos financeiros, além de outros incentivos de natureza variada.

Os incentivos financeiros consistem nas concessões de financiamentos, realizados por meio de bancos estaduais – em geral banco de investimentos - contando com recursos de fundos estaduais ou programas de desenvolvimento.

Os incentivos fiscais, objeto desse estudo, são aqueles de natureza tributária, consistindo, principalmente, na redução ou, até mesmo, isenção da cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, a ser cobrado das empresas estabelecidas no Estado. A transcrição de parte da resposta do CADE à consulta⁴ realizada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais é pertinente para evidenciar o problema:

“Não resta dúvida, porém, que a principal estratégia utilizada atualmente na “guerra fiscal” é a concessão pelos Estados membros⁵ de incentivos e benefícios relacionados ao ICMS. De fato, apesar de mencionar que benefícios fiscais e financeiro-fiscais são concedidos com base em outros tributos (IPTU, ISS, etc.) e sob diversas formas (como, por exemplo, doações de lotes e galpões industriais, realização de obras de infra-estrutura, etc.), o próprio consulente ressalta a importância dos benefícios concedidos com base no ICMS e fundamenta sua petição aludindo aos efeitos deletérios à concorrência que seriam daí decorrentes.”⁶

O incentivo fiscal dos estados pode ser concedido por meio de Lei Complementar ou através de Convênios interestaduais, celebrados e

4 O inteiro teor da consulta do PNBE encontra-se na página da internet www.pnbe.org.br.

5 Na presente monografia, assim como na Lei Complementar 87/96 (a “Lei Kandir”), “As referências feitas aos Estados nesta Lei Complementar entendem-se feitas também ao Distrito Federal” (art. 35 da LC 87/96).

6 Parte da consulta realizada pelo PNBE que pode ser encontrada na página www.pnbe.org.br

ratificados pelos Estados, que somente passam a ter eficácia após aprovação por Decreto Legislativo.⁷

A isenção ou redução da alíquota do ICMS deveria ter como intuito o incentivo às empresas. Entretanto, o que se tem observado, é a doação de recursos através de um financiamento a longo prazo, regulamentado por lei.

A reforma tributária, em estudo no Congresso Nacional, busca a federalização da legislação do ICMS, objetivando por fim ou, ao menos, diminuir a existência da “guerra fiscal”.

Ademais, há registros de questionamentos judiciais quanto a legalidade de alguns instrumentos de incentivo, a exemplo do Fundo do Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP, do Estado do Espírito Santo, cuja base legal vem sendo argüida pelo Estado de São Paulo.

No comércio internacional, os subsídios concedidos pelos Estados brasileiros já vêm sendo questionados pelos países do Mercosul, que estão criando entraves ao desenvolvimento do mercado comum, em função, naturalmente, de um possível “dumping verde amarelo”.⁸

A concessão de incentivos fiscais estaduais tornou-se um problema a ser solucionado, sendo inquestionável a necessidade da determinação de um posicionamento do CADE a respeito, porquanto o incentivo fiscal estadual pode ser configurado como infração da ordem econômica, assim como será explanado.

3. OS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Em resposta à consulta nº 0038/99, o CADE concluiu que o incentivo fiscal pode ser considerado infração da ordem econômica:

“Recapitulando:

1) A concessão de incentivos fiscais ou financeiro-fiscais possui o mesmo efeito para a empresa e para o mercado. Ambos esses tipos importarão na redução artificial do montante de imposto a pagar, gerando os mesmos

7 A competência tributária é disciplinada pela Constituição Federal (arts. 145 a 152) e somente é outorgada às Pessoas Políticas de Direito Público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

8 Cite-se Guilherme Johannpeter no livro “Antidumping Prática Desleal no Comércio Internacional”:

efeitos seja para a empresa favorecida seja para os concorrentes e o mercado.

2) Benefícios concedidos no âmbito da “guerra fiscal”, como visto numericamente, conferem vantagem dramática às empresas afetadas, podendo aumentar lucros em várias centenas de pontos percentuais.

3) Esse brutal favorecimento desnivela o campo em que se desenrola a dinâmica econômica, gerando diversos efeitos para a concorrência e o bem estar da coletividade, entre os quais:

a) Retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país.

b) Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação.

c) Permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam “predatoriamente” eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão protetor de que dispõem.

d) Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria de eficiência e inovação.

e) Gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo.

f) Desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento.

É mais do que evidente, assim, que a guerra fiscal tem efeito altamente prejudicial à concorrência e danoso ao bem estar da coletividade.”⁹

Para tanto, o CADE enfocou a influência do incentivo fiscal sobre a formação do preço dos produtos e, conseqüentemente, sobre a concorrência:

“Depreende-se daí, sem realizar neste momento qualquer incursão no mérito da presente Consulta, que a concessão de incentivos fiscais, assim como qualquer outro aspecto do sistema tributário nacional, influi na formação de

9 Resposta do CADE a consulta do PNBE que pode ser encontrada na página da internet do CADE: www.mj.gov.br/cade

*preços no mercado, matéria umbilicalmente ligada à defesa da concorrência. De fato, pode-se salientar, como o fez publicação do Instituto de Economia da Unicamp ao tratar de "neutralidade e eficiência econômica", que "O sistema tributário pode se tornar um elemento condicionador da evolução da estrutura industrial. Ao afetar o sistema de preços, o sistema tributário se transforma num forte determinante da alocação de recursos na economia."*¹⁰

Além disso, o CADE argüiu o direito comparado, correlacionando a política de incentivos fiscais dos estados brasileiros, com a política de subsídios¹¹ existente no comércio exterior que caracteriza o *dumping*¹², a qual, por si só, justifica, a imposição de direitos compensatórios:

"A lógica desse tratamento, e a sua forma, são iguais no caso de transações interestaduais dentro do Brasil. Assim como se reconhece na legislação de comércio exterior que a concessão de um subsídio estatal por outro país pode justificar a imposição de direitos compensatórios, também no que se refere à concessão de incentivos pelos Estados brasileiros a legislação brasileira (LC nº 24/75, art. 8º, II) prevê, pelo menos teórica e legalmente, a possibilidade de negativa de crédito, pelo Estado de destino, relativo ao tributo não recolhido no Estado de origem em função de incentivo não aprovado nos termos dessa lei. A lógica, evidentemente, é a mesma, no sentido de reconhecer que tais práticas –os auxílios estatais– geram distorções indevidas

10 Vide "Tributação: princípios, evolução e tendências recentes", de Geraldo Biasoto Júnior. Textos para Discussão, nº 31, Instituto de Economia, Unicamp, novembro de 1993. Aliás, ressaltando a importância das isenções fiscais na alocação de recursos da economia, essa publicação salienta que "Mesmo efetivada a passagem de sistema de tributação em cascata para um sistema de valor adicionado, muitas questões permanecem no âmbito da administração tributária, desde os resquícios do sistema anterior até as formas de substituição tributária e maneiras de realizar isenções e desonerar as exportações".

11 A legislação brasileira, com fundamento no art. 6º do Código de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), hoje Organização Mundial do Comércio (OMC), conceitua subsídios como as várias modalidades de auxílio financeiro, fiscal e comercial oferecido pelo governo aos produtores e/ou exportadores.

12 Cite-se Guilherme Johannpeter no livro "Antidumping Prática Desleal no Comércio Internacional": "Especificamente quanto à legislação antidumping, o Brasil incorporou as disposições consubstanciadas no GATT e mais recentemente as disposições que criaram a OMC."

*e indesejáveis sobre a dinâmica concorrencial, que devem ser corrigidas.”*¹³

Ademais, foi destacada a existência de precedentes internacionais para a questão dos incentivos fiscais, como no caso da União Européia, além de Ações Diretas de Inconstitucionalidade referentes a esta matéria impetradas contra os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, tendo a Corte Suprema, inicialmente, se manifestado contra esta conduta, através da concessão de liminar.

A caracterização da infração contra a ordem econômica ocorre através da configuração do efeito, efetivo ou potencial, da conduta empresarial de acordo com o artigo 20 da Lei 8.884. A esse respeito, ensina o Professor e Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca:

“Para caracterizar tais atos como infrações contra a ordem econômica, terá o julgador que verificar se eles são concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes, na vida econômica real, não sejam alcançados. E os efeitos previstos são os seguintes:

- 1. lesão da livre concorrência e da livre iniciativa;*
- 2. formação de mercado relevante de bens ou serviços;*
- 3. situação de lucros arbitrários;*
- 4. exercício de posição dominante.”*¹⁴

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

*I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;”*¹⁵

Concluiu-se que o incentivo fiscal pode constituir infração da ordem econômica, uma vez que pode produzir efeito limitador ou prejudicial à livre concorrência.

De fato, o raciocínio é lógico e simples: a incidência de tributação sobre o valor de certo produto desloca para cima a curva da oferta a curto

13 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 88.

14 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 89.

15 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

prazo na medida do valor do tributo, o que eleva o preço de mercado do produto, reduzindo o nível de produção total da indústria. Assim, analisando-se a questão por outro lado, percebe-se que a empresa beneficiada com um incentivo fiscal possuiria vantagem sobre suas demais concorrentes, uma vez que, nesse caso, a curva de oferta seria deslocada para baixo.

O entendimento do CADE não deixa dúvidas, a “guerra fiscal” tem efeito prejudicial à concorrência e danoso ao bem estar da coletividade, sendo, assim, um problema a ser resolvido.

4. A COMPETÊNCIA DO CADE PARA ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

O posicionamento do CADE quanto à consulta 0038/99, como já demonstrado, caracterizou os incentivos fiscais dos Estados como infração à ordem econômica.

A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica é finalidade da Lei 8.884 e função do CADE, como destaca o artigo primeiro dessa Lei:

“Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre prevenção e a repressão 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.”¹⁶

Seguindo esse entendimento, o CADE se considerou competente à análise dos incentivos fiscais estaduais:

“Dado o vínculo mais do que demonstrado entre incentivos fiscais e concorrência (econômico e jurídico, no Brasil e no mundo), e dado ficar estabelecida a competência do CADE para abordar a matéria, nos termos legais, por exemplo como ora faz nesta Consulta, nos termos do artigo 7º da Lei de Defesa da Concorrência: “responder a consultas sobre matéria de sua competência” (inciso XVII) (estas na forma da Resolução CADE nº18), e “instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica” (inciso XVIII).”¹⁷

16 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

17 Resposta a consulta do PNBE sobre “Guerra Fiscal” que pode ser encontrada no site do CADE: www.mj.org.br/cade

O papel preventivo se dá por meio da análise de *atos de concentração*, como, por exemplo, fusões, aquisições, *join ventures* e alterações societárias.

O papel repressivo, por sua vez, realiza-se pela instauração de processos administrativos acerca da verificação de infrações à ordem econômica.

Como os incentivos fiscais estaduais não são *atos de concentração*, mas sim possíveis infrações contra a ordem econômica, cabe ao CADE apenas o exercício de duas de suas formas de atuação, a educativa e a repressiva.

Sob o vértice educativo, no que tange aos incentivos fiscais estaduais, a atuação do CADE tem sido expressiva, esclarecendo a relação existente entre a concorrência e os subsídios que vem sendo concedido pelos Estados.

Por outro lado, sob o vértice repressivo, ainda não houve qualquer direcionamento do CADE a respeito, porquanto não se registrou instauração de processo administrativo em matéria de incentivos fiscais estaduais, razão pela qual, através deste trabalho, busca-se contribuir para a formulação de propostas visando uma atuação mais efetiva do CADE, como se poderá verificar no tópico seguinte.

5. A ANÁLISE DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS PELO CADE

A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE, enquanto infração à ordem econômica, pressupõe a instauração de um processo administrativo, como o de qualquer outra infração.

Ocorre que, em se tratando de subsídios provenientes dos Estados brasileiros, questionamentos devem ser levantados a respeito da aplicabilidade dessa Lei, bem como das implicações que podem ser levantadas aos Estados. É isto que se fará no presente trabalho.

5.1 O processo administrativo

5.1.1 O direito de representação

Assim como exige o artigo 3º do Código de Processo Civil, é necessária legitimidade para ser proposta ou contestada uma ação. No caso da lei antitruste, como consta do parágrafo único do artigo 1º, "a titularidade dos

bens protegidos por esta lei é a coletividade" e, sendo assim, são prejudicados pela prática de infrações à ordem econômica, primeiramente a coletividade e somente secundariamente as pessoas físicas e jurídicas. A esse respeito, cita-se o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*“É preciso salientar que o titular dos bens protegidos pela lei antitruste é a coletividade, como consta do parágrafo único do art. 1º da lei. As infrações tipificadas nos arts. 20 e 21 caracterizam acima de tudo ofensas ao mercado, e só secundariamente aos indivíduos. Os prejudicados seriam, assim, a coletividade e, secundariamente, pessoas físicas e jurídicas.”*¹⁸

Seguindo esse entendimento, seria natural que a Lei 8.884 permitisse a representação a qualquer interessado. Assim é o que ela determina, através do seu artigo 30, que deixa claro: “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado”. Este preceito é válido em todos os casos, inclusive na análise dos incentivos fiscais estaduais.

A averiguação preliminar é procedimento preparatório que antecede o processo administrativo de apuração das infrações contra a ordem econômica. O objeto de investigação das averiguações preliminares é a coleta de indícios mais consistentes da prática da infração.

Logo, se a SDE, de ofício, discricionariamente não promove averiguações preliminares sobre a existência de incentivo fiscal que enseja infração à ordem econômica, qualquer interessado, por representação escrita, devidamente fundamentada, pode fazê-lo.

5.1.2 A aplicabilidade da Lei 8.884 e o agente ativo da infração contra a ordem econômica

O artigo 15 da Lei 8.884 define a aplicabilidade dessa lei:

“Art.15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem

18 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 113.

*personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”*¹⁹

Como se vê, esta lei é aplicável a toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado.

Desse artigo, ao propósito específico desse trabalho, o que interessa são as pessoas jurídicas de direito público e mais propriamente, os entes da federação.

A esse respeito, existem dois entendimentos doutrinários que merecem ser destacados: O Primeiro, do ilustre Professor Fábio Ulhoa Coelho, considera que o artigo 15 não identifica especificamente o agente ativo da infração contra a ordem econômica, mas apenas se refere às pessoas às quais a Lei se aplica, considerando que as pessoas jurídicas de direito público não são possíveis agentes ativos de infração à ordem econômica:

*“Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las a sanções.”*²⁰

Discordando desse entendimento, o Conselheiro João Bosco Leopoldino considera que o artigo 15 não somente faz referência às pessoas às quais a Lei se aplica, mas, também, coloca a pessoa jurídica de direito público como possível agente ativo da infração contra a ordem econômica:

*“Tais infrações podem provir quer de pessoas físicas, quer de pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou público, tenham-se constituído segundo as exigências legais, quer sejam sociedades meramente de fato.”*²¹

Sob o ponto de vista do Professor Fábio Ulhoa, um processo administrativo do CADE não poderia ter o Estado como agente causador de

19 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

20 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

21 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 81.

uma infração à ordem econômica, sendo impossível, portanto, que o Estado seja parte desse processo. Sob o ponto de vista do Conselheiro João Bosco, por outro lado, não há óbices a um processo administrativo do CADE que tenha o Estado como agente causador de uma infração e, conseqüentemente, que o Estado seja parte.

De fato, a pessoa jurídica de direito público pode ser agente ativo de infração contra a ordem econômica, assim como, na análise em foco, o Estado é agente ativo da “Guerra Fiscal” que pode afetar a concorrência e ser considerado como infração.

Concluí-se, portanto, que o Estado pode figurar como parte no processo administrativo do CADE, visto que a lei é perfeitamente aplicável e o Estado pode ser agente ativo de infração contra a ordem econômica, sendo mais consistente, sem dúvida, o posicionamento expresso pelo Conselheiro João Bosco Leopoldino.

5.1.3 O trâmite

O trâmite processual de um processo administrativo do CADE na análise de incentivos fiscais dos Estados, não é diferente de qualquer outro processo administrativo regulado pela Lei 8.884, respeitada, obviamente, a soberania do Estado como ente da federação.

5.1.4 A decisão

Como se sabe, todos os entes públicos são constitucionalmente dotados de isonomia. Dessa forma, o CADE, como autarquia federal, não é dotado de poder hierárquico e, conseqüentemente, sancionador, sobre quaisquer desses entes, ou mesmo dos órgãos da Administração Pública direta e autarquias. A esse respeito, registre-se a fala do Professor Fábio Ulhoa Coelho:

“Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração

direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.”²²

Da Administração Pública, como continua o Professor Fábio Ulhoa Coelho, apenas as pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitas às penalidades da Lei 8.884:

“Da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais.”²³

Trata-se de constatação importantíssima, pois que limitada constitucionalmente qualquer sanção a ser imposta pelo CADE ao Estado, não haveria meio de coerção direta do CADE no caso em foco.

Da racionalização da questão, apresentamos três recursos possíveis que podem ser utilizados pelo CADE para suprir a sanção.

O primeiro encontra-se no artigo 7º, inciso X, da Lei 8.884:

“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:

*X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;”*²⁴

O CADE não pode impor ao Estado o exercício de sua decisão, mas pode solicitar das autoridades dos Estados que tomem as medidas necessárias ao seu cumprimento.

No caso, sendo o incentivo fiscal instituído por lei, a solicitação ao Estado teria por objetivo alterar a lei que o instituiu, retirando os prejuízos à concorrência, ou, se totalmente inviável sob o ponto de vista da livre concorrência, que seja revogada a lei.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

23 COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, página 41.

24 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

Para fazer valer o interesse coletivo, além de solicitar ao Estado o cumprimento da decisão, o CADE pode oficiar ao Ministério Público para que tome iniciativa judicial cabível, baseada no teor da decisão. Essa seria outra opção, nesse caso o CADE apenas instruiria o Ministério Público, que se incumbiria do ônus da representação do interesse público perante o judiciário.

Da mesma forma, o próprio CADE, utilizando de sua procuradoria, pode requerer medidas judiciais visando à cessação da infração, conforme deixa claro o artigo 10º, III, da Lei 8.884:

“Art. 10º. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

III – requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;”²⁵

Nessas três situações, não há agressão à isonomia constitucional. Na primeira, há mera requisição, sem efeitos sancionatórios. Na segunda, há apenas invocação do Ministério Público ao exercício de sua competência de defesa do interesse Público. Na terceira, finalmente, não há possibilidade de sanção imposta pelo CADE, mas somente atuação de sua procuradoria conforme legitimação legal, sendo que, havendo sanção, seria imposta pelo Judiciário.

5.1.5 A importância da decisão

A necessidade de uma decisão do CADE, mesmo que não dotada de caráter sancionatório, sintetiza-se na importância do próprio tema. A questão fiscal tem tal relevância, que suas conseqüências atingem a todos, contribuintes ou não.

Assim como nos ensina o Professor Geraldo Ataliba, “o objeto da relação tributária é o comportamento consistente em levar dinheiro aos cofres públicos”²⁶. Por força de lei, através do princípio da legalidade, atribuí-se uma parcela dos “bens” das pessoas físicas e jurídicas ao Estado.

A desoneração dessa obrigação só pode ser feita pelo próprio Estado, que, representando interesse coletivo, abre exceções ao poder de

25 Revista de Direito Econômico nº30, legislação atualizada.

26 ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de Incidência Tributária, 6ª edição, página 23.

tributar, devendo, para tanto, seguir os princípios da legalidade e da razoabilidade que contornam a Administração Pública.

Ocorre, que da forma como vem sido feita, a desoneração fiscal tem agredido flagrantemente preceitos constitucionais de diversas naturezas, exigindo, portanto, alguma contestação.

Decisões do CADE que condenassem incentivos fiscais estaduais à condição de contrariedade da ordem econômica, esclareceriam pontos importantes que impulsionariam ações de inconstitucionalidade ou poderiam garantir a inoperabilidade de possíveis danos aos concorrentes, ao consumidor e ao mercado.

A legislação brasileira, como se verificou, é desprovida de instrumentos jurídico-administrativos antitrustes eficazes voltados aos aspectos anticompetitivos dos incentivos fiscais estaduais.

A instrumentalização da legislação antitruste a esse respeito, criaria um controle flexível, que alcançaria mudanças legislativas e de mercado, evitando-se, assim, a rigidez da fixação de preceitos legais, necessários, é verdade, mas que devem ser complementados, sob pena de se perderem no tempo.

O próprio exercício de sua competência, justificaria que o CADE julgasse os incentivos fiscais estaduais, emitindo sua decisão e ratificando seu papel de defensor do mercado e do interesse coletivo.

Enfim, se a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884, não se pode deixar de dar importância aos seus interesses.

6. A CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse tema permitiu evidenciar que a promoção da livre concorrência é um dever do Estado e, principalmente, um direito coletivo.

A guerra fiscal, estabelecida entre Estados, aos promover de forma discricionária a renúncia fiscal, prejudica a livre iniciativa e reduz a capacidade de dispêndio dos Estados nas suas funções primordiais de promover o bem-estar. Nesse particular, os incentivos fiscais têm efeitos deletérios regressivos, penalizando progressivamente os mais pobres, em detrimento dos mais ricos, na prestação de serviços públicos essenciais, especialmente no atendimento à saúde e à educação.

Secundariamente, afetaria também as pessoas jurídicas (e seus sócios), especialmente aquelas do mesmo ramo de atividade, já estabelecidas, que não gozam do mesmo benefício.

A guerra fiscal entre Estados, enquanto instrumento de atração de investimentos, faz com que todos os entes federados percam receita, beneficiando, tão somente algumas empresas que podem auferir lucros exorbitantes ou praticar preços predatórios.

Ao avançar na discussão do papel repressivo do CADE, com sugestões relativas às iniciativas legais pertinentes, este documento evidenciou algumas alternativas que poderiam estabelecer procedimentos específicos no julgamento administrativo de recursos decorrentes da “guerra fiscal”, que vem absorvendo recursos cada vez mais volumosos, com evidentes prejuízos ao interesse público.

Essa iniciativa, de criar soluções aos problemas atuais, fazendo funcionar a administração pública da forma como ela já existe, é tão importante quanto buscar soluções na reformulação do contexto administrativo, o que por muitas vezes, em razão da burocracia, acaba não dando certo. Esperamos que o governo tenha consciência disso, pois a garantia do funcionamento da máquina estatal da forma como ela se encontra, seria um auxílio às reformas para o futuro.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JOHAMPETER, Guilherme. *Anti dumping Prático e Desleal no Comércio Internacional*. 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sagra-D.C. Luzzata, 1996.

Revista de Direito Econômico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Brasília, n° 24, 29 e 30.

ASSOCIAÇÕES SETORIAIS E A CARTELIZAÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Edward Nogueira

Conteúdo: 1. *Introdução*; 2. *Associações setoriais: conceito*; 3. *O cartel no direito brasileiro*; 4. *Associações setoriais como forma de cartelização empresarial*; 5. *Limites da legalidade das associações setoriais*; 6. *Atuação do CADE na análise de casos de cartel envolvendo associações setoriais*; 7. *Conclusões; Bibliografia*.

1. INTRODUÇÃO

“A superação histórica dos regimes militares que predominaram como forma de Estado na América Latina por pelo menos duas décadas, provocou, num primeiro momento, um clima de alegria e esperança a essa porção do Terceiro Mundo. Mal sabíamos que estávamos apenas transmitindo para a exacerbação de uma forma de dominação que se aperfeiçoa incessantemente, dia após dia, desde o surgimento do capitalismo industrial: a ditadura do mercado”¹.

Deste cenário desenhado por MORAES se pode notar a fundamental relevância do direito antitruste como regulador do “jogo” do mercado, não permitindo que haja abusos nem injustiças, protegendo a *fair competition*. Do contrário, o mercado estaria à mercê de uma ditadura que falseia a concorrência, escondendo por trás do manto do direito de liberdade, a imposição da vontade dos mais poderosos.

As autoridades que promovem a aplicação das legislações em todo o mundo são o último reduto encontrado pelos governos de regimes capitalistas para manter a mínima disciplina no mercado, face ao movimento de desestatização das atividades econômicas, anteriormente exercidas pelos governos protecionista. Dentre as funções destas autoridades está a de evitar o acerto entre concorrentes, falseando o estado de concorrência no mercado.

Diante da dinâmica da vida privada, principalmente no âmbito comercial, o legislador, sem poder prever as situações que estão por surgir, adota, nas legislações que tratam de direitos transindividuais, termos e

1 Antônio Carlos de Moraes. Crônica de uma situação crônica: a ditadura do mercado. p. 171.

preceitos de interpretação extensiva, possibilitando ao aplicador emoldurar diversas hipóteses sob a égide de um único dispositivo legal². Com isso, há que se examinar, caso a caso, as ocorrências previstas em lei para que não se cometam injustiças, imputando infrator quem não o é e excluindo o verdadeiro infrator das severidades da lei.

A escolha da análise das associações setoriais diante do processo de cartelização no direito antitruste brasileiro se deu em função de sua relevância pragmática e, também, pela carência de atenção da bibliografia especializada.

2. ASSOCIAÇÕES SETORIAS: CONCEITO

Associações setoriais são pessoas jurídicas de direito privado, constituindo-se, no mais das vezes na forma de associação civil sem fins lucrativos. Nestas associações estão congregadas empresas representantes de setores econômicos (e.g. automotivo, supermercados etc.). As associações têm personalidade autônoma, vale dizer, não se confundem com a existência de seus associados³.

Após pesquisa de cerca de 20 associações setoriais brasileiras⁴ dos mais variados setores da indústria e da prestação de serviços, pode-se afirmar que a função declarada da maioria destas associações é a congregação de participantes do mercado com o propósito de promover troca de experiência e tecnologia, discussões acerca de conflitos de interesse com as políticas do Estado, avaliação do mercado etc., com o interesse central sempre voltado para a melhoria no atendimento ao consumidor final com um produto melhor e mais competitivo.

2 Analogamente, foi o que ocorreu quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o qual consiste em um conjunto de normas, muitas delas genéricas, que tutelam interesses dos consumidores, tendo em vista a hipossuficiência destes em relação aos fornecedores (cf. Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor*. p. 116 ss.).

3 “A conseqüência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para efeitos jurídicos, dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência”. pg. 183 (BEVILAQUA: 1956).

4 Dentre as diversas associações contatadas, podem ser citadas: Associação Brasileira da Indústria Gráfica (ABIGRAF), Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE), Associação Brasileira de Polímeros (ABPOL), Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ) e Associação Brasileira de Circuitos Impressos (ABRACI).

Conforme ensina BULGARELLI⁵, em sua obra sobre as cooperativas, estas têm 7 princípios básicos que, analogamente, podem ser aplicados às associações setoriais: (i) adesão livre e voluntária; (ii) controle democrático pelos sócios; (iii) participação econômica dos sócios; (iv) autonomia e independência; (v) educação, treinamento e informação; (vi) cooperação entre cooperativas; e (vii) preocupação com a finalidade.

O primeiro princípio, o da *adesão livre e voluntária*, é um híbrido da autonomia da vontade⁶ com o direito constitucional da livre associação. Previsto no art. 5º da Constituição Federal, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, o direito de associar-se, permanecer associado ou deixar a associação é, dentro dos limites constitucionais, gozado de forma plena por todos. Ressalte-se que a CF prevê vedação à interferência estatal no exercício deste direito, cuja inobservância pode acarretar responsabilização estatal nas esferas penal, administrativa e civil⁷.

Quanto ao controle pelos sócios, seguindo princípio constitucional norteador da Federação, a administração deverá ser realizada de forma democrática, permitindo o exercício de voto a todos os associados a fim de que a associação possa se dizer realmente digna representante dos interesses de seus associados. Este princípio parece óbvio, tendo em vista a natureza de representatividade de interesses coletivos, que é inerente ao conceito das associações.

As associações podem promover eventos e atividades que as capitalizem. Não obstante, deverão os associados auxiliar na manutenção da entidade, arcando com seu custo. A eventual aplicação de capital na associação não lhe priva do caráter autônomo perante os associados.

5 Waldirio Bulgarelli. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. p. 18.

6 Acerca da relevância da vontade para o negócio jurídico VENOSA assevera: “Muito antes de ser [a vontade] exclusivamente um elemento do negócio jurídico, é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio, que ora interferirá na sua validade ora na sua eficácia, quando não na própria existência, se a vontade não houver sequer existido. Um contrato no qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, uma mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, uma simples aparência de vontade”. (p. 66)

7 Vale conferir o que leciona MORAES: “A interferência arbitrária do Poder Público no exercício deste direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice: (a) de natureza penal, constituindo, eventualmente, crime de abuso de autoridade, tipificado na Lei nº 4.898/65; (b) de natureza político-administrativa, caracterizando-se, em tese, crime de responsabilidade, definido na Lei nº 1.079/50 e (c) de natureza civil, possibilitando aos prejudicados indenizações por danos materiais e morais”. (p. 94)

No que tange à autonomia e independência, há dois níveis. No primeiro, a associação deve manter autonomia e independência com relação aos membros que a compõem e, numa segunda perspectiva, estas condições devem prevalecer diante de organismos externos, governamentais ou não.

Princípio que se traduz em função é o da educação, treinamento e informação. Já doutrinava BEVILAQUA⁸ que as associações têm por *objeto o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão, e os meramente profissionais de seus membros*. Assim, o desenvolvimento da cultura de mercado e o desenvolvimento tecnológico e científico são funções basilares das associações setoriais.

O princípio da cooperação entre associações não parece ser utilizado. Não por haver qualquer vedação legal, mas por não haver grande interesse em manter mais de uma associação por setor.

Finalmente, a função social da propriedade é traduzida no princípio da preocupação com a comunidade. Tal tradução se dá tanto na preocupação com o consumidor final dos produtos ou serviços dos associados quanto na atuação direta da associação na persecução do bem-estar da comunidade que permeia suas atividades. O empresário não deve perseguir cegamente os lucros, mas objetivá-los pelas lentes da solidariedade e da função social de seu negócio⁹.

Tem-se, então, que a associação setorial representa, em tese, a reunião de empresas de mesmo setor, que congregam esforços, recursos materiais, capital etc., para atingir fim **lícito**, previamente estabelecido, de interesse comum¹⁰.

3. O CARTEL NO DIREITO BRASILEIRO

O sistema brasileiro de defesa da concorrência tem, fundamentalmente, duas formas de atuação previstas em lei: preventiva e repressiva.

A atuação preventiva consiste na análise dos atos de concentração entre empresas. Estes atos, conforme a disposto na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, podem ser sob qualquer forma manifestos, desde que

8 Op. Cit. p. 184.

9 WHITAKER, Maria do Carmo; INGLEZ DE SOUSA, Ricardo Noronha. A conduta ética do empresário brasileiro e os princípios propostos pelo The Conference Board. Passim.

10 Nicolau Balbino Filho, Contratos de sociedades civis, p. 145.

produzam, ou possam produzir, efeitos anticoncorrenciais¹¹. Nestas condições submetem-se, obrigatoriamente, ao crivo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹².

Outra finalidade do CADE é a repressão das condutas infrativas da ordem econômica, adotadas pelos empresários e pelas empresas. Dentre as diversas condutas possíveis, a legislação brasileira da concorrência lista a adoção de comportamentos uniformes entre concorrentes como exemplo de conduta anticoncorrencial, na medida em resultem em limitação ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou livre iniciativa, dominação de mercado relevante, aumento arbitrário de lucros ou no exercício abusivo de posição dominante¹³.

Pode-se dizer, então, que se distingue o objeto de análise nas formas de atuação do CADE, sendo que na primeira hipótese o objeto de análise será a *concentração* entre empresas, enquanto que a repressão visa repudiar a *cooperação* danosa¹⁴.

Apesar de menos difundidos pela mídia, os processos administrativos levados ao CADE representaram, entre maio de 1996 e dezembro de 1997, 89% (oitenta e nove por cento) contra 11% (onze por cento) de atos de concentração¹⁵. Atualmente, com a interpretação peculiar que o Plenário do CADE vem dando aos dispositivos legais, esta proporção pode ser alterada.

11 Define Ato de Concentração na doutrina nacional CARVALHO: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio de compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não...” (p.92); No mesmo sentido a doutrina européia, aqui representada por BRIONES et al, estabelece que: “sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, define como concentraciones las operaciones que provocan un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas”. (p.35)

12 Há dois critérios objetivos para apresentação de operações de concentração econômica previstos no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, quais sejam o critério do faturamento e o da participação de mercado.

13 cf. Lei nº 8.884/94, art. 20 e incisos.

14 Calixto Salomão. Direito Concorrencial – as estruturas. p. 227 ss.

15 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatório Anual de 1997. p.56

Não obstante, o tema cartel está, a cada dia que passa, mais em pauta. Recentemente, o Governo Federal editou duas medidas provisórias¹⁶ que incrementaram o poder do CADE na análise de condutas empresariais, fato largamente noticiado pelos periódicos¹⁷.

Cartel consiste, conforme ensina Benjamin M. Shieber¹⁸, em todo acordo e ajuste entre empresas *cuja função ou cujo resultado é restringir a concorrência*. Não há dúvida porém, que esta definição ampla de cartel está atrelada a um exame da situação de fato usando a *regra da razão*¹⁹.

A autoridade norte-americana, no guia para avaliação da colaboração entre concorrentes, esclarece que a colaboração entre concorrentes em certo mercado relevante é considerada, em diversos casos, como fusão entre os participantes do acordo²⁰.

Há que se esclarecer que o ajuste ou acordo entre empresas não se restringe às empresas concorrentes entre si (*formação igualitária*), mas inclui em suas definições os acordos entre empresas fornecedoras e clientes entre si (*formação hierárquica*)²¹.

A existência de poucas empresas no mercado²², a homogeneidade entre produtos ou empresas, a disponibilidade de informações relevantes sobre

16 Utilizando-se do poder de império, largamente repudiado pelos administrativistas e constitucionalistas brasileiros, o Presidente da República editou as medidas provisórias n.ºs. 2.055 e 2.056, ambas de 11 de agosto de 2.000, que alteram dispositivos na Lei n.º 8.884/94, 9.478/97 e 9.847/99. Estas medidas foram adotadas, precipuamente, para coibir o alegado cartel dos combustíveis.

17 Medidas dão novo fôlego na guerra contra abusos. O Estado de S. Paulo, 13-08-2000, p. B-3.

18 Benjamin M. Shieber. Abusos do Poder Econômico. p. 86.

19 Nuno T.P. Carvalho, Op. Cit., p. 70 ss.

20 Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors. p.5. Nesta recente publicação (abril de 2000), as autoridades estrangeiras definem os critérios para avaliação como sendo: “(a) the participants are competitors in the relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific terms”.

21 Carlos Barbieri Filho. Disciplina jurídica da concorrência. p. 142.

22 A quantidade de empresas não impossibilita a formação de cartel, mas dificulta. A doutrina alienígena demonstra preocupação semelhante, SULLIVAN (p. 162) afirma: “If the number of firms in the industry is too large, these necessities may prove too complex to be workable – especially when, as a result of legal restraints, participants

concorrentes, a existência de condutas que restringem a rivalidade entre as empresas são fatores apontados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, que favorecem a coordenação de decisão entre concorrentes²³.

A prova dos cartéis é feita mais freqüentemente através de indícios que com provas materiais. Condutas uniformes, tais como: preços iguais, aumentos iguais, ao mesmo tempo, práticas comerciais de venda idênticas, rotatividade periódica nas licitações públicas etc., são fortes indícios de infração à ordem econômica, mediante o ajuste entre concorrentes²⁴. Esta sistemática probatória é fundamental ao direito da concorrência, tendo em vista que dificilmente encontrar-se-á documento assinado entre os partícipes de cartel afirmando expressamente a intenção do ajuste²⁵.

A jurisprudência do CADE tem demonstrado que o indício mais marcante de ajuste entre concorrentes é o de nivelar preços do produto ou serviço ofertado, seja através da conduta uniforme entre concorrentes ou pela adoção de tabela de preços exarada por entidade de classe²⁶.

4. ASSOCIAÇÕES SETORIAIS COMO FORMA DE CARTELIZAÇÃO EMPRESARIAL

Cumpra, agora, conectar os conceitos acima descritos: associações de classe e o cartel no direito antitruste brasileiro. Citando Arreda & Kaplow, CARVALHO²⁷ afirma que, para o ajuste de condutas entre as empresas, seria necessário, basicamente, reunir os seguintes fatores: (i) possibilidade de arranjo de preço²⁸; (ii) possibilidade de comparação de conduta entre as partícipes; (iii) mais que a comparação, há que haver a possibilidade de

must not only be willing to deliberately break the law, but must be capable of successfully handling all of organizational problems in secret”.

23 Item 77 do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, criado através da Portaria nº 39, de 29 de junho de 1.999.

24 Esta tendência não é exclusiva da experiência nacional, na Comunidade Européia este entendimento é difundido e aplicado. Foi assim na decisão que envolveu a associação setorial Product Group Paperboard, na qual o cartel foi identificado através de indícios evidenciados pela atuação uniforme dos concorrentes (Wilmer, Cutler & Pickering. nº 35, p. 15 ss.).

25 Benjamin M. Shieber. Abusos do poder econômico. p. 87.

26 PA nº 145/93, DOU de 08 de outubro de 1997; PA nº 159/94 e 172/94, DOU. 20 de julho de 1997; e, PA nº 08000.0099797/96-56, DOU. de 18 de julho de 1996.

27 Nuno T. P. Carvalho, Op. cit. p. 61-62.

28 SULLIVAN faz uma ressalva: “the cartel must do more than set price”. (p. 163)

controle para evitar “trapaceiras”; e (iv) deter parcela suficiente para dominar o mercado.

Como se pode notar, os itens (ii) e (iii) acima demandam a disponibilidade de informações entre as empresas em conluio. Esta troca pode se dar das mais variadas formas, em reuniões secretas, através de troca de mensagens, publicidade, enfim, um sem número de hipóteses. Evidentemente há hipóteses que são anticoncorrenciais *per se*, não necessitando de nenhuma forma de instrução para a mensuração de sua ilicitude (*e.g.* ata de reunião entre concorrentes que estabelece divisão geográfica do mercado). Não obstante, há outras formas que não podem ser consideradas, peremptoriamente, ilícitas, devendo ser utilizada a regra da razão para averiguar a prejudicialidade destas condutas à concorrência.

Destarte, uma associação setorial não pode, ser considerada, *per se*, como meio de conluio entre empresas. Pelo contrário, há que se reconhecer nestas entidades a função de propiciar o desenvolvimento tecnológico e o fortalecimento da indústria²⁹. Não obstante, as associações não estão livres de serem utilizadas como meio para atingir o nível de monopólio compartilhado em um dado mercado³⁰.

Não exclui tal possibilidade o fato de serem as associações setoriais, em sua grande maioria, sociedades sem fins lucrativos. Embora haja entendimentos no judiciário de que a falta da finalidade do lucro exime a possibilidade de prejudicar a concorrência³¹, não parece ser este o

29 O FTC e o USDJ afirmaram que: The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought top market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances”.(grifos nossos) Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. Antitrust Guidelines for collaborations Among Competitors. p. 6.

30 CARVALHO (p. 54) fala do monopólio compartilhado entre empresas em um oligopólio que seria um caso semelhante ao presente; sobre o tem vale a pena consultar SALOMÃO FILHO (p. 127) e NUSDEO (p. 308).

31 O STF decidiu, na ADIMC-2054 / DF, cujo Ministro Relator era o ilustre Ilmar Galvão, em votação unânime que: “Ente que não se dedica à exploração de atividade econômica, não podendo, por isso, representar ameaça de dominação dos mercados,

entendimento do CADE³², nem tampouco o mais coerente pois, a despeito da ausência do lucro, a associação pode ser meio, ou instrumento, pelo qual se concertam as empresas.

Diante do exposto, apesar de não ser, *per se*, infração à ordem econômica, a associação não pode se furtar à competência da Lei da Concorrência. A submissão das associação à égide da competência do CADE está fundamentada na possibilidade de serem as entidades de classe usadas como instrumento do cartel. Assim, dolosamente ou não, as associações podem propiciar ambiente favorável ao conluio maquiavélico entre empresas.

Neste sentido orientaram-se as autoridades europeias, em 1998, ao analisar processo envolvendo o *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, associação italiana de agentes. A Comissão entendeu que, por peculiaridades da legislação italiana, o CNSD estaria livre para agir segundo o interesse dos profissionais a ele associados, não agindo, portanto, como entidade independente³³.

5. LIMITES DA LEGALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES SETORIAIS

Aqui cabe lugar a doutrina do Prof. Carlos Ari Sundfeld³⁴, que com clareza desvendou o âmago da dicotomia: direito público *versus* direito privado. Demonstra o mencionado doutrinador que o direito concede competência à autoridade pública que poderá exercê-la perante o administrado, significando tanto limitação aos direitos do particular quanto às possibilidades de atuação do Estado. Metaforicamente, poder-se-ia afirmar que o Direito dá com uma das mãos o poder para o Estado atuar, limitando o direito do indivíduo social, tirando com a outra, uma vez que limita o uso do poder concedido nos limites e finalidades estabelecidos em lei, ou seja, no interesse da coletividade.

de eliminação da concorrência e de aumento arbitrário de lucros, práticas vedadas pelo último dispositivo constitucional sob enfoque [art. 173, CF]”.

32 “Admitir a imunidade das associações e entidades que congregam produtores e vendedores de bens ou prestadores de serviços seria o mesmo que autorizar a institucionalização do cartel” PA nº 61/92, DOU de 28 de fevereiro de 1996.

33 Wilmer, Cutler & Pickering. nº 36, p. 2 ss.

34 Carlos Ari Sundfeld. Fundamentos de direito público. p. 131 ss.

Estes limites aos direitos das pessoas³⁵ é aplicado de forma excepcional, mas não encontra limitação nos direitos e garantias fundamentais³⁶. O direito à livre associação (art. 5ºXVII, CF) deve ser respeitado na medida em que não implique em desrespeito a outro direito de igual soberania, tal como é o direito à livre concorrência (art. 170, IV, CF).

Além de não poder ter finalidade ilícita, nem sequer caráter paramilitar, as associações civis não podem, seja através de seus estatutos ou como resultado de sua conduta, gerar conseqüências ilícitas.

Não obstante, as associações merecem atenção especial, além de representar a congregação de entes com direitos individuais próprios, representa-os coletivamente em diversos processos judiciais que têm repercussão para todos seus congregados. Exemplo disto é a legitimidade ativa das associações para propor mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b), CF). Por isso, é fundamental a tutela das associações setoriais pois são, indubitavelmente, instrumento de persecução da justiça social.

Destarte, há que se respeitar o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Não há que se fazer qualquer limitação ao direito de livre associação, mesmo entre empresas, mas deve-se observar a subordinação desta associação aos limites estabelecidos pela CF e pela legislação ordinária vigente.

6. ATUAÇÃO DO CADE NA ANÁLISE DE CASOS DE CARTEL ENVOLVENDO ASSOCIAÇÕES SETORIAIS.

Há vasta jurisprudência do CADE sobre condutas envolvendo associações setoriais, notadamente no setor da saúde³⁷. Neste sentido,

35 O termo “pessoas” aqui é usado em sentido amplo, englobando as pessoas naturais, jurídicas de direito público ou privado, de direito ou de fato, todo aquele capaz de assumir direitos e obrigações.

36 “Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados o art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. Alexandre Moraes. Ob. cit. p. 58.

37 PA nº 155/94, DOU de 04 de julho de 1996; PA nº 173/94, DOU de 18 de dezembro de 1996; PA nº 08000.0099797/96-26, DOU de 18 de julho de 1996; e PA nº 08000.0008994/94-96.

ilustrativamente, tomar-se-á como exemplo o PA nº 61/92, DOU de 28 de fevereiro de 1996, que envolveu a Associação Médica Brasileira – AMB.

No referido processo, ficaram estabelecidos e esclarecidos alguns conceitos tratados neste trabalho. Dentre estes conceitos, sobre a questão da dicotomia entre o direito à livre associação e o direito à livre concorrência, a Conselheira Neide Teresinha Malard afirmou que: “O direito de livre associação pressupõe a finalidade lícita, e lícito é aquilo que a lei não proíbe. Não se admite no Estado de Direito, a associação corporativa, protegida pelo Estado e, muitas vezes, por ele organizada para conceder privilégios e monopólios a determinadas categorias ou classes de cidadãos”.

Mais adiante, a Relatora demonstra que a idéia de que somente as práticas comerciais podem inibir a concorrência é equivocada, chegando a afirmar que admitir tal assertiva, imunizando as associações setoriais do alcance da Lei da Concorrência, seria o mesmo que institucionalizar o cartel do Brasil.

Não foi esquecida da análise a questão da compilação de informações relevantes feita pelas associações. Neste sentido, destacou a Conselheira o *relevante papel que desempenham para a melhor performance do mercado, ao disseminarem as necessárias informações do setor produtivo, incrementando as possibilidades de novos negócios (...) tornando o mercado (...) mais competitivo.*

Por outro lado, não se olvidou de frisar o fato de que os associados são concorrentes entre si e que se encontram periodicamente, tendo a oportunidade de compartilhar informações e conversar sobre seus negócios, facilitando, assim, o **acerto de condutas**³⁸.

Demonstrando sensibilidade à utilização da regra da razão, distingue condutas de associações setoriais e afirma: “Não raro, porém, essas associações se afastam dos objetivos de sua criação, para se dedicarem a práticas anticoncorrenciais, como fixação de preços, divisão de mercados e uniformização de condutas, de sorte a restringir [a concorrência] entre os associados, em prejuízo dos consumidores”³⁹.

38 Neste sentido, o ex-Conselheiro Ruy Santacruz votou o famoso PA nº 08000.015337/94-48 (“Cartel do Aço”), afirmando: “Scherer & Ross (op. cit.) também ressaltam o papel freqüentemente representado pelas associações de classe na coordenação de mercados. Segundo esses autores, tão citados pelas requerentes nas suas defesas, “Seus encontros são veículos para acordos sobre preços, volume de produção, participações de mercado, etc.”.

39 Vale mencionar a nota elaborado pelo ex-Conselheiro Ruy Santacruz, no já referido caso do Cartel do Aço, em que afirma: “Ações paralelas de mercado são

Pela amostra acima, nota-se que o CADE se mostra(ou) sóbrio e sensível na análise de condutas concertadas entre empresas. A repressão das infrações à livre concorrência, livre iniciativa etc., conduz ao mercado mais igualitário e competitivo, o que beneficia todos que nele se envolvem (e.g. fornecedores, concorrentes e consumidores).

6. CONCLUSÕES

Primeiramente, constata-se que qualquer argumento tendente a excluir as associações setoriais da aplicação da Lei nº 8.884/94 deve ser afastado por carecer de fundamento lógico-jurídico. Nada diz a referida lei que possa dar embasamento a tal assertiva. Sem embargo, a Lei da Concorrência se utiliza de termos genéricos justamente para evitar exclusão de qualquer forma que produza ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais.

As associações que promovem a congregação entre empresas de mercado específico a fim de desenvolver a indústria e beneficiar o consumidor não podem ser consideradas, *per se*, infrações à ordem econômica. Não obstante, conforme ressaltado na explanação acima, estão aptas a formar cartéis através de encontros camuflados, circulares “indicativas”, estatísticas de preços de fornecedores etc. Podem, portanto, gerar, mesmo que implicitamente, o paralelismo de condutas entre os associados e, com isso, falsear a concorrência.

A legislação brasileira é das mais precisas do mundo, sendo que prevê de forma a abranger a maior parte das práticas infrativas atualmente existentes, deixando brecha para o aplicador da norma poder enquadrar futuras construções jurídico-comerciais que venham a aparecer.

O CADE, assim como o FTC e a Comissão da Concorrência da Comunidade Européia, tem se demonstrado sensível à questão do cartel. As recentes medidas provisórias, apesar de terem objetivos pragmáticos, são demonstração desta tendência. A autoridade norte-americana editou, inclusive, guia para que os administrados pudessem mensurar se suas condutas estariam infringindo as normas da concorrência, iniciativa, sem dúvida, louvável.

Finalmente, tendo em vista que para se caracterizar infração à ordem econômica, independe da existência de dolo, as associações setoriais devem

legais quando refletem condições de oferta e demanda, de custos, ou outras condições de mercado. Nesse sentido, elevações de preços através do paralelismo de conduta numa indústria em períodos de queda de demanda e de custos, por exemplo, seria forte evidência de violação da lei antitruste”.

tomar certas precauções para não correrem risco de sofrerem sanções legais impostas pelo CADE. E, por outro lado, o CADE deve estar atento as atividades das associações setoriais que, em certos casos, funciona como verdadeira “irmandade” entre os concorrentes, buscando, pelo ótica da regra da razão constatar os casos que merecem ser repreendidos.

BIBLIOGRAFIA

BALBINO FILHO, Nicolau. *Contratos de sociedades civis*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBIERI FILHO, Carlos. *Disciplina jurídica da concorrência*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BRIONES, Juan; FOLGUERA, Jaime; FONT, Andrés et al. *El control de concentraciones en la Unión Europea* [O Controle de Concentrações na União Européia]. Madrid: Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.

CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

Conselho Administrativo de Defesa econômica. *Relatório anual de 1997*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.

Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice (Estados Unidos da América). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Estados Unidos da América, 2000.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7 ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Antônio Carlos de. *Crônica de uma situação crônica: a ditadura do mercado*. In: Pesquisa & Debate 9, vol. 7, n. 9, São Paulo: Programa de Estudos Pós-Graduação em Economia Política e do Departamento de Economia da Faculdade de Economia e Administração da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1996.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2 ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. *A política antitruste e o mundo real*. Revista de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Brasília, janeiro a março de 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Handbook of the law of antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1977.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

WHITAKER, Maria do Carmo; INGLEZ DE SOUSA, Ricardo Noronha. *A conduta ética do empresariado brasileiro e os princípios propostos pelo The Conference Board*. In: *Second ISBEE World Congress – Business, Economics and Ethics*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

Wilmer, Cutler & Pickering. *Competition Law Report No. 35*. [Relatório da Lei da Concorrência nº 35]. Bruxelas: Wilmer Cutler & Pickering, 1º de abril a 30 de junho 1998.

_____. *Competition Law Report No. 36*. [Relatório da Lei da Concorrência nº 36]. Bruxelas: Wilmer Cutler & Pickering, 1º de julho a 30 de setembro 1998.

EXTRATERRITORIALIDADE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Cintia Gonzaga Alves

INTRODUÇÃO

Os Estados, ao aplicarem suas legislações, procuram fazê-lo tomando por base alguns princípios. Ponto pacífico sempre foi o princípio da territorialidade, por decorrer imediatamente da soberania estatal, pelo qual o Estado é competente para legislar e aplicar as normas por ele editadas aos eventos que ocorram nos limites do seu território, envolvendo nacionais ou estrangeiros.

A competência territorial só podia ser afastada por expresse consentimento do Estado ou por adoção de norma internacional admitida por este Estado, preceito adotado pela Constituição Brasileira no seu artigo 5º.

Entretanto, posteriormente, o alcance territorial da legislação nacional começou a apresentar-se, em alguns casos, insuficiente, surgindo, com isso, a questão da extraterritorialidade. Quando um Estado aplica normas de seu ordenamento jurídico a situações ocorridas, total ou parcialmente, no exterior, verifica-se uma aplicação extraterritorial de direito nacional que é justificada em razão de uma ligação fática do evento com o território deste Estado.

Assim, com a pretensão dos Estados em ampliarem o alcance de suas leis, surgiram os princípios da territorialidade subjetiva e objetiva, pelos quais as legislações nacionais passaram a abranger acontecimentos ocorridos parcialmente no exterior e parcialmente no território do Estado.

Pelo critério subjetivista, quando se trata de eventos iniciados em território nacional, porém consumados no exterior, o Estado possui competência para aplicar suas leis aos participantes, uma vez que estes entrem em seu território. Segundo o critério objetivista, o Estado é competente para aplicar a legislação nacional quando o evento tem início fora do seu território, porém consuma-se nele.

Existem ainda outros princípios com alcance extraterritorial que são aceitos, quase que universalmente, como o princípio da nacionalidade, o princípio da universalidade e o princípio da segurança do Estado.

Ainda assim, surgiram casos que não possuíam os requisitos dos princípios abordados acima, o que impedia a aplicação de qualquer um deles.

Conseqüentemente, passou-se a considerar os impactos sofridos no território de um Estado causados por eventos ocorridos no exterior. Segundo esta teoria, chamada teoria do impacto territorial, os Estados são competentes para legislar e conhecer de fatos mesmo que estes tenham ocorrido totalmente no exterior, envolvendo pessoas não nacionais, uma vez que gerem efeitos nos limites do Estado.

No que concerne à defesa da concorrência, a extensão extraterritorial de legislação nacional antitruste tem sua origem no direito americano e no direito europeu, devido à importância assumida por esta legislação frente à situação econômica existente nas décadas de 80 e 90, caracterizada pela “internacionalização das economias nacionais, a transnacionalização das empresas e a intervenção dos Estados nas atividades econômicas”.¹

A mundialização da economia traz como conseqüência a interdependência, cada vez mais acentuada, entre os Estados. Devido à este processo, “aumentam o volume, a natureza e a intensidade do intercâmbio de produtos, matérias-primas, capitais e serviços. As relações comerciais perdem a característica territorial, na medida em que os mercados se ampliam e se intensificam, para atender os mais sofisticados desejos e as mais variadas necessidades dos consumidores. Ampliando-se os mercados, as leis locais tornam-se insuficientes ou inadequadas para reger as novas relações sociais que se estabelecem (...)”.²

O escopo deste trabalho está centrado na questão da extraterritorialidade da legislação de defesa da concorrência, a qual não está sujeita apenas à ordem jurídica de um Estado, estando diretamente ligada ao Direito Internacional. Assim, devem ser consideradas as relações entre países, entre Blocos de países e, ainda, entre o Bloco de países e cada um de seus Estados-Membros.

Tendo em vista a interferência recíproca entre os Estados, a questão que se coloca é saber através de quais princípios esta interferência pode ser controlada e reciprocamente tolerada na manutenção e expansão da economia internacional.

Este estudo dará ênfase ao país de origem da legislação antitruste – os Estados Unidos – e à toda problemática levantada com a aplicação

1 ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A atuação do CADE no Brasil frente ao processo de globalização. Versão preliminar, p. 2.

2 VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. Separata da Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC). São Paulo : IBRAC, v.4, n. 6, 1997, p. 5-6.

extraterritorial desta; à União Européia, como exemplo de integração econômica; ao Brasil e ao Bloco no qual está inserido, qual seja, o Mercosul.

I. A ORIGEM DO DIREITO ANTITRUSTE E DE SUA APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL

Considera-se os Estados Unidos como o berço da legislação antitruste e, justamente neste país, teve origem a extensão extraterritorial desta legislação.

A legislação antitruste tem por fim a proteção da livre competição, fator de grande importância no sistema econômico americano. Embora tradicionalmente defendessem o princípio da jurisdição territorial, os Estados Unidos, além de objetivarem a proteção do sistema competitivo no mercado nacional, aplicando suas leis antimonopólio no âmbito territorial de aplicabilidade das leis, ou seja, nos limites do seu território, passaram também a atribuir a essas leis efeitos extraterritoriais, as quais passaram a abranger acontecimentos ocorridos no exterior, praticados por estrangeiros mas que acabavam acarretando efeitos, diretos ou indiretos, no território americano.

Foi no direito norte americano que surgiu a *effects doctrine*, pela qual o direito nacional é aplicável a acordos celebrados no exterior que produzam efeitos indesejados no território nacional.

Essa doutrina foi desenvolvida a partir da sentença do *Justice Learned*, em 1945, no caso *United States / Aluminium Co. of America* (ALCOA). Neste caso, produtores de alumínio de diversos países formaram um cartel de quotas na Suíça. A empresa americana envolvida não participou diretamente do acordo, no entanto, sua controlada canadense estava entre as empresas que acertaram o cartel.

O fato ocorreu no exterior, entre sociedades não americanas e de acordo com as leis locais não podendo, com isso, suscitar a aplicação do princípio da territorialidade. Todavia, o cartel constituído acarretaria efeitos diretos e substanciais nos Estados Unidos e, por isso, o tribunal americano considerou o fato como violação à sua legislação antitruste.

O *Justice Learned* justificou a aplicação do direito americano da seguinte forma:

“É lei reconhecida ... que todo Estado pode impor responsabilidades, mesmo sobre não súditos, por conduta fora de suas fronteiras, que tenha

conseqüências dentro delas, as quais o Estado proíbe, e estas responsabilidades outros Estados as reconhecerão normalmente”.³

A decisão dos tribunais americanos no caso ALCOA rompe com a jurisprudência existente, calcada no respeito ao princípio da jurisdição territorial e, por isso, gerou muitas críticas, contudo, houve quem concordasse com os tribunais americanos.

II. EXTRATERRITORIALIDADE E SOBERANIA ESTATAL

A principal crítica direcionada à aplicação extraterritorial de legislação antitruste nacional foi por alguns entenderem ser esta aplicação uma violação ao princípio da soberania, pelo qual o Estado exerce em seu território uma jurisdição exclusiva, estando subordinados ao seu direito todos os acontecimentos verificados neste território, envolvendo nacionais ou estrangeiros. Como visto, o princípio da soberania consagra a competência territorial do Estado.

Para que uma decisão tenha efeitos no território de um outro Estado é necessário que este homologue a sentença estrangeira. Se isso não acontecer, a sentença não tem eficácia e não pode ser executada.

Todavia, inevitavelmente, ao ser considerada a crescente internacionalidade das práticas econômicas, conseqüentemente, a competência territorial mostrava-se cada vez mais insuficiente para regular questões que transcendiam as fronteiras dos Estados. A doutrina dos efeitos evidenciava a necessidade de se reestruturar a ordem jurídica internacional, ordem esta nitidamente horizontal, detendo cada Estado igual autoridade para legislar e aplicar normas de direito somente nos limites de seu território. Esta doutrina pretendia demonstrar que a aplicação de normas nacionais a situações ocorridas além das suas fronteiras não contraria, necessariamente, o Direito Internacional.

Não obstante todas as críticas, a aplicação extraterritorial do direito antitruste americano se estendia cada vez mais e foi por isso também que os Estados Unidos procuraram aprimorá-lo, definindo claramente os limites à sua jurisdição. Assim, afastaram de sua competência os eventos restritivos da

3 FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 27. “It is settled law ... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its border that has consequences within its borders which the state reprehends”.

concorrência que tenham origem não na decisão autônoma das empresas envolvidas, mas em ato de autoridade de um outro Estado. A justificativa para esta limitação não é uniforme, alguns a baseiam no interesse da política externa do país, outros no costume internacional. Três teorias merecem ser citadas, como se passa a expor a seguir.

A primeira é a *sovereign immunity doctrine*, que defende que quando um Estado estrangeiro participa diretamente do processo e os atos em questão são considerados *acta jure imperii*, os outros Estados não possuem competência para decidir ou para executar esta decisão.

A *act of state doctrine* nega competência aos tribunais americanos para conhecerem de atos de soberania de outro Estado.

A *foreign sovereign compulsion doctrine* limita a competência dos tribunais americanos, ainda que envolvidas apenas pessoas de direito privado, uma vez que seus atos sejam derivados de uma imposição de Estado estrangeiro. Nestes casos, mesmo não participando diretamente do processo, o Estado possui atitude decisiva para o desenvolvimento do mesmo.

Todavia, isto não significa que em qualquer situação envolvendo um Estado estrangeiro a competência dos tribunais americanos é afastada. Para que isso ocorra, o ato estatal deve ter natureza cogente, representando uma ordem ou uma proibição e não apenas permitir ou incentivar a prática restritiva.

Algumas transformações, no entanto, puderam ser percebidas, posteriormente, com relação à versão original da *act of state doctrine*, quando esta teoria foi sendo interpretada em proveito da política externa dos Estados Unidos. A esta violação através da avaliação dos interesses interno e externo conflitantes, convencionou-se chamar de teoria do *conflict of Laws*, acarretando a aplicação extraterritorial do direito antitruste americano quando, pelo princípio da soberania do outro Estado, seria a mesma contestada. Esta nova tendência gerou protestos de outras nações, causando até mesmo conflitos diplomáticos.

O mesmo aconteceu com a *foreign sovereign compulsion doctrine*, passando-se a afastar a competência dos tribunais americanos quanto à práticas anticoncorrenciais quando, embora não havendo coação de outro Estado estrangeiro, este alegasse algum interesse que poderia ser afetado pela aplicação extraterritorial da legislação antitruste norte-americana.

Apesar destas distorções, mister se faz ressaltar que foram os tribunais americanos os primeiros a estabelecer limitações à sua competência extraterritorial, o que viria a influenciar, mais tarde, ordenamentos jurídicos de outros Estados.

III. A UNIÃO EUROPÉIA E O DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

Em se tratando da União Européia, não há que se falar mais em soberanias nacionais como poderes máximos e independentes na ordem internacional. Quando os Estados-Membros decidiram integrar este bloco, eles renunciaram a uma parcela de suas soberanias em prol dos objetivos comuns daquele, que são da responsabilidade de suas instituições: o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão e o Tribunal de Justiça.. Com isso, a extraterritorialidade é vista sob um outro ângulo, tendo a doutrina dos efeitos uma maior aceitação.

O Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, o qual instituiu a Comunidade Econômica Européia, regula a defesa da concorrência na União Européia, porém, não indica expressamente o âmbito de aplicação destas normas.

O entendimento do Tribunal de Justiça está assentado no sentido de que “o fato de que um ou mais dos participantes de um cartel estarem sediados fora do território da comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência da CEE se o efeito do acordo restritivo da concorrência produzir-se no território do mercado comum europeu”.⁴

A jurisprudência consagra o princípio da produção de efeitos restritivos da concorrência e, assim, o direito comunitário da concorrência abrange também terceiros países. Outro princípio adotado é o chamado princípio da restrição sensível da concorrência, pelo qual a lei antitruste comunitária não é aplicada se o acordo ou a prática concertada não afeta de maneira relevante o comércio da União Européia.

Mister se faz analisar o limites estabelecidos para esta aplicação extraterritorial:

- medidas tomadas de acordo com tratados comerciais da União Européia com terceiros países dizem respeito à política de comércio exterior, estando imunes à aplicação do artigo 85 do Tratado de Roma;
- medidas impostas aos empresários estrangeiros pelas autoridades de seus países afastam a aplicação do artigo 85;
- medidas resultantes de acordos entre empresários estrangeiros, sujeitas à aprovação das autoridades de seus países, estão sujeitas ao artigo 85,

4 FARIA, José Ângelo Estrella. Idem, p. 40.

visto que neste caso os empresários gozam de liberdade para concretizar ou não o acordo;

- medidas resultantes, exclusivamente, de acordos celebrados apenas entre empresários estrangeiros ou após entendimentos com seus concorrentes europeus, à estas também é aplicável o artigo 85.

Verifica-se que só estão excluídas as práticas restritivas da concorrência que, apesar de produzirem efeitos nos limites da União Européia, derivarem de ato de autoridade de um terceiro Estado.

O direito comunitário europeu optou pela implantação de um tribunal comum supranacional, sendo assim, as regras do Tratado de Roma coexistem com as regras de concorrência do direito nacional dos Estados-Membros e, para solucionar possíveis conflitos entre estas regras, são apresentadas duas teorias.

A primeira teoria é da exclusão recíproca ou da barreira única, que considera prioritário o direito comunitário, tendo o direito nacional incidência apenas em situações nas quais as práticas restritivas tenham caráter interno.

A segunda teoria é do concurso ou da barreira dupla, que sustenta serem os direitos comunitário e nacional autônomos, podendo, inclusive, serem cumuladas suas sanções, pois o primeiro ocupa-se do comércio entre os Estados-Membros, enquanto o segundo preocupa-se com o mercado interno.

O Tribunal de Justiça defende que não existe exclusão de uma esfera jurisdicional, podendo haver o cúmulo de processos e de sanções, sendo possível, ainda, que se tratando de comércio intracomunitário, as autoridades competentes dos Estados-Membros sejam chamadas a participar da condução dos processos e da execução das decisões.

Deve-se ressaltar a autonomia, o efeito direto e a primazia do direito comunitário e, por isso, as autoridades nacionais não podem considerar lícitos comportamentos proibidos por este direito, no entanto, nada impede que determinada prática seja proibida pela legislação de um Estado-Membro e não pelas regras de concorrência comunitárias.

É necessário que sejam verificados alguns pressupostos para que reste caracterizado que o comércio entre os Estados-Membros sofreu alguma mudança, quais sejam a efetividade ou probabilidade desta alteração, com ocorrência de dano potencial, e o grau da mesma. Para que sejam aplicados os artigos 85 e 86 do tratado de Roma, a probabilidade do dano deve ser devidamente demonstrada, assim como deve estar evidente que a restrição pode influenciar sensivelmente o comércio intracomunitário.

De acordo com o Regulamento (CEE) n.º 4064/89, são igualmente aplicadas as regras previstas no Tratado de Roma quando “... o volume dos negócios realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5 milhões de ecus”⁵, ou ainda se “... o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus”⁶, situações nas quais considera-se como comunitárias as dimensões das operações.

IV. A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Até a promulgação da Lei n.º 8884/94, atual lei brasileira de proteção à concorrência, vigorava a Lei n.º 8158/91 que, apesar de introduzir alterações na legislação brasileira de defesa da ordem econômica, manteve em vigor a Lei n.º 4137/62.

A Lei n.º 4137/62 não tratava expressamente da possibilidade de sua aplicação extraterritorial. No entanto, posteriormente, até mesmo o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – começava a aceitar e a desenvolver, ainda que de forma embrionária, a doutrina dos efeitos. E foi com fundamento nesta doutrina que o Conselho justificou a exigência para apreciação da fusão dos grupos BBC – Brown Boveri e ASEA, com a qual seria criada uma subsidiária comum no Brasil.

Esse caso demonstra que “o fundamento implícito da decisão do CADE sujeitando a registro a fusão das filiais é a premissa de que a lei brasileira é aplicável a quaisquer acordos que afetem a concorrência no território nacional, independentemente de onde tenham sido eles celebrados”.⁷

Com a Lei n.º 8884/94, a legislação brasileira de defesa da concorrência evolui substancialmente. No que diz respeito ao seu âmbito de aplicação, deixa claro o posicionamento assumido pelo Estado e dispõe:

“Art. 2º: Aplica-se esta lei, sem prejuízos de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

5 VAZ, Isabel. Op. cit., p. 10.

6 VAZ, Isabel. Idem, ibidem.

7 VAZ, Isabel. Idem, p. 4.

Além do princípio da territorialidade, a lei de defesa da concorrência brasileira consagra expressamente a doutrina dos efeitos. Pela Lei n.º 8884/94, também as infrações cometidas fora do país, que produzam ou possam produzir efeitos relevantes no território nacional, devem ser submetidas aos órgãos de defesa da concorrência brasileiros.

A lei n.º 8884/94 abrange, ainda, comportamento anticoncorrencial cometido no exterior, por empresa sediada no exterior que, porém, possua algum vínculo com o Brasil, conforme disposto no seu art. 2º:

“Parágrafo único: Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.”

O vínculo previsto pela lei, não se refere à empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, podendo ser caracterizado por qualquer uma das formas elencadas no parágrafo único citado anteriormente, medida justificável com base no princípio da isonomia, visto que foi abolida da Constituição Federal Brasileira a disposição que trava diferenciadamente as empresas estrangeiras.

O importante é que a empresa estrangeira exerça algum controle sobre a entidade nacional. O controle deve ser de tal intensidade que o prolongamento da empresa estrangeira no Brasil “**não tenha autonomia de decisão econômica**”⁸, não podendo agir independentemente no mercado. Para isso a empresa estrangeira não precisa ser, obrigatoriamente, proprietária da entidade nacional.

Vale ainda ressaltar que o parágrafo único do artigo 2º da Lei n.º 8884/94 não possui qualquer intuito restritivo, ou seja, todo comportamento de empresa estrangeira, mesmo que esta não tenha existência legal no Brasil, que produza ou possa produzir efeitos no país, deve ser contemplado pela legislação nacional. É apenas uma questão de facilidade o fato de existir uma extensão da empresa estrangeira em território nacional, estando esta extensão autorizada a ser notificada e a representar, no processo, a empresa localizada no exterior.

A justificativa para esta aplicação extraterritorial da legislação brasileira é ser o direito da concorrência um direito de mercado, que tem como objetivo garantir a harmonia da ordem econômica.

8 ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Idem*, p. 12.

V. O MERCOSUL E O DIREITO DE INTEGRAÇÃO

O Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, instituiu o Mercado Comum do Sul – o Mercosul, entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai. Este mesmo tratado implantou neste mercado órgãos intergovernamentais, diferentemente do direito europeu, que optou por um tribunal comum supranacional com órgãos deliberativos e executivos, não possuindo, o Mercosul, uma organização institucional independente.

Devido à não existência de órgãos e normas jurídicas supranacionais, o direito do Mercosul não é considerado, propriamente, um direito comunitário, mas sim um direito de integração, que vem a ser constituído por um conjunto de normas **“derivadas dos tratados celebrados** entre os Estados-Partes, com a finalidade de buscar uma integração regional, por meio da constituição do livre comércio regional, da união alfandegária e/ou, finalmente, da constituição de um Mercado Comum”.⁹

O Tratado de Assunção prevê os objetivos do Mercosul, dentre eles:

“Art. 1º: (...) A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes (...) a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes (...)”.

Portanto, percebe-se, desde logo, a preocupação deste tratado com a defesa da concorrência. Sendo assim, torna-se necessário analisar o âmbito de aplicação do direito concorrencial no Mercosul.

Segundo a Decisão nº 21/94 CMC:

“Art. 3º: São proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos, e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado na produção, processamento, distribuição e comercialização de bens ou serviços, em todo ou em parte do Mercosul, e que possam afetar o comércio entre os Estados-Partes (...)”.

Pode-se perceber a adoção da *effects-doctrine*, oriunda do direito antitruste norte americano, pela qual o direito de um país é aplicado a práticas

9 SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. Op. cit., p. 141-142.

restritivas, mesmo que ocorridas no estrangeiro, uma vez que afetem a concorrência no mercado nacional.

Com a transposição desta teoria para o Mercosul, pode-se afirmar que as normas do direito de integração são aplicadas quando o comércio afetado for aquele entre os Estados-Membros ou quando a prática restritiva causar danos à concorrência, no todo ou em parte substancial, deste mercado regional.

No entanto, quando os efeitos se limitarem ao território de um Estado-Membro, o Protocolo exclui a aplicação das normas de integração e atribui competência a este Estado para regular, internamente, os atos que causaram tais efeitos. Dispõe o Protocolo de Defesa da Concorrência:

“Art. 3º: É da competência exclusiva de cada Estado-Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam”.

Sendo assim, são tratados em âmbito nacional os comportamentos “praticados no território do Estado, por entidade domiciliada no território do Estado, cujos efeitos se restrinjam ao território do Estado”¹⁰. Tais requisitos são cumulativos e, na falta de pelo menos um deles, aplica-se o Protocolo de Defesa da Concorrência.

CONCLUSÃO

Não faz muito tempo que a defesa da concorrência deixou de ser uma preocupação restrita aos países mais desenvolvidos para tornar-se uma questão internacional. Esta modificação pode ser vista como consequência de todo um processo de **“globalização dos mercados e regionalização das estruturas produtivas”**.¹¹

A questão deve ser analisada num contexto de transnacionalização das relações comerciais que colabora para a afetação de mais de uma jurisdição, simultaneamente. Sendo assim, uma prática restritiva da concorrência ocorrida além dos limites territoriais de um Estado, praticada por

10 ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Idem*, p. 15.

11 ARAÚJO JR., José Tavares de; TINEO, Luiz. Integração regional e política de concorrência. Separata da Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC). São Paulo : IBRAC, v. 4, n. 6, 1997, p. 261.

não nacionais deste Estado, pode ser submetida à legislação antitruste deste país, caso produza ou possa vir a produzir efeitos no seu território e, por esta razão, os Estados têm buscado, cada vez mais, meios jurídicos que lhes assegurem seus objetivos de controle.

Devido à sua natureza, as operações transnacionais devem ser apresentadas às agências de concorrência dos países alcançados por seus efeitos. Mister se faz ressaltar o crescente número de agências e o fato das empresas deverem obedecer a formulários e fornecerem documentos diferentes para cada uma delas, o que acarreta-lhes um custo elevado. Some-se a isto a dificuldade de comunicação e cooperação entre as várias agências ao apreciarem uma mesma operação, as quais detêm informações diferentes ou, em algumas das vezes, até interpretam de maneira diversa os mesmos conceitos.

Evidencia-se a necessidade da existência de instrumentos de cooperação institucional entre as autoridades de defesa da concorrência, respeitando, sobretudo, as particularidades de cada legislação nacional, contra o abuso de poder econômico 'globalizado'. Essa harmonização, embora seja um processo cauteloso e muito trabalhoso, constitui fator de grande relevância para a atenuação dos conflitos de jurisdição entre os Estados.

Como exemplo de cooperação internacional, pode ser citado o acordo realizado entre os órgãos brasileiros (CADE, SDE e SEAE) e os dos Estados Unidos (*Federal Trade Commission* e Departamento de Justiça), em julho de 1999.

Ainda é precipitado falar em uma uniformização total, na existência de um código internacional de defesa da concorrência, uma vez que ainda não existe uma estrutura internacional que permita sua implantação. Todavia, dando prioridade e incentivando o intercâmbio entre os órgãos de defesa da concorrência, ainda sem profundas alterações nas legislações nacionais, começa a ser traçado um caminho que segue em direção à uma uniformização das leis de proteção à concorrência e, o que hoje ainda é improvável, tende a tornar-se necessário e indispensável.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A atuação do CADE no Brasil frente ao processo de globalização*. Versão Preliminar.

ARAÚJO JR., José Tavares de; TINEO, Luiz. *Integração regional e política de concorrência*. Separata da Revista do Instituto Brasileiro de

Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC). São Paulo : IBRAC, v. 4, n. 6, 1997.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo : RT, 1997.

CASELLA, Paulo Borba. *Dimensão constitucional da Integração Econômica*. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, a. 31, n. 122, abril / junho 1994 a.

CASELLA, Paulo Borba. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, a. 31, n. 121, janeiro/março 1994 b.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

COSTA, Carlos Jorge Sampaio. *O código de conduta das empresas transnacionais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico: jurisprudência anotada*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação extraterritorial do direito da concorrência*. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, a.27, n.105, janeiro / março 1990.

FARIA, Werter R. *Simpósio concorrência no Mercosul*. Separata da Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC). São Paulo: IBRAC, v. 1, n. 3, 1994.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PABST, Haroldo. *Mercosul: direito da integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à nova lei antitruste*. Curitiba: Juruá (Ed.), 1994.

REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO: relatório anual 1998/1999 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília: CADE, 1998.

SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da. *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo. *Defesa da concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTr., 1998.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Isabel. *Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade*. Separata da Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC). São Paulo: IBRAC, v.4, n. 6, 1997.

VAZ, Isabel. *O contexto jurídico constitucional do Mercosul*. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 31, n. 122, abril/junho 1994.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS E DE SEUS DIRIGENTES E ADMINISTRADORES POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Antonio Carlos Machado

INTRODUÇÃO

O fim a que se propõem as companhias e sociedades deve ser lícito, sob pena de responsabilidade civil (ou mesmo penal) da pessoa jurídica ou do sócio, dirigente ou administrador.

A responsabilidade civil é um dos mais importantes capítulos do Direito. No dizer de Josserand, seu estudo tende a ocupar o centro do direito civil. Basta verificar os repertórios de jurisprudência para se verificar a importância do tema no direito contemporâneo.

Nas sociedades primitivas, a reparação do dano resumia-se na retribuição do mal pelo mal, de que era típico exemplo a pena de talião, olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, por ferro será ferido. Foi a Lex Aquilia que introduziu os primeiros alicerces da reparação civil. A teoria da responsabilidade civil progrediu com base na culpa, vale dizer, no princípio de que a reparação somente pode ser atribuída se houver falta moral por parte do agente

A teoria da responsabilidade civil tem conhecido, no Brasil e em outros países, uma rápida evolução para incluir e disciplinar condutas geradoras de risco ao bem estar da sociedade e dos cidadãos, sem necessidade de comprovação de culpa na prática de atos ilícitos.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras leis especiais, já prevê a responsabilidade objetiva do fabricante pelo fato do produto ou serviço que venha causar dano ao consumidor. Na mesma esteira, a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê a responsabilidade objetiva e solidária das empresas e de seus dirigentes pelas práticas que reputa como ilícitas e prejudiciais à ordem econômica

PARTE I. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994 (art. 15)

1. As pessoas jurídicas de direito público e privado

No que se refere aos sujeitos, a Lei n. 8.884/94 aplica-se “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam regime de monopólio legal” (art. 15).

Inicialmente, refere-se a lei às pessoas físicas. Assim, também os sócios, empresários e administradores de pessoas jurídicas têm seus atos disciplinados, no que tange à regulamentação legal da concorrência e da livre iniciativa.

As pessoas físicas dos sócios não se confunde com a pessoa jurídica da qual faz parte (art. 20 do Código Civil). Destarte, objetiva a norma supracitada evitar que o sócio ou administrador se esconda sob o escudo da sociedade para praticar atos atentatórios contra a livre concorrência.

A lei aplica-se tanto à sociedade civil como à sociedade comercial. A diferença entre ambas não está no objetivo do lucro. Embora seja da essência de qualquer sociedade comercial a percepção de lucros também existem sociedades civis que buscam o lucro, tais como as sociedades de advogados e as corretoras de imóveis, as cooperativas etc .

O roteiro para diferenciar uma pessoa jurídica de direito privado não estatal como sociedade civil ou comercial será o seu objeto. Portanto, a diferença entre sociedade civil e comercial está no seu objeto, seja ele uma atividade civil ou uma atividade comercial. A sociedade por ações será sempre comercial, ainda que seu objeto seja civil.

As sociedades civis e as associações também são abrangidas no campo de aplicação da lei sobre prevenção das infrações contra a ordem econômica. Visa-se aqui colocar sob a égide da lei as associações de empresas, que podem exercer forte pressão e controle do mercado, como por exemplo a ABIFARMA. As associações e seus dirigentes podem, portanto, ser responsabilizados por infrações contra a ordem econômica.

Interessante observar que a lei se refere não só às pessoas físicas ou jurídicas, mas também às “entidades”. Uma entidade pode constituir um sujeito de direito, mas não pode ser confundida com a pessoa. Determinadas entidades não são consideradas pessoas, tais como a massa falida, o condomínio horizontal, o espólio,. Todavia, essas entidades são consideradas sujeitos de direitos.

O que diferencia um sujeito de direito despersonalizado de um personalizado é a prática de atos jurídicos. Os sujeitos de direito

despersonalizados só poderão praticar os atos que forem expressamente autorizados por lei. As pessoas podem praticar qualquer ato jurídico que não seja proibido.

A personalização das sociedades comerciais traz conseqüências: titularidade negocial, titularidade processual e responsabilidade patrimonial. A sociedade tem titularidade negocial, ou seja, quando ela realiza negócio jurídico, embora faça pelas mãos de seu representante legal, é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito, que assume um dos pólos da relação negociação. A pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo, tem capacidade para ser parte processual.

Em conseqüência ainda de sua personalização, a sociedade tem patrimônio próprio que não se confunde ou se comunica com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Em regra, os sócios não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente quando o patrimônio social for exaurido na insolvência do passivo das sociedades é que, em determinadas hipóteses, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade. A presente lei, como será visto oportunamente, constitui uma exceção a esta regra.

A sociedade tem origem no acordo de vontades. É o contrato oral ou escrito que gera a pessoa jurídica. Para a maioria da doutrina, somente com o registro na junta comercial, é que tem início a personalidade jurídica da sociedade comercial. A sociedade irregular, ou seja, aquela que não é registrada, é considerada uma entidade despersonalizada. Em conseqüência, os sócios podem ser responsabilizados diretamente pelas obrigações sociais, mesmo que a sociedade possua em seu patrimônio bens para honrar suas obrigações. Outra parte da doutrina, no entanto, entende que a sociedade e regular tem personalidade jurídica.

Pouco importa, para os fins de aplicação das normas da Lei n. 8.884/94, que se trate de sociedade irregular, também ela está sujeita à responsabilidade civil por atos contra o ordem econômica. O mesmo sucede com as empresas que exerçam atividade sob regime de monopólio legal, como por exemplo, a Petrobrás.

Examinadas as pessoas sujeitas à disciplina legal da lei ora em comento, cabe estudar, resumidamente, as condutas tipificadoras de infração contra a ordem econômica.

2. As infrações da ordem econômica

Constituem infrações da ordem econômica os atos que tenham por efeito a limitação ou o dano à livre concorrência e à livre iniciativa; a dominação do mercado relevante de bens ou serviços; o aumento arbitrário de lucros e o exercício abusivo de posição dominante. Ainda que tais objetivos não sejam efetivamente alcançados, está caracterizada a infração com a simples tentativa. Não obstante, em algumas hipótese, como é o caso do *dumping*, exige-se o prejuízo à concorrência para caracterização do ato infracional.

Esses atos podem ser praticados sob qualquer forma e o art. 21 da lei supracitada exemplifica uma série de condutas que tipificam atos atentatórios da ordem econômica.

De fato, o rol do art. 21 é meramente exemplificativo e não limitativo, conforme se deduz do *caput*: “*As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipóteses previstas no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica...*”. A seguir, são elencadas dezenas de condutas que podem resultar em danos à livre concorrência e ao livre mercado, além do aumento abusivo de lucros e abuso de posição econômica.

Dentre outras condutas, podemos citar a fixação concertada de preços e condições de venda; a divisão do mercado e limitação ao seu acesso por parte de outras empresas; discriminação de clientes e fornecedores; *dumping*; contrafação; interrupção da produção; etc.

Não é objetivo do presente trabalho examinar as hipótese de infração à ordem econômica. Importa, entretanto, salientar que para a tipificação das condutas infracionais não se perquire da culpa. Basta a ação espontânea e consciente tendente a causar os efeitos descritos no art. 20 para se falar em responsabilidade do agente pela reparação dos danos.

Destarte, estamos diante de responsabilidade objetiva, como será visto a seguir.

PARTE II. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

1. A responsabilidade objetiva

Com o progresso das relações sociais, apenas a teoria da responsabilidade subjetiva mostrava-se insuficiente para regular e satisfazer as novas demandas sociais. A teoria da responsabilidade civil subjetiva foi

colocada pelo *Code Napoleon*, baseado na lição de Pothier segundo a qual todo fato humano culposo sujeita o culpado a indenizar a vítima.

Com a evolução da sociedade e da tecnologia, a teoria subjetiva ou da culpa mostrou-se insatisfatória para a disciplina das novas relações jurídicas daí surgidas. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram a necessidade da formulação de uma nova teoria da responsabilidade civil, baseada no risco inerente à algumas atividades humanas.

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre um e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuricidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação da ocorrência do evento e se dele emanou prejuízo. Ocorrendo o evento danoso, o autor do fato é o responsável.

Surgiu então a teoria da responsabilidade objetiva, que se apresenta sob duas faces no direito moderno: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

A primeira é fundada na aferição dos riscos da atividade desenvolvida e nas obrigações dela oriundas. Não se discute a existência de culpa. Basta o evento danoso e o nexos causal com o resultado para surgir a obrigação de reparação do dano. Ao agente cabe o ônus de provar fato fortuito ou força maior. O agente deve ser responsabilizado não só pelo dano causado por culpa sua, como também pelo exercício de sua atividade que venha causar dano a alguém.

Nosso ordenamento jurídico manteve-se fiel à teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, prevê também a responsabilidade objetiva, como por exemplo nas relações de consumo, na responsabilidade do Estado, nos casos previstos no Código Brasileiro do Ar e no Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à responsabilidade da empresa e de seus dirigentes pelas infrações contra a ordem econômica, seguindo a moderna tendência do direito, também se aplica a teoria da responsabilidade objetiva.

Com efeito, o art. 20 da Lei n. 8.884/94 dispõe que os atos que prejudiquem a livre concorrência, impliquem na dominação do mercado ou no aumento arbitrário de lucros, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa (grifo nosso).

Portanto, verificada a infração contra a ordem econômica, vale dizer, a limitação da livre concorrência ou livre iniciativa, o aumento

arbitrário de lucro e a dominação de mercado relevante de bens e serviços, não há necessidade de comprovação da culpa da empresa ou de seu dirigente para a obtenção da reparação de danos. Basta a demonstração da conduta, do resultado danoso e do nexos causal entre a conduta da empresa e o resultado.

2. A responsabilidade solidária

Nas Institutas de Justiniano, eram enumeradas quatro fontes da obrigação: o contrato, o delito, o quase-contrato e o quase-delito. O contrato é fonte de obrigação porque a avença entre as partes cria um liame entre elas, de modo que uma ou ambas se comprometem a realizar uma prestação. O delito é fonte da obrigação porque a pessoa que intencionalmente causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. O quase-contrato é o ato humano lícito que quase se equipara ao contrato, embora não provenha de um acordo de vontades (ex. gestão de negócios e repetição de indébito). O quase-delito é a negligência, imprudência e imperícia..

Pothier acolhe a fórmula das Institutas, acrescentando uma outra fonte que é a lei. O Código Civil brasileiro contempla três fontes de obrigações: o contrato, a declaração unilateral da vontade e o ato ilícito. Washington de Barros Monteiro sustenta que muitas obrigações não derivam destas fontes. Silvio Rodrigues classifica as obrigações da seguinte maneira: obrigações que tem por fonte imediata a vontade humana (contratos e declaração unilateral de vontade); obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito (dolo ou culpa) e obrigações que têm por fonte direta a lei (prestar alimentos, reparar o prejuízo causado em caso de responsabilidade objetiva).

Na hipótese da responsabilidade da sociedade e seu seus dirigentes, a obrigação surge em decorrência da Lei n. 8.884/94 que, como vimos, estatui a responsabilidade objetiva das pessoas físicas e jurídicas pelas infrações contra a ordem econômica.

Aliás, a solidariedade não existe apenas entre a sociedade e as pessoas físicas dos sócios, dirigentes ou administradores, mas também entre a empresa e as demais pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico (art. 17 da Lei n. 8.884/94).

Como “dirigentes” e “administradores” devem ser entendidos aquelas pessoas que efetivamente possuem poder de mando, de gerência da empresa. São as pessoas que decidem a estratégia a ser seguida pela sociedade na busca de seu objetivo social. Pouco importa, portanto, que elas sejam sócias ou não da empresa.

A obrigação pela reparação do dano à ordem econômica, destarte, é solidária e constitui exceção à regra de que cada devedor responde apenas pela sua parte na obrigação. Em vez da obrigação se dividir em tantos quantos forem os sujeitos, continua enfeixada num todo, podendo cada um dos credores exigir, do devedor comum, a totalidade da prestação; ou devendo cada um dos vários devedores pagar ao credor comum a dívida integral. (art. 896 do CC).

Havendo, por exemplo, infração da ordem econômica a prejudicar terceiro concorrente, este pode pleitear indenização tanto da pessoa jurídica, quando de qualquer um de seus dirigentes e administradores. Neste caso, a solidariedade seria passiva.

De fato, na solidariedade passiva, o credor tem o direito de exigir a dívida integral de cada um dos devedores. Em tese, cada um dos credores tem direito a uma parte da obrigação e cada um dos devedores tem o dever de pagar uma parcela do total. Mas, por força da solidariedade, o credor pode reclamá-la por inteiro.

Assim, a solidariedade constitui um modo de alterar a feição das obrigações com pluralidade de sujeitos ativos ou passivos, pois promove a reunião, em uma só, de relações jurídicas autônomas. A solidariedade é um caso de comunhão da relação obrigatória.

2.1. Conseqüências da solidariedade

Quando não existe solidariedade ativa, a insolvência do devedor após Ter pago parcialmente um dos credores deve ser suportada pelos outros, já que são várias as relações jurídicas e uma não afeta a outra. Mas se existir a solidariedade ativa, o pagamento parcial efetuado a um dos credores deve ser rateado a todos.

Se o devedor não solidário se tornar insolvente, o credor sofre a perda, pois não pode reclamar dos outros co-devedores o pagamento do quinhão devido pelo primeiro. Se houver solidariedade, pode o credor escolher um ou alguns dos devedores para pagar a dívida integral. Assim, pouco importa e um ou alguns dos devedores é insolvente.

Como a obrigação solidária se constitui pela fusão, numa só, de várias obrigações individuais e autônomas, não pode um dos devedores agravar a situação dos demais. Assim, fixado o valor da indenização, se a pessoa jurídica causadora do dano à ordem econômica avençar com o concorrente prejudicado o aumento dos juros ou a abreviação do termo do vencimento, os demais devedores solidários (v.g. administradores da

sociedade) não ficam vinculados a tal ajuste, pois este devedor não pode modificar obrigação de outrem, que é autônoma, embora sujeita à solidariedade (a obrigação individual não perda a autonomia com a solidariedade – art. 907).

Da mesma forma, se o credor remitir a dívida há o fim da relação jurídica, de forma que não pode cobra-la de outros devedores solidários. O credor pode ainda renunciar à solidariedade em relação à pessoa jurídica e a todos os administradores, ou em relação a apenas um ou alguns desses co-obrigados. Se a renúncia for total, desaparece a solidariedade. Se for parcial, a relação jurídica se biparte, um parte se transforma em obrigação simples, e a outra, remanescente, continua solidária (art. 912).

No caso de inadimplemento parcial (mora) por parte da pessoa jurídica da obrigação assumida em decorrência da infração contra a ordem econômica, o credor pode exigir de todos os devedores (pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico e pessoas físicas) os juros acrescidos, embora estes possam pleitear da primeira o reembolso.

Finalmente, se um dos devedores solidários for compelido a pagar a indenização por inteiro, o que é possível diante da solidariedade, para evitar enriquecimento sem causa, pode voltar-se contra os outros devedores, para exigir a quota de cada um deles (art. 913 do CC).

3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

No nosso ordenamento jurídico positivo está consagrado o princípio da separação entre a pessoa física do sócio e a pessoa jurídica da qual participa (art. 20 do Código Civil). O patrimônio do sócio, em princípio, não pode ser alcançado por dívidas e obrigações da sociedade.

Não obstante, em determinadas hipóteses, pode ser desconsiderada a pessoa jurídica para que os bens dos sócios respondam diretamente pelas obrigações perante terceiros.

O nosso Direito, em várias situações, objetivando coibir os abusos e fraudes praticados através da pessoa jurídica, impõe determinadas regras, sem prejuízo da autonomia da pessoa jurídica, responsabilizando solidária ou subsidiariamente os sócios.

Contudo, como lembra Fábio Ulhoa⁹¹, “*somente ocorrendo uma ocultação de uma pessoa atrás da personalização de um ente moral, para se furtar ao cumprimento de uma obrigação legal ou contratual dele próprio, é que se torna viável cogitar-se da desconsideração*” (COELHO, Fábio Ulhoa. “Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Ed. RT, São Paulo, 1989).

Se ocorrer qualquer outro ato praticado com excesso de poderes por parte de um administrador, gerente ou sócio, existem outros meios encontrados na legislação para sancioná-los, e neste caso não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica. O mesmo se diz de má administração por parte de qualquer administrador da sociedade.

Assim, conforme a maioria dos doutrinadores, só poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica quando o sócio, administrador ou gerente tiver agido com abuso de direito ou fraude, utilizando o nome da pessoa jurídica em benefício próprio. Neste caso, pelo fato de o instituto pessoa jurídica ter sido usado contrariamente ao seu verdadeiro fim é que a autonomia patrimonial pode ser superada.

Cumpre salientar que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Brasil, vem alcançando cada vez mais espaço na doutrina, sendo vários os enfoques dados ao tema. O primeiro diploma legal a prever expressamente tal teoria foi o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 28 estabelece que:

Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade de pessoa jurídica provocados por má administração.

(...) § 5º.: Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causados aos consumidores.” (grifei)

O motivo que levou o legislador, nas relações de consumo, a abrir exceção à regra que distingue o sócio da sociedade, chamando aquele à responsabilidade por atos praticados em nome desta, é o fato de que, nesse campo, ao Estado interessa tão-somente a efetiva proteção do consumidor, não lhe importando o idealismo ou a simples previsão de responsabilidade⁹⁶.

Em virtude disso, “a expressão ‘poderá desconsiderar’ não encerra em si uma simples faculdade outorgada ao magistrado a ser usada ao seu alvedrio mas, ao contrário, conforme o caso, torna obrigatório ao magistrado chamar à responsabilidade os sócios que estavam na direção da empresa na ocasião da ofensa ao consumidor, sob pena de quebra da escala de valores instituída por ordem legal”⁹⁷

A Lei n. 8.884/94 praticamente reproduziu o dispositivo supracitado ao prever, no seu art. 18, a desconsideração da personalidade jurídica do

responsável por infração da ordem econômica quando houver por parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social; e também em caso de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Na verdade, trata-se de um excesso de zelo do legislador, já que, em se tratando de infração contra a ordem econômica, a pessoa física do dirigente ou administrador é solidariamente responsável à pessoa jurídica, não havendo necessidade prática de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3.1. A Doutrina da despersonalização do ente jurídico e a responsabilidade dos administradores da sociedade:

Importante não haver confusão entre a desconsideração da pessoa jurídica para a coibição de uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da parte de um administrador de sociedade e outros mecanismos de responsabilização. Em termos econômicos, as duas situações são bem distintas e, para que se possa entender bem a diferença, é necessário revermos os pressupostos da teoria da desconsideração.

Em primeiro lugar, não se pode utilizar a teoria do superamento da pessoa jurídica em qualquer caso de dano a um credor ou terceiro, pois *“pode muito bem acontecer de um credor não ver o seu direito satisfeito porque a sociedade devedora não possui bens suficientes para responder pela obrigação, embora os seus representantes sejam titulares de um vasto patrimônio”*⁴⁴. Isso decorre da incidência dos dispositivos legais pertinentes. Para que se possa desconsiderar a pessoa jurídica, há a necessidade de se provar que o dano ocorrido é decorrente de um uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial.

Se inexistir qualquer fraude ou abuso de direito, estaremos diante de uma pessoa jurídica insolvente, sendo o caso, portanto, de decretação de falência.

Assim, se a pessoa jurídica não agiu com ilicitude, se a mesma se encontrar dentro dos limites determinados pelo legislador, merecem ela, os seus integrantes e representantes a tutela garantida pelo ordenamento jurídico, que consiste na separação patrimonial. Salvo diante de expressa disposição da lei, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica somente pode ser ignorada se esta tiver sido utilizada fraudulenta ou abusivamente.

Outro ponto importante a estudar diz respeito à natureza do abuso de direito ou da fraude utilizada que ensejam a desconsideração, pois não é qualquer ato fraudulento ou abusivo, que tenha causado dano a terceiro, que possibilita que o Juiz afaste a norma da separação patrimonial.

Cumpra ainda distinguir a desconsideração da pessoa jurídica e os outros meios existentes de responsabilização do seu administrador.

Em se tratando de direito societário, o administrador, em qualquer ocasião, responderá pela prática de ato ilícito na condução dos negócios sociais e pela eventual má administração dos mesmos. Nestes dois casos, o administrador sempre irá responder por ato pessoal seu, e portanto, a sua responsabilidade será ilimitada. Ou seja, demonstrada a culpa, o dano e onexo causal entre o evento danoso e uma ação ou omissão do administrador, a sociedade, os demais sócios ou terceiros poderão exigir a composição dos prejuízos, nos termos gerais do artigo 159, do Código Civil, que trata da responsabilidade civil.

Quando ocorrer má administração, o administrador é responsabilizado por não ter utilizado, na condução dos negócios sociais, o empenho que um homem honesto, íntegro normalmente emprega para os seus próprios negócios. Se o administrador não agiu do modo como recomenda a ciência da administração, tornando-se imperito em sua função, se disto decorrer dano, ele terá que ressarcir a empresa.

Em ambos os casos acima mencionados - ou seja, o do administrador que administra mal e o do administrador que se comporta ilicitamente - não se encontram os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica. Se o administrador age ilicitamente, sua responsabilização irá se basear em outros postulados jurídicos, ou seja, apesar de a sociedade ter que se responsabilizar perante terceiros de boa-fé, cabe o direito de regresso desta última contra o verdadeiro responsável pelo ilícito, que é o administrador.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, podemos concluir que o direito da responsabilidade civil evoluiu da teoria da culpa, para a moderna teoria do risco.

A atividade desenvolvida pelas empresas modernas podem trazer danos para a sociedade. Os prejuízos podem ser decorrentes de condutas atentatórias da ordem econômica, praticadas pelas pessoas jurídicas, por

grupos econômicos, por associações de empresários ou mesmo por pessoas físicas que se encontrem na direção destas empresas.

A Lei n. 8.884/94 representa, pois, um grande passo para a disciplina da concorrência. Não obstante, para sua efetiva aplicação há necessidade de maior conhecimento da lei por parte dos operadores do direito. A dominação abusiva do mercado, o cartel, o *dumping* e notadamente o aumento arbitrário dos lucros por parte das instituições financeiras ainda não são controlados de forma efetiva, causando danos não apenas aos concorrentes, mas sobretudo aos consumidores.

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. “Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica. Ed. RT, São Paulo, 1989.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVIO RODRIGUES. *Curso de Direito Civil – Obrigações*. São Paulo: Saraiva.

AS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS E SUA POSSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EM PROL DAS EFICIÊNCIAS

Denis Alves Guimarães

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, que tem como tema genérico a defesa da concorrência, optou-se pela análise de um tema mais restrito, que é *As Práticas Anticoncorrenciais e sua Possibilidade de Autorização em Prol das Eficiências*.

Referida opção deu-se tanto pela dificuldade que se apresentaria na produção de um trabalho de tamanho limitado com um tema tão amplo quanto pelo próprio interesse na reflexão sobre um tema tão importante quanto este que se apresenta, dado que sua análise é crucial quando do processo de aplicação e interpretação das regras jurídicas - notadamente da Lei 8884/94 - a um caso concreto e, portanto, à defesa da concorrência de forma geral.

A importância do referido tema reside justamente no problema prático que surge quando da necessidade de apreciação de um ato de concentração, em que é função do órgão julgador fazer uma análise econômica e jurídica das conseqüências da autorização ou proibição de tal ato.

Nesse momento, é muito grande a responsabilidade, no caso brasileiro, do CADE, que, se tomar uma decisão demasiadamente cautelosa no sentido de zelar pela proteção do princípio da livre concorrência de forma irreduzível, poderá estar privando o mercado da obtenção de diversas eficiências. Por outro lado, ao fazer uma análise um tanto negligente dos possíveis efeitos nefastos à concorrência que determinado ato de concentração poderá ocasionar, o CADE poderá estar endossando uma oligopolização indesejada de um mercado, e, conseqüentemente, causando prejuízo aos consumidores e à economia nacional.

Por tudo isso, é o objetivo deste trabalho refletir a respeito das práticas anticoncorrenciais que podem ou devem ser autorizadas pelo CADE, sempre que houver possibilidade de que desses atos resultem a percepção de eficiências pelo mercado.

2. EFICIÊNCIAS

2.1. Eficiência econômica

As leis de defesa da concorrência partem do princípio de que, na maioria das vezes, a concorrência entre os agentes econômicos tende a maximizar o desempenho do mercado, de forma que os produtos tenham um preço de venda próximo ao de custo, bem como que tenham elevada qualidade, beneficiando-se, dessa forma, a massa consumidora, sem onerar a cadeia de produtores.

Nesse contexto, pode-se definir eficiência econômica como a maximização simultânea do lucro do produtor e da satisfação do consumidor¹.

Pode-se dizer, portanto, que a eficiência econômica é o bem jurídico tutelado pelas legislações de defesa da concorrência, ainda que se saiba que sua obtenção é uma utopia. Entretanto, se a aplicação da lei for suficiente para garantir a livre concorrência e a satisfação do consumidor, podemos dizer que seu objetivo já terá sido alcançado.

2.2. As eficiências almeçadas pelo mercado

Se dissemos que a obtenção da eficiência econômica é uma utopia, devido à existência das diversas falhas do mercado e das dificuldades que se apresentam para a aplicação de seus meios de correção, por outro lado, sabe-se que através da livre concorrência é possível atingir diversos tipos de eficiências.

Não obstante sabermos que a livre concorrência geralmente é o meio propício para o alcance das eficiências, muitas vezes pode-se obtê-las justamente devido a um certo sacrifício do regime concorrencial. Por esta razão é que as legislações de proteção à concorrência contemplam hipóteses em que essa restrição é legítima, se o órgão julgador dos atos de concentração, ao analisar um caso concreto, verificar a probabilidade da obtenção de eficiências que não estão sendo alcançadas, pelo menos com a mesma intensidade, sob o regime concorrencial.

Pode-se diferenciar as eficiências em três tipos: *eficiência inovativa* ou *dinâmica*; *eficiência produtiva* e *eficiência alocativa*.

2.2.1. Eficiência inovativa ou dinâmica

1 Definição de TERRY, Calvani. *Economic Analysis and Antitrust Law*. Second Edition, Little Brown and Company, p. 7, citado por PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, Dissertação de Mestrado, 1999.

A eficiência inovativa é aquela trazida pelas inovações tecnológicas. Nas palavras de José Inácio Gonzaga Franceschini *é o motor do crescimento da oferta real global e, é também o progresso tecnológico a forma mais radical de competição entre as empresas*². Naturalmente, não é preciso mencionar as vantagens concorrenciais advindas para uma empresa cujos produtos encontram-se num estágio superior de desenvolvimento tecnológico.

Este tipo de eficiência é, portanto, o mais importante de todos. Para J. A. Schumpeter, a eficiência inovativa *permanentemente redefine as bases da competição nos mercados*³. Isto porque a tecnologia representa um *concorrente desconhecido* para todas as empresas. Não sabendo quais as inovações tecnológicas que seus concorrentes irão apresentar ao mercado, todas as empresas terão que investir em tecnologia.

2.2.2. Eficiência produtiva

A eficiência produtiva é a produção de bens ao menor custo possível. É, logo após a eficiência inovativa, muito importante, pois, assim como a primeira, *afeta o crescimento do bem-estar futuro, uma vez que os ganhos de produção, a menor custo, são cumulativos*⁴.

2.2.3. Eficiência alocativa

Ainda que seja uma eficiência, e, portanto, desejada pelo mercado, é a menos importante entre os três tipos que se apresentam. A eficiência alocativa é a obtenção do menor preço.

Dizemos que essa modalidade é a menos importante porque *incrementa o bem-estar social apenas circunstancial e marginalmente, não significando necessariamente uma melhoria do bem-estar geral*⁵.

2.3. O confronto entre as eficiências e a proteção da concorrência

2 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. Revista de Direito Econômico, abr./jun., p. 31, 1996.

3 SCHUMPETER, J. A. Capitalism, Socialism and Democracy. 5ª Ed., Londres, Allen & Unwin, 1976. Citado por José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p.31.

4 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 31.

5 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 31.

O problema que se apresenta é que qualquer um dos três tipos de eficiências dificilmente podem ser mensurados com precisão previamente. Em outras palavras, quando da análise dos atos de concentração, o órgão julgador nunca tem **certeza** das eficiências que poderão advir de determinado negócio jurídico, ou seja, muitas vezes não tem certeza se o sacrifício da concorrência será realmente válido.

Deve-se chamar a atenção para o perigo de que os órgãos de proteção à concorrência deixem-se levar por pressões políticas e dêem mais importância, quando da análise de um ato de concentração, às eficiências alocativas, visto que essas geralmente proporcionam uma baixa dos preços imediata, dando uma sensação de satisfação ao consumidor que muitas vezes é apenas momentânea.

Os aplicadores da lei de defesa da concorrência deveriam dar mais atenção às eficiências inovativa e produtiva. Muitas vezes um ato de concentração é obstado pelo órgão aplicador sob o argumento de que haverá aumento dos preços (ineficiência alocativa), pelo menos a curto prazo⁶. Entretanto, esse mesmo ato, a médio prazo, poderia ocasionar o percebimento de eficiências inovativas e produtivas. Verifica-se, portanto, que por causa de uma visão imediatista, os órgãos aplicadores podem acabar prejudicando o bom funcionamento do mercado.

Outro problema a que se deve dar mais atenção é a fraca atuação do órgão aplicador da lei de defesa da concorrência no que concerne à repressão de práticas abusivas pós-concentração em relação ao cuidado que se tem demonstrado na análise dos possíveis efeitos nefastos que o ato concentracionista poderá gerar⁷. Ou seja, muitas vezes há demasiada atenção no sentido de impedir um ato concentracionista, pelo fato de haver projeções de que tal ato, se concretizado, poderá formar uma empresa de posição dominante, em contrapartida, não tem havido o mesmo rigor quanto aos abusos praticados por essas empresas após a concentração, ou por outras empresas que gozam de posição dominante.

6 José Inácio Gonzaga Franceschini, op. cit., p. 32.

7 FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. Tese de Doutorado, 1996, p. 101/102. Obra posteriormente publicada, sob o mesmo título, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O artigo 170 da Constituição brasileira⁸ é o dispositivo normativo central do diploma. Ele prescreve que a *ordem econômica* (devendo aqui esta expressão ser entendida como a ordem econômica fática - a ordem econômica do *mundo do ser*, e não a ordem econômica do *mundo do dever ser*, que é a ordem econômica constitucional - ou seja, a forma de organização dos elementos que compõem a atividade econômica de uma nação⁹) deve ter por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, devendo ser observados alguns princípios, dentre os quais, no âmbito de nossa análise, destaca-se o da livre concorrência.

A melhor leitura do presente dispositivo é aquela que reconhece como objetivo da ordem econômica constitucional brasileira garantir existência digna para todos, sendo que esta deve ser alcançada através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, **através da observância de determinados princípios, entre os quais o da livre concorrência**. Ou seja, resta claro que a concorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, não é um fim, mas sim um meio de se atingir objetivos maiores, a exemplo dos arrolados no *caput* do artigo 170.

3.1. Concorrência-instrumento e concorrência-condição

O entendimento de que a concorrência é "apenas" um meio de se atingir os objetivos da ordem econômica constitucional brasileira (*concorrência-instrumento*) é majoritário. Entretanto, há correntes que propugnam pela defesa da concorrência em si mesma (*concorrência-condição*), por acreditarem que o ambiente concorrencial conduz necessariamente à obtenção das eficiências. Esse segundo grupo entende o direito antitruste como *o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso de poder econômico e a promover*

8 É o teor do art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;"

9 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 40/44.

a defesa da livre concorrência¹⁰. Já os defensores da concorrência-instrumento interpretam o direito antitruste no contexto do direito econômico constitucional, em que, como visto, a defesa da concorrência é um meio de se atingir objetivos superiores. Nesse sentido, é oportuno observar as palavras de Paula Forgioni: *Atualmente, entretanto, quando se coloca o caráter instrumental das normas antitruste, inseridas em um contexto de direito econômico, não se pode deixar de referi-lo como "técnica relacionada à implementação de uma política pública". Daí adotarmos definição um tanto diversa para o direito anitruste, baseada, inclusive, em nossas diretivas constitucionais: "técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência"*¹¹.

Dessa forma, parece-nos mais correto o entendimento de que a defesa da concorrência, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser vista como a defesa da concorrência-instrumento.

4. UM PARÊNTESE SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS EUA - a existência de ilícitos per se e o surgimento da rule of reason

É sabido que os EUA é o país de maior tradição no direito concorrencial, e que a base legal de seu direito antitruste é o *Sherman Act*, promulgado em 1890 pelo Congresso norte-americano. Sua *Section I* estabelecia que: *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*¹². Tendo os juízes norte-americanos feito uma interpretação praticamente literal do texto, verificou-se que a quase totalidade dos contratos comerciais poderiam ser considerados ilícitos. Dessa forma, a *Section I* do *Sherman Act* inviabilizou as concentrações de empresas, fazendo com que a maioria dos atos tendentes à concentração de poder econômico nas mãos de um único agente representasse uma conduta ilícita por si mesma (*per se*), não importando se desse ato de concentração pudessem advir eficiências econômicas para o mercado em geral e para os próprios consumidores.

10 VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. P. 242. Citada por Paula Forgioni, op. cit., p. 54, nota n. 169.

11 Paula Forgioni, op. cit., p. 54, nota n. 169.

12 Redação Original, citada por SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 142, nota n. 2.

Com o passar dos anos, entretanto, impunha-se uma flexibilização do dispositivo legal citado, pois a consideração de inúmeras práticas como ilícitas *per se* acabaria trazendo tantos danos ao mercado quanto a concentração excessiva do poder econômico. Esta é também a opinião de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni: *A condenação, indistintamente, de todas as práticas restritivas da concorrência poderia conduzir a um resultado diametralmente oposto àquele que é constitucionalmente pretendido, na afirmação da livre concorrência. Assim, não se justifica a condenação de tais práticas quando aos prejuízos dela decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela concorrência, corresponderem vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de sorte que essas vantagens sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos*¹³.

Nesse contexto é que surge, nos EUA, a chamada *rule of reason*. Ela tinha como objetivo atenuar o rigorismo com que se analisavam os atos de concentração, através da "inclusão" da palavra *unreasonable* à *Section I* do *Sherman Act*, ou seja, a interpretação passaria a ser a de que seria ilegal qualquer ato que implicasse uma *desarrazoada* restrição ao comércio, e não qualquer restrição ao comércio. No início, os juízes negaram-se a fazer tal interpretação, alegando que ao considerar a "inclusão" de uma nova palavra ao texto legal, estariam suprimindo as funções do Poder Legislativo. Todavia, a necessidade de flexibilização acabou impondo o novo entendimento¹⁴ e, dessa forma, houve uma maior relativização de certas condutas que antes eram consideradas ilícitas *per se*.

5. O DIREITO CONCORRENCIAL NA UNIÃO EUROPÉIA - instrumento de integração

O direito concorrencial da União Européia foi a grande fonte da lei de defesa da concorrência brasileira. O artigo 85 do Tratado de Maastricht, por exemplo, foi base de dois dispositivos importantíssimos da Lei 8884/94, os artigos 20 e 54, que analisaremos no capítulo seguinte.

Os artigos 2º e 3º, alínea *f*, do referido tratado europeu, dispõem expressamente que *a disciplina da concorrência, na Europa, é instrumental*,

13 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites, Lei nº 8.884/94, de 1994, e Lei nº 6.729 ("Lei Ferrari"). Revista do IBRAC, vol. 6-1.

14 A primeira decisão a reconhecer a aplicabilidade da regra da razão é proferida no famoso caso *Standard Oil vs. United States* 221 U.S. 65 (1911). Anotado por Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 142/143, nota n. 5.

*ou seja, ligada aos fins da própria União Européia*¹⁵. Dessa forma, não há qualquer disposição no Tratado de Maastricht que corrobore a interpretação de que a concorrência deve ser vista como um fim em si mesma.

Dentro desse caráter instrumental, o direito antitruste permite a prática de atos anticoncorrenciais, e um dos objetivos perseguidos é o fortalecimento das empresas européias, para que essas possam competir em condições de igualdade com, principalmente, as empresas norte-americanas e japonesas.

Com isso, um grande problema apresenta-se ao direito concorrencial europeu e à própria integração européia, bem como à eficiência de suas empresas, que é o fato de que, aumentando-se a competitividade externa, através da autorização de atos de concentração, reduz-se a competitividade interna, criando-se mercados oligopolizados e diversos prejuízos que a partir daí podem advir para os consumidores.

Portanto, essa é uma equação de solução complexa (dentre as muitas enfrentadas) que desafia a busca da prosperidade da União Européia como um todo.

6. HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA AUTORIZADAS PELA LEI 8884/94

Em primeiro lugar, ao analisarmos o *caput* do artigo 1º, que compõe o Capítulo I (*Da Finalidade*) da Lei 8884/94, verifica-se que esta, a despeito da desnecessidade, visto que todas as normas jurídicas do sistema integram-se aos princípios estabelecidos pela Constituição, deixou de forma expressa sua sintonia com o Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, de nossa carta constitucional, ao estabelecer:

"Art. 1º Esta lei 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."

Dessa forma, resta claro que a lei de defesa da concorrência deve ser interpretada à luz da ordem econômica constitucional brasileira. Com isso, ratifica-se a afirmação de que o direito antitruste brasileiro entende a

15 Paula Forgioni, op. cit., p. 126.

concorrência como um instrumento que visa o alcance de objetivos constitucionais superiores.

Essa premissa é fundamental para que a lei possa ser interpretada e aplicada de forma a trazer a maior quantidade de benefícios ao mercado brasileiro, entendido este como a coletividade de produtores e consumidores.

Para identificar as práticas restritivas da concorrência que podem ser autorizadas à luz da Lei 8884/94, é oportuna a análise do artigo 20 do mesmo dispositivo, que dispõe sobre as condutas que podem constituir infração à ordem econômica.

"Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia¹⁶."

Da análise do presente dispositivo, depreende-se que são condutas ilícitas, independentemente de culpa ou da ocorrência dos efeitos prejudiciais à ordem econômica: prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer posição dominante de forma abusiva.

16 §3º acrescentado pela Lei 9069, de 29 de junho de 1995.

Entretanto, deve-se observar a exceção estabelecida pelo §1º ao inciso II, ou seja, não constitui infração à ordem econômica o domínio de mercado relevante que resultar da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes. Esta disposição é importantíssima, na medida em que, se a conduta de dominar mercado relevante fosse um ilícito *per se*, daí adviriam inúmeros prejuízos à coletividade, pois, se uma empresa exerce essa posição sem abusar de seu poder econômico, isso ocorre porque ela é geradora de diversas eficiências para a coletividade, tais como inovações tecnológicas, mão de obra bem remunerada, alta produtividade e conseqüentes preços baixos.

Na análise de atos de concentração ou de abuso do poder econômico é importante observar o artigo 21 da lei em discussão, visto que este traz um rol exemplificativo de condutas que podem caracterizar infrações à ordem econômica, na medida em que ocorrerem as hipóteses previstas no artigo 20 e seus incisos.

O artigo 54 da Lei 8884/94 (aqui transcrito somente até o §2º, onde limita-se a análise do presente trabalho), que diz respeito às formas de controle de atos e contratos, tem a seguinte redação:

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

§1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços;
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados;

§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos 3 (três) das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da

economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

Da leitura do dispositivo transcrito resta claro que determinados atos de concentração podem ser autorizados pelo CADE, desde que atendam determinadas condições, que estão previstas nos incisos I a IV do §1º. Em primeiro lugar, de acordo com o inciso I, o ato concentracionista deve ter como objetivo a obtenção de pelo menos uma das quatro eficiências descritas nas três alíneas do referido inciso, que são: aumento de produtividade; melhoria da qualidade dos produtos; desenvolvimento tecnológico (eficiência inovativa) e desenvolvimento econômico. Em segundo lugar (inciso II), os benefícios do ato devem ser repartidos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores, isto é, supondo, por exemplo, que haja diminuição dos custos de produção, uma parte dessa economia deve ficar com os consumidores, obviamente através da redução dos preços dos produtos. Em terceiro lugar, o ato não pode implicar eliminação substancial da concorrência no mercado relevante. Finalmente, o inciso IV exige que *sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados*.

Enorme importância para o presente trabalho tem o §2º do artigo 54, pois ele confere um poder de discricionariedade ao CADE no âmbito da análise de concentrações. Alguns autores preconizam que já há poder discricionário nas outras hipóteses em que se admitem práticas de restrição à concorrência, visto que é dado ao CADE o poder de analisar as possíveis eficiências a serem obtidas com a autorização de determinado ato. Esses autores entendem que o §2º do artigo 54 confere-lhes um poder ainda maior, pois, além da análise das eficiências, os conselheiros terão que deliberar ainda sobre o que entendem por *motivo preponderante da economia nacional e do bem comum*.

Realmente o §2º confere um poder discricionário aos conselheiros do CADE, entretanto, a nós não parece haver delegação legal desse poder nas demais hipóteses de autorização de práticas restritivas à concorrência. Isto porque, nestas hipóteses, o trabalho realizado pelo CADE é uma análise econômica que procura mensurar as vantagens que poderão ser trazidas pelo percebimento das eficiências pelo mercado e as desvantagens que advirão da restrição à competição, ou seja, trata-se simplesmente de uma análise econômica.

É inegável que influências políticas poderão alterar o resultado dessa análise, todavia, não se trata de autorização legal, por isso não há poder discricionário.

O mesmo entendimento têm Eros Roberto Grau e Paula Forgioni: *Insista-se em que, no sistema da lei brasileira, o que se tem em vista são condições bem definidas, vinculantes do controle exercido pela autoridade antitruste, e não razoabilidade do prejuízo à concorrência. Aquelas condições é que informam a decisão sobre a autorização [= aprovação] do exercício da prática, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94¹⁷.*

Provavelmente alguns autores interpretam o poder de autorização conferido pelo §1º como um poder discricionário em razão da própria redação do dispositivo: *O CADE **poderá** autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições.* O uso da palavra *poderá* leva à idéia da existência de um poder discricionário. Seria melhor se o legislador tivesse utilizado a palavra *deverá* em seu lugar. Mesmo porque não faria sentido a delegação de um poder discricionário se foram estabelecidas condições para que o ato de concentração possa ser autorizado. Dessa forma, se forem atendidas as condições prescritas na lei, o ato deverá ser autorizado.

Se houvesse delegação desse tipo de poder discricionário, poderia falar-se em violação ao princípio constitucional da igualdade, por mais que fosse difícil provar que a decisão proferida pelo CADE teria o sido com abuso de poder, visto que, como dito, a decisão é precedida de rigorosa análise econômica.

No sentido de repudiar a existência de poder discricionário no âmbito do §1º do artigo 54, posição muito mais contundente é a de José Inácio Gonzaga Franceschini: *Conclui-se, assim, que quando o §1º do art. 54, citado, estabelece que "o CADE **poderá** autorizar" os atos de concentração de que trata o caput do dispositivo, a expressão não pode ser considerada como ensejadora de controle, pelo Estado, da atividade econômica ou da conduta empresarial (função banida pela Constituição vigente). Na realidade, a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido a contrario sensu: o Estado, no exercício de seu poder-dever de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência **não pode deixar de aprovar** o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no §1º e não o inverso¹⁸.*

7. CONCLUSÃO

17 Eros Roberto Grau; Paula Forgioni, op. cit.

18 Op. cit., p. 36.

Diante de todas as reflexões desenvolvidas, tem-se, em primeiro lugar, que a defesa da concorrência é geralmente a melhor forma de se buscar as eficiências, no sentido de obter-se o melhor funcionamento possível do mercado.

Entretanto, tendo-se em vista o fenômeno da concentração dos agentes econômicos, e da conseqüente concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes, não se deve desprezar as eficiências que podem advir desses fenômenos, simplesmente porque, em princípio, a livre concorrência é benéfica para o mercado.

É aí que reside a grande importância de se ter um órgão julgador - de atos de concentração e de possíveis abusos de poder econômico por parte dos agentes que exercem posições dominantes - de alta qualidade, pois se o fenômeno da concentração econômica é um fato natural do mercado e pode trazer alguns benefícios (as eficiências), assim como prejuízos, o papel desse órgão é justamente defender a concorrência, porém ao mesmo tempo otimizando as eficiências que podem decorrer de um ato de concentração.

Resta clara a idéia de que, no que concerne ao tema aqui desenvolvido, é exatamente este o papel da lei de proteção à concorrência: estabelecer mecanismos de controle dos atos de concentração, para que se possa atingir o melhor equilíbrio possível entre preservação da concorrência e percepimento das eficiências oferecidas pelos grandes agentes econômicos.

8. BIBLIOGRAFIA

- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988, p. 455/465.
- CRETILLA JR., José. *Comentários à Lei Antitruste*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência, *Revista do IBRAC*, vol. 4-5.
- _____. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à lei antitruste*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.
- FORGIONI, Paula. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. *Revista de Direito Econômico*, vol. abr./jun., p. 25/37, 1996.

• GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites, Lei nº 8.884/94, de 1994, e Lei nº 6.729, 1979 ("Lei Ferrari"). Revista do IBRAC, vol. 6-1.

• NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo, Saraiva, 1997.

• OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

• PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

• SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

O ACORDO DE LENIÊNCIA: AVANÇO OU PRECIPITAÇÃO?

Ibrahim Acácio Espírito Sobral

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO

II. O Acordo de Leniência

2.1 O Conceito de Leniência e suas Modalidades

2.2 O Objeto do Acordo de Leniência: Os Cartéis e sua Ilicitude

2.3 Requisitos

Informação e sua fonte

2.3.2 Forma de cooperação

2.3.3 Sigilo e confissão A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE

III. A experiência estrangeira Iniciativas no Âmbito da O CDE

3.2 O “*Amnesty Program*” do Departamento de Justiça dos EUA

IV. A EFETIVIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES

4.1 Considerações iniciais

4.1.1 O acordo de leniência e o compromisso de cessação

4.1.2 A delicada negociação

4.1.3 Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal

4.1.4 Questões de natureza cultural: a experiência concorrencial no Brasil

V. Conclusão

VI. Bibliografia

Introdução

“If someone in your company has been conspiring with competitors to fix prices, here’s some sound advice. Get to the Justice Department before your co-conspirators do. Confess and the U.S. Department of Justice will let you off the hook. But hurry! Only one conspirator per cartel¹”.

Com a edição da Medida Provisória n. 2055, de 11 de agosto de 2000², que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de celebração de acordos de leniência entre a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico - SDE, e aqueles que colaborarem com o processo de investigação levado a cabo pela SDE, o ambiente concorrencial do País se depara com uma nova realidade, em boa parte representada pela mentalidade implícita na recomendação acima aposta. Os órgãos de defesa da concorrência ganharam mais um instrumento para superar o desafio constante de preservar um ambiente de concorrência saudável no mercado brasileiro, mas que, ao mesmo tempo, exigirá deles, dos agentes econômicos e dos operadores do direito uma nova postura.

O presente trabalho tem por escopo analisar criticamente o instituto da leniência recém criado de tal sorte que, a partir do estudo de seus principais elementos característicos e da experiência encontrada em outras jurisdições, seja possível determinar suas respectivas vantagens, potencialidades e desafios no cenário da defesa da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de uma proposta ousada e controversa, exigindo cautelosa reflexão para que o referido instrumento possa efetivamente contribuir para o combate à formação e punição dos cartéis, conduzindo, consequentemente, à manutenção de um ambiente concorrencial justo.

O Acordo de Leniência

O Conceito de Leniência e suas Modalidades

A palavra leniência, sinônimo de lenidade (do latim *lenitate*), significa brandura, suavidade, doçura, ou mansidão³. Transpondo a definição para a seara do Direito Concorrencial, leniência pode ser vista como qualquer

1 NOVACK, Janet. “Fix and Tell”, Revista FORBES, 04.05.98, pág. 46.

2 Regulamentada pela Portaria do Ministério da Justiça n. 849, de 22 de setembro de 2000.

3 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio - Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999. Pág. 1200.

sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena e voluntária. Quando os cartéis estiverem sujeitos a sanções criminais, a leniência normalmente adquirirá a forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência geralmente adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência.

A idéia de premiar aqueles que colaboram com o Estado em troca de benefícios pessoais, embora não seja inédita, é bastante recente na experiência jurídica brasileira. Com efeito, a Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999, inovou ao admitir a possibilidade de concessão de perdão judicial àqueles réus primários que tenham efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação e o processo criminal, matéria tratada no item 0 (Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal).

O Objeto do Acordo de Leniência: Os Cartéis e sua Ilicitude

A Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência) tipifica no seu artigo 21 algumas hipóteses de prática de cartel que, ao produzirem algum dos efeitos nocivos ao mercado previstos no art. 20 da mesma lei, serão consideradas como infrações à ordem econômica⁴.

Detalhando a caracterização contida na Lei de Defesa da Concorrência, a Resolução CADE n. 20, de 9 de junho de 1999, em seu Anexo I, que trata das práticas restritivas horizontes, define os cartéis como *“acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de*

4 Observado o disposto no art. 20, a fixação ou prática em acordo com concorrente de preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços (inciso I, art. 21), a obtenção ou influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (inciso II, art. 21), a divisão de mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários (inciso III, art. 21), a combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens em concorrência pública ou administrativa (inciso VIII, art. 21), e, finalmente, a regulação de mercados ou serviços por meio do estabelecimento de acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou mesmo dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou sua respectiva distribuição (inciso X, art. 21), poderão todas caracterizadas como infrações à ordem econômica.

aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

O cartel constitui uma das estruturas básicas de gênese e exteriorização do poder de mercado⁵. Com efeito, essa forma de manifestação da cooperação empresarial, nas palavras de Calixto Salomão Filho, “*é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo*”⁶.

Ademais, algumas das condutas que configuram o cartel, tipificadas como penalidades administrativas, também o são no âmbito penal, conforme as disposições contidas no art. 4º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990⁷. A qualificação do cartel como crime traz consequências importantes para a análise da potencial efetividade do programa de leniência brasileiro, conforme as ponderações contidas no item 0 (Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal).

A formação e atuação de cartéis podem ser vista como uma das infrações à ordem econômica que mais desafia os órgãos de defesa da concorrência, seja no momento da investigação, seja quando da aplicação das devidas penalidades. Dada a ilegalidade e clandestinidade que revestem a formação e atuação de cartéis, sua investigação e comprovação são bastante complexas, exigindo do órgão de defesa da concorrência mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática venha a público.

Requisitos

Informação e sua fonte

O primeiro requisito do programa de leniência é que a empresa ou pessoa candidata à leniência forneça informações que o órgão investigador ainda não possua. Tal exigência decorre do fato de que um dos objetivos

5 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. Malheiros: São Paulo, 1998. Pág. 227.

6 Ob. Cit., pág. 229.

7 De acordo o mencionado dispositivo legal, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou ainda, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, constituem crime contra a ordem econômica cuja pena será a de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

primordiais de um programa dessa natureza é justamente descobrir dados acerca da existência de cartéis nunca antes imaginados.

Com isso não queremos dizer que o acordo de leniência somente será firmado para casos de cartéis desconhecidos. Nada impede que haja a delação de cartel já existente, desde que a informação prestada seja inédita e contundente.

O desconhecimento da informação por parte da autoridade não é por si só suficiente para a aceitação da informação prestada pelo delator. As informações e documentos fornecidos deverão comprovar a infração noticiada ou sob investigação. É o que dispõe o inciso II do art. 35-B, da Lei n. 8.884/94. Ademais, a SDE não poderá dispor, à época da propositura do acordo, de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa (inciso III, § 2º, art. 35-B).

Quanto à fonte, a nova legislação prevê que o acordo de leniência só será celebrado se a empresa ou pessoa física, confessando sua participação no ilícito, seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (art. 35-B, § 2º, inciso I). Contudo, não basta que a empresa ou pessoa venha antes dos demais co-partícipes. É preciso que a informação fornecida seja valiosa, completa e tenha credibilidade. Quanto mais avançado o curso da investigação, mais detalhada e incriminadora deverão ser os dados fornecidos pela pessoa, comprovando efetivamente a existência de cartel.

Como dissemos, as informações deverão ter credibilidade, o que implica a necessidade de confirmação dos dados fornecidos pela continuação das investigações, e para que o delator não seja alvo de futuras especulações, prejudicando o deslinde do caso.

Forma de cooperação

A cooperação deve ser completa e contínua, já que o processo de investigação terá continuidade para identificar outros partícipes e angariar todas as provas necessárias para uma eventual aplicação das penalidades previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei n. 8.884/94. Somente desse modo evita-se uma mudança repentina no intuito da parte delatora.

O *caput* do art. 35-B estabelece expressamente que a colaboração com as investigações e o processo administrativo deverá ser efetiva, devendo dela resultar a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos comprobatórios da conduta ilícita.

No mesmo sentido, o inciso III, do § 2º do art. 35-B, refere-se à plena e permanente cooperação da empresa ou pessoa física candidata à

celebração do acordo de leniência, acrescentando, outrossim, que deverá a delatora comparecer, às suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o encerramento das investigações e do processo administrativo.

As novas regras do acordo de leniência tratam também do modo de atuação da empresa ou pessoa no cartel sob denúncia, o que novamente nos leva à questão da credibilidade.

O § 1º do art. 35-B determina que não poderão se candidatar ao programa de leniência empresas ou pessoas que estiverem liderando a atuação do cartel denunciado⁸. O acordo de leniência não pode e nem deve servir para acobertar aqueles que estiveram à frente da conduta infracionária, e simulam uma confissão para se beneficiar pelos incentivos do programa de leniência, enquanto os demais partícipes sofrem as penalidades da lei. Além disso, exige-se a cessação completa do envolvimento da delatora na prática anti-concorrencial (inciso II, § 2º, art. 35-B).

Muito embora a intenção da parte possa não ser tão determinante para a celebração do acordo de leniência, desde que a delatora preencha os critérios legalmente postos, a legislação brasileira prevê a observância da boa-fé do infrator quando da aprovação do acordo pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e redução da penalidade administrativa, o que nos leva a crer que a lei procura evitar a manipulação pela parte delatante.

Sigilo e confissão

EMPRESAS OU PESSOAS FÍSICAS QUE ESTÃO DELATANDO CO-INFRATORES PODEM CORRER SÉRIOS RISCOS DE RETALIAÇÃO COMERCIAL E ATÉ PESSOAL. TAIS RISCOS GERAM, PORTANTO, A NECESSIDADE DE TRATAR O ACORDO DE LENIÊNCIA DE MODO CONFIDENCIAL, DESDE O PRIMEIRO CONTATO PARA SUA NEGOCIAÇÃO.

Por isso, é de suma importância frisar a correção do legislador ao conferir caráter sigiloso à proposta de acordo. A previsão de sigilo e o rigor no tratamento das informações confidenciais são imprescindíveis⁹.

8 Nos termos do § 2º, do art. 28, da Portaria n. 849, de 22 de setembro de 2000, editada pelo Ministério da Justiça, “reputa-se como tendo estado à frente da conduta infracionária a pessoa física ou jurídica, que tenha promovido ou organizado a cooperação na infração, dirigido a atividade dos demais co-autores ou ainda que tenha coagido alguém a cometê-la”.

9 OLIVEIRA, Gesner. Poder dos cartéis e poder burocrático. Folha de São Paulo, Dinheiro, página B-2, 19.08.00.

No que se refere ao insucesso das negociações e consequente não celebração de acordo de leniência com a SDE, o § 10º do art. 35-B dispõe que a proposta rejeitada pela SDE não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisadas. Inobstante tal medida protetiva, é possível que a SDE, após o frustrado acordo, instaure averiguações preliminares para investigar a prática delatada sem sucesso.

A Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE

Nas hipóteses em que a celebração do acordo de leniência com a SDE ocorrer sem que a Secretaria tenha conhecimento prévio da infração à ordem econômica, a atuação do CADE ficará adstrita à verificação do cumprimento do acordo e consequente decretação da extinção punitiva por parte da Administração Pública em favor do infrator (inciso I, § 4º, art. 35-B).

Nos demais casos, após a verificação do cumprimento do acordo, o CADE, ao julgar o processo administrativo, deverá reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, levando em consideração (na gradação da pena) a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência (inciso II, § 4º, art. 35-B).

Nesse último caso, vale destacar que o § 5º do art. 35-B prevê que a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, evitando-se uma eventual distorção de apenamento menor àquele infrator não alcançado pelo acordo de leniência em detrimento daquele que efetivamente colaborou com o Poder Público.

A experiência estrangeira

Iniciativas no Âmbito da OCDE

Dada a nocividade da atuação de cartéis para a livre concorrência, especialmente no tocante aos cartéis internacionais, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE vem buscando promover um maior grau de intercâmbio entre os países membros. Para tanto, a *Committee on Competition Law and Policy* vem incentivando a interação entre os países membros de modo a proporcionar um maior grau de cooperação e coesão na implementação de programas de leniência.

Vários órgãos de defesa da concorrência em outros países como EUA, Reino Unido, Canadá, Coreia e a União Européia instituíram programas

de leniência para encorajar os infratores a revelarem os segredos relativos aos cartéis dos quais participam, bem como confessar a prática ilegal e indicar demais participantes.

De um modo geral, a experiência internacional tem demonstrado que, com programas de leniência, as provas são muitas vezes obtidas mais rapidamente, a um custo mais baixo, o que acaba por propiciar uma solução mais eficiente dos casos.

Dentre as iniciativas já em fase adiantada de aplicação, destaca-se o “*Amnesty Program*” promovido pelo Departamento de Justiça dos EUA desde 1993, e o programa criado no âmbito da União Européia lançado em 1996.

Apresentam-se a seguir alguns aspectos relevantes do programa Norte-Americano, haja vista seu pioneirismo e os sucessos que vem obtendo na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico consubstanciado na formação e atuação de cartéis.

O “*Amnesty Program*” do Departamento de Justiça dos EUA

A primeira experiência de leniência corporativa nos EUA remonta a um programa criado em 1978. O referido programa dispunha que infratores que se apresentassem confessando a prática ilícita antes do início de investigações pela agência governamental poderiam receber perdão judicial no âmbito criminal. A concessão do perdão dependia de um alto grau de arbítrio por parte do governo americano em aceitar ou não o pedido de leniência. Em virtude principalmente desse elevado grau de incerteza decorrente da discricionariedade conferida ao administrador público, o programa originário não logrou êxito, resultando em pouca procura por agentes econômicos e sendo incapaz de identificar cartel internacional algum¹⁰.

Com o propósito de estender as oportunidades e aumentar os benefícios a empresas que delatassem condutas criminosas e cooperassem com o Departamento de Justiça que pode ser sintetizado pela expressão “*Making companies an offer they shouldn’t refuse*”¹¹, foi criado, em agosto de 1993, o Programa de Leniência Corporativa, ou “*Amnesty Program*”.

10 HAMMOND, Scott D. Fighting Cartels – Why and how? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity. Departamento de Justiça (EUA), September 12th, 2000.

11 Título da apresentação de Gary R. Spratling perante a Bar Association do Distrito de Columbia’s (35th Annual Symposium on Associations and Antitrust), Washington D.C., February 16th, 1999.

O programa funda-se então em três novas formas de abordagem da investigação e punição a cartéis: (i) a concessão automática de leniência se não houver conhecimento e investigação prévias; (ii) possibilidade de concessão de leniência mesmo se a cooperação se promova após iniciado o processo investigatório; e, (iii) todos os executivos, diretores e funcionários que cooperem ficam protegidos de processo criminal¹². Seus requisitos são basicamente os mesmos introduzidos pela Medida Provisória n. 2.055/00.

Em agosto do ano seguinte, o Departamento de Justiça dos EUA instituiu um novo programa de leniência para pessoas físicas que se apresentassem às autoridades de modo independente, ou seja, não fazendo parte da delação realizada institucionalmente por alguma empresa em função do cargo que ocupassem.

O sucesso do programa deriva de três fatores preponderantes: a ameaça de aplicação de penalidades severas, o temor da punição, e a transparência na política de atuação da agência¹³.

O primeiro pilar da “receita norte-americana para o sucesso” baseia-se na necessidade de haver penas que intimidem e inibam a formação e atuação do cartel. Na medida em que a participação no cartel é tida como crime e o risco de prisão aos dirigentes de empresas envolvidas em um cartel é real, a colaboração com as autoridades passa a ser vantajosa e aconselhável. Com efeito, os riscos envolvidos na formação e atuação do cartel precisam ser obrigatoriamente maiores que os eventuais benefícios econômicos das condutas ilícitas intentadas ou consumadas, sob pena de serem apenas consideradas como um custo a mais na equação financeira da estratégia corporativa das empresas e seus dirigentes. Somente assim, a variedade de incentivos oferecida pelo programa será suficientemente atraente.

O programa, contudo, depende ainda de um elevado nível de credibilidade da agência promotora da livre concorrência. Sem uma agência forte e uma aplicação consolidada da legislação concorrencial como um todo, empresas e indivíduos não vislumbrarão riscos significativos de ver sua conduta ilícita devidamente apurada e punida pela autoridade competente. Cria-se também um clima de ansiedade, tensão e desconfiança entre competidores, abalando os cartéis já existentes e inibindo cartéis futuros.

12 SPRATLING, Gary G. Making companies an offer they shouldn't refuse. Departamento de Justiça (EUA), February 16th, 1999.

13 HAMMOND, Scott D. Fighting Cartels – Why and how? Lessons Common to Detecting and Deterring Cartel Activity. Departamento de Justiça (EUA), September 12th, 2000.

Por último, é preciso que a conduta da agência seja transparente, transmitindo a segurança e confiança necessárias à participação no programa. Se potenciais candidatos à leniência não tiverem previsibilidade e clareza na contrapartida governamental, a chance de delação certamente diminuirá. A transparência deve se fazer presente em todas as etapas do processo, desde a negociação, passando pela celebração do acordo, até chegar na aplicação do perdão e/ou multas mais brandas. A agência encarregada do programa deverá, outrossim, envidar seus maiores esforços para tornar público a política de leniência que vem sendo adotada.

Esse último pilar é crucial na visão de Scott D. Hammond, segundo o qual, *“prospective amnesty applicants come forward in direct proportion to the predictability and certainty of whether they will be accepted into the program. Uncertainty in the qualification process will kill an amnesty program”*.

Desde sua criação, o *“Amnesty Program”* se transformou no mais eficiente instrumento de investigação para a descobrir e enfrentar os cartéis. Somente nos últimos dois anos, as multas aplicadas em virtude da investigação e condenação de cartéis decorrentes da adesão de infratores ao Programa ultrapassaram o montante de US\$ 1 bilhão¹⁴, enquanto o número de propostas de adesão ao programa passou a ser em média de quase dois interessados por mês¹⁵.

A Efetividade do Acordo de Leniência Brasileiro: Aspectos Relevantes

Considerações iniciais

Após a análise do acordo de leniência, conforme nova redação do art. 35 da Lei n. 8.884/94, acompanhado de breve estudo dos exemplos advindos do Direito Comparado, passa-se agora à abordagem de alguns pontos que merecem especial atenção em razão da estreita relação que guardam com a questão central do nosso estudo, qual seja, da efetividade do acordo de leniência brasileiro.

O acordo de leniência e o compromisso de cessação

Para Lúcia Helena Salgado, ex-conselheira da CADE, a criação do acordo de leniência “poderia ter sido feita há tempos pelo secretário da SDE,

14 HAMMOND, Scott D. Ob. Cit. Pág. 5.

15 SPRATLING, Gary R. Ob. cit. Pág. 2.

sem nenhum estardalhaço e por instrumento infralegal, a partir do compromisso de cessação previsto na lei que define atenuantes para as multas aplicadas pelo CADE¹⁶”.

Cabe de pronto discutir o entendimento supra citado à luz das mudanças ocorridas na Lei n. 8.884/94. De fato, os institutos são similares na medida em que pressupõem que o infrator apresente-se perante a Administração Pública em busca de um acordo, a SDE não disponha de provas suficientes para proceder à condenação e o infrator comprometa-se a cessar a prática tida como ilícita.

Disso não decorre, todavia, a possibilidade de equiparação dos institutos. O acordo de leniência possui uma amplitude e grau de sofisticação maiores que o compromisso de cessação. O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no compromisso de cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se a cessar sua prática infrativa, não se exigindo dele qualquer comprovação de práticas de terceiros.

O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e desmantelamento de cartéis. Aliás, o compromisso de cessação pode dizer respeito a qualquer infração à ordem econômica, ao passo que o acordo de leniência visa especificamente combater cartéis.

Tem-se, outrossim, que se exige a aprovação do compromisso de cessação pelo plenário do CADE, enquanto o mérito do acordo de leniência é competência da SDE, cabendo ao CADE somente decretar a extinção da punibilidade ou determinar o nível de diminuição da penalidade a ser aplicada quando do julgamento da prática. Ademais, o acordo de leniência implica a confissão pela candidato a leniência, o que não se verifica no compromisso de cessação.

O próprio legislador reconhece a especificidade de cada um dos instrumentos. Ao inserir o § 5º no art. 53 da Lei n. 8.884/94, o legislador retirou a possibilidade de celebração de compromisso de cessação em relação às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das praticadas elencadas no art. 21 como cartéis¹⁷.

16 SALGADO, Lúcia Helena. Abusos em nome da livre concorrência. *Gazeta Mercantil*, 30 de setembro de 2000.

17 Vale notar que a Medida Provisória não incluiu dentre as exceções ao art. 53 da Lei n. 8.884/94, a prática tipificada no inciso X do art. 21, o que é de causar estranheza, por também se tratar de cartel.

A delicada negociação

Faz-se mister a necessidade de transparência e credibilidade dos órgãos de defesa da concorrência na condução das negociações com o candidato a leniência. Considerando que a agência normalmente não saberá da existência da prática anti-concorrencial, o processo de assinatura de um acordo de leniência geralmente começará pela aproximação do particular.

A negociação certamente será delicada. Por um lado, o Poder Público precisa saber quão valiosa é a informação, consequentemente requerendo maiores detalhes. Por outro, o particular ficará reticente por não saber se a imunidade será outorgada ou não.

Entretanto, é provável que muita cautela seja demandada, não obstante a previsão legal acima citada, especialmente, numa fase inicial de implementação, como se verá daqui em diante.

Questões de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal

Conforme tratado no item 0 (Objeto do Acordo de Leniência: os cartéis e sua ilicitude), formar acordo entre ofertantes visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou ainda, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, constituem crimes contra a ordem econômica, sujeitas à propositura de ação penal pública incondicionada por parte do representante do Ministério Público.

Em princípio, de nada adiantaria a um particular assinar um acordo de leniência com a SDE, se, mesmo após o acolhimento do acordo pelo CADE e consequente extinção da ação punitiva da Administração Pública contra o denunciante, ele fosse ser alvo de uma ação penal promovida pelo Ministério Público. Não haveria, assim, um benefício substancial para o denunciante, que seria alvo de novo processo de investigação e julgamento.

A limitação do acordo de leniência à esfera administrativa restringe o potencial de aplicabilidade e de atratividade do acordo. É bem verdade que a Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999, estabeleceu que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado¹⁸.

18 Ocorrerá o perdão judicial, se o acusado, réu primário, tiver colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, resultando a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a

A aplicação desse dispositivo legal, regado a um certo esforço hermenêutico para atender a todas as exigências da lei penal, é possível mas deixa a desejar.

Vê-se, pois, que a questão criminal não foi resolvida, sendo necessário que o delator responda e colabore em todo o processo criminal, na esperança de lhe ser concedido o perdão. O ideal seria que houvesse concessão de perdão judicial também no âmbito criminal no momento do julgamento pelo CADE¹⁹, aumentando o interesse pessoal e a segurança jurídica para os denunciante procurarem a SDE²⁰.

Questões de natureza cultural: a experiência concorrencial no Brasil

Talvez a questão de maior destaque no que diz respeito à aplicabilidade do acordo de leniência seja a mudança de mentalidade que sua implementação exige.

É verdade que o CADE vem tendo, desde a entrada em vigor da Lei n. 8.884/94, uma atuação mais presente, incisiva e visível²¹. Entretanto, os

sua integridade física preservada, e a recuperação do produto do crime. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços. Para um estudo mais aprofundado da perdão judicial na esfera penal, vide JESUS, Damásio E. de. Perdão Judicial – Colaboração Premiada – Análise do art. 13 da Lei n. 9.807/99 – Primeiras Idéias. Bolteim IBCCrim. Ano 7 – n. 82. Setembro de 1999.

19 A imunidade concomitante no âmbito penal requer mudança legislativa tanto na seara da Lei n. 8.884/94, quanto da legislação penal em vigor.

20 Inobstante a Portaria n. 849 preveja no seu art. 53 a adoção de mecanismos de articulação entre a SDE e o Ministério Público para efeito de operacionalização do programa de leniência, tal regra não produz a segurança necessária para o delator, pois não é capaz de inibir a atuação do Ministério Público necessária ao sucesso do programa de leniência.

21 A Lei n. 8.884/94 surgiu em meio a uma mudança significativa na ordem jurídico-econômica do País. A consagração constitucional do princípio da livre concorrência, como informador da ordem econômica, já delineava uma mudança paradigmática no tratamento dispensado à matéria concorrencial. Aliada a essa evolução constitucional, desde o início da década, a mudança no cenário macroeconômico do país contribuiu para que a livre concorrência encontrasse solo fértil para a sua disseminação. Tal mudança pode ser representada pela abertura da economia, de modo a inseri-la num cenário econômico de globalização, como também pela desregulamentação do mercado e o processo de desestatização, pondo fim ao forte intervencionismo estatal direto de outrora. De 1994 até os dias atuais, a defesa da livre concorrência no Brasil avançou a passos largos, se comparados às tímidas experiências anteriores desde a Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.

órgãos de defesa da concorrência ainda enfrentam uma gama de obstáculos²² à sua atuação, dificultando a promoção da livre concorrência.

Também nunca devemos esquecer que a livre concorrência tem sido alvo de atenção e debates mais vigorosos há apenas seis anos. Nada mais natural, portanto, que a cultura da concorrência se encontre em processo de sedimentação, consolidando-se gradativamente no cotidiano governamental, empresarial e da sociedade como um todo.

Ao mesmo tempo em que a cultura da concorrência está em processo de sedimentação, surge um novo instituto carregado de um pragmatismo pouco ortodoxo para os padrões brasileiros.

Tradicionalmente o Direito pátrio opta por não conceder benefícios a criminosos que, mesmo assumindo e delatando seus crimes, auxiliam na condenação de outros supostos criminosos. Tal benefício é tido com menor grau de desconfiança em países como os EUA.

A Lei n. 9.807/99 deu o passo inicial para incorporar a idéia de delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, e a Medida Provisória n. 2.055/00 seguiu no mesmo sentido. Mas muito há de ser enraizado pela prática jurídica brasileira.

A concessão do perdão incomoda aqueles que entendem que, na medida em que as autoridades concedem benefícios a violadores da lei, o aplicador estaria na verdade deixando de cumprir seus deveres. Não caberia, assim, ao aplicador da lei concorrencial (ou mesmo penal) discernir sobre o oportunismo de reduzir ou não a pena.

Tal entendimento, para que o acordo de leniência possa se revestir de eficácia, não pode permanecer na cultura jurídica nacional. Algum grau de ponderação dos ganhos e perdas com a assinatura do acordo tem que existir, em prol da preservação da livre concorrência. Os benefícios gozados pelos consumidores em virtude da constatação e punição aos cartéis superariam a necessidade de punição de todos os co-partícipes do segmento cartelizado.

Conclusão

A efetividade do acordo de leniência está intimamente ligada à efetividade da própria Lei n. 8.884/94. Com efeito, o fortalecimento institucional dos órgãos de defesa da concorrência implicará uma maior probabilidade de sucesso do instituto da leniência. A credibilidade na forma

22 A insuficiência de recursos financeiros e carência de recursos humanos estão entre os principais causas impeditivas de uma atuação mais incisiva e vigorosa por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

de atuação aliada à efetiva execução e fiscalização das decisões do CADE, da SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE certamente influenciarão a eficácia na implementação da inovação legislativa trazida com o acordo de leniência.

Do mesmo modo, as barreiras enfrentadas atualmente pelos órgãos de defesa da concorrência, tais como o subinvestimento por parte do Governo, a falta de um quadro de pessoal permanente no CADE, entre outros, igualmente criarão óbices ao sucesso do programa de leniência.

Como vimos, o acordo de leniência brasileiro, do ponto de vista jurídico-normativo, congrega importantes características de programas de leniência existentes em outras jurisdições, podendo ser considerado um instrumento de vanguarda na prevenção e repressão aos cartéis. Ressalta-se, entretanto, a pouca sintonia e insegurança que se verificam do ponto de vista criminal da qual tratamos no item 0 (Questão de natureza jurídico-normativa: aspecto criminal), bem como o zelo necessário com a assimilação das experiências extraídas do Direito Comparado, sem a devida observância das peculiaridades do mercado brasileiro.

O solo para a aplicação do acordo de leniência é bastante fértil, ainda mais se levarmos em consideração a carência de instrumentos e timidez verificada na investigação e punição a cartéis pelos órgãos de defesa da concorrência²³. A SDE tem demonstrado estar atenta às práticas comerciais realizadas em vários segmentos como a indústria de trigo, siderurgia, aviação, vitaminas, a atuação dos postos de combustíveis e empresas de assistência médica.

A criação de um programa de leniência no Brasil constitui de fato um avanço, pois equipa a SDE com um instrumento que tem se mostrado capaz de contribuir significativamente para o combate aos cartéis no mundo afora, dispondo tal acordo de requisitos e mecanismos suficientes para um potencial incremento no combate aos cartéis.

Resta saber, contudo, se a pouca experiência brasileira na promoção da livre concorrência (não obstante os grandes avanços alcançados desde 1994), a fase de consolidação de uma cultura da concorrência no cotidiano governamental, empresarial e acadêmico, aliada ao cenário turbulento de mudanças nas atribuições e relação entre os órgãos de defesa da concorrência (representada pelos estudos de criação da agência reguladora para o setor),

23 Em recente artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 24.06.00, Gesner Oliveira destaca que a primeira punição a um cartel clássico (siderurgia) ocorreu somente em 1999, quando o CADE aplicou multas de aproximadamente R\$ 55 milhões a três siderúrgicas em virtude de acordo de preços.

serão capazes de inibir o potencial transformador trazido pelo programa de leniência.

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro*. Saraiva: São Paulo, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999.

GRIFFIN, James A. *An inside look at a cartel at work: common characteristics of international cartels*. Department of Justice (EUA), April 6th, 2000.

HAMMOND, Scott. *Fighting cartels – why? And how? Lessons common to detecting and deterring cartel activity*. Department of Justice (EUA), September 12th, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Perdão Judicial – Colaboração Premiada – Análise do art. 13 da Lei n. 9.807/99 – Primeiras idéias*. Boletim IBCCrim. Ano 7 – n. 82. Setembro de 1999

NOVACK, Janet. *Fix and Tell*. Revista Forbes, de 04 de maio de 1998.

SALGADO, Lúcia Helena. *Abusos em nome da livre concorrência*. Gazeta Mercantil, de 30 de setembro de 2000. São Paulo, SP.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. Malheiros Editores: São Paulo, 1998.

SPRATLING, Gary R. *Transparency in enforcement maximizes cooperation from antitrust offender*. Department of Justice (EUA), October 15th, 1999.

_____. *Making companies an offer they shouldn't refuse*. Department of Justice (EUA), February 16th, 1999.

OLIVEIRA, Gesner. *Poder dos cartéis e poder burocrático*. Folha de São Paulo, de 19 de agosto de 2000. São Paulo, SP.

_____. *Combustíveis e risco regulatório*. Folha de São Paulo, de 12 de agosto de 2000. São Paulo, SP.

_____. *Os cartéis internacionais e o Brasil*. Folha de São Paulo, de 24 de junho de 2000. São Paulo, SP.

GLOBALIZAÇÃO E ABERTURA ECONÔMICA X REGULAMENTAÇÃO DE MERCADO- BASES E FUNDAMENTOS PARA A RACIONALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Diego Goulart de Oliveira Vieira

I - Introdução

"Afirma-se por vezes que a globalização diminui a importância de órgãos reguladores como o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), uma vez que a competição internacional substituiria a legislação antitruste. Uma análise cuidadosa revela, contudo, algo diametralmente oposto: a globalização torna imprescindível a existência de sistemas legais de defesa da concorrência¹."

Não há dúvida que a primeira parte do corolário acima transcrito não traduz a realidade analisada através de uma perspectiva global e coerente. Fatores internos e externos influem no sistema de livre mercado, tanto no âmbito nacional como nos grandes blocos comerciais, gerados principalmente pela disparidade existente entre os negociadores.

Em primeiro lugar, ao analisarmos as utopias denominadas de "blocos regionais de livre comércio" identificamos a necessidade de harmonização das legislações, no sentido de viabilizar o ordenamento das relações comerciais, bem como oferecer oportunidades iguais. Sem essa unicidade torna-se impossível que uma empresa de um país A (menos desenvolvido técnica e economicamente) possa competir em igualdade de condições com aquela empresa do país B (desenvolvido economicamente e dotado de tecnologia de ponta). Dessa forma, incentivos e facilidades devem ser conferidos àqueles que os necessitam, viabilizando sua sustentação e desenvolvimento.

Posteriormente, identifica-se que em países onde foi promovida a desestatização foi necessária a criação de agências reguladoras, visando a qualidade dos serviços e o nivelamento de preços, por se tratarem de segmentos estratégicos da economia, como por exemplo, telecomunicações, energia e transporte. Nesse sentido, o que ocorre não é uma re-estatização e

1 OLIVEIRA, Gesner. Globalização, abertura e concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, abr./jun. 1996.

sim um fiscalização para a prestação de serviços de boa qualidade à preços acessíveis a seus destinatários, quais sejam, toda a população.

Por fim, salienta-se que ao estabelecer suas estratégias mercadológicas, as chamadas "empresas globais" visam instalar-se em países com regras claras e objetivas de defesa da concorrência, pois, como vislumbram grandes lucros à longos prazos, sabem que o que hoje aparentemente caracteriza-se por ser facilidade, amanhã transforma-se em expediente de práticas anticompetitivas por empresas rivais. Dessa forma, os países que desejam integrar a chamada primeira categoria da economia global, necessitam não só de leis antitrustes e contra práticas anticompetitivas, como, também, de modernos e eficientes sistemas de defesa da concorrência.

Por tais motivos torna-se infundada a tese de que o processo de abertura substituiria um sistema legal de defesa concorrencial. Logo, a globalização da economia brasileira não substitui um sistema eficaz de defesa da concorrência, e sim, o pressupõe.

II - Atualidades

"Intervenção, para alguns, disciplinamento, para outros, o fato é que a ação antitruste constituiu-se em um elemento fundamental no redesenho do novo modus operandi da economia brasileira."²

Até meados dos anos 90 a indústria brasileira, dentre outras características, apresentava rígido controle de importações, predominância de indústrias nacionais na produção de insumos básicos e liderança de empresas multinacionais nos seus setores mais dinâmicos e de maior valor agregado. Tais mecanismos visavam a viabilização da substituição das importações pela produção nacional, utilizando-se de manipulação das taxas de câmbio e do mascaramento do endividamento externo para, através de um amplo conjunto de agências e regulamentações, definir a estruturação do mercado, forjando as lideranças de cada setor.

Tal estratégia, além de sofrer o repúdio da comunidade internacional, aumentava as desigualdades sócio-econômicas em nosso país. Ora, o sistema de controle de preços e mercados possibilitava a total cartelização industrial, facilitada por reajustes idênticos para todas as empresas de um mesmo mercado, pela criação de interlocutores privilegiados junto ao governo e muitas outras práticas obscuras.

2 PEREIRA, Edgard Antonio. Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste. Revista de Direito Econômico. Brasília, abr./jun. 1996.

Com a abertura da economia às importações, a desregulamentação dos mercados e a privatização das empresas nacionais, instalou-se um novo modelo radicalmente distinto do anterior, necessitando, para prosperar, de uma nova organização institucional. Dessa forma, passou-se de um sistema de controle, para um sistema de defesa da concorrência.

"Após anos de intervenção do Estado na área econômica, a economia brasileira encontra-se numa fase de transição em termos de modelo de desenvolvimento. Superada a etapa de substituição das importações e interferência direta do Estado na conformação das estruturas industriais do País, o Brasil caminha para a adoção de uma economia de mercado."³

Mais uma vez, torna-se mister esclarecer que a crescente competitividade das empresas em âmbito global, incrementada pela realização de fusões e aquisições, não é meio hábil de impedir a cartelização nacional, dotada de todas as práticas desleais de concorrência.

Em primeiro lugar porque há setores da economia, onde os produtos são chamados de *non-tradables*, cujos elevados custos com armazenamento e transporte os tornam imunes à competição internacional. Destarte, mesmo com a abertura das importações, o Brasil mantém inúmeros produtos *tradables* protegidos por barreiras tarifárias. Por outro lado, as fusões aquisições e *joint-ventures*, possibilitam a concentração de mercados internacionais, como por exemplo a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), exercendo práticas prejudiciais à ordem econômica, como, mantendo em tela o petróleo, o indiscriminado total controle de preços.

As ações destes verdadeiros oligopólios também se exprimem de formas dissociadas à variável preço, podendo, entretanto, lesar os interesses da sociedade, como, por exemplo, a venda casada e os acordos de exclusividade.

Não há dúvida que tornava-se necessária a fiscalização estatal das práticas comerciais e concorrenciais, sendo emergencial a criação de um órgão com poder de polícia para viabilizar esse novo cenário nacional.

Com o advento da Lei 8.884/94, preteriu-se a criação de tal órgão, para determinar a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em autarquia, devendo esta, zelar pelo bem estar social e

3 FAGUNDES, Jorge. Estado e defesa da concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, jan./mar. 1996.

econômico dos consumidores, conforme observa-se no art. 1º do mencionado diploma legal, *verbis*:

"Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

§ único - A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei."

Assim, a consolidação do órgão de defesa da concorrência no Brasil representa, portanto, a passagem do Estado interventor para o Estado regulador.

III - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

"As economias que eram anteriormente protegidas da concorrência externa por meio de taxas de juros elevadas ficaram expostas não somente à concorrência comercial legítima, mas também às suas manifestações ilegais: práticas predatórias de comércio e práticas abusivas relacionadas ao poder econômico, que contrariam a livre concorrência. As práticas predatórias são assunto tradicional do regulamento multilateral na lei de comércio internacional, enquanto as práticas abusivas têm sido intensamente discutidas no âmbito internacional."⁴

Nossa Carta Magna de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando de intervenção e sim de atuação, *litteris*:

"Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei;

§ 4º - A Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

4 NORONHA GOYOS JR., Durval. Ensaio sobre direito internacional. Ed. Observador Legal. São Paulo, 1999, p. 206.

As formas usuais de dominação dos mercados são os trustes e os cartéis. Os primeiros caracterizam-se por ser a imposição de grandes empresas sobre os concorrentes menores, visando seu afastamento do mercado ou sua concordância com a política de preços do maior vendedor. Já os cartéis, representam a composição voluntária dos rivais sobre certos aspectos do negócio em comum, sendo a mais usual a combinação de preços mínimos de venda/prestação de serviços.

"Mas essas duas formas básicas de abuso do poder econômico, através da união de empresas, podem assumir outras nuanças de grupismos, tais como as entendes de igualização ou de preço (formas de cartéis), o comptoir (cartel de venda), a união de interesses (garantia de dividendos ou repartição de lucros), o kozerne (base de racionalização técnica), o consórcio (união financeira simples), o stines (falso truste) e até mesmo a holding (controle de sociedades menores por uma super sociedade) e a multinacional, que exerce a holding em caráter nacional."⁵

Para reprimir os abusos da economia privada, ou mais propriamente das poderosas empresas, a Lei 8.884/94 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, estabelecendo o processo administrativo de apuração dessas infrações, bem como, o processo judicial de execução de suas decisões, podendo determinar, inclusive, a intervenção nas empresas infratoras.

Essa mesma lei, rege também a defesa da ordem econômica brasileira, como status jurídico a ser protegido no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), na lei de ação civil pública (Lei 7.347/85) e no Código de Processo Penal, para permitir a decretação da prisão preventiva de empresários como garantia de ordem econômica (art. 86).

Dessa forma, o CADE, vinculado ao Ministério da Justiça, constitui-se em órgão judicante com jurisdição em todo território nacional. Sua composição é determinada por nomeação do Presidente da República, integrado por um Presidente e seis Conselheiros, devendo todos serem possuidores de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Tal nomeação, sujeita à aprovação do Senado Federal, determina o exercício de um mandato de 2 (dois) anos, sendo possível uma recondução.

Atuando junto ao CADE, criou-se uma Procuradoria, incumbida de prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo. O Ministério

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Ed. Malheiros, 25ª ed. São Paulo, 2000, p. 591.

Público Federal possui, ainda, ligado ao CADE, um representante que, nessa qualidade, deve ser oficiado nos processos sujeitos à apreciação do Conselho.

A apuração e propositura de medidas no sentido de corrigir as anomalias do mercado cabem à Secretaria de Direito Econômico - SDE, órgão do Ministério da Justiça, à qual compete, basicamente, acompanhar as atividades e práticas comerciais de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que detenham posição dominante no mercado, de forma a prevenir e reprimir as infrações de ordem econômica.

Embora o CADE seja uma entidade que possua caráter judicante, com funções *parajudiciais*, ou quase-judiciais, tal circunstância não impede a revisão judicial de seus julgamentos, que não deixam de ser administrativos em sua essência.

IV - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Nos últimos anos, com o aumento da disputa comercial em razão da maior facilidade de aquisição de produtos importados, bem como devido a vultosos incentivos fiscais ao estabelecimento de indústrias estrangeiras em nosso país, foi necessária uma intensa atuação do CADE, visando a preservação do mercado e dos consumidores.

Por outro lado, as empresas nacionais, ávidas pela conquista de mercado, inclusive em âmbito internacional, proporcionaram àquela autarquia grande projeção na mídia.

Não há dúvida que os casos envolvendo a aquisição da Kolynos do Brasil Ltda. pela empresa Colgate-Palmolive Company e a fusão da Cia. Cervejaria Brahma com a Cia. Antártica Paulista, formando a Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, foram os expoentes da atuação do CADE, desde a criação da Lei 8.884/94.

- **Caso KOLYNOS**

A Colgate-Palmolive Company é uma empresa americana que mantém operações em mais de 75 países, tendo, nos últimos anos exportado seus produtos para mais de cem países. Atua no seguimento de higiene e limpeza, destacadamente higiene bucal, pessoal, produtos para limpeza doméstica, cuidados com tecidos, bem como em seguimentos da indústria de nutrição animal.

No Brasil, possui como subsidiárias as empresas C-P Têxtil Indústria Comércio Ltda. e Colgate-Palmolive Ltda. Por sua vez, Colgate-

Palmolive Ltda. possui outras empresas que a suprem de matérias e subsídios industriais.

A empresa American Home Products , sediada nos EUA e detentora da Kolynos do Brasil Ltda., atuava no mesmo ramo da Colgate-Palmolive tendo, entretanto, modificado sua estratégia de mercado, em função da aquisição de empresas atuantes em outros ramos de atividade.

Dentre as empresas de grande porte que operam no mercado brasileiro de saúde bucal, a Kolynos é a única que se dedica exclusivamente à produção de linhas de produtos de higiene bucal - cremes, escovas e fios dentais e enxagüante bucal, possuindo a liderança de vendas no segmento de creme dental e sendo vice-líder, em valor de vendas no segmento de escova dental. A venda da Kolynos era inevitável para tornar possível as mudanças planejadas por sua controladora americana.

Ora, a união desses verdadeiros gigantes no âmbito da higiene bucal poderia com certeza, se não fosse regradada, proporcionar a dominação do mercado pela eliminação da concorrência. Entretanto, a Lei 8.884/94, possui o poder de evitar tal ocorrência, *litteris*:

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

Com 90 % de seu faturamento gerado pela comercialização de creme dental, Kolynos, tendo em vista dedicar-se exclusivamente ao ramo de higiene bucal, possui um grau de verticalização elevado em sua cadeia produtiva⁶, devido ao fato de produzir, através de uma subsidiária os tubos de alumínio utilizados na embalagem do creme dental.

Para Palmolive, da mesma forma que para Kolynos, o creme dental é responsável por 90% de seu faturamento nesse seguimento, representando 32% de seu faturamento total. Entretanto, sua cadeia produtiva possui verticalização baixa, tendo em vista sua dependência na aquisição de dos tubos laminados para seu acondicionamento, representando seus maiores custos para essa linha de produto.

6 Esclarece-se que a cadeia produtiva do creme dental divide-se em três etapas básicas: manufatura de tubos laminados, fabricação do creme e enchimento do tubo com creme.

Analisando-se as bases produtivas das duas empresas, bem como seus faturamentos, percebe-se que a aquisição da Kolynos pela Palmolive proporcionaria a efetivação da erradicação das "deficiências" mercadológicas de Palmolive, não representando apenas um incremento na verticalização de sua cadeia produtiva, mas, sobretudo, a ampliação do seu grau de concentração.

Entretanto, nos termos apresentados, a operação não cumpre integralmente os requisitos necessários à sua aprovação, sob à ótica da Lei 8.884/94, conforme o voto da Conselheira-Relatora do CADE, Dra. Lúcia Helena Salgado e Silva, *verbis*:

"Aprovo a operação no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, posto não apresentar dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovo a operação de aquisição da atual KOLYNOS pela COLGATE COMPANY no que concerne ao mercado relevante de creme dental, desde que aceito um dos três conjuntos de condições detalhados abaixo⁷ (...)"

Cumprе esclarecer que as três hipóteses cotejadas pela Ilma. Relatora, diziam respeito à não utilização da marca **KOLYNOS** pelas empresas. Fosse através de licenciamento exclusivo para terceiros, alienação da marca ou suspensão temporária de seu uso, visava a Relatora, permitir o fortalecimento da posição das marcas de menor expressão já instaladas no mercado.

No caso concreto, tendo sido escolhida a opção referente à suspensão temporária, o mercado brasileiro ficaria quatro anos sem a comercialização ou propaganda de qualquer produto identificado pela marca **KOLYNOS**, em sua forma nominativa, figurativa, mista ou suas tão conhecidas características pictóricas, com a combinação das cores amarela e verde.

- **Caso AMBEV**

O mercado nacional de cervejas experimentou nas décadas de 70 e 80 uma modificação estratégica. Caracterizava-se pela incorporação de empresas regionais pelas duas maiores companhias do mercado - Brahma e

7 SILVA, Lúcia Helena Salgado e. Ato de Concentração n.º 24/94 - Requerente: Kolynos do Brasil Ltda. Ministério da Justiça - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 1996.

Antártica - evoluindo de uma situação de desconcentração e regionalização para a consolidação de uma estrutura concentrada em escala nacional.

Nesse sentido, a Antártica possui um portfólio de trinta e três diferentes marcas de cerveja, incluindo-se nesse rol a **BOHEMIA**, **BAVÁRIA**, **POLAR**, **KRONENBIER**, e logicamente a **ANTÁRTICA**, entre outras; enquanto a Brahma detém apenas onze, podendo citar-se a **CARACU**, **SKOL**, **MILLER** e **BRAHMA**.

Entretanto, a superioridade numérica de marcas não garante à Antártica uma maior venda de seu produto, conforme comprova a tabela abaixo:

EMPRESAS	ANTÁRTICA	BRAHMA	KAISER	SCHINCARIOL	OUTROS
PERCENTUAL DE VENDAS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO	25,4	48,1	15,9	7,5	3,1

(Fonte: Nielsen, Sindicerv, SEAE, SDE, requerentes e Kaiser)

Não obstante tais dados, as empresas Brahma e Antártica figuram, respectivamente, na 4^a e 15^a posições na produção mundial de cerveja, estando ambas em ascensão por crescimento na produção e aumento de vendas.

"As empresas do setor de cerveja operam com produtos (marcas) diferenciados, que exigem elevados investimentos em publicidade, dependendo de uma eficiente e capilarizada rede de distribuição para garantir a eficácia do marketing realizado para manter a reputação conquistada⁸."

No tocante a sua comercialização em território nacional, e ultrapassada, momentaneamente, a questão do marketing do produto, a metodologia de distribuição da cerveja determina a existência de três grupos de mercados: o bar (consumo local e imediato, ex.: bar, restaurante, lanchonetes e casas noturnas), o tradicional (consumo em local diverso, mas de simples organização comercial, ex.: padarias mercearias e armazéns) e o auto-serviço (consumo em local diverso, mas com complexa organização comercial, ex.: supermercados e hipermercados).

8 SERRALVO, Amauri. Parecer Caso AMBEV. Ministério da Justiça - Procurador-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2000.

Para a cerveja chegar ao mercado, é necessária a efetivação da distribuição da produção que, conforme seu destinatário, apresenta características bem definidas. Enquanto para o mercado auto-serviço a distribuição é própria, ou seja, efetuada pela empresa produtora, para os mercados tradicional e bar a mesma se dará através de distribuidoras terceirizadas.

A maior parte da produção, aproximadamente 72%, é vendida nos mercados tradicional e bar, sendo assim distribuídas por terceiros. O atendimento a estes dois mercados exige a montagem de uma extensa e eficiente rede de distribuição para o atendimento dos pontos de venda que são, de maneira geral, constituídos de pequenos negócios dispersos em áreas geográficas diferenciadas.

Para tal, os fabricantes celebram contratos de distribuição, buscando otimizar a atuação/penetração de suas marcas e produtos nas regiões referentes aos contratos. Tais contratos apresentam cláusulas de exclusividade na venda do conjunto das marcas do fabricante em determinadas áreas geográficas, possibilitando, assim, uma maior eficiência à indústria da cerveja ao incrementar a cooperação entre produtor e distribuidor, visando sempre o alcance do consumidor final, conforme corroboram as conclusões do Ilmo. Procurador-Geral do CADE Amauri Serralvo, *litteris*:

"A presença de uma rede de distribuição exclusiva com capacidade de atingir milhares de pontos de vendas localizados nas diversas regiões do país parece ser um traço distintivo da indústria de cerveja no Brasil, sendo sua constituição condição essencial para o ingresso e operação competitiva nesta indústria⁹."

Ora, a rede de distribuição é o principal elemento gerador de barreiras no mercado brasileiro de cervejas. É notório que os distribuidores das cervejarias atuam em áreas determinadas e exclusivas e que as empresas Brahma e Antártica dispõem cada uma, de mais de oitocentos revendedores que atendem cerca de um milhão de pontos de venda distribuídos por todo o país.

Com a fusão das duas empresas, se realizada nos moldes planejados, determinaria um violento crescimento em seu poder de mercado, por tratar-se do aproveitamento de 73,5% do consumo total no território nacional. Tal crescimento ocasionaria o aumento da subordinação do distribuidor

9 Op. Cit.

terceirizado, que tendo seu poder contestatório reduzido pela ausência de fornecedor concorrente, sujeitar-se-ia aos comandos da cervejaria agora identificada como Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV.

Dessa forma, com a efetivação da fusão, a AMBEV seria detentora de amplo mecanismo de "escoamento" de sua gigantesca produção, atingindo a um só tempo os concorrentes, distribuidores, comerciantes e consumidores finais, retirando-lhes o livre arbítrio e a possibilidade de escolha do produto a comercializar/consumir.

Impossível, também, vislumbrar a solução do caso mediante a redução ou até eliminação de alíquotas de importação, pois as barreiras naturais e culturais ao comércio desse produto são suficientes para neutralizar, ou ao menos retardar por extenso período, a entrada de novo concorrente capaz de contestar a posição dominante da AMBEV. Nesse distante futuro, fábricas estariam fechadas e as outras cervejarias nacionais destruídas.

Constata-se, assim, que a criação da AMBEV concentra o mercado de cerveja, existindo barreiras à entrada de novos concorrentes, determina seu domínio (maior do que 70%), e passando a ser, dessa forma, danosa ao regular andamento do mercado.

Devido a tais razões, o CADE aprovou o ato de concentração da AMBEV, desde que implementadas algumas medidas visando a defesa da concorrência no mercado de cerveja.

As alienações da marca **BAVÁRIA**, de uma unidade fabril (em perfeito estado de conservação e apta a disputar mercado regional), como exemplo de medidas obrigatórias determinadas pelo CADE, poderiam ser inócuas se não houvesse a determinação da obrigatoriedade do compartilhamento com seu comprador, de sua rede de distribuição em todo território nacional. Assegura-se, assim, a distribuição e penetração por parte do comprador em todo território nacional onde a AMBEV estiver presente, estabelecendo-se igualdade de condições com aqueles produtos. Ressalta-se que em locais onde houver a distribuição direta, deverá a AMBEV distribuir pela sua rede própria, os produtos do comprador referentes ao mercado de cervejas, dispensando-se o comprador do pagamento da comissão de distribuição à AMBEV, nos primeiros 4 (quatro) anos.

Outras medidas foram determinadas e negociações ocorrem todos os dias, cabendo argumentações da AMBEV referente à criação de empresa nacional forte e com possibilidade de enfrentar as gigantescas multinacionais, mas também de seus concorrentes e do CADE, esclarecendo que a dominação do mercado, nos moldes apresentados no caso, ferem a liberdade de comércio, mas principalmente a liberdade de escolha de seu consumidor final.

V - CONCLUSÕES

Após anos de intervenção do Estado na área econômica, a economia brasileira encontra-se em uma fase de transição em termos de modelo e desenvolvimento.

Verifica-se que o desenvolvimento econômico leva, muitas vezes, grupos econômicos a concentrarem-se, visando maiores ganhos, aumento de sua produção e redução de seus custos. Entretanto, tais práticas podem afetar (e afetam) a livre (e justa) concorrência, justificando-se, assim, a intervenção estatal sobre tais operações:

"A concentração, em qualquer das suas modalidades, afeta o Direito Antitruste na medida em que pode gerar a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado sobre antigos concorrentes. Se ele(o Estado) não exerce esse controle hoje, nada impede que o venha exercer amanhã. Esta unificação (ou sua possibilidade), portanto, é a antítese da concorrência. Afinal, ao consumidor interessa dividir (os concorrentes) para reinar. Quando estes se unem, o consumidor perde a liberdade de escolha"¹⁰.

Deve-se entender que o que leva à concentração do poder econômico é simplesmente um ato jurídico realizado entre as empresas, não sendo relevante sua nomenclatura. É despidendo sua classificação em "fusão", "incorporação", etc... Cabe analisar se tal ato jurídico proporciona um ato de integração de forças econômicas, impossibilitando ou inviabilizando a superveniência de qualquer concorrente, ou criando um centro econômico unívoco, impedindo decisões e comportamentos diversos do estabelecido por esse ente controlador.

A concorrência deve ser livre, mas justa. Nunca a justiça foi viável se dissociada do poder soberano do Estado. Por tais motivos a intervenção é necessária, como necessária é a autonomia empresarial. Entretanto, os defensores dessa última nunca podem esquecer-se que a liberdade e os direitos dos cidadãos não podem ser retiradas do manto protetor do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

10 CARVALHO, Nuno T. P. As concentrações de empresas no direito antitruste. Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1995, p.95.

CARVALHO, Nuno T. P. As concentrações de empresas no direito antitruste. Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1995, p.95;

FAGUNDES, Jorge. Estado e defesa da concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, jan./mar. 1996;

Lei 8.884/94;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Ed. Malheiros, 25ª ed. São Paulo, 2000, p. 591;

NORONHA GOYOS JR., Durval. Ensaio sobre direito internacional. Ed. Observador Legal. São Paulo, 1999, p. 206;

OLIVEIRA, Gesner, Globalização, abertura e concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília, abr./jun. 1996;

PEREIRA, Edgard Antonio. Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste. Revista de Direito Econômico. Brasília, abr./jun. 1996;

SERRALVO, Amauri. Parecer Caso AMBEV. Ministério da Justiça - Procurador-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2000;

SILVA, Lúcia Helena Salgado e. Ato de Concentração n.º 24/94 - Requerente: Kolynos do Brasil Ltda. Ministério da Justiça - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 1996;

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS E DISCUSSÕES ATUAIS

Tatiana Lins Cruz

Introdução

I. Defesa da Concorrência no Brasil

I.1 Contexto Histórico

I.2 Cenário Atual

II. Defesa da Concorrência no Mercosul

III. Defesa da Concorrência nos Estados Unidos

IV. De Volta ao Brasil: Discussões Atuais

IV.1 Definição do “Primeiro Documento Vinculativo

IV.2. Órgãos Componentes do Sistema Brasileiro de
Defesa da Concorrência

IV.3. “Guia SEAE” e Medida Provisória nº 2.055/00

V. Conclusão

Introdução

“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.¹” (“Sherman Act”, seção 1).

“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: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.” (Lei nº 8.884/94, artigo 20).

“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general².” (Ley nº 22.262/80, artigo 1º)

“Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful³.” (“Federal Trade Commission Act”, seção 5).

“Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.” (Lei nº 8.884/94, artigo 54).

I. Defesa da Concorrência no Brasil

I.1. Contexto Histórico

1 Em tradução livre: Qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração que restrinja o comércio ou o negócio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras, é declarada ilegal.

2 Em tradução livre: Estão proibidos e serão sancionados de acordo com as normas da presente lei, os atos ou condutas relacionados com a produção e intercâmbio de bens e serviços, que limitem, restrinjam ou distorçam a concorrência ou que constituam abuso de uma posição dominante em um mercado, de modo que possa resultar em prejuízo para o interesse econômico geral.

3 Em tradução livre: Métodos desleais de concorrência que afetem ou sejam utilizados no comércio e atos ou práticas desleais ou fraudulentas que afetem ou sejam utilizadas no comércio são consideradas ilegais.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar da liberdade econômica, garantindo-a desde que dentro dos limites⁴, ou seja, a liberdade econômica foi garantida pela Constituição, porém o Estado poderia intervir na economia para resguardar a justiça, vida nacional e existência digna.

A Constituição Federal de 1937, também trouxe disposições sobre a liberdade de iniciativa e proteção à economia popular. A primeira disposição infra-constitucional brasileira, surgiu então em 1938 com o Decreto-Lei nº 869/38 que regulamentou o artigo 141 da Constituição que tratava da proteção à economia popular. Podemos dizer que este Decreto foi o embrião do combate de muitas práticas anticoncorrenciais que estão presentes nas legislações atuais tais como exclusividade de vendas, fixação de preços mediante acordo, provocação artificial da oscilação de preços, aumento arbitrário de lucros, dentre outros. Podemos dizer que os incisos II e III do artigo 20 da atual lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94) tiveram sua origem no Decreto-Lei 869/38.

Surge então, Agamenon Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, considerado hoje, o pioneiro do direito de defesa da concorrência brasileiro. A luta de Agamenon Magalhães contra o abuso do poder econômico revestia-se de nacionalismo e protecionismo. Muitos acreditam que a trajetória de Delmiro Gouveia, para manter sua fábrica de fios de algodão em uma região dominada por uma empresa inglesa, foi o fato que levou Agamenon Magalhães a combater o poder econômico, caracterizado pelo protecionismo à indústria nacional, pois Delmiro Gouveia acabou sendo morto, e seu corpo foi jogado nas águas do Rio São Francisco. Seus filhos, não se intimidaram e continuaram a luta do pai, mas a fábrica acabou sendo desativada e os equipamentos atirados no Rio São Francisco, mesmo local onde foi jogado o corpo de Delmiro⁵.

A luta de Agamenon Magalhães resultou no Decreto-Lei nº 7.666 de 1945, entretanto com a queda do então Presidente Getúlio Vargas, o referido Decreto foi revogado. Veio então, a Constituição de 1946 que pela primeira vez utilizou a expressão “abuso do poder econômico” em seu artigo 148⁶ Em

4Art. 115. “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica.”

5FORGIONI, Paula A., “Os Fundamentos do Antitruste”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 109-110.

6Art. 148. “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou socias, seja qual for

1951, a Lei nº 1.521, embora dispusesse sobre crimes contra a economia popular trouxe uma série de disposições de defesa da concorrência (embora não foi uma lei específica sobre o assunto).

Somente em 10 de setembro de 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137 o Brasil teve sua primeira lei que tratasse do direito da concorrência. Tal lei teve sua origem no projeto 122 de 1948 do então Deputado Agamenon Magalhães (daí dizer-se que ele foi o pioneiro na defesa da concorrência em nosso país⁷). A importância histórica da referida lei, deve-se também ao fato de ter criado em seu artigo 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

A Constituição Federal de 1998, trouxe um capítulo sobre a ordem econômica e financeira trazendo em seus artigos 170⁸ e 173⁹ normas gerais acerca da livre iniciativa e liberdade econômica e repressão ao abuso do poder econômico, dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Buscando aprimorar a defesa da concorrência em 1991 foi promulgada uma nova lei, qual seja, a Lei nº 8.158/91, decorrência da Medida Provisória nº 204/90 editada pelo governo para coibir os abusos no mercado brasileiro que havia sofrido uma recente abertura comercial e liberalização econômica. Tal Lei criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, cuja função era investigar as práticas abusivas, dando maior celeridade ao procedimento administrativo. Como a Lei nº 4.137/62 não foi revogada pela lei nº 8.158/91, CADE e SNDE passaram a atuar de forma integrada na repressão ao abuso do poder econômico.

Aos 11 de junho de 1994, foi promulgada a Lei nº 8.884/94 objetivando aperfeiçoar as normas brasileiras de defesa da concorrência.

I.2. Cenário Atual

a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

⁷Tendo Agamenon já falecido o projeto 122 de 1948 foi renovado, sem qualquer alterações, pelo filho dele, o Deputado Paulo Magalhães.

⁸ Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; (...).”

⁹ Art. 173, §4º. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...) §4º A Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 170, inciso IV a livre concorrência como um princípio geral da atividade econômica e em seu artigo 173, §4º estabeleceu a repressão por Lei ao abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Portanto, objetivando cumprir os ditames constitucionais foi promulgada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 cuja finalidade está prevista em seu artigo 1º a seguir transcrito: *“Esta Lei 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”*.

Para cumprir a sua finalidade a referida Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (“CADE”) em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Além do CADE, dois outros órgãos estão previstos na Lei, são eles: a Secretaria de Direito Econômico - SDE (“SDE”) vinculada ao Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE (“SEAE”) vinculada ao Ministério da Fazenda. Estes três órgãos compõem o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”).

Assim, a Lei busca combater o abuso¹⁰ do poder econômico através da atuação do CADE de duas formas distintas: (i) prevenção e (ii) repressão.

O CADE exerce sua função preventiva ao analisar os chamados atos de concentração conforme dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 abaixo transcrito:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) ou mais

10 abuso significa o mau uso, o uso que se perverteu.

de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

(...)”

Todo ato (aquisição, cisão, *joint venture*, fusão, etc) que se enquadre no *caput* do artigo deverá ser submetido à apreciação dos órgãos do SBDC previamente à efetivação da operação ou no prazo máximo de 15 dias úteis de sua realização (notificação posterior), conforme estabelece o par. 4º do referido artigo 54. Some-se a isso o fato do §3º do artigo 54 ter estabelecido dois requisitos objetivos para a submissão de tais atos de concentração, quais sejam: (i) participação de no mínimo 20% do mercado relevante envolvido na operação e (ii) faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões (em caso de grupo, deverão ser consideradas todas as empresas pertencentes ao grupo econômico e não apenas a empresa requerente).

Portanto, ao analisar tais atos de concentração o objetivo do CADE é verificar os potenciais efeitos negativos da concentração econômica decorrente da operação no mercado relevante identificado. Em linhas gerais a análise de tais atos é feita da seguinte forma: SEAE, SDE e Procuradoria do CADE emitem pareceres (cada um voltado para a análise de suas respectivas competências) sobre a operação e seus efeitos no mercado. Após, o Conselheiro-Relator elabora um relatório e então o ato entra na pauta de julgamento pelo plenário do CADE. No julgamento do ato de concentração o CADE poderá: (i) aprovar o ato sem restrições (mesmo aqueles que se enquadram no *caput* do artigo 54, desde que comprovadas as eficiências decorrentes da realização da operação¹¹) quando não houver prejuízos ou restrições da concorrência, (ii) aprovar o ato com restrições (ou ainda estabelecer um “Termo de Compromisso de Desempenho” às requerentes) quando não há prejuízo à concorrência e o domínio de mercado decorrente da operação é aceitável ou (iii) não aprovar o ato, tornando obrigatória o desfazimento da operação (em caso de notificação posterior) ou a não

11 Art. 54, par.1. § 1º. “O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”.

conclusão da operação (em caso de notificação prévia da operação) quando houver prejuízo à livre concorrência e dominação de mercado relevante.

O artigo 54, §5º da Lei, estabelece ainda que caso não seja obedecido o prazo para submissão da operação ao SBDC ensejará a aplicação de multa a ser imposta pelo plenário do CADE, quando do julgamento da operação que poderá variar entre 60.000 Ufirs e 6.000.000 de Ufirs, dependendo da capacidade econômica da empresa e o tempo decorrido entre a época em que a operação deveria ser apresentada e o tempo da real apresentação da operação ao SBDC.

O CADE exerce sua função repressiva ao analisar as chamadas práticas restritivas da livre concorrência conforme dispõe o artigo 21 da Lei nº 8.884/94 abaixo transcrito:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)”

A Lei descreve ainda em seu artigo 21 as condutas que quando praticadas com os objetivos elencados no artigo 20 serão consideradas infração à ordem econômica. Dentre as práticas previstas em tal artigo destacamos a venda casada, os acordos de exclusividade, cartéis e *dumping* (preço predatório).

A investigação de tais práticas inicia-se na SDE mediante representação de qualquer interessado, através da instauração de (i) averiguação preliminar (objetivam a identificação de indícios de que o ato possa estar produzindo efeitos negativos no mercado para instauração de processo administrativo) ou (ii) processo administrativo (há indícios suficientes para ensejar a investigação da prática. A averiguação preliminar poderá ser arquivada (devendo a SDE recorrer da decisão de ofício ao CADE) ou ser convertida em processo administrativo. Concluídas as investigações, o secretário da SDE poderá (i) sugerir o arquivamento do feito, concluindo que não foi configurada a infração à ordem econômica (decisão esta que deverá ser recorrida de ofício ao CADE) ou (ii) concluir pela existência de infração à

ordem econômica, sugerindo que o CADE aplique as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94¹².

A decisão final é sempre proferida pelo plenário do CADE que pode concluir pela inexistência de infração à ordem econômica ou concluir pela existência de tais infrações aplicando as penalidades previstas na Lei, tais como aplicação de multa e publicação da decisão condenatória. O CADE ainda pode, em qualquer fase do processo celebrar Medida Preventiva ou Compromisso de Cessação de Prática sob investigação.

II. Defesa da Concorrência no Mercosul

No Mercosul, ainda há muito que se pesquisar e desenvolver sobre a defesa da concorrência. Neste cenário, além do Brasil destaca-se a legislação de defesa da concorrência da Argentina, qual seja, a Lei nº 22.262/80. Esta lei entretanto, possui muitas diferenças quando comparada à nossa legislação atual.

Analisando tais diferenças o primeiro ponto a ser levantado são os próprios órgãos “guardiões da defesa da concorrência”. No Brasil, conforme já dito anteriormente, três são os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência: CADE, SEAE e SDE. Na Argentina temos a “*Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*”¹³ (CNDC)” cuja instância decisória é a *Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales*¹⁴.

Um segundo ponto importante a ser destacado quando comparamos a legislação brasileira com a Argentina é o fato de que enquanto nossa legislação se aplica a atos e práticas praticados em território nacional ou fora de nosso território, mas que aqui produzam efeitos, a legislação argentina trata apenas de condutas ocorridas na Argentina, não se aplicando a condutas que embora praticadas fora de seu território nele produzam efeitos.

Outro ponto a ser destacado é o que diz respeito ao controle dos chamados atos de concentração econômica. Conforme já explicitado no capítulo anterior nossa legislação busca proteger o mercado através da análise dos atos concentração, assim definidos os que se enquadram nos requisitos legais: (i) participação de mercado relevante igual ou superior a 20 % e (ii) faturamento do grupo econômico igual ou superior a R\$ 400 milhões. A Legislação da Argentina, entretanto, não faz qualquer menção a este tipo de

12 Vide artigos 23 a 25 da Lei nº 8.884/94.

13 Em tradução livre: Comissão Nacional de Defesa da Concorrência.

14 Em tradução livre: Secretaria de Estado de Comércio e Negócios Econômicos Internacionais.

controle. O Secretário de Estado de Comércio e Negociações Econômicas é competente para decidir em esfera administrativa se há um ato restritivo à concorrência e na esfera penal é competente para propor a ação penal correspondente.

A legislação da Argentina, tem um caráter de direito penal econômico, buscando punir não apenas a empresa, mas as pessoas responsáveis pela conduta ilícita. Desta forma, a legislação prevê, assim como no nosso direito penal, tipos penais que caracterizam as infrações. Portanto, em nossa legislação há apenas uma punição administrativa quando for caracterizada a conduta abusiva ou prejudicial a livre concorrência; entretanto na legislação argentina as punições puníveis podem ser administrativas e judiciais conforme abaixo transcrito¹⁵:

- **Sanções administrativas:** ordem de cessação ou abstenção da prática lesiva; multa; solicitação de dissolução ou liquidação da empresa e ordem para que não se inove a respeito da situação existente.
- **Sanções judiciais:** (i) pessoas físicas: prisão de um a seis anos e multa; (ii) pessoas jurídicas: multa pela qual respondem solidariamente o patrimônio da empresa e dos diretores; prisão de 1 a 6 anos dos diretores, representantes legais, mandatários gerentes, síndicos ou membros do Conselho de Vigilância que intervieram na prática do ato. De forma complementar, pode ser declarada a inabilitação dos envolvidos para exercer o comércio.

Ressaltamos ainda, que a lei da Argentina é silente quanto à imposição de compromissos de desempenho e quanto à possibilidade de consultas, estando presentes as medidas preventivas e a possibilidade de recurso administrativo.

No âmbito de Mercosul, existe uma grande preocupação no que diz respeito aos preços, mais especificamente à prática de *dumping*, sendo que os acordos e legislações hoje existentes refletem nitidamente esta preocupação, tendo-se debatido entre os países integrantes do Mercosul a necessidade da criação de um órgão antitruste supranacional para melhor combater os cartéis internacionais e analisar as megas fusões cuja frequência é cada vez maior.

III. Defesa da Concorrência nos Estados Unidos

15 NETO, Caio Mário da Silva Pereira, “Defesa da Concorrência no Mercosul”, In Revista de Direito Econômico, número 24, São Paulo, 1996, p.119-133.

Em 1890, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a primeira medida para combater os trustes. Tal medida foi proposta pelo Senador John Sherman e recebeu o nome de “*Sherman Antitrust Act*”. Antes da aprovação desta medida vários estados americanos já possuíam leis para combater o truste, porém restritas aos seus respectivos estados. O Congresso aprovou o “*Sherman Antitrust Act*” tendo em vista as oposições às concentrações de forças econômicas em grandes corporações e combinações de negócios entre elas. Uma multa de US\$ 5.000,00 e prisão de um ano eram as maior penalidades impostas a quem violasse as disposições do Ato. O “*Sherman Antitrust Act*” foi amplamente utilizado em 1911 pelo presidente Taft contra o “*Standart Oil trust*” e a “*American Tobacco Company*”.

Em 1914 foi aprovada uma emenda proposta por Henry De Lamar Clayton para esclarecer e complementar o “*Sherman Antitrust Act*”. Tal emenda ficou conhecida como “*Clayton Antitrust Act*”.

O “*Clayton Antitrust Act*” proibiu contratos de vendas exclusivas, redução de preços objetivando eliminar a concorrência e impôs condições à aquisição de ações por companhias que preenchessem os requisitos estabelecidos no Ato. As uniões de trabalhadores e as cooperativas agrícolas foram excluídas das combinações proibidas por resultarem em restrições ao livre comércio. O ato ainda, legalizou questões trabalhistas como greves, boicotes e piquetes, desde que pacíficos. Declarou ainda que: “*the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*”¹⁶.

Ainda em 1914, foi aprovado o “*Federal Trade Comission Act*” que criou e regulou a “*Federal Trade Comission*” (“FTC”).

A FTC é uma agência independente do governo americano, não político ou ligado ao governo, que passou a atuar em 1915. A FTC não tem jurisdição sobre bancos ou transportes coletivos, os quais estão sobre supervisão de outras agências.

A FTC é formada por cinco membros, indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado para exercerem um mandato de sete anos. A FTC é resultado do programa do Presidente Wilson para verificar o crescimento do monopólio e preservar a competição como um eficiente regulador da concorrência.

O objetivo da FTC pode ser definido como a manutenção da concorrência livre e justa no mercado americano, através do fortalecimento de leis antitrustes. O “*Federal Trade Comission Act*” combate portanto, métodos injustos de competição além do combate a propagandas abusivas e enganosas de mercadorias, medicamentos e cosméticos, por exemplo, além de manter o

16Em tradução livre: “O trabalho de um ser humano não é uma commodity ou um artigo de comércio.”

Congresso e os consumidores informados da eficiência das legislações antitrustes já existentes e alertando para situações que necessitariam ser reguladas por legislação.

Atualmente, o campo de atuação da FTC é maior, atuando ela sobre contratos de exclusividade, aquisições de ações, discriminação de preços, dentre outras práticas, podendo até mesmo proibir a execução de certas práticas quando forem restritivas à livre concorrência.

Por fim citamos também outros atos que contribuíram para o desenvolvimento da legislação antitruste nos Estados Unidos: *Robinson-Patman Act de 1.936*; *Hart-Scott-Rodino Antitrust action Improvement, de 1976* e *Wheeler-Lea Act de 1938*.

Outro importante órgão americano que merece destaque em nosso trabalho é o “*U.S. Department of Justice, Antitrust Division*” (“DOJ”).

O DOJ e a FTC são os órgãos responsáveis nos Estados Unidos pelo cumprimento das leis federais no que diz respeito às fusões. Em decorrência deste dever, os órgãos, em 1992, emitiram conjuntamente as chamadas “*Horizontal Merger Guidelines*”¹⁷, que trazem a estrutura analítica e padrões específicos utilizados pela FTC e pelo DOJ na análise de fusões que preencham os requisitos do “*Sherman Act*”, “*Clayton Act*” e “*Federal Trade Comission Act*”.

A importância deste capítulo não se deve apenas ao fato dos Estados Unidos serem o país cuja legislação é a mais avançada nesta área, mas também porque a legislação brasileira sofreu grande influência das normas norte-americanas de defesa da concorrência. Ressaltamos apenas que em nossa legislação pátria não existem a figura do truste (como existe na legislação americana). Por esse motivo muitos estudiosos e profissionais da área sustentam que o termo “legislação antitruste” não é adequado quando utilizado no contexto da legislação brasileira (justamente por não existir a figura do truste), sendo mais adequado a utilização do termo “legislação de defesa da concorrência”.

IV. De Volta ao Brasil: Discussões Atuais

Desde a edição da Lei nº 8.884/94 muito já se discutiu sobre a aplicação de conceitos da Lei de Defesa da Concorrência, tais como a definição de grupo econômico e a aplicação do critério de faturamento que envolve todo o grupo e não apenas a empresa requerente e apresentação de

17Em tradução livre: “Diretrizes para fusões.”

atos de concentração que se enquadram apenas no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Hoje, tais questionamentos já estão superados e novas discussões estão presentes na aplicação da legislação. Apresentaremos abaixo alguns pontos que tem gerado grandes dúvidas, discussões e debates para profissionais e estudiosos do direito da concorrência¹⁸.

IV. 1. Definição do “Primeiro Documento Vinculativo”

Objetivando esclarecer os critérios para submissão dos atos de concentração ao sistema brasileiro de defesa da concorrência, o CADE aprovou aos 19 de agosto de 1998, a Resolução nº 15 que trouxe em seu artigo 2º um novo marco para a contagem do prazo de 15 dias úteis para apresentação dos Atos de Concentração previsto no §4º do art. 54 da Lei 8884/94: *“o momento da realização da operação (...) será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”*.

Hoje, muito se discute acerca do que poderia ser considerado como o primeiro documento vinculativo firmado entre as partes, visto a dificuldade de se considerar um documento preliminar, como uma “carta de intenções” ou um “memorando de entendimentos”, como sendo o primeiro documento vinculativo tendo em vista que sendo preliminar não garante a realização efetiva da operação além da dificuldade maior de se precisar (e provar) o momento em que as partes deixam de atuar como competidores e passam a atuar como cooperadoras, principalmente quando a operação que será submetida à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência, é uma operação havida entre empresas estrangeiras com reflexos no mercado brasileiro. A falta de entendimento do “marco inicial” para contagem do prazo estabelecido em lei para apresentação da operação, tem gerado a aplicação de uma grande quantidade de multas por apresentação intempestiva.

IV. 2. Órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A recente renovação dos membros do Conselho do CADE e do Presidente abriu espaço para discussão da estrutura atual, sendo o sistema

180 objetivo do presente capítulo é ressaltar a importância de uma análise mais aprofundada dos temas que atualmente têm gerado discussões, ressaltando-se porém que a abordagem de tais temas é é isenta de quaisquer críticas ou opiniões pessoais.

brasileiro de defesa da concorrência formado por três órgãos distintos (como já melhor explicitado anteriormente): CADE, SEAE e SDE.

Recentemente foi anunciado pelo governo a criação de um grupo interministerial cuja função será a apresentação de um projeto de lei que crie uma Agência Nacional de Defesa da Concorrência e do Consumidor, devendo ainda definir se tal agência continuaria vinculada ao Ministério da Justiça ou então transferir esta nova agência para outro ministério. Com a criação da agência, ao contrário do modelo atual, existiria um único órgão com função de instrução, análise/investigação e julgamento dos atos de concentração e processos administrativos.

Desde o anúncio da criação deste grupo interministerial muitos tem se posicionado a favor da criação da Agência tendo em vista a desburocratização e agilização das decisões; outros porém mostram-se contrários à criação da Agência única defendendo a existência de órgãos independentes alertando para o fato de seria um problema a existência de um único órgão pois existe uma tendência de se condenar quando quem julga é a própria pessoa que acusou e investigou. Alega-se também que a junção de consumidor e concorrência em uma única Agência representa um grande retrocesso na cultura de defesa da concorrência que tem-se tentado desenvolver no Brasil, posto que a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) são legislações absolutamente distintas e que não devem ser confundidas.

IV.3. “Guia SEAE” e Medida Provisória nº 2.055/00

Em 01/07/99 foi publicada a Portaria SEAE nº 39 que definiu em seus *“Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração”* os procedimentos para a análise de atos de concentração, objetivando a homogeneização dos pareceres da Secretaria bem como a sistematização e o aprofundamento das análises empreendidas pela SEAE, com a finalidade de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados e tornar mais transparente a análise de atos de concentração realizados no âmbito da SEAE.

O Guia SEAE, como ficou conhecido, foi bastante elogiado pois trouxe importantes definições para a aplicação do direito da concorrência, além de esclarecer os pontos considerados na elaboração do parecer pela SEAE, mas também sofreu diversas críticas por tornar obrigatória a apresentação no momento da notificação da operação, de um extenso formulário intitulado “Questionário I” além do já existente “Anexo I”, o que

acabaria gerando um excesso de informações a serem prestadas pelas empresas Requerentes.

Aos 14 de agosto de 2.000, foi publicada a Medida Provisória nº 2.055, que amplia a atuação do CADE, SEAE e SDE na investigação de práticas anticoncorrenciais¹⁹. Alguns acreditam que essa Medida é benéfica por possibilitar aos órgãos de Defesa da Concorrência uma investigação adequada de práticas que possam prejudicar a livre concorrência; outros porém acreditam que a Medida Provisória extrapolou a competência dos órgãos e, há ainda quem discuta até a constitucionalidade desta Medida Provisória.

V. Conclusão

O presente trabalho objetivou apresentar questões importantes da Defesa da Concorrência, não apenas no Brasil, mas em outros países em que existe a preocupação da manutenção de uma concorrência livre e justa propiciando igualdade de condições para todos os seus participantes.

Mais do que uma simples análise de legislações, o presente trabalho buscou ressaltar a importância do conhecimento, estudo, aplicação e desenvolvimento da legislação de defesa da concorrência, uma vez que envolve não apenas o direito mas também relevantes questões econômicas.

O presente trabalho procurou enfatizar a importância do desenvolvimento de uma “Cultura de Defesa da Concorrência” para que nosso país seja um ponto de referência numa matéria de relevância crescente no cenário econômico atual de diversos países.

BIBLIOGRAFIA

BELO, Carlos Alberto. “Uma Avaliação da Política Antitruste frente às fusões e aquisições a partir do exemplo dos Estados Unidos” in Revista do IBRAC, volume 04, número 03, São Paulo, 1997, p. 09-35

DUTRA, Pedro. “A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do artigo 54 da Lei 8884/94” in Revista do IBRAC, volume 03, número 08, São Paulo, 1996, p. 05-24

19 A Medida ainda estabeleceu que a partir de 1º de janeiro de 2001, a Taxa Processual de que trata o inciso I do art. 5º da Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, será devida no valor de R\$ 45.000,00 devendo ser repartida entre CADE, SEAE e SDE.

DUTRA, Pedro. “A Concentração do Poder Econômico e a Função Preventiva do CADE” in Revista do IBRAC, volume 04, número 01, São Paulo, 1997, p. 05-19

FILHO, Calixto Salomão. “Direito Concorrencial, as Estruturas”, Editora Malheiros, São Paulo, 1998

FORGIONI, Paula A.. “Os Fundamentos do Antitruste”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. “Das Condições de Obrigatoriedade de Comunicação de Atos de Concentração” in Revista do IBRAC, volume 05, número 02, São Paulo, 1998, p. 07-15

KLAJMIC, Magali. “A Apuração das Práticas Restritivas da Concorrência - Averiguações Preliminares e Processos Administrativos.” in Revista do IBRAC, volume 06, número 02, São Paulo, 1999, p. 19-28.

NETO, Caio Mário da Silva Pereira. “Defesa da Concorrência no Mercosul” in Revista de Direito Econômico, número 24, São Paulo, 1996, p. 119-133

VAZ, Isabel. “Direito Econômico da Concorrência”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

- Legislações:

- *Clayton Antitrust Act*

- Constituição Federal de 1.998

- *Federal Trade Commission Act*

- *Horizontal Merger Guidelines*

- Lei nº 8.884/94

- *Ley de La Defensa de La Competencia Argentina* (Lei 22.262/80)

in Revista do IBRAC, volume 04, número 02, São Paulo, 1997, p.133

- Medida Provisória nº 2.055/00

- Portaria SEAE nº 39

- Resolução CADE nº 15/98

- *Sherman Antitrust Act*