

Resolução nº 34

Direito da Concorrência na ALCA - Área de Livre Comércio das Américas

Acolhendo a recomendação formulada por sua Comissão de Direito da Concorrência, em 2 de agosto de 2002 o Comitê Executivo e o Conselho Diretor da ABPI aprovaram a presente Resolução

Assunto: ALCA - Área de Livre Comércio das Américas - Capítulo sobre Defesa da Concorrência - Análise do Tratamento dado na Minuta FTAA.TNC/w/133/Rev.1

Considerando que a minuta de Acordo da ALCA - Área de Livre Comércio das Américas dispõe em seu capítulo 9 sobre defesa da concorrência, sobre o qual a sociedade civil foi solicitada a encaminhar comentários e sugestões, a ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, muito embora repute inoportuno mais um tratado internacional acerca do tema, a teor do quanto já expresso em suas Resoluções ns. 21 e 22, após analisar no seio de sua Comissão de Direito da Concorrência o tratamento que dito acordo pretende dar ao tema (minuta FTAA.TNC/w/133/Rev.1), resolve adotar a presente resolução para o fim de sugerir que o texto da ALCA sobre a matéria contenha as seguintes disposições:

CAPÍTULO SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1. DEFINIÇÕES

1.1 Para fins do presente Capítulo:

Cartel intrinsecamente nocivo é um acordo anticompetitivo, prática concertada anticompetitiva, ou arranjo anticompetitivo entre concorrentes a fim de fixar preços, combinar propostas em licitações (acordo entre proponentes), estabelecer restrições à produção ou quotas, ou compartilhamento ou divisão de mercados mediante a alocação entre si de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio. A categoria cartel intrinsecamente nocivo não inclui acordos, práticas concertadas ou arranjos que (i) estejam razoavelmente relacionados com a obtenção lícita de maior eficiência através da redução de custo ou aumento da produção, (ii) estejam fora, direta ou indiretamente, do alcance da legislação da Parte, ou (iii) estejam autorizados nos termos de tais leis.

O Princípio da Legalidade inclui:

- Aplicar e observar regras em estrita conformidade com os limites de competência e impessoalidade;

- Julgar os casos administrativos e judiciais de maneira impessoal e de acordo com as previsões legais;

O Princípio do Devido Processo inclui:

- Garantir processos justos, independentes e em total observância aos dispositivos legais;
- Solicitar a abertura de processos para aplicação das leis de concorrência;
- Ser devidamente notificado;
- Ser informado dos motivos, natureza e características de ações em juízo ou processos, salvo nos casos que excepcionalmente exijam o respeito à confidencialidade;
- Oferecer e apresentar argumentos e provas;
- Serem as resoluções da autoridade devidamente fundamentadas e justificadas.
- Possibilitar oposições, por via administrativa ou judicial, às decisões das autoridades de defesa da concorrência;

O Princípio de Transparência inclui:

- Publicação e fácil acesso às decisões de aplicação geral, políticas e medidas adotadas;
- Fundamentação e Justificação das resoluções da autoridade competente.

O Princípio de Não-discriminação significa:

- Tratamento igualitário entre os agentes econômicos das partes Contratantes;

1.2 Para fins dos itens 3.2 e 3.3 deste Capítulo:

Delegação significa a autorização legislativa, ordem, diretriz ou ato governamental mediante o qual se transfere o monopólio governamental, ou se autoriza o exercício de tal monopólio por parte da autoridade.

Designar significa estabelecer, autorizar ou ampliar o âmbito do monopólio governamental para incluir um bem ou serviço adicional, após a data de entrada em vigor deste Acordo;

Fornecimento discriminatório inclui conceder:

- a) tratamento mais favorável à matriz, subsidiária ou outra empresa do mesmo grupo econômico em detrimento a qualquer empresa não afiliada; ou

b) tratamento mais favorável a um tipo de empresa que a outro, em circunstâncias similares;

Monopólio governamental significa um monopólio de propriedade ou controlado pelo governo federal ou central, regional e municipal, mediante participação acionária estatal, ou por outro monopólio da mesma natureza;

Segundo critérios comerciais significa de acordo com as práticas normais de negócios realizados por empresas da indústria ou setor relevante;

Manter significa, para fins do disposto sobre monopólios, designação antes da entrada em vigor deste tratado e sua vigência até ... de ... de ... 200 (a definir);

Mercado significa o mercado relevante geográfico e comercial para determinado bem ou serviço;

Monopólio significa uma entidade, inclusive consórcio ou organismo governamental que, em qualquer mercado relevante no território de uma Parte, tenha sido designado fornecedor ou comprador único de determinado bem ou serviço, mas não inclui entidade à qual tenha sido outorgado um direito exclusivo de propriedade intelectual derivado unicamente da citada outorga; e

Tratamento não discriminatório significa: O tratamento igualitário entre empresas e agentes econômicos de diferentes países

Empresa Estatal significa uma empresa de propriedade ou controlada pelo governo federal ou central, regional e municipal, mediante participação acionária estatal.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE CONCORRÊNCIA

2.1 Cada Parte manterá ou adotará medidas, em nível nacional ou sub-regional, no sentido de proibir práticas anticompetitivas, com a finalidade de promover a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor e tomará as medidas cabíveis com relação a tais condutas. As Partes reconhecem que, ao assumir estas obrigações, contribuirão positivamente para o alcance dos objetivos do Acordo do ALCA.

2.1.1 As Partes concordam em considerar como anticompetitivos os acordos, práticas e atos sob qualquer forma manifestados que tenham como objeto ou como efeito a dominação de mercados de bens e serviços, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário de lucros e a limitação, falsidade ou qualquer ato que prejudique a livre concorrência ou a livre iniciativa. Observados os requisitos nessa Cláusula 2.1.1, as seguintes hipóteses, dentre outras, caracterizam infração à concorrência:(1)

- a) fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, mediante acordo com a concorrência ou individualmente, sob qualquer pretexto, preços e condições de compra ou venda de bens, prestação de serviços ou produção;
- b) obter e influir na adoção de condutas comerciais uniformes ou de consenso entre concorrentes;
- c) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos no sentido de limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou sua distribuição;
- d) dividir mercados de serviços ou produtos manufaturados ou semi-manufaturados, ou as fontes de abastecimento de matérias primas ou de produtos intermediários;
- e) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- f) combinar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas;
- g) adotar, com relação a terceiros sub-contratados, condições desiguais em caso de fornecimentos equivalentes, colocando-os em situação de desvantagem competitiva;
- h) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
- i) impedir o acesso de concorrentes a insumos, matérias primas, equipamentos ou tecnologias, bem como a canais de distribuição;
- j) exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação;
- k) sujeitar a compra ou venda à condição de não se usar ou adquirir, vender ou fornecer bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por terceiros;
- l) vender, por razões não justificadas em práticas comerciais, mercadoria abaixo do preço de custo;
- m) recusar sem justificativa a venda de bens ou prestação de serviços;
- n) interromper ou reduzir a produção em grande escala sem justa causa;
- o) destruir, inutilizar ou estocar matérias primas, produtos intermediários ou acabados, bem como destruir, inutilizar ou dificultar o funcionamento dos equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

p) abandonar, fazer abandonar ou destruir cultivos ou plantações sem justa causa; e

q) manipular o mercado a fim de impor preços;

r) levar a cabo outras práticas de efeitos semelhantes, que indevidamente prejudiquem ou impeçam o processo de livre concorrência na produção, processamento, distribuição e comercialização de bens ou serviços, ou que limitem o acesso ao mercado;

s) medidas adotadas pelas Partes que imponham barreiras que, ilegal ou excessivamente, constituam obstáculo ao acesso ou permanência de agentes econômicos no mercado;

t) impedir ou dificultar a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia ou por meio destes praticar abuso de poder econômico comprovado nos termos da lei.

2.1.2 Considera-se que detém posição dominante todo aquele que tenha a possibilidade de determinar, direta ou indiretamente, as condições de determinado mercado, conforme as particularidades das legislações locais relacionadas à política de concorrência.

2.2.1 As Partes aplicarão, para defesa da concorrência no hemisfério, os princípios e critérios normalmente aceitos pela doutrina (particularmente a "regra da boa razão"), podendo-se aplicar o critério de ilicitude aos casos de práticas anticompetitivas sem justificação econômica, que afetem o bem-estar econômico geral.

2.2.2 As Partes deverão assegurar que suas leis de concorrência efetivamente evitem e dissuadam os cartéis intrinsecamente nocivos.

2.2.3 As Partes garantirão que, nos procedimentos administrativos e judiciais, na adoção de políticas de defesa e outras medidas relativas à concorrência, aplicarão os princípios da legalidade, não-discriminação, transparência e devido processo legal.

3. POLÍTICAS E PRÁTICAS REGULATÓRIAS, MONOPÓLIOS OFICIAIS, EMPRESAS ESTATAIS E AUXÍLIOS ESTATAIS

As práticas comerciais anticompetitivas podem ter origem em políticas e práticas regulatórias, medidas administrativas, monopólios legais e medidas estatais de auxílio injustificáveis.

3.1 Políticas e práticas regulatórias

As Partes se comprometem, no que tange a políticas e práticas regulatórias, a:

3.1.1 Zelar para que estejam de acordo com o disposto no presente capítulo e que sua elaboração privilegie a aplicação de princípios reguladores pró-competitivos, respeitem os princípios da legalidade, transparência, e devido processo legal;

3.1.2 Evitar a limitação ao acesso aos mercados ou outrossim dificultar injustificadamente as condições de concorrência no âmbito do ALCA; e,

3.1.3 Assegurar que sejam objeto de revisão, de acordo com o Mecanismo de Análise da Defesa da Concorrência, sendo que o resultado da revisão seja de natureza não vinculante.

3.2 Monopólios Legais

3.2.1 Nenhuma disposição desse Capítulo será interpretada como impedimento a qualquer das Partes para determinar um monopólio, na medida em que atue segundo as normas nacionais ou sub-regionais de promoção e defesa da concorrência e de forma compatível com os princípios de legalidade, não discriminação, transparência e devido processo legal.

3.2.2 Sempre que uma das Partes pretenda determinar o estabelecimento de um monopólio e tal fato possa afetar os interesses de pessoas de outra Parte, a referida Parte:

a) sempre que possível, notificará previamente e por escrito à outra Parte sobre tal determinação; e

b) no momento da determinação, procurará incorporar à operação do monopólio condições que minimizem ou eliminem qualquer anulação ou prejuízo a benefícios.

3.2.3 Cada Parte, mediante controle regulador, supervisão administrativa ou aplicação de outras medidas, assegurará que qualquer monopólio de propriedade privada designado pela respectiva Parte, ou governamental mantido ou designado:

(a) atue de maneira não incompatível com as obrigações das Partes no presente Acordo, sempre que esse monopólio exerça funções reguladoras, administrativas ou outras funções governamentais delegadas pela Parte com relação ao bem ou serviço sob monopólio, tais como autoridade para outorgar licenças de importação ou exportação, aprovar operações comerciais ou impor quotas, direitos ou outros encargos;

(b) exceto quando se tratar do cumprimento de qualquer dos termos de sua designação que não seja incompatível com os incisos (c) ou (d), atue somente de acordo com critérios comerciais na compra ou venda do bem ou serviço sob monopólio no respectivo mercado, inclusive no que se refere a seu preço, qualidade, disponibilidade, capacidade de venda, transporte e outros termos e condições para sua compra e venda;

(c) outorgue tratamento não discriminatório aos investimentos de investidores, aos bens e fornecedores de serviços de outra Parte na compra e venda da mercadoria ou serviço monopolizado no respectivo mercado relevante; e

(d) não utilize sua posição monopolista para levar a cabo práticas contrárias à concorrência em mercado não monopolizado de seu território, que afetem desfavoravelmente os investimentos de um investidor de outra Parte, direta ou indiretamente, inclusive através das operações com sua matriz, subsidiária ou outra empresa de participação comum, bem como através de fornecimento discriminatório do bem ou serviço monopolizado, da outorga de subsídios cruzados ou de conduta predatória.

3.2.4 O parágrafo 3.2.3 não se aplica à aquisição de mercadorias ou serviços por parte de organismos governamentais, para fins oficiais e sem propósito de revenda comercial nem de utilização na produção de mercadorias ou na prestação de serviços para sua comercialização.

3.2.5 Nada do disposto na presente cláusula 3.2 será interpretado como impedimento para que um monopólio estabeleça preços distintos em diferentes mercados geográficos, sempre que tais diferenças se baseiem em critérios comerciais normais, como, por exemplo, levar em conta as condições de oferta e demanda nos referidos mercados.

3.2.6 As diferenças relativas à fixação de preços entre classes de clientes, entre empresas filiais e não filiais, e a outorga de subsídios cruzados serão consideradas incompatíveis com o disposto em 3.2.3 (d) unicamente quando utilizadas como instrumentos de conduta anticompetitiva por parte da empresa monopolista.

3.3 Empresas Estatais

3.3.1 Nada do disposto no presente capítulo será interpretado como impedimento para que uma Parte mantenha ou estabeleça empresas estatais, na medida em que estas atuem de acordo com as normas nacionais ou sub-regionais de defesa e promoção da concorrência e que tais empresas atuem de forma compatível com os princípios de não discriminação e que as compras ou vendas que afetem o comércio entre as partes sejam realizadas conforme os critérios comerciais.

3.3.2 Cada uma das Partes, mediante controle regulador, supervisão administrativa ou aplicação de outras medidas, assegurará que toda empresa estatal por ela mantida ou estabelecida atue de maneira que não seja incompatível com as obrigações da Parte nos termos do Capítulo XX (Investimentos) e do Capítulo YY (Serviços, inclusive Serviços Financeiros) previsto neste Acordo, sempre que tais empresas exerçam funções reguladoras, administrativas ou outras funções governamentais delegadas pela Parte em questão, tais como a autoridade de desapropriar, outorgar licenças, aprovar operações comerciais ou impor quotas, direitos ou outros encargos.

3.3.3 Cada uma das Partes assegurará que toda e qualquer empresa estatal, mantida ou estabelecida pela referida Parte, outorgue tratamento não discriminatório aos investimentos de investidores da outra Parte em seu território, no que se refere à venda de suas mercadorias e serviços.

4. DISPOSIÇÕES INSTITUCIONAIS

4.1 Cada uma das Partes criará ou manterá uma autoridade ou autoridades, em nível nacional ou sub-regional, responsável pela aplicação de medidas referentes à defesa da concorrência.

4.2 Essa(s) autoridade(s) deverá ter, no mínimo:

4.2.1 Independência, autonomia funcional e administrativa, com personalidade jurídica própria;

4.2.2 Competência para responder por seus atos;

4.2.3 Competência para atuação sobre práticas com alcance territorial, em conformidade com os requisitos e limitações estipuladas por esse Acordo;

4.2.4 Competência para iniciar procedimentos ex-officio;

4.2.5 Responsabilidade pela defesa da concorrência;

4.2.6 Capacidade para investigar e impor sanções a práticas anticompetitivas, inclusive as que ocorrerem em setores regulados, em seu mercado interno, e

4.2.7 Recursos adequados para o desempenho de suas funções.

4.3 As resoluções da(s) autoridade(s) de defesa da concorrência encarregada(s) de impor sanções ou suspender condutas anticompetitivas poderão estar sujeitas a revisão administrativa e judicial, em processo independente, a ser apreciada pela autoridade competente.

4.4 A(s) autoridade(s) nacionais ou sub-regionais de defesa da concorrência de cada uma das Partes:

a) Procurarão emitir recomendações sempre que órgãos ou entidades da Administração Pública de seu país, de qualquer natureza ou nível de organização, executarem atos de qualquer natureza, no âmbito de suas atribuições, que tenham relação com o processo de livre concorrência econômica;

b) Promoverão uma cultura de concorrência em seus mercados por meio da disponibilidade de informações e do processo de educação dos consumidores, produtores e distribuidores;

c) Poderão se pronunciar de maneira não vinculante perante órgãos ou entidades da Administração Pública de seu país com relação aos efeitos sobre a concorrência resultantes de qualquer regulamentação elaborada por qualquer das Partes.

4.5 As Partes estabelecerão uma Comissão formada por representantes de cada uma delas, responsáveis pela defesa da concorrência e/ou especialistas nomeados, inclusive autoridades responsáveis pelo comércio exterior competentes em questões relativas à concorrência, a qual terá exclusivamente as seguintes funções:

4.5.1 Promover a cooperação entre autoridades de defesa da concorrência das Partes;

4.5.2 Monitorar os avanços relativos à instrumentação de medidas e políticas de defesa da concorrência por parte dos países da região ou em acordos sub-regionais;

4.5.3 Coordenar e fornecer assistência técnica;

4.5.4 Realizar uma revisão nos termos do Mecanismo de Análise da Defesa da Concorrência, cujos resultados serão não-vinculantes;

4.5.5 Formular à Comissão da ALCA recomendações sobre a implementação e interpretação do presente capítulo;

4.5.6 Avaliar os possíveis impactos das decisões das autoridades de defesa da concorrência sobre questões relacionadas a competência;

4.5.7 Realizar estudos e pesquisas conjuntas com as autoridades de defesa da concorrência envolvidas em decisões que tenham efeitos trans-fronteiriços, com a finalidade de elaborar relatórios sobre tal impacto e prognósticos para avaliação de suas conseqüências.

4.6 Mecanismo de Análise da Defesa da Concorrência

4.6.1 As Partes reconhecem o valor da transparência das políticas governamentais em defesa da concorrência.

4.6.2 O Mecanismo de Análise da Defesa da Concorrência incluirá a análise periódica de leis, políticas e atividades de cumprimento da concorrência e políticas e práticas regulatórias das Partes, bem como as atividades de monopólios legais e empresas estatais. As recomendações ou resultados da referida análise terão caráter não-vinculante.

4.6.3 A Comissão estabelecerá um plano básico para realização das análises e sua frequência. Tais análises se basearão em um relatório pormenorizado apresentado pela Parte analisada.

4.6.4 As análises adotarão as medidas de segurança cabíveis para proteger as informações confidenciais comerciais e pertinentes às investigações.

4.6.5 O capítulo sobre defesa da concorrência não obrigará a entrega de informações por uma Parte ou sua autoridade de defesa da concorrência que sejam contrárias às suas leis, inclusive as relacionadas com a divulgação de informações confidenciais ou protegidas pelo segredo de negócio.

5. MECANISMOS PARA COOPERAÇÃO E INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES

5.1 As Partes reconhecem a importância da coordenação entre autoridades competentes para a efetiva aplicação das normas de concorrência e desenvolvimento de políticas de defesa da concorrência no âmbito da ALCA.

5.2 As Partes cooperarão, conforme apropriado, levando em conta as disposições sobre confidencialidade, em nível bilateral, sub-regional ou regional, nas questões relativas à aplicação da lei de concorrência e desenvolvimento das políticas de defesa da concorrência, inclusive através das seguintes medidas:

5.2.1 Comunicar às outras Partes, por meio de procedimentos específicos, sempre que uma ação de aplicação da legislação sobre concorrência possa afetar interesses relevantes de outra Parte, a menos que tal notificação prejudique os interesses da Parte notificante;

5.2.2 Solicitação, por autoridade de uma Parte à autoridade de outra Parte, para que investigue e identifique práticas anticompetitivas que afetem interesses da Parte solicitante e aplique as medidas cabíveis;

5.2.3 Mecanismos de intercâmbio de informações;

5.2.4 Assistência legal recíproca; e

5.2.5 Investigação conjunta, quando necessário.

6. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

6.1 As partes poderão realizar consultas entre si, sobre qualquer matéria surgida em decorrência do disposto no presente capítulo.

6.2 As controvérsias que surjam entre as Partes relativas à interpretação, aplicação e descumprimento das cláusulas contidas no presente capítulo serão dirimidas através do mecanismo geral de solução de controvérsias previsto no presente Acordo. Dada a especificidade da matéria, o Órgão para Solução de Controvérsias exigirá assessoria de representantes da Comissão a que se refere o artigo 4.5 do presente Capítulo para

consideração dos citados casos. O mecanismo de Solução de Controvérsias do ALCA não se aplicará ao questionamento ou revisão de decisões administrativas ou judiciais entre as Partes no que diz respeito à legislação e política de defesa da concorrência.

7. ASSISTÊNCIA TÉCNICA E DIFUSÃO DE INFORMAÇÕES

7.1 As Partes entendem ser de seu interesse trabalhar conjuntamente em atividades de assistência técnica relativas à adoção e aplicação de normas e políticas de defesa da concorrência, para aprimorar a capacidade de cumprimento dos compromissos assumidos pelas Partes nos termos do presente capítulo.

7.2 Tendo-se em conta os recursos disponíveis, as Partes se comprometem a fornecer assistência técnica, inclusive, estabelecerão mecanismos para fornecer, entre outros:

7.2.1 Fortalecimento da capacidade institucional das Partes;

7.2.2 Assistência às autoridades nacionais de defesa da concorrência das Partes que o necessitem, mediante programas de intercâmbio de informações sobre legislação, jurisprudência, precedentes e experiência em pesquisa, bem como de capacitação de técnicos, inclusive através de intercâmbio de pessoal e missões;

7.2.3 Envio de especialistas para realizar conferências em eventos organizados ou financiados por outras Partes;

7.2.4 Participação, mediante solicitação das Partes, de funcionários de autoridades que tenham experiência na prestação de assistência a entidades que necessitem de tal assistência; e

7.2.5 Aperfeiçoamento de instrumentos comuns, utilizando, entre outros mecanismos, bancos de dados elaborados em colaboração entre as Partes e uma página na Internet sobre a questão de defesa da concorrência no âmbito da ALCA, a ser periodicamente atualizada;

8. MEDIDAS DE TRANSIÇÃO

8.1 Período de transição possível

A adoção das normas de defesa da concorrência, a implementação dos dispositivos institucionais para aplicação das mesmas e a efetiva implementação do disposto no presente capítulo ocorrerão segundo cronograma estabelecido de comum acordo, levando-se em conta o tamanho das economias e a vulnerabilidade das Partes.

8.2 Mecanismos de formulação de políticas de defesa e cumprimento das normas de concorrência

A fim de assegurar o cumprimento das obrigações derivadas dos princípios e normas contidos no presente capítulo, criar-se-á um mecanismo de formulação de políticas de defesa e cumprimento das normas de concorrência, o qual será calcado em princípios de transparência, não tendo, entretanto, poderes para emitir juízos ou recomendações de caráter vinculante. As Partes entendem que os resultados de tal formulação não constituirão pré-julgamento com relação às controvérsias porventura surgidas no âmbito do presente Acordo.

Rio de Janeiro, 2 de Agosto de 2.002.

José Antonio B.L. Faria Correa
Presidente

1 - Esta lista é exemplificativa e não exaustiva