

---

**PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE E ANTIDUMPING: ESTUDO COMPARATIVO DO ASPECTO CONSENSUAL NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO ACORDO DE LENIÊNCIA E NO COMPROMISSO DE PREÇOS.**

**Antitrust and Antidumping Administrative Process: Comparative Study of the Consensual Aspect in the Exercise of the Administrative Function in the Agreement Of Leniency And in the Commitment of Prices..**

---

Shirlei Silmara de Freitas Mello<sup>\*</sup>  
Michelle Malaquias Romanichen<sup>\*\*</sup>  
Auranda Blumenschein Andrade<sup>\*\*\*</sup>

**RESUMO:** Em primeiro lugar, o artigo trata acerca da evolução histórica do Estado no domínio econômico, que se mostra cada vez mais necessário para a garantia do princípio da livre concorrência, tendo em vista o contexto da sociedade capitalista. É realizada uma abordagem acerca do consensualismo na sociedade atual, bem como das vantagens de sua aplicação. São expostos os princípios relacionados ao consensualismo: princípio da eficiência, princípio da proporcionalidade, princípio da impessoalidade, dentre outros. É feita a exposição do processo administrativo antitruste e do processo administrativo antidumping, assim como dos institutos, presentes nos dois processos, nos quais é possível a utilização do consenso entre a Administração Pública e administrados, quais sejam o acordo de leniência e o compromisso de preços.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Administrativo Antitruste. Processo Administrativo Antidumping. Acordo de Leniência. Compromisso de Preços. Consensualismo.

**ABSTRACT:** In first place, the article treats of the historical evolution of the State in the economical domain, that is shown more and more necessary for the guarantee of the principle of the free competition, having in view the context of the capitalist society. An approach is accomplished about the consensualism in the current society, as well as of the advantages of its application. Are exposed the principles related to the consensualism: principle of the efficiency, principle of the proportionality, principle of the impersonality, among others. It is made the exhibition of the antitrust administrative process and of the antidumping administrative process, as well as of the institutes, present in both processes, in which it is possible the use of the consense between the Public Administration and administered, which are the leniency agreement and the commitment of prices.

**KEYWORDS:** Process Administrative Antitrust. Antidumping Administrative Process. Agreement of Leniency. Commitment of Prices. Consensualism.

## INTRODUÇÃO

O princípio da livre concorrência se baseia no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida ou destruída por agentes econômicos com poder de mercado. Assim, o Estado tem o dever de zelar para que estes sujeitos não a prejudiquem.

Atualmente a intervenção do Estado na economia faz-se imprescindível para o equilíbrio do mercado, com a proteção da livre concorrência e a repressão aos abusos de poder econômico, que causam grandes prejuízos para a coletividade. Todavia, tal intervenção deve se ater às estipulações legais e aos princípios da ordem econômica, bem como aos princípios gestores do Direito Administrativo.

---

<sup>\*</sup> Professora da Disciplina Direito Administrativo da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito pela UFMG, sobre a temática "Medida Preventiva e Processo Administrativo na Lei nº 9784/99".

<sup>\*\*</sup> Discente do 4º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG).

<sup>\*\*\*</sup> Discente do 4º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – Brasil (UFU/MG). Participante do Programa de Mobilidade Estudantil – ANDIFES – UFU/UFU.

Nesse diapasão, a Administração Pública dispõe de meios para que seja efetuada a proteção do interesse público, utilizando-se do chamado poder extroverso e do consensualismo. Este, que corresponde à tendência ao diálogo e à participação, deve respeitar a ordem normativa e tem se mostrado uma ferramenta eficiente para o combate e para a prevenção das infrações contra a ordem econômica, possuindo grande relevância no contexto atual.

O presente artigo tem por escopo proceder à análise do consensualismo no contexto do Processo Administrativo Antitruste e Antidumping, ressaltando a sua influência nos acordos de leniência e nos compromissos de preços, buscando abarcar os seus fundamentos, sua efetividade e as suas bases principiológicas.

O método utilizado para a pesquisa do tema proposto foi composto por duas vertentes: a doutrinária, consubstanciada no Direito Administrativo e no Direito Constitucional, e a pesquisa legislativa.

Empregamos como procedimento metodológico o raciocínio lógico dedutivo. Fizemos um exame minucioso da bibliográfica encontrada sobre o tema, buscando conhecer amplamente o aspecto doutrinário que envolve o assunto. Houve a necessidade de uma análise extensa da produção legislativa acerca da matéria tratada visando o estudo analítico e interpretativo de dados existentes no conteúdo das normas.

O estudo doutrinário e a pesquisa legislativa forneceram um grande embasamento para a elaboração do artigo, ampliando o entendimento a respeito do tema, proporcionando segurança para a exposição das ideias apresentadas a seguir.

## 1 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Em Roma o monopólio<sup>1</sup> do sal assegurava ao governo grande parte de seus rendimentos, fazendo com que o número de monopólios concedidos aos particulares mediante remuneração aumentasse consideravelmente. Em 483, foi elaborado o Édito de Zenão, que regulamentava esses monopólios e os acordos de preços, o que demonstra que na Antiguidade já existia a preocupação com os abusos que podem advir das relações econômicas.

Na Idade Média a circulação de gêneros alimentícios estava ligada a fatores sociais e políticos. O Estado interferia ferrenhamente na economia, tendo prelação na aquisição de mercadorias que se destinavam ao abastecimento dos estoques para a manutenção dos militares e da população das cidades, nos períodos de crise. Posteriormente houve o surgimento das corporações de ofício que asseguravam o monopólio. Aqueles que não fossem membros da corporação estariam impedidos de exercer a atividade por ela regulamentada. A produção era controlada por estas instituições privadas, que conseqüentemente manipulavam os preços e o mercado.

Em 1940, Carlos V, promulgou uma lei vedando os monopólios, retomando a intervenção Estatal na economia, o que perdurou durante todo o mercantilismo, fase em que houve a prevalência dos regimes monárquicos. Os monopólios passaram a ser divididos em lícitos, quando autorizados pelo soberano, e ilícitos.

<sup>1</sup> O monopólio é a situação em que há apenas um fornecedor de um determinado bem ou serviço. Nesses casos, o monopolista pode diminuir sua produção para elevar os preços até atingir o ponto em que a quantidade produzida, multiplicada pelo preço praticado, gera à empresa o lucro máximo. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

Os países europeus controlavam a exploração e a comercialização dos produtos advindos das colônias, que não forneciam nenhum tipo de concorrência às metrópoles, em virtude do “pacto colonial”. Em função da concessão desse monopólio aos particulares os soberanos recebiam impostos e taxas, garantindo o contínuo enriquecimento destes. No final do século XVI estes monopólios começam a ser contestados e em 1624 o parlamento inglês impediu a concessão dos monopólios com o intuito de tolher o poder dos reis.

No final do século XVIII, com o advento do Liberalismo Econômico, apoiado na obra de Adam Smith, a atuação do Estado na economia foi refutada. Neste período viveu o entendimento de que qualquer intervenção Estatal seria prejudicial já que o mercado era capaz de se auto-regular.

A plena liberdade de contratar, chamada de autonomia da vontade, privilegiava o economicamente mais forte, que utilizava a sua posição superior para auferir vantagens em detrimento dos menos favorecidos. Então, com a derrocada do capitalismo em 1929, observou-se que o afastamento entre Estado e economia provocava efeitos nefastos, ampliando as disparidades entre as classes sociais, tornando os ricos cada vez mais abastados e os pobres cada vez mais carentes, e que a intervenção estatal seria imprescindível para a manutenção do próprio sistema capitalista.

Ante a essa situação, com o incentivo de teorias que pregavam a relevância interesse público sobre o particular, o Estado se mobilizou na tentativa de controlar a economia e, com isso, reduzir a ampla liberdade que provocava inúmeros prejuízos sociais, passando a figurar como um regulador da atividade econômica, buscando a melhora das condições de vida da coletividade, gerando o chamado Estado Moderno.

No Brasil, a Constituição de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã” primou pela Superioridade do Interesse Público e a sua Indisponibilidade, sobrepondo o interesse da coletividade aos interesses individuais, ratificando a intervenção do Estado no domínio econômico, trazendo a livre iniciativa e a defesa da ordem econômica como princípios.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 791):

Por força do princípio estatuído no art. 170, IV, relativo à *livre concorrência*, e no inc. V do mesmo artigo que impõe a defesa do consumidor, é dever do Estado repelir o uso incorreto do poder econômico, isto é, de modo gravoso para os princípios da ordem econômica. Assim, o artigo 173, § 4º, dispõe que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico<sup>2</sup>, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A lei a que se refere o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, é a Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste que, apesar do nome, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica em geral, e não apenas ao combate dos trustes.

A concorrência faz-se extremamente importante, pois, além de manter os preços no menor patamar possível, instiga os ofertantes de bens e serviços a investirem em novas tecnologias e na qualidade dos produtos, com o fim de não perderem clientes para concorrentes

<sup>2</sup> O abuso do poder econômico pode assumir as mais variadas modalidades, visando sempre o açambarcamento dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, neste caso mediante um excessivo e injustificável aumento de preços. (2000, p. 650)

mais atentos às necessidades e tendências do mercado. Assim, além de manter os preços mais baixos, incentiva a criatividade, inovação trazendo consequentes benefícios sociais. Os preços serão baseados na oferta e na demanda do bem no mercado, refletindo quais ramos demandam a realização de investimentos, em vista das necessidades apresentadas pela sociedade.

Destarte, o princípio da livre concorrência “baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado<sup>3</sup>. Nesse sentido, é dever do Estado zelar para que as organizações com poder de mercado não abusem deste poder de forma a prejudicar a livre concorrência.” (Guia CADE, p.9).

Com o que foi apresentado fica claro que a intervenção estatal é imprescindível para o equilíbrio do mercado, com a proteção da livre concorrência e a repressão aos abusos de poder econômico. Contudo, a ingerência do Estado deve observar as estipulações legais, sendo uma exceção à liberdade individual, com vistas a suprir as necessidades da coletividade, respeitando os princípios da ordem econômica (artigo 170 da CF), da Razoabilidade, Moralidade, Legalidade, entre outros.

## 2 O CONSENSUALISMO: A TENDÊNCIA AO DIÁLOGO E À PARTICIPAÇÃO.

A Administração Pública dispõe de meios para que seja efetuada a proteção dos interesses da coletividade. Utiliza-se, para tal tarefa, de prerrogativas e poderes que lhe são inerentes. Desse modo, o Estado utiliza-se, em algumas situações, do chamado poder extroverso para garantir a supremacia do interesse público. Tal poder, também conhecido como “poder de império” se caracteriza pela atividade Estatal de constituir obrigações, de modo imperativo, para terceiros administrados.

A mutabilidade observada em nossa sociedade torna a via Legislativa insuficiente diante de tantas possibilidades, fazendo com que, a mera aplicação da regra legal nem sempre seja o melhor meio para a obtenção dos objetivos pugnados pelo Estado, consistentes na satisfação dos interesses e necessidades da coletividade. Além disso, tendo por consideração da situação de Estado Democrático de Direito vivida no país, é de se atentar ao fato de que a utilização de instrumentos jurídicos de autoridade pelo Estado deve se efetuar, na medida do possível, em hipóteses de extrema necessidade. Os fins visados, quaisquer que sejam sua natureza, na maioria das vezes podem ser efetivamente alcançados com a utilização da forma consensual, não impositiva. De tal modo, é um paradoxo que a Administração Pública opte pela utilização de mecanismos coercitivos, que se configuram mais gravosos para as questões expostas e, muitas das vezes, não tão eficazes quanto os meios consensuais.

Com o desenvolvimento e a expansão das atividades econômicas há a necessidade do aumento da intervenção da Administração Pública, para evitar abusos de poder econômico e possibilitar a efetividade da livre concorrência. Isso, como observa Alexandre Santos Aragão (2005, p. 2), acarreta a ampliação do número de atividades reguladas pelo Estado, e consequentemente do número de interesses, públicos e particulares, envolvidos. Assim, para que decisões, cada vez mais

<sup>3</sup> Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 dezembro 2008.

complexas, sejam dotadas de segurança, é imprescindível que sejam tomadas com cautela e em consenso com os particulares que serão atingidos por elas.

De um lado a sociedade pugna pela atuação Estatal, visando a melhora em suas condições de vida, de outro, a falta de recursos, a burocracia desnecessária, o número exorbitante de processos travancados, impedem o provimento tempestivo dos clamores sociais, o que acarreta um série de danos, já que o interesse público fica sobremaneira prejudicado. Ante a esta situação o consenso, a participação, o diálogo, proporcionam um relativo aumento da eficiência da atividade administrativa, já que a consubstanciação dos objetivos se torna maior com menos gravames para as partes envolvidas.

Quando o Estado, através dos órgãos da Administração Pública, utiliza-se do poder extroverso, deixa de proporcionar aos administrados soluções alternativas para os conflitos existentes. Assim, quando houver a possibilidade de realização do interesse público através da atuação consensual legítima, as medidas coercitivas deverão ser poupadas, por se apresentarem desproporcionais e desnecessárias.

A respeito do exposto, as palavras de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, (2008):

A expansão do consensualismo na administração pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada Administração consensual, e a mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica do consenso.

O diálogo e a participação ratificam o Estado Democrático de Direito, ao possibilitarem a parceria entre o setor público e o privado, o exercício da democracia e da cidadania. As negociações despertam o desejo de colaboração dos particulares, por isso, a adoção dos atos consensuais em lugar da utilização do poder extroverso pela Administração Pública, minora as chances de descumprimento das medidas adotadas e os efeitos negativos que podem advir da ingerência estatal.

É importante considerar que o consensualismo deve preponderar sobre o formalismo exacerbado, sendo preferível a solução do conflito pacificamente à formalidade despida de razão.

A consensualidade aproxima-se dos atos e poderes administrativos discricionários, tendo em vista a possibilidade de flexibilização das decisões, resultante do juízo de conveniência e oportunidade. Nos atos vinculados o consenso deve ser usado como forma de realização das normas administrativas aplicáveis ao caso, não olvidando a existência de princípios, como o da razoabilidade, que possibilitam ajuste às peculiaridades de cada caso.

O consensualismo pode fazer com que os problemas sejam solucionados de forma mais célere e eficiente, possuindo suma importância, não excluindo, porém, a imperatividade, da qual decorre o poder extroverso. De acordo com os ensinamentos de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 95): “A consensualidade não exclui, porém, a imperatividade, senão que com ela coexiste *in potentia*, restrita ao que a lei estabeleça como indisponível”.

A tendência ao diálogo e à participação é o caminho que tem se mostrado mais viável à promoção de uma relação harmônica e pacífica entre administrados e Administração Pública, no Estado Democrático de Direito. A possibilidade de transação entre os dois pólos dessa relação tão interdependente facilitaria sobremaneira a satisfação das controvérsias existentes, de maneira menos onerosa para o cidadão, mais eficiente para o Estado.

Cabe a ressalva de que, apesar das vantagens que podem ser proporcionadas, o consensualismo deve ser visto como cautela, já que pode ser usado como meio de realização de favores, incrementando a taxa de corrupção. A adoção de um meio inovador, diverso da aplicação pura da lei, deve ser fortemente alicerçada nos princípios da Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, para que a segurança das decisões seja garantida, fazendo com que os objetivos visados não sejam alterados, não se tornando um meio para a concessão de vantagens particulares indevidas, ratificando a superioridade do interesse público e a sua indisponibilidade.

### 3 CONSIDERAÇÕES PRINCIPOLÓGICAS

A adoção de um meio inovador, flexível, como o consensualismo, que envolve uma série de negociações e acordos, deve ser fortemente alicerçada nos princípios da Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Impessoalidade, entre outros, para que a segurança das decisões seja garantida, fazendo com que os objetivos de interesse público visados não sejam alterados. Se não houver o estrito respeito às bases principiológicas a tendência ao diálogo e a participação acabará servindo como meio para a concessão de vantagens particulares indevidas, para o aumento da corrupção, ou seja, para a utilização da “máquina pública” a favor de poucos indivíduos em detrimento da coletividade.

O consensualismo está vinculado aos princípios da Verdade Material e da Razoabilidade. O primeiro é a norma jurídica que impõe ao administrador e aos administrados o dever de, conjuntamente, buscar aquilo que mais se aproxime da realidade fática. Nos acordos de leniência, que são o meio mais eficaz para o combate e prevenção dos cartéis, a cooperação do infrator faz com que a administração pública se aproxime ao máximo do que efetivamente ocorre de forma mais fácil, segura e célere. Já a razoabilidade envolve a necessidade, a proporcionalidade e a adequação do ato, para a obtenção dos resultados visados na relação entre Administração e particular, com os menores gravames possíveis. Ante a possibilidade de escolha entre um meio de atuação estatal repressiva e um meio consensual, devem ser consideradas as vantagens e desvantagens, optando-se pela via mais vantajosa ao interesse público.

Além disso, é importante ressaltar que o princípio da razoabilidade é o instrumento de resolução dos conflitos entre os princípios jurídicos, existentes, por exemplo, quando se trata da defesa da ordem econômica. De um lado fica o princípio da livre iniciativa, do outro o dever de o Estado proporcionar a sanidade do mercado regulando e até mesmo restando tal liberdade. Assim, tomando como base o princípio da razoabilidade a SBDC irá regular a livre iniciativa, a atuação das empresas, garantindo a organização e o bom funcionamento do mercado e os consequentes benefícios para a sociedade.

Se empregado com cautela, o consensualismo atende perfeitamente ao princípio da eficiência, que está ligado ao conjunto de metas do Estado que visam proporcionar o melhor cumprimento do interesse público, considerando os meios mais aptos para a realização e consagração do interesse público. Aberto o diálogo com o administrado a dissolução das contravérsias existentes torna-se mais rápida e as chances descumprimento das decisões tornam-se menores, ampliando-se, assim, a efetivação dos resultados visados pela sociedade.

A Administração Pública tem o dever de tratar todos que estiverem na mesma situação jurídica de forma equivalente, ensejando oportunidades iguais, em observância ao princípio da Impessoalidade. Desta forma o consensualismo não pode ser usado como uma

forma de privilegiar certos indivíduos, geralmente dotados de grande poder econômico, em detrimento de outros, bem como não deve ser usado como meio de promoção da pessoa do agente público, que não age em nome próprio e sim do Estado. Nesse diapasão não podemos olvidar o princípio da Moralidade, que cria para o administrador público o dever de agir com probidade e boa-fé, dentro de parâmetros considerados morais.

Para que o consensualismo gere efeitos benéficos à sociedade é necessário, como já foi dito, que todas as negociações e acordos caminhem em conformidade com os princípios administrativos, tendo sido citados os mais relevantes.

## 4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE E O ACORDO DE LENIÊNCIA

### 4.1 A Lei 8.884/94 – Lei Antitruste

No Brasil o direito antitruste não surge com o fim precípua de manter a livre concorrência em face do liberalismo econômico. Nasceu, com o escopo de resguardar os consumidores, destinatários finais das relações entre os agentes econômicos, sendo uma forma de repressão ao abuso de poder econômico.

O Decreto-lei 869 de 1938 foi o primeiro a regular a matéria antitruste, e exerce influências até hoje. Em 1945, o Decreto-lei 7.666, conhecido como Lei Malaia, criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, porém, o texto legal foi revogado quando Getúlio Vargas deixou o poder, não tendo produzido efeitos.

A Constituição Federal de 1946 trouxe, pela primeira vez de forma expressa, o princípio da repressão ao abuso de poder econômico, imprescindível ante a evolução industrial no país. Assim, em 1951, a Lei 1.521, que dizia alterar a legislação vigente sobre crime contra a economia popular, trouxe várias disposições antitruste.

Só em 1962 passou a vigor a Lei 4.137, diploma legal que especificamente regulou a repressão ao abuso de poder econômico e que ensejou vários debates. De um lado ficavam aqueles que defendiam que o poder econômico é algo natural em uma economia capitalista, não havendo nenhum instrumento capaz de detê-lo, do outro, os que pregam os malefícios do poder econômico, pugnando por uma legislação que o refreasse. A referida lei não surtiu muitos efeitos, tendo sido considerada desprovida de eficácia material, já que a intervenção do Poder Judiciário na defesa dos direitos e garantias individuais tolheu a atuação do CADE. A maior parte das decisões do Conselho teve seus efeitos suspensos por mandados de segurança impetrados pelos condenados.

Em 1991, com a expansão do mercado brasileiro, tanto em âmbito nacional quanto internacional, houve a busca pela abertura desse mercado e a liberalização da economia ao mesmo tempo em que se tornou evidente a necessidade da criação de mecanismos que refreassem os desequilíbrios que poderiam advir da atuação livre dos agentes econômicos no mercado. Nesse contexto o governo lançou mão da Medida Provisória 204, posteriormente convertida na Lei 8.158, que, com a criação da SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico, visou dar mais celeridade à apuração das práticas que violassem a ordem econômica. Tal texto legal acabou servindo como um instrumento político, de ameaça e retaliação, nas mãos do governo e da imprensa, contra determinados agentes econômicos, não sendo, por isso, efetivo no combate das disfunções do mercado, sendo visto com maus olhos pela população.

*R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 2, p. 199-219, jul. /dez. 2009*

Com a finalidade de atender as estipulações constitucionais, trazidas no § 4º do artigo 173 da Carta Magna, foi editada a Lei 8.884 – Lei Antitruste, que aperfeiçoou a matéria no Brasil, dando eficácia à repressão dos abusos contra a ordem econômica. Esta é a Lei de Defesa da Concorrência. Sua finalidade é a de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, baseando-se na liberdade de iniciativa e livre concorrência. Entre outros pontos, esta Lei estabelece a forma de implementação da política de concorrência no país, dispondo sobre a competência dos órgãos encarregados de zelar pela prevenção e repressão de abusos do poder econômico. (Guia CADE, p.11).

A Lei transformou o CADE em uma autarquia e não obstante ser chamada de Antitruste dispõe sobre uma série de infrações, que não apenas o truste. Devemos, por isso, entender o truste como gênero, do qual o cartel, por exemplo, é espécie, ou seja, como a imposição das grandes empresas sobre as menores visando afastá-las do mercado ou submetê-las às políticas de preços do maior vendedor. O art. 20 enuncia que constituem infrações da ordem econômica, independentemente de culpa, quaisquer atos tendentes limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante<sup>4</sup> de bens ou serviços (a não ser que a dominação resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores), aumentar arbitrariamente os lucros, exercer de forma abusiva posição dominante. Já o artigo 21 traz um rol exemplificativo de condutas consideradas abusivas à ordem econômica.

O CADE é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, sendo uma Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial. Por isso, após receber o processo instruído pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e/ou pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), o CADE tem a tarefa de julgar as matérias que lhe forem apresentadas. Enquanto às secretarias cabe o papel de instruir os atos de concentração e de investigar possíveis ilícitos concorrenciais, ao CADE cabe o julgamento dos processos.

A Medida Provisória n.º 813, de 1º de janeiro de 1995 criou a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão específico e singular do Ministério da Fazenda. É o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajustes e revisões de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração. Emite pareceres econômicos em atos de concentração, investiga condutas para oferecer representação à SDE, bem como elabora facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE), é um órgão do Ministério da Justiça. Por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), instrui processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e atos de concentração, enviando seus pareceres, não vinculativos, ao CADE, sendo também responsável por coordenar a política nacional de Defesa do Consumidor. Assim, em resumo, é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica.

<sup>4</sup> O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. Define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

A SDE também funciona como Secretaria Executiva do Conselho Gestor do Fundo de Direitos Difusos, que prima pela aprovação de projetos que visam à reparação de direitos difusos lesados, onde se enquadram os direitos do consumidor. Essa ressalva é importante, pois, nos Termos de Cessação de Condutas, sobre os quais falaremos mais adiante, são fixadas multas para aqueles que cometem infrações contra a ordem econômica. Tais penalidades são destinadas ao referido fundo, destinado à ao ressarcimento dos prejuízos causados pelos agentes econômicos infratores.

A celebração dos acordos de leniência também fica a cargo da SDE. Esses acordos provocam a extinção ou a redução de até dois terços das penalidades aplicáveis àqueles que cometem alguma das infrações prevista na Lei 8.884/94, desde que estes colaborem efetivamente com as investigações. Pautam-se no fato de que, para a sociedade, é mais vantajoso conceder benefícios àquele participante da infração que queira pôr um fim à conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência, garantindo a condenação da prática abusiva como um todo, do que, imperativamente, punir uma só pessoa, deixando que a prática abusiva, que envolve mais pessoas, continue a infringir a ordem econômica.

O CADE, a SEAE/MF e a SDE/MJ, formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), responsável pela prevenção e repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, primando pela manutenção de relações concorrenciais benéficas à economia. Cabe lembrar que a concorrência propicia a manutenção de preços baixos, além de incentivar o aprimoramento dos meios de produção, o aumento da qualidade e variedade de produtos, favorecendo o consumidor e o desenvolvimento de nossa economia.

O SBDC possui três funções precípua: a prevenção, a repressão e a educação. A função preventiva consiste na análise das operações de concentração<sup>5</sup> e cooperação econômica. Tais operações devem ser notificadas ao SBDC em até 15 dias úteis da realização da operação, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 54 da Lei n. 8.884/94. Já a função repressiva está ligada à investigação e punição de condutas anticompetitivas, exemplificadas no artigo 21 da Lei 8.884/94, como os cartéis<sup>6</sup>, que causam prejuízos imensuráveis aos consumidores e à economia.

A mais interessante das funções do SBDC, e que em longo prazo pode produzir maiores resultados que as demais é a função educativa. Esta se dá por meio da difusão da cultura da concorrência. O SBDC promove seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas para difundir a importância da concorrência para a

<sup>5</sup> Os atos de concentração podem ser horizontais ou verticais. Uma concentração horizontal ocorre em operações que envolvem agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si. A concentração (ou integração) vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

<sup>6</sup> O cartel é uma das formas mais comuns de infração à ordem econômica, que geralmente envolve inúmeras empresas sendo veementemente combatido. Os acordos de leniência vêm sendo amplamente utilizados, logrando êxito, no combate desse tipo de infração. No site da SDE encontramos a seguinte definição: Cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o consequente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/data/pages>>. Acesso em 02 dez.2008.

sociedade. Nesse âmbito, tem sido crescente a interação entre as autoridades de defesa da concorrência e aquelas voltadas para a defesa do consumidor. Para o cumprimento deste papel, é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo.

#### 4.2 O Processo Administrativo Antitruste – Da Instauração Ao Julgamento

Quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração imediata do processo administrativo, a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou mediante representação de qualquer interessado. A representação do interessado deverá ser feita, obrigatoriamente, de forma escrita, devendo ser fundamentada. Nessa fase a Secretaria de Defesa Econômica poderá adotar medidas preventivas para evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação aos mercados afetados.

Após as investigações preliminares, que devem ser concluídas em 60 (sessenta) dias, a SDE, na figura de seu secretário, determinará a instauração do processo administrativo ou seu arquivamento. No caso de arquivamento a SDE recorrerá de ofício ao CADE. O processo administrativo será instaurado por despacho fundamentado, que indica os fatos a serem apurados, em no máximo 8 (oito) dias, contados do fim das averiguações preliminares, da representação ou do conhecimento do fato.

Esgotado o prazo para a apresentação da defesa a SDE determinará a produção de diligências e provas, a serem apresentadas no prazo de 15 (quinze dias). O Secretário da SDE poderá determinar se necessário, a inspeção da sede social da empresa, estabelecimento, escritório, filial. Durante essa fase, computadores, objetos, documentos, poderão ser examinados, sendo permitida a extração de cópias de quaisquer uns desses materiais. Cabe esclarecer que a inspeccionada deve ser notificada com no mínimo vinte e quatro horas de antecedência.

Em razão do interesse público tutelado, a SDE e a SEAE podem determinar que as ações e diligências feitas durante as averiguações preliminares e no decorrer do processo administrativo corram sob sigilo, nos casos em que a falta deste pode acarretar prejuízos, muitas vezes irreparáveis. A SEAE será informada da instauração do processo através de um ofício<sup>7</sup>, podendo emitir parecer, até o momento de encerramento da instrução processual, sobre as matérias de sua especialidade, ligadas geralmente aos preços do mercado e às tarifas públicas.

Após a conclusão da instrução o representado será notificado para apresentar alegações finais no prazo de 5 (cinco) dias. Decorrido o prazo, a SDE elaborará um relatório fundamentado, onde decidirá pela remessa dos autos para o CADE para julgamento, ou pelo arquivamento, neste caso recorrerá de ofício ao Conselho de Defesa Econômica.

Quando o processo administrativo chega ao CADE, é distribuído mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas para a Procuradoria, que deverá se manifestar no prazo de 20 (vinte) dias. Quando o Relator julgar que os elementos constantes nos autos são insuficientes para a construção de sua convicção, poderão ser determinadas diligências complementares ou a prestação de informações e esclarecimentos, a propósito dos assuntos discutidos no processo. A decisão do CADE será sempre fundamentada e deverá ser publicada no Diário Oficial da União em 5 (cinco) dias.

<sup>7</sup> O ofício é uma das formas de exteriorização da vontade da Administração Pública. Especificamente consiste no meio pelo qual os agentes administrativos (autoridades) se comunicam formalmente.

A decisão que julgar existente infração à ordem econômica deverá conter, nos termos do artigo 46, da Lei 8.884/94: a especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-las cessar; o prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências determinadas; a multa fixada e a multa diária no caso de continuidade da infração.

No caso de descumprimento da decisão o Presidente do CADE será informado e determinará que o Procurador-Geral providencie a execução judicial. Cabe ressaltar que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica fazem a chamada coisa julgada administrativa, não comportando revisão no âmbito Executivo, podendo, porém, ser revistas pelo Poder Judiciário.

Antes do início da sessão de julgamento, no decorrer do processo administrativo, pode ser efetuado o *termo de compromisso de cessação*, conhecido como TCC. A celebração do TCC é discricionária, ou seja, o CADE, órgão responsável, pautado em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode efetuar o acordo se entender que atende aos interesses públicos tutelados por lei. O TCC, assim como o acordo de leniência, é uma forma de aplicação do consensualismo, refletindo a tendência ao diálogo e à participação do Estado, observada atualmente.

A celebração de um TCC reduz consideravelmente o tempo gasto com as investigações da prática infringente à ordem econômica e o dispêndio de recursos públicos, havendo o recolhimento imediato de multa pecuniária. A economia de recursos e tempo, que é incrementada pelo fato de o investigado não precisar recorrer ao Poder Judiciário, possibilita a ampliação do número de investigações.

Além disso, a realização desses acordos torna a instrução do processo administrativo em curso contra os demais investigados mais célere, eficiente e precisa, já que haverá a cooperação ativa do interessado que assinar o acordo, tornado a atuação da Administração pública mais eficiente. O investigado que participa do TCC tem menores chances de descumprir as determinações impostas, já que anuiu ao termo de forma consensual, aumentando a efetividade das decisões estatais.

A SDE, que emite pareceres não vinculativos ao CADE sobre a realização desses acordos, entende que a celebração de um TCC apenas atenderá aos fins de interesse público colimados, se os termos do acordo forem aptos a preservar o Programa de Leniência; desencorajar futuras práticas lesivas à concorrência; e não prejudicar os meios que a administração possui para punir as práticas anticoncorrenciais, bem como as ações privadas de indenização pelos prejuízos causados pela prática abusiva. Assim, defende que a multa fixada no TCC, destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, seja relevante, ou seja, capaz de desencorajar a continuação da conduta reprimida.

Se a penalidade pecuniária não for considerável a empresa infratora tende a continuar a prática ilícita, utilizando o TCC como uma forma de se esquivar das responsabilidades perante a sociedade, ou seja, somente quando o Poder Público, ao detectar a infração por investigação própria, obtivesse provas suficientes para a condenação, a empresa celebraria o acordo, no início do processo momento no qual não foi realizada instrução probatória, sem reconhecimento de participação na prática e sem exigência de colaboração ativa com as investigações. Isso prejudicaria a efetivação de Acordos de Leniência, que só são cabíveis quando a Administração Pública não dispõe de provas suficientes para a condenação da empresa, necessitando da confissão da prática do ilícito e do compromisso de cooperação plena com as investigações.

*R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 2, p. 199-219, jul. /dez. 2009*

Por isso, com fulcro no atendimento ao interesse público a SDE entende que os TCCs devem ser celebrados mediante a confissão da participação na infração, bem como com o compromisso de participação nas investigações, já que isto diminui as chances de reincidência, possibilita a efetiva persecução administrativa e não dá prelação a esse tipo de acordo em detrimento dos Acordos de Leniência, que são os meios mais eficientes para o combate das infrações contra a ordem econômica.

No curso do acordo o processo administrativo ficará suspenso em relação ao investigado que procedeu ao acordo e será arquivado no esgotamento do prazo estipulado, se todas as condições previstas no termo tiverem sido atendidas. Se o compromisso for descumprido, o CADE determinará o prosseguimento do processo, aplicando as sanções que forem previstas.

### 4.3 O Acordo de Leniência

O Brasil, seguindo a tendência de outros países, passou a perseguir e impor severas sanções àqueles que praticam abusos contra a ordem econômica, considerando o combate aos cartéis uma prioridade. Estes são a mais grave infração contra a concorrência, causando danos imensuráveis à economia, já que além de promoverem a elevação dos preços, prejudicam a inovação e a melhoria na qualidade dos produtos. Devido ao caráter fraudulento e ao sigilo que envolve os cartéis, o Acordo de Leniência tornou-se o meio mais eficiente para o desbaratamento e prevenção dessas infrações, por viabilizar a cooperação dos participantes da conduta para com as averiguações e para com o processo. Sem este auxílio a detecção da infração e as investigações seriam muito difíceis, despediriam muitos recursos e tempo, tendo chances menores de apresentar resultados efetivos.

O termo leniência ou lenidade vem do latim *lenitate*, e corresponde ao mesmo que brandura, suavidade, doçura, mansidão. No contexto da Lei 8.884/94, o Acordo de Leniência denota o abrandamento da punição a ser imposta quando do cometimento de práticas contra a ordem econômica. O programa de leniência foi inserido na Lei Antitruste em pela lei 10.149/2000 e autoriza a SDE a celebrar acordos com pessoas físicas e jurídicas, em troca de colaboração na investigação da prática denunciada, com a extinção total ou parcial das penalidades administrativas originalmente aplicáveis. A celebração desses ajustes é vinculada ao que a lei estipula, assim, uma vez presentes as condições legais a aceitação do acordo é obrigatória por parte da Administração.

Nos termos do artigo 35-B da Lei 8.884/94, para que o interessado seja apto ao programa de leniência devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a SDE não pode dispor de provas suficientes para a condenação do proponente, no momento da propositura do acordo; o proponente não pode ser o líder da prática denunciada; deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e confessar a participação na conduta; deve cessar seu envolvimento na prática denunciada, salvo nos casos em que a sua permanência seja interessante às investigações; deve concordar em cooperar plenamente com a investigação; a cooperação deve resultar na identificação dos demais co-autores da infração e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada.

A empresa ou pessoa física habilitada ao acordo será beneficiada com imunidade administrativa total ou parcial. Se na época do acordo a SDE não tinha conhecimento sobre a prática denunciada, o beneficiário terá direito à imunidade total. Porém, se a SDE estava

previamente ciente sobre a infração, isso será comunicado ao beneficiário, e a penalidade aplicável poderá ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da colaboração e da boa-fé da parte no cumprimento do acordo.

A celebração do acordo de leniência suspende o prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra os dirigentes e administradores da empresa beneficiária, se estes assinarem o acordo e preencherem os requisitos legais.

O interessado ao Programa de Leniência pode entregar imediatamente uma proposta formal de acordo ou obter uma “senha”, garantindo assim sua posição na “fila” para o acordo, o que é chamado de “*marker system*” ou sistema de senhas. Para conseguir a senha o interessado o candidato deve fornecer à SDE seu nome e endereço, os nomes dos demais participantes da infração (Quem?), os bens afetados (O quê?), os locais atingidos (Onde?), se possível o período de duração da prática denunciada (Quando?). O candidato também deve informar sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas ou a serem apresentadas a outras jurisdições.

A proposta poderá ser apresentada de forma oral ou escrita. Se feita oralmente o interessado deverá entrar em contato com o Secretário da SDE, para marcar uma reunião, onde deverão ser respondidas as mesmas perguntas necessárias para o sistema de senhas e indicadas quais as provas que se pretende produzir. A cada reunião será elaborado um termo único a ser preservado pelo candidato. A proposta escrita será submetida à SDE em envelope lacrado, e identificado com os termos Proposta de Acordo de Leniência e Confidencial, devendo conter as mesmas respostas da proposta oral. Deverá ser tratada de forma sigilosa, só sendo conhecida pelo Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete.

A fase de negociação geralmente dura 6 (seis) meses, prorrogáveis pelo mesmo período, a critério da SDE, se não houver outro candidato ao acordo para a mesma infração. Apenas o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam na fase de negociação. O sigilo quanto à identidade do interessado será mantido tanto na fase negocial, quanto no decorrer do processo administrativo, que será instaurado se houver a efetivação do acordo. As informações comercialmente sensíveis do beneficiário do Acordo de Leniência, do mesmo modo, serão protegidas.

A não aceitação da proposta não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento da ilicitude da conduta denunciada. Todos os documentos serão devolvidos ao candidato, e nenhuma cópia ficará em poder da SDE, que não divulgará a proposta. Essa conduta, aliada ao sigilo de que já tratamos, dá segurança àqueles pretendem oferecer uma proposta de acordo, sendo, portanto, um incentivo ao Programa de Leniência.

Aceita a proposta, o que não depende da aprovação do CADE, será celebrado um Acordo de Leniência que possuirá em seu conteúdo informações que confirmem o preenchimento de todos os requisitos legais, entre outras. Também fará parte do Acordo de Leniência a obrigação do beneficiário de cooperar plenamente com a SDE durante toda a investigação e o processo administrativo, com a ressalva de que o não-cumprimento das obrigações previstas resultará na perda da imunidade em relação a multas e outras sanções. A SDE deverá declarar que não dispunha de provas suficientes para garantir a condenação do beneficiário pela prática denunciada, atestando que este foi o primeiro a se candidatar ao acordo.

Aquele candidato que não se qualificar para o acordo de leniência para uma determinada infração, mas fornecer informações acerca de outra sobre a qual a SDE não tenha conhe-

cimento, terá a redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração, além de poder obter todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração. Essa possibilidade ressalta o caráter consensual dos acordos de leniência, que buscam tolher o maior número de condutas contra a ordem econômica, utilizando-se, para isso, de uma série de negociações que, a partir de uma única conduta, podem levar, ao descobrimento e à punição de mais de uma infração à ordem econômica.

Quando do julgamento do processo, se for verificado o cumprimento do acordo, o CADE deverá decretar a extinção da punibilidade do beneficiário, nos casos em que a SDE não conhecesse previamente a infração denunciada, e, nos demais casos, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis de acordo com o grau de colaboração prestada e a boa-fé do infrator. A pena sobre a qual incidirá a redução não extrapolará a menor das penas aplicadas aos demais participantes da conduta repreendida.

Pelos motivos expostos torna-se mais vantajoso para a sociedade conceder, de forma consensual, benefícios ao participante da infração que queira pôr um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação da prática abusiva como um todo, do que, imperativamente, punir uma só pessoa, deixando que a prática abusiva, que envolve um número maior de sujeitos, continue a infringir a ordem econômica.

Desta feita, o acordo de leniência é um exemplo claro da tendência à participação e ao diálogo vivida pela Administração Pública. Esse consensualismo confere maior celeridade e efetividade ao combate das infrações contra a ordem econômica, ampliando a eficiência estatal na realização do interesse público, o que é, sem dúvidas, benéfico.

## 5 O PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTIDUMPING E O COMPROMISSO DE PREÇOS

### 5.1 A Legislação Aplicada ao Dumping

No âmbito internacional, o dumping é regulado pelo artigo VI do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio). É também regulado através do “Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT”, conhecido como Código *Antidumping*. Tal Código foi aprovado na Rodada Uruguai de negociações multilaterais do GATT, concluída em 15 de abril de 1994, na cidade de Marrakesh. Nos termos deste Código, o *dumping* é assim discriminado:

*Article 2. Determination of Dumping- §1º For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.*

O citado artigo VI do GATT e o Código *Antidumping* detém uma relação que não se configura como subordinação, mas sim complementaridade. Barras afirma que, com relação ao Código, suas “disposições, específicas e por vezes bastante minuciosas, esclarecem, definem e regulamentam o procedimento pertinente à aplicação de medidas antidumping”. (2002, p. 95).

O Brasil, que já era signatário do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio e do Código *Antidumping* da rodada Tóquio, recepcionou em sua ordem normativa o GATT-94, referendando-o por meio do Decreto Legislativo 30/94, e promulgando-o mediante o Decreto 1355/94.

*R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 2, p. 199-219, jul. / dez. 2009*

Posteriormente foi editada a Lei 9.019/93. Após, houve a promulgação do Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995. Tais seguimentos normativos foram editados com o fim precipuo de tentar adequar a ordem jurídica nacional aos termos previstos no GATT.

O Decreto 1.602 regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas *antidumping* e aos direitos previstos no Acordo *Antidumping* da Rodada Uruguaí do GATT. A Lei 9.019 dispõe sobre a aplicação dos Direitos Previstos no Acordo *Antidumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e dá outras Providências.

A Circular SECEX nº 21 de 1996, dentre outras disposições, traz determinações acerca das formalidades a serem observadas quando da elaboração da petição para início do processo administrativo *antidumping*. Assim sendo, as normas internacionais do GATT/OMC, aliadas à legislação interna, disciplinam o dumping e os direitos *antidumping* no Brasil.

## 5.2 Dumping

O *dumping* se caracteriza por ser a oferta de um produto no comércio de outro país por um preço (de exportação) inferior ao preço praticado para o produto similar no curso normal das atividades comerciais para o seu mercado interno, ou seja, preço de exportação menor do que o valor normal.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define *dumping* da seguinte maneira:

Ação ou expediente de pôr à venda produtos a um preço inferior ao do mercado, esp. no mercado internacional (p.ex., para se desfazer de excedentes ou para derrotar a concorrência).

A doutrina define o *dumping* de diversas formas, muitas vezes confundindo a figura com outros institutos jurídicos. Assim, devem ser observadas algumas peculiaridades do dumping que possibilitam o seu real entendimento e diferenciação.

O dumping não advém de práticas comerciais efetuadas dentro do território nacional, pois tal figura sempre presume a prática de comércio exterior. Se a prática ocorrer dentro dos limites do território do país, restará configurado o *underselling*. Além disso, o dumping exige a discriminação de preços da mercadoria entre mercados nacionais distintos.

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) em seu artigo IV, traz a definição de dumping. Reza o referido dispositivo:

As Partes Contratantes reconhecem que o “dumping” que introduz produtos de um país no comércio de outro país por valor abaixo do normal, é condenado se causa ou ameaça causar prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de uma Parte Contratante ou retarda, sensivelmente o estabelecimento de uma indústria nacional. [...]

É possível observar que tal dispositivo traz a definição de *dumping* considerando a objetiva diferença entre o valor do produto importado e o valor do produto praticado em seu mercado de origem. Ademais, a norma supracitada prevê duas modalidades: o *dumping* condenável, ou predatório, e o *dumping* não condenável, ou episódico.

O *dumping* predatório traz consequências prejudiciais para a indústria nacional. Assim, consiste numa estratégia para monopolizar o mercado, vendendo um produto estrangeiro a preços inferiores, visando a eliminação de produtos concorrentes no país importador.

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 2, p. 199-219, jul. /dez. 2009

Diferentemente, o dumping não condenável não causa dano ou ameaça de dano ao país importador. Para a caracterização desta modalidade não é necessária a existência do intuito predatório do exportador, ou seja, é despicincia a constatação de que o exportador agiu visando eliminar a concorrência dos produtos nacionais.

Barral conceitua o dumping não condenável da seguinte maneira (2002, p.12):

[...] seria a ocorrência de *dumping* sem que redundasse em efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país. Para ser classificado como condenável, ao contrário, o *dumping* deve implicar dano à indústria doméstica e o nexos causal entre o dano e a prática de *dumping*.

Assim, verifica-se que nem sempre o dumping será passível de punições. Estas poderão ser aplicadas quando a prática efetivamente trouxer perda às indústrias do país importador ou retardar o estabelecimento da indústria local, visto que nem sempre a venda de produtos por preços inferiores aos considerados normais acarretará prejuízos ao mercado interno do país importador.

Em síntese o dumping pode ser definido como uma prática desleal de comércio, efetuada com a introdução de um bem no mercado doméstico a preço de exportação inferior ao valor normal, causando dano à indústria do país importador, sendo imprescindível o nexos causal entre a prática referida e o dano sofrido pela indústria doméstica.

### 5.3 O Processo Administrativo Antidumping

O processo administrativo *antidumping* se enquadra dentre aqueles instrumentos criados pela ordem normativa com o fim precípuo de proteger a indústria doméstica de determinado país dos efeitos danosos de abusos eventualmente praticados. Assim, através de tal instrumento, dá-se proteção ao mercado nacional contra a entrada de bens no país com preço de dumping, ou seja, preço de exportação menor do que o valor normal.

A investigação *antidumping* tem por objetivo comprovar a existência de dumping, dano e relação causal entre o prejuízo e o dumping. Tal investigação deverá ser conduzida de acordo com as regras estabelecidas pela OMC (Organização Mundial de Comércio). O procedimento administrativo relativo à aplicação de medidas *antidumping* no Brasil é disciplinado pelo Decreto nº 1.602/95, que se encontra de acordo com o ordenado pela Organização Mundial de Comércio.

O órgão competente para a instauração do processo administrativo *antidumping* é o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. O mesmo também possui competência para dar prosseguimento e prolatar decisão no processo.

O Departamento de Defesa Comercial (DECOM) é o responsável pela elaboração do exame de admissibilidade de pedido de abertura de investigação no processo *antidumping*, passando por sua instrução até cominar na elaboração de um parecer final. Neste parecer consta a recomendação não vinculativa da imposição ou não do direito *antidumping* e a sugestão do percentual que será aplicado. O DECOM é a autoridade brasileira para fins das investigações que autorizam a aplicação de medidas de defesa comercial, e insere-se na estrutura da SECEX, no âmbito do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC.

O pedido de abertura de investigação no processo antidumping deve ser encaminhado à SECEX (Secretaria de Comércio Exterior) pela indústria doméstica ou em seu nome. O pedido deve contar com o apoio de empresas que, juntas, representem um percentual de mais de cinquenta por cento do nível de produção do país, sendo que este percentual é calculado através do nível de produção das empresas que se manifestaram formalmente, apoiando ou não o pedido de investigação. A soma dos produtores domésticos que dão apoio à questão deve ser de 25% da produção brasileira total do produto em questão.

A SECEX, após a fase de instrução do pedido, deve informar aos governos dos países exportadores sobre a existência de um pedido de investigação. Esta, uma vez iniciada, promove a efetuação da publicidade do feito às partes interessadas (governos estrangeiros, produtores domésticos, importadores e exportadores, produtores estrangeiros, dentre outros), para que estas possam tomar ciência da investigação em curso e ter acesso às informações do processo.

A fase instrutória do processo é realizada pelo DECOM que remete questionários às partes interessadas, com o intuito de obter informações e provas para o processo. As partes interessadas também podem apresentar, por escrito, provas que considerem pertinentes, o que remete à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste processo de elaboração das provas, é interessante que se observe o princípio da melhor disponível, que dispõe que, em caso de dificuldades para a coleta de provas ou não cooperação injustificada para o provimento das mesmas, pelos requisitados, há prevalência daquelas informações disponíveis no processo.

Encerrada a fase de instrução, a SECEX elaborará um parecer final, que contém o aconselhamento para o arquivamento do processo, aceitação ou não de compromisso de preço, ou para a imposição de direito antidumping, juntamente com o seu valor, que irá incidir sobre as exportações investigadas.

O arquivamento será ordenado caso não ocorra a constatação de indícios suficiente do prejuízo causado pelo dumping. Se a margem de dumping for insuficiente, o processo também poderá ser arquivado, do mesmo modo procedendo para os casos em que, mesmo que constatado o dano, este se faz insignificante.

Todavia, a decisão final com relação ao processo administrativo antidumping cabe, de acordo com o Decreto nº 4.732, à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). A CAMEX possui como órgão de deliberação superior e final o chamado Conselho de Ministros, composto pelos Ministros do Desenvolvimento, Indústria e Comércio da Fazenda, do Ministério das Relações Exteriores, da Agricultura, do Planejamento e pelo Chefe da Casa Civil.

Importante destacar que, caso sejam aplicados os direitos antidumping, estes permanecerão em vigor somente enquanto durar a necessidade de neutralização, cancelamento dos efeitos indesejáveis produzidos e dos prejuízos provocados pela prática do dumping. Os direitos antidumping serão extintos no tempo máximo de cinco anos após a sua aplicação, ou em cinco anos a contar da data da conclusão da revisão mais recente que abranja o dumping e o seu dano.

O processo administrativo antidumping tem duração de seis a doze meses. Em circunstâncias excepcionais, o prazo pode ser prorrogado por outros seis meses, somando um total de dezoito meses disponíveis para o encerramento do processo.

## 5.4 O Compromisso de Preços

Os compromissos de preço são ajustados pelas partes interessadas em iniciar a investigação *antidumping*. Tal medida pode suspender o prosseguimento da investigação, acarretando a não aplicação de sanções, caso o exportador espontaneamente assumia compromissos satisfatórios de revisão dos preços ou de paralisação das exportações de produtos a preço de *dumping*.

Os Ministros de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo e da Fazenda devem estar convencidos de que o mencionado compromisso tem o condão de eliminar os efeitos prejudiciais decorrentes do *dumping*, com base em parecer da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, que comprove a existência de *dumping* e de dano dele decorrente.

Caso haja recusa da aprovação do compromisso de preços pelos órgãos competentes, serão fornecidas ao exportador, se possível, as razões pelas quais foi julgado inadequado o compromisso, ou seja, serão expostas razões plausíveis a fim de que o exportador possa refutá-las. Será oferecida ao exportador a oportunidade de manifestar-se quando da recusa do compromisso.

A SECEX tem a faculdade de recusar ofertas de compromissos de preços, caso entenda que a sua anuência não se configure meio eficaz para os fins que a se propõe o compromisso.

Importante atentar ao fato de que o exportador não é obrigado a concordar com sugestões de compromissos de preços provenientes das autoridades do membro importador.

Cabe ressaltar que os exportadores somente proporão compromissos de preços ou aceitarão aqueles propostos pela SECEX após se haver chegado a uma determinação preliminar positiva de *dumping* e dano por ele causado.

Aceito o compromisso de preços, será publicado o ato que contenha a decisão de homologação de tal compromisso no Diário Oficial da União, contendo, conforme o caso, decisão quanto ao prosseguimento ou suspensão da investigação. Após a publicação faz-se a notificação das respectivas partes interessadas.

Após a notificação dos interessados, o exportador, com o qual se estabeleceu um compromisso de preços, fica obrigado a fornecer, quando solicitado, informação relativa ao cumprimento do compromisso, e permitir verificação dos dados pertinentes. O descumprimento de qualquer dessas proposições será considerado como violação do compromisso de preço.

As investigações podem continuar mesmo que se aceite um compromisso de preços caso o exportador deseje e as autoridades concordem. Contudo, se o resultado final for negativo quanto à existência do *dumping* e do dano, o compromisso é extinto, em caso positivo será mantido.

Ocorrendo violação do compromisso de preços, sem que a investigação tenha prosseguido, poderão ser adotadas providências com vistas à imediata aplicação, pelas autoridades competentes, de medidas *antidumping* provisórias, apoiadas na melhor informação disponível, e a investigação será retomada.

Ocorrendo o caso de aceitação de um compromisso de preços, com subsequente prosseguimento da investigação *antidumping*, aplicar-se-á o contido nos incisos I e II do Art. 43, do Decreto Nº 1.602, DE 23/08/95:

Art. 43. Na hipótese de ter sido aceito um compromisso de preços, com subsequente prosseguimento da investigação:

I- se a SECEX chegar a uma determinação negativa de dumping ou de dano dele decorrente, a investigação será encerrada e o compromisso automaticamente extinto, exceto quando a determinação negativa resultar, em grande parte, da própria existência do compromisso de preços, caso em que poderá ser requerida sua manutenção por período razoável, conforme as disposições deste Decreto;

II- se as autoridades referidas no art. 2º concluírem, com base em parecer da SECEX, que houve dumping e dano dele decorrente, a investigação será encerrada e a aplicação do direito definitivo será suspensa enquanto vigorar o compromisso, observados os termos em que tiver sido estabelecido e as disposições deste Decreto.

Assim, o acordo que visa precipuamente eliminar os efeitos decorrentes da prática do dumping, sendo meio transacional de solução e extinção da prática danosa, é dotado de importância ímpar em nosso ordenamento.

Partindo do consenso, há a extinção do processo e o estabelecimento de meios eficazes para o aniquilamento, ou, ao menos, para o abrandamento, dos inúmeros efeitos nocivos que a prática do dumping acarreta ao mercado do país, alcançando-se o interesse público almejado.

## CONCLUSÃO

Constatamos que a intervenção estatal no domínio econômico é imprescindível para o funcionamento saudável da economia, equilibrando as relações de mercado. O Estado, que em certos momentos da história serviu apenas como um observador, hoje intervém ativamente na ordem econômica, possibilitando a harmonização das relações existentes no mercado, já que este não é auto-regulável, como se acreditava.

A concorrência é salutar, por possibilitar que os preços permaneçam no menor patamar possível, além de incentivar a busca constante das empresas por inovação e melhorias na qualidade dos produtos, com o escopo de preservarem a posição que ocupam dentro do mercado, o que privilegia sobremaneira os consumidores, destinatários finais das relações econômicas.

Com aumento da complexidade da sociedade há a ampliação do número de atividades reguladas pelo Estado, e conseqüentemente do número de interesses, públicos e particulares, envolvidos. Por isso, a Administração Pública vem buscando ferramentas mais eficientes para a solução dos conflitos que lhe são apresentados, visando também, uma maior segurança na prolação de suas decisões.

O consensualismo tem sido a ferramenta que melhor atende ao interesse da coletividade, principalmente no que tange ao controle e à prevenção das infrações contra a ordem econômica. Com a elaboração de acordos e negociações as determinações Estatais têm menores chances de serem descumpridas e trazem menos gravames aos seus destinatários, o que aufere maior eficiência à atividade administrativa atendendo efetivamente aos objetivos de interesse público pugnados.

Apesar de extremamente benéfica, a tendência ao diálogo e à participação deve ser vista com cautela, sendo usada quando for o meio mais benéfico para o atendimento das necessidades sociais, o que será constatado através do juízo de conveniência e oportunidade

da Administração Pública. O consensualismo não pode se afastar jamais dos princípios que regem a atividade administrativa, sob pena de desvirtuar o interesse visado pela coletividade quando de seu emprego, qual seja, o atendimento do interesse público com maior eficiência e efetividade.

A observância dos princípios pertinentes à Administração é imprescindível para que não sejam conferidas vantagens indevidas a alguns particulares em detrimento da coletividade. Deve-se atentar aos princípios da impessoalidade e da razoabilidade ensejando condições isonômicas a todos os interessados em cooperar com a Administração Pública, desde que esta contribuição seja a via mais célere e conveniente para o atendimento dos objetivos visados pelo Estado.

A legislação antitruste evoluiu muito, em nosso país, com o decorrer dos anos e a defesa da concorrência se tornou um preceito constitucional. Com a Lei 8.884/94 o combate e a prevenção dos crimes contra a ordem econômica ganhou credibilidade ante a sociedade, possuído assim eficácia material.

O SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo CADE, pela SEAE/MF e pela SDE/MJ, é o responsável pela prevenção e repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, primando pela manutenção de relações concorrenciais benéficas à economia.

No decorrer do Processo Administrativo Antitruste é visível a tendência ao diálogo e à participação. O consensualismo é observado quando da elaboração dos Termos de Cessação de Conduta e, principalmente, nos acordos de Leniência. Fica claro que as negociações, a participação e a cooperação dos envolvidos nas atividades contrárias à ordem econômica são apropriadas à realização do interesse público, já que, sem essa colaboração o rechaçamento da maior parte das infrações seria moroso e, muitas vezes, inviável, ante ao caráter sigiloso e fraudulento que impedem o desvelamento dessas atividades.

O Processo Administrativo *Antidumping* visa, também, garantir a harmonia do mercado e das relações econômicas, prevenindo a entrada de mercadorias em um país por preço inferior ao preço praticado no país de origem. Os órgãos responsáveis pelo desenvolvimento do processo *Antidumping* são a SECEX, CAMEX e o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Assim como o Processo Administrativo Antitruste, o *Antidumping* também abarca meios consensuais de solução de conflitos, qual seja o compromisso de preço.

O Compromisso de Preços é uma faculdade conferida às partes litigantes para que possam, consensualmente, seja através da revisão dos preços pelo exportador ou pela interrupção da exportação dos produtos a preço de *dumping*, estabelecer meios eficazes para acabar com os efeitos nocivos da prática.

A tendência ao diálogo e à participação tem se mostrado o meio mais eficiente para o combate das infrações contra a ordem econômica. No Acordo de Leniência a colaboração é visível, principalmente, no combate à prevenção aos cartéis, que são a conduta mais grave contra a liberdade de concorrência e que por isso acarreta danos imensuráveis ao mercado e, conseqüentemente, à sociedade. Já no Compromisso de Preços o consensualismo é manifesto quando do pacto entre o país doméstico e o exportador do produto a preço de *dumping*. O preço combinado entre ambos acaba por extinguir os efeitos nocivos do *dumping*, descaracterizando a infração.

Conclui-se que em ambos os institutos o consensualismo é benéfico, tendo em vista as vantagens que são proporcionadas à sociedade. Para a coletividade mais vale o abrandamento

das punições daqueles que se comprometem a cooperar com a Administração Pública, garantindo a condenação da prática abusiva como um todo, e conseqüentemente o seu exaurimento, do que, imperativamente, punir um só agente, deixando que a infração, que envolve mais pessoas, continue a violar a ordem econômica, prejudicando o interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no Direito Administrativo. Acordos regulatórios e contratos administrativos*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf\\_167/R167-18.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_167/R167-18.pdf)> Acesso em 28 nov. 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Poder extroverso e consensualismo na atividade administrativa. Disponível em: <[http://www.marcusbittencourt.com.br/html/artigos/poder\\_extroverso.asp](http://www.marcusbittencourt.com.br/html/artigos/poder_extroverso.asp)> Acesso em: 22 nov.2008.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 8884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 dez.2008.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9019, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos Direitos Previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e Dá outras Providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 dez.2008.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 1602, de 23 de agosto de 1995. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 2 dez.2008.
- \_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 45, de 28 de março de 2007, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)>. Acesso em 1 dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. Programa de Leniência do Ministério da Justiça. Defesa da Concorrência. Disponível em <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>. Acesso em 22 nov.2008.
- CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 2 dez.2008.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HESPAHOL, Carla Regina Cestari. *Finalidade do Acordo de Leniência no Processo Administrativo Antitruste*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.
- JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. *Antidumping – prática desleal no comercio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela Cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. In: *Revista de Direito da Concorrência IOB Thomson / Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. n. 14, abr./jun. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Tutela de urgência e efetividade no Processo Administrativo Antitruste brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n.2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em 20 nov.2008.

---

Artigo recebido em março de 2009 e aceito em agosto de 2009.

---